

# KOMMENTARE

Ulrich Krüger

## „Wahrscheinlich hauptsächlich erhebliche Zweifel voraussichtlich angemessen“

### Kreditwürdigkeitsprüfung für Immobilienkredite nach Umsetzung der EU-Richtlinie in Deutschland im Vergleich zu den USA

*„Es ist durchaus ungewöhnlich, dass die Initiative ergriffen wird, eine gesetzliche Regelung, die gerade einmal ein halbes Jahr gilt, zu ändern. Das setzt voraus, dass man bei der Problemanalyse relativ sicher sein kann.“ (Stenographischer Bericht der 949. Sitzung des Bundesrates am 14.10.2016, Plenarprotokoll 949, 415, Staatssekretär Dr. Thomas Schäfer, Hessen, CDU)*

#### Teil 1: Spott und Häme (billig)

„Banken verweigern Finanzierung. Ältere kriegen immer schwerer Immo-Kredite.“<sup>1</sup> So titelt nicht nur die BILD Zeitung, sondern im gesamten deutschen Blätterwald rauscht es im Herbst 2016 zornig: „Banken drehen den Geldhahn zu!“<sup>2</sup> Ältere Menschen bekommen keine Kredite mehr? Das sei jetzt per Gesetz verboten!? Das kann doch nicht sein? Keine Regierung einer überalternden Bevölkerung legt sich doch mit den Alten an? Vermutlich eine Wutkampagne der Banken gegen vermeintliche Regulierungslawinen aus Brüssel und Berlin ...

Alle, die in juristischen Prüfungen hämisch mit dem Satz gedemütigt worden sind, dass ein Blick ins Gesetz die Rechtskenntnis stärke, werden sich hieran ihr Juristenleben erinnern. Wir erinnern uns also und schlagen im neuen BGB nach, § 505a Abs. 1 Satz 2: „Der Darlehensgeber darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel daran bestehen und dass es bei einem Immobiliendarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß

1 <http://www.bild.de/geld/mein-geld/kredit/immobilienkredit-46762696.bild.html>.

2 <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/freising/freising-die-bank-dreht-den-geldhahn-zu-1.3179623>.

nachkommen wird.“ Ok, bei einem AVD (so der neu Akronymisierungs-Slang,<sup>3</sup> kein Mensch will ja ernsthaft mehr als dreimal hintereinander das Wort Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag aussprechen) „keine erheblichen Zweifel“ und bei einem IVD (... richtig!) „wahrscheinlich“. Ja. Genau. Nicht wahr? Nun, das wird bestimmt noch genauer erläutert, § 505b Abs. 2 BGB: „Bei Immobiliear-Verbraucherdarlehensverträgen hat der Darlehensgeber die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen des Darlehensnehmers eingehend zu prüfen. Dabei hat der Darlehensgeber die Faktoren angemessen zu berücksichtigen, die für die Einschätzung relevant sind, ob der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag voraussichtlich nachkommen kann.“ So, tja, also, „wahrscheinlich“ dann, wenn „auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Information“ „eingehend geprüft“ und „angemessen berücksichtigt“ worden ist. Ja.

Das stärkt die Rechtskenntnis nur begrenzt – unbedingt aber die Rechtserkenntnis. Mit dem „Blick ins Gesetz“ ist es nicht getan. Dann natürlich als nächstes (mindestens, wenn nicht zuerst): Historische Auslegung! Also, BT-Drs. 18/5922, 97 ff., alles im Internet, mit einem Klick zu erreichen, kein Problem, der „historische Wille“, könnte vielleicht sogar ein Algorithmus alles zusammenmischen, die Auslegungscanones – und hätte nicht viel gebracht, im Wesentlichen steht da eine Wiederholung des Gesetzestextes, schade. Aber auch: „Erwägungsgrund 55 der Richtlinie verdeutlicht die Anforderungen.“ Da haben wir’s! Von der historischen zur richtlinienkonformen Auslegung, das geht doch ganz flott von der Hand. Vielleicht gleich auf Englisch lesen, dem linguistischen Sendercode<sup>4</sup> auch in Brüssel, de facto jedenfalls? Oder, na ja, Deutsch muss ja eigentlich auch gehen, sind ja demnächst nur noch die paar Iren dabei. „Zukünftige Ereignisse während der Laufzeit des vorgeschlagenen Kreditvertrags, wie ein verringertes Einkommen für den Fall, dass die Kreditlaufzeit in die Zeit des Ruhestands hineinreicht, [...] sollten ausreichend berücksichtigt werden“.<sup>5</sup> Und daraus schließen jetzt die Banken, dass es gar keinen Kredit mehr an Alte geben darf? Da ließe sich doch bestimmt kredittechnisch was machen, Laufzeiten, Ratenhöhen, Zinssätze, Tilgungsregelungen, Versicherungen ... kurz: Bankgeschäft! Und natürlich: Kreditsicherung! – doch dazu mehr unter Teil 3. Und ab wann ist der Ruhestand „ausreichend berücksichtigt“? Dann, wenn das Zurückzahlen trotzdem „wahrscheinlich“ ist und „auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Information eingehend geprüft“ wurde, vermutlich. Vielleicht hätte der Gesetzgeber dazu doch etwas mehr sagen sollen. Die Richtlinie fordert ihn jedenfalls dazu auf: „Die Mitgliedstaaten sollten zusätzliche Leitlinien zu diesen oder zusätzlichen Kriterien und zu den bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit eines Verbrauchers angewandten Methoden herausgeben können“.<sup>6</sup> Hat er nicht. Hat stumpf „umgesetzt“ und abgeschrieben. Man will ja keinen Ärger haben. Brüssel ist schuld.

Und jetzt? Eine systematische Auslegung verliert sich im Richtlinienpatchwork des BGB, bevor es überhaupt losgeht, und so bleibt nur noch Teleologie und Achselzucken.

3 Z.B. bei der Deutschen Bank <http://www.db-baufinanzierung.de/content/db-baufinanzierung/Cou ntdown---Einfuehrung-der-Wohnimmobilienkreditrichtlinie-am-21--Maerz-2016.html>.

4 Nach wie vor sehr instruktiv im Hinblick auf das Verhältnis zwischen juristischer Methodenlehre und Linguistik Hegenbarth, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, 45 ff.

5 Erwägungsgrund 55 der RL 2014/17/EU.

6 Erwägungsgrund 55 der RL 2014/17/EU.

Und wer bestimmt letztlich den Sinn und Zweck? Die Rechtsprechung! Das Ganze wird also mit anderen Worten den Gerichten vor die Füße gekippt. Die sind auch sehr unglücklich und haben das von Anfang an gesagt. Der Richterbund prognostizierte, dass die Regelung „in der gerichtlichen Praxis kaum handhabbar sein wird“,<sup>7</sup> und erteilte einen Verweis: „Der Gesetzgeber sollte sich an dieser Stelle bewusst machen, dass es nicht um die ungefähre Beschreibung eines Verfahrens geht, wie bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung sinnvollerweise verfahren werden sollte, sondern darum, Rechtspflichten zu begründen, deren Verletzung erhebliche Sanktionen nach sich ziehen.“ Aber was soll die Alternative sein? „Möglicherweise wäre es besser, auf die Beschreibung der Kreditwürdigkeitsprüfung im Gesetzestext vollständig zu verzichten.“ Aha.

## Teil 2: Guter Rat (teuer)

Soweit, so billig.<sup>8</sup> Natürlich ist es ein Leichtes, sich über die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom weltentfernten Schreibtisch aus lustig zu machen. Doch wie soll man anders regulieren? Besser regulieren? Denn dass überhaupt der Ordnungsrahmen für die Finanzwirtschaft nach der Krise arrondiert werden muss und z.B. dringend die hier adressierten Probleme bei Kreditvergabe und Verbraucherschutz sowie Bankenstabilität zu regeln sind, dürfte heute wohl kaum bezweifelt werden. Gesucht wäre im Fall der Bonitätsprüfung bei Wohnimmobilienkrediten eine Regelung, die offen genug ist, um die notwendige Vertragsfreiheit zu erhalten, und konkret genug, um in der Praxis vernünftig gehandhabt und vor Erlass der Regelung ausreichend öffentlich und damit akzeptanzfördernd diskutiert werden zu können. Eine Diskussion über Begriffe wie „wahrscheinlich“, „notwendig“, „ausreichend“ und „angemessen“ wird nicht stattfinden. Nicht auf nationaler Ebene und schon gar nicht auf europäischer. Über den Ausschluss von Bevölkerungs- und Einkommensgruppen vom Immobiliendarlehensmarkt dagegen schon. Und auch darüber, ob das zur Vermeidung einer Immobilienblase notwendig ist oder nicht oder was in – oder am besten vor! – alternativlosen Zeiten Alternativen sein könnten.

Natürlich sind offene Formulierungen als „geplante Regelungslücken“<sup>9</sup> legislatorisch legitim, wenn es unmöglich ist, die Vielzahl der potentiell betroffenen Lebensvorgänge konkret zu beschreiben. Mit der vorliegenden Norm stiehlt sich die Legislative jedoch ein Stück (zu) weit aus der Verantwortung zu Lasten der Rechtsprechung. Das ist nicht nur aus Sicht sinnvoller Gewaltenteilung problematisch und erschwert den notwendigen gesellschaftlichen Diskurs. Eine Konkretisierung des Gesetzes im Instanzenweg dauert Jahre, überfordert tendenziell die Gerichte, schafft auf dem Markt Unsicherheit und ist damit insgesamt gesehen eine ineffiziente Regelung. Die Rudelbildung unbestimmter Rechtsbegriffe bei einer so technisch-finanzwirtschaftlichen Fragestellung wie der Kreditwürdigkeitsprüfung verdient die gelbe Karte.

7 Deutscher Richterbund, Stellungnahme 5/15 vom Feb. 2015, 8 (wie die folgenden Zitate) <http://www.drbb.de/stellungnahmen/2015/wohnmobilienkreditrl.html>.

8 Ausgewogene Darstellungen finden sich z.B. bei *Stamenković/Michel*, VuR 2016, 132 ff. sowie *Buck-Heeb*, NJW 2016, 2065.

9 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, 510 f.

Alles besser: USA!

Wenn es Europa nicht schafft, diese zentrale Frage der Kreditvergabe gut zu regeln, lohnt sich vielleicht ein Blick in die USA,<sup>10</sup> ins Subprime-Mutterland der Finanzkrise. Immerhin ist deren Regulierung unter dem Titel „Dodd-Frank-Act“ auch für Deutsche Bank(en) längst eine Heimsuchung geworden. In der Tat wurde hier in sec. 1411 des Dodd-Frank-Acts (15 USC § 1639c) ebenfalls eine Regelung zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Wohnimmobilienkrediten geschaffen, den „ability-to-repay“ (ATR) Standard: “[...] no creditor may make a residential mortgage loan unless the creditor makes a reasonable and good faith determination based on verified and documented information that, at the time the loan is consummated, the consumer has a reasonable ability to repay the loan, according to its terms [...]”. Na, dahinter müssen wir uns ja wohl nicht verstecken, auch hier wimmelt es doch vor unbestimmten Rechtsbegriffen! Ja, ja, der Blick über den Tellerrand trifft nur auf den nächsten Tellerrand. „Rechtsvergleichung macht bescheiden“<sup>11</sup> – aber nicht, weil dort nichts zu holen wäre, sondern weil das Verständnis anderer Rechtsordnungen nicht einfach und nicht einfach zu übertragen ist. Und ein erster Schritt ist, den Paragraphen weiter zu lesen („ein Blick ins Gesetz [...]“ s.o.), denn auf immerhin sieben Seiten legt 15 USC § 1639c detailliert Kriterien fest für eine vernünftige Einschätzung der Rückzahlungsfähigkeit des Kreditnehmers. Hierzu gehört etwa die Kreditgeschichte des Kunden, seine Beschäftigungsverhältnisse der letzten zwei Jahre, das daraus voraussichtlich für die Zukunft resultierende Einkommen abzüglich der voraussichtlichen Steuern und sonstigen Ausgaben etc.<sup>12</sup> Und damit ist erst der Anfang gemacht, denn auf dem Nachbarteller sind es vor allem drei US-amerikanische Zutaten, die unsere Aufmerksamkeit auf sich ziehen könnten: Das sog. „rulemaking“ Verfahren, mit dem diese Vorschrift noch weiter im Detail von der dazu ermächtigten Behörde praxistauglich gemacht werden muss, die dann dazu konkret erlassene Regelung des „qualified mortgage“ (QM) Standard, mit dem in einem interessanten Ansatz Formen der Produktregulierung über Vermutungsregeln angegangen werden, und schließlich die dafür neu geschaffene Behörde als solche: das Consumer Financial Protection Bureau (CFPB).

1. Mangelnder Verbraucherschutz galt in den USA als eine der wichtigsten Ursachen der Finanzkrise. Um der hohen Komplexität von Finanzprodukten, deren vielfältigen Vertriebswege sowie dem Ausgleich der mannigfachen Interessen gerecht zu werden, wurde mit dem Dodd-Frank-Act eine neue, zentrale Behörde geschaffen.<sup>13</sup> Eine der Urheberinnen dieser Idee war *Elisabeth Warren*, seinerzeit Professorin an der Harvard Law School. Sie erhielt von *Barack Obama* den Auftrag, die Behörde aufzubauen. Ihre Er-

10 Die folgenden Ausführungen basieren auf *meiner* Darstellung des CFPB in der VuR 2016, 417 ff.

11 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, 32.

12 Werden die Kriterien nicht eingehalten, kann der Kunde Schadensersatzansprüche und Vollstreckungsschutz geltend machen, und die Beweislast für die Einhaltung des ATR Standards liegt gemäß der Ausführungsbestimmungen im Truth of Lending Act (Regulation Z) 12 CFR § 1026.43 beim Kreditgeber.

13 Kritisch *Romano*, Further Assessment of the Iron Law of Financial Regulation: A Postscript to Regulating in the Dark, Yale Law & Economics Research Paper No. 515, 27 (<http://ssrn.com/abstract=2517853>), die eine so begründete Neustrukturierung von Behörden für eine typisch kriseninduzierte Augenwischerei ohne Mehrwert hält.

nennung zur Direktorin aber wurde von den Republikanern verhindert.<sup>14</sup> Das CFPB bündelt, vereinfacht gesagt, in Teilen Aufgaben der Verbraucherzentralen, des Justizministeriums und der BaFin. Man wollte damit der Zersplitterung verbraucherschützender Regelungskompetenz entgegenwirken. Zusätzlich kommt hinzu, dass in den USA die Kreditvergabe auch ohne Banklizenz möglich ist, so dass es an einer entsprechenden Aufsichtsbehörde fehlte.<sup>15</sup> Der vielfältige Aufgabenbereich dieser hybriden Behörde neuen Typs<sup>16</sup> („a 21st Century Agency“)<sup>17</sup> reicht von der Forschung und Beratung im Bereich der Finanziellen Allgemeinbildung („consumer education and engagement“), über Forschungen zur Empirie der Verbraucherfinanzmärkte, die Finanzdienstleistungsaufsicht über alle Anbieter im Hinblick auf Verbraucherschutzrelevante Aspekte („supervision“), die Durchsetzung entsprechender Regeln („enforcement“) und auch deren Erlass („rulemaking“).

2. Das CFPB ist in sec. 1412 Dodd-Frank-Act<sup>18</sup> ermächtigt worden, Regelungen für einen „qualified mortgage“ Standard festzulegen im Wege des sog. „rulemaking“. <sup>19</sup> Hierbei handelt es sich um eine Delegation von Normsetzungsbefugnissen auf die Exekutive. Im Ansatz ist das vergleichbar mit dem Erlass von Rechtsverordnungen in Deutschland. Allerdings sind die Anforderungen an die Ermächtigungsnorm geringer, und das „rulemaking“ zeichnet sich durch eine stärkere und zwingend notwendige Beteiligung der Öffentlichkeit aus. Im Falle der Dodd-Frank-Regulierungen handelt es sich um ein „rulemaking“ im (üblichen) Notice-and-Comment-Verfahren.<sup>20</sup> Dies beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung, dass ein solches Verfahren durchgeführt werden soll („notice“), und setzt sich fort mit einer umfassenden Beteiligung der Öffentlichkeit, die Stellung nehmen kann („comment“). Anders als im deutschen Recht, wo die Öffentlichkeit regelmäßig nur „unterrichtet“ oder „angehört“ wird,<sup>21</sup> muss in den USA die zum „rulemaking“ ermächtigte Behörde die Einwände berücksichtigen oder die Nichtberücksichtigung begründen. All diese Erwägungen sind zu dokumentieren und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Zwar ist ein solches Verfahren natürlich zeitaufwendiger und teurer als der Erlass von Rechtsverordnungen in Deutschland. Allerdings erhofft man sich

14 Vgl. zur politischen Auseinandersetzung z.B. *Rosenthal* in New York Times, 8.12.2011 (<http://takingsnote.blogs.nytimes.com/2011/12/08/lousy-filibusters-richard-cordray-edition/>).

15 Vgl. zum Hintergrund der Aufsichtsübernahme durch das CFPB über den „non-bank“ Sektor der Kreditgeber <http://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/consumer-financial-protection-bureau-launches-nonbank-supervision-program/>.

16 Eine Mischung aus legislativen, exekutiven und judikativen Befugnissen ist im Verwaltungsrecht der USA zwar nichts Ungewöhnliches (*Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl., 2001, 231 ff.), aber selbst für amerikanische Verhältnisse ist das CFPB etwas Neues und wirft z.B. Fragen auf zu der Koordinierung unterschiedlicher Behörden und ihrer Kompetenzen, vgl. *Sharkey*, Agency Coordination in Consumer Protection, in: „The Frontiers of Consumer Protection“, The University of Chicago Legal Forum 2013, 329 ff.

17 So das Selbstbild des CFPB in den Worten seines Direktors *Cordray*, Protecting Consumers in the Financial Marketplace, in: The Frontiers of Consumer Protection, The University of Chicago Legal Forum 2013, 1, 5.

18 Amendment to sec. 129 C Truth in Lending Act (TILA).

19 Vgl. hierzu rechtsvergleichend *Pünder*, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, und *Orlowski*, DÖV 2005, 133 ff.; speziell zu Normsetzungsbefugnissen von Kapitalmarktaufsichtsbehörden, *Halfpap*, BKR 2009, 65.

20 Geregelt ist das in den USA im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, Administrative Procedure Act (APA) § 533.

21 Vgl. den Hinweis von *Orlowski*, DÖV 2005, 133, 138 auf § 62 Abs. 2 i.V.m. § 47 f. GGO.

hierdurch bessere Regulierungen und höhere Akzeptanz und damit die Vermeidung langfristiger Kosten.<sup>22</sup>

3. In den Ausführungsbestimmungen zum „qualified mortgage“-Standard, die die CF-PB schließlich im Jahre 2014 nach Durchführung eines umfangreichen „rulemakings“ erlassen konnte, werden auf über 50 Druckseiten Details der Kreditwürdigkeitsprüfung und der möglichen Vertragsgestaltungen geregelt.<sup>23</sup> Wird dieser Standard eingehalten, spricht eine Vermutung dafür, dass der Kredit dem „ability-to-repay“ Standard genügt und damit z.B. zivilrechtlich Schadensersatzforderungen nicht geltend gemacht werden können und auch aufsichtsrechtlich keine Bedenken bestehen. Liegt der Zinssatz des Darlehens 1,5 Prozentpunkte oder mehr über dem durchschnittlichen Angebot für erst-rangig im Grundbuch gesicherte Immobiliendarlehen oder 3,5 Prozentpunkte über zweitrangig gesicherten, ist diese Vermutung widerleglich („*rebuttable presumption*“),<sup>24</sup> liegt er darunter, ist die Vermutung sogar unwiderleglich, was den Kreditgeber dann in den sicheren Hafen bringt („*safe harbour*“).<sup>25</sup> Diese komplexe Vermutungsregel war ein Kompromiss.<sup>26</sup> Zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens gab es sogar die Überlegung, Vertragsbedingungen für Immobilienkredite soweit vorzugeben („plain vanilla“), dass den Kunden ein Preisvergleich bei den durch das Gesetz standardisierten Produkten einfacher möglich ist und damit der Markt transparenter und effizienter wird. Solche Produkte sollten dann in den Regeln der Finanzaufsicht bevorzugt werden.<sup>27</sup> Für *Elizabeth Warren* galten regulatorisch privilegierte „plain vanilla“-Standards als gesetzgeberischer Durchbruch.<sup>28</sup> Die ökonomischen Überlegungen für solche Regelungen haben auf den ersten Blick durchaus ihren Reiz, im Hinblick auf die Vertragsfreiheit aber waren in der folgenden Diskussion auch Bedenken nicht von der Hand zu weisen.<sup>29</sup> Im Ergebnis hat man sich dann zu einer Vermutungsregel entschlossen, deren Details in 12 CFR § 1026.43 beschrieben sind. So dürfen die Kreditverträge nicht auf eine negative Amortisation hinauslaufen (sondern müssen einen verbindlichen Tilgungsanteil enthalten), es soll keine über 30 Jahre hinausgehende Laufzeit für die Tilgung geben, fixe Ratenzahlungen werden gefordert, und in Bezug auf die Bonität des Kreditnehmers sind vielfältig ausdifferenzierte Regelungen vorgesehen, aber z.B. auch, dass die monatliche Kreditbelastung nicht mehr als 43% des Einkommens betragen darf.<sup>30</sup>

22 Pünder (Fn. 19), 298.

23 12 CFR § 1026.43 mit Appendix Q.

24 12 CFR § 1026.43 (e) (1) (ii).

25 12 CFR § 1026.43 (e) (1) (i).

26 *Barri/Jackson/Tahyar*, Financial Regulation: Law and Policy, 2016, 588 f.

27 *Brown*, 8 Berkley Bus.L.J. (2011), 209, 215 sieht darin eine Form der Besteuerung.

28 *Warren*, „Three Myths about the Consumer Financial Product Agency“, <https://baselinescenario.com/2009/07/21/three-myths-about-the-consumer-financial-product-agency/> bezeichnet dies passend als „off-the-shelf templates“.

29 *Barri/Jackson/Tahyar* (Fn. 26), 588 ff.

30 Solche konkreten Festlegungen zur Amortisation und Schuldendienstfähigkeit werden in Deutschland im Übrigen Jahre später als in den USA jetzt erstmals „makroprudentiell“ auf den Weg gebracht für den Fall einer sich abzeichnenden Immobilienblase, vgl. den am 21.12.2016 im Bundeskabinett beschlossenen Gesetzentwurf zum Finanzaufsichtsergänzungsgesetz [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt\\_7/2016-12-21-Finanzaufsichtserganzungsgesetz-anl.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt_7/2016-12-21-Finanzaufsichtserganzungsgesetz-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=4). In § 48u KWG (u!!) soll der BaFin in diesem Fall u.a. die Möglichkeit gegeben werden, die Darlehensvergabe per Allgemeinverfügung für die Banken entsprechend einzuschränken, wobei die Einzelheiten wiederum vom Bundesfinanzminis-



## Alles besser: USA?

Dass das Ergebnis der Gesetzgebung in den USA in Bezug auf die Kreditwürdigkeitsprüfung bei Wohnimmobiliendarlehen weitaus elaborierter ist als die kurze und schwammige Anforderung an eine „Wahrscheinlichkeit“ liegt auf der Hand. Dazu noch eine schlagkräftige unabhängige Behörde für Verbraucherschutz in Finanzdienstleistungen, die sich über den Markt informiert, Verbraucherschutzforschung betreibt, Schuldnerberatungsstellen schult und Konzepte zur Finanziellen Allgemeinbildung erstellt sowie Rechtsverordnungen nach ausgiebiger gesellschaftlicher Diskussion erlässt. Was will man aus Verbraucherschutzsicht mehr?<sup>31</sup> Wo nehmen wir in Europa das Selbstverständnis her, in Fragen von Umwelt- und Verbraucherschutz regelmäßig weiter zu sein als die USA – und an dieser Stelle folgt jetzt keine chlorhühnchenseelige TTIP-Debatte. Aber bevor wir uns ganz dem legislativen Happy End hingeben, in dem die Geigen der gesellschaftlichen Akzeptanz im Hintergrund anfangen zu schmalen und der Himmel über der saftigen Prärie der Finanzdienstleistungen im Abendrot erglüht, geht im Kinosaal der Rechtsvergleichung nach dem Abspann das flackernde Neonlicht der Ernüchterung an:

Die Lage in den USA ist in der Tat, gerade im Hinblick auf den Immobiliensektor vor (und nach) der Finanzkrise mit der bei uns nicht zu vergleichen. Einen echten Subprime-Sektor, in dem Kunden mit schlechter Bonität, die sich den Immobilienerwerb eigentlich nicht leisten konnten, z.B. mit Ballondarlehen (erst niedrige Raten, dann extrem hohe am Schluss) von teilweise nicht-lizenzierten Kreditgebern geködert wurden, um die Darlehen zur Verbriefung an den risikohungrigen Kapitalmarkt zu verkaufen („Collateralized Debt Obligation“) hat es so nicht gegeben. Dass so etwas in Deutschland gar nicht passieren kann, ist allerdings auch nicht wahr. Immer noch werden bekanntlich „Schrottimmobilien“-Fälle aus den Zeiten blühender Landschaften aufgearbeitet. Im Regelfall sind die Standards der QM für derzeitige deutsche Verhältnisse nicht eben hoch, sondern entsprechen dem bankkaufmännisch (noch) Üblichen. Und selbst in Amerika wird kritisiert, dass die meisten Darlehen ohnehin unter den weichen QM Standard fallen und dass der Rückgang von Subprime-Darlehen gar nicht auf die Regulierung, sondern nur auf das geänderte Umfeld zurückzuführen ist.<sup>32</sup> Darüber hinaus leidet das „rulemaking“-Verfahren, zumal im Zusammenhang mit dem Bereich der Finanzdienstleistungen, an großer Lobbyanfälligkeit („agency capture“), so dass die Vorstellung einer Öffentlichkeit, die an der Entscheidung partizipiert, nur mit Einschränkungen überzeugen kann.<sup>33</sup> Kritisiert wird an der Regelung außerdem, dass nicht dem Markt überlassen wird, wie die Kreditwürdigkeit für welche Darlehen zu prüfen sein sollte, und dass ärmere Haushalte vom Zugang zu Krediten schlicht ausgeschlossen werden.<sup>34</sup> Die Exklusion von Bevölkerungsgruppen, die sich das Eigenheim „nicht leisten“ können, dürfte allerdings durchaus zweckmäßig, wenn auch für den „American dream“ vom Wohneigentum eine Zumutung

terium in einer Rechtsverordnung festgelegt werden sollen gem. § 48u Abs. 5 Nr. 2 KWG des Entwurfs

31 Dass es hierfür natürlich verfassungsrechtliche Grenzen in Deutschland gibt im Hinblick auf das rulemaking im Kapitalmarktrecht, darauf weist *Halfpap*, BKR 2009, 65, 71 hin.

32 *Romano* (Fn. 13), 4 f.

33 *Romano* (Fn. 13), 16 ff.

34 *Torok/Torok*, 17 Scholar 95 (2015), 96, 121 ff.; *Smith/Zywicki*, 9 N.Y.U. J.L. & Liberty (2015), 201, 218 ff.

sein.<sup>35</sup> Dass jedoch nach dem Amtsantritt des neuen US Präsidenten Donald Trump die Finanzaufsicht und die Tätigkeit des CFPB wieder eingeschränkt werden wird, steht auch ohne expliziten „tweet“ wohl außer Zweifel.

### Teil 3: Happy End (keins)

Also wieder raus aus dem Kino der amerikanischen Träume und rein in den tristen deutschen Herbst des Jahres 2016, in dem es jedoch nicht nur nieselregnet, sondern auch schwarz-grüne Oktobertage goldenes Regierungskoalitionslicht über das Land werfen: Hessen und Baden-Württemberg machen sich auf, die dem SPD-Minister missratene Regelung der Bonitätsprüfung bei Wohnimmobilien zu verbessern. Da sind wir gespannt und beschäftigen uns mit dem gemeinsamen Gesetzesantrag für die Bundesratssitzung vom 14.10.2016. Und brutalstmöglich wird offengelegt: der unbestimmte Rechtsbegriff der Wahrscheinlichkeit ist zu unbestimmt. Richtig! Deshalb soll § 505a Abs. 1 BGB ergänzt und durch eine widerlegliche Vermutung eingegrenzt werden: *„Die Rückzahlung gilt als wahrscheinlich, wenn der Darlehensnehmer bei Fortschreibung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei Vertragsbeginn seinen Verpflichtungen vertragsgemäß nachkommen kann, es sei denn es bestehen aufgrund besonderer Umstände erhebliche Zweifel daran, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen zukünftig vertragsgemäß nachkommen kann.“*<sup>36</sup> Oh, heißt das also, dass es im Normalfall nur auf das aktuelle Einkommen ankommt, etwa nur vom letzten Monat? *„Damit wird der Kreditvergabeprozess für Kreditinstitute und Darlehensnehmer erheblich vereinfacht und ihnen eine ausgiebige Erörterung und Überprüfung der weiteren Lebensplanung des Darlehensnehmers erspart. Es soll vermieden werden, dass künftige unsichere Ereignisse wie Arbeitslosigkeit, sinkendes Einkommen, Krankheit und familiäre Veränderungen von Elternzeit bis Scheidung für die Kreditvergabe regelmäßig eine Rolle spielen.“*<sup>37</sup> Ernsthaft? Den gesunden Menschenverstand und alle Beratungsstandards aus der Finanz- und Schuldnerberatung einfach so in den Wind schießen?<sup>38</sup> Bloß nicht den Kunden darauf ansprechen, ob Renovierungen, Kinder, Pflegebedürftigkeit, Arbeitslosigkeit oder sonstige persönliche Umstände irgendeine finanzielle Rolle in der Zukunft spielen könnten und wie der Plan dafür aussehen sollte? Regelmäßig zu vermeiden!!? Und das alles nur, um vor dem Eigenheim junger Familien und fröhlicher Alten von Wahlkampfplakaten zu strahlen (CDU DNA!). Obwohl, *„bereits unverrückbar feststehende Ereignisse wie [...] den Eintritt in den Ruhestand“*<sup>39</sup> kann man leider nicht ignorieren (EU-Richtlinie, „Brüssel!“). Gut aber, dass man (die Grünen?) sich auch um das soziale Schicksal der ja auch betroffenen befristeten Angestellten kümmern kann, bei denen die Befristung für die Kreditvergabe keine Rolle spielen soll, denn *„bei vielen Personengruppen ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis zu gleichen Konditionen fortgesetzt wird. Bei wissenschaftlichen Mitarbeitern über Abgeordnete bis zu Vorständen börsennotierter Unternehmen sind Befristungen heute*

35 Torok/Torok, 17 Scholar 95 (2015), 96 f.

36 BR-Drs.578/16, Gesetzentwurf, 2.

37 BR-Drs.578/16, Gesetzentwurf, Begründung, 5.

38 Evers/ Krüger/Reifner, Beratungsqualität in Finanzdienstleistungen, 2000, 52 f. und 93, sowie Schrueth/Kuntz/Müller/Stammler/Westerath, Schuldnerberatung in der sozialen Arbeit, 5. Aufl., 2003, 39 ff.

39 BR-Drs.578/16, Gesetzentwurf, Begründung, 5.



üblich. Der Regelfall ist die Fortsetzung zu gleichen oder verbesserten Konditionen (befristet eingestellter Lehrer wird Beamter auf Lebenszeit; wissenschaftlicher Mitarbeiter beendet Habilitation und erhält eine Professur; Abgeordnete wird Ministerin)<sup>40</sup> !?! ... Das kann eigentlich nur ein Scherz sein. Ist aber die Begründung des Gesetzesantrages der Länder Baden-Württemberg, Hessen vom 6.10.2016 (BR Drs. 578/16, 5). Sprachlos. Abgesehen von der frivolen Gedankenlosigkeit und der geradezu zynischen Weltfremdheit, die aus solchen Beispielen spricht, dürfte das im Übrigen auch dem doch gerade erst eingeführten Beratungsstandard für Immobiliendarlehen in § 511 BGB widersprechen.<sup>41</sup> Danach muss sich der Darlehensgeber für eine Beratung gem. § 511 Abs. 2 BGB „über den Bedarf, die persönliche und finanzielle Situation sowie über die Präferenzen und Ziele des Darlehensnehmers“ informieren. Das alles soll unter „realistischen Annahmen“ erfolgen, so dass z.B. auch ein eventuelles Risiko der Arbeitslosigkeit in die Beratung mit einfließen soll.<sup>42</sup> Dann könnte es doch vielleicht auch ein realistisches Risiko sein, dass nicht aus allen befristet Beschäftigten im Regelfall Professoren, Ministerinnen und Vorstandsvorsitzende werden?

Leider geht die Begründung der Gesetzesinitiative im Stil eines BILD-Zeitung-Interviews weiter, wenn festgestellt wird: „Selbst wenn der Wert der Immobilie das für die Herstellung von Barrierefreiheit erforderliche Darlehen um ein Vielfaches übersteigt, müssen Senioren in der Lage sein, in ihrer statistischen Lebenserwartung das Darlehen zu tilgen. Gerade bei Hochbetagten genügt eine auskömmliche Rente bei geringer statistischer Lebenserwartung deshalb nicht. Die Bank muss das Darlehen verweigern, die hochbetagten Senioren müssen in ein Heim umziehen.“<sup>43</sup> Man habe fehlerhaft einen Halbsatz aus der Richtlinie, in dem eine Ausnahme für Bau und Renovierung vorgesehen war, in § 18a Abs. 3 KWG nicht umgesetzt. Das ist zwar Absatz 4 von § 18a KWG (der wiederum wortgleich ist mit § 505b Abs. 2 BGB), ist ja auch egal. Aber es sollte nicht egal sein, dass das geltende Recht sehr wohl eine Kreditsicherung durch Grundstücke zulässt, auch bei Alten, sie darf nur nicht spekulativ hauptsächlich darauf gestützt werden, dass der Immobilienwert weiter steigt. „Der Blick ins Gesetz [...]“. Zugegeben, diese Form der Blasenbremse hätte man vielleicht etwas genauer und richtliniennäher fassen können.<sup>44</sup> Denkbar wäre gewesen, ... ach, ich hab' keine Lust mehr auf „genauer“. Alle anderen ja offenbar auch nicht. Das Ding geht erstmal in den Ausschuss.<sup>45</sup>

40 BR-Drs.578/16, Gesetzentwurf, Begründung, 6.

41 Vgl. dazu Krüger BKR 2016, 397 ff.

42 BT-Drs. 18/5922, 106.

43 BR-Drs. 578/16, Gesetzentwurf, Begründung, 7.

44 Die Formulierung aus dem Erwägungsgrund 55 der RL 2014/17/EU: „Gleichwohl sollte der Kreditgeber diese Möglichkeit berücksichtigen können, wenn der Zweck des Kreditvertrags der Ausbau oder die Renovierung einer bestehenden Immobilie ist“, wurde ausdrücklich nicht übernommen, um das Prinzip deutlich zu machen, dass bei der Kreditwürdigkeitsprüfung *primär* auf die Fähigkeit des Darlehensnehmers zur Vertragserfüllung abzustellen ist, s. BT-Drs. 18/5922, 99. Natürlich aber darf auch der Wert der Immobiliarsicherheit auch weiterhin bei der Kreditvergabe eine Rolle spielen.

45 In der Bundesratssitzung vom 14.10.2016 eilte den grün-schwarzen Ländern das tiefschwarze Bayern zur Hilfe, während das SPD geführte BMJV die Regelung sachlich korrekt verteidigte, aber emotional und rhetorisch nicht mithalten konnte. Redebeiträge und alle Materialien stehen zum download auf der wirklich exzellent gemacht Webseite des Bundesrates zur Verfügung (<http://www.bundesrat.de>).

Hatte der Richterbund also doch Recht: Man hätte besser gar keine Regelungen zu Kreditwürdigkeit treffen sollen als solche? Der Bankenfachverband hatte seinerzeit eine Konkretisierung angemahnt und den Erlass einer für alle Kreditinstitute einheitliche Rating-Masterskala vorgeschlagen.<sup>46</sup> Der VZBV tritt mittlerweile ebenfalls für konkretere Auslegungsvorschriften ein<sup>47</sup> und mit dem aktuellen Beschluss des Bundeskabinetts vom 21.12.2016 soll jetzt Finanz- und Justizministerium ermächtigt werden, durch gemeinsame Rechtsverordnung (ohne Zustimmung des Bundesrates) Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung festzulegen<sup>48</sup>. Diese Regelung soll nicht nur im KWG, sondern parallel auch im BGB im dafür neu zu schaffenden § 505e verankert werden. Damit wird die etwas krampfhaft Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht mithilfe legislativer Doppelstücke fortgeschrieben, was das Gesetz nicht gerade überschaubarer macht<sup>49</sup>. Vielleicht aber könnte jetzt die Gelegenheit gekommen sein, durch konkretisierte Bonitätsregeln auch die vermutlich unterkomplexen „Scoreformeln“ der Schufa („geschütztes Geschäftsgeheimnis!“<sup>50</sup>) verbessern zu helfen oder auch nur transparenter zu machen. Vielleicht könnte man dafür sogar die langjährigen Erfahrungen in den USA mit Regelungen zum Credit Reporting berücksichtigen. Vielleicht hätten all diese Überlegungen auch gleich ein Ansatz sein können, wenn man von Anfang an ein bindend partizipatives, öffentliches Verfahren für den Erlass von Auslegungsvorschriften gehabt hätte, das die wissenschaftlichen Forschungen und das praktische Wissen in Banken und Schuldnerberatungsstellen über Probleme bei der Wohnimmobilienfinanzierung hätte berücksichtigen können, vielleicht gesteuert durch eine einheitlich zuständige, möglichst unabhängige Behörde für Verbraucherschutz in Finanzdienstleistungen, in der vielfältige Kompetenzen gebündelt wären, vielleicht, ja vielleicht wären Verfahren und Ergebnis der Regulierung überzeugender gewesen, vielleicht sogar eher „wahrscheinlich“, wenn „auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Information“ „eingehend geprüft“ und „angemessen berücksichtigt“ ...

„Eine kleine Stichprobe des VZBV ergab, dass zum Beispiel Hypovereinsbank, Norisbank, Diba und Citibank keine Kredite an ältere Menschen vergeben. Die Altersgrenze für diese Regelungen liege zwischen 65 und 74 Jahren. Die Banken verweigerten den betroffenen Kunden Standardkredite unabhängig von der Höhe“.<sup>51</sup> Das könnte man für eine aktuelle Meldung halten, aber man stutzt, denn die meisten dieser Banken gibt es (so) gar nicht mehr. Das wird doch wohl nicht an der Kreditwürdigkeitsprüfung gelegen haben? Die Meldung ist von 2003. Es liegt also nicht nur an Brüssel und Berlin. Aber auch.

46 Bankenfachverband, Stellungnahme v. 13.2.2015, 6, [http://www.bfach.de/media/file/7485.Stellungnahme\\_RefE\\_WIKRL\\_15-02-13\\_BFACH.pdf](http://www.bfach.de/media/file/7485.Stellungnahme_RefE_WIKRL_15-02-13_BFACH.pdf).

47 VZBV, Kreditwürdigkeitsprüfung, Positionspapier von 16.9.2016, 7, [http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_positionspapier\\_kreditwuerdigkeitspruefung\\_2016-09-16.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_positionspapier_kreditwuerdigkeitspruefung_2016-09-16.pdf).

48 [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt\\_7/2016-12-21-Finanzaufsichtsrechtergaenzungsgesetz-anl.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt_7/2016-12-21-Finanzaufsichtsrechtergaenzungsgesetz-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

49 Bekanntlich ist ja u.a. für den BGH, zumindest in der Anlageberatung, das Aufsichtsrecht Feindesland, von dem wohl noch nicht einmal Wertungen zivilrechtlich verbindlich ausstrahlen dürfen. In diese Richtung jedenfalls lässt sich BGH BKR 2014, 32 ff (Rn. 20) interpretieren. Kritisch zu Inhalt und (zirkulärer) Form der Begründung Krüger, myops 21 (2014), 32 ff.; ausführlich zu dieser sehr umstrittenen Frage zuletzt Einsele, 180 ZHR (2016), 233 ff

50 BGH NJW 2014, 1235 ff.

51 <https://www.test.de/Banken-Kein-Kredit-fuer-aeltere-Menschen-1077648-0/>.