

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.



Die Deutsche
Kreditwirtschaft

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge

Kontakt:

Dr. Rainer Siedler

Telefon: +49 30 2021- 2314

Telefax: +49 30 2021-19 2300

E-Mail: r.siedler@bvr.de

Berlin, 24. Februar 2020

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-dk.de

Inhalt

Vorbemerkung	3
Zusammenfassung	4
Anmerkungen	5
1 Klauselverbot für Abtretungsverbote (§ 308 Nr. 9 BGB-E) – Art. 1 1 GE ffV	5
1.1 Bedeutung im Allgemeinen	5
1.2 Bedeutung für die Kreditwirtschaft	6
1.2.1 Auszahlungsansprüche	6
1.2.2 Bausparverträge	6
1.2.3 Förderdarlehen	7
1.2.4 Geldwäscheprävention	7
1.2.5 Grundschuldbestellungsurkunden und Sicherungsverträge	7
1.2.6 Immobilienfinanzierungen	7
1.2.7 Pfändungsschutz des Verbrauchers	8
1.3 Folgerungen	8
1.3.1 Abtretungsverbot entbehrlich	9
1.3.2 Abtretungsverbot mit Ausnahme für Finanzdienstleistungen	9
1.3.3 Abtretungsverbot mit Einschränkungen für Finanzdienstleistungen	9
1.3.4 Abtretungsverbot auf Rechtsdienstleister beschränken	9
1.3.5 Abtretungsverbot mit Ausnahme für Existenzgründer	9
2 Einführung der Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Fernabsatzverträge über Energielieferungen (§ 312c BGB-E) – Art. 1 4 GE ffV	10
3 Effizientere Sanktionierung bei unerlaubter Telefonwerbung	10
4 Digitalisierung der Immobilienfinanzierung	12
4.1 Textformerfordernis für (Immobilien-)Verbraucherdarlehensverträge	12
4.2 Stapelsignatur bei mehreren zu signierenden elektronischen Dokumenten	13
4.3 Abschrift des Darlehensvertrages (492 Abs. 3 Satz 1 BGB)	13
5 Verbraucherrechterelevanz von Kreditsicherheiten	13
6 Ausnahme vom Schriftformerfordernis für Bürgschaften	14

Vorbemerkung

Die Deutsche Kreditwirtschaft (DK) ist die Interessenvertretung der fünf kreditwirtschaftlichen Spitzenverbände des deutschen Kreditgewerbes. Die DK dankt für die Gelegenheit, im Rahmen der öffentlichen Konsultation zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge (nachfolgend GE ffV) Stellung nehmen zu können.

Die DK begrüßt das auch von ihr verfolgte Ziel des BMJV, den Verbrauchern ein angemessenes Maß an Verbraucherschutz zu bieten. Die Regelungsvorschläge stoßen jedoch auf grundsätzliche Vorbehalte. So würde beispielsweise das vorgesehene Abtretungsverbot entgegen der gesetzgeberischen Intention die derzeitige Position des Verbrauchers verschlechtern. Im Folgenden sind nach der Zusammenfassung in den Ziffern 1 bis 3 die Anmerkungen der DK zum Gesetzentwurf für faire Verbraucherverträge dargestellt.

Die DK nutzt die Konsultation zu diesem Gesetzentwurf, um über die vorgeschlagenen Regelungen hinaus auf weiteren Regelungsbedarf hinzuweisen. Dabei handelt es sich um folgende Aspekte:

- Digitalisierung der Immobilienfinanzierung (Ziffer 4),
- Verbraucherrechtrelevanz von Kreditsicherheiten (Ziffer 5),
- Ausnahmen vom Schriftformerfordernis für Bürgschaften (Ziffer 6).

Für Rückfragen und weitere Informationen stehen wir jederzeit gern zur Verfügung.

Zusammenfassung

Klauselverbot für Abtretungsverbote

Die Deutsche Kreditwirtschaft hat erhebliche Bedenken gegenüber der vorgeschlagenen Klausel über Abtretungsverbote.

- Grundsätzlich besteht kein Bedürfnis für ein Klauselverbot über Abtretungsverbote, weil es hinreichende Möglichkeiten der prozessualen Durchsetzung gibt und ein derartiges Klauselverbot den Verbraucher sogar benachteiligen würde.
- In der Kreditwirtschaft haben Abtretungsverbote eine erhebliche Bedeutung für Auszahlungsansprüche, Bausparverträge, Förderdarlehen, die Geldwäscheprävention, Grundschuldbestellungsurkunden und Sicherungsverträge, Immobilienfinanzierungen und den Pfändungsschutz des Verbrauchers.

Die Deutsche Kreditwirtschaft fordert daher, auf das Klauselverbot über Abtretungsverbot zu verzichten oder zumindest eine Ausnahme oder Beschränkungen für Finanzdienstleistungen vorzusehen. Möglich wäre es auch, das Abtretungsverbot auf Rechtsdienstleister zu beschränken.

Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Fernabsatzverträge über Energielieferungen

Die vorgeschlagene Regelung würde die Kreditwirtschaft zunächst nicht betreffen. Im Hinblick auf eine etwaige, spätere Erweiterung des Anwendungsbereichs sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass in der Finanzbranche keine Schwierigkeiten mit derartigen „untergeschobenen Verträgen“ bestehen.

Effizientere Sanktionierung bei unerlaubter Telefonwerbung

Die in § 7a UWG-E vorgesehene Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sollte ebenso wie der geplante neue Bußgeldtatbestand nicht in das UWG eingefügt werden. Das Ziel des Gesetzgebers sollte sich auf die Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung konzentrieren und nicht darauf, einen neuen Ordnungswidrigkeitstatbestand der nicht angemessenen Dokumentation und Aufbewahrung einzuführen.

Digitalisierung der Immobilienfinanzierung

Kreditinstitute und ihre Kunden stehen vor der Herausforderung, die Chancen der Automatisierung und Digitalisierung zugunsten ihrer Kunden zu erkennen und praktisch umzusetzen. Folgende gesetzliche Ergänzungen würden die Digitalisierung der Immobilienfinanzierung erleichtern.

- Hilfreich wäre ein Verzicht auf das Schriftformerfordernis in § 492 Abs. 1 S. 1 BGB.
- Zu begrüßen wäre zudem, wenn die Zulässigkeit der in der Praxis eingesetzten Stapelsignatur klargestellt werden könnte.
- Nach Abschluss ist der Darlehensgeber gemäß § 492 Abs. 3 Satz 1 BGB verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine „Abschrift des Vertrages zur Verfügung“ zu stellen. Diese Abschrift des Darlehensvertrages ist jedoch verzichtbar, da der Verbraucher im Rahmen einer elektronischen Signierung bereits über den technisch unveränderbaren Vertragsantrag verfügt.

Verbraucherrechte relevanz von Kreditsicherheiten

Das BGB enthält keine eindeutige Aussage zu der Frage, ob die schuldrechtliche Vereinbarung über verbraucherseitig zu bestellende Kreditsicherheiten außerhalb der Geschäftsräume oder im Fernabsatz ein Widerrufsrecht besteht und somit eine Widerrufsbelehrung erforderlich ist. Hilfreich wäre es, wenn der Gesetzgeber diese Frage eindeutig in dem Sinne regeln würde, dass bei Kreditsicherheiten diese sogenannte Verbraucherrechte relevanz nicht besteht.

Ausnahme vom Schriftformerfordernis für Bürgschaften

Die DK regt mit Blick auf den modernen Rechtsverkehr im Bankgeschäft an, in § 350 HGB zu regeln, dass Gesellschafter- bzw. Geschäftsführerbürgschaften für Darlehen an das eigene Unternehmen (z.B. GmbH) nicht schriftlich erklärt werden müssen.

Anmerkungen

1 Klauselverbot für Abtretungsverbote (§ 308 Nr. 9 BGB-E) – Art. 1 1 GE ffV

Das derzeitige Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit des § 308 BGB soll um ein Klauselverbot für Abtretungsverbote ergänzt werden, wonach Klauseln in AGB, durch die für auf Geld gerichtete Ansprüche die Abtretung ausgeschlossen wird, als unwirksam anzusehen sind. In der Entwurfsbegründung heißt es in dem Punkt A.I.1. hierzu, der Grund für dieses Abtretungsverbot sei das Ziel, professionelle Forderungsdurchsetzung zu fördern. In der Entwurfsbegründung heißt es unter Punkt A.IV.4 b) aa) u.a. ferner, derartige Abtretungsverbote seien vereinzelt im Bereich des Verbraucherdarlehensrecht denkbar. Ferner wird ausgeführt, bei keinem der untersuchten Kreditinstitute sei eine Formulierung in den AGB zu finden, die eine Abtretung ausschließt. Somit könnten die Kreditinstitute bei der Ermittlung des Erfüllungsaufwandes außer Acht gelassen werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung unter Punkt B. soll das neue Klauselverbot auch Klauseln erfassen, mit denen eine Abtretung des Anspruchs nur an bestimmte Personen zugelassen, beschränkt, an bestimmte Voraussetzungen gebunden oder von einer Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht wird. Dieser Regelungsvorschlag stößt auf grundsätzliche Vorbehalte:

1.1 Bedeutung im Allgemeinen

Soweit der Referentenentwurf das Ziel hat, ein höheres Maß an Verbraucherschutz zu generieren, weil konkrete Verhaltensweisen einiger Branchen außerhalb der Kreditwirtschaft den Eindruck erwecken, rechtspolitischer Handlungsbedarf sei gegeben, stehen dem folgende Bedenken entgegen:

Hinreichende prozessuale Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung

Die von einigen Branchen verwendeten Abtretungsverbote dürften bereits nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) unzulässig sein. Wie in der Gesetzesbegründung zutreffend ausgeführt wird, ist nach einschlägiger BGH-Rechtsprechung ein Abtretungsausschluss nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn ein berechtigtes Interesse des Verwenders am Ausschluss der Abtretbarkeit nicht besteht oder berechnete Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit des Rechts das schützenswerte Interesse des Verwenders an dem Abtretungsausschluss überwiegen (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH, Urteil vom 17. April 2012 – XR 76/11, NJW 2012, 2107).

Gegen danach unzulässige Klauseln ließe sich mit den vorhandenen Rechtsmitteln vorgehen. Einer gesetzlichen Regelung bedarf es dementsprechend nicht. Den Verbrauchern stehen außergerichtliche Verfahren (Beschwerdeverfahren in der Bank, kostenlose Schlichtungsverfahren der Kreditwirtschaft) und gerichtliche Verfahren (Leistungsklage, Musterfeststellungsklage) zur Verfügung, ohne dass sie auf die Abtretung der Forderung an Dritte angewiesen wären. Auf diese Möglichkeiten werden alle Verbraucher nach den Vorgaben der §§ 36, 37 VSBG mehrfach ausdrücklich hingewiesen. Den Verbraucherschutzverbänden als qualifizierte Einrichtungen im Sinne des Unterlassungsklagegesetzes (UKlaG) stünde die Möglichkeit der Abmahnung und Unterlassungsklage zu. Auch die erst im Jahr 2018 eingeführte Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO steht als Mittel der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung; insoweit sollten zunächst erste Erfahrungen mit der Musterfeststellungsklage abgewartet werden. Letztlich wird es künftig noch die EU-Sammelklage geben, die ebenfalls hinreichend Möglichkeiten einer Durchsetzung von Verbraucherrechten bietet.

Ohne weiteres könnten daher die in der Kritik stehenden Marktteilnehmer zur Unterlassung ihrer AGB-Regelungen zum Abtretungsverbot bewegt werden. Vor diesem Hintergrund besteht daher jedenfalls jetzt – vor Evaluation des neuen Instruments der Musterfeststellungsklage – keine Notwendigkeit für gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung der „professionellen Forderungsdurchsetzung“.

Verbraucherschädigende Forderungseintreibung

Ferner sollte vor der etwaigen Einführung eines Abtretungsverbotes eine Folgenabschätzung vorgenommen werden. Es ist zu befürchten, dass sich auf Grund vereinfachter Möglichkeiten der Abtretung, gegebenenfalls in Form von Kettenabtretungen, eine neue Industrie von professionellen "Forderungseintreibern" bildet, ohne dass der Verbraucher dadurch tatsächlich einen Mehrwert erfährt. Die in dem Referentenentwurf genannte Möglichkeit des Verkaufs der Forderung an Dritte stellt nicht sicher, dass der Verbraucher einen "fairen" Verkaufspreis erzielt oder sich die Position des Verbrauchers wesentlich verbessert. Gerade dann, wenn die Erfolgsaussichten für die Geltendmachung der Forderung durch den professionellen Forderungskäufer als gering eingeschätzt werden, könnte der Verbraucher einen finanziellen Nachteil erleiden.

1.2 Bedeutung für die Kreditwirtschaft

Abtretungsverbote sind für die Kreditwirtschaft von erheblicher Bedeutung und werden unter Beachtung der zitierten BGH-Rechtsprechung verwendet. Entgegen den zuvor zitierten Ausführungen in der Entwurfsbegründung, wonach in der Kreditwirtschaft Abtretungsverbote praktisch nicht relevant sind, ist richtigzustellen, dass Abtretungsbeschränkungen auch in der Kreditwirtschaft den berechtigten Belangen der Kreditinstitute entsprechen. Dies belegen nachfolgende Beispiele aus der Praxis:

1.2.1 Auszahlungsansprüche

Ein praxisrelevantes Beispiel für die Angemessenheit zumindest eines Zustimmungsvorbehalts für die Abtretung ist der Auszahlungsanspruch aus einem Sparguthaben. Denn bei Sparkonten soll eine formlose Abtretung der Forderung möglich sein (etwa *Roth/Kieninger*, in MünchKomm 8. Aufl. 2019, BGB § 398 Rn. 38 m.w.N.). Der im Sparbuch Benannte, der Besitzer des Sparbuchs und der Gläubiger der Spareinlage könnten dann verschiedene Personen sein (vgl. z. B. Palandt/*Sprau*, 79. Aufl. 2020, § 808, Rn. 6). Nach geltendem Recht haben Kreditinstitute hier die Möglichkeit, durch Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts den Überblick über die Gläubigerseite zu behalten. Bei einer formlosen Abtretung des Sparguthabens (mit oder ohne Übergabe des Sparbuchs) würde sich die Frage stellen, an wen die Sparkasse auszahlen muss oder mit befreiender Wirkung auszahlen darf, wenn das Sparbuch im Einzelfall nicht vorgelegt werden kann. Es schließt sich die Frage an, wie der vermeintlich neue Gläubiger seine Gläubigereigenschaft nachweisen kann oder muss. Hinzu kommen offene Fragen hinsichtlich der Kapitalertragsteuer, eines Freistellungsauftrags, der Aufrechnung mit eigenen Forderungen und der Legitimationsprüfung des neuen Gläubigers. Das gesetzliche Verbot eines Abtretungsverbots auch in Form eines Zustimmungsvorbehalts würde für Kreditinstitute erheblichen Bearbeitungsaufwand und zusätzliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen.

1.2.2 Bausparverträge

Bausparkassen verwenden regelmäßig in ihren Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge Klauseln, welche Zustimmungsvorbehalte an die Abtretung von Bausparverträgen knüpfen. Finanzierungsverträge der Banken und Sparkassen einschließlich der Bausparkassen enthalten zudem Klauseln, wonach Bausparverträge als Sicherheit für die Darlehensrückzahlung dienen und die Abtretungsrechte des Kunden in verschiedener Weise beschränkt oder ausgeschlossen sind. Damit wäre die Kreditbranche im Bausparbereich grundsätzlich von einem AGB-mäßigen Ausschluss von Abtretungsverböten für auf Geld gerichtete Forderungen von Kunden betroffen. Denn es dürfte branchenweit üblich sein, Bausparverträge als Tilgungersatzinstrument und Sicherheit für Darlehensrückzahlungsansprüche zu verwenden. Für den Zeitraum der Darlehensrückführung ist eine Einschränkung der Abtretungsrechte der Kunden zwingend, andernfalls stellt der Bausparvertrag in seiner Einbindung in den Darlehensvertrag keine Sicherheit mehr dar, sodass Kunden, die keine anderweitigen Sicherheiten vorweisen können, keine Finanzierungen erhalten könnten.

1.2.3 Förderdarlehen

Berechtigte Belange für Abtretungsverbote bestehen auch im Geschäft der Förderbanken. Institute, die im Rahmen der staatlichen Förderung des Wohnungs- und Städtebaus Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge im Sinne von § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 BGB vergeben, haben ein Interesse daran sicherzustellen, dass der Förderzweck eines Darlehens nicht etwa durch eine Abtretung von Auszahlungsansprüchen gefährdet oder unmöglich gemacht wird. Um den Erfolg der angestrebten (Wohnraum-)Förderung zu sichern, ist es in derartigen Darlehensverträgen durchaus nicht unüblich, eine Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche formularmäßig von der Zustimmung des Förderinstituts abhängig zu machen. Dieser Notwendigkeit sollte bei der gesetzlichen Neuregelung Rechnung getragen werden.

1.2.4 Geldwäscheprävention

Abtretungsverbote sind auch aus Gründen einer effektiven Geldwäscheprävention sinnvoll. Denn die Kunden eines Kreditinstituts sind nach den Vorgaben des Geldwäschegesetzes und der Abgabenordnung zu legitimieren. Ohne Abtretungsverbot ist nicht auszuschließen, dass sich vermehrt auch "Nichtkunden", die nicht nach dem Geldwäschegesetz bzw. der Abgabenordnung identifiziert wurden, an die Bank wenden und Auszahlungen von Darlehen oder Bankguthaben auf Grund von Abtretungen geltend machen. Die uneingeschränkte Zulassung von Abtretungen begünstigt Strohmännkonstruktionen, da eine Legitimationsprüfung des Zessionars umgangen wird und sich die Frage stellt, wer der wirtschaftlich Berechtigte ist.

1.2.5 Grundschuldbestellungsurkunden und Sicherungsverträge

Die Sicherungsverträge und insbesondere die Grundschuldbestellungsurkunden der Banken und Sparkassen enthalten regelmäßig Einschränkungen für die Abtretung von Rückgewähransprüchen des Sicherungsgebers. Dies dient dazu, bei der Rückgewähr der Grundschuld nach Wegfall des Sicherungszweckes ohne Nachforschungen Sicherheit darüber zu haben, an wen (den Grundstückseigentümer oder einen Dritten, etwa anderer Grundschuldgläubiger) die Grundschuld zurückzugewähren ist. Nicht ohne Grund sieht § 1280 BGB vor, dass die Verpfändung (ein „Splitter der Abtretung“) nur wirksam ist, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt. Allerdings wandelt sich dieser Anspruch bei der zwangsweisen Verwertung in einen Anspruch auf Auskehrung des (Über-)Erlöses aus der Zwangsversteigerung um. Insoweit kann es sich auch um einen auf Geld gerichteten Anspruch handeln.

1.2.6 Immobilienfinanzierungen

Bei der Immobilienfinanzierung sind Abtretungsverbote in zwei Bereichen von erheblicher praktischer Relevanz:

- **Abschlagszahlungen nach Baufortschritt**

Im Bereich der Immobilienfinanzierung ist es nicht unüblich, hinsichtlich der Abtretbarkeit des Darlehensauszahlungsanspruches ein Zustimmungserfordernis des Darlehensnehmers bzw. die Vorlage bestimmter Unterlagen vor Auszahlung des Darlehens vorzusehen. So findet sich beispielsweise in dem aktuellen Muster des vdp für Verbraucherdarlehensverträge folgende Klausel:

„Der Anspruch auf Auszahlung des Darlehens kann nur mit Zustimmung der Bank abgetreten und verpfändet werden.“

Beim Neubau eines Hauses erfolgen die Zahlungen an den Werkunternehmer regelmäßig durch Abschlagszahlungen nach Baufortschritt, so dass der Darlehensnehmer dementsprechend nur eine sukzessive Auszahlung des Darlehensbetrages benötigt. Die vereinbarte Vergütung des Bauunternehmers kann dabei – den Regelungen des § 650m BGB entsprechend – nur bis zu einem gewissen Anteil (z.B. durch eine Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruches) abgesichert werden. Könnte das finanzierende Kreditinstitut künftig nicht mehr fordern, dass der Anspruch auf Auszahlung der Darlehenssumme vom Kunden freigegeben wird, so bestünde künftig die Gefahr, dass Kreditinstitute in Rechtsstreitigkeiten mit Dritten

hineingezogen werden. Zudem haben Kreditinstitute in der Regel keinen Einblick in die vertraglichen Absprachen zwischen Kunde und Unternehmer oder Informationen zum Zustand des Bauobjektes. Spiegelbildlich hat der Kunde ein Interesse daran, dass Auszahlungen des von ihm letztendlich zurückzuzahlenden Darlehens nicht unberechtigt erfolgen. Die Einschränkungen im Bereich der Abtretung stellen somit auch ein den Verbraucher schützendes Korrektiv gegenüber unberechtigten Auszahlungsforderungen des Bauträgers dar.

Auch im Bereich der Finanzierung von Fertighäusern besteht Bedarf für Abtretungsverbote. Dort ist es gängige Vertragspraxis, dass Fertighausunternehmer zur Sicherung ihrer Vergütungsansprüche die Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche in voller Höhe verlangen, obwohl aufgrund der seit 1. Januar 2018 geltenden Gesetzeslage eine derartige Absicherung gegen § 650m Abs. 4 BGB verstößt. Die vereinbarte Beschränkung der Abtretung ist hilfreich in der Diskussion mit der Fertighausindustrie, derartiges Absicherungsverlangen zurückzuweisen. Wenn die neue Regelung dennoch so umgesetzt wird wie im Referentenentwurf vorgesehen, hätten die Darlehensnehmer eine deutlich schlechtere Verhandlungsposition gegenüber den Fertighausherstellern.

- **Zurückbehaltungsrechte wegen Nichterfüllung/Mängeln**

Bei einer uneingeschränkten Abtretung würden die Rechte des Bauherrn als Darlehensnehmer auch dann beeinträchtigt, wenn der Bauunternehmer die Auszahlung des Darlehens verlangt, der Bauherr aber Zurückbehaltungsrechte wegen Nichterfüllung/Mängeln geltend machen will. Beauftragt der Bauherr in dieser Situation einen anderen Bauunternehmer mit der Fertigstellung des Bauvorhabens, dann ist es ihm nicht möglich, auf das bereits bestehende Darlehen zurückzugreifen, denn diese Mittel sind ja durch die Abtretung zu Gunsten des ersten Bauunternehmers blockiert. Es bleibt dem Bauherrn dann nur der Weg, ein weiteres Darlehen aufzunehmen, mit dem dann der Ersatz-Bauunternehmer bezahlt werden kann. Das kann bei enger Budgetrechnung teuer werden oder ganz scheitern. Zusätzlich muss der Darlehensnehmer noch Bereitstellungszinsen für das bereits abgeschlossene, aber abgetretene Darlehen bezahlen. Schließlich muss er den ersten Bauunternehmer auf Freigabe der Abtretung verklagen. Gibt der Bauunternehmer die Abtretung frei, dann hat der Bauherr möglicherweise Kreditmittel aufgenommen, die er in dieser Höhe nicht mehr benötigt. Folge: Vertragsaufhebung gegen Nichtabnahme- oder Vorfälligkeitsentschädigung. Diese negativen Folgen ließen sich problemlos vermeiden, wenn der Ausschluss von Abtretungen von Darlehensauszahlungsansprüchen weiterhin erlaubt bliebe oder weiterhin von der Zustimmung der Bank abhängig gemacht werden dürfte.

1.2.7 Pfändungsschutz des Verbrauchers

Auch bei reinen Geldforderungen kann es im Bankgeschäft den berechtigten Interessen beider Parteien entsprechen, die Abtretung zumindest von der Zustimmung des Kreditinstituts als Schuldner einer Geldzahlung abhängig zu machen. Denn seit einigen Jahren ist zu beobachten, dass sich Inkassofirmen Forderungen aus Girokonten von Verbraucherkunden, die ihrerseits Schuldner bei Dritten sind, abtreten lassen. Damit umgehen die Inkassounternehmen im Ergebnis den Pfändungsschutz des Kunden. Diesen Verbraucherkunden bliebe nichts mehr für den monatlichen Lebensunterhalt, wenn Kreditinstitute infolge der Abtretung alles an die Inkassofirma zahlen würden. Deshalb hat die Arbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung der Verbände sogar vorgeschlagen, Abtretungsverbote zu vereinbaren, um die Personen vor unüberlegten Maßnahmen zu schützen. Mit dem angedachten Vorschlag über ein Verbot von Abtretungsausschlüssen bei Geldforderungen wäre es nicht mehr möglich, dieser unredlichen Praxis der Inkassobüros entgegenzuwirken oder diese durch einen Zustimmungsvorbehalt zumindest einzuschränken.

1.3 Folgerungen

Die dargestellten Anwendungsbereiche von Abtretungsklauseln führen zu folgenden Petita der Deutschen Kreditwirtschaft:

1.3.1 Abtretungsverbot entbehrlich

Wie unter Ziffer 1.1 dargelegt bedarf es mit Blick auf die Verwendung unzulässiger Abtretungsverbote und den Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitschlichtung, der Unterlassungsklage, der Musterfeststellungsklage und zukünftig der EU-Sammelklage keiner gesetzlichen Regelung für ein Abtretungsverbot.

Die DK fordert daher vorrangig, auf ein grundsätzliches Abtretungsverbot zu verzichten.

1.3.2 Abtretungsverbot mit Ausnahme für Finanzdienstleistungen

Der Referentenentwurf geht auf die unter Ziffer 1.2 dargestellten Konstellationen innerhalb der Kreditwirtschaft nicht ein. Die skizzierten Beispiele sprechen jedoch dafür, dass es im Finanzsektor weiterhin sachgerecht ist und daher zulässig bleiben sollte, Abtretungsverbote bzw. Zustimmungsvorbehalte formularmäßig vereinbaren zu können. Zumal bezogen auf die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts bereits anerkannt ist, dass die Zustimmung zur Forderungsabtretung nicht verweigert werden darf, wenn insoweit kein berechtigtes Interesse des Kreditinstituts besteht.

Die DK fordert hilfsweise, im Falle der Regelung eines etwaigen Abtretungsverbotes für die Finanzdienstleistungen eine Ausnahme vorzusehen.

1.3.3 Abtretungsverbot mit Einschränkungen für Finanzdienstleistungen

Der § 308 Nr. 9 BGB-E sieht Ausnahmen vom Verbot einer AGB-mäßigen Abtretungseinschränkung nur für „andere Rechte“ vor (§ 308 Nr. 9b BGB-E), nicht aber „für einen auf Geld gerichteten Anspruch“ nach § 308 Nr. 9a BGB-E. Aufgrund der auch für auf Geld gerichtete Ansprüche bestehenden berechtigten und schützenswerten Interessen (z. B. Sicherungsrechte bei Finanzierungen), könnten die in § 308 Nr. 9b BGB-E genannten Anforderungen in den Doppelbuchstaben aa) und bb) jedenfalls auch für § 308 Nr. 9a BGB-E gelten.

Die vorstehenden Fallgestaltungen zeigen deutlich, dass auch hinsichtlich der Einschränkung von auf Geldzahlung gerichteten Ansprüchen ein schützenswertes Interesse des Verwenders vorliegen kann und durch die Einschränkungen letztendlich sogar die Belange des Verbrauchers geschützt werden. Des Weiteren sollte – aus Gründen der Rechtssicherheit – in Form von Regelbeispielen aufgenommen werden, welche Interessen an AGB-mäßiger Beschränkung oder Verbot von Abtretungsrechten des Verbrauchers als schützenswert eingestuft werden, insbesondere bei Kreditsicherungsrechten und bei Interessen der Erhaltung der Bonität des Vertragspartners.

Die DK fordert hilfsweise, im Falle der Regelung eines etwaigen Abtretungsverbotes für Finanzdienstleistungen zumindest Beschränkungen des Abtretungsverbotes vorzusehen.

1.3.4 Abtretungsverbot auf Rechtsdienstleister beschränken

Der Gesetzgeber könnte anstelle eines für alle Anwendungsbereiche geltenden Ausschlusses AGB-mäßiger Abtretungsverbote auch den konkreten Fall regeln, den er gemäß der Gesetzesbegründung hier eigentlich als Anlass erfasst sehen wollte, nämlich den Ausschluss jeglicher Einschränkung einer Abtretung an Anwälte, Inkassounternehmen, Prozessführer etc., wenn eine solche Abtretung die Rechtsdurchsetzung durch erfahrene Kreise zum Ziel hat.

Die DK sieht es als Alternative an, ein etwaiges Abtretungsverbot auf Rechtsdienstleister zu beschränken.

1.3.5 Abtretungsverbot mit Ausnahme für Existenzgründer

Ausweislich des Referentenentwurfs werden Verträge zwischen Unternehmern durch die Änderung des § 310 Absatz 1 Satz 1 BGB aus dem Anwendungsbereich des neuen Klauselverbots

ausgenommen (S. 23). Fernab des § 354a HGB sollen also Abtretungsverbote im unternehmerischen Geschäft weiterhin zulässig bleiben. Der Referentenentwurf regelt nicht ausdrücklich, ob dies auch für Existenzgründer (§ 513 BGB) gilt. Die besseren Gründe sprechen dafür, Existenzgründer aus dem Anwendungsbereich des geplanten Klauselverbots herauszunehmen, also insoweit nicht wie Verbraucher im Sinne von § 13 BGB zu behandeln.

Die DK regt für den Fall eines etwaigen Abtretungsverbots die Klarstellung an, dass Existenzgründer ausgenommen sind.

2 Einführung der Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Fernabsatzverträge über Energielieferungen (§ 312c BGB-E) – Art. 1 4 GE ffV

Um Verbraucher besser vor telefonisch aufgedrängten oder untergeschobenen Strom- und Gaslieferverträgen zu schützen, soll in den Verbraucherschützenden Vorschriften zu besonderen Vertriebsformen § 312c BGB ergänzt werden. Gemäß dem vorgeschlagenen § 312c Absatz 3 Satz 1 BGB-E soll die Wirksamkeit eines telefonisch abgeschlossenen Vertrags über die nicht im Volumen begrenzte oder in der Menge bestimmte Lieferung von Gas oder Strom davon abhängig sein, dass der Verbraucher den Vertrag in Textform genehmigt, nachdem ihm der Unternehmer das Angebot auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat. Der Anwendungsbereich der sogenannten Bestätigungslösung soll nach Punkt A.I.2.a) der Gesetzesbegründung vorerst auf die Energiebranche, konkret auf Strom- und Gaslieferverträge, beschränkt werden. Ein Großteil der wegen unerbetener Telefonanrufe erhobenen Verbraucherbeschwerden beziehe sich nach den Ergebnissen des Schlussberichts auf den Abschluss von Dauerschuldverhältnissen, die regelmäßige Zahlungspflichten der Verbraucher und damit eine entsprechend langfristige finanzielle Belastung zur Folge haben. Hierbei sei die Anzahl der Beschwerden wegen Anrufen von Energielieferanten oder von diesen beauftragten Dienstleistern, die den Verbraucher zu einem Wechsel des Energielieferanten bewegen wollen, nach den vorliegenden Erkenntnissen neben anderen Bereichen besonders hervorzuheben.

Die vorgeschlagene Regelung würde die Kreditwirtschaft zunächst nicht betreffen, weil der Anwendungsbereich auf Energieversorger beschränkt ist. Im Hinblick auf eine etwaige spätere Erweiterung des Anwendungsbereichs sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass in der Finanzbranche keine Schwierigkeiten mit derartigen „untergeschobenen Verträgen“ bestehen. Hier reichen die bestehenden Schutzvorschriften (insbesondere die vorvertraglichen Informationspflichten und das regelmäßig bestehende Widerrufsrecht) aus. Dementsprechend gibt es in der Finanzbranche, wie auch die Beschwerden bei den anerkannten Schlichtungsverfahren der deutschen Kreditwirtschaft zeigen, keine solchen Beschwerden, die eine Ausweitung der Bestätigungslösung jetzt oder zu einem späteren Zeitpunkt rechtfertigen würden.

3 Effizientere Sanktionierung bei unerlaubter Telefonwerbung

Mit dem Gesetzentwurf soll ein neuer § 7a in das UWG eingefügt werden, wonach derjenige, der mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt, die Einwilligung des Verbrauchers in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung „in angemessener Form“ zu dokumentieren und aufzubewahren hat. Die Einwilligung muss nach § 7a Abs. 2 UWG-E fünf Jahre ab Erteilung der Einwilligung „sowie nach jeder Verwendung der Einwilligung“ aufbewahrt und auf Verlangen der zuständigen Behörde unverzüglich vorgelegt werden.

Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen (zusätzlichen) Regelungen zur Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht und der daran anknüpfende Bußgeldtatbestand (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG-E) sollten in mehrerlei Hinsicht überprüft werden, da sie nicht umsetzbar bzw. unverhältnismäßig und letztlich auch ohne erkennbaren Nutzen für die Verbraucher sind. Die in § 7a UWG-E vorgesehene Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sollte daher ebenso wenig wie der geplante neue Bußgeldtatbestand in das UWG eingefügt werden. Die Deutsche Kreditwirtschaft lehnt die geplante neue Pflicht für werbende Unternehmen aus nachfolgenden Erwägungen ab:

Bereits heute gilt: Wer mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt, ohne eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorweisen zu können, handelt unzulässig (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) und erfüllt den Bußgeldtatbestand des § 20 Abs. 1 UWG. Es ist nicht ersichtlich, warum Unternehmer jetzt zu einer Dokumentation „in angemessener Form“ verpflichtet werden sollten. Wenn sie die Einwilligung des angerufenen Verbrauchers nicht nachweisen können, verstoßen sie gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und handeln wettbewerbswidrig. Die Dokumentation und Aufbewahrung liegt also bereits heute im eigenen Interesse des Unternehmers. Demgegenüber nützt die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht dem einzelnen (angerufenen) Verbraucher nichts, sie bringt ihm jedenfalls keine Verbesserung seiner eigenen Rechtsposition. Denn das werbende Unternehmen muss beweisen, dass eine Einwilligung vorliegt. Es kann letztlich also nur um das Verfolgungsinteresse der zuständigen Behörde – der Bundesnetzagentur – gehen, dem mit der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht gedient werden soll. Vom Schutzzweck des UWG wäre dies aber nicht mehr gedeckt.

Gegen den geplanten Bußgeldtatbestand in § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG-E spricht außerdem Folgendes: Es stellt sich die Frage der Bewertung, wenn der werbende Unternehmer von einer eingeholten Einwilligung für einen Telefonanruf gar keinen Gebrauch macht oder machen will, diese Einwilligung aber nicht angemessen dokumentiert oder aufbewahrt hat. Dann müsste er bereits mit einem Bußgeld für den Verstoß gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht rechnen, obwohl nie die „Gefahr“ eines Telefonanrufs bei dem – als wettbewerbsrechtlichem Schutzsubjekt geschützten – Verbraucher bestanden hat.

Darüber hinaus sprechen praktische Erwägungen gegen die neuen Regelungen: Denn mutmaßlich werden die bereits bestehenden organisatorischen Anforderungen an die Dokumentation und Aufbewahrung noch erhöht, u.a. weil nunmehr auch noch die Beachtung der geplanten 5-Jahresfrist z.B. IT-technisch umgesetzt werden müsste. Dies erscheint vor dem oben erwähnten, nicht ersichtlichen Nutzen für den einzelnen Verbraucher unverhältnismäßig.

Sollte der Gesetzgeber trotz der aufgezeigten Bedenken im Grundsatz bei einer Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht bleiben, bitten wir um Berücksichtigung folgender Punkte:

Einzig nachvollziehbar erscheint es noch, eine bestimmte Frist zur Aufbewahrung der Einwilligung nach dem Telefonanruf vorzugeben – gerade wenn rechtspolitisch eine so lange Aufbewahrung gewollt ist. Damit könnte einerseits verhindert werden, dass der Unternehmer sich auf eine etwaige Löschungspflicht beruft, der er zwischen dem Telefonanruf und der Untersuchung des Sachverhaltes durch die Bundesnetzagentur nachgekommen sei. Andererseits würde gesetzlich klargestellt, wie lange nach dem Anruf ein Unternehmer in der Lage sein muss, die Einwilligung des Verbrauchers nachzuweisen. Dazu ist es unseres Erachtens aber nicht erforderlich, dem Unternehmer eine Dokumentationspflicht aufzuerlegen oder gar einen eigenen Bußgeldtatbestand einzuführen. Das Ziel des Gesetzgebers sollte sich auf die Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung konzentrieren und nicht darauf, einen neuen Ordnungswidrigkeitstatbestand der nicht angemessenen Dokumentation und Aufbewahrung einzuführen. Wir schlagen daher stattdessen eine Ergänzung von § 20 Abs. 1 UWG vor, die etwa wie folgt lauten könnte:

§ 20 Bußgeldvorschriften

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Absatz 1
 1. in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 2 mit einem Telefonanruf oder
 2. in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 3 unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschinegegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung wirbt und der Bundesnetzagentur auf Anfordern innerhalb von fünf Jahren nach dem Telefonanruf oder der Verwendung der automatischen Anrufmaschine die erforderliche Einwilligung des Verbrauchers nicht nachweisen kann.

Abzulehnen ist aber jedenfalls der Bußgeldtatbestand, wie er im Referentenentwurf enthalten ist (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG-E). Dieser nimmt u.a. Bezug auf die Dokumentation „in angemessener Form“.

sener Form“ in § 7a Abs. 1 UWG-E. Bei „in angemessener Form“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der mit dem (strafrechtlichen / ordnungswidrigkeitenrechtlichen) Bestimmtheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren ist. Sollte es – entgegen der hier geäußerten Bedenken – bei dem Bußgeldtatbestand bleiben, müsste dieser bzw. § 7a Abs. 1 UWG-E zwingend konkretisiert werden. Die Auslegung der „angemessenen Dokumentation“ kann – entgegen der Begründung zum RefE (S. 27) – nicht der Bundesnetzagentur überlassen werden. Form, Inhalt und Umfang der Dokumentationspflicht müssten vielmehr gesetzlich konkretisiert werden und zwar so klar und nachvollziehbar wie möglich. Schließlich müsste die Dokumentationspflicht auf solche Einwilligungen beschränkt sein, die nach Inkrafttreten des Gesetzes erteilt worden sind.

Neben dem Aufwand bei eigenem Direktmarketing betrifft die geplante Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht zukünftig vor allem auch die über Lead-Käufe von Drittanbietern erworbenen Kundenkontakte. Im Rahmen des umfassenden Lead-Geschäfts erwerben Unternehmen von einschlägigen Anbietern Kunden-Kontaktdaten und nutzen diese für verschiedenste Werbemaßnahmen, insbesondere auch zur telefonischen Ansprache mit werblichen Inhalten. In der Praxis finden sich bei Lead-Verkäufern diverse Varianten an Einwilligungserklärungen von Kunden, ohne dass dem Leaderwerber in jedem Einzelfall eine vollständige Kontrolle möglich ist, ob alle UWG-rechtlichen Anforderungen formell erfüllt sind. Unternehmen, die Leads erwerben, müssten daher entweder eine gesonderte zusätzliche Einwilligung vom Kunden einholen (was nicht praxistauglich ist) oder sich auf eine korrekte Einholung, Dokumentation und Aufbewahrung der Kunden-Einwilligung durch den Lead-Verkäufer stützen können. Daher sollte die Pflicht zur Einholung ordnungsgemäßer Einwilligungen des Verbrauchers, deren Dokumentation und die Aufbewahrung übertragbar sein und ggfs. eine zusätzliche Verantwortung eines als Lead-Verkäufer auftretenden Dritten geregelt werden. Eine Haftung des Lead-Erwerbers (Bußgeld nach § 20 Abs. 1, 2 UWG-E) müsste für diese Fälle ausgeschlossen werden. Als konkreter Vorschlag für eine gesetzliche Formulierung kommt eine Ergänzung von § 20 UWG in Betracht, durch die die Dokumentation und Aufbewahrung der Einwilligung des Verbrauchers von demjenigen zu verantworten ist, der die Einwilligung eingeholt und dann weitergegeben hat. Beispielsweise könnte ein neuer Absatz 3 zu § 20 UWG lauten: „Ist die Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung vertraglich auf einen Dritten übertragen worden, von dem die entsprechenden Telefonkontaktdaten durch einen Unternehmer erworben werden, so haftet allein der Dritte.“

4 Digitalisierung der Immobilienfinanzierung

Kreditinstitute und ihre Kunden stehen vor der Herausforderung, die Chancen der Automatisierung und Digitalisierung zugunsten ihrer Kunden zu erkennen und praktisch umzusetzen. Aktuell findet eine Digitalisierung der Bankwirtschaft statt, die gleichzeitig auch der stärkste Treiber für die Entwicklung des Kreditgeschäftes ist. Das Stichwort der jungen Generation lautet: „App statt Bank“. Aber die digitale Transformation in der Bankenwelt unterliegt engen juristischen Grenzen und Möglichkeiten. Folgende gesetzliche Ergänzungen würden die Digitalisierung der Immobilienfinanzierung erleichtern:

4.1 Textformerfordernis für (Immobilien-)Verbraucherdarlehensverträge

Bankgeschäfte werden heute völlig anders gehandhabt, als noch vor wenigen Jahren. Insbesondere haben sich die Verbraucher für digitale Möglichkeiten geöffnet. Wurden früher wie selbstverständlich die Produkte der Hausbank erworben, tätigt heute kaum ein Verbraucher eine Finanzanlage, eröffnet ein Konto oder sucht eine Finanzierung, ohne sich zuvor online informiert zu haben.

Der Wettbewerb der Banken ist zu einem Wettbewerb der Bankprodukte geworden. Das hat unmittelbare Folgen für das verbraucherpolitische Herangehen. Gründliche, objektive und verständliche (vorvertragliche und vertragliche) Informationen zum jeweiligen Produkt sind noch wichtiger geworden.

Von entscheidender Bedeutung für den Verbraucher ist dabei, ein medienbruchfreier Geschäftsabschluss in der digitalen Welt. Insoweit sollte das Schriftformerfordernis in § 492 Abs. 1 S. 1 BGB, das zwingend zu einem Medienbruch führt, durch ein Textformerfordernis ersetzt werden.

4.2 Stapelsignatur bei mehreren zu signierenden elektronischen Dokumenten

Im Rahmen einer Immobilienfinanzierung wird oftmals nicht nur ein Darlehensvertrag unterzeichnet. Teilweise werden mehrere Darlehensverträge zur Finanzierung abgeschlossen (KfW-Finanzierung, Bausparfinanzierung), so dass jedes einzelne Dokument jeweils mit einer eigenen qualifizierten elektronischen Signatur zu signieren ist.

Dies ist nicht praktikabel, da der Kunde für jedes einzelne Dokument das Verfahren zur Videoidentifizierung durchlaufen müsste, auf dessen Basis dann die jeweilige QES erstellt werden würde. Die Praxis behilft sich daher mit dem sog. Stapelsignatur-Verfahren. Beim Stapelsignatur-Verfahren werden für jedes Dokument im Stapel einzelne, voneinander unabhängige Signaturstempel erzeugt. Diese Signaturstempel beruhen aber auf dem gleichen Schlüsselpaar und deren Erzeugung wird durch die einmalige Eingabe des Autorisierungscode ausgelöst. Die Videoidentifizierung erfolgt dabei nur einmal. Unklar ist, ob dieses Stapelsignatur-Verfahren die Schriftform tatsächlich adäquat ersetzt. Hilfreich wäre, wenn die Zulässigkeit der Stapelsignatur klargestellt werden könnte. Vorstellbar wäre es, dies in § 126a Abs. 1 Satz 2 BGB neu zu regeln (Bsp.: „Mehrere elektronische Dokumente können nur nach vorheriger einmaliger Authentifizierung gleichzeitig elektronisch signiert werden.“).

4.3 Abschrift des Darlehensvertrages (492 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Nach Abschluss ist der Darlehensgeber gem. § 492 Abs. 3 Satz 1 BGB verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine „Abschrift des Vertrages zur Verfügung“ zu stellen. Das Dokument muss den Vertragsinhalt wiedergeben; Unterschriften muss es nicht ausweisen; ein elektronisches Dokument genügt.

Die Abschrift des Darlehensvertrages ist jedoch verzichtbar, da der Verbraucher im Rahmen einer elektronischen Signierung bereits über den technisch unveränderbaren Vertragsantrag verfügt. Geregelt werden könnte in § 492 Abs. 3 Satz 1 BGB: „...sofern der Darlehensnehmer nicht bereits eine für ihn bestimmte Vertragsurkunde, seinen schriftlichen Antrag oder eine Abschrift seines Antrags erhalten hat.“

5 Verbraucherrechte relevanz von Kreditsicherheiten

Das BGB enthält keine eindeutige Aussage zu der Frage, ob bei der schuldrechtlichen Vereinbarung über verbraucherseitig zu bestellende Kreditsicherheiten außerhalb der Geschäftsräume oder im Fernabsatz ein Widerrufsrecht besteht und somit eine Widerrufsbelehrung erforderlich ist (vgl. zum Streitstand etwa *Kehl*, WM 2018, 2018; *Hoffmann*, ZIP 2015, 1365; *Loewenich*, WM 2016, 2011; *Schinkels*, WM 2017, 113.). Das Problem besteht, weil bei der schuldrechtlichen Vereinbarung über eine verbraucherseitig zu bestellende Kreditsicherheit der Unternehmer (Sicherungsnehmer) keine entgeltliche Leistung erbringt, sodass bei wörtlicher Anwendung des § 312 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht des Sicherungsgebers gemäß § 312g Abs. 1 BGB an sich nicht besteht.

Gleichwohl besteht Rechtsunsicherheit. Zu der hier aufgeworfenen Frage hat sich der XI. BGH-Zivilsenat (Bankensenat) bezogen auf den geltenden § 312 Abs. 1 BGB noch nicht geäußert. Der I. BGH-Zivilsenat hat im November 2015 zum alten Fernabsatzrecht entschieden, dass dieses Recht auf Sicherungsgeschäfte wie den Schuldbeitritt eines Verbrauchers keine Anwendung finde, weil der Schuldbeitritt den Unternehmer nicht zu einer vertragscharakteristischen Leistung verpflichte (BGH v. 12. November 2015 – I ZR 168/14 (dort RN 29) = WM 2016, 968). Dieses Urteil ist jedoch zum Recht vor dem 13. Juni 2014 ergangen. Ferner ist nicht eindeutig, ob dieses Urteil auf Außergeschäftsraumverträge, auf abstrakte Schuldanerkenntnisse und auf Realkreditsicherheiten übertragbar ist. Unklar ist auch, ob der BGH-Bankensenat die Wertung

des I. BGH-Zivilsenats uneingeschränkt teilt. Die Frage wurde bereits im alten Haustürgeschäftsrecht (§§ 312, 312g, 355 BGB in der Fassung bis 12. Juni 2014) diskutiert. Der IX. Zivilsenat (BGH, v. 24. Januar 1991 - IX ZR 174/90 = WM 1991, 359) verneinte zunächst ein Widerrufsrecht des Bürgen. Der EuGH (Slg. 1998, I-1199 - Dietzinger = WM 1998, 649) und der BGH-Bankensenat (BGH, v. 26. September 1995 - XI ZR 199/94 = WM 1995, 2027; für die Praxis maßgebend dann BGH, v. 10. Januar 2006 - XI ZR 169/05 = BGHZ 165, 363 = WM 2006, 377) bejahten hingegen den Anwendungsbereich des § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

Bezogen auf das geltende Recht wird auf die mit Wirkung zum 13. Juni 2014 umgesetzte Verbraucherrechterichtlinie Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass die Richtlinie ausweislich des Art. 4 vollharmonisierend gestaltet ist, insbesondere um vergleichbare Regelungen auf Unionsebene zu schaffen. Ausgehend davon wird die Ansicht vertreten, dass die Frage, ob der geltende § 312 BGB wegen des Merkmals „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ auch verbraucherseitig gestellte Kreditsicherheiten erfasse, dem EuGH vorgelegt werden müsse (vgl. etwa *BeckOGK/Busch*, 15. April 2019, BGB § 312 RN 19.1; Palandt/*Grüneberg*, 79. Aufl. 2020, § 312 RN 5). Eine gesetzgeberische Klarstellung könnte eine solche EuGH-Vorlage entbehrlich machen und insoweit Rechtssicherheit schaffen.

Die Widerrufsbelehrung des Sicherungsgebers in den Vertragsabschlussprozess einzubauen, verursacht Kosten, einen erheblichen Aufwand und mitunter Verzögerungen. Der Gesetzgeber könnte diese Probleme bzw. Unklarheiten durch eine gesetzliche Regelung in § 312 BGB lösen, die klarstellt, dass die §§ 312 BGB ff. auf Bestellungen von Kreditsicherheiten nicht anwendbar sind. Der Sicherungsgeber wird dadurch nicht schutzlos gestellt. Im Falle einer Eigensicherheit (diese ist in der Praxis die Regel) ist der Sicherungsgeber zugleich der Verbraucherkreditnehmer. Der Kreditnehmer kann aber den Verbraucherdarlehensvertrag gemäß § 495 Abs. 1 BGB widerrufen und sodann die Freigabe der dazugehörigen Kreditsicherheit beanspruchen. Der Verbraucher ist insoweit also ausreichend geschützt. Aber auch beim Drittgrundschuldsicherungsgeber (Sicherungsgeber ist nicht zugleich Kreditnehmer) ist zu berücksichtigen, dass dieser in der Regel das Recht hat, die Kreditsicherheit mit Wirkung für die Zukunft zu kündigen. Zudem besteht bei der wichtigsten Kreditsicherheit, der Grundschuld, keine Überrumpelungsgefahr, weil insoweit ein Notar eingebunden wird, der einer Überforderung des Verbrauchers entgegenwirkt; ein zusätzliches gesetzliches Widerrufsrecht ist jedenfalls hier nicht erforderlich (vgl. etwa BT Drs 17/12637, 57). Es lassen sich auch Mittelwege zur Schaffung von Rechtssicherheit denken, wie etwa eine Regelung, die klarstellt, dass nur der Verbraucherbürge ein gesetzliches Widerrufsrecht hat.

6 Ausnahme vom Schriftformerfordernis für Bürgschaften

Die DK regt mit Blick auf den modernen Rechtsverkehr im Bankgeschäft an, in § 350 HGB zu regeln, dass Gesellschafter-/Geschäftsführerbürgschaften für Darlehen an das eigene Unternehmen (z. B. GmbH usw.) nicht schriftlich erklärt werden müssen.

Beispiel: Eine GmbH schließt einen Darlehensvertrag ausschließlich digital ab, also auf der Internetseite eines Kreditinstituts. Hierfür verlangen Kreditinstitute häufig, dass sich der GmbH-Gesellschafter/Geschäftsführer für den zu gewährenden Kredit verbürgt. Bezogen auf die Bürgschaftserklärung des GmbH-Gesellschafters/Geschäftsführers gibt es derzeit einen Medienbruch, weil diese Bürgschaftserklärung (nach dem BGH) nur schriftlich hereingenommen werden kann.

Das Gesetz sieht für Bürgschaftserklärungen grundsätzlich ein Schriftformerfordernis vor; selbst die elektronische Form ist ausgeschlossen (§ 766 BGB). Für handelsgeschäftliche Bürgschaften eines Kaufmanns regelt § 350 HGB eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis, das bedeutet, ein Kaufmann kann handelsgeschäftliche Bürgschaften auch mündlich oder rein digital (also etwa auf der Internetseite eines Kreditinstituts) abgeben. Der BGH ist aber der Ansicht, dass Bürgschaften eines GmbH-Gesellschafters(-Geschäftsführers) keine Bürgschaften im Sinne von § 350 HGB sind; der BGH wendet § 350 HGB also auch nicht analog auf derartige Bürgschaften an (BGH, Urteil vom 8. November 2005 - XI ZR 34/05 = NJW 2006, 431). Das Schriftformerfordernis für Bürgschaften eines GmbH-Gesellschafters/Geschäftsführers ist aber

verzichtbar, weil der in § 766 BGB bezweckte Schutz des Bürgen (insb. Warnfunktion) hier nicht erforderlich ist. Dies deutet der BGH in der genannten Entscheidung (Rn. 22) zwar an, vollzieht aber keine Analogie, weil diese Erwägung *de lege ferenda* sei und das geltende Recht (*de lege lata*) eine Analogie des § 350 HGB nicht gestatte. Es gibt zwar viele namhafte Literaturstimmen, die diese BGH-Rechtsprechung mangels Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers ablehnen (etwa *Habersack*, in MünchKomm, 7. Aufl. 2017, BGB § 766 Rn. 3 m.w.N), doch konnten sie sich bisher in der Rechtsprechungspraxis nicht durchsetzen.

Eine Regelung zwecks Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 350 HGB auf Gesellschafterbürgschaften wäre nicht nur zeitgemäß (Stichwort: Digitalisierung), sondern würde zugleich feststellen, dass der Gesellschafter bei der Bürgschaftserteilung nicht als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB handelt und daher kein gesetzliches Widerrufsrecht hat (keine Widerrufsbelehrung erforderlich). Die letzte Klarstellung wäre nicht erforderlich, wenn die hier unter 5. angelegte Klarstellung, dass bei Bestellung von Kreditsicherheiten kein gesetzliches Widerrufsrecht besteht, umgesetzt würde.
