

Luther News, 24. November 2008

Banking, Finance & Capital Markets

Neue Regelungen zur Offenlegung der Abschlussprovisionen

Andreas Naujoks, LL.M. und Dr. Nurten Balci, LL.M. Eur

Problematik

Wird ein Darlehensvertrag nicht direkt zwischen Bank und Kunden geschlossen sondern über einen so genannten Kreditvermittler, erhält dieser dafür üblicherweise eine Provision. Auch wenn die Provision in der Regel von der Bank an den Vermittler gezahlt wird, so ist die Kreditvermittlung für den Kunden jedoch nicht „kostenlos“. Vielmehr werden ihm die Kosten auferlegt, wobei dies mehr oder weniger offen geschieht. Auch nach alter Rechtslage waren die Banken und Kreditvermittler verpflichtet, die üblicherweise vom Kreditnehmer zu zahlende Provision vor Abschluss des Vertrages anzugeben.

Im Hinblick auf die Rechtslage ab dem 01.11.2009 hat sich diese Pflicht jedoch erheblich verschärft, da nunmehr die reine Angabe: „Es fallen Kreditvermittlerprovisionen an“ nicht mehr ausreicht. Vielmehr muss dem Kunden vor Vertragsschluss die Höhe der von ihm zu tragenden Provision in absoluten Zahlen angegeben werden.

Bis zum 31.10.2009 muss der Gesetzgeber die Zahlungsdienstrichtlinie (RiLi 2007/64/EG vom 13.11.2007) in deutsches Recht umsetzen. Ferner ist die Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge binnen zwei Jahren nach ihrer Veröffentlichung umzusetzen. Inzwischen liegt ein Referentenentwurf über ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 17.06.2008 vor, der die vertraglichen

Pflichten der Darlehensgeber, Darlehensvermittler und Zahlungsdienstleister gegenüber ihren Vertragspartnern erweitert. Die Erweiterung enthält vor allem Rechtsänderungen hinsichtlich des Umfangs der Offenlegungspflichten und des Zeitpunktes der Information.

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Offenlegungspflichten hinsichtlich der Abschlussprovision die Darlehensgeber gegenüber ihren Kunden, insbesondere mit Blick auf die Rechtslage ab 01.11.2009 zu erfüllen haben. Dabei wird auch zu erörtern sein, wie es sich auf die Offenlegungspflicht auswirkt, wenn das Darlehen erst später oder gestaffelt abgerufen wird und damit die Provision bei Vertragsabschluss noch nicht endgültig feststeht. Des Weiteren werden die Rechtswirkungen bei der Verletzung von Offenlegungspflichten aufgezeigt. Schließlich ist zu überlegen, wie die Vertragspraxis den neuen gesetzlichen Anforderungen an die Offenlegungspflichten gerecht werden kann.

Offenlegungspflichten nach geltendem Recht

Bereits nach geltendem Recht muss die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Darlehens angeben, einschließlich etwaiger vom Darlehensnehmer zu tragender Vermittlungskosten (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4 BGB). Dieser Offenlegungspflicht muss der Darlehensgeber erst bei Übersendung des Darlehensvertrages bzw. der Vertragserklärung nachkommen, nicht jedoch schon im Laufe des Beratungsgespräches.



Aus § 492 BGB ergeben sich nur die Pflichtangaben selbst, nicht aber eine Antwort auf die Frage, an welcher Stelle in der vom Darlehensnehmer zu unterzeichnenden Erklärung diese Angaben erscheinen müssen. Allerdings soll dem Darlehensnehmer eine sachgerechte Entscheidung für oder gegen die Darlehensaufnahme ermöglicht werden, und es sollen ihm in diesem Zusammenhang die finanziellen Folgewirkungen aufgezeigt werden. Die verlangten Angaben müssen deshalb auch äußerlich so in der Vertragserklärung aufgeführt werden, dass der Darlehensnehmer von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen kann. Dazu gehört, dass die Informationen zusammenhängend, in gut lesbarer Weise (Schriftbild und Schriftgröße), an nicht zu übersehender Stelle und in einer selbst für den geschäftsungewandten Darlehensnehmer verständlichen Fassung gegeben werden.

Grundsätzlich sind nach dem Gesetzeswortlaut die Kosten des Darlehens in der Vertragsurkunde im Einzelnen anzugeben. Nur hinsichtlich des Vermittlers genügt im Darlehensvermittlungsvertrag nach geltendem Recht die Angabe seiner Vergütung in einem Prozentsatz des Darlehens (§ 655 b Abs. 1 S. 2 BGB).

Nach bisher geltender Rechtslage gab es einige Problemfälle, in denen es z.B. fraglich war, wie der Darlehensgeber dieser gesetzlichen Verpflichtung nachkommen kann, wenn die Provision bei Vertragsschluss nicht feststeht, weil z.B. das Darlehen nicht sofort oder nur teilweise abgerufen wird. Üblicherweise erhält der Kreditvermittler nämlich keine Provision oder muss sie teilweise zurückerstatten, wenn der Kunde das Darlehen nur teilweise in Anspruch nimmt. Ebenso reduziert sich die Provision, wenn der Kreditnehmer das Darlehen nicht mit oder unmittelbar nach Vertragsabschluss abrufen, sondern später. Hier wurde teilweise vertreten, mit der Annahme zu arbeiten, dass der Kredit an einem bestimmten Tag voll ausgezahlt wird und der Darlehensnehmer alle bis zum Auslaufen der Zinsbindungsfrist fälligen Darlehensraten pünktlich leistet. Dann wäre es möglich gewesen, die Vermittlungsprovision betragsmäßig anzugeben. Allerdings würde die Angabe in vielen Fällen nicht zutreffend sein, weshalb für diese Fälle auch vertreten wurde, dass die Angabe nur „dem Grunde nach“ (ein bloßes Stichwort genügt) erfolgen muss. Ausreichend sei hiernach die ausdrückliche Angabe, dass die Bank „Vermittlungskosten erhebt, deren Höhe vom Zeitpunkt des Abrufs des Darlehens abhängig sind und dass damit die Provision variieren kann“.

Offenlegungspflichten nach künftigem Recht

Nach künftigem Recht soll ein neuer § 491 a BGB erstmals umfangreiche vorvertragliche Informationspflichten des Darlehensgebers bei Verbraucherdarlehensverträgen begründen, deren nähere Ausgestaltung im EGBGB erfolgen wird. Die Einzelheiten über die vorvertragliche Information und den Vertragsinhalt bei Darlehensverträgen werden – unter Aufhebung des § 492 Abs. 1 S. 5 BGB a. F. - in Art. 247 EGBGB-E erläutert. Hiernach ist vorgesehen, dass die Unterrichtung rechtzeitig vor dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags in Textform erfolgen muss. Danach muss die Unterrichtung vor Vertragschluss auch alle sonstigen Kosten (auch Vermittlerkosten) enthalten. Es handelt sich bei Immobiliardarlehensverträgen um zwingende Angaben (Art. 247 § 9 Satz 1 EGBGB-E). Dabei kann sich der Darlehensgeber bei einem Immobiliardarlehensvertrag des Europäischen Standardisierten Merkblatts gemäß dem Muster in Anlage 5 bedienen. Verwendet er das Muster nicht, muss die Unterrichtung unter gleichartig gestalteter Hervorhebung aller Pflichtangaben erfolgen.

Wahrscheinlich werden sich die im Verbraucherdarlehensvertrag erforderlichen Angaben nicht mehr in § 492 BGB, sondern in Art. 247 § 6 EGBGB-E finden. Danach muss auch der Darlehensvertrag selbst die bereits in Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB-E genannten Angaben enthalten, d.h. alle sonstigen Kosten. Hier stellt sich die Frage, ob auch nach der künftigen Rechtslage für den Darlehensgeber die Angabe der Kosten dem „Grunde nach“ ausreichend sein wird oder nicht. Hiergegen spricht aber, dass diese Alternative in dem Gesetzesentwurf nicht mehr vorgesehen ist und mit der Gesetzesänderung intendiert wird, den Verbraucher noch intensiver zu schützen. Der Darlehensvermittler hat künftig den Auftraggeber rechtzeitig vor Abschluss eines Darlehensvertrages im Sinne des § 655 a BGB in Textform u.a. über die Höhe der von ihm verlangten Vergütung zu unterrichten (Art. 247 § 13 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB-E). Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage ist diese Vergütung aber nicht mehr als Prozentsatz des Darlehens auszudrücken, sondern als absoluter Geldbetrag. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass der derzeitige Referentenentwurf noch die parlamentarische Beratung durchläuft und daher Änderungen oder andere Auslegungen zu einer anderen Einschätzung führen können.

Wie kann der Darlehensgeber der Verpflichtung zur Angabe eines Geldbetrags bei einer variablen Provision nachkommen? Denkbar wäre, eine Maximalprovision anzugeben, die von der Annahme ausgeht, dass das Darlehen vollständig und unmittelbar nach Darlehensgewährung in Anspruch genommen wird oder es wird eine Maximal- und Minimalprovision angegeben. Die Minimalprovision würde dann davon ausgehen, dass das Darlehen nicht abgerufen wird (wenn für diesen Fall überhaupt eine Provision anfällt).

Neben der Verschärfung der Angabepflicht einer Provision in absoluten Zahlen sieht die Novelle außerdem vor, dass die Angabe der Abschlussprovisionshöhe bereits bei dem ersten Beratungsgespräch zu erfolgen hat, also nicht erst bei Vertragsabschluss. Wie die Angabe einer Provisionshöhe in absoluten Zahlen bereits bei dem ersten Beratungsgespräch erfolgen soll, ist indes unklar. Da auch hier die Angabe „dem Grund nach“ nicht ausreicht, ist empfehlenswert, auch hier anhand eines Rechenbeispiels bezogen auf den konkreten Kreditwunsch Maximalprovision anzugeben. Zulässig dürfte dann jedoch der Hinweis sein, dass die Provision abhängig von dem Zeitpunkt und der Höhe des Darlehensabrufes geringer sein kann. An der zusätzlichen Verpflichtung, die Provision auch im Darlehensvertrag selbst anzugeben, hat sich hingegen nichts geändert.

Rechtswirkungen der Verletzung von Offenlegungspflichten

Nichtig ist der Verbraucherdarlehensvertrag nach geltendem Recht (§ 494 Abs. 1 BGB), wenn eine der in § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1-6 BGB vorgeschriebenen Angaben fehlt. Der Mangel wird geheilt, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt (§ 494 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Darlehensgeber darf jedoch auch im Falle der Heilung keine Vermittlungsprovision fordern. Fehlt die Angabe der Vermittlungsprovision, so hat der Darlehensgeber hierauf keinen Anspruch (§ 494 Abs. 2 S. 3 BGB).

Ist das Darlehen ausgezahlt, besteht mithin das Risiko des Darlehensgebers, der die Vermittlungsprovision nicht angibt, darin, dass er die vereinbarten Teilzahlungen unter Berücksichtigung der verminderten Kosten neu berechnen muss (§ 494 Abs. 2 S. 4 BGB). Zu beachten ist, dass der Darlehensnehmer bis zu einer Neuberechnung aufgrund sei-

nes Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) vorübergehend keine Zahlungen zu leisten braucht. Die Zahlung nicht geschuldeter Kosten führt zu einem Bereicherungsanspruch des Darlehensnehmers.

Die Novelle enthält hinsichtlich der Rechtsfolgen von Formmängeln keine grundsätzlichen Änderungen. In Bezug auf Pflichtangaben wird gemäß der geänderten Regelungstechnik nunmehr auf Art. 247 § 6 und §§ 9-13 EGBGB-E verwiesen. Die bislang in den Sätzen 3-5 genannten Rechtsfolgen werden nunmehr in den Absätzen 4-6 in der Form neu geregelt, dass sie immer eintreten, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, unabhängig davon, ob der Vertrag nichtig, aber geheilt worden ist oder von Anfang an rechtsgültig war.

Folgerungen für die Vertragspraxis

Da nach künftigem Recht für die vorvertragliche Information entweder das standardisierte Muster zu verwenden ist oder aber die Unterrichtung unter gleichartig gestalteter Hervorhebung aller Pflichtangaben erfolgen muss, würde ein Vorhaben, die Provision an einer untergeordneten Stelle nur dem „Grunde nach“ anzugeben, den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht. Hinsichtlich der Pflicht zur Angabe der Vermittlerprovision „der Höhe nach“ dürfte es wohl zulässig sein, eine Maximalprovision anzugeben. Da dies jedoch auch schon bei dem ersten Beratungsgespräch zu erfolgen hat, kann hier wohl nur mit einem Rechenbeispiel gearbeitet werden, welches also bei dem konkreten Kreditwunsch des Interessenten und unter bestimmten Annahmen (z.B. 100% iger Abruf des Darlehens innerhalb der Bereitstellungsfrist) eine maximale Provision ergibt.

Als Lösungsmodell zur Vermeidung der Angabe einer Vermittlerprovision kann grundsätzlich auch nach neuer Rechtslage argumentiert werden, dass die vom Darlehensgeber zu zahlenden Vermittlerprovisionen nicht auf den einzelnen, vermittelten Vertrag, sondern als allgemeiner Margenaufschlag auf alle Darlehensverträge umzulegen sind. Hintergrund dieses Lösungsmodells ist, dass nach § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4 BGB nur die jeweils konkreten Vermittlerprovisionen, welche sich auf den Einzelkredit verteuern auswirken, angegeben werden müssen, nicht jedoch allgemeine Vertriebskosten des Darlehensgebers. Um festzustellen, ob angabepflichtige Vermittlerkosten oder nicht angabepflichtige, allgemeine Vertriebskosten des Darle-

henggebers vorliegen, müsste dann aber im Zweifel dargelegt werden können, dass die Kredite, welche direkt – also ohne Einschaltung eines Kreditvermittlers – von dem Darlehensgeber begeben werden (sog. „Schalterkonditionen“), nicht günstiger sind, als die Kredite, welche von einem Kreditvermittler angedient wurden. Unter diesen Umständen könnte keine angabepflichtigen Vermittlerprovisionen weiterhin vermieden werden können. Da jedoch die neuen Vorschriften noch nicht in Kraft sind und damit in der parlamentarischen Beratung auch diese Fälle diskutiert und einer gesetzlichen Lösung zugeführt werden können, ist dringend geraten, diese Praxis anhand der neuen Regelungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Zusammenfassung

Bereits nach geltendem Recht und voraussichtlich auch nach dem künftigen Recht ist die Vermittlungsprovision im Darlehensvertrag zumindest „dem Grunde“ nach anzugeben. In Zukunft wird diese Verpflichtung auf den Bereich der Vertragsanbahnung durch das neue vorvertragliche Informationsdokument erweitert. Darüber hinaus müssen der Darlehensgeber und der Vermittler nach dem neuen Recht die Provision in einem absoluten Geldbetrag angeben, wobei die Angabe eines Provisionsrahmens zwischen der zulässigen Mindest- und Höchstprovision genügen könnte.

Die Nichtangabe der Provision führt bei einem ausbezahlten Darlehen zur Verpflichtung des Darlehensgebers, den Kredit neu zu berechnen. Eine Vermittlerprovision ist vom Darlehensnehmer nicht geschuldet. Bezüglich der bereits gezahlten Raten kann der Darlehensnehmer die anteilige Vermittlerprovision zurückfordern.

Ob das oft praktizierte Lösungsmodell, die vom Darlehensgeber zu zahlenden Vermittlerprovisionen nicht auf den einzelnen, vermittelten Vertrag, sondern als allgemeiner Margenaufschlag auf alle Darlehensverträge umzulegen, noch *lege artis* sein wird, bleibt abzuwarten und ist in jedem Fall einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

Kontakte



Andreas Naujoks, LL.M.
Rechtsanwalt
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Mergenthalerallee 10-12
65760 Eschborn / Frankfurt a.M.
Telefon: +49 (6196) 592 24655
Telefax: +49 (6196) 592 110

andreas.naujoks@luther-lawfirm.com



Dr. Nurten Balci, LL.M. Eur
Rechtsanwältin
Senior Associate

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Mergenthalerallee 10-12
65760 Eschborn / Frankfurt a.M.
Telefon: +49 (6196) 592 24655
Telefax: +49 (6196) 592 110

nurten.balci@luther-lawfirm.com

Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Andreas Naujoks, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Mergenthalerallee 10-12, 65760 Eschborn / Frankfurt a.M., Telefon +49 (6196) 592 24655, Telefax +49 (6196) 592 110, andreas.naujoks@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

