

Verbraucherschutz bei Hypothekendarlehen in Spanien und Deutschland

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereichs der Rechtswissenschaften

der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Maximilian Thase

aus Delmenhorst

Osnabrück, 2023

Berichterstatter:

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar

Tag der mündlichen Prüfung: 23.03.2023

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Europäische Rechtsgeschichte des European Legal Studies Institute (ELSI) an der Universität Osnabrück.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Schulte-Nölke für die zu jeder Zeit hervorragende Betreuung der Arbeit und die schöne Zeit am Lehrstuhl. Außerdem danke ich ihm für die rasche Begutachtung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern. Sie haben mich stets ermutigt und in jeglicher Hinsicht unterstützt. Ich danke ihnen von Herzen, dass sie mir diese Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg unterstützt haben. Dadurch haben sie die Basis für meine persönliche und berufliche Zukunft gelegt.

Ein großes Dankeschön gebührt auch meinen Freunden. Ihnen danke ich für die unzähligen Aufheiterungen und Zusprüche.

Mein größter Dank gilt meiner Freundin Gesa. Durch ihren steten Rückhalt und ihren Zuspruch hat sie im wesentlichen Maße zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
1. Teil: Einleitung	1
§ 1 Hintergrund: Wirtschaftliche und gesellschaftspolitische Bedeutung von Immobiliarkrediten in Spanien.....	1
§ 2 Untersuchungsgegenstände	10
§ 3 Gang und Eingrenzung der Untersuchung	12
I. Kontur der Untersuchung	12
II. Begriff und Gestalt des Immobiliendarlehens.....	14
III. Schuldnerschutz als Mehrebenenphänomen.....	15
IV. Ausgenommenes.....	17
§ 4 Methodisches und Formales.....	19
2. Teil: Hypotheken und Klauseln im spanischen Recht	20
Kapitel 1: Die Immobiliehypothek.....	20
I. Rechtsnatur	22
II. Inhalt des Rechts.....	23
III. Arten von Hypotheken.....	24
1. Vertraglich.....	24
a) Dingliches Rechtsgeschäft.....	25
b) Zu sichernde Forderung, insbesondere aus Darlehensvertrag	25
c) Form- und Eintragungserfordernisse	27
d) Verfügungsberechtigung	28
2. Gesetzlich	28
IV. Belastungsgegenstand.....	29
V. Haftungsumfang	30
Kapitel 2: Spanisches Recht der Klauselkontrolle	31
I. Spanische Dichotomie: Wie arbeiten TRLCU und LCGC zusammen?..	31
II. Charakteristika einer AGB und einer <i>cláusula abusiva</i>	33
III. Zur Inhaltskontrolle nach dem TRLCU.....	35
IV. Rechtsfolgen bei Missbräuchlichkeit.....	36
3. Teil: Schutz des Hypothekenschuldners	38
Kapitel 3: Verzugszinsen.....	38
I. Entwicklung des Verzugszinses im spanischen Recht	38
1. Rechtslage vor Reform durch Ley 1/2013.....	40
2. Art. 114 Abs. 3 LH als neue (und erste) Grenze	41
II. Verzugszinsen und missbräuchliche Klauseln	44

1.	Verhältnis von Inhaltskontrolle und Art. 114 Abs. 3 LH	45
2.	Die 2 %-Grenze des <i>Tribunal Supremo</i>	46
3.	Zweifel an der Rechtsprechung	50
4.	Missbräuchlichkeit und geltungserhaltende Reduktion	51
a)	Uneinigkeit unterinstanzlicher Gerichte	51
b)	<i>Tribunal Supremo</i> nimmt Rechtsprechung des EuGH auf	52
III.	Rechtslage <i>de lege lata</i>	55
IV.	Unterschiede zum deutschen Recht	58
Kapitel 4:	Kündigung durch den Darlehensgeber – Vorzeitige Fälligkeit	63
I.	Die vorzeitige Fälligkeit in der <i>ejecución hipotecaria</i>	63
1.	Voraussetzungen der Kündigung vor der Reform 2013	66
2.	Die Rechtsprechung des EuGH als Reformanstoß	69
a)	Das Urteil in der Rechtssache <i>Aziz</i>	69
b)	Der spanische Gesetzgeber unter Druck	70
b)	Die (erste) Reform von Art. 693 LEC	72
c)	Auswirkungen der Reform auf die Rechtsprechung des <i>Tribunal Supremo</i>	74
3.	Verhältnis von Anwendung und Missbräuchlichkeit einer Klausel	76
4.	Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit von Fälligkeitsklauseln	78
a)	Haltung des <i>Tribunal Supremo</i>	78
b)	Kritik	80
c)	Der EuGH widerspricht und präzisiert in der Rechtssache <i>Abanca</i>	81
d)	Anwendung des Prüfungsmaßstabs des EuGH	83
e)	Reaktion des <i>Tribunal Supremo</i> und Fortgang der Vollstreckungsverfahren	87
f)	Kritische Würdigung	89
5.	Zweite Reform von Art. 693 LEC und neue Regelung in Art. 24 LCCI	91
6.	Bewertung der Rechtsentwicklung und offene Fragen	93
II.	Die deutsche Rechtsordnung im Vergleich	95
1.	Rechtslage in Deutschland	95
2.	Vergleich	97
Kapitel 5:	Zinsvariabilität und ihre Begrenzung	100
I.	Grundsätzliche Zulässigkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	100
II.	Die Mindestzinsklausel – <i>cláusula suelo</i> im spanischen Recht	103
1.	Definition, Verbreitung und Zweck	103
2.	Frühere Einschätzung der Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln im spanischen Recht	105
a)	Grundsatz: keine Unwirksamkeit per se	106
b)	<i>Cláusula suelo</i> als wesentliches Vertragselement oder als nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingung?	107
c)	Missbräuchlichkeit nach der Generalklausel	112

3.	Neuer Ansatz: Missbräuchlichkeit wegen Intransparenz?.....	115
a)	Ausgangslage.....	115
b)	Die Urteile des <i>Tribunal Supremo</i>	115
aa)	Eigenschaft als allgemeine Geschäftsbedingung	115
bb)	Kontrollfähigkeit	116
cc)	(Un-)Wirksamkeit der Mindestzinsklausel	117
dd)	Rechtsfolgen aus Sicht des <i>Tribunal Supremo</i>	119
c)	Bewertungen der Urteile	121
d)	<i>Transparencia material</i> : Dogmatische Grundlage, Tatbestand, Auswirkungen	125
e)	Rechtsfolge materieller Intransparenz: Inhaltskontrolle oder Missbräuchlichkeit?	128
4.	Intransparenz und (keine) Rückwirkung – EuGH korrigiert <i>Tribunal Supremo</i>	129
a)	Das Urteil in der Rechtssache <i>Gutiérrez Naranjo</i>	129
b)	Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einer Mindestzinsklausel	130
5.	Folgen des EuGH-Urteils	131
a)	Wirtschaftliche Folgen	131
b)	Auswirkungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung	132
6.	<i>De lege lata</i> : Verbot durch Art. 21 Abs. 3 LCCI	135
III.	Umgang der deutschen Rechtsordnung mit Mindestzinsklauseln.....	137
1.	Transparenzgebote für AGB in den §§ 305 ff. BGB.....	138
2.	Zinsänderungsmechanismen im Lichte der §§ 307 ff. BGB	141
a)	Zinsanpassungsklauseln.....	142
b)	Zinsgleitklauseln.....	146
c)	Zwischenergebnis	147
3.	Kontrollfähigkeit und AGB-rechtliche Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln	149
4.	Rechtsfolgen unwirksamer Zinsänderungs- und Zinsbegrenzungsklauseln	154
5.	Zinsänderungen und -begrenzungen aus rechtsvergleichender Sicht....	157
Kapitel 6:	Schutz in der Vollstreckung	160
I.	Grundlagen	160
II.	Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen.....	161
III.	Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers in der Vollstreckung	161
1.	Wahlrecht des Gläubigers.....	161
2.	Gewöhnliches Vollstreckungsverfahren (<i>ejecución ordinaria</i>)	162
3.	Erkenntnisverfahren.....	164
4.	Außergerichtlicher Verkauf.....	164
5.	Hypothekenvollstreckungsverfahren (<i>ejecución hipotecaria</i>).....	166
IV.	Zwangsvollstreckung im Hypothekenvollstreckungsverfahren, Art. 681 ff. LEC	167

1.	Eigenarten und Zweck, anwendbare Normen.....	167
2.	Besondere Anwendungsvoraussetzungen.....	168
3.	Zuständigkeit und Ablauf der Vollstreckung	171
4.	Versteigerung in der <i>ejecución hipotecaria</i>	173
	a) Bekanntmachung	174
	b) Mindestgebote und Ablauf der Versteigerung.....	175
	c) Erwerbsrecht des Gläubigers bei Fehlen anderer Bieter	179
	d) Zeitpunkt der Grundstücksbewertung – Richtlinienwidrigkeit?	181
5.	Folgen der Zwangsvollstreckung.....	186
	a) Unbeschränkte Haftung und Fortführung der Vollstreckung nach Art. 579 Abs. 1 LEC	186
	b) Restschulderleichterungen nach Art. 579 Abs. 2 LEC	187
	c) Befreiungsmöglichkeit des Schuldners, Art. 693 Abs. 3 LEC	187
V.	Vollstreckungsschutz: Rechtsbehelfe gegen die Zwangsvollstreckung	189
	1. Rechtsbehelfe im Verfahren der Art. 682 ff. LEC	191
	2. <i>Motivos de fondo</i> : Art. 695 LEC grenzt ein	192
	a) Tatbestand von Art. 695 Abs. 1 LEC bis zur Reform 2013	192
	(aa) Erlöschen der Sicherheit oder Forderung	192
	(bb) Fehler bei der Berechnung des fälligen Betrags.....	193
	(cc) Voreingetragene Sicherheit	193
	b) Andere Einwendungen: Erkenntnisverfahren nach Art. 698 LEC	193
	c) Einordnung	195
	d) Missbräuchliche Klauseln als Einspruchsgrund: Die Reform nach <i>Aziz</i>	
	196
	aa) Das Urteil in der Rechtssache <i>Aziz</i>	196
	bb) Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC als neuer Einspruchsgrund.....	199
	cc) Folgen für anhängige Vollstreckungen – Korrektur des EuGH	
	201
	dd) Äquivalente Änderungen für die ordentliche Vollstreckung ..	202
	e) Verfahren und Folgen des Einspruchs: Art. 695 Abs. 2 und 3 LEC	203
	f) Rechtsmittel nach Art. 695 Abs. 4 LEC – EuGH interveniert erneut.....	205
	3. Art. 696 und Art. 697 LEC als Suspensionsgründe.....	207
	4. <i>Motivos procesales</i> und konkrete Vollstreckungsakte	208
	a) Art. 559 LEC und Art. 562 LEC als mögliche Einwendungen	
	prozessualer Natur.....	209
	aa) Einspruch wegen prozessualer Mängel im normalen	
	Vollstreckungsverfahren – Art. 559 LEC.....	209
	bb) Einwände des Vollstreckungsschuldners aufgrund konkreter	
	Rechtsakte – Art. 562 LEC.....	211
	b) Anwendbarkeit auf die <i>ejecución hipotecaria</i> ?	212
	5. <i>Ex-officio</i> -Kontrolle durch die Gerichte	217

VI.	Vergleich: Schutz des Vollstreckungsschuldners im deutschen Recht .	219
1.	Vollstreckung und Versteigerung.....	219
2.	Vollstreckungsschutz.....	221
4. Teil:	Ergebnisse	225
§ 1	Zur Rechtsentwicklung bei Hypothekendarlehen in Spanien	225
§ 2	Zum Einfluss des EuGH auf diese Entwicklung.....	230
§ 3	Befunde des Rechtsvergleichs.....	239
§ 4	Ausblick	241
	Literaturverzeichnis.....	242

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
Abs.	Absatz
AC	Aranzadi Civil
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADICAE	Asociación de Usuario de Bancos Cajas y Seguros
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
AJPII	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
Anm.	Anmerkung
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo/Artikel
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
ders.	derselbe
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dies.	dieselbe/dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EC	Estudios sobre Consumo

EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EM	Exposición de motivos
Erw.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Euribor	Euro Interbank Offered Rate
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ ff.	folgende
FD	Fundamento(s) de Derecho
FJ	Fundamento(s) Jurídico(s)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Hg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICE	Información Comercial Española, ICE: Revista de economía
i.H.v.	in Höhe von
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
INF	Revista Jurídica hispano-alemana
insbes.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
Klausel-RL	Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
KWG	Kreditwesengesetz
La Ley	Revista Jurídica Española LA LEY
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
LCCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
LCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley	Gesetz
Lex	Revista de la Facultad de Derecho Ciencia Política
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
lit.	littera
LMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal
m. Anm.	mit Anmerkung
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCDI	Revista Crítica del Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDL	Real Decreto Legislativo / Real Decreto-ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
RJCLM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RJ	Razonamiento(s) Jurídico(s)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
s.	siehe
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SERIEs	Journal of the Spanish Economic Association
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRLUCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo
u.a.	unter anderem
v.	vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
Verbraucherrechte-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VuR	Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
Wohnimmobilienkredit-RL	Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010
zB	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

1. Teil: Einleitung

§ 1 Hintergrund: Wirtschaftliche und gesellschaftspolitische Bedeutung von Immobiliarkrediten in Spanien

Hypothekenkredite zur Finanzierung des Eigenheims sind seit jeher die klassische Form und Paradebeispiel für einen langfristigen Kredit.¹ Die Aufnahme eines solchen Hypothekenkredits ist für den durchschnittlichen Bürger eine der wichtigsten Finanzoperationen in seinem Leben und zugleich häufig die einzige Möglichkeit, ein Darlehen in dieser Höhe zu bekommen.² Grundpfandrechte wiederum nehmen bei der Kreditsicherung eine zentrale Stellung in der Bankenpraxis ein.³ Grund dafür ist vor allem ihre hohe Werthaltigkeit und Wertbeständigkeit verglichen mit anderen Vermögensgegenständen.⁴

In Deutschland nimmt unter den Grundpfandrechten die Grundschuld die Vormachtstellung als Kreditsicherungsmittel ein.⁵ Dies resultiert insbesondere⁶ aus ihrer im Vergleich zur Hypothek höheren Verkehrsfähigkeit und Flexibilität; diese Eigenschaften entspringen wiederum gerade der fehlenden gesetzlichen Akzessorietät.⁷

¹ *Köndgen/König*, in: ZIP 1984, 129 (ebenda).

² *Morais Carvalho/Nemeth*, Implementation of the Mortgage Credit Directive in the EU Member States, in: EuCML 2017, 131 (ebenda).

³ *Federlin* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Kreditsicherung, 8.32, Rn. 1.

⁴ *Federlin* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Kreditsicherung, 8.32, Rn. 1.

⁵ *Schreiber* in: Schreiber/Ruge, Handbuch Immobilienrecht, ⁴2020, Kap. 13, Rn. 14; *Federlin* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Kreditsicherung, 8.32, Rn. 2; *Reithmann*, in: DNotZ 1994, 168 (ebenda); *Herresthal*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, ⁷2020/2021, Rn. L 184; *Epp*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 94 Rn. 1, 2.

⁶ Weitere Gründe etwa bei *Reithmann*, in: DNotZ 1982, 67.

⁷ *Schreiber* in: Schreiber/Ruge, Handbuch Immobilienrecht, ⁴2020, Kap. 13, Rn. 14; *Federlin* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Kreditsicherung, 8.32, Rn. 2.

In Spanien hingegen ist die Hypothek das Sicherungsmittel der Wahl, wenn es um Immobiliendarlehen geht.⁸ 90 % der Finanzoperationen, die dem Erwerb einer Immobilie dienen, fußen auf einem Hypothekenkredit.⁹ Außerdem rührten 90% der Haushaltschulden 2008 von Investitionen in Grundeigentum, hauptsächlich durch hypothekarisch gesicherte Darlehen.¹⁰ Einer der Hauptgründe dafür ist das in der spanischen Zivilprozessordnung angelegte Verfahren der Hypothekenvollstreckung (*ejecución hipotecaria*). Es bietet dem Gläubiger ein schnelles Verfahren zur Verwertung des Grundstücks und beschränkt die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners gleichzeitig in nicht unerheblichem Maße. Die Einfachheit und Schnelligkeit der Hypothekenvollstreckung senken für den Darlehensgeber das Ausfallrisiko bei notleidenden Krediten. Es macht ihn so zugleich empfänglicher für Kreditvergaben zu niedrigeren Zinsen – ein Darlehen kann umso günstiger sein, desto niedriger das Ausfallrisiko (als ein wesentlicher Preisfaktor) ist. Dass ein solches gläubigerfreundliches und häufig als radikal beschriebenes Verfahren nicht nur Vorteile mit sich bringt, hat die um 2007 einsetzende Finanzkrise gezeigt. Mit ihr wurde deutlich, wie wichtig eine gesunde Regulierung der Vergabe von Immobilienkrediten ist und welche Folgen ihr Ausbleiben haben kann. Krisen sind seit jeher ein Katalysator für die Entwicklung des Rechts.¹¹ Die Finanzkrise von 2007 hatte dabei nochmals besondere Schlagkraft; sie erschütterte die Grundlagen der Europäischen Rechtsordnung.¹² In ihrer Folge wurden zahlreiche Bereiche verstärkt oder überhaupt erstmals reguliert. Genannt seien hier Regelungen zur Immobilienbewertung, zur Einlagensicherung, zum Risikomanagement (insbesondere höhere Eigenkapitalanforderungen) zu den Vergütungsstrukturen der Banken und generelle Refor-

⁸ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 51.

⁹ *Callejo Rodríguez/Berrocal Lanzarot/Martínez Rosado*, Resumen de la Jornada Científica “Retos del Crédito Hipotecario”, Mai 2015, Madrid, S. 1.

¹⁰ *Defensor del Pueblo*, Crisis Económica y Deudores Hipotecarios: Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, 9.4.2013, S.7, abrufbar unter <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-04-Crisis-econ%C3%B3mica-y-deudores-hipotecarios-Actualizaci%C3%B3n.pdf>.

¹¹ *Früh*, in: *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried*, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Rn. 1.17.

¹² *Micklitz*, in: *FS Stuyck*, 2013, 639 (651); *Früh*, in: *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried*, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Rn. 1.18 ff.

men der Aufsichtsstrukturen.¹³ Die Krise hat jedoch nicht nur Defizite in der Regulierung des Bankensektors aufgezeigt. Als Folge der Krise entpuppte sich in einigen Ländern ein fataler Umgang der Rechtsordnung mit notleidenden Immobilienkrediten.

In Spanien und für spanische Haushalte hatte die Finanzkrise besonders verheerende Auswirkungen.¹⁴ Dass Spanien von der Finanzkrise im europäischen Vergleich besonders hart getroffen wurde, hat verschiedene Gründe; einige von ihnen sollen kurz näher betrachtet werden. Vor der Finanzkrise florierte der Hypothekenmarkt in Spanien. Spanien war neben Deutschland der zweitgrößte Emittent von Pfandbriefen und neben England der zweitgrößte Emittent von hypothekenbesicherten Wertpapieren (*mortgage-backed securities*, MBS).¹⁵ Hinzu kommt die Tatsache, dass der gesellschaftliche Zeitgeist in Spanien von der Erwartung geprägt war (und ist), Immobilien zu Eigentum zu erwerben und nicht etwa zu mieten.¹⁶ Die Hauseigentümmerrate lag 2018 noch bei 76,3 %; zwischen 2007 und 2018 lag der Durchschnitt gar bei 78,73 %.¹⁷ In letzter Zeit zeichnet sich zwar eine leicht abnehmende Tendenz ab – im europäischen Vergleich liegt Spanien mit dieser Quote dennoch über dem europäischen Durchschnitt von 65,8 % in 2020 (zum Vergleich: Deutschland hatte 2020 eine Hauseigentümmerrate von 51,5 %¹⁸).¹⁹

Gerade in der Zeit vor der Finanzkrise wurden in Spanien sehr viele Grundstücke gekauft und durch Hypothekenkredite finanziert.²⁰ Mehrere Faktoren haben dabei die Entstehung einer Immobilienblase begünstigt: die Zinsraten waren in der Zeit zwischen

¹³ Vgl. *Früh*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Rn. 1.21.

¹⁴ Vgl. nur *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 50.

¹⁵ *Nasarre-Aznar*, A decade of changes in the Spanish mortgage market (2005-2015), in: Lassen/Luckow/Thurner, Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus, 2016, S. 163.

¹⁶ *Arroyo Amayuelas*, Mortgage Credit in Spain, in: EuCML 3/2017, 132; *Gómez Pomar/Lyczkowska*, in: InDret 4/2014, S. 20. vgl. auch *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 50.

¹⁷ Siehe dazu <https://tradingeconomics.com/spain/home-ownership-rate>.

¹⁸ Vgl. <https://tradingeconomics.com/germany/home-ownership-rate>.

¹⁹ Vgl. <https://tradingeconomics.com/euro-area/home-ownership-rate>.

²⁰ *Akin/García Montalvo/García Villar/Peydró/Maria Raya*, The real estate and credit bubble: evidence from Spain, in: SERIEs 2014, 223 (228).

2000 und 2007 sehr niedrig, die nationale Wirtschaftslage verbesserte sich konstant (auch dank niedriger Arbeitslosenzahlen), die Anzahl der Haushalte stieg seit 1997 an und es gab ausländische Investitionen und Steuervergünstigungen.²¹ Die spanische Regierung und der Bankensektor haben bewusst zum Haus- und Wohnungskauf ermutigt – gleichzeitig leugneten sie aktiv die Existenz einer Immobilienblase.²² Diese Umstände haben zu einer Kreditvergabe seitens der Banken und Sparkassen geführt, die mitunter als unverantwortlich und als Grundlage für die Überschuldung privater Haushalte bezeichnet wird.²³ In einigen Städten (wie etwa Madrid) war es nicht unüblich, dass die Zahlung der Darlehensraten 50 % des Einkommens ausmachte.²⁴

Folgen des Platzens der Blase waren einerseits ein drastischer Rückgang im Abschluss von Hypothekenkrediten, der den Zugang zu Wohnungen und Unterkünften umso schwieriger machte: so wurde Wohneigentum im Jahr 2013 nur noch in 32 % der Fälle durch einen Hypothekenkredit gesichert – im Jahr 2006 waren es noch mehr als 60 %.²⁵ Zugleich stieg die Zahl der leerstehenden Wohnungen und Häuser an (zwischen 2001 und 2011 ist ein Anstieg von 10 % zu verzeichnen, wobei allerdings das Verhältnis der

²¹ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 52 f. m.w.N.; vgl. auch *Bastante Granell*, in: *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, 180 (181 f.); *Bernardos Dominguez*, Creación y Destrucción de la Burbuja Inmobiliaria en España, ICE Nr. 850 (2009), 23 ff.; vgl. dazu und zur historischen Entwicklung auch *El País*, La burbuja que embriagó a España, 10.10.2015, abrufbar unter https://elpais.com/economia/2015/10/20/actualidad/1445359564_057964.html.

²² *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 53.

²³ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 53.

²⁴ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 53.

²⁵ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 53.

leerstehenden Häuser zu den insgesamt vorhandenen Behausungen leicht zurückging).²⁶ Die Überschuldung der Verbraucher führte zu einem Anstieg an Hypothekenkrediten in negativem Eigenkapital; 2010 waren 500.000 Immobilien weniger wert als die auf ihnen lastenden Hypotheken, was im Wesentlichen auf eine Überbewertung der Immobilien zurückzuführen ist.²⁷ Weitere Folgen waren fallende Immobilienpreise und ein Anstieg der Arbeitslosenrate.²⁸

Spanische Haushalte, die eine Immobilie während dieser „Blütezeit“ vor der Krise erwarben, haben die Folgen der Krise besonders hart getroffen. Die Zahl der Hypothekenvollstreckungsverfahren hat sich zwischen 2007 und 2010 fast verfünffacht.²⁹ Auch die absolute Zahl an Zwangsvollstreckungen ist beachtlich: Zwischen 2007 und 2012 wurden mehr als 400.000 Vollstreckungsverfahren eingeleitet.³⁰ Von den Immobilienkrediten, aus denen im Jahr 2014 vollstreckt wurde, wurden 53 % in den Jahren zwischen 2005 und 2007 abgeschlossen.³¹ 87 % der Hypotheken, die zu Zwangsvollstreckungen in bewohnte Wohnungen führten, stammen entweder aus dem Jahr 2007 oder aus der Zeit vor 2007.³² Laut der Daten des *Consejo General del Poder Judicial* ist die Anzahl an Zwangsvollstreckungen indessen gesunken: im Jahr 2015 um 12,6 %, im Jahr 2016

²⁶ *Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo; Ministerio de Fomento*, Observatorio de Vivienda y Suelo, Boletín Especial Censo 2011 Parque edificatorio, 2014, S. 6, abrufbar unter <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW021>.

²⁷ *El Confidencial* vom 10.4.2013, „Medio millón de viviendas en España valen menos ya que sus hipotecas“, abrufbar unter https://www.elconfidencial.com/vivienda/2013-04-10/medio-millon-de-viviendas-en-espana-valen-menos-ya-que-sus-hipotecas_194531/.

²⁸ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 54 m.w.N.

²⁹ *Gómez Pomar/Lyzcowska*, Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law, in: *InDret* 2014, S. 5; vergleicht man die Vollstreckungen 2001 mit denen um 2008 bis 2010, hat sich die Zahl verneunfacht, vgl. *Quesada López*, Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?, 2020, S. 22.

³⁰ <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2012/11/15/541685-la-ejecuciones-hipotecarias-le-cuestan-a-la-banca-7-500-millones-de-euros-desde-2007> unter Berufung auf Daten des *Consejo General del Poder Judicial*.

³¹ *Gómez Pomar/Lyzcowska*, Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law, in: *InDret* 2014, S. 6.

³² *Banco de España*, Nota informativa sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas, 30.7.2015, S. 2, abrufbar unter https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe300715.pdf.

um 30,3 %, im Jahr 2017 um 48,3 % und im Jahr 2018 um 40 %.³³ Die Zahlen belegen einen deutlichen Rückgang an Zwangsvollstreckungen aus Hypotheken. Das liegt zum einen daran, dass sich die wirtschaftliche Situation in Spanien verbessert hat. Während die Vorlagefrage des *Tribunal Supremo* in der Rechtssache *Abanca* anhängig war, haben viele Gerichte außerdem anhängige Vollstreckungsverfahren suspendiert, weil Unsicherheit darüber bestand, wie mit der Missbräuchlichkeit von Kündigungsklauseln umzugehen sei.³⁴

Doch hatte die Finanzkrise nicht nur wirtschaftliche Folgen. Die resultierenden Zwangsvollstreckungen und Zwangsräumungen brachten soziale Tragödien mit sich, und es dauerte nicht lange, bis sich die gesellschaftspolitische Dimension der Krise offenbarte. Vor allem die Zwangsräumungen wurden zu einem wichtigen öffentlichen Thema, das die Aufmerksamkeit der Medien und Bürger auf sich zog. Hunderttausende Menschen demonstrierten auf zahlreichen öffentlichen Versammlungen gegen Hypotheken, Banken, Rating-Agenturen und das Finanzsystem insgesamt.³⁵ Das Hypothekensystem wurde als grundlegend ungerecht wahrgenommen.³⁶ Beispielhaft genannt sei hier die Bewegung *Movimiento 15-M*, die in den Jahren 2011 und 2012 mit zahlreichen Protesten die wirtschaftlichen und sozialen Missstände in Spanien anprangerte.³⁷ Der

³³ Verfügbar unter <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-sobre-Ejecuciones-Hipotecarias/>; vgl. auch *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 54.

³⁴ Dazu unten Kap. 4 I 4 c).

³⁵ *Nasarre-Aznar*, A decade of changes in the Spanish mortgage market (2005-2015), in: *Lassen/Luckow/Thurner*, Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus, 2016, S. 165.

³⁶ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 95.

³⁷Zur Entwicklung https://elpais.com/politica/2011/05/16/actualidad/1305578500_751064.html; https://elpais.com/diario/2011/05/30/espana/1306706408_850215.html; <https://www.publico.es/actualidad/democracia-real-ya-y-movimiento.html>.

Umgang der spanischen Regierung mit der Finanzkrise war dabei einer der Faktoren, der zum Entstehen dieser Protestbewegungen beitrug.³⁸

Der mit der Wirtschaftskrise verbundene Anstieg an Zwangsvollstreckungen hat schließlich auch zu einer Kaskade an Gesetzesreformen geführt. Kaum ein anderer Bereich des Prozessrechts hat in den letzten Jahren so viele Änderungen erfahren wie das Recht der Hypothekenvollstreckung.³⁹ Einige dieser Reformen seien an dieser Stelle genannt, um einen Überblick und ersten Eindruck zu vermitteln. Trotz ihrer gravierenden Folgen hat Spanien vergleichsweise spät auf die Finanzkrise reagiert und erst 2011 legislative Maßnahmen erlassen.⁴⁰ Vielmehr hat Ley 41/2007⁴¹ noch zur Kreditaufnahme animiert, indem es neue Gestaltungsmöglichkeiten wie die umgekehrte Hypothek oder eine neue Art von Höchstbetragshypothek (Art. 153 bis LH) eröffnete.⁴² Dem Unvermögen des spanischen Rechts, angemessen auf die Finanzkrise zu reagieren, versuchten einige nationale spanische Gerichte zu begegnen, indem sie das spanische Recht (teilweise *contra legem*) zum Wohle der Verbraucher auslegten.⁴³ So wurde unter anderem die Haftung für die Hauptverbindlichkeit aus dem Darlehensvertrag auf den aus der

³⁸ Ein anderer, aber verwandter Faktor liegt in der hohen Arbeitslosenquote junger Spanier; siehe dazu https://elpais.com/diario/2009/03/29/domingo/1238302353_850215.html; https://elpais.com/diario/2009/06/22/sociedad/1245621601_850215.html.

³⁹ *Quesada López*, *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, 2020, S. 21.

⁴⁰ *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 54 und 95; zur Unzulänglichkeit der Reformen unmittelbar nach der Krise auch *Bastante Granell*, in: *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, 180 (183 ff.).

⁴¹ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

⁴² So *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 54 f.

⁴³ Siehe hierzu mit dem eingängigen Begriff der “Robin Hood-Entscheidungen” *Nasarre Aznar*, “Robinhoodian” courts’ decisions on mortgage law in Spain, in: *International Journal of Law in the Built Environment* 2015, S. 127 ff.; vgl. auch *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 55.

Versteigerung des belasteten Grundstücks erhaltenen Erlös begrenzt, obwohl dies dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung widerspricht, Art. 1911 CC.⁴⁴

Eine der ersten Maßnahmen des spanischen Gesetzgebers war unter anderem eine Erhöhung des Mindestgebots in der Zwangsversteigerung von Immobilien.⁴⁵ Diese Gesetzesänderung wurde kurze Zeit später nochmals modifiziert durch Ley 1/2013, zu welchem im Wesentlichen das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz*⁴⁶ Anlass gab. Anschließend führte das Real Decreto-ley 6/2012⁴⁷ unter anderem einen Verhaltenscodex, den *Código de Buenas Prácticas*, ein (die Bindung an ihn ist jedoch freiwillig für die Finanzinstitute⁴⁸). Daneben verstärkte Art. 12 des RDL 6/2012 das Schutzniveau im Rahmen der außergerichtlichen Vollstreckung. RDL 27/2012⁴⁹ ordnete für bestimmte Fälle die Aussetzung von Zwangsräumungen in Vollstreckungsverfahren an. Danach folgte ein Einschnitt durch das soeben erwähnte Urteil des EuGH in der Rechtsache *Aziz* und Ley 1/2013. Das Urteil zwang den spanischen Gesetzgeber zu verschiedenen Änderungen des Hypothekenvollstreckungsverfahrens und des Immobiliarkreditrechts, die insgesamt eine Besserstellung des Hypothekenschuldners bewirken sollten.⁵⁰ Die Maßnahmen umfassten unter anderem weitere Aussetzungen von Zwangsräumungen, eine

⁴⁴ Siehe etwa AAP Navarra, Secc. 2^a, 17.12.2010, ECLI:ES:APNA:2010:1A; begründet wurde dies hier mit dem Umstand, dass die Bank den Wert des Grundstücks als Ausgangswert der Versteigerung in dem Kreditvertrag selbst festgelegt hat, und zwar zu einem Wert, der höher war als der der Hauptforderung der Bank. Dieses Grundstück, das sie selbst höher bewertet hat, bekommt die Bank nun im Rahmen der Versteigerung zugeschlagen. Die Tatsache, dass der tatsächliche Wert des Grundstücks nun wesentlich niedriger ist als zum Zeitpunkt des Vertragschlusses, sei unmittelbare Folge der Wirtschaftskrise, die wiederum (auch) durch das Verhalten des Bankensektors verursacht worden sei, deren Bestandteil die Banco Bilbao Vizcaya Argentaria ist, und müsse insofern (aus Gründen der Billigkeit, Art. 3 Abs. 2 CC) unberücksichtigt bleiben); zum Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung unten Kap. 6 IV 5 a).

⁴⁵ Änderung der LEC mittels *Real Decreto-ley* 38/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

⁴⁶ Rs. C-415/11.

⁴⁷ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

⁴⁸ Siehe dazu etwa *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1077.

⁴⁹ Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

⁵⁰ Dazu unten Kap. 3 I 2, Kap. 4 I 2 sowie Kap. 6 V 2 d).

Begrenzung von Verzugszinsen und schärfere Voraussetzungen zur Gesamtfälligkeit von Hypothekendarlehen sowie einen neuen Einspruchsgrund gegen die Zwangsvollstreckung. Schließlich folgte mit RDL 11/2014⁵¹ eine weitere Änderung der LEC, die die Rechtsmittel des Schuldners im Vollstreckungsschutz des Hypothekenvollstreckungsverfahrens betraf. Auch sie wurde notwendig durch eine Entscheidung des EuGH.⁵² Die in letzter Zeit größte Reform erfolgte durch Ley 5/2019 über die Regulierung von Immobiliarkreditverträgen.⁵³ Mit ihr setzte der spanische Gesetzgeber die Wohnimmobilienkredit-RL um und führte verschiedene weitere Änderungen ein. In dieser verspäteten Umsetzung der Richtlinie 2014/17/EU zeigt sich nicht zuletzt die mitunter kritisierte⁵⁴ Trägheit des spanischen Gesetzgebers. Die Wohnimmobilienkredit-RL wurde mit Wirkung zum 15. Juni 2019 umgesetzt, mithin mehr als drei Jahre später als nach der Umsetzungsfrist in Art. 42 der Richtlinie vorgesehen (21. März 2016). Die Tatsache, dass die Richtlinie letzten Endes überhaupt umgesetzt wurde, dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen Spanien eingeleitet hatte.⁵⁵

In relativ kurzer Zeit trafen mithin verschiedene, teils miteinander verbundene und sich gegenseitig bestärkende Faktoren zusammen, die verschiedene legislative Reparaturarbeiten notwendig machten. Zu nennen ist dabei nicht nur der soziale Druck, der mit der Räumung mehrerer Tausend Familien aus ihren Wohnungen verbunden ist.⁵⁶ Auch der Kritik mehrerer institutioneller Sektoren an der spanischen Hypothekengesetzgebung wird ein wichtiger Einfluss attestiert, ebenso dem von Tausenden unterschriebenen Volksbegehren für einen besseren Schutz des Hypothekenschuldners.⁵⁷ Nicht zuletzt waren Anpassungen insbesondere an die Vorgaben der Klausel-RL europarechtlich

⁵¹ Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

⁵² Dazu unten Kap. 6 V 2 f).

⁵³ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE Núm. 65, S. 26329 (im Folgenden auch LCCI).

⁵⁴ Siehe nochmals *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 54, 95.

⁵⁵ Rechtssache C-569/17; siehe dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Tanchev* vom 28.3.2019, der dem Standpunkt der Kommission im Ergebnis zustimmt (Rz. 94); vgl. auch *Bas-tante Granell*, in: ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, 143 (159).

⁵⁶ Vgl. *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 131.

⁵⁷ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 131.

schlicht notwendig. Offenbar wurde dieser Änderungsbedarf durch eine Vielzahl an Vorlagefragen spanischer Gerichte vor dem EuGH. Der EuGH und die Vorlageverfahren werden daher nicht selten als Motor der spanischen Rechtsentwicklung betrachtet.⁵⁸ Auch diese vielen Vorlagefragen spanischer Gerichte, die die Situation von Hypothekenschuldnern als Ausgangspunkt haben, dokumentieren die Bedeutung und Problematik hypothekarisch gesicherter Immobilienkredite in Spanien.

Die Brisanz einiger Entscheidungen des *Tribunal Supremo* und des EuGH spiegelt sich auch in den Beschwerdeverfahren gegenüber den Banken wider: in den Jahren 2013, 2014 und 2017 war die Zahl der Reklamationen gegenüber den anderen Jahren besonders hoch⁵⁹; die zeitliche Koinzidenz mit den Urteilen des *Tribunal Supremo* zur sogenannten *cláusula suelo* und des EuGH in den Rechtssachen *Aziz* und *Gutiérrez Naranjo* sticht geradezu ins Auge.⁶⁰

§ 2 Untersuchungsgegenstände

Die soeben skizzierte Entwicklung gibt Anlass dazu, die Rechtslage von Hypothekenschuldnern in Spanien genauer zu untersuchen. Leiten sollen die Untersuchung drei Narrative.

Erstens will die Arbeit die Entwicklung des spanischen Hypothekenkredit- und Vollstreckungsrechts nachzeichnen. Dabei soll insbesondere versucht werden, den aktuellen Status quo einzuschätzen und das wohl einzigartige Hypothekenvollstreckungsverfahren zu bewerten. Zugleich soll die Arbeit näher beleuchten, welchen Anteil der Rahmen des spanischen Immobiliarkredit- und Zwangsvollstreckungsrechts an der Entstehung und Vertiefung der Krise durch die einsetzende Vollstreckungswelle hatte. Sowohl das Ban-

⁵⁸ So etwa *Gómez Pomar/Lyzcowska*, Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law, in: InDret 2014, S. 7 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu *Banco de España*, Memoria de Reclamaciones, 2019, S. 35, Grafik 1.2.

⁶⁰ Die Provinzen mit den mit Abstand meisten Reklamationen vor dem DCMR (Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones) der spanischen Nationalbank sind Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla Alicante und Murcia; sie machten 2019 zusammen mehr als 50 % der gesamten nationalen Reklamationen aus (Memoria de Reclamaciones, 2019, S. 47). Dies deckt sich mit der Beobachtung, dass die meisten Urteile der Provinz- und erstinstanzlichen Gerichte aus diesen Gerichtsbezirken stammen.

ken- und Vollstreckungsrecht in Spanien als auch die Auslegungstendenz des *Tribunal Supremo* wurden in den letzten Jahren hauptsächlich als sehr gläubigerfreundlich eingeordnet.⁶¹ Doch scheint sich dieser Befund im Laufe des letzten Jahrzehnts geändert zu haben⁶² – was dazu geführt hat und wie stark dieser Wandel wirklich war, soll Teil der Untersuchung sein.

Zweitens ist Gegenstand dieser Arbeit der Einfluss des EuGH auf ebendiese Rechtsentwicklung; die beiden Untersuchungsgegenstände sind insofern eng miteinander verknüpft. Der EuGH hat über die letzten Jahre – insbesondere durch die Beantwortung mehrerer Vorlagefragen über die Auslegung der Klausel-RL – einen fast steten Strom an Änderungen der spanischen Rechtsordnung und Rechtsprechung notwendig gemacht. Teils wird er recht eingängig als „Robin Hood“ der Verbraucher bezeichnet.⁶³ Doch wie stark hat der EuGH das spanische Recht im Detail geprägt? In den Blick genommen werden sowohl die Rolle des EuGH bei dieser Rechtsentwicklung als auch das Verhältnis von EuGH, *Tribunal Supremo* und unterinstanzlichen Gerichten zueinander. Die Bedeutung des EuGH bei der Entwicklung des innerstaatlichen (Verbraucher-)Rechts war dabei bereits Gegenstand verschiedener Untersuchungen.⁶⁴ Doch haben diese Arbeiten zumeist entweder einen größeren Betrachtungswinkel – untersuchen also den Einfluss auf verschiedene Rechtsordnungen – oder beschränken sich auf vereinzelte

⁶¹ So etwa *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (121); in Bezug auf Verbraucher *Gómez Pomar/Lyczkowska*, *Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law*, in: *InDret* 4/2014, S. 20.

⁶² *Adán Domènech* nennt als Wendepunkt die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Aziz“, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (121 f.).

⁶³ *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (122); *Nasarre Aznar* belegte den Begriff hingegen für die unterinstanzlichen spanischen Gerichte, „Robinhoodian“ courts‘ decisions on mortgage law in Spain, in: *International Journal of Law in the Built Environment* 2015, 127 ff.

⁶⁴ Siehe exemplarisch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119; *Kindl/Arroyo Vendrell* (Hg.), *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen*, 2019; für das spanische Recht auch *Arroyo Amayuelas*, in: *Janssen/Schulte-Nölke, Researches in European Private Law and Beyond*, 2020, S. 141 ff.; *García-Valdecasas Dorrego*, *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*, 2018; *Gómez Pomar/Lyczkowska*, *Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law*, in: *InDret* 4/2014.

Urteile des EuGH, ohne diese bezogen auf den Schutz des Hypothekenschuldners in der Gesamtschau zu betrachten.⁶⁵

In die Untersuchung eingewoben ist schließlich ein dritter Maßstab. Er vergleicht die Rechtslage in Spanien an besonders wichtigen Stellen mit jener in Deutschland. Ein zumindest stellenweiser Vergleich scheint vor allem deshalb angezeigt, um die spanische Rechtsordnung nicht nur an ihrer eigenen Entwicklung zu messen, sondern jedenfalls an zentralen Stellen ein Korrelat mit der Rechtsordnung eines Landes zu haben, das von der Finanzkrise *prima facie* nicht so stark getroffen wurde.

Ziel dieser Arbeit ist mithin Dreierlei. Erstens soll sie ein Bild zeichnen von der Entwicklung des für Immobiliarkredite wichtigen Rechts in Spanien. Zweitens soll sie untersuchen, inwieweit nationale und europäische Rechtsprechung sowie deren Zusammenspiel diese Rechtsentwicklung geprägt haben. Drittens vergleicht die Arbeit spanische und deutsche Rechtslage und versucht eine Einschätzung dahin, welche Rechtsordnung den Schuldner von Immobiliarkrediten wirksamer schützt. Diese Fragen haben nicht nur theoretisches Gewicht. Die eingangs skizzierte Verbreitung von hypothekarisch gesicherten Immobiliendarlehen in Spanien und deren Entwicklung in den letzten 20 Jahren machen ihre praktische Dimension deutlich.

§ 3 Gang und Eingrenzung der Untersuchung

I. Kontur der Untersuchung

Betrachtet man den „Lebenszyklus“ eines notleidenden Hypothekenkredits, so lässt er sich in verschiedene Phasen sezieren. Zu Beginn steht die Phase vor der eigentlichen Gewährung des Kredits und dem Abschluss des Kreditvertrags. Sie ist vor allem geprägt von verschiedenen Informationspflichten des Darlehensgebers sowie von dessen Pflicht, eine Prüfung der Kreditwürdigkeit des möglichen Darlehensnehmers vorzunehmen. Außerdem erfolgt zu diesem Zeitpunkt eine Immobilienbewertung. Auf europäischer

⁶⁵ Neuerdings jedoch – wenngleich mit anderem Betrachtungswinkel – *Quesada López*, *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, 2020.

Ebene wurden diese Vorgaben durch die (mindestharmonisierende) Wohnimmobilienkredit-RL jedenfalls teilweise angeglichen.⁶⁶ Die zweite Phase umfasst den Abschluss des Hypothekenkredits und die Bestellung der Hypothek. Der Vertrag regelt für den Darlehensnehmer elementare Fragen. Häufig bestimmt er, wann und wie der Vertrag gekündigt werden kann, wenn der Darlehensnehmer die Kreditraten nicht mehr zahlen kann, welche Strafen bei Zahlungsverzug bestehen oder unter welchen Bedingungen der Darlehensnehmer das Darlehen vorzeitig zurückzahlen kann. Gerade deshalb fordern verschiedene üblicherweise von Banken benutzte Klauseln und der Umgang der jeweiligen Rechtsordnung mit ihnen Beachtung. Weil der Abschluss von Verbraucherkrediten (und dazu gehörend Immobilier-Verbraucherkredite) für die Banken ein Massengeschäft ist⁶⁷, sind die AGB der Banken einerseits ein unentbehrliches Mittel der Vertragsgestaltung⁶⁸; ihrer rechtlichen Kontrolle kommt andererseits eine elementare Funktion beim Schuldnerschutz zu. Wichtig sind die vertragsgegenständlichen Klauseln vor allem deshalb, weil sie fast immer das Schicksal des Darlehens und Strafen für den Fall regeln, dass der Schuldner Zinsen und Darlehen nicht oder nicht rechtzeitig zurückzahlt. Als dritte Phase lässt sich schließlich klassischerweise der Abschnitt ausmachen, in der der Darlehensgeber den Vertrag wegen Zahlungsverzugs gekündigt hat und zur Beitreibung seiner Zahlungsforderung in die hypothekarisch belastete Immobilie vollstreckt.

Dieser dargestellten Linie folgt auch diese Arbeit. Sie lässt allerdings die Phase vor Kreditvertragsschluss außen vor; dies insbesondere, weil für diesen Abschnitt nun harmonisierte Regelungen bestehen. Während der zweite Teil der Arbeit zunächst den Grund legt für die weitere Betrachtung des spanischen Rechts, beschäftigt sich der dritte (Haupt-)Teil mit dem Schutz des Hypothekenschuldners. Hier folgt die Untersuchung dem Lebenszyklus eines Darlehens. Zunächst untersucht er in Kapitel drei, vier und fünf Vertragsklauseln, die bei der Vergabe von Immobilienkrediten elementar sind. Besonders wichtig sind (neben Verzugszins- und Kündigungsklauseln) solche, die einen variablen Zinssatz etablieren und die Variabilität des Zinssatzes nach unten hin deckeln (*cláusula suelo*). Die Untersuchung beschränkt sich insofern auf die in der spanischen

⁶⁶ Vgl. insbesondere Art. 13-20 Wohnimmobilienkredit-RL.

⁶⁷ Siehe nur *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1173).

⁶⁸ Vgl. etwa BGH, NJW 1986, 1803 (1804).

Bankenpraxis wohl wichtigsten und am häufigsten benutzten Klauseln.⁶⁹ Bestätigung erfährt diese Auswahl dadurch, dass es genau jene Klauseln sind, die bei den nationalen und europäischen Gerichten für den meisten Aufruhr gesorgt haben.

Anschließend beleuchtet die Arbeit in Kapitel sechs das Zwangsvollstreckungsverfahren und untersucht, wie wirksam die spanische und deutsche Rechtsordnung den Hypothekenschuldner in dieser kritischen Phase schützen. Das spanische Recht wartet dabei mit einem besonderen Hypothekenvollstreckungsverfahren auf, das sich durch seine Schnelligkeit und eine traditionell weitgehende Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners auszeichnet. Der letzte Teil der Arbeit zeigt die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung auf.

II. Begriff und Gestalt des Immobiliendarlehens

Gegenstand dieser Untersuchung sollen Immobiliarkredite im weiteren Sinne sein.⁷⁰ Darunter verstanden werden vor allem – aber nicht nur – Verträge im Anwendungsbereich der RL 2014/17/EU. Dieser umfasst nach Art. 3 Abs. 1 RL Kreditverträge, die durch eine Hypothek oder vergleichbare Sicherheit oder ein Recht an Wohnimmobilien besichert sind, sowie Kreditverträge, die dem Erwerb oder der Erhaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem bestehenden oder geplanten Gebäude dienen. In persönlicher Hinsicht erfasst die Richtlinie Verträge zwischen einem Darlehensgeber und einem Verbraucher.⁷¹ Die meisten der hier untersuchten Fälle betreffen Darlehensverträge mit Verbrauchern als Darlehensnehmer. Diese Darlehensverträge dürften die größte praktische Bedeutung haben. Besonders wichtig für das deutsche Recht sind infolgedessen die Regelungen zum Immobiliar-

⁶⁹ Zu dieser Einschätzung etwa *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 392 f.; auch *Cruz Gallardo* scheint der Fälligkeitsklausel, Verzugszinsklausel und *cláusula suelo* besondere Bedeutung beizumessen, in: *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 525, 595 ff.; vgl. auch *Banco de España*, Memoria de Reclamaciones, 2019, S. 17.

⁷⁰ Insbesondere soll sie sich nicht auf die Legaldefinition des Realkredits aus § 21 Abs. 3 Nr. 1 KWG beschränken.

⁷¹ Vgl. Art. 1 RL 2014/17/EU sowie *Schäfer*, in: *VuR* 2014, 207 (212).

Verbraucherdarlehensvertrag, §§ 491 ff. BGB.⁷² Die Definition des Immobiliendarlehensvertrags in § 492 Abs. 3 S. 1 BGB⁷³ setzt dabei die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 Wohnimmobilienkredit-RL um und entspricht damit ihrem Anwendungsbereich.⁷⁴ Danach sind solche Verträge entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer, die durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert sind (Nr. 1) oder für den Erwerb oder die Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken bestimmt sind. Wichtig ist die Entsprechung mit der Wohnimmobilienkredit-RL, dass der Darlehensvertrag entweder durch ein dingliches Recht gesichert sein oder einen gewissen Zweck verfolgen muss, nämlich insbesondere den Erwerb eines Grundstücks.⁷⁵ Der Darlehensvertrag ist also objektiv oder subjektiv „grundstücksbezogen“.⁷⁶ Damit stehen in dieser Arbeit Verträge im Vordergrund, bei denen der Darlehensnehmer Verbraucher ist. Das schließt aber die Notwendigkeit nicht aus, Regelungen zu untersuchen, die sich nicht exklusiv auf Verbraucher beschränken.⁷⁷

III. Schuldnerschutz als Mehrebenenphänomen

Insbesondere im spanischen Recht soll ein größerer Betrachtungswinkel die Erfassung aller wichtigen Regelungen sicherstellen. Betrachtet man die Entwicklung des spanischen Hypotheken- und Vollstreckungsrechts, fällt auf, dass die Schutzbereiche der verschiedenen erlassenen Gesetze und Dekrete nicht immer deckungsgleich sind, son-

⁷² Vgl. zum traditionellen Verständnis vom Hypothekarkredit *Jungmann* in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81b Rn. 1, 3; auch schon die in § 503 a.F. enthaltene Definition des Immobiliendarlehensvertrags umfasste nur Verbraucherdarlehensverträge.

⁷³ Zuvor geregelt in § 492 Abs. 1a BGB a.F. (bis 10.6.2010) und dann in § 503 Abs. 1 BGB (bis zum 20.3.2016); vgl. auch *Fritsche*, in: MüKoBGB, ⁸2021, EGBGB Art. 229 § 38 Rn. 8, 9; Überblick über die Regelungsgeschichte bei Schäfer, in *VuR* 2014, 207 (214).

⁷⁴ BT-Drs. 18/5922, S. 76; ein Unterschied ergibt sich freilich insofern, als § 491 Abs. 3 BGB sich nicht auf *Wohnimmobilien* beschränkt, sondern richtlinienüberschießend für alle Immobilien gilt; damit sollten insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden, BT-Drs. 18/5922, S. 77.

⁷⁵ Die Zweckbestimmung zum Grundstückserwerb ist für diese Arbeit der wichtigste Fall; die übrigen Zweckbestimmungen bleiben entsprechend im Hintergrund.

⁷⁶ Vgl. *Jungmann* in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81b Rn. 36.

⁷⁷ Genannt seien hier beispielsweise schuldnerschützende Normen im Vollstreckungsrecht, das nur vereinzelt besondere Regelungen für Verbraucher enthält.

dern verschiedene Anknüpfungspunkte haben.⁷⁸ Teils finden sich Regelungen, die alle Hypothekenkredite gleichsam betreffen. Sie unterscheiden also nicht danach, ob es sich bei der Immobilie etwa um den gewöhnlichen Wohnsitz des Schuldners (*vivienda habitual*)⁷⁹ handelt oder ob beispielsweise der Anwendungsbereich der Immobilienkreditrichtlinie eröffnet ist. Dies betrifft zum Beispiel die Notwendigkeit einer handschriftlichen Erklärung, die die Hypothekenurkunde in bestimmten Fällen gem. Art. 6 Ley 1/2013 enthalten musste.⁸⁰ Andere Regelungen sind indes rollenspezifisch oder situationsbezogen, kontextspezifisch⁸¹ beschränkt. Der spanische Gesetzgeber fächert die Regulierung von Immobilienkrediten mithin anhand verschiedener Anknüpfungspunkte auf.⁸² Um der Vielfalt der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte und daraus entspringenden Regelungen gerecht werden zu können, nimmt die Arbeit den Schutz des Hypothekenschuldners im weiteren Sinne in den Blick. Wo vorhanden, widmet sie sich vertieft den besonderen verbraucherschützenden Regelungen der beiden Rechtsordnungen. Damit können insbesondere etwaige unterschiedliche Schutzbereiche im deutschen und spanischen Recht identifiziert werden.

Ob ein Darlehensnehmer nach spanischem Recht Verbraucher ist, hängt wie auch im deutschen Recht von dem Zweck ab, den er mit dem Darlehen verfolgt.⁸³ Soll der Kredit etwa dem Erwerb eines selbstgenutzten Eigenheims dienen, ohne dass (überwiegend)

⁷⁸ Vgl. auch *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 95.

⁷⁹ Schon die Definition von *vivienda habitual* bedarf einer genaueren Betrachtung, vgl. *Moreno Trapiella*, Estatuto jurídico de la vivienda habitual: especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013, in: *Diario La Ley* Nr. 8475, 2015, S. 2 ff.

⁸⁰ Art. 6 Ley 1/2013 wurde durch die Aufhebungsbestimmung des Gesetzes 5/2019 über die Regelung von Immobiliarkreditverträgen aufgehoben.

⁸¹ Vgl. etwa die Voraussetzung einer *umbral de exclusion* in Art. 3 RDL 6/2012, die Voraussetzung für die in RDL6/2012 vorgesehenen Schutzmaßnahmen sind; s. auch *Carrasco Perea/Cordero Lobato/Marín López*, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1080.

⁸² Siehe in dieser Hinsicht auch *Moreno Trapiella*, Estatuto jurídico de la vivienda habitual: especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013, in: *Diario La Ley* Nr. 8475, 2015, S. 6 f.

⁸³ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 525.

gewerbliche Zwecke verfolgt werden, handelt der Kreditnehmer als Verbraucher.⁸⁴ Allgemein lässt sich also sagen, dass der Hypothekenschuldner ein Verbraucher ist, solange nicht das belastete Grundstück beruflichen oder betrieblichen Zwecken dient.⁸⁵ Der Verbraucherschutz findet eine ausdrückliche Verankerung in der spanischen Verfassung (*Constitución Española*)⁸⁶. Diese verfassungsrechtliche Verankerung lässt sich vor dem Hintergrund des Zeitpunkts der Entstehung der *Constitucion Española* erklären, die im Jahre 1978 in der Hochzeit der europäischen und internationalen Verbraucherschutzpolitik entstanden ist.⁸⁷

IV. Ausgenommenes

Die Arbeit kann gleichwohl nicht den Umgang der Rechtsordnungen mit allen wichtigen Problemen bei Immobilienkrediten untersuchen; ein solches Unterfangen sprengte ihren Rahmen. Nicht unerwähnt bleiben soll dennoch die Bedeutung anderer Fragen. Wie schon der Gang der Untersuchung erkennen lässt, berücksichtigt die Arbeit nicht die Phase vor Gewährung des Immobiliarkredits. Dort bedeutsame Fragen wurden von der Wohnimmobilienkredit-RL (und ihren nationalen Umsetzungsgesetzen) zumindest

⁸⁴ Zum Verbraucherbegriff (*consumidor/usuario*) im spanischen Recht siehe *Vela Torres*, in: *Revista de estudios jurídicos*, n° 18/2018, S. 24 ff.; *Marín López*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 9/2014, 9 (9 ff.); *Cámara Lapuente*, in: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011, 84; *Fortea Gorbe*, *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, 2016, S. 519 ff.; STS, 11.4.2019, ECLI:ES:TS:2019:1226, FD 3.

⁸⁵ *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 154.

⁸⁶ Art. 51 CE: (1) „*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*” (2) „*Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*”; siehe auch *Trillmich*, *Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG*, 2009, S. 43 ff.

⁸⁷ *Trillmich*, *Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG*, 2009, S. 51 m.w.N.

teilweise geklärt und sollen daher nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.⁸⁸ Sodann spart die Arbeit insbesondere die rechtliche Behandlung von Fremdwährungsdarlehen aus, bei denen Grundlage und Ablauf der Währungsumrechnung zumeist in Klauseln vereinbart werden.⁸⁹ Außerdem kann die Arbeit auch nicht alle wichtigen Referenzindizes bei variablen Zinssätzen berücksichtigen; das trifft vor allem Klauseln mit dem IRPH als Referenzindex⁹⁰. Vorliebiggenommen wird stattdessen mit der in Spanien sowohl rechtsdogmatisch als auch praktisch bedeutsamen Mindestzinsklausel (*cláusula suelo*); die dazu ergangenen Entscheidungen dürften eine über diese Klauseln hinausgehende, grundsätzlichere Bedeutung haben. Weiterhin hat der Umgang der spanischen Rechtsordnung mit Gebühren und Kosten im Rahmen der Kreditvergabe und Hypothekenbestellung eine durch den *Tribunal Supremo* und den EuGH geprägte Entwicklung genommen.⁹¹ Auch diese Rechtsentwicklung soll in der Untersuchung außen vor bleiben. Gleiches gilt für das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers und eine damit einhergehende Vorfälligkeitsentschädigung des Darlehensgebers; diese Bereiche unterliegen ohnehin einer (Mindest-)Harmonisierung durch die Immobiliarkredit-RL.

Von Bedeutung für den Hypothekenschuldner ist schließlich auch, wie ihn die Rechtsordnung vor der Ausweisung aus seiner Wohnung schützt, sobald jene in der Versteigerung einen neuen Eigentümer gefunden hat. Doch soll auch diese Frage angesichts ihres

⁸⁸ Eine (nicht sonderlich positive) Bewertung des Einflusses der Wohnimmobilienkredit-RL auf das spanische Recht (allerdings noch vor Umsetzung der LCCI Mitte 2019) geben etwa *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 50 ff., die unter anderem zu dem Schluss kommen, dass die Richtlinie viele der in Spanien bestehenden Probleme gar nicht adressiert (S. 50).

⁸⁹ Siehe dazu beispielsweise *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (142); *Anderson/Simón Moreno* schätzen die Bedeutung von Fremdwährungsdarlehen in Spanien als eher gering ein, in: *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 64.

⁹⁰ Dazu etwa *Sáenz de Jubera Higuero*, in: *RCDI 2020*, núm. 779, 1837; *Rodríguez de Almeida*, in: *RCDI 2020*, núm. 779, 1801; EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*).

⁹¹ Dazu beispielsweise EuGH, 16.7.2020, verb. Rs. C-224/19 und C-259/19 (*Caixabank SA*); STS, 27.7.2021, ECLI:ES:TS:2021:3161; STS, 23.1.2019, ECLI:ES:TS:2019:101; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, séptimo motivo; *Álvarez Royo-Villanova*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2019, 61.

beachtlichen potenziellen Umfangs von den Untersuchungen in dieser Arbeit ausgeschlossen sein.

§ 4 Methodisches und Formales

In methodologischer Sicht versteht sich die Arbeit als rechtsvergleichend und teilweise rechtshistorisierend. Zum Methodenkanon der (funktionalen) Rechtsvergleichung sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.⁹² Der Vergleich der spanischen und deutschen Rechtsordnung ist dabei insofern „unvollkommen zweiseitig“, als der Schwerpunkt der Arbeit – auch in Hinsicht auf die anderen beiden Untersuchungsgegenstände – auf dem spanischen Recht liegt. Einige Bereiche des deutschen Rechts werden daher nur kurz dargestellt oder mitunter ganz weggelassen. Der rechtshistorische Ansatz versucht, das Dickicht an spanischen Rechtsänderungen bei Hypothekendarlehensverträgen zu lichten. Dafür zeigt die Arbeit bei der Darstellung des spanischen Rechts die seit der Finanzkrise ergangenen Gesetzesreformen auf. Dies macht es stellenweise notwendig, auch die Sicht der Lehre und insbesondere der Rechtsprechung zu den Gesetzesänderungen zu berücksichtigen. Aus alledem ergibt sich eine nach Themen geordnete, chronologische Betrachtung des spanischen Rechts, das *de lege lata* mit dem deutschen Recht verglichen wird.

⁹² Instrukтив etwa *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, ²1987; *Reimann/Zimmermann*, The Oxford handbook of comparative law, ²2019; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, ³1996.

2. Teil: Hypotheken und Klauseln im spanischen Recht

Die folgenden zwei Kapitel dieses Teils sollen einführen in die für die Arbeit wichtigsten Aspekte des spanischen Rechts. Dafür wirft das erste Kapitel Licht auf die zentralen Regelungen zur Immobiliehypothek im spanischen Recht und geht in diesem Rahmen auch kurz auf die Regulierung des Darlehensvertrags im *Código Civil* ein. Das zweite Kapitel beleuchtet die elementaren Fragen zum Recht der Klauselkontrolle in Spanien und bereitet so den Grund für die Untersuchung der wichtigsten Klauseln in Hypothekendarlehensverträgen.

Kapitel 1: Die Immobiliehypothek

Die spanische Immobiliehypothek (*hipoteca inmobiliaria*) lässt sich ohne Zweifel als das wohl wichtigste Sicherungsmittel⁹³ für den spanischen Kreditmarkt einordnen.⁹⁴ Neben ihr kennt die Rechtsordnung, je nach Definition, weitere Immobiliarsicherheiten: den Eigentumsvorbehalt (*reserva de dominio*), den Verkauf unter auflösender Bedingung, das Immobilienleasing (*arrendamiento financiero*), die Sicherungsübereignung sowie die Antichrese^{95,96} (*anticresis*).⁹⁷ Doch scheint die Hypothek im Vergleich mit ihnen eine klare Vormachtstellung einzunehmen. Davon zeugen jedenfalls die für sie erdachten Bilder. So wird die Hypothek als „Königin der Sicherheiten“ („*reina de las*

⁹³ Siehe instruktiv zur Geschichte der Sicherungsrechte *Ferrandis Vilella*, Introducción al estudio de los derechos reales de la garantía, in: Anuario de Derecho Civil 1960, 37 (38 ff.).

⁹⁴ *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 315 f.; *Ibán*, Einführung in das spanische Recht, 1995, S. 206.

⁹⁵ Die Antichrese ist ein dem deutschen Nießbrauch vergleichbares Institut.

⁹⁶ Gegen die Einordnung der Antichrese als Immobiliarsicherheit *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 643.

⁹⁷ *Schröder*, Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz, 2008, S. 209; hinsichtlich Immobiliarsicherheiten wird das Postulat eines *numerus clausus* verfügbarer Sicherheiten vertreten, vgl. *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III, 2008, S. 158 f.

garantías“)⁹⁸ oder auch „Sternfigur der Sicherheiten“ („*figura estelar*“)⁹⁹ bezeichnet – ihr Inhaber sitze gleichsam auf dem „Thron der Hypothek“ („*trono de la hipoteca*“)¹⁰⁰. Obwohl die Hypothek wesentlich ältere Wurzeln hat, erfolgte in Spanien eine erstmals genauere Begriffsbestimmung 1403 in den *Furs de Valencia*; insbesondere grenzte man sie vom Pfandrecht insoweit ab, als der Gläubiger bei der Hypothek das Grundstück nicht in Besitz nimmt.¹⁰¹

Die Hypothek wird im spanischen Recht zum einen (relativ knapp) im *Código Civil* geregelt; er widmet ihr einige Kapitel im XV. Titel (des 4. Buches), teilweise zusammen¹⁰² mit dem Pfand.¹⁰³ Daneben finden sich ausführlichere Regelungen in der *Ley Hipotecaria*, dem *Reglamento Hipotecario*¹⁰⁴ und – die Vollstreckung angehend – in der *Ley de Enjuiciamiento Civil*¹⁰⁵. Die Vorschriften im CC beschränken sich dabei auf die Regelung der vertraglichen Grundlagen von Hypothek und Pfand, ohne genauer auf ihren Charakter als dingliche Rechte einzugehen. Hintergrund ist, dass die Veröffentlichung des CC einer langen Verzögerung unterlag; während dieser Verzögerung trat die *Ley Hipotecaria* in Kraft und hatte die sachenrechtlichen Aspekte der Hypothek schon geregelt.¹⁰⁶

⁹⁸ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 643; Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 315; Schröder, *Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz*, 2008, S. 209.

⁹⁹ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 5.

¹⁰⁰ Pulgar Ezquerro, in: RDM 2003, 1425 (1476).

¹⁰¹ Platero Alcón/González González, in: Lex N° 20, Año XV, 2017 (II), 183 (187).

¹⁰² Grundpfandrecht und Fahrnispfandrecht sind, dem römischen Recht folgend, in Art. 1857 ff. CC einheitlich geregelt, Adomeit/Frühbeck, *Einführung in das spanische Recht*, ⁴2018, § 12, S. 70.

¹⁰³ Art. 1857-1880 CC.

¹⁰⁴ Decreto de 14 de febrero de 1947 por el se aprueba el Reglamento Hipotecario.

¹⁰⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰⁶ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 5.

I. Rechtsnatur

In Spanien ist die Hypothek als streng akzessorisches Sicherungsrecht ausgestaltet.¹⁰⁷ Ihre Entstehung und ihr Erlöschen hängen also vom Schicksal der zu sichernden Forderung ab (unten III 1 b)). Art. 1876 CC und 104 LH definieren die Hypothek wie folgt: "Die Hypothek unterwirft die Güter, denen sie auferlegt wird, wer auch immer ihr Besitzer ist, direkt und unmittelbar der Erfüllung der Verbindlichkeit, zu deren Sicherheit sie bestellt wurde".¹⁰⁸ Diese zu sichernde Forderung kann eine eigene oder eine fremde Schuld darstellen.¹⁰⁹ Die Akzessorietät von Hypothek und Forderung ist dabei schon im Wortlaut von Art. 1857 CC angelegt, der in seinem ersten Absatz als notwendige Voraussetzung einer Hypothek bestimmt, dass sie errichtet wird, um die Erfüllung einer Hauptforderung zu sichern.¹¹⁰ Die Hypothek ist grundsätzlich unteilbar (Art. 1860 CC); eine teilweise Erfüllung oder Teilung der zu sichernden Forderung hat also nicht die Teilung der Hypothek zur Folge.¹¹¹ Von der Hypothek als dingliches Recht¹¹² zu unterscheiden ist die Verpflichtung, sie zu errichten, vgl. auch Art. 9 RH.¹¹³ Diese Verpflichtung kann ihre Wurzeln in einem Vertrag haben (*promesa de hipoteca*, Art. 1862 CC) oder als Rechtsfolge der Erfüllung eines Tatbestands durch das Gesetz angeordnet werden. Der Anspruch auf Errichtung einer Hypothek begründet diese also noch nicht selbst. Er garantiert aber, dass sie errichtet wird, sei es freiwillig oder zwangsweise über

¹⁰⁷ *Guilarte Zapatero*, in: Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII, ²1990, S. 443; *O'Callaghan Muñoz*, *Código Civil*, ⁶2008, Art. 1857 Rn. 1; zur Einordnung als dingliches Sicherungsrecht auch *Bastante Granell*, in: ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, 143 (148); siehe auch STS, 3.7.1997, ECLI:ES:TS:1997:4716, FD 1.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Rodríguez Mariscal*, in: von Bar, *Sachenrecht in Europa*, Bd. 4 (2001), S. 531.

¹⁰⁹ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 643.

¹¹⁰ *Guilarte Zapatero*, in: Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII, ²1990, S. 443.

¹¹¹ Siehe auch *Lasarte*, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 10 f. zur Unteilbarkeit dinglicher Sicherungsrechte im Allgemeinen.

¹¹² Aufgrund ihrer Eigenschaft als dingliches Recht wird die systematische Stellung der Hypothek im Schuldrecht des des CC (*Libro IV – De las obligaciones y contratos*) als verfehlt angesehen, so etwa STS, 3.7.1997, ECLI:ES:TS:1997:4716, FD 1; vgl. auch *Sohst*, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*, ⁵2013, Art. 1857, S. 355.

¹¹³ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 666.

den Rechtsweg.¹¹⁴ Durch Art. 9 RH wird gleichzeitig klargestellt, dass der Anspruch auf Errichtung einer Hypothek noch kein dingliches Recht begründet, auch wenn die Klage auf Errichtung derselben mittels Vormerkung (*anotación preventiva*) in das Register eingetragen werden kann, Art. 42.1 LH.¹¹⁵

II. Inhalt des Rechts

Dem Wesen einer Immobiliarsicherheit wie der Hypothek immanent ist die Möglichkeit des begünstigten Gläubigers, die Vollstreckung aus dem belasteten Grundstück¹¹⁶ zu suchen und sich aus dem Erlös dieser Vollstreckung *vorrangig* zu befriedigen (*facultad de realización de valor*¹¹⁷). Dementsprechend ordnen Art. 1876 CC und Art. 104 LH an, dass die Hypothek alle belasteten Güter unmittelbar und sofort der Erfüllung der zu sichernden Forderung unterwirft.¹¹⁸ Der Hypothekar erwirbt ein Verwertungsrecht, das er nachfolgenden Erwerbern des Grundstücks und auch anderen Gläubigern entgegenhalten kann.¹¹⁹ Er genießt mithin auch ein Vorzugsrecht in der Insolvenz, Art. 1923 Nr. 3 CC i.V.m. Art. 90 LC, kraft dessen er sich aus dem belasteten Gegenstand vollständig und vor allen anderen Gläubigern niedrigeren Ranges befriedigen darf.¹²⁰ Die Hypothek ist das einzige Recht, bei dem das Vollstreckungsverfahren Dritten nicht erlaubt, in eben

¹¹⁴ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 667; dabei können in bestimmten Fällen der Richter (Art. 166 LH) oder der Registerführer (Art. 171 LH) die Errichtung *ex officio* herbeiführen.

¹¹⁵ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 667.

¹¹⁶ Das spanische Recht definiert Grundstück gem. Art. 17 Ley 8/2018, de 28 de mayo, de suelo als einen abgrenzbaren bebauten oder unbebauten Teil der Erdoberfläche, für den nach Maßgabe der Ley Hipotecaria im *registro de la propiedad* ein Registerblatt eröffnet wird, vgl. auch Bickmann, Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2012, S. 1 Fn. 2. Der Grundstücksbegriff entspricht damit im Wesentlichen dem des deutschen Rechts, vgl. zu letzterem etwa Staudinger/C. Heinze, Neubearbeitung 2018, Vorbem. zu §§ 873 ff. BGB, Rn. 16.

¹¹⁷ Lasarte, Derechos reales y Derecho hipotecario, ⁸2010, S. 14.

¹¹⁸ Vgl. zu den daraus folgenden Eigenschaften Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 309 ff.

¹¹⁹ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 667.

¹²⁰ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 646; Lasarte, Derechos reales y Derecho hipotecario, ⁸2010, S. 14.

jenem vorrangige Rechte geltend zu machen (*tercerías de mejor derecho*).¹²¹ Auch insoweit genießt die Hypothek eine Sonderstellung. Gleichzeitig folgt aus Art. 1859 CC die Exklusivität der Befriedigung durch Verkauf: Verfallsklauseln, nach denen das Eigentum im Sicherungsfall auf den Eigentümer übergeht, sind unzulässig.

III. Arten von Hypotheken

Hinsichtlich der Hypothekenarten kann zunächst zwischen ihrem Entstehungsgrund unterschieden werden.¹²² So gibt es Hypotheken, die ihren Ursprung in einem Vertrag zwischen zwei Parteien haben (*hipoteca voluntaria*, Art. 138 LH) und solche, deren Entstehen das Gesetz ex lege anordnet (*hipoteca legal*).¹²³ Die vertraglichen Hypotheken können wiederum in die Verkehrshypothek, die Höchstbetragshypothek, die Rentenhypothek und die einseitige Hypothek unterteilt werden. Dem deutschen Recht vergleichbare Eigentümerhypotheken kennt das spanische Recht nicht, weil keine zu sichernde Forderung gegen sich selbst bestehen kann.¹²⁴

1. Vertraglich

Die rechtsgeschäftlich bestellte Hypothek¹²⁵ beruht, ihrer Stellung im 4. Buch des *Código Civil* über Verpflichtungen und Verträge entsprechend, auf einem Vertrag. Im spanischen Recht ist bezüglich rechtsgeschäftlich begründeter Hypotheken zwischen der Verkehrshypothek (*hipoteca de tráfico*, *hipoteca ordinaria*, Art. 104 ff. LH), der Sicherheitshypothek (*hipoteca de seguridad*, Art. 142 LH) und der Rentenhypothek (*hipoteca en garantía de rentas*, Art. 157 LH) zu differenzieren. Hypotheken können außerdem einseitig bestellt werden (*hipoteca unilateral*, Art. 141 LH).¹²⁶ Grundtyp der vertraglichen Hypothek ist die Verkehrshypothek, Art. 104 ff. LH. Die notwendigen Vorausset-

¹²¹ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 647.

¹²² So etwa Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 318.

¹²³ Vgl. nur STS, 3.7.1997, ECLI:ES:TS:1997:4716, FD 1.

¹²⁴ *Sohst*, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*, ⁵2013, Art. 1857, S. 356.

¹²⁵ Häufig werden der Kaufvertrag über die Immobilie und die Urkunde über die Hypothekenbestellung zeitgleich vor dem Notar unterzeichnet, vgl. *Wunsch*, *Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits*, S. 168; *Eberl/Selbherr/Meyer/Bartholmai*, in: *Frank/Wachter, Immobilienrecht in Europa*, ²2015, Spanien, Rn. 211.

¹²⁶ Vgl. auch STS, 3.7.1997, ECLI:ES:TS:1997:4716, FD 1.

zungen für den *contrato de hipoteca* finden sich, ebenso wie die Bedingungen der Absolutheit der Hypothek, im *Código Civil*; sie ergeben sich insbesondere aus Art. 1857 und 1875 CC.

Auch wenn der Darlehensvertrag regelmäßig in der Hypothekenbestellungsurkunde aufgenommen wird, sodass sich der Anschein eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ergibt, stellen Darlehensvertrag und Hypothekenbestellung (wie im deutschen Recht) zwei separate Rechtsgeschäfte dar.¹²⁷

a) Dingliches Rechtsgeschäft

Zur Begründung der Hypothek ist eine Einigung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger über ihre Errichtung erforderlich (*negocio jurídico de constitución de hipoteca*), vgl. Art. 138 LH. Dieses Rechtsgeschäft muss die allgemeinen Anforderungen für Rechtsgeschäfte erfüllen; insbesondere müssen übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, ein Vertragsgegenstand (*objeto*) und ein Rechtsgrund (*causa*).¹²⁸ Art. 145 LH verlangt zudem die Errichtung in Form einer öffentlichen Urkunde (*escritura pública*).¹²⁹

b) Zu sichernde Forderung, insbesondere aus Darlehensvertrag

Wie bei allen anderen Sicherungsrechten in Spanien ist es Schicksal und Aufgabe einer Hypothek, die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit zu sichern.¹³⁰ Sie kann grundsätzlich jede Art von Verbindlichkeit sichern, insbesondere auch Forderungen, die einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung unterliegen, Art. 1861 CC, 105 LH.¹³¹ Voraussetzung ist aber, dass die Forderung einen wirtschaftlichen Wert hat und sie ihrer Höhe nach festgesetzt und bestimmt ist, oder zumindest nach bestimmten Pa-

¹²⁷ Wunsch, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits, S. 170; Eberl/Selbherr/Meyer/Bartholmai, in: Frank/Wachter, Immobilienrecht in Europa, ²2015, Spanien, Rn. 211.

¹²⁸ STS, 3.7.1997, ECLI:ES:TS:1997:4716, FD 1; *causa* sei für die Hypothek die Begründung eines dinglichen Rechts zum Zwecke der Sicherung einer Forderung. Allgemein sei *causa* die ökonomische und soziale Funktion des Rechtsgeschäfts, das unmittelbare und objektive, vom Recht anerkannte Ziel, Art. 1274 CC.

¹²⁹ Dazu auch Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 356 f.

¹³⁰ Lasarte, Derechos reales y Derecho hipotecario, ⁸2010, S. 10.

¹³¹ Vgl. etwa Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 321.

rametern oder Formeln bestimmt werden kann, sodass ihre Höhe bzw. ihr Umfang begrenzt ist.¹³² Aus der Notwendigkeit des Vorliegens einer zu sichernden Forderung leitet sich gleichzeitig auch die Akzessorietät der Hypothek zur Forderung ab: die Hypothek kann nur existieren solange und soweit die Hauptforderung besteht und noch nicht erfüllt wurde.

Die für diese Arbeit wichtige und auch klassische zu sichernde Forderung ist die Rückzahlungsforderung aus einem Darlehensvertrag. Der *Código Civil* definiert den Darlehensvertrag in Art. 1740 CC. Auch nach spanischem Recht ist der Darlehensvertrag (*préstamo*) ein Vertrag, der „die Überlassung von Geld auf Zeit zum Gegenstand hat“.¹³³ Art. 1740 S. 3 CC sieht ausdrücklich vor, dass das Darlehen unentgeltlich sein oder die Vereinbarung über eine Zinszahlung enthalten kann. Der Immobilienkredit (*préstamo hipotecario*) ist ein Sonderfall des klassischen Darlehens und zeichnet sich schlicht durch die ihn begleitende Sicherheit aus.¹³⁴ Die weitere Aufteilung des Darlehens durch den CC in Gebrauchsleihen (*comodato*, Art. 1741 ff.) und Darlehen im engeren Sinne (*mutuo*) ist für die Zwecke dieser Arbeit nicht weiter wichtig.¹³⁵

Die Hauptpflicht des Darlehensnehmers besteht in der Rückzahlung der Darlehenssumme sowie der Zahlung von Zinsen, soweit welche vereinbart wurden, vgl. Art. 1753, 1754 CC i.V.m. Art. 1170 CC.¹³⁶ Die Fälligkeit dieses Rückzahlungsanspruchs ergibt sich zumeist – nach dem Grundsatz der Vertragsautonomie (Art. 1255 CC) – aus der Parteivereinbarung.¹³⁷ Neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens sichert die Hypothek auch die Zinsansprüche, soweit nichts anderes vereinbart ist, Art. 114, 146

¹³² *Lasarte*, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 10; genauer zu bedingten und künftigen Forderungen *Lacruz Berdejo*, *Elementos de Derecho Civil*, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 321 ff.

¹³³ *Bueso-Guillén*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, Bd. 2, ³2017, § 126, S. 2819 f.

¹³⁴ *Bueso-Guillén*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, Bd. 2, ³2017, § 126, S. 2819 f.

¹³⁵ Vgl. dazu etwa *Bueso-Guillén*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, Bd. 2, ³2017, § 126, S. 2819 f.

¹³⁶ Vgl. *Delgado Echevarria*, in: *Lacruz Berdejo*, *Elementos de derecho civil*, Vol. 2, ³1995, S. 184 f.; *Agüero Ortiz*, in: *ADICAE*, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (114).

¹³⁷ Vgl. *Agüero Ortiz*, in: *ADICAE*, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (114).

LH.¹³⁸ Hypothekarisch gesicherte Darlehensverträge sind dabei in der Regel Darlehensverträge mit langer Laufzeit, deren Raten in Monaten zu bezahlen sind.¹³⁹ Hypothekendarlehensverträge von Verbrauchern, die sie mit einer Bank zur Finanzierung eines Grundstücks (in der Regel der selbstgenutzten Immobilie) abschließen, sind zumeist standardisierte Formularverträge eben jener Bank.¹⁴⁰ Daraus folgt, dass die meisten Vereinbarungen zwischen Bank und Darlehensnehmer in den Anwendungsbereich der Klausel-RL fallen. Sie sind damit zugleich den Regeln aus LCGC und TRLCU zu allgemeinen Vertragsbedingungen und missbräuchlichen Klauseln unterworfen, die die Klausel-RL umsetzen.¹⁴¹

c) Form- und Eintragungserfordernisse

Zur Begründung einer Hypothek reicht die Willensübereinstimmung beider Parteien allein nicht aus. Vielmehr ist ein Übertragungs- oder vergleichbarer Akt (*acto traditorio*) erforderlich. Dieser Akt ist die Eintragung in das *Registro de la Propiedad*, das spanische Liegenschaftsregister, Art. 1875 CC, 145 LH.¹⁴²

Die Tatsache, dass die Eintragung in das Liegenschaftsregister für die Entstehung der Hypothek konstitutiv ist, stellt eine Ausnahme im spanischen Immobiliarsachenrecht dar.¹⁴³ So ist für die Übertragung von Eigentum an Grundstücken die Eintragung nicht konstitutiver Natur, Grundstückskaufvertrag (Erwerbstitel) und Übergabe (*modus acquirendi*) sind ausreichend, wobei in Spanien – dessen Rechtssystem ein dem deutschen vergleichbares Trennungsprinzip immanent ist¹⁴⁴ – sogar ein mündlich geschlossener

¹³⁸ *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 333.

¹³⁹ Vgl. *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, 2016, 113 (114).

¹⁴⁰ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 524.

¹⁴¹ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 528; dazu sogleich unten Kap. 2.

¹⁴² Vgl. etwa *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 42. *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 356.

¹⁴³ *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht, ⁴2018, § 12, S. 70.

¹⁴⁴ *Bickmann*, Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, S. 2.

Kaufvertrag formwirksam ist.¹⁴⁵ Die Eintragung führt aber dazu, dass sich Dritte nicht mehr auf ihren guten Glauben an das Grundbuch berufen können und hat insofern doch für die Parteien Bedeutung, Art. 32 LH, 606 CC.¹⁴⁶ Aus Gründen des Rechtsverkehrsschutzes wird die Richtigkeit des Registers vermutet, Art. 38 LH.

d) Verfügungsberechtigung

Die Errichtung einer Hypothek erfordert neben der Geschäftsfähigkeit auch die Berechtigung, über das fragliche Grundstück zu verfügen, Art. 1857 Nr. 3 CC.¹⁴⁷ Dies ist insofern logisch und notwendig, als die Errichtung der Hypothek zur Folge hat, dass bei Zahlungsausfall aus ihr vollstreckt werden kann, das Grundstück also verkauft wird und die Eigentumsverhältnisse an ihm geändert werden. Darüber hinaus muss der Besteller der Hypothek nach dem Wortlaut von Art. 1857 Nr. 2 CC nicht nur verfügungsberechtigt, sondern auch Eigentümer des Grundstücks sein.¹⁴⁸

2. Gesetzlich

Gesetzliche Hypotheken (*hipotecas legales*) dienen dem Ziel der Sicherung gesetzlicher oder vertraglicher Ansprüche des Staates oder bestimmter Personen. Sie wurden im Laufe der Zeit als Antwort auf die Erfordernisse insbesondere des Finanz- und Steuerrechtssystems eingeführt.¹⁴⁹ Eine gesetzliche Hypothek kann nur in den ausdrücklich im Gesetz geregelten Fällen entstehen, Art. 158 LH. Der Begünstigte hat lediglich einen Anspruch auf Eintragung der Hypothek, die für ihre Wirksamkeit zwingende Voraussetzung ist, Art. 159 LH. Die Hypothek entsteht allein aus dem Vorliegen eines fraglichen Tatbestands also noch nicht, Art. 1875 Abs. 2 CC, 158 LH.¹⁵⁰ Beispiele finden

¹⁴⁵ *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, ⁵2013, Art. 1875, S. 358; vgl. zur Funktion des Publizitätsprinzips bei Sachenrechten *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III, 2008, S. 332 ff.

¹⁴⁶ Ausführlich zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III, 2008, S. 519 ff.; vgl. auch *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht, ⁴2018, S. 48.

¹⁴⁷ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 644; *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 337.

¹⁴⁸ Vgl. auch *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 337.

¹⁴⁹ *Schröder*, Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz, 2008, S. 218.

¹⁵⁰ *Frank/Wachter*, Handbuch Immobilienrecht in Europa (2004), S. 1406 Rn. 85

sich in Art. 115, 168¹⁵¹, 195 LH, Art. 1805 CC¹⁵². Insofern ist zwischen der gesetzlichen Hypothek an sich und der Verpflichtung, eine solche zu errichten, zu unterscheiden. Einmal errichtet, erzeugt die gesetzliche Hypothek die gleichen Wirkungen wie die rechtsgeschäftlich begründete Hypothek, sofern die LH nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, Art. 161 LH.

Eine Sonderstellung nimmt die sogenannte „stille“ Hypothek (*hipoteca tácita, crédito privilegiado*) ein, Art. 194 LH, 78 LGT¹⁵³. Die Eintragung ins Eigentumsregister ist hier ausnahmsweise keine konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung. Die „stille“ Hypothek sichert Forderungen, die auf dem Grundstück lastende Abgaben oder Steuern zum Gegenstand haben. Sie hat zur Folge, dass die Forderungen der letzten zwei Jahre trotz Nichteintragung der Hypothek oder einer anderweitigen Publizität Vorrang vor allen anderen eingetragenen Rechten haben (Art. 194 LH, 271 RH).¹⁵⁴ Stille Hypotheken sind von der *Ley Hipotecaria* von 1861 fast zur Gänze abgeschafft worden. Verbliebene Ausnahmen bestehen zugunsten des Staates etwa in Art. 168 Nr. 6 LH, 194 LH, 271 RH, zugunsten der Versicherungsgeber in Art. 168 Nr. 7 LH und 196 LH, und zugunsten der Versammlung der Wohnungseigentümer (Art. 9 Abs. 1 lit. e LPH) sowie für Pfandbriefe und Schuldverschreibungen (Art. 12 Abs. 2, 13 Abs. 2 LMH).¹⁵⁵

IV. Belastungsgegenstand

Belastungsgegenstand konnten ursprünglich nur unbewegliche Gegenstände (*bienes inmuebles*) sowie veräußerbare Rechte sein, Art. 1874 CC, 106 LH. Grund hierfür war der Wunsch des historischen Gesetzgebers, eine klare Trennung zu schaffen zwischen dem Pfandrecht, dessen Belastungsgegenstand nur bewegliche Gegenstände sein kön-

¹⁵¹ Bestimmte Forderungen von Ehefrauen gegenüber ihren Ehemännern (Nr. 1), von Kindern gegenüber ihren Eltern (Nr. 3), des Staates (Nr. 5,6) und von Versicherungsgesellschaften (Nr. 7).

¹⁵² Vgl. STS 16.12.2010 (RJ 2011, 8).

¹⁵³ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁵⁴ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 647; Frank/Wachter, *Handbuch Immobilienrecht in Europa* (2004), S. 1406 Rn. 85.

¹⁵⁵ Rodríguez Mariscal, in: von Bar, *Sachenrecht in Europa*, Bd. 4 (2001), S. 532.

nen, und der Hypothek.¹⁵⁶ Mit Einführung einer Mobiliarhypothek durch die *Ley hipotecaria mobiliaria*, die auch bewegliche Sachen belasten kann, ist diese Unterscheidung jedoch hinfällig geworden. Der Gesetzgeber reagierte damit auf den Umstand, dass das Pfandrecht mit seinem Erfordernis des Besitzwechsels der gepfändeten Sache die nach der industriellen Revolution entstehenden Bedürfnisse nach einem Sicherungsmittel für sehr wertvolle bewegliche Gegenstände nicht bedienen konnte.¹⁵⁷ Für die Zwecke dieser Arbeit einzig wichtig bleiben indes Grundstücke als Belastungsgegenstand.

Aus Art. 1860 Abs. 5 CC lässt sich die Notwendigkeit entnehmen, dass die belastete Sache bestimmt sein muss (Spezialität dinglicher Sicherungsrechte).¹⁵⁸ Dies ist aus historischer Sicht keine Selbstverständlichkeit, wenn man sich vor Augen führt, dass Hypotheken nach früherem spanischem Recht auch allgemeiner Natur sein konnten, der Gläubiger sich also im Falle der Vollstreckung die Güter des Schuldners aussuchen konnte, die ihm etwa als am besten verwertbar erschienen, ohne dass sie vorher bestimmt worden wären.¹⁵⁹

V. Haftungsumfang

Der Haftungsumfang der Hypothek erstreckt sich wie im deutschen Recht auch auf Sachen, die nicht das Grundstück selbst sind. Art. 1877 CC bestimmt, dass sich die Hypothek auf den natürlichen Zuwachs, die hängenden Früchte und noch nicht empfangenen Renten erstreckt.¹⁶⁰ Darüber hinaus sind auch von Versicherern oder aufgrund einer Enteignung geschuldete Entschädigungen erfasst, soweit sich der Schadensfall nach Errichtung der Hypothek ereignet. Art. 109, 110 LH erweitern gar den Haftungsumfang, und erstrecken ihn auf wertverbessernde Maßnahmen (*mejoras*) wie neue Pflanzungen und bestimmte am Grundstück durchgeführte Arbeiten, zum Beispiel auch die Errichtung von Gebäuden.

¹⁵⁶ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 6.

¹⁵⁷ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 8; für Schiffe löste der spanische Gesetzgeber dies noch über die gesetzliche Fiktion, dass Schiffe unbeweglich sind.

¹⁵⁸ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 11.

¹⁵⁹ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 12.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa *Lacruz Berdejo*, *Elementos de Derecho Civil*, Bd. III, Teil II, ²1991, § 52, S. 353 f.

Kapitel 2: Spanisches Recht der Klauselkontrolle

Dieses Kapitel soll ein Bild von den wichtigsten Vorschriften des spanischen Rechts zur Kontrolle missbräuchlicher Klauseln zeichnen. Das ist wichtig, weil viele Fragen, bei denen der Hypothekenschuldner besonders schutzbedürftig scheint, durch die Parteien geregelt werden, und zwar in Form von AGB. Nicht zuletzt fußen die meisten EuGH-Urteile zum spanischen Recht auf der Klausel-RL – und damit mittelbar auch auf der Umsetzung der Richtlinie in der spanischen Rechtsordnung. Insofern ist für die Untersuchung des Schutzes des Hypothekenschuldners ein Verständnis vom Umgang der spanischen Rechtsordnung mit AGB unabdingbar. Ausgangspunkt ist dabei Art. 1255 CC als Ausfluss der auch in Spanien garantierten Privatautonomie.¹⁶¹ Er bestimmt, dass die Vertragsparteien grundsätzlich diejenigen Vereinbarungen, Klauseln und Bedingungen festlegen können, die sie für zweckmäßig halten. Doch wird der Vertrag unter Verwendung von AGB vielfach als eine Art von Vertragsschluss betrachtet, die von der allgemeinen des *Código Civil* verschieden ist.¹⁶²

I. Spanische Dichotomie: Wie arbeiten TRLCU und LCGC zusammen?

Das spanische Recht schützte Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln zunächst durch das Allgemeine Gesetz 26/1984 über den Schutz der Verbraucher und Benutzer (LCU)¹⁶³.¹⁶⁴ Zuvor gab es im spanischen Recht keine Regulierung der Kontrolle standardisierter Vereinbarungen.¹⁶⁵ Die LCU wurde sodann durch das Gesetz 7/1998 über allgemeine Geschäftsbedingungen (LCGC)¹⁶⁶ geändert. Mit ihm setzte der spanische

¹⁶¹ Vgl. etwa *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (67 f.).

¹⁶² So etwa STS, 8.9.2014, ECLI:ES:TS:2014:3903, FD 2.5; *Cuesta Rute*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, 291 (302 f.); *Platero Alcón/González González*, in: *Lex N° 20*, Año XV, 2017 (II), 183 (190); *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (71).

¹⁶³ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁶⁴ Vgl. etwa *Mato Pacín*, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, 2017, S. 135

¹⁶⁵ *Vela Torres*, in: *Revista de estudios jurídicos*, n° 18/ 2018, S. 2.

¹⁶⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Gesetzgeber gleichzeitig die Klausel-RL in spanisches Recht um.¹⁶⁷ Die LCU von 1984 schließlich hat eine umfassende Überarbeitung erfahren und wurde mit dem RDL 1/2007¹⁶⁸ (TRLUCU) neu gefasst.¹⁶⁹

Heute finden sich Regelungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen zum einen in den spezielleren Art. 80 bis 92 RDL 1/2007 (Zweites Buch, Titel 2) und zum anderen in der LCGC. Terminologisch unterscheidet der spanische Gesetzgeber (recht ausdrücklich) zwischen missbräuchlichen Klauseln (*cláusulas abusivas*) nach dem RDL 1/2007 (TRLUCU) und allgemeinen Geschäftsbedingungen (*condiciones generales de la contratación*) nach der LCGC.¹⁷⁰ Die Regelungen aus TRLUCU und LCGC überschneiden sich: während die LCGC grundsätzlich¹⁷¹ auf alle Verträge anwendbar ist, enthält das Verbraucherschutzgesetz ergänzende Regelungen für Verträge zwischen Unternehmern (Gewerbetreibenden) und Verbrauchern, Art. 59 Abs. 1 TRLUCU.¹⁷² In dem TRLUCU ist der Klauselbegriff hingegen weiter; er setzt nicht voraus, dass die Bestimmung für eine Vielzahl von Verträgen gedacht ist.¹⁷³ Der Verbraucherbegriff wird von Art. 3 TRLUCU legaldefiniert. Art. 59 Abs. 1 TRLUCU konkretisiert dabei Art. 2 TRLUCU und definiert Verbraucherverträge als solche zwischen einem Verbraucher oder Benutzer (*usuario*)

¹⁶⁷ Vgl. *Platero Alcón/González González*, in: *Lex N° 20*, Año XV, 2017 (II), 183 (190); vgl. auch die Präambel zur LCGC; zur Entstehungsgeschichte der LCGC *Mato Pacín*, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, 2015, S. 136 ff. m.w.N.; zur Umsetzung der Klausel-RL umfassend *Trillmich*, *Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG*, 2009, S. 88 f.

¹⁶⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU); *Vázquez Muiña*, *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, 2018, S. 140.

¹⁶⁹ Vgl. etwa *Vela Torres*, in: *Revista de estudios jurídicos*, n° 18/ 2018, S. 5.

¹⁷⁰ Vgl. auch *Platero Alcón/González González*, in: *Lex N° 20*, Año XV, 2017 (II), 183 (190), Fn.15; so auch die Präambel zur LCGC, nach der eine missbräuchliche Klausel zugleich eine AGB sein kann, aber nicht muss.

¹⁷¹ Der persönliche Anwendungsbereich setzt freilich voraus, dass der Klauselverwender ein Unternehmer ist, Art. 2 Abs. 1 LCGC; die Definition des Gewerbetreibenden in Art. 2 Abs. 2 LCGC entspricht der aus Art. 2 c) Klausel-RL.

¹⁷² Art. 2 TRLUCU legt den Anwendungsbereich des Gesetzes auf „Beziehungen“ („*relaciones*“) zwischen Unternehmern und Verbrauchern fest; die Vorschriften der LCGC bleiben parallel anwendbar, vgl. Art. 59 Abs. 3 TRLUCU.

¹⁷³ *Vela Torres*, in: *Revista de estudios jurídicos*, n° 18/ 2018, S. 5; *Fortea Gorbe*, *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, 2016, S. 519.

und einem Unternehmer. Einen Hinweis darauf, wie TRLCU und LCGC zusammenspielen, gibt Art. 59 Abs. 1 TRLCU. Nach ihm sind Verbraucherverträge, die allgemeine Vertragsbedingungen¹⁷⁴ enthalten, (zusätzlich) den Regelungen der LCGC unterworfen. Das Zusammenspiel von TRLCU, der alten Fassung der LCU und LCGC scheint allerdings nicht abschließend geklärt zu sein und noch dogmatische Fragen aufzuwerfen.¹⁷⁵

Das Verbraucherschutzgesetz hält dabei in Art. 82 Abs. 1 TRLCU eine Generalklausel sowie in Art. 82 Abs. 4, 85 bis 90 TLRCU verschiedene Kataloge oder „schwarze Listen“¹⁷⁶ an unwirksamen Klauseln bereit. Die LCGC hingegen formuliert in Art. 8 nur eine Generalklausel, die von der des Verbraucherschutzgesetzes abweicht und eine ungleich höhere Unwirksamkeitsschwelle definiert. So muss eine Klausel gem. Art. 8 Abs. 1 LCGC zum Nachteil des Klauselgegners entweder gegen die Vorschriften der LCGC oder gegen sonstige imperative oder Verbotsnormen verstoßen, soweit nicht diese Normen andere Rechtsfolgen für einen Verstoß begründen.¹⁷⁷ Die LCGC beschränkt sich ansonsten darauf, allgemeine Geschäftsbedingungen zu definieren (Art. 1), Einbeziehungsvoraussetzungen (Art. 5 und 7), Auslegungsregeln (Art. 6) und Rechtsfolgen der Unwirksamkeit (Art. 8-10) zu statuieren sowie die Möglichkeit bestimmter Kollektivklagen zu etablieren (Art. 12 ff.).¹⁷⁸

II. Charakteristika einer AGB und einer *cláusula abusiva*

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt sich nach allgemeiner Ansicht und entsprechend der Definition des Art. 1 LCGC aus folgenden Elementen zusammen:

¹⁷⁴ *Condiciones generales de la contratación.*

¹⁷⁵ Trillmich, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 411 ff.; bizarr wirkt etwa der Fortbestand des Verweises in Art. 8 Abs. 2 LCGC (und Art. 3 LCGC) auf die alte Norm Art. 10bis LCU.

¹⁷⁶ Vgl. Vela Torres, in: Revista de estudios jurídicos, n° 18/ 2018, S. 6.

¹⁷⁷ Vgl. dazu etwa Mato Pacín, Cláusulas abusivas y empresario adherente, 2015, S. 170 ff.; kritisch etwa Vela Torres, in: Revista de estudios jurídicos, n° 18/ 2018, S. 5 m.w.N., der konstatiert, dass die LCGC selbst keine wirkliche Inhaltskontrolle vorsieht.

¹⁷⁸ Zur Gesetzesstruktur auch Mato Pacín, Cláusulas abusivas y empresario adherente, 2015, S. 139.

Die Klausel muss vorformuliert (*predispuesta*) und auferlegt (*impuesta*) sowie mit der Absicht mehrfacher Verwendung benutzt worden sein.¹⁷⁹

Für die Eigenschaft der Vorformulierung ist es unerheblich, ob der Unternehmer als Verwender oder ein Dritter die Klausel erdacht hat.¹⁸⁰ Auferlegt ist eine Klausel, wenn sie nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde („*no negociada individualmente*“).¹⁸¹ Das wiederum ist der Fall, wenn sie im Vorhinein formuliert wurde und der Verbraucher ihren Inhalt nicht beeinflussen konnte.¹⁸² Der Charakter der Auferlegung entfällt nicht dadurch, dass der Verwender dem Verbraucher mehrere Angebote unterbreitet, diesem aber de facto keine Möglichkeit zur Verhandlung eingeräumt wird.¹⁸³ Dass eine Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt (mithin auferlegt) ist, vermutet Art. 82 Abs. 2 S. 2 TRLCU; der Unternehmer muss insofern das Gegenteil beweisen.¹⁸⁴

Für die Anwendung der Vorschriften der TRLCU und das Konzept der *cláusula (abusiva)* hingegen reicht es aus, dass die vertragliche Bestimmung nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, vgl. Art. 80 Abs. 1, 82 Abs. 1 TRLCU. Insgesamt ergeben sich jedenfalls für die Zwecke dieser Arbeit keine bedeutsamen Abweichungen zur Definition von AGB nach dem BGB – ein Umstand, der letztlich auch aus den Vorgaben der Klausel-RL folgt. Auch die Vorschriften zur Einbeziehung und Auslegung von AGB enthalten keine weiteren Besonderheiten; auf eine genauere Darstellung wird deshalb verzichtet.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Vgl. etwa *Mato Pacín*, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, 2015, S. 140 m.w.N.; aus der Rechtsprechung siehe nur SJM Madrid, 8.9.2011, Secc. 9^a, Roj: SJM M 95/2011, FD 2.6; ähnlich auch STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 7.2, Rn. 137.

¹⁸⁰ *Vela Torres*, in: *Revista de estudios jurídicos*, n° 18/ 2018, S. 6 f.

¹⁸¹ So ausdrücklich STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 2.3.

¹⁸² STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 147 unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 Klausel-RL sowie Rn. 165; SAP Madrid, Secc. 11^a, 21.2.2006, ECLI:ES:APM:2006:3540, FD 4 mit Verweis auf den TS; ausführlicher etwa *Carrasco Perera*, in: *Delgado Echeverría*, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, S. 184 f.; *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 72 f.

¹⁸³ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015, FD 3.2; STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 148.

¹⁸⁴ Die Norm setzt damit Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 Klausel-RL um; vgl. auch *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 80.

¹⁸⁵ Siehe dazu etwa *Mato Pacín*, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, 2015, S. 141 ff.

III. Zur Inhaltskontrolle nach dem TRLCU

Die für diese Arbeit wichtigen Vorschriften zur Inhaltskontrolle von Klauseln finden sich in dem TRLCU. Ziel der Inhaltskontrolle ist vor allem die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien vor dem Hintergrund einer Vertragssituation, in der das Vertrauen des Verbrauchers als ein Grundpfeiler der modernen Konsumgesellschaft leicht enttäuscht werden kann.¹⁸⁶ Zentral ist dabei zunächst die Generalklausel in Art. 82 Abs. 1 TRLCU.¹⁸⁷ Nach ihr sind missbräuchliche Klauseln alle nicht im Einzelnen ausgehandelten Bestimmungen und alle nicht ausdrücklich vereinbarten Praktiken, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers und Nutzers ein erhebliches Ungleichgewicht der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien verursachen.¹⁸⁸ Damit hat der spanische Gesetzgeber die wesentlichen Tatbestandselemente von Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL fast wortgleich übernommen.¹⁸⁹ Der Fall der nicht ausdrücklich zugestimmten Praktiken soll die Möglichkeit des Verwenders ausschließen, Gewohnheiten oder übliche Vorgehensweisen als vertragliche Regeln anzuwenden, auch wenn sie nicht in den Vertrag aufgenommen wurden.¹⁹⁰ Flankiert wird diese Generalklausel von verschiedenen Verbotstatbeständen, die Art. 82 Abs. 4 TRLCU aufzählt und die in Art. 85 bis 90 TRLCU genauer geregelt werden. Auf sie soll – soweit nötig – bei der Untersuchung der einzelnen Klauseln in Hypothekendarlehensverträgen genauer eingegangen werden. Gleiches gilt für die aus Art. 83 S. 2, 80 Abs. 1 TRLCU, Art. 5 Abs. 5, 7 b) LCGC folgenden Transparenzanforderungen. Entsprechend Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL bestimmt Art. 82 Abs. 3 TRLCU, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel beurteilt wird unter Berücksichtigung der Art der vertragsgegenständlichen Güter oder Dienstleistungen, aller den Vertragsschluss begleitenden Umständen sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrags oder eines anderen Vertrages, von dem der Vertrag abhängt.

¹⁸⁶ *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (70, 72).

¹⁸⁷ Vgl. dazu etwa *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (66 ff.).

¹⁸⁸ „Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.“

¹⁸⁹ So (auch für die Vorgängernorm Art. 10bis LCU) *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 72.

¹⁹⁰ *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (66).

Spanien hat dabei nicht Art. 4 Abs. 2 der Klausel-RL umgesetzt. Das lässt den Umkehrschluss zu, auch den Hauptgegenstand des Vertrages und das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffende Klauseln könnten auf ihre Missbräuchlichkeit überprüft werden.¹⁹¹ Die spanische Rechtsordnung würde in dieser Hinsicht ein höheres Schutzniveau etablieren, was angesichts der mindestharmonisierenden Gestaltung der Richtlinie auch möglich ist. Ob aber aus der Nichtumsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL tatsächlich ein größerer Prüfungsumfang folgt, ist umstritten.¹⁹²

IV. Rechtsfolgen bei Missbräuchlichkeit

Welche Rechtsfolgen sich aus der Missbräuchlichkeit einer Klausel ergeben, regelt Art. 83 TRLCU.¹⁹³ Die Norm hat sich seit ihrem Inkrafttreten 2007 zweimal geändert. Ursprünglich sah sie zum einen vor, dass missbräuchliche Klauseln nichtig waren und als nicht gestellt galten.¹⁹⁴ Zum anderen jedoch gewährte die Norm dem Richter eine nicht unerhebliche Gestaltungsmacht. Er konnte den Vertrag anpassen und darüber entscheiden, welche Folgen die Nichtigkeit der Klausel für die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien hat. Gleiches galt bei Gesamtnichtigkeit des Vertrags (wegen seiner Nachteilhaftigkeit für den Verbraucher) für die Folgen dieser Gesamtnichtigkeit. Der Richter konnte also durch Abänderung der Klausel den Inhalt des Vertrags anpassen.¹⁹⁵ Diese richterliche Gestaltungsmacht widersprach der Rechtsfolgenregelung für missbräuchliche Klauseln in Art. 6 Klausel-RL. Konsequenterweise kam der EuGH in seinem Urteil *Banco Español de Crédito* zum Befund der Richtlinienwidrigkeit der spanischen Regelung.¹⁹⁶ Daraufhin passte der spanische Gesetzgeber die Regelung mit Ley 3/2014¹⁹⁷ an die Rechtsprechung des EuGH an.¹⁹⁸ Hier findet sich also eine erste spani-

¹⁹¹ So auch SJM Málaga, Secc. 1ª, 20.12.2011, ECLI:ES:JMMA:2011:143, FD 5.

¹⁹² Ausführlich dazu unten Kap. 5 II 2 b).

¹⁹³ Die Art. 8-10 LCGC enthalten weitere – mitunter verschiedene – Rechtsfolgen für die Nichtigkeit einer AGB.

¹⁹⁴ Art. 83 TRLCU in der Fassung vom 30.11.2007, in Kraft bis 28.3.2014.

¹⁹⁵ Vgl. ausführlich dazu auch *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 332 ff.

¹⁹⁶ EuGH, 14.6.2012 Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*), Rn. 65, 73; bestätigt u.a. durch EuGH, 21.6.2017 Rs. C-421/14 (*Banco Primus*), Rn. 71.

¹⁹⁷ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

sche Reform, die durch die Judikatur des EuGH veranlasst war. Die Rechtsfolge, dass eine unwirksame Klausel nichtig ist, blieb dabei in Art. 83 Satz 1 TRLCU¹⁹⁹ bestehen. Der reformierte Art. 83 Satz 2 TRLCU erklärte sodann, dass der Richter die Nichtigkeit der missbräuchlichen Klauseln erklärt, und dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt, falls er ohne die Klauseln fortbestehen kann. Wann der Vertrag ohne eine Klauseln fortbestehen kann, regelt Art. 83 TRLCU (auch heute) nicht. Mit der achten Schlussbestimmung zur LCCI ergänzte der spanische Gesetzgeber Art. 83 TRLCU schließlich um einen zweiten Absatz.²⁰⁰ Er enthält die Regelung, dass auch einbezogene, aber intransparente Bedingungen zum Nachteil des Verbrauchers nichtig sind. Diese Anordnung wurde wortgleich auch in Art. 5 Abs. 5 LCGC eingefügt, der zuvor nur dazu verpflichtete, bei der Formulierung von Klauseln die Kriterien der Transparenz, Klarheit, Konkretheit und Einfachheit zu beachten. Die neu hinzugefügten Regelungen widersprechen bei erster Betrachtung Art. 7 b) LCGC, wonach Bedingungen nicht Bestandteil des Vertrages werden, wenn sie unleserlich, zweideutig, undurchsichtig oder unverständlich sind. Doch hat dies seine Bewandnis in dem dichotomen Verständnis der spanischen Rechtsordnung von Transparenz und ihrer Kontrolle.²⁰¹ Offensichtlich sollte mit der neuen Norm die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* gesetzlich verankert werden, wonach Klauseln auch materiell intransparent und aus diesem Grund unwirksam sein können.

¹⁹⁸ Zur neuen Fassung und zum Urteil *Martínez Espín*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 9/2014, 76 (81 ff.); *Carrasco Perera*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 3/2012, 145; vgl. auch *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (130 f.), der aufzeigt, dass die ursprüngliche Regelung auf einem falschen Verständnis der Klauselkontrolle als eine (rein) richterliche Kontrolle fußte.

¹⁹⁹ In der Fassung vom 28.3.2014, in Kraft bis 15.6.2019.

²⁰⁰ In der Fassung vom 16.3.2019, in Kraft ab 16.6.2019.

²⁰¹ Dazu ausführlicher unten Kap. 5 II 3 d).

3. Teil: Schutz des Hypothekenschuldners

Die folgenden Kapitel untersuchen unter verschiedenen Blickwinkeln, wie der Schuldner eines Hypothekendarlehensvertrages in der spanischen und deutschen Rechtsordnung geschützt wird. Zugleich will die Untersuchung vor allem aufzeigen, wie sich das spanische Hypothekenkredit- und Vollstreckungsrecht in den letzten Jahren entwickelt hat und in welchem Ausmaß der *Tribunal Supremo*, der EuGH und das europäische Sekundärrecht im Allgemeinen diese Rechtsentwicklung geprägt haben.

Kapitel 3: Verzugszinsen

Dieses Kapitel betrachtet zunächst die Regulierung von Verzugszinsen in Hypothekendarlehensverträgen nach spanischem Recht und vergleicht sie anschließend mit den Regelungen der deutschen Rechtsordnung. Seit 2013 haben sich in Spanien verschiedene Rechtsänderungen aufgetan, die sich insbesondere aus dem Umstand ergaben, dass Verzugszinsen zumeist in Geschäftsbedingungen der Banken gekleidet waren. Auch diese Rechtsänderungen sollen genauer in den Blick genommen werden. Die Berücksichtigung der alten Rechtslage ist dabei auch deshalb wichtig, weil die Regulierung *de lege lata* (unter III.) nicht ohne Weiteres für die zahlreichen noch bestehenden Altverträge gilt.

I. Entwicklung des Verzugszinses im spanischen Recht

In Spanien können die Parteien auch bei Hypothekenkrediten neben den ordentlichen Darlehenszinsen Zinsen für den Fall vereinbaren, dass der Darlehensnehmer mit der Rückzahlung des Darlehens in Verzug gerät. Bei einem Ratenkredit gerät der Darlehensnehmer in Verzug, wenn er die Zins- und Tilgungsrate am vereinbarten Stichtag nicht zahlt.²⁰² Der Darlehenszins entlohnt den Darlehensgeber für die Gewährung des

²⁰² Für das deutsche Recht etwa *Bunte*, in: NJW 2016, 1626 (ebenda).

Darlehens – darin liegt sein originärer Zweck.²⁰³ Der Verzugszins hingegen soll anderes leisten. Nach dem *Tribunal Supremo* verfolgt er vor allem zwei legitime Ziele. Einerseits soll er den Gläubiger dafür entschädigen, dass der Schuldner seine Leistung nicht zur vereinbarten Zeit – also verspätet – erbringt.²⁰⁴ Andererseits soll der höhere Verzugszins den Schuldner davon abschrecken, seine Leistung überhaupt erst verspätet zu erbringen.²⁰⁵ Der Verzugszinssatz hat im Kern also eine Abschreckungs- und Entschädigungsfunktion.

Dispositive²⁰⁶ Ausgangsnorm für Verzugszinsen ist im spanischen Recht Art. 1108 CC.²⁰⁷ Nach ihm können die Parteien selbst einen Verzugszins vereinbaren²⁰⁸; subsidiär setzt er den gesetzlichen Zinssatz als Ersatz für den dem Gläubiger entstandenen Schaden fest, wenn der Schuldner einer Geldschuld in Verzug gerät.²⁰⁹ Der gesetzliche Zinssatz wird jedes Jahr durch Gesetz bestimmt²¹⁰; in den letzten Jahren lag er zwischen 3 und 5,5 %.²¹¹ Problematisch ist, dass Art. 1108 CC keine Grenzen für die Höhe von Verzugszinsen festsetzt. Verbunden mit der in Art. 1255 CC gewährten Vertragsautonomie ergab sich ursprünglich die Möglichkeit, exorbitant hohe Zinsen zu vereinbaren.²¹² Die Verzugszinsen waren daher im Allgemein sehr hoch, sowohl für Privat- als

²⁰³ Vgl. etwa *Berrocal Lanzarot*, in: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 10 bis, 2019, 237 (240).

²⁰⁴ Vgl. STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, tercer motivo; STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 6.6; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 5.3.

²⁰⁵ Ebenda; vgl. auch SAP Córdoba, 20.6.2014, Secc. 1^a, ECLI:ES:APCO:2014:645, FD 3.

²⁰⁶ „[...] *no habiendo pacto en contrario* [...].“

²⁰⁷ Vgl. etwa *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 460; *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (144, 146).

²⁰⁸ „[...] *a falta de convenio* [...].“

²⁰⁹ So unter anderem STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, tercer motivo; *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (134).

²¹⁰ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.2.

²¹¹ Eine Auflistung der gesetzlichen Zinssätze der letzten Jahre findet sich unter https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_tipos_de_interes_legal.html.

²¹² *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (134); vgl. zur Vertragsfreiheit auch Art. 4 Abs. 1 Orden EHA/2899/2011 sowie m.w.N. *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 2018, S. 183 f.

auch für Hypothekendarlehen; oft lag der Verzugszins bei über 20 % pro Jahr.²¹³ Grenzen – wenn auch nur für bestimmte Verträge – setzten in der Folge Art. 114 Abs. 3 LH und (für Zinsklauseln) Art. 85 Abs. 6 TRLCU (unten I. 2 sowie II.1). Eine Begrenzung von Verzugszinsen auf das 2,5-fache des gesetzlichen Zinssatzes findet sich zwar in Art. 20 Abs. 4 der LCC²¹⁴, die Verbraucherkredite reguliert. Doch nimmt Art. 3 a) LCC hypothekarisch gesicherte Kredite ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich aus.²¹⁵

1. Rechtslage vor Reform durch Ley 1/2013

Zunächst betrachtete der *Tribunal Supremo* die Vertragsfreiheit als alleinigen Maßstab für die Vereinbarung von Verzugszinsen; konkrete Höchstzinsen setzten weder er noch das Gesetz fest. Die Vertragsparteien seien vielmehr – genau wie beim Darlehenszins – in der Vereinbarung von Verzugszinsen frei.²¹⁶ Es gab mithin schlicht keine gesetzliche Grenze für die Höhe von Verzugszinsen.²¹⁷ Der *Tribunal Supremo* stützte diesen Befund vor allem auf die in Art. 1255 CC verankerte Willensautonomie der Parteien.²¹⁸ Das führte dazu, dass dieselben nicht selten exorbitant hohe Verzugszinsen festlegten.²¹⁹ Einzige Grenze war Art. 1 i.V.m Art. 3 Ley de Usura²²⁰, der bei wucherhaften Zinsen die Nichtigkeit des Darlehensvertrags anordnet. Maßstab sind dabei gem. Art. 1 Ley de Usura der sonst übliche Zinssatz sowie die Umstände des Einzelfalles.²²¹ Mangels gesetzlicher Regelung entwickelten verschiedene erst- und zweitinstanzlichen Gerichte

²¹³ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.4; ähnlich *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 57.

²¹⁴ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

²¹⁵ Vgl. auch *Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo*, in: *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 31, 2013, S. 9.

²¹⁶ Siehe etwa STS, 22.2.2013, ECLI:ES:TS:2013:867, FD 2.

²¹⁷ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.2.

²¹⁸ STS, 22.2.2013, ECLI:ES:TS:2013:867, FD 2.

²¹⁹ Vgl. *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (135).

²²⁰ Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

²²¹ So auch STS, 22.2.2013, ECLI:ES:TS:2013:867, FD 2.

Kriterien für die Frage, wann Verzugszinsen missbräuchlich sein sollen.²²² Doch waren diese Kriterien heterogen, ihre Beachtung war freiwillig und ihre Geltung räumlich begrenzt, etwa auf bestimmte Gerichte.²²³ Es liegt auf der Hand, dass ein solches Gebilde keine Rechtssicherheit schaffen konnte.²²⁴

2. Art. 114 Abs. 3 LH als neue (und erste) Grenze

Die von den Kreditgeber vorgegebenen hohen Verzugszinsen begleitete ein auch durch die Folgen der Finanzkrise befeuertes, wachsendes Unverständnis der Betroffenen und der Gerichte.²²⁵ Dies veranlasste schließlich den JM Barcelona²²⁶ (unter anderem) zu einer Vorlage beim EuGH. Dessen Urteil in der Rechtssache *Aziz* änderte nicht nur die Kündigungsvoraussetzungen für Darlehen sowie die Einspruchsgründe in der Vollstreckung²²⁷; es führte jedenfalls mittelbar auch zu einer Begrenzung des Spielraums der Vertragsparteien in der Festlegung von Verzugszinsen.

Der Darlehensvertrag des Ausgangsfalls vor dem JM Barcelona enthielt eine Klausel, die den Verzugszins auf 18,75 % festsetzte. Bei Fälligkeit der Darlehensraten war keine weitere Zahlungsaufforderung durch die Bank nötig, damit diese Verzugszinsen anfallen. Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Verzugszinsen begehrte das JM Barcelona eine Erläuterung von Art. 3 Abs. 1 und 3 sowie des Anhangs der Klausel-RL. Zweifel kamen vor allem deshalb auf, weil solch hohe Verzugszinsen bei klassischen Verbraucherkrediten nicht möglich sind; bei Immobiliarkrediten gebe es hingegen keine klaren gesetzlichen Grenzen.²²⁸ Zur Auslegung der Klausel-RL in Bezug auf die Verzugszinsklauseln stellte der EuGH sodann im Wesentlichen zwei Parameter auf. Zum

²²² Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.5; vgl. auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (142 f.); *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19/2016, 209 (212); Vereinbarungen nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz* finden sich beispielsweise bei *Agüero Ortiz*, *Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas*, abrufbar unter: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/acuerdosCAbusivas.pdf>; vergleichbare Kriterien wurden auch bei Darlehen ohne Realsicherheit entwickelt, vgl. *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 14/2015, 262 (262 f.).

²²³ Ebenda.

²²⁴ So auch ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.7.

²²⁵ Vgl. *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (135).

²²⁶ AJM Barcelona, 19.7.2011, Secc. 3ª, ECLI:ES:JMB:2011:81A.

²²⁷ Dazu unten Kap. 4 I 2 a) sowie Kap. 6 V 2 d) aa).

²²⁸ AJM Barcelona, 19.7.2011, Secc. 3ª, ECLI:ES:JMB:2011:81A.

einen müsse das nationale Gericht die Vorschriften untersuchen, die anwendbar wären, wenn der Vertrag keine Vereinbarung zu Verzugszinsen enthielte.²²⁹ Zum anderen sei ein Vergleich des vereinbarten mit dem gesetzlichen Zinssatz opportun. Aus diesem Vergleich ergebe sich, ob der Verzugszinssatz der Klausel geeignet und erforderlich ist für die Ziele, die die nationale Rechtsordnung mit Verzugszinsen verfolgt.²³⁰

Diese Auslegung der Klausel-RL durch den EuGH machte eine Änderung der Rechtslage für den spanischen Gesetzgeber zwar nicht unmittelbar notwendig.²³¹ Doch war das Urteil in der Rechtssache *Aziz* insgesamt ein Reformanstoß für den spanischen Gesetzgeber. Während einige Reformen wegen der Europarechtswidrigkeit bestimmter Teile der Rechtsordnung nötig waren, ergab sich die Dringlichkeit der weiteren Maßnahmen schlicht aus dem teils maroden Zustand des Schuldnerschutzes, der sich in den Folgen der Finanzkrise manifestierte. Zumindest teilweise hat der spanische Gesetzgeber dabei das Kriterium des EuGH berücksichtigt, in welchem Verhältnis vereinbarter und gesetzlicher Zinssatz stehen.²³²

Die Reform der Verzugszinsen enthielt eine erstmalige Begrenzung derselben durch den neu eingefügten Art. 114 Abs. 3 LH.²³³ Regelungen zum Umgang mit Altverträgen enthält die zweite Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013. Art. 114 Abs. 3 LH in der Fassung durch Ley 1/2013 sah nunmehr vor, dass die Verzugszinsen bei Hypothekarkrediten zur Finanzierung der Hauptwohnung (*vivienda habitual*)²³⁴ nicht mehr als das Dreifache²³⁵ des gesetzlichen Zinssatzes betragen dürfen.²³⁶ Sie dürfen sich zudem nur auf

²²⁹ EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11 (*Aziz*), Rn. 74.

²³⁰ Ebenda; *Micklitz* erkennt, dass der EuGH hier das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf private Rechtsbeziehungen anwendet, in: FS Stuyck, 2013, 639 (647).

²³¹ Während der EuGH auf die alleinige Kompetenz der nationalen Gerichte zu Prüfung der Missbräuchlichkeit der Klausel verweist, scheine das Urteile laut *Alcalá Díaz* anzudeuten, dass die Verzugszinsen im konkreten Fall missbräuchlich seien, in: La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 156; *Adán Domènech* spricht von einer notwendigen Begrenzung der Verzugszinsen, in: Revista de Derecho Civil, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (135).

²³² Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 155 f.

²³³ In der Fassung vom 15.5.2013, hinzugefügt durch Art. 3 Abs. 2 Ley 1/2013.

²³⁴ Art. 21 Abs. 3 LH enthält die widerlegbare Vermutung, dass das Grundstück auch zur Zeit der Vollstreckung noch der Hauptwohnsitz des Schuldners ist, wenn dies ursprünglich in der Hypothekenbestellungsurkunde festgehalten wurde, vgl. unten Kap. 6 IV 2.

²³⁵ Kritisch zur Höhe dieser Grenze *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (149).

noch ausstehende Kreditraten beziehen.²³⁷ Außer in den Fällen des Art. 579 Abs. 2a) LEC gilt ferner ein striktes Kapitalisierungsverbot, Art. 114 Abs. 3 S. 2 LH. Damit waren nicht alle hypothekarisch gesicherten Verbraucherkredite von der Norm erfasst, sondern nur solche, die der Finanzierung des Hauptwohnsitzes dienten.²³⁸ Für alle anderen Darlehensverträge (vor allem solche ohne die gewöhnliche Wohnung als Finanzierungsobjekt) galt weiter Art. 1108 CC.²³⁹

Die zweite Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013 beschränkt die Geltung von Art. 114 Abs. 3 LH zum einen auf Hypotheken, die nach dem Inkrafttreten von Ley 1/2013 bestellt werden. Art. 114 Abs. 3 LH gilt zum anderen aber auch für die künftigen oder schon fälligen, aber noch nicht gezahlten Verzugszinsen von Verträgen, die vor der Reform geschlossen wurden.²⁴⁰ Für bereits eingeleitete und bis zur Reform nicht beendete Vollstreckungen und außergerichtliche Verkäufe, in denen der Vollstreckungsbetrag schon festgelegt wurde, sieht die Übergangsbestimmung schließlich eine weitere Regelung vor. Nach ihr räumt der Justizsekretär²⁴¹ den Gläubigern in diesen Fällen eine Frist von zehn Tagen ein, damit sie den Vollstreckungsbetrag neu berechnen, und zwar unter Berücksichtigung der neuen Grenze aus Art. 114 Abs. 3 LH. In der Folge zweifelte das JPII Marchena daran, ob diese vom Gesetzgeber vorgesehene Anpassung zu hoher Verzugszinsen mit der Nichtigkeitssanktion aus Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL vereinbar ist.²⁴² Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn sie dem Klauselverwender die Chance eröffnet, der Einschätzung der Missbräuchlichkeit seiner Klausel zu entrinnen. Wie der EuGH indes klargestellt hat, ist diese Neuberechnung der Verzugszinsen mit der Klau-

²³⁶ Aus der Zweckbestimmung der Finanzierung des Hauptwohnsitzes folgt gleichzeitig, dass der Kreditnehmer Verbraucher ist, vgl. *Marín López*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 13/2015, 27 (35).

²³⁷ Dazu auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 3/2015, S. 885 und 895 ff.

²³⁸ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 157.

²³⁹ *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (137 f.).

²⁴⁰ Vgl. dazu etwa *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 465 f.

²⁴¹ Im Falle eines (auch von der Übergangsbestimmung erfassten) außergerichtlichen Verkaufs tritt an die Stelle des Justizsekretärs der Notar.

²⁴² Vgl. *AJPII Marchena*, 12.8.2013, Secc. 2ª, ECLI:ES:JPII:2013:21A, FD 5; ähnliche Zweifel hinsichtlich der Rechtsfolgen der zweiten Übergangsbestimmung bei *AJPI Santander*, 19.11.2013, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2013:31A, FD 4.

sel-RL vereinbar, soweit sie dem Gericht nicht die Möglichkeit nimmt, die Klausel zur Festlegung der Verzugszinsen dennoch für missbräuchlich zu befinden.²⁴³ Die Tatsache der Neuberechnung darf also die Würdigung der Missbräuchlichkeit der Klausel nicht verhindern. Gleichzeitig darf sie ihr auch nicht vorgreifen – dass der Verzugszins einer Klausel unter der Grenze der zweiten Zusatzbestimmung liegt, mithin nicht neu berechnet wird, enthebt nicht von einer Prüfung der Missbräuchlichkeit der Klausel.²⁴⁴ Dies ist der spanischen Regierung zufolge schon insoweit nicht der Fall, als der Anwendungsbereich von Klausel-RL und Ley 1/2013 verschieden sind.²⁴⁵ Auch der Wortlaut der Übergangsbestimmung schließt eine Würdigung der Missbräuchlichkeit der Verzugszinsklausel nicht aus. Die Norm muss mithin richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass sie eine Inhaltskontrolle weder vorwegnimmt noch ausschließt.

II. Verzugszinsen und missbräuchliche Klauseln

Welche Folgen ein Leistungsverzug des Schuldners haben soll – insbesondere also die Höhe des Verzugszinses –, vereinbarten die Parteien in Spanien in der Regel privatautonon mittels AGB.²⁴⁶ Anwendbare Regeln für Verzugszinsklauseln sind im spanischen Recht wiederum jene aus TRLCU und LCGC. Für eine Inhaltskontrolle von Verzugszinsklauseln besonders wichtig ist (neben der Generalklausel aus Art. 82 Abs. 1 TRLCU) Art. 85 Abs. 6 TRLCU als Teil der Liste missbräuchlicher Klauseln in Art. 85 TRLCU.²⁴⁷ Er setzt den Anhang I e) der Klausel-RL in das spanische Recht um.²⁴⁸ Nach seinem Tatbestand sind solche Klauseln missbräuchlich, die dem Verbraucher

²⁴³ EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 36, 41; vgl. dazu auch *Marín López*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 13/2015, 27.

²⁴⁴ EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 40; dazu auch unten II 1.

²⁴⁵ Vgl. EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 36.

²⁴⁶ Soweit bei der Betrachtung des spanischen Rechts von AGB gesprochen wird, sind die *condiciones generales de la contratación* nach der LCGC bzw. *cláusulas abusivas* nach dem TRLCU gemeint.

²⁴⁷ Vgl. auch *Lyczkowska*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 5/2013, 103 (105 f.); ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 5.1.

²⁴⁸ Vgl. auch *AJM Barcelona*, 19.7.2011, Secc. 3^a, ECLI:ES:JMB:2011:81A.

oder Nutzer bei einer Pflichtverletzung einen unverhältnismäßig hohen Entschädigungsbetrag auferlegen.²⁴⁹ Die Rechtsfolge ist im – Gegensatz zum Vorbild aus der Klausel-RL – jedoch immer die Missbräuchlichkeit der Klausel ohne weitere Wertungsmöglichkeit. Wichtig war der Tatbestand vor allem für jene hypothekarisch gesicherten Verbraucherverträge, die einen anderen Zweck als die Finanzierung des Eigenheims hatten und für die Art. 114 Abs. 3 LH a.F. deshalb nicht galt.²⁵⁰ Für solche Fälle könnten die Grenzen aus Art. 114 Abs. 3 LH indes als Indikator einer Unverhältnismäßigkeit benutzt werden.²⁵¹

1. Verhältnis von Inhaltskontrolle und Art. 114 Abs. 3 LH

Was das Verhältnis der Inhaltskontrolle nach Art. 82 ff. TRLCU und des durch Ley 1/2013 eingeführten Art. 114 Abs. 3 LH betrifft, hat die spanische Rechtsordnung wiederum eine durch den *Tribunal Supremo* und den EuGH geprägte Entwicklung genommen. Art. 114 Abs. 3 LH a.F. hindert den Rechtsanwender nicht daran, eine mit der Vorschrift vereinbare Klausel dennoch auf ihre Missbräuchlichkeit (etwa im Sinne von Art. 85 Abs. 6 TRLCU) zu überprüfen.²⁵² Nationale Gerichte sind zu dieser Prüfung gar verpflichtet.²⁵³ Diese Erkenntnisse entsprangen ursprünglich jedoch nicht der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*. Er folgte vielmehr der Judikatur des EuGH, welche wiederum auf Vorlagefragen spanischer Gerichte gründete und Art. 114 Abs. 3 LH sowie die zweite Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013 zum Ausgang hatte.²⁵⁴ Aus der Konformität mit Art. 114 Abs. 3 LH folgt also nicht automatisch, dass die betreffende Klausel einer Inhaltskontrolle standhält. Der in der Klausel vereinbarte Verzugszins kann gar unter der Grenze aus Art. 114 Abs. 3 LH liegen und die Klausel dennoch

²⁴⁹ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.1.

²⁵⁰ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 157.

²⁵¹ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 157.

²⁵² STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2.3; STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 2.6; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, segundo motivo, FD 5.2.

²⁵³ Siehe zur ex-officio-Prüfung von Klauseln Kap. 6 V 5.

²⁵⁴ EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 42, 46; bestätigend EuGH, 17.3.2016, Rs. C-613/15 (*Ibercaja Banco*), Rn. 33; zur zweiten Übergangsbestimmung von Ley 1/2013 auch schon EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 40.

missbräuchlich sein.²⁵⁵ In der Folge betrachtete der *Tribunal Supremo* den in Art. 114 Abs. 3 LH festgelegten Höchstzinssatz daher vielmehr als eine Art Vorprüfung, auch um schon auf der Ebene notarieller und grundbruchrechtlicher Kontrolle sicherzustellen, dass keine Verzugsklauseln mit einem höheren Zinssatz Einzug in den Vertrag finden.²⁵⁶ Auch die Neuberechnung der Verzugszinsen, die die zweite Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013 vorsieht, darf eine Inhaltskontrolle durch das Gericht nicht vorwegnehmen und – im Falle der Missbräuchlichkeit der Klausel – ihre Nichtanwendung nicht verhindern.²⁵⁷ Schlussendlich präsentierte sich die im Kern gleiche Frage in zwei verschiedenen Fällen: die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel ist unbedingt – sie kann weder von der Vereinbarkeit der Klausel mit Art. 114 Abs. 3 LH abhängen noch von einer etwaigen Neuberechnung der Verzugszinsen durch eine gesetzliche Übergangsbestimmung.

2. Die 2 %-Grenze des *Tribunal Supremo*

Die Beachtung der Grenze aus Art. 114 Abs. 3 LH (a.F.) verspricht also keine Wirksamkeit der Klausel; vielmehr soll die Grenze eine Art Vorprüfungsfunktion übernehmen. Doch führte der *Tribunal Supremo* in der Folge diesen Zweck ad absurdum, und zwar mit seiner Rechtsprechung, wann Verzugszinsklauseln in jedem Fall missbräuchlich sein sollen. Danach sei ein Verzugszins immer dann missbräuchlich, wenn er jedenfalls zwei Prozent über dem vereinbarten ordentlichen Zinssatz liege.²⁵⁸ Diese zunächst auf persönliche Darlehen beschränkte Rechtsprechung übertrug der *Tribunal Supremo*

²⁵⁵ STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 2.6; vgl. auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (138).

²⁵⁶ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2.8; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, tercer motivo.

²⁵⁷ EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 42, 46; dazu oben Kap. 3 I 2.

²⁵⁸ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 4.7 und STS, 8.9.2015, ECLI:ES:TS:2015:3829, FD 3.10 für persönliche Darlehen; lobend zum Urteil vom 22.4.2015 (und kritisch zur spanischen Rechtslage) etwa *Cuesta Rute*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, 291 (302 f.); kritisch *María Miquel*, in: *INF III/17*, 130 (145 f.); *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 14/2015, 262 (274).

in seinem Urteil vom 3. Juni 2016 auf hypothekarisch gesicherte Darlehen.²⁵⁹ Eine Rechtfertigung dafür ergebe sich im Wesentlichen aus zwei Betrachtungen. Erstens entferte sich jeder höhere Verzugszins zu weit von den dispositiven Vorschriften, die die Rechtsordnung vorsieht.²⁶⁰ Zweitens könne der Unternehmer bei loyalen und billigem Verhalten gegenüber dem Verbraucher nicht erwarten, dass dieser sich nach individuellen Verhandlungen auf eine Klausel mit einem höheren Verzugszins einlässt.²⁶¹ Die Doktrin des *Tribunal Supremo* führte also dazu, dass die spanische Rechtsordnung nun doch eine starre Grenze von zwei Prozent über dem ordentlichen Zinssatz für Verzugszinsen hatte – scheinbar entgegen der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Aziz*. Die Rechtsprechung kann insofern als Ausfüllung des Tatbestands von Art. 85 Abs. 6 TRLCU gelesen werden (dazu oben II.). Eine unverhältnismäßig hohe Entschädigungspflicht liegt danach jedenfalls vor, wenn der Verzugszins den ordentlichen Zins um zwei Prozent übersteigt. Die Wert von zwei Prozent über dem Darlehenszinssatz entspringt und entspricht dabei der Grenze aus Art. 576 LEC, der einen prozessualen Verzugszins ab der erstinstanzlichen Entscheidung in einer Rechtssache vorsieht.²⁶² Die vom Gesetzgeber in Art. 114 Abs. 3 LH (a.F.) festgesetzte Grenze sei demnach nur für solche Tatbestände wichtig, die außerhalb von Verbraucherverträgen mit AGB liegen.²⁶³

Insgesamt muss diese pauschale Festlegung durch den *Tribunal Supremo* kritisiert werden. Eine Festlegung von Höchstgrenzen durch die Rechtsprechung auch für abstrakte

²⁵⁹ STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 2.7.; angedeutet schon in STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2.8 und STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, tercer motivo; ausdrücklich auch in Bezug auf die 2 %-Grenze ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.17; vgl. zum Urteil vom 3.6.2016 auch *Martínez Espín*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 22/2017, 108 (110 ff.); *Agüero Ortiz*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 19/2016, 209 (210 ff.); ausführlich auch zu den Entscheidungen der Vorinstanzen *Díaz Fraile*, in: Revista de Derecho Civil, Vol. V, núm. 2, 2018, 293 (297 f.).

²⁶⁰ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 4.5; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.16.

²⁶¹ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 4.4 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-415/11 (*Aziz*), dort Rn. 69; STS, 8.9.2015, ECLI:ES:TS:2015:3829, FD 3.10; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.16.

²⁶² Vgl. auch *Díaz Fraile*, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2018, 147 (154); *Adán Domènech*, in: Revista de Derecho Civil, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (143).

²⁶³ STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 3.8.

Verbotstatbestände mag zwar sinnvoll sein und Rechtssicherheit bieten.²⁶⁴ Doch ist die Höchstgrenze für die Vielzahl von Verträgen und möglichen Vereinbarungen dennoch zu pauschal und mitunter auch zu tief. Sie verhindert insbesondere, dass die Missbräuchlichkeit der Klausel untersucht wird unter Berücksichtigung aller den Vertragsschluss begleitenden Umstände und auch der übrigen Klauseln, wie es Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL und Art. 82 Abs. 3 TRLCU fordern.²⁶⁵ Eine andere Klausel des Vertrags etwa könnte für den Verbraucher besonders vorteilhaft sein und so bewusst die Höhe des Verzugszinses kompensieren. Ironischerweise beschränkt der *Tribunal Supremo* in seinem Urteil vom 22.4.2015 seine Rechtsprechung noch ausdrücklich auf persönliche Darlehen, weil Hypothekendarlehen anders behandelt würden und besondere Probleme mit sich brächten.²⁶⁶ Der *Tribunal Supremo* gesteht außerdem selbst ein, dass die ordentlichen Zinsen – die nach ihm den Anknüpfungspunkt bilden – bei Darlehen ohne Realsicherheit in der Regel beträchtlich höher sind.²⁶⁷ Das hat das Ergebnis zur Folge, dass der Darlehensgeber teils wesentlich höhere Verzugszinsen vereinbaren kann, wenn das Darlehen nicht gesichert ist. Weil die Hauptzinsen bei Immobiliendarlehen in der Regel wesentlich niedriger sind, kann die Grenze den Darlehensgeber daran hindern, einen Verzugszins zu vereinbaren, der seiner Abschreckungsfunktion gerecht wird.²⁶⁸ Schließlich wirkt es widersprüchlich, sich bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klausel alleine an der Abweichung vom Darlehenszinssatz zu orientieren, wenn die Rechtsordnung selbst in Art. 114 Abs. 3 LH (a.F.) eine Orientierung (nur) am gesetzlichen Zinssatz vorsieht. Fraglich bleibt auch, wie eine Rechtsprechung Rechtssicherheit schaffen soll, wenn sie gar keinen Bezug zum gesetzlichen Leitbild in Art. 114 Abs. 3

²⁶⁴ Vgl. STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 3.7.

²⁶⁵ Darauf verweist auch *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19/2016, 209 (214).

²⁶⁶ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 4.1; vgl. zu diesem Widerspruch auch *Díaz Fraile*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2018, 147 (155); *ders.*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 2, 2018, 293 (304).

²⁶⁷ STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 3.7.

²⁶⁸ Kritisch mit Blick auf die fehlende Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu persönlichen Darlehen auch *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19/2016, 209 (213), der darauf aufmerksam macht, dass infolgedessen der Verzugszins bei Immobiliendarlehen mit variablem Zinssatz mitunter den gesetzlichen Zinssatz unterschreiten kann.

LH²⁶⁹ herstellt, das jedenfalls suggeriert, die dort festgesetzte Grenze könne auch in einer Klausel wirksam vereinbart werden. Art. 114 Abs. 3 LH muss sich zudem der Frage seiner Sinnhaftigkeit ausgesetzt sehen, wenn ohnehin alle Verzugszinsklauseln schon an der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* scheitern – in den meisten Fällen, in denen Art. 114 Abs. 3 LH überhaupt anwendbar ist, liegen Klauseln vor, die den Verzugszins regeln. Die eigens durch den *Tribunal Supremo* attestierte Vorprüfungsfunktion verliert so jedenfalls ihren Sinn.²⁷⁰ *Agüero Ortiz* kritisiert außerdem, dass die Grenze des *Tribunal Supremo* der Willkür des Darlehensgebers unterliegt, denn dieser bestimmt letzten Endes den Darlehenszinssatz und somit mittelbar auch die Höhe des Verzugszinses.²⁷¹ Außerdem übersehe der *Tribunal Supremo*, dass es – anders als bei persönlichen Darlehen – bei Immobiliendarlehen mit Art. 114 Abs. 3 LH sehr wohl eine gesetzliche Grenze für Verzugszinsen gebe.²⁷² Kritisiert wird auch, dass der *Tribunal Supremo* mit der Festsetzung einer starren Grenze de facto die Aufgabe des Gesetzgebers übernimmt.²⁷³

Der *Tribunal Supremo* rechtfertigt seine (pauschale) Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit von Verzugszinsen in dem späteren Vorlagebeschluss zum EuGH mit der Notwendigkeit einer schnellen und einheitlichen Doktrin, um der Rechtsunsicherheit Herr zu werden, die durch die Vielzahl verschiedener angewandter Kriterien durch unterinstanzliche Gerichte hervorgerufen wurde.²⁷⁴ Auch hier offenbarte sich mithin ein Missstand der spanischen Rechtsordnung, hervorgerufen durch eine unzureichende Regulierung von Verzugszinsen.

²⁶⁹ Genau genommen folgt das Leitbild sogar – legte man das dispositive Recht zugrunde – aus Art. 1108 CC; Art. 114 Abs. 3 LH tritt nicht an die Stelle einer unwirksamen Klausel, weil er eine Vereinbarung voraussetzt; siehe dazu *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (144, 146).

²⁷⁰ So auch *Díaz Fraile*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2018, 147 (156)

²⁷¹ *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19/2016, 209 (212).

²⁷² *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19/2016, 209 (213).

²⁷³ So *Gomá Lazón*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2018, 89 (98): der TS reagiere angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers, indem er selbst Regeln setzt.

²⁷⁴ ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 4.3.

3. Zweifel an der Rechtsprechung

Mehrere unterinstanzliche Gerichte äußerten ihre Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* durch Vorlagefragen vor dem EuGH.²⁷⁵ Der *Tribunal Supremo* griff diese Zweifel auf und legte dem EuGH die Fragen selbst noch einmal vor, um selbst darzulegen, welche Gründe ihn zu seiner Judikatur bewogen haben.²⁷⁶ Dabei betonte er sein mit der Festsetzung der Grenze von 2 % über dem Hauptzinssatz verfolgtes Ziel, Rechtssicherheit herzustellen angesichts der vielen unterschiedlichen Kriterien, die die unterinstanzlichen Gerichte verwendet hatten.²⁷⁷ Inhaltlich ging es in den Vorlageverfahren mithin primär um die Frage, ob die Festsetzung einer Grenze von zwei Prozent über dem ordentlichen Zins für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel gegen die Klausel-RL verstößt.²⁷⁸ Der EuGH entschied in der Rechtssache *Banco Santander*, dass eine solche Rechtsprechung mit der Klausel-RL vereinbar sei.²⁷⁹ Die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* sei zwar keine strengere Bestimmung im Sinne des Art. 8 Klausel-RL, der den mindestharmonisierenden Charakter der Richtlinie verankert.²⁸⁰ Doch steht die Rechtsprechung im Einklang mit dem Verbraucherschutz als Ziel der Richtlinie.²⁸¹ Es ginge der Richtlinie dabei weniger darum, das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten der Parteien wiederherzustellen, als zu verhindern, dass ebendort ein Ungleichgewicht zulasten des Verbrauchers entsteht.²⁸² Entscheidend ist dabei auch, dass es den spanischen Gerichten unbenommen bleibt, eine Verzugszinsklausel für missbräuchlich zu erklären, obwohl das Kriterium des *Tribunal Supremo* nicht erfüllt ist.²⁸³ Mit anderen Worten erlaubt die Rechtsprechung weiterhin, dass eine Verzugszinsklausel missbräuchlich sein kann, obwohl der Verzugszinssatz den Darlehenszinssatz nicht um zwei Prozentpunkte übersteigt. Das Urteil folgt einer schon in früheren Urteilen zu erkennenden Tendenz des EuGH. Während er zunächst das Ziel der Richtlinie betont hatte, ein tatsächliches Gleichgewicht

²⁷⁵ Siehe insbesondere den Vorlagebeschluss des JPI Barcelona, 2.2.2016, Secc. 38^a, ECLI:ES:JPI:2016:15A; vgl. auch ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 4.4.

²⁷⁶ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 4.5.

²⁷⁷ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 5.12.

²⁷⁸ Vgl. den Tenor in ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A.

²⁷⁹ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 71.

²⁸⁰ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 69.

²⁸¹ Ebenda.

²⁸² Ebenda.

²⁸³ Vgl. EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 61.

zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien herzustellen, wird in seinen Urteilen der Schutz des Verbrauchers vor einem Ungleichgewicht immer wichtiger. Diese Ziele schließen sich natürlich nicht aus, sie sind aber auch nicht deckungsgleich. Ob man dem Urteil des EuGH zustimmt oder nicht – der Brisanz der Entscheidung hat der spanische Gesetzgeber jedenfalls für künftige Verträge den Wind aus den Segeln genommen, indem er Art. 114 Abs. 3 LH neu gefasst hat (dazu sogleich unter III.).

4. Missbräuchlichkeit und geltungserhaltende Reduktion

Auch die Rechtsfolgen, die sich aus der Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel ergeben, wurden für die spanische Rechtsordnung erst durch ein Zusammenspiel zwischen *Tribunal Supremo* und EuGH (als Reaktion auf eine spanische Vorlagefrage) klargestellt.

a) Uneinigkeit unterinstanzlicher Gerichte

Zunächst war die Frage ungeklärt, welche Rechtsfolgen die Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel für den Vertrag haben sollte. Sollte ein gesetzlicher Verzugszins ergänzend Anwendung finden oder der Schuldner schlicht gar keinen Verzugszins zahlen müssen? Die Frage wurde unterschiedlich beantwortet; so nahmen unterinstanzliche Gerichte teilweise eine geltungserhaltende Reduktion der Verzugszinsen vor, unter Verwendung der Grenzen aus Art. 20 Abs. 4 LCC²⁸⁴ oder Art. 114 Abs. 3 LH.²⁸⁵ Andere Gerichte zogen eine Anwendung von Art. 1108 CC als dispositive Gesetzesnorm in Betracht.²⁸⁶ Teilweise ging mit dem Befund der Missbräuchlichkeit der Verzugszinsklausel die Auffassung einher, es müssten überhaupt keine Zinsen – auch keine Darle-

²⁸⁴ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; Art. 20 Abs. 4 setzt einen maximalen Verzugszins in Höhe des 2,5-fachen des gesetzlichen Zinssatzes fest.

²⁸⁵ So etwa SAP Alicante, 18.9.2014, Secc. 8^a, ECLI:ES:APA:2014:2173, FD 3, das die Rechtsprechung des EuGH zur Lückenfüllung durch dispositives Recht bei drohender Gesamtnichtigkeit des Vertrags übertragbar hält für Fälle, in denen der Vertrag fortbestehen kann; SAP Córdoba, 20.6.2014, Secc. 1^a, ECLI:ES:APCO:2014:645, FD 3, wobei dem Urteil ein Darlehen zur Finanzierung eines Autos und nicht eines Grundstücks zugrunde lag; die *Audiencia Provincial* wandte Art. 114 Abs. 3 LH dennoch „analog“ in dem Sinne an, dass der Verzugszins auf die Begrenzung aus Art. 114 Abs. 3 reduziert wurde; ebenfalls (die Finanzierung eines Autos betreffend) SAP Madrid, 7.2.2014, Secc. 19^a, ECLI:ES:APM:2014:1455, FD 2; allgemein auch ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.8 ff.

²⁸⁶ Vgl. AJPI Santander, 19.11.2013, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2013:31A, FD 4; dafür auch *Lyczkowska*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 5/2013, 103 (109); *Marín López*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 13/2015, 27 (38).

henszinsen – mehr bezahlt werden.²⁸⁷ Diese Interpretation schien vor allem der Tatsache geschuldet, dass man traditionell alle Zinsen als Verzugszinsen verstand, die nach Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs aufliefen.²⁸⁸

Zusätzliche Verwirrung brachte schließlich die oben dargelegte zweite Übergangsbestimmung zur Ley 1/2013, die eine Neuberechnung zu hoher Zinsen für bestimmte Fälle vorsieht.²⁸⁹ Die Unsicherheit im Umgang mit dieser Frage mag auch daran gelegen haben, dass unwirksame Verzugszinsklauseln in Hypothekenverträgen bis zum *Aziz*-Urteil des EuGH und der anschließenden Reform durch Ley 1/2013 schlichtweg unbekannt waren.

b) *Tribunal Supremo* nimmt Rechtsprechung des EuGH auf

Ein erstes klarstellendes Urteil kam 2015 durch den *Tribunal Supremo*. Befindet ein Gericht eine Verzugszinsklausel für rechtswidrig, könne nicht einfach der in Art. 114 Abs. 3 LH etablierte Zinssatz auf den Vertrag angewandt werden.²⁹⁰ Der *Tribunal Supremo* bestätigte dieses Verbot der Lückenfüllung (insbesondere durch Art. 114 Abs. 3 LH) in weiteren Urteilen.²⁹¹ Eine geltungserhaltende Reduktion des Verzugszinses ist mithin nicht möglich.²⁹² Die Konsequenz der Missbräuchlichkeit der Klausel ist viel-

²⁸⁷ So ersichtlich jedenfalls aus dem Tenor des Urteils des TS vom 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401; er ändert den Tenor des Urteils des JPI Fuenlabrada vom 18.9.2013, núm 823/2013 diesbezüglich (das Urteil des JPI konnte nicht gefunden werden); dafür angesichts der Vorlagefrage auch AJPI Barcelona, 2.2.2016, ECLI:ES:JPI:2016:15A, FD 5; vgl. auch ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.9; in der Literatur zunächst etwa *Agüero Ortiz*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 14/2015, 262 (274).

²⁸⁸ Vgl. *Fernández-Reyes* LCCI, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (645); *Díaz Fraile*, in: Revista de Derecho Civil, Vol. V, núm. 2, 2018, 293 (308); diesem Verständnis offensichtlich folgend *Agüero Ortiz*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 14/2015, 262 (262 f.): das Darlehen könne nach vorzeitiger Fälligstellung keinen Vergütungszins mehr abwerfen.

²⁸⁹ Vgl. dazu AJPII Marchena, 12.8.2013, Secc. 2^a, ECLI:ES:JPII:2013:21A, FD 5; AJPI Santander, 19.11.2013, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2013:31A, FD 4.

²⁹⁰ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, segundo motivo; so schon STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 6.4 für ein persönliches Darlehen; siehe dazu *Cuesta Rute*, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2015, 291 (302 f.).

²⁹¹ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2.4 ff.; vgl. auch STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 2.6.

²⁹² STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 3.1; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 5.9; vgl. auch *Adán Domènech*, in: Revista de Derecho Civil, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (138).

mehr ihre vollständige Nichtanwendung ohne Ergänzung des Vertrags durch dispositives Recht oder seine „Integration“ in die Rechtsordnung.²⁹³ Andererseits berührt der Befund der Missbräuchlichkeit des Verzugszinses nicht die Pflicht zur Zahlung des Darlehenszinses.²⁹⁴ Insbesondere kann auch der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen.²⁹⁵ Dass der Bestand der Hauptpflicht (Zahlung des Darlehenszinses) mit der Klausel-RL vereinbar ist, hat der EuGH in der Rechtssache *Banco Santander* klargestellt.²⁹⁶ Dies folgt schon aus dem Umstand, dass die Festlegung der Darlehenszinsen und die der Verzugszinsen zwei Vereinbarungen unterschiedlichen Inhalts sind, auch wenn der Verzugszinssatz als Erhöhung des Darlehenszinssatzes ausgestaltet sein kann.²⁹⁷ Zudem unterscheiden sich die mit dem jeweiligen Zinssatz verfolgten Zwecke: während der Darlehenszins eine Entgeltfunktion für die Bereitstellung des Darlehens hat, soll der Verzugszins den Darlehensnehmer von verspäteter Zahlung abhalten und den Darlehensgeber für diesen Fall entschädigen.²⁹⁸ Auch diese Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hat ihren Ursprung beim EuGH. Dieser judizierte wiederholt, dass eine Lückenfüllung des Vertrags oder geltungserhaltende Reduktion der Klausel bei Missbräuchlichkeit derselben gegen Art. 6

²⁹³ Siehe nur STS, 28.11.2018, ECLI:ES:TS:2018:3899, FD 3.9, das das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Banco Santander*, Rs. C-96/16 und C-94/17, aufgreift.

²⁹⁴ STS, 3.6.2016, ECLI:ES:TS:2016:2401, FD 3.2; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.24, 5.8; vgl. auch *Verda y Beamonte*, in: *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, 2016, S. 9.

²⁹⁵ STS, 8.9.2015, ECLI:ES:TS:2015:3829, FD 4.6; ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 3.22; vgl. auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (142).

²⁹⁶ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 79; zu dem Urteil auch *Graf v. Westphalen*, in: *NJW* 2019, 275 (ebenda); *ders.*, in: *EuZW* 2019, 121 (126).

²⁹⁷ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 76 f.

²⁹⁸ Vgl. ATS, 22.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:785A, FD 5.2 ff.; EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 76; siehe zur Entgeltfunktion von Zinsen auch *Vogel*, in: *BKR* 2018, 45 (50).

und 7 der Klausel-RL verstieße.²⁹⁹ Eine Lückenfüllung ist nur dann mit der Klausel-RL vereinbar, wenn der Vertrag ohne die Klausel nicht fortbestehen kann und dies für den Verbraucher besonders nachteilig wäre.³⁰⁰ Bezeichnend ist dabei, dass fast alle EuGH-Urteile spanischen Vorlagefragen entsprangen.

In dem diese Rechtsprechung des EuGH erstmals bestätigenden Urteil des *Tribunal Supremo* vom 22.4.2015 warf der Revisionskläger dem Verbot der ergänzenden Anwendung nationalen Rechts einen Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2 LCGC vor, der genau dies fordere.³⁰¹ Wie der *Tribunal Supremo* aber richtig feststellte, verpflichtete ihn die Richtlinie, Art. 10 Abs. 2 LCGC richtlinienkonform auszulegen.³⁰² Damit bestätigte er gleichsam (jedenfalls implizit), dass Art. 10 Abs. 2 LCGC die Klausel-RL nicht angemessen umsetzt. Sein Anwendungsbereich beschränkt sich allerdings auch nicht auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Der *Tribunal Supremo* reduziert Art. 10 Abs. 2 LCGC in der Folge richtlinienkonform dahin, dass die Rechtsfolge der Integration des Vertrags in die Rechtsordnung (und damit etwa die ergänzende Anwendung von Art. 114 Abs. 3 LH oder eine sonstige Anpassung des Verzugszinses) bei Verbraucherverträgen nur Anwendung findet, wenn die Lückenfüllung für das Fortbestehen des Vertrages zum Vorteil des Verbrauchers notwendig ist.³⁰³ Dies ist bei Verzugszinsen nicht der Fall; der Vertrag kann ohne sie fortbestehen. Soweit eine Verzugszinsklausel also für missbräuchlich befunden wird, fallen gar keine Verzugszinsen an. Der Darlehensgeber hat nur einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarten Hauptzinsen; eine geltungserhaltende Reduktion der Verzugszinsen – etwa durch Anwendung

²⁹⁹ EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 34, 36; 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 28 f.; vgl. auch EuGH, 30.5.2013, Rs. C-488/11 (*Asbeek Brusse und de Man Garabito*), Rn. 59; die Rechtsfolge der vollkommenen Nichtanwendung wurde schon in der Rechtssache *Banco Español de Crédito* klargestellt; Überblick über das Urteil in der Rechtssache C-602/13 bei *Raluca Stroie*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 16/2015, 158 (158 ff.); siehe auch *Gsell*, in: *Kindl/Arroyo Vendrell*, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen*, 2019, 63 (73 ff.).

³⁰⁰ Siehe nur EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 33; genauer dazu unten Kap. 4 I 4.

³⁰¹ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 6.5; vgl. auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (138).

³⁰² Ebenda, FD 6.5.

³⁰³ Ebenda, FD 6.5.

von Art. 1108 CC – ist nicht möglich.³⁰⁴ Auch wenn der *Tribunal Supremo* zum richtigen Ergebnis kommt – Art. 114 Abs. 3 LH hätte in seiner bis 15.6.2019 geltenden Fassung schon tatbestandlich nicht ergänzend angewandt werden können. Er setzt zwar nicht ausdrücklich eine Vereinbarung der Parteien voraus. Doch will er die gewöhnliche Wohnung (*vivienda habitual*) besonders schützen und etabliert daher für Verträge, die ihrer Finanzierung dienen, einen Höchstverzugszins. Das würde sich aber mit dem Gedanken beißen, dass alle Verträge zur Finanzierung der gewöhnlichen Wohnung nun ipso iure – also ohne Vereinbarung – einen solchen Verzugszins enthalten. Nötig ist deshalb eine Einigung über einen Verzugszins (die die gesetzliche Grenze nicht überschreiten darf). Aber ebendiese Einigung – in Gestalt der Verzugszinsklausel – wäre unwirksam. Bei der Neufassung dieser Klausel durch Schlussbestimmung 1.2 der LCCI ist so eine Auslegung schwerer möglich.

III. Rechtslage *de lege lata*

Das Reformpaket durch die LCCI änderte schließlich erneut den Regelungsrahmen der Parteien für die Vereinbarung von Verzugszinsen. Schlussbestimmung 1.2 der LCCI modifizierte sowohl den Anwendungsbereich von Art. 114 Abs. 3 LH als auch die Grenzen der Gestaltungsmacht der Vertragsparteien.

Während Art. 114 Abs. 3 LH a.F. nur für hypothekarisch gesicherte Kreditverträge galt, die der Finanzierung des Erwerbs der Hauptwohnung (*vivienda habitual*) dienen, erstreckt sich der Anwendungsbereich der neuen, aktuellen Fassung nun auf hypothekarisch gesicherte Immobiliarkredite einer natürlichen Person, bei denen das Grundstück Wohnzwecken dient.³⁰⁵ Die neue Vorschrift ist also weiter gefasst; sie verzichtet sowohl auf die Beschränkung auf Hauptwohnsitze als auch auf den Finanzierungszweck des Kredits. Der Anwendungsbereich der Norm nähert sich damit jenem der Wohnimmobilienkredit-RL an.³⁰⁶ Dies mag vor allem daran liegen, dass die Neufassung Teil des Re-

³⁰⁴ Ebenda, FD 6.6.

³⁰⁵ “[...] *bienes inmuebles para uso residencial* [...]”.

³⁰⁶ Vgl. Art. 3 Wohnimmobilienkredit-RL. Der Anwendungsbereich der RL ist insofern weiter, als auch (nicht gesicherte) Kreditverträge umfasst sind, die dem Erwerb oder der Erhaltung von Eigentum an Grundstücken oder Gebäuden dienen, Art. 3 Abs. 1 b).

formpakets durch die LCCI ist, welche als Hauptansinnen die Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL hatte.³⁰⁷ Die neu gesteckte Grenze der Vorschrift liegt darin, dass sich der Verzugszinssatz aus dem Darlehenszinssatz bildet, auf den drei Prozentpunkte addiert werden, Art. 114 Abs. 3 S. 1 LH.³⁰⁸ Die Norm ändert damit ihren Anknüpfungspunkt vom gesetzlichen Zinssatz hin zum vereinbarten Darlehenszinssatz.

Neu ist außerdem Art. 114 Abs. 3 S. 3 LH. Er ordnet an, dass die Regeln des Absatzes drei keine abweichende Vereinbarung erlauben. Das bedeutet bei strikter Anwendung des Wortlautes auch, dass die Parteien keinen für den Schuldner günstigeren Verzugszins vereinbaren dürfen. Damit wäre den Parteien ihre Gestaltungsfreiheit für Verzugszinsen vollends entzogen. Ob so eine harsche Regelung vom Gesetzgeber gewollt war, ist fraglich. Doch auch der neue Wortlaut von Art. 114 Abs. 3 S. 1 LH zementiert den Eindruck, dass der Gesetzgeber den Verzugszins jeder Disposition der Parteien entziehen wollte.³⁰⁹ Die negative Formulierung, dass der Zinssatz nicht höher sein *kann* (als das Dreifache des gesetzlichen Zinses), wandelte sich in die Feststellung, dass sich der Verzugszins aus dem Hauptzins, addiert um drei Prozentpunkte, ergibt.³¹⁰

Flankiert wird Art. 114 Abs. 3 LH schließlich durch eine besondere Regelung für Verträge, bei denen sich der Kreditgeber den Regeln des *Código de Buenas Prácticas* unterworfen hat, der durch RDL 6/2012 neu eingeführt wurde. Befindet sich der Schuldner an der Ausschlusschwelle (*umbral de exclusión*) nach Art. 3 RDL 6/2012 und beantragt er eine der Maßnahmen des Verhaltenskodex, entspricht der Verzugszinssatz ab diesem Zeitpunkt maximal dem Darlehenszinssatz, auf den zwei Prozent des ausstehen-

³⁰⁷ Dazu auch *Fernández-Reyes* LCCI, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (644).

³⁰⁸ Der Wortlaut bleibt an dieser Stelle etwas undeutlich: man kann ihn so lesen, dass der Verzugszins sich bildet aus dem um 3 % addierten Darlehenszins und diese Summe zusätzlich zum Darlehenszins zu zahlen ist; naheliegender und sinnvoller scheint aber eine Auslegung, wonach der Verzugszins aus diesen addierten 3 % besteht (die Formulierung legt anscheinend das traditionelle Verständnis von Verzugszinsen zugrunde, oben II 4 a); vgl. etwa auch *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (644 ff.).

³⁰⁹ Für eine Dispositivität einer neuen Vorschrift noch plädierend *Díaz Fraile*, in: Revista de Derecho Civil, Vol. V, núm. 2, 2018, 293 (318).

³¹⁰ Aus „no podrá ser“ wurde „será“.

den Darlehenskapitals addiert werden, Art. 4 Abs. 1 RDL 6/2012.³¹¹ Damit liegt hier wiederum ein anderer Anknüpfungspunkt für eine Begrenzung der Verzugszinsen vor als noch in der Reform von Art. 114 Abs. 3 LH durch Ley 1/2013.³¹² Er entspricht hingegen dem Anknüpfungspunkt der neuen Fassung durch Ley 5/2019. Dieser vergleichsweise niedrige maximal mögliche Zinssatz trägt der besonderen Verletzlichkeit jener Personen Rechnung, die die Voraussetzungen von Art. 3 RDL 6/2012 erfüllen.³¹³

Die Neufassung von Art. 114 Abs. 3 LH und Ausgestaltung als *ius cogens* nimmt den Parteien für viele Fälle die Vertragsgestaltungsfreiheit für Verzugszinsen und dem Rechtsanwender damit auch die Notwendigkeit einer Klauselkontrolle. Doch hebt das die Bedeutung der Klauselkontrolle für die Vereinbarung von Verzugszinsen nicht vollständig auf. Insbesondere umfasst der Anwendungsbereich von Art. 114 Abs. 3 LH nicht alle Immobiliarkredite (etwa nicht solche, bei denen das Grundstück anderen als Wohnzwecken dient). Zum anderen hat die neue Fassung der Norm keine Rückwirkung³¹⁴; Art. 114 Abs. 3 LH a.F. gilt also weiter für die überwältigende Mehrzahl der Altverträge, die vor der Reform geschlossen wurden. Die oben erörterten Fragen (1) vom Verhältnis von Art. 114 Abs. 3 LH a.F. und Inhaltskontrolle sowie (2) der Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel bleiben daher weiter wichtig.

Die aus der Setzung einer festen Grenze folgende Starrheit der Vertragsgestaltung scheint außerdem als geringeres Übel betrachtet zu werden, verglichen mit der zuvor herrschenden Rechtsunsicherheit im Umgang mit Verzugszinsklauseln.³¹⁵ Doch ist es der Rechtssicherheit sicherlich auch nicht zuträglich, dass die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* einerseits Verzugszinsklauseln für missbräuchlich hält, wenn der Satz den Darlehenszinssatz um zwei Prozentpunkte übersteigt³¹⁶, die neue Regelung in Art.

³¹¹ Vgl. auch *Berrocal Lanzarot*, in: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 10 bis, 2019, 238 (249); *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 150 f.

³¹² *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 150 f.

³¹³ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 151.

³¹⁴ Vgl. Abs. 1 der ersten Übergangsbestimmung zur LCCI; etwas anderes gilt nur für eine Schuldübernahme oder Novation des Vertrags nach Inkrafttreten der LCCI, Abs. 2. Eine Ausnahme gilt für die Regelung zur vorzeitigen Fälligkeit in Art. 24 LCCI, dazu unten Kap. 4 I 5.

³¹⁵ *Díaz Fraile*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 2, 2018, 293 (318).

³¹⁶ Siehe dazu oben Kap. 3 II 2.

114 Abs. 3 LH andererseits die Verzugszinsen bei drei Prozentpunkten über dem Darlehenszinssatz festsetzt.³¹⁷

IV. Unterschiede zum deutschen Recht

Im deutschen Recht regelt das BGB den für die in dieser Arbeit untersuchten Fälle anwendbaren Verzugszinssatz in § 497 Abs. 4 BGB. Ähnlich wie im spanischen Recht weicht die Vorschrift von ihrer dispositiven Ausgangsnorm ab (§ 288 BGB)³¹⁸; sie unterscheidet sich gleichsam von den Regelungen in § 497 Abs. 1 bis 3 BGB zu Verzugszinsen für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge³¹⁹. Dies ist insofern bemerkenswert, als der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften zu Verbraucherdarlehensverträgen und Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen weitgehend angeglichen hat; bis auf die Abweichungen in Art. 497 Abs. 4 und Art. 498 Abs. 2 BGB sind (schon durch die Gleichstellung in § 491 Abs. 1 S. 2 BGB) sämtliche Vorschriften der Art. 491 ff. BGB auch auf Immobilier-Verbraucherkredite anwendbar.³²⁰ In dieser Harmonisierung der Vorschriften zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zum spanischen Recht, das mit der LCC und (seit 15.6.2019) der LCCI zwei in sich weitgehend geschlossene Kodifikationen für Verbrauchercredite und Immobiliarkredite bereithält. Die spanische und deutsche Regelung zum Verzugszinssatz für Immobiliarkredite verbindet hingegen, dass sie rein nationalen Ursprungs sind³²¹; die Wohnimmobilienkredit-RL macht in dieser Hinsicht trotz ihres Bekenntnisses zu einem „verantwortungsvollen Schuldenmanagement“

³¹⁷ Kritisch etwa auch *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (645).

³¹⁸ Vgl. BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 44.

³¹⁹ Die zunächst im VerbrKrG ausgenommene und im BGB separate Regelung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite war dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber annahm, dass solche Darlehen typischerweise langfristig und zu günstigeren Bedingungen gewährt werden, vgl. BT-Drucks. 11/5462, S. 18; s. auch *Fritsche*, in: MüKoBGB, ⁸2021, EGBGB Art. 229 § 38 Rn. 8.

³²⁰ Vgl. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 44; siehe zum Verhältnis von Verzug (§ 497) Kündigung wegen Verzugs (§ 498) instruktiv *Bunte*, in: NJW 2016, 1626 (1626 ff.).

³²¹ Für das deutsche Recht etwa BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 4.

in Erwägungsgrund 29 keine Vorgaben.³²² Dabei ist Art. 114 Abs. 3 LH wie § 497 Abs. 4 BGB im Zuge der Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL reformiert worden.

Nach Art. 497 Abs. 4 S. 1 BGB beträgt der Verzugszinssatz bei Immobiliendarlehen für das Jahr 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.³²³ Er liegt damit unter dem für Verbraucherdarlehensverträge allgemein anwendbaren Verzugszinssatz, der nach der Verweisung in § 497 Abs. 1 BGB auf § 288 Abs. 1 BGB bei 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz liegt. Grund für die Abweichung ist, dass die Refinanzierungskosten für den Darlehensgeber bei Immobiliarkrediten niedriger sind als bei Verbraucherdarlehen.³²⁴ Mitunter betrachtet man den Verzugszins allerdings immer noch als zu hoch bemessen.³²⁵ Weil § 497 Absatz 4 Satz 2 BGB die Geltung von Abs. 1 S. 2 nicht ausschließt, können Darlehensgeber und -nehmer einen höheren oder niedrigeren Schaden nachweisen.³²⁶ Pauschalisiert wurde der Zinssatz insbesondere mit dem Gedanken, die Zinsberechnung zu vereinfachen und so die Gerichte von Rechtsstreitigkeiten zur Höhe des Verzugschadens zu entlasten; solche Streitigkeiten hatten sich vor Erlass der Vorschrift gehäuft.³²⁷ Eben solch eine Überlastung der spanischen Gerichte entpuppte sich als Folge des Umgangs der Rechtsordnung und Rechtsprechung mit Verzugszinsklauseln, Kündigungsklauseln und Mindestzinsklauseln.

Der Verzugszins für Immobilienkredite ist seit der Schuldrechtsmodernisierung gleich geblieben.³²⁸ Bei vor der Schuldrechtsreform abgeschlossenen Immobilienkrediten kann

³²² *Schürnbrand/Weber*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § 497 Rn. 3.

³²³ Seit dem 1.7.2016 mit einem Basiszinssatz von -0,88 % beträgt der Verzugszins also 1,62 %; er ist in jüngerer Zeit mithin nur de facto variabel.

³²⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 256; vgl. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 45.

³²⁵ *Reifner*, in: ZBB 2001, 193 (199); *Jungmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81b Rn. 93; *Bülow*, in: NJW 2002, 1145 (1147).

³²⁶ Vgl. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 46

³²⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 256; die Pauschalierung sollte den Verzugszins außerdem planbarer und vorhersehbarer machen, vgl. auch *Jungmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81b Rn. 92; HK-BGB/*Volker Wiese*, ¹⁰2019, BGB § 497 Rn. 1.

³²⁸ Ursprünglich regelte § 497 Abs. 1 S. 2 BGB den Verzugszins für Immobilienkredite; zwischenzeitlich wanderte die Regelung in § 503 Abs. 2 BGB (i.d.F. vom 11.6.2010, BGBl. I S. 2355); das Gesetz zur Umsetzung der Immobiliarkredit-RL hat die Regelung in Art. 497 Abs. 4 überführt; vgl. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 4.

der Darlehensgeber seinen Schaden entsprechend § 497 Abs. 1 BGB berechnen.³²⁹ Nach alter Rechtslage entsprach der Verzugszinssatz für Immobiliarkredite dem gesetzlichen Zinssatz.³³⁰ Doch war nach der „Einführung eines allgemeinen variablen Verzugszinses in § 288 Abs. 1 RE [...] der Umstand, dass ein Darlehensgeber bei einem Hypothekendarlehen, welches einem Verbraucher gewährt wird, nach derzeitiger Rechtslage weiterhin auf den festen gesetzlichen Zinssatz von 4 % verwiesen wird, kaum mehr zu rechtfertigen.“³³¹ Gleichzeitig wollte man nicht den allgemeinen Verzugszins von 5 % über dem Basiszinssatz anwenden, weil dieser „weit über den tatsächlichen Hypothekenkrediten gelegen hätte, bei welchen die Refinanzierungskosten erheblich geringer sind.“³³² Betrachtet man vor dem Hintergrund dieser Überlegungen (wohlgemerkt zur Zeit der Schuldrechtsmodernisierung) die Entwicklung des Verzugszinssatzes der letzten 20 Jahre in Spanien, wirkt ein Vergleich geradezu grotesk. Bis zum Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz* und der darauffolgenden Reform durch Ley 1/2013 waren Verzugszinsen in Hypothekendarlehen von mehr als 20 % üblich.³³³ Die Refinanzierungskosten können in Spanien kaum so beträchtlich höher gewesen sein, als dass sie einen solchen Satz rechtfertigten. Auch die mit dem Verzugszins in Spanien zusätzlich verfolgte Abschreckungsfunktion scheint einen so hohen Zinssatz nicht tragen zu können. Auch wegen dieser – ohne Frage auch in Spanien – unterschiedlichen Refinanzierungskosten scheint die simple Erweiterung der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zur Missbräuchlichkeit von Verzugszinsen auch auf Immobiliarkredite zu undifferenziert.

Vergleicht man die Verzugszinssätze für Hypothekenkredite im deutschen und spanischen Recht *de lege lata*, scheinen sich zumindest nicht mehr jene gravierenden Unterschiede zu ergeben, wie sie noch vor wenigen Jahren vorzufinden waren. Der unterschiedliche Anknüpfungspunkt für den Verzugszinssatz (Basiszinssatz versus Darlehenszinssatz) erschwert indes einen konkreten Vergleich. Doch liegt ein Verzugszins

³²⁹ *Schürnbrand/Weber*, in: MüKoBGB, 82019, BGB § 497 Rn. 5; vgl. zur Anwendbarkeit auf Altverträge auch OLG Schleswig, 2.6.2002, NJW-RR 2003, 180.

³³⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 256.

³³¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 256.

³³² BT-Drucks. 14/6040, S. 256; die Refinanzierungskosten seien bei Hypothekenkrediten durchschnittlich um etwa 2 bis 3 % geringer.

³³³ Siehe dazu oben Kap. 3 I 1.

von 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (seit 2017 -0,88 %) derzeit immer unter jenem nach Art. 114 Abs. 3 LH (drei Prozentpunkte über dem Darlehenszinssatz).³³⁴ Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man die für Altverträge noch geltende Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zur Missbräuchlichkeit von Verzugszinsklauseln zum Vergleich nimmt.³³⁵ Abstrakt scheint die Koppelung an den Basiszinssatz insofern vorteilhafter, als sie Veränderungen des allgemeinen Zinsniveaus berücksichtigt und den Verzugszins daran anpasst; dies entspricht regelmäßig dem Interesse beider Parteien.³³⁶ Durch die Anknüpfung an den Darlehenszins hat der Darlehensgeber es außerdem selbst in der Hand, auch einen höheren Verzugszins zu vereinbaren.

Mit § 497 Abs. 4 BGB entzieht der Gesetzgeber den Verzugszinssatz der Disposition der Parteien. Die Regelung ist durch § 512 BGB *ius cogens*; sie hat also auch wie ihr spanisches Pendant (Art. 114 Abs. 3 LH n.F.) zwingenden Charakter.³³⁷ Dennoch ergibt sich ein wichtiger Unterschied: während Art. 114 Abs. 3 S. 3 LH überhaupt keine abweichende Vereinbarung der Parteien erlaubt, lässt § 512 BGB Raum für die Vereinbarung eines Verzugszinses, der für den Verbraucher günstiger ist. Der Vorteil dieser Öffnung nach unten liegt auf der Hand. Den Parteien bleibt ein Stück Gestaltungsspielraum erhalten; gleichzeitig besteht keine Gefahr, dass der Verzugszins entgegen dem Willen des Darlehensgebers reduziert wird, hat er doch regelmäßig die alleinige Hoheit über die Vertragsgestaltung. Ob in Spanien tatsächlich Anstoß daran genommen wird, dass zumindest der klare Wortlaut von Art. 114 Abs. 3 LH keinen niedrigeren Verzugszins erlaubt, ist zweifelhaft. Doch scheint eine gesetzliche Öffnung zu verbrauchergünstigeren Regelungen keinen offensichtlichen Nachteil zu bergen und deshalb die souveränere Lösung zu sein. Weil der Verzugszinssatz für Immobiliendarlehen schon seit der Schuldrechtsmodernisierung unabdingbar ist, entfällt ein Vergleich der Frage, wann Verzugszinsklauseln nach deutschem Recht unwirksam i.S.d. §§ 307 BGB sind. Auch ein Vergleich der sich aus der Unwirksamkeit ergebenden Rechtsfolgen (für das deutsche Recht nach § 306 BGB) ist sohin der Boden entzogen. Auch wenn die Gestaltung

³³⁴ Ähnlich, wenn auch drastischer noch für die Rechtsprechung des Tribunal Supremo *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (146), der den Unterschied als skandalös („*escandalosa*“) bewertet.

³³⁵ Dazu oben Kap. 3 II 2.

³³⁶ So BT-Drucks. 14/6040, S. 256.

³³⁷ Vgl. etwa Jauernig/Berger, ¹⁸2021, BGB § 497 Rn. 5.

als zwingendes Recht die Vertragsgestaltungsfreiheit der Parteien im deutschen Recht einschränkte, hat die frühe harte Regulierung es doch gar nicht erst möglich gemacht, dass die in Spanien zu beobachtenden Probleme im Umgang mit Verzugszinsklauseln entstehen.

Erwähnung verdient schließlich die Verjährungshemmung in § 498 Abs. 3 S. 3 BGB; sie nimmt § 498 Abs. 4 S. 2 BGB gerade nicht von der Anwendung aus. Danach ist die Verjährung der Ansprüche des Gläubigers auf Darlehensrückzahlung und Zinsen bis zu ihrer (rechtskräftigen) Feststellung gehemmt, wenn auch nicht länger als zehn Jahre von ihrer Entstehung an. Ratio legis ist, dass der Darlehensgeber nicht allein wegen der drohenden, relativ kurzen Verjährung³³⁸ „die Titulierung betreibt“³³⁹. Diesem Ansinnen scheint im spanischen Recht Art. 114 Abs. 1, 2 LH diametral entgegenzustehen. Nach Art. 114 Abs. 1 LH sichert eine Hypothek mangels anderer Vereinbarung nur die Zinsen der letzten zwei Jahre. Gleichzeitig dürfen die Parteien gem. Art. 114 Abs. 2 LH keine längere Sicherung als für fünf Jahre vereinbaren. Die Norm drängt damit den Darlehensgeber zu einer raschen Geltendmachung seiner Forderungen. Andererseits birgt die Verjährungshemmung in § 498 Abs. 3 S. 3 BGB die Gefahr, dass Gläubiger ihre Forderung bewusst erst Jahre später geltend machen, wodurch die Verzugszinsen die Schuldenlast beträchtlich erhöhen.³⁴⁰

Insgesamt wirkt die deutsche Regelung durch ihre Anknüpfung an einen variablen Zinssatz ausgewogener. Der Verzugszins für den Hypothekenschuldner ist nach deutschem Recht regelmäßig niedriger als nach spanischem Recht. Doch sei betont, dass die Lücke zwischen deutscher und spanischer Rechtslage nicht mehr so stark auseinanderklafft wie noch vor zehn Jahren. Die Jahre nach der Finanzkrise waren geprägt von einer Flut an Änderungen der Rechtsordnung und Rechtsprechung. Möglich gemacht hatte diese Änderungen die ubiquitäre Vereinbarung von Verzugszinsen durch Klauseln i.S.d. Klausel-RL. Diese Quelle rechtlicher Änderungen scheint durch die Reform mit der LCCI versiegt. Dennoch darf die durch die zahllosen Reformen und Urteile entstandene

³³⁸ Drei Jahre, § 195 BGB.

³³⁹ BT-Drucks. 14/6857, S. 66; s. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 3.

³⁴⁰ Siehe dazu *Röß*, in: NJW 2019, 1249 (1249 ff.); BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 497 Rn. 33.

Rechtsunsicherheit und empfundene Ungerechtigkeit nicht vergessen werden; sie ist zweifellos immer noch im Bewusstsein vieler Hypothekenschuldner verankert.

Kapitel 4: Kündigung durch den Darlehensgeber – Vorzeitige Fälligkeit

Auch³⁴¹ das spanische Recht verlangt, dass der Gläubiger den Darlehensvertrag kündigt – das Darlehen also vorzeitig fällig stellt –, um die gesamte Darlehensforderung zurückverlangen und in dieser Höhe in die hypothekarisch belastete Immobilie vollstrecken zu können. Letzteres gebietet schon die Akzessorietät der Hypothek zur gesicherten Forderung, Art. 1857 CC³⁴²; die Sicherheit kann nicht verwertet werden, solange der gesicherte Anspruch nicht fällig ist. Bei Immobiliarkrediten, die in Monatsraten zurückzuzahlen sind, ist immer nur der Rückzahlungsanspruch für die jeweilige Monatsrate fällig, es sei denn, der Gläubiger (oder Schuldner) kündigt den Vertrag.

Das folgende Kapitel umreißt die Voraussetzungen der Kündigung von Hypothekenkrediten und zeichnet die Entwicklung der letzten Jahre nach. Dabei liegt das Augenmerk besonders auf Klauseln, die dem Gläubiger die Kündigung ermöglichen oder erleichtern. Die Betrachtung soll als Grundlage für einen Vergleich der spanischen Rechtsordnung mit der deutschen dienen; gleichzeitig ist sie weiteres Mosaikstück in der Beantwortung der Frage, wie stark der EuGH die Entwicklung des spanischen Rechts und die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* geprägt hat.

I. Die vorzeitige Fälligkeit in der *ejecución hipotecaria*

In der Praxis werden die Voraussetzungen der Kündigung des Hypothekenkredits regelmäßig durch allgemeine Geschäftsbedingungen bestimmt. Klauseln zur vorzeitigen Fälligkeit (*cláusulas de vencimiento anticipado*) stellen den gesamten Rückzahlungsan-

³⁴¹ Siehe zur deutschen Rechtslage und ihren Unterschieden unten II 1.

³⁴² Siehe dazu oben Kap. 1 III 1 b).

spruch des Gläubigers fällig.³⁴³ Sie begründen also die Pflicht des Darlehensnehmers, den gesamten zur Verfügung gestellten Darlehensbetrag samt vereinbarter und Verzugszinsen zurückzuerstatten.³⁴⁴ Ab diesem Zeitpunkt beziehen sich anfallende Verzugszinsen nicht nur auf zu spät gezahlte Raten, sondern auf den Darlehensbetrag insgesamt.³⁴⁵ Klar sollte sein, dass derjenige, der die monatlichen Raten des Darlehens nicht mehr zu zahlen vermag und sich schließlich mit dessen Fälligkeit konfrontiert sieht, erst recht nicht in der Lage ist, den gesamten Betrag zu tilgen.³⁴⁶ Die Gesamtfälligkeit „konfrontiert [...] den Darlehensnehmer mit einem hohen, sofort auszugleichenden Saldo in einem Augenblick, in dem seine wirtschaftliche Lage meist ohnehin so prekär ist, daß [sic] er nicht einmal das Geld für die Ratenzahlungen aufzubringen vermag.“³⁴⁷

Nahezu alle Hypothekendarlehensverträge enthalten Vereinbarungen zur vorzeitigen Fälligkeit.³⁴⁸ Sie können insofern als Normalfall betrachtet werden, was auch daraus folgt, dass es bis zur Reform durch die LCCI keinen gesetzlichen Kündigungsgrund speziell für Darlehensverträge gab. Der *Tribunal Supremo* und einige spanische Autoren³⁴⁹ leiten die Möglichkeit von Fälligkeitsvereinbarungen (und ihre grundsätzliche Rechtmäßigkeit) aus der Vertragsautonomie der Parteien ab, Art. 1255 CC.³⁵⁰ Teilweise werden Art. 1124 und 1129 CC als allgemeine, dispositive Gesetzesnormen ange-

³⁴³ *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 553; *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (115).

³⁴⁴ *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 80; *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (244); *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 167; *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (115).

³⁴⁵ *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (244).

³⁴⁶ *Schürnbrand/Weber*, in: MüKoBGB, 82019, § 497 Rn. 1; BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 2; *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (244).

³⁴⁷ BT-Drucks. 11/5462, S. 13.

³⁴⁸ So etwa *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (65).

³⁴⁹ *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 554; auf die Privatautonomie verweisend auch *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (147).

³⁵⁰ STS, 16.12.2009, ECLI:ES:TS:2009:8466, FD 10; STS, 12.12.2008, ECLI:ES:TS:2008:6858, FD 2 ff.; zur Vertragsfreiheit in Spanien m.w.N. *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 2018, S. 183 f.

führt.³⁵¹ Doch normiert Art. 1129 CC nur besondere Fälle der Vertragsauflösung (und das *ipso iure*), wie etwa die Nichtbestellung einer vereinbarten Sicherheit oder die Insolvenz des Schuldners.³⁵² Art. 1124 CC³⁵³ gilt wiederum nur für gegenseitige Verträge³⁵⁴, und man ist sich uneinig, ob Darlehensverträge darunter fallen (dazu unten I 4 d). Ob man Art. 1129, 1124 CC als allgemeine, dispositive Normen zur vorzeitigen Vertragsauflösung anerkennt³⁵⁵ oder nicht – mit Art. 693 Abs. 2 LEC findet sich jedenfalls eine speziellere Norm für Hypothekendarlehensverträge, die die vorzeitige Fälligkeit einer Vereinbarung der Parteien zugänglich macht.

Im Verfahren der Hypothekenvollstreckung nach Art. 681 ff. LEC kann der Gläubiger dabei gem. Art. 693 Abs. 2 LEC nur aus der Hypothek vollstrecken, wenn die Parteien sowohl die Fälligkeit des gesamten Darlehensbetrages für den Fall des Zahlungsverzugs als auch die hypothekarische Sicherung des Rückzahlungsanspruchs vertraglich festgehalten haben.³⁵⁶ Art. 693 Abs. 2 S. 1 LEC erklärt für diesen Fall, dass das gesamte Kapital samt Zinsen gemäß der vertraglichen Bedingungen zurückverlangt werden kann. Die neueste Fassung von Art. 693 Abs. 2 LEC etabliert mit ihrem Verweis auf Art. 24 LCCI außerdem (erstmalig) ein gesetzliches Kündigungsrecht.³⁵⁷ Besonders ist an dieser Norm, dass sie einen materiell-rechtlichen Kündigungsgrund im Prozessrecht verankert. Der Gläubiger kann das Darlehen nach ihr nur fällig stellen, wenn er sich des

³⁵¹ Vgl. unter anderem *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 553; siehe auch STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 1, 5; STS, 17.2.2011, ECLI:ES:TS:2011:515, FD 3; STS, 27.3.1999, ECLI:ES:TS:1999, FD 1, 7.

³⁵² Ausführlich zu Art. 1129 CC etwa *Mellado Rodríguez*, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*, 2008, S. 94-124; vgl. auch *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (115).

³⁵³ Die Vertragsauflösung wird mit einer Feststellungsklage (*demanda declarativa*) durch das Gericht bestätigt.

³⁵⁴ Zum Tatbestand von Art. 1124 CC STS, 16.4.1991, ECLI:ES:TS:1991:2103, FD 2; *Mellado Rodríguez*, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*, 2008, S. 370 f.;

³⁵⁵ So etwa für Art. 1124 CC AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2^a, ECLI:ES:TS:JPI:2014:41A, FD 6, Rn. 19.

³⁵⁶ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 166 f.

³⁵⁷ Siehe unten I 5.

Verfahrens der *ejecución hipotecaria* auch bedienen kann, dessen Voraussetzungen also vorliegen.³⁵⁸

Doch welchen Inhalt kann die Vereinbarung nach Art. 693 Abs. 2 LEC haben; welche Umstände rechtfertigen eine Kündigung durch den Darlehensgeber?³⁵⁹ Mit dieser Frage verbunden ist die Tatsache, dass die meisten Vereinbarungen zugleich Tatbestand einer AGB und somit der Gefahr der Missbräuchlichkeit ausgesetzt sind. Es bedarf jedenfalls einer Pflichtverletzung des Darlehensnehmers, die in der Anzahl ausstehender Raten oder der Höhe des ausstehenden Betrages gemessen werden kann. Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung legt Art. 693 Abs. 2 LEC selbst fest. Allerdings hat der spanische Gesetzgeber die Grenzen von Art. 693 Abs. 2 LEC in den letzten Jahren mehrfach geändert. Die Änderungen haben die Voraussetzungen der Kündigung verschärft; sie sollen im Folgenden untersucht werden.

1. Voraussetzungen der Kündigung vor der Reform 2013

Was die Kündigungsvoraussetzungen anlangt, blickt Spanien auf mehrere Gesetzesänderungen in den letzten Jahren zurück, die vor allem durch die wirtschaftlichen Folgen der Finanzkrise und die Unvereinbarkeit bestimmter Regelungen mit der Klausel-RL veranlasst waren. Auch der steigende soziale Druck der Krise bestimmte die Entwicklung des Rechts der vorzeitigen Fälligkeit mit.³⁶⁰ Hinzu kommt, dass die Grundbuchführer (*registradores*) jedenfalls nach der alten Fassung von Art. 12 Abs. 2 LH nicht dazu verpflichtet waren, die Wirksamkeit der Kündigungsklauseln von Finanzinstituten zu überprüfen.³⁶¹

³⁵⁸ Zu den Voraussetzungen Kap. 6 IV 2.

³⁵⁹ Die Parteien können abweichend von Art. 693 Abs. 2 LEC auch andere Gründe zur vorzeitigen Fälligkeit vereinbaren, wie etwa eine Abnahme des Werts des Grundstücks, vgl. *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (115); ausführlich *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 563 ff.; sie sollen indes nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

³⁶⁰ Vgl. etwa *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (125); *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 131.

³⁶¹ Vgl. dazu *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (65).

Vor den in 2013 einsetzenden Reformen war es allgemeiner Brauch³⁶², dass der Gläubiger sich vertraglich das Recht zur Kündigung zusicherte, sobald der Darlehensnehmer mit nur einer Darlehensrate in Verzug war.³⁶³ Das war durch den eindeutigen Wortlaut von Art. 693 Abs. 2 a.F.³⁶⁴ LEC („*alguno de los plazos*“³⁶⁵) nach allgemeiner Meinung möglich.³⁶⁶ Weil die Parteien das Recht zur Fälligestellung gem. Art. 693 Abs. 2 LEC vereinbaren müssen und die Kreditinstitute diese Abrede vorformulieren, mehrfach verwenden und einseitig stellen, ist die Vereinbarung in aller Regel eine AGB.³⁶⁷ Sie unterliegen daher der Klauselkontrolle nach LCGC und TRLCU. Klauseln, die das Recht zur vorzeitigen Fälligkeit bei nur einer fehlenden Darlehensrate etablierten, waren (und sind) dabei überaus verbreitet.³⁶⁸

Zu der Frage, ob diese Klauseln unwirksam sind, hat sich der *Tribunal Supremo* in mehreren Urteilen geäußert. Seine Meinung war bis zum nachfolgend zu erörternden Urteil des EuGH scheinbar³⁶⁹ eindeutig: Die Fälligkeitsklauseln verstießen nicht gegen spani-

³⁶² Vgl. *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 167; *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 58.

³⁶³ Schon die Vorgängernorm zu Art. 693 Abs. 2 LEC, Art. 135 Abs. 1 LH i.d.F.v. 27.2.1946, erlaubte die die summarische Vollstreckung nach der *Ley Hipotecaria* bei Ausbleiben nur einer Rate; ein Beispiel einer solchen Klausel von der Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) findet sich bei *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 17/2016, 116 (130).

³⁶⁴ In der Fassung vom 8. Januar 2001, gültig bis 14. Mai 2013.

³⁶⁵ Teilleistungen (beispielsweise nur eine halbe Rate) kann der Gläubiger gem. Art. 1169 CC zurückweisen, vgl. auch *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 17/2016, 116 (131).

³⁶⁶ Vgl. etwa *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 167; *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 80; *Izquierdo Blanco/Adán Domènech*, Todo ejecución hipotecaria, 2018, S. 556; s. exemplarisch auch SAP Barcelona, 10.10.2012, Secc. 13^a, ECLI:ES:APB:2012:10719, FD 1 („Esta cláusula de vencimiento anticipado es perfectamente habitual y admitido en el tráfico [...]“).

³⁶⁷ *Cláusula* nach dem TRLCU und *condicion general de la contratación* nach der LCGC; dazu oben Kap. 2.

³⁶⁸ So *Miquel González*, in: *RJUAM*, n° 27, 2013, 223 (244).

³⁶⁹ Anderer Ansicht noch STS 27.3.1999, ECLI:ES:TS:1999:2155, FD 5 ff.; implizit auch STS, 2.11.2000, ECLI:ES:TS:2000:7943, FD 3; auch *Adán Domènech* findet es schwierig, eine ursprüngliche Position des TS festzumachen, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (126); siehe auch *María Miquel*, in: *INF III/17*, 130 (147); *Izquierdo Blanco/Adán Domènech*, Todo ejecución hipotecaria, 2018, S. 554; *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 32015, S. 1057.

sches Recht und seien folglich wirksam.³⁷⁰ Doch blickte der *Tribunal Supremo* in seinem bis 2013 letzten Urteil vom 16.12.2009 etwas begründungsarm bloß auf Art. 1255 CC und seine bisherige Rechtsprechung. Nach ihr seien Vorfälligkeitsklauseln wirksam, wenn es einen triftigen Grund für sie gibt. Ein solcher triftiger Grund sei die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten.³⁷¹ Dazu gehöre auch der Fall, dass der Darlehensnehmer die Raten nicht zurückzahlt.³⁷² Art. 1255 CC verankert aber nur das Recht der Vertragsparteien, Klauseln in ihrem Vertrag zu verwenden, soweit dieselben nicht gegen Gesetz, Moral oder öffentliche Ordnung verstoßen.³⁷³ Der Verweis auf Art. 1255 weckt insofern den Verdacht, zirkulär zu sein – ob die angegriffenen Klauseln gegen das Gesetz (etwa die Klauselverbotstatbestände des TRLCU) verstoßen, hätte der *Tribunal Supremo* zunächst einmal prüfen müssen. Das untersucht er aber nicht.³⁷⁴ Seine angegebene Rechtsprechung betrachtet nur die Frage, ob Art. 127, 135 LH und Art. 1125, 1127, 1129 CC zwingende Gesetzesnormen seien³⁷⁵, welche eine Fälligkeitsklausel verletze.³⁷⁶ Der *Tribunal Supremo* verneint das in den von ihm zitierten Urteilen. Auch in ihnen findet sich nichts zu einer Prüfung der Missbräuchlichkeit nach der LCU.³⁷⁷

Zwar erlaubte Art. 693 Abs. 2 LEC in seiner damaligen Fassung die vorzeitige Fälligkeitstellung des Darlehens auch nach nur einer Rate. Doch enthob die Vorschrift nicht da-

³⁷⁰ STS, 17.2.2011, ECLI:ES:TS:2011:515, FD 3; STS, 16.12.2009, ECLI:ES:TS:2009:8466, FD 10; STS, 12.12.2008, ECLI:ES:TS:2008:6858, FD 2 ff.; STS, 4.6.2008, ECLI:ES:TS:2008:2599, FD 4; obiter dictum auch STS, 7.2.2000; ECLI:ES:TS:2000:826, FD 2; STS, 9.3.2001, ECLI:ES:TS:2001:1873, FD 3, 5.

³⁷¹ STS, 4.6.2008, ECLI:ES:TS:2008:2599, FD 4 („*verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas*“); siehe dazu auch *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (118).

³⁷² Ebenda.

³⁷³ Er ist gleichsam Ausdruck des Prinzips der Willensautonomie, vgl. etwa STS, 4.6.2008, ECLI:ES:TS:2008:2599, FD 4.

³⁷⁴ Kritisch auch *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (245).

³⁷⁵ Art. 1125, 1127 CC sind nur dispositive Vorschriften, und Art. 127, 135 LH sehen weder ein Verbot noch die Nichtigkeit von Fälligkeitsklauseln vor; in seinem Urteil vom 27.3.1999 hat der TS das Verbot von Fälligkeitsklauseln allerdings noch – wenig überzeugend – mit einem Verstoß gegen Art. 127, 135 LH und 1125, 1129 CC begründet, ECLI:ES:TS:1999:2155, FD 5 ff.

³⁷⁶ STS, 12.12.2008, ECLI:ES:TS:2008:6858, FD 2 ff.

³⁷⁷ Den Fällen lag noch die LCU (und nicht etwa der TRLCU als dessen Neufassung) zugrunde.

von, nach Maßgabe des TRLCU (und der Klausel-RL) die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu überprüfen.³⁷⁸

2. Die Rechtsprechung des EuGH als Reformanstoß

a) Das Urteil in der Rechtssache *Aziz*

Eine erste Änderung erfuhr die spanische Rechtsordnung als Reaktion auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz*.³⁷⁹ Das Urteil befasste sich nicht nur mit der europarechtlichen Vereinbarkeit der Vorschriften zum Einspruch gegen die Zwangsvollstreckung und dessen (fehlender) Suspensivwirkung (dazu unten Kap. 6 V 2). Der gegenseitliche Vertrag enthielt ferner die bis dato übliche Bestimmung, die Bank dürfe das gesamte Darlehen fällig stellen, sobald der Schuldner einen Teil des fälligen Kapitals oder der fälligen Zinsen nicht zurückzahlt. Dies veranlasste das vorliegende Gericht dazu, den EuGH zur Auslegung des Begriffs „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ in Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL zu fragen. Damit konnte der EuGH – wie er sodann auch klarstellte³⁸⁰ – nicht etwa zur Vereinbarkeit der spanischen Regelung des 693 Abs. 2 (a.F.) LEC mit der Klausel-RL befinden. Seine Rolle beschränkte sich vielmehr darauf, den fraglichen Begriff zu erläutern und zu präzisieren. Er befand, dass die Frage, ob ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ durch eine Klausel begründet wird, insbesondere davon abhängt, ob sie eine ungünstigere Rechtslage schafft, als es das nationale Recht (ohne die Klausel) vorsieht. Auch die dem Verbraucher zur Verfügung stehenden Mittel zur Wehr gegen missbräuchliche Klauseln müssten berücksichtigt werden.³⁸¹ Zudem gebiete Art. 4 Klausel-RL, dass auch die Folgen zu berücksichtigen sind, die die Klausel im anwendbaren Recht haben kann.³⁸² Schließlich müsse das Gericht insbesondere untersuchen, ob die Möglichkeit des Gläubigers zur Fälligestellung von der Verletzung einer wesentlichen Pflicht des Schuldners abhängt, und die Pflichtverletzung in Relation zu Laufzeit und Höhe des Darlehens hinreichend schwerwiegend

³⁷⁸ So später auch der EuGH in seinem Urteil vom 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 34.

³⁷⁹ EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11.

³⁸⁰ Rn. 66.

³⁸¹ Rn. 68.

³⁸² Rn. 71.

ist.³⁸³ Auch die von der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Verbrauchers, die Wirkungen der vorzeitigen Fälligestellung zu beseitigen, seien zu berücksichtigen.³⁸⁴

b) Der spanische Gesetzgeber unter Druck

Damit gab der EuGH dem spanischen Vorlagegericht zwar Auslegungskriterien an die Hand, begründete aber nicht unmittelbar die Pflicht des spanischen Gesetzgebers, das Recht zur vorzeitigen Fälligkeit *de lege lata* zu ändern. Ein gewisser Handlungsdruck mag durch das Urteil dennoch entstanden sein.³⁸⁵ So verlangt der EuGH in Rn. 73 seines Urteils, dass die Gerichte prüfen, ob das Recht zur Fälligestellung davon abhängt, „dass der Verbraucher eine Verpflichtung nicht erfüllt hat, die im Rahmen der fraglichen vertraglichen Beziehungen wesentlich ist, ob diese Möglichkeit für Konstellationen vorgesehen ist, in denen eine solche Nichterfüllung im Verhältnis zur Laufzeit und zur Höhe des Darlehens hinreichend schwerwiegend ist, ob die genannte Möglichkeit von den auf diesem Gebiet anwendbaren Vorschriften abweicht und ob das nationale Recht angemessene und wirksame Mittel vorsieht, die es dem Verbraucher, dem gegenüber eine derartige Klausel zur Anwendung kommt, ermöglichen, die Wirkungen der Fälligestellung des Darlehens wieder zu beseitigen.“

In Anbetracht dieser Vorgaben kann eine Inhaltskontrolle nicht ernsthaft zu dem Ergebnis kommen, die Nichtzahlung einer monatlichen Rate (von beispielsweise 300 Raten³⁸⁶, was 0,033 % entspricht) sei eine wesentliche und hinreichend schwerwiegende Pflichtverletzung in Relation zu Laufzeit und Höhe des Darlehens. Art. 693 Abs. 3 S. 2 LEC sieht zwar das Recht des Schuldners vor, seine hypothekarisch belastete gewöhnliche Wohnung von der Vollstreckung zu befreien, indem er den geschuldeten Betrag hinterlegt. Ferner können sich durchaus – auch rechtskulturell bedingt – Unterschiede

³⁸³ Rn. 73.

³⁸⁴ Ebenda; bestätigt hat der EuGH diese Kriterien unter anderem in der Rechtssache *Banco Primus*, 21.6.2017 Rs. C-421/14, Rn. 67.

³⁸⁵ Eine implizite Neigung erkennend *Micklitz*, in: FS Stuyck, 2013, 639 (646); auch der *Tribunal Supremo* sah in dem Urteil des EuGH eine Neigung desselben, die Fälligkeitsklauseln als missbräuchlich einzustufen, Urteil vom 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo.

³⁸⁶ Die ergäben sich, wenn man eine Laufzeit von 25 Jahren zugrunde legte; das war 2005 etwa der Durchschnitt, mit steigender Tendenz, vgl. STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6.

bei der Inhaltskontrolle einer Klausel ergeben. Doch vermag das nicht darüber hinwegzuhelfen, dass in Langzeitverträgen ein Fälligkeitsrecht bei einer säumigen Rate schon abstrakt ein Ungleichgewicht in den Rechten und Pflichten zum Nachteil des Schuldners hervorruft.³⁸⁷

Eine Vorschrift, nach welcher der Gläubiger das Darlehen schon bei Ausstehen einer Rate fällig stellen kann, das Gericht gleichzeitig aber nicht davon entbinden kann, eine Klausel mit diesem Inhalt zu überprüfen, ist weitgehend nutzlos, wenn diese Prüfung die Nichtigkeit der Klausel ergeben muss. Natürlich kann der Darlehensnehmer ein Unternehmer oder die Klausel individuell ausgehandelt sein, was die Klauselkontrolle zumindest nach dem TRLCU ausschliesse. Doch ist das die Ausnahme der von der Norm erfassten Fälle. Um also Art. 693 Abs. 2 LEC nicht weitgehend sinnlos werden zu lassen, war es notwendig, die dort vorgesehenen säumigen Raten zu erhöhen.

Auch das Vorlagegericht in der Rechtssache *Aziz*, das JM Barcelona, befand nach dem Urteil des EuGH, dass die in dem Vertrag enthaltene Fälligkeitsklausel missbräuchlich sei.³⁸⁸ Der Gläubiger (die Bank) könne infolgedessen nur die fälligen Raten, nicht aber den gesamten Kreditbetrag in der Vollstreckung verlangen. Die Bank hatte hier nach vier ausgebliebenen von insgesamt 396 Raten gekündigt, also 1,01 % der Raten; der Schuldner hatte 453,88 € nicht gezahlt, also 0,328 % des Darlehens.³⁸⁹ Wie das Gericht überzeugend feststellt, müsse nicht nur der Prozentsatz der nicht gezahlten Schuld berücksichtigt werden. Bedeutend sei auch die Tatsache, dass die Fälligkeitsklausel die Bank nicht nur zur Kündigung des Darlehens ermächtige, sondern darüber hinaus auch dazu, ein derart radikales Verfahren wie das der Hypothekenvollstreckung einzuleiten.³⁹⁰ Das Gericht kritisierte schließlich auch, dass die Bank das belastete Grundstück viel zu hoch habe schätzen lassen. Sie habe außerdem gewusst, dass Herr Aziz mit sei-

³⁸⁷ Von einer evidenten (und auch abstrakten) Missbräuchlichkeit spricht sodann ironischerweise auch der TS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 4 sowie 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo.

³⁸⁸ SJM Barcelona, 2.5.2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, FD (*Sobre la cláusula de vencimiento anticipado*).

³⁸⁹ Ebenda.

³⁹⁰ Ebenda.

ner Familie nur monatliche Einnahmen in Höhe von netto 1.100 € hatte.³⁹¹ 70 % seines Gehalts waren für die Bedienung des Kredits nötig.³⁹²

b) Die (erste) Reform von Art. 693 LEC

Die nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz* verabschiedete Reform änderte Art. 693 Abs. 2 LEC durch Art. 7.13 Ley 1/2013 dahin, dass mindestens drei Raten oder ein entsprechender Betrag vor der vorzeitigen Kündigung ausstehend sein müssen, damit der Gläubiger das Darlehen samt Zinsen fordern kann.³⁹³ Nach Abs. 2 muss das Recht des Gläubigers weiterhin in der Hypothekenbestellungsurkunde vereinbart worden sein. Die Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger muss außerdem in der Bestellung der Urkunde über die Hypothek und im entsprechenden Register eingetragen worden sein.³⁹⁴

Auffallend ist, dass der spanische Gesetzgeber es vorgezogen hat, eine einheitliche Regelung beizubehalten und nicht etwa nur für Verträge im Anwendungsbereich der Klausel-RL die Kündigungsvoraussetzungen zu verschärfen. Die Änderungen – vor allem das Erfordernis von drei ausstehenden Raten – führten zwar dazu, dass etliche Fälligkeitsklauseln in Darlehensverträgen nutzlos waren, weil diese das Recht zur Fälligstellung bei nur einer Rate vorsahen. Doch kann nicht davon gesprochen werden, dass sich die Kündigungsvoraussetzungen für die Banken abstrakt wesentlich verschärft haben. Das Anheben von einer auf drei ausstehende Raten ist angesichts der durchschnittlichen Länge der Darlehen (siehe oben) marginal – drei Raten sind immer noch nur ein Bruchteil der Gesamtvaluta.³⁹⁵ Eine Proportionalität zu der Gesamtzahl an Raten kann so nicht hergestellt werden.³⁹⁶ Die Regelung berücksichtigt außerdem immer noch nicht

³⁹¹ SJM Barcelona, 2.5.2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, FD (*Sobre la cláusula de intereses moratorios*).

³⁹² SJM Barcelona, 2.5.2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, FD (*Sobre la cláusula de vencimiento anticipado*).

³⁹³ Neben Abs. 2, der die Voraussetzungen der Fälligstellung enthält, wurde auch der Wortlaut von Abs. 1 S. 1 angepasst, der die Anwendbarkeit der Art. 681 ff. für in Raten zu zahlende Schulden festlegt; dazu unten Kap. 6 IV 2.

³⁹⁴ Vgl. auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1098.

³⁹⁵ Kritisch auch *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (149), der darauf hinweist, dass auch bei drei ausstehenden Raten regelmäßig noch keine erhebliche Pflichtverletzung vorliegt.

³⁹⁶ So auch *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 556.

die weiteren Parameter, die nach dem EuGH bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit in Betracht gezogen werden sollen, und ist damit viel zu pauschal. Gleichzeitig hindert sie aber jedenfalls ihrem Wortlaut nach nicht eine Inhaltskontrolle etwaiger Klauseln nach TRLCU und LCGC. In deren Anwendungsbereich führte dies aber zu einem inneren Widerspruch der Regelungen, da man fast immer zu dem Schluss kommen müsste, eine Art. 693 Abs. 2 LEC entsprechende Klausel sei nach Art. 82 TRLCU unwirksam. Der spanische Gesetzgeber ist mit seinem Versuch, die Vorgaben des EuGH in das spanische Recht zu integrieren, offensichtlich gescheitert – jedenfalls wenn er eine Vorschrift schaffen wollte, bei der sich die Vertragsparteien sicher sein können, eine Klausel nach diesem Vorbild halte einer Inhaltskontrolle stand. Entsprechend kritisch war die Resonanz auf die Reform in der spanischen Literatur³⁹⁷; *Adán Domènech* nannte sie gar beschämend.³⁹⁸ Auch das *Juzgado de lo Mercantil* Barcelona wies darauf hin, dass die Voraussetzungen zur Kündigung von Langzeitdarlehen in anderen Ländern wesentlich schärfer seien.³⁹⁹

Für das Verhältnis von Art. 693 Abs. 2 LEC und Missbräuchlichkeit einer Kündigungsklausel gilt das zu Verzugszinsklauseln durch den EuGH Herausgearbeitete⁴⁰⁰: Auch die Neufassung von Art. 693 Abs. 2 LEC änderte nichts an der Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle von Klauseln, die der geänderten Fassung entsprechen. Anders herum hat ein Verstoß einer Klausel gegen die geänderte Fassung nicht automatisch den Befund ihrer Missbräuchlichkeit zur Folge.⁴⁰¹ Dies folgt insbesondere aus Art. 3 und 4 Klausel-RL.

³⁹⁷ *Izquierdo Blanco/Adán Domènech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 556; *Agüero Ortiz*, in: ADICAE, *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, 2016, 113 (120); eine fehlende Klarheit der Neufassung bemängelnd *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 169 ff.

³⁹⁸ *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (127).

³⁹⁹ SJM Barcelona, 2.5.2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, FD (*Sobre la cláusula de vencimiento anticipado*).

⁴⁰⁰ Dazu oben Kap. 3 II 1.

⁴⁰¹ So ausdrücklich auch EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 52.

c) Auswirkungen der Reform auf die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*

Mit der Reform von Art. 693 Abs. 2 LEC wandelte sich auch die Einstellung spanischer Gerichte zu den Fälligkeitsklauseln. Neben den unterinstanzlichen Gerichten⁴⁰² änderte auch der *Tribunal Supremo* seine Rechtsprechung: War er bisher der Ansicht, sie seien wirksam, auch wenn sie das Recht zur Fälligstellung schon ab einer säumigen Rate vorsahen, änderte sich seine Haltung angesichts der neuen Rechtslage.^{403,404} So seien Klauseln über die sofortige Fälligstellung auch wegen ihrer Üblichkeit zwar weiterhin grundsätzlich zulässig, soweit ein berechtigter Grund für sie vorliegt.⁴⁰⁵ Das soll wiederum der Fall sein bei einer wahrhaftigen und offenkundigen Abweichung von den vertraglichen Pflichten.⁴⁰⁶ Eine Klausel, die ein Recht zur Fälligstellung ab schon einer (auch nur teilweise) säumigen Rate vorsieht, sei jedoch offensichtlich unwirksam, weil sie sich nicht an hinreichend gewichtige quantitative und zeitliche Parameter binde.⁴⁰⁷ Die Selbstverständlichkeit, mit welcher der *Tribunal Supremo* die Klauseln als missbräuchlich ansieht, verwundert angesichts seiner bisherigen Rechtsprechungslinie. Bemerkenswert ist auch, dass er etwa in seinem Urteil vom 23.12.2015⁴⁰⁸ die Missbräuchlichkeit einer der streitgegenständlichen Fälligkeitsklauseln bestätigt, ohne auch nur ein Wort zur tatsächlichen normativen Grundlage dieses Befundes zu verlieren. Die Missbräuchlichkeit kann sich bei Betrachtung der Verbotstatbestände dabei nur aus der Generalklausel Art. 82 Abs. 1 TRLCU oder aus Art. 85 Abs. 4 oder Art. 85 Abs. 6 TRLCU ergeben.⁴⁰⁹ Insoweit schien die Gefahr zu bestehen, dass der *Tribunal Supremo* (und

⁴⁰² So etwa AAP Barcelona, Secc. 4^a, 21.12.2015, ECLI:ES:APB:2015:1994A, FD 4; AAP Barcelona, Secc. 16^a, 27.11.2015, ECLI:ES:APB:2015:1642A, FD 6 ff.; AAP Valencia, Secc. 9^a, 14.7.2015, ECLI:ES:APV:2015:143A, FD 3; SAP Madrid, Secc. 28^a, 26.7.2013, ECLI:ES:APM:2013:12691, FD 13.

⁴⁰³ So etwa STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5816, FD 5, quinto motivo.

⁴⁰⁴ An dem Recht der Klauselkontrolle nach LCGC und TRLCU hat sich freilich nichts entscheidend geändert.

⁴⁰⁵ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 2 mit Verweis auf STS, 16.12.2009, ECLI:ES:TS:2009:8466 und STS, 4.6.2008, ECLI:ES:TS:2008:2599.

⁴⁰⁶ Ebenda.

⁴⁰⁷ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 4, 5.

⁴⁰⁸ ECLI:ES:TS:2015:5816, FD 5, quinto motivo.

⁴⁰⁹ Die AP Madrid erwähnt hingegen Art. 88 Abs. 1 (Unverhältnismäßigkeit der Sicherheit) und 87 TRLCU (fehlende Reziprozität) neben der Generalklausel, Urteil vom 26.7.2013, Secc. 28^a, ECLI:ES:APM:2013:12691, FD 13.

ihm folgend unterinstanzliche Gerichte) von der Verletzung des Art. 693 Abs. 2 LEC auf die Missbräuchlichkeit der Fälligkeitsklausel nach dem TRLCU schließen, ohne weitere Kriterien zu berücksichtigen, wie es Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL und auch deren Äquivalent in Art. 82 Abs. 1, 3 TRLCU verlangen. Andererseits berücksichtigte der *Tribunal Supremo* in seinen Urteilen vom 23.12.2015 und 18.2.2016 jedenfalls formal auch andere Parameter als die Verletzung von Art. 693 Abs. 2 LEC, die der EuGH in der Rechtssache *Aziz* vorgab. So sei eine Klausel, die Art. 693 Abs. 3 LEC entspricht, zusätzlich zu messen an der Wesentlichkeit der verletzten Pflicht, der Schwere der Pflichtverletzung in Relation zu Höhe und Laufzeit des Darlehens sowie der Möglichkeit des Schuldners, den Wirkungen der Fälligkeit Abhilfe zu schaffen.⁴¹⁰ Dennoch birgt sich hier die Gefahr, die Missachtung dieser Kriterien durch die Klausel (nur) dann anzunehmen, wenn sie Art. 693 Abs. 2 LEC verletzt.

Angesichts des (vorschnellen) Rückschlusses von dem Verstoß gegen Art. 693 Abs. 2 LEC auf die Nichtigkeit der Vereinbarung drängt sich die Frage auf, ob man Art. 693 Abs. 2 LEC nicht als Verbotsgesetz im Sinne von Art. 6 Abs. 3 CC begreifen kann, so dass sich die Nichtigkeit nicht erst aus der TRLCU ergibt, sondern schon aus der Verletzung von Art. 693 Abs. 2 LEC.⁴¹¹ Art. 693 Abs. 2 LEC setzt allerdings in all seinen Fassungen eine Vereinbarung voraus, kann also offensichtlich nicht als *ius cogens* verstanden werden, wie es Art. 6 Abs. 3 CC verlangt.⁴¹² Schlüssiger scheint es indes zu sein, die Haltung des *Tribunal Supremo* als die Tendenz einer Rechtsprechung zu verstehen, die eine Klausel jedenfalls (und immer) dann als missbräuchlich einstuft, wenn sie die Grenze aus Art. 693 Abs. 2 LEC verletzt.⁴¹³ Damit wäre ein Minimalstandard gesetzt, der dogmatisch vergleichbar ist mit jenem, den der *Tribunal Supremo* bei Verzugszinsklauseln etabliert hat. Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Banco*

⁴¹⁰ Vgl. STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5816, FD 5, quinto motivo, Rn. 4; STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 5.

⁴¹¹ Die Nichtigkeit einer Vereinbarung schon wegen Verstoßes gegen Art. 693 Abs. 2 LEC nimmt *Alcalá Díaz* an, ohne genauer auf die normative Grundlage dieser Rechtsfolge einzugehen, in: *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 171.

⁴¹² So allerdings noch STS 27.3.1999, ECLI:ES:TS:1999:2155, FD 5 f. für die Vorgängernorm Art. 135 *Ley Hipotecaria* i.d.F. vom 27.2.1946.

⁴¹³ Vgl. STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5816, FD 5, quinto motivo, Rn. 4: „[...] *siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el Art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además [...]*”.

Santander hat die Vereinbarkeit solcher Mindestgrenzen mit der Klausel-RL jedenfalls bestätigt.⁴¹⁴

3. Verhältnis von Anwendung und Missbräuchlichkeit einer Klausel

Die auf die Reform durch Ley 1/2013 folgenden Urteile der unterinstanzlichen Gerichte waren zunächst jedoch nicht homogen. Dies wurzelte in der Reaktion vieler Banken auf die neue Rechtslage, die ihnen die Nutzung ihrer Fälligkeitsklauseln (welche ein Recht zur Fälligestellung bei nur einer Rate vorsahen) verwehrte. Um dieses Problem zu lösen, stellten die Gläubiger das Darlehen nicht ihrer Klausel entsprechend bei einer ausstehenden Rate fällig, sondern erst bei drei Raten, um so Art. 693 Abs. 2 LEC in seiner neuen Fassung zu entsprechen. Ob diese Art. 693 Abs. 2 beachtende Anwendung der Klausel ihre Wirksamkeit zur Folge haben kann, wurde von den Gerichten unterschiedlich beantwortet⁴¹⁵, was zu Rechtsunsicherheit führte und den Gang zum Gericht zu einer Art „russisches Roulette“⁴¹⁶ machte.⁴¹⁷

Die Vereinbarkeit dieser teils ergangenen Rechtsprechung mit der Klausel-RL wurde schließlich dem EuGH vorgelegt. Dessen Verdikt war eindeutig: Der Befund der Missbräuchlichkeit einer Klausel durch ein nationales Gericht kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob die betreffende Klausel in praxi angewandt wurde oder nicht.⁴¹⁸ Das folgt eigentlich schon aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL, der eine Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel „zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“ fordert. Der Wortlaut gibt also den maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt vor und verbietet es so, spätere Umstände wie etwa die tatsächliche Anwendung der Klausel zu berücksichtigen.⁴¹⁹ Hintergrund für diese Entscheidung bildete das Verfahren vor dem

⁴¹⁴ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (*Banco Santander*), Rn. 71

⁴¹⁵ Für eine „Heilung“ der Klausel durch diese Praxis etwa SAP Valladolid, 24.3.2014, Secc. 3^a, ECLI:ES:APVA:2014:407, FD 2.

⁴¹⁶ So wörtlich *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (127).

⁴¹⁷ *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (127).

⁴¹⁸ EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 50; siehe auch *Raluca Stroe*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 16/2015, S. 158 (160).

⁴¹⁹ Anders könnte es aber liegen, wenn der Vertrag nachträglich geändert und etwa eine Kompensation für eine ansonsten missbräuchliche Klausel integriert wird, die ihre Missbräuchlichkeit aufhebt. Hier sollte man auf den Zeitpunkt der Vertragsänderung abstellen.

Vorlagegericht⁴²⁰, in dem der Gläubiger (eine Bank) sich zwar ein Recht zur sofortigen Fälligkeit ab nur einer säumigen Rate zusichern lies, angesichts der sodann neuen Regelung, wonach mindestens drei Raten ausstehend sein müssen, das Darlehen erst später fällig stellte. Der EuGH wies ferner darauf hin, dass die bloße Tatsache, dass die Fälligkeitsklausel gegen Art. 693 Abs. 2 LEC verstoße, angesichts Art. 3 und 4 Klausel-RL nicht für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit derselben ausreiche.⁴²¹ Das Urteil mutet teilweise wie eine Unterrichtsstunde an, stand doch dieser Rechtsprechung ihre Richtlinienwidrigkeit auf die Stirn geschrieben. Noch deutlicher zeigt sie aber das Bestreben in der spanischen Rechtspraxis, dem denklösig notwendigen Befund/unausweichlichen Schicksal der Unwirksamkeit ihrer Fälligkeitsklauseln irgendwie Herr zu werden. *Adán Domènech* spricht von einer Obsession, die Nutzung der Klauseln zu legitimieren.⁴²² Die absurd kurze Zeitspanne bis zur Möglichkeit der Fälligkeit, die die Darlehensgeber in ihren Verträgen verankert hatten, stellte sich letzten Endes als Schuss ins eigene Bein heraus.

Das JPI Santander stellte ein knappes Jahr später eine ähnliche Vorlagefrage.⁴²³ In ihr ging es darum, dass einige Gerichte Art. 693 Abs. 2 LEC so auslegten, dass die Vorschrift es ihnen untersagte, eine Klausel für missbräuchlich zu erklären, wenn sie nicht angewandt wurde.⁴²⁴ In der Rechtssache *Banco Primus* stellte der EuGH sodann (erneut) klar, dass der Prüfungsumfang nationaler Gerichte nicht davon abhängen kann, ob eine Klausel tatsächlich angewandt wird oder nicht – eine solche richterliche Auslegung von Art. 693 Abs. 2 LEC verletzt mithin die Klausel-RL.⁴²⁵ Im Kern ging es folglich um die gleiche Frage wie in der Rechtssache *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*. Wieder war das JPI Santander (gleiche *Sección*) das vorlegende Gericht.⁴²⁶

⁴²⁰ AJPI Santander, 19.11.2013, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2013:31A.

⁴²¹ EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), Rn. 52.

⁴²² *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (125).

⁴²³ AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2014:41A.

⁴²⁴ Vergleiche AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2014:41A, FD 7, Rn. 24.

⁴²⁵ EuGH, 21.6.2017 Rs. C-421/14 (*Banco Primus*), Rn. 73.

⁴²⁶ AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2014:41A.

Auch an dieser Stelle hat also der EuGH mit seinen Urteilen die Rechtsprechung spanischer Gerichte rund um den Schutz spanischer Hypothekenschuldner geprägt und so auch für Rechtssicherheit gesorgt.⁴²⁷

4. Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit von Fälligkeitsklauseln

Bei der Reform des spanischen Rechts der vorzeitigen Fälligkeit für hypothekarisch gesicherte Darlehensverträge durch Ley 1/2013 blieb es indes nicht; das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Abanca*⁴²⁸ machte weitere Änderungen notwendig. Grund für das Urteil und die Reform war die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zu den Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit einer Fälligkeitsklausel.

a) Haltung des *Tribunal Supremo*

Befand ein spanisches Gericht eine Klausel zur vorzeitigen Fälligkeit für missbräuchlich (im Sinne von Art. 82 TRLCU), sah die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* bisher vor, den missbräuchlichen Teil – die Befugnis zur Fälligestellung nach etwa nur einer säumigen Rate – aus der Klausel zu streichen, ihren restlichen Inhalt (die Vereinbarung der Parteien über das Kündigungsrecht) aber weiter aufrecht zu erhalten.⁴²⁹ Das bedeutete, dass der Gläubiger zwar nicht nach Ausbleiben der (zu geringen) Anzahl der in der Klausel genannten Raten kündigen konnte. Er verlor indes nicht vollständig seine Befugnis zur Gesamtfälligestellung für die *ejecución hipotecaria*. Jene richtete sich sodann nach Art. 693 Abs. 2 LEC – und zwar in seiner durch Ley 1/2013 reformierten Fassung, die es dem Gläubiger gestattete, das Darlehen bei drei ausstehenden Raten (oder einem entsprechenden Betrag) fällig zu stellen. Der missbräuchliche Teil der Klausel wurde also durch die Regelung in Art. 693 Abs. 2 LEC ersetzt. Dies hatte zur Folge, dass das

⁴²⁷ Kritisch mit Blick auf die Implikationen für das Institut der Rechtskraft durch die weiteren Feststellungen in der Rechtssache *Banco Primus* (2. Leitsatz) allerdings *Piekenbrock*, in: GPR 2017, 299; siehe dazu auch *Fervers*, in: NZM 2018, 136.

⁴²⁸ Urteil vom 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17.

⁴²⁹ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, segundo motivo, Rn. 5; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 4 ff.; vgl. auch *Adán Domènech*, El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE, 2020, S. 164 f.

Gericht nicht gem. Art. 695 Abs. 3 LEC⁴³⁰ die Vollstreckung aussetzte, sondern sie (unter Anwendung der Drei-Monats-Regel) fortsetzen ließ.

Was bewog den *Tribunal Supremo* zu dieser Rechtsprechung? Nach seinem Dafürhalten verlange der Verbraucherschutz gerade keine extensive Auslegung, die dem Gläubiger das Recht zur Fälligestellung vollends verwehrt.⁴³¹ Eine solche führte – in dem Gewand größtmöglichen Schutzes – dazu, dass sich der Zugang der Verbraucher zu Hypothekenkrediten und damit auch zum Erwerb von Eigentum beschränkte.⁴³² Wäre die teilweise Aufrechterhaltung der Fälligkeitsklausel nicht möglich, müsste der Gläubiger zunächst eine Klage auf Feststellung der Kündigung des Vertrags (Art. 1124 CC⁴³³) erheben.⁴³⁴ Das sich hieraus ergebende Urteil kann aber nur den Grund für ein ordentliches Vollstreckungsverfahren bilden – der Weg über die schnellere *ejecución hipotecaria* bliebe dem Gläubiger verwehrt. Eine solche Beschränkung des besonderen Vollstreckungsverfahrens sei vor dem Leitprinzip des Gleichgewichts der Leistungen und der grundsätzlichen Zulässigkeit von Fälligkeitsklauseln unangebracht.⁴³⁵ Dafür spreche auch die beträchtliche durchschnittliche Dauer der Darlehen von nun mehr als 25 Jahren.⁴³⁶ Schließlich könne ein nationales Gericht dispositives Recht zur Erreichung der Ziele des Art. 6 Klausel-RL ergänzend anwenden.⁴³⁷ Unklar bleibt bei der Formulierung des *Tribunal Supremo* allerdings, ob er nur davon ausgeht, dass die Verwehrung der *ejecución hipotecaria* für den Verbraucher besonders nachteilig ist (hierfür spricht mehr⁴³⁸), oder ob er auch der Ansicht ist, der Vertrag könne ohne die Fälligkeitsklausel nicht fortbestehen (wie es der EuGH voraussetzt). Sodann zählt der *Tribunal Supremo*

⁴³⁰ Dazu unten Kap. 6 V 2 e).

⁴³¹ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6.

⁴³² Ebenda; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 5

⁴³³ Hier geht der TS noch von einer Anwendbarkeit von Art. 1124 CC aus, vgl. dazu unten 4 d).

⁴³⁴ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 5

⁴³⁵ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6.

⁴³⁶ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 5

⁴³⁷ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 7.

⁴³⁸ In Rn. 6 geht der TS noch davon aus, der Gläubiger müsse sich vom *Vertrag* lösen und könne erst dann vollstrecken.

die Vorteile der *ejecución hipotecaria* auf.⁴³⁹ Sie können aber über einen Verstoß gegen die Klausel-RL nicht hinweghelfen (dazu sogleich).

b) Kritik

Schon vor dem Urteil des EuGH entzündete sich in der Literatur Kritik an dieser Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*.⁴⁴⁰ Besonders problematisch ist, dass der Tatbestand von Art. 693 Abs. 2 LEC eine Einigung zwischen den Parteien über die vorzeitige Fälligkeit verlangt, damit nach drei ausstehenden Raten gekündigt werden kann.⁴⁴¹ Eben diese Einigung – im Gewand der Fälligkeitsklausel – ist aber missbräuchlich.

Zudem scheint der *Tribunal Supremo* die beiden Fragen zu vermengen, ob der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen könne, und ob die Nichtanwendung der Klausel besonders nachteilig sei. Dabei muss jedes Gericht in einem ersten Schritt untersuchen, ob der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen kann. Ob die bloße Nichtigkeit der Klausel für den Verbraucher nachteilig ist, ist dabei ohne Belang; er kann dieser Wirkung widersprechen.⁴⁴² Erst in einem zweiten Schritt – und nur wenn sich ergibt, dass der Vertrag nicht fortbestehen kann – muss das Gericht prüfen, ob die Gesamtnichtigkeit für den Verbraucher besonders nachteilig ist. Wirklich bizarr mutet an, dass der *Tribunal Supremo* in seinen Urteilen eigentlich zu dem richtigen Schluss kommt, nämlich dass eine Lückenfüllung nur möglich ist, wenn die Nichtigkeit der Klausel die Nichtigkeit des gesamten Vertrags mit sich zieht. Gleichwohl geht er – unter Anführung eines *Argumentum ad verecundiam* – davon aus, dass dies bei Fälligkeitsklauseln der Fall sei.⁴⁴³

Schließlich zeigt auch das jeweilige Sondervotum in den Urteilen des *Tribunal Supremo*, dass die Meinungen auch schon innerhalb des Gerichts gespalten waren.⁴⁴⁴ Danach

⁴³⁹ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 7.

⁴⁴⁰ Kritisch etwa *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (129 ff.); *Izquierdo Blanco/Adán Domènech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 565 ff.; dem *Tribunal Supremo* anscheinend aber folgend *Agüero Ortiz*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 17/2016, 116 (131).

⁴⁴¹ Siehe dazu oben Kap. 4 I 2 b).

⁴⁴² Vgl. EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 63.

⁴⁴³ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 7; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 6.

⁴⁴⁴ Sowohl im Urteil vom 18.2.2016 (Individualklage) als auch im Urteil vom 23.12.2015 (Kollektivklage) gab es ein *voto particular*; siehe dazu auch *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (65).

denaturiere die vom Senat entwickelte Lösung die Missbräuchlichkeitskontrolle und mache sie unwirksam. Sie führe zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Klausel und widerspreche damit der Rechtsprechung des EuGH.⁴⁴⁵

c) Der EuGH widerspricht und präzisiert in der Rechtsache *Abanca* Der EuGH befand, dass die teilweise Aufrechterhaltung einer als missbräuchlich erachteten Klausel über die vorzeitige Fälligestellung eines Hypothekendarlehensvertrags durch Streichen der sie missbräuchlich machenden Teile Art. 6 und 7 der Richtlinie 93/13/EWG verletze, wenn diese Streichung die Klausel grundlegend ändert. Sollte durch Streichen derselben der gesamte Vertrag nicht fortbestehen können und dies für den Verbraucher insgesamt besonders nachteilig sein, könne die Klausel, wenn sie durch eine gesetzliche Norm (in casu Art. 693 Abs. 2 LEC) inspiriert wurde, durch die neue Fassung dieser Norm ersetzt werden.

Den beiden nach Art. 267 AEUV vorgelegten Ausgangsrechtsstreiten lag jeweils ein hypothekarisch gesicherter Darlehensvertrag zugrunde, der eine Klausel enthielt, welche die Bank zur Fälligestellung des gesamten Darlehens samt aller Arten Zinsen befähigte, sobald die betreffenden Schuldner auch nur mit einem Teil der fälligen Tilgungsrate oder Zinsen säumig waren. Die beiden vorlegenden Gerichte – der *Tribunal Supremo*⁴⁴⁶ und der JPI Barcelona⁴⁴⁷ – zweifelten daran, ob der nicht missbräuchliche Teil einer für missbräuchlich befundenen Fälligkeitsklausel erhalten und weiter auf den Vertrag angewendet werden kann, wie es die Rechtslage in Spanien bisher vorsah. Dass auch der *Tribunal Supremo* vorlegte, überraschte dabei, weil er diese Rechtsprechung selbst zuvor in zwei Urteilen aufgestellt und bestätigt hatte. Mitunter wird ihm deshalb vorgeworfen, dass er seine Rechtsprechung mehr verteidigte als eine neue Frage vorlegte.⁴⁴⁸ Beide Verträge der Ausgangssache sahen ein Recht zur vorzeitigen Fälligestellung ab einer Rate vor; das widersprach einerseits der Regelung in Art. 693 Abs. 2 n.F.⁴⁴⁹ LEC und führte zum anderen zum Befund ihrer Missbräuchlichkeit. In der beim JPI Barcelona anhängigen Rechtssache waren die Schuldner indes schon mit 36 Monatsra-

⁴⁴⁵ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, *voto particular*, FD 1.2.

⁴⁴⁶ ATS, 8.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:271A.

⁴⁴⁷ AJPI Barcelona, 30.3.2017, Secc. 1^a, ECLI:ES:JPI:2017:26A.

⁴⁴⁸ *María Miquel*, in: INF II/17, 64 (65).

⁴⁴⁹ In der Fassung vom 15.5.2013 (geändert durch Art. 7.13 Ley 1/2013).

ten in Verzug.⁴⁵⁰ Die Entscheidung des EuGH wurde dabei sehnlichst erwartet, weil infolge der Vorlagen vor allen spanischen Gerichten die Hypothekenvollstreckungen suspendiert wurden.⁴⁵¹ Diese Tatsache unterstreicht die Bedeutung dieser Rechtsfrage für Hypothekenschuldner, entblößte letztendlich aber auch die Dysfunktionalität der spanischen Rechtsordnung in dieser Hinsicht.

Weil der Beschluss des JPI Barcelona sich ausführlicher mit der spanischen Rechtslage auseinandersetzte und dem EuGH so mehr Informationen preisgab – angesichts der früheren Vorlage durch den *Tribunal Supremo* wäre eine weitere Vorlage nicht nötig gewesen und mag dies als instanzlicher Seitenhieb gewertet werden – bestritt die spanische Regierung gar die Zulässigkeit dieser Vorlage, weil der Zweck von Vorlagenfragen nicht darin bestehe, andere Vorlagen zu korrigieren.⁴⁵² Der EuGH folgte dieser Einschätzung nicht und blieb seiner bisherigen Linie⁴⁵³ treu, den nationalen Gerichten das Urteil der Erforderlichkeit der Vorlage zu überlassen und dieselbe nur in offensichtlichen Ausnahmefällen abzulehnen.

Zur Frage selbst weist der EuGH darauf hin, dass die bloße Streichung des missbräuchlichen Teils, konkret: des Grundes der Fälligestellung (etwa Ausbleiben nur einer Rate) die Klausel selbst fundamental änderte.⁴⁵⁴ Die Befugnis zur Fälligestellung („Ob“) und die Voraussetzungen ihrer Ausübung („Wann“) sind also untrennbar miteinander verbunden. Insofern sei eine teilweise Aufrechterhaltung der Klausel nicht mit Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL vereinbar. Führe die Streichung der an eine Norm (Art. 693 Abs. 2 LEC a.F.) angelehnten Klausel aber nach nationalem Recht zwingend dazu, den ganzen Vertrag für nichtig zu erklären, sei das nationale Gericht nicht per se daran gehindert, die Klausel durch die neue Fassung dieser Norm zu ersetzen. Die Nichtigkeitserklärung des gesamten Darlehensvertrags wäre nämlich für den Verbraucher regelmäßig besonders

⁴⁵⁰ AJPI Barcelona, 30.3.2017, Secc. 1ª, ECLI:ES:JPI:2017:26A, RJ 1.5.

⁴⁵¹ Vgl. *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (133).

⁴⁵² EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 42.

⁴⁵³ Siehe dazu EuGH, 29.11.1978, Rs. 83/78 (*Redmond*), Rn. 25; 14.6.2012, Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*), Rn. 76; 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 80 ff.; 16.6.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Rn. 25; 20.12.2017, Rs. C-322/16 (*Global Star-net*), Rn. 17.

⁴⁵⁴ EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 55.

nachteilig.⁴⁵⁵ Ob die Verträge ohne die Fälligkeitsklausel fortbestehen können⁴⁵⁶ und ob die Gesamtnichtigkeit des Vertrages besonders nachteilig für den Verbraucher ist, unterliege der Prüfung durch die nationalen Gerichte.⁴⁵⁷ Schließlich merkt der EuGH noch an, dass die in den Vorlagebeschlüssen erwähnten Verfahrensprivilegien der *ejecución hipotecaria* gegenüber der *ejecución ordinaria*, die dem Verbraucher bei Gesamtnichtigkeit entzogen würden, für eine Nachteilhaftigkeit sprechen können. Auch dies dürfe aber ausschließlich durch die nationalen Gerichte geprüft werden.⁴⁵⁸ Zuletzt betont der EuGH noch, dass – sollte die Klausel unter Fortbestehen des Vertrages für nichtig erklärt werden – der Verbraucher der Nichtigkeitsklärung derselben widersprechen kann, sollte er etwa eine Vollstreckung nach den Vorschriften der *ejecución hipotecaria* für vorteilhafter erachten.

d) Anwendung des Prüfungsmaßstabs des EuGH

Aus dem Urteil des EuGH ergeben sich zwei Fragen für die Missbräuchlichkeit einer Kündigungsklausel. Zum einen müssen die Gerichte untersuchen, ob der Wegfall der Klausel dazu führt, dass der Darlehensvertrag nach spanischem Recht nicht mehr fortbestehen kann. Schon diese Frage muss verneint werden (sodass sich die zweite schon gar nicht mehr stellt).⁴⁵⁹ Warum sollte ein Darlehensvertrag nicht ohne die Fälligkeitsklausel fortbestehen können?⁴⁶⁰ Ein sachlicher Grund oder eine gesetzliche Norm sind

⁴⁵⁵ Dazu schon EuGH, 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 83 f.

⁴⁵⁶ Zum Fortbestehen des Vertrages ohne missbräuchliche Klausel etwa EuGH, 26.1.2017, Rs. C-421/14 (*Banco Primus*), Rn. 71; 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 (*Unicaja Banco und Caixabank*), Rn. 28; 14.6.2012, Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*), Rn. 65.

⁴⁵⁷ EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 60, 61.

⁴⁵⁸ EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 62.

⁴⁵⁹ Zu diesem Schluss kommt schon JPI Santander, Beschluss vom 10.9.2014, Secc. 2^a, ECLI:ES:JPI:2014:41A, FD 7, Rn. 24.

⁴⁶⁰ Die spanische Rechtsordnung scheint keine § 139 BGB vergleichbare Norm zu kennen, die die Folgen der Nichtigkeit von Teilen eines Rechtsgeschäfts für das gesamte Rechtsgeschäft bestimmt, vgl. *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 326.

dafür nicht ersichtlich.⁴⁶¹ Im Gegenteil: Dass Art. 693 Abs. 2 LEC davon spricht, dass die Parteien ein Recht zur vorzeitigen Kündigung vereinbaren können, zwingt zum Umkehrschluss, dass sie es eben auch unterlassen können. Art. 83 TRLCU, der die Rechtsfolgen der Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln regelt, schweigt zu der Frage, wann ein Vertrag ohne die Klausel fortbestehen kann.⁴⁶² Auch bei Missbräuchlichkeit einer Verzugszinsklausel hat der *Tribunal Supremo* anerkannt, dass der Vertrag ohne sie fortbestehen kann, weil aus ihrer Unwirksamkeit nur eine Reduktion des vom Schuldner zu zahlenden Preises folgt.⁴⁶³ Ein Recht zur vorzeitigen Kündigung sorgt andererseits schlicht dafür, dass sich der Gläubiger vor Ablauf des Vertrags von ihm lösen darf. Auch die (freilich nicht auf Art. 83 TRLCU anwendbare) Rechtsfolgenregelung in Art. 9 Abs. 2 LCGCC sieht eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags nur für den Fall vor, dass die Nichtigkeit der Klausel eines der wesentlichen Vertragselemente nach Art. 1261 CC betrifft. Nur zunächst schien auch der *Tribunal Supremo* – trotz seiner Lückenfüllung, die gerade die Unwirksamkeit des Vertrags voraussetzt – davon auszugehen, dass der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen kann; das ergibt jedenfalls ein Umkehrschluss aus der Formulierung seiner zweiten Vorlagefrage.⁴⁶⁴ Dort spricht er davon, dass der Gläubiger die Kündigung des Vertrags verlangen könne, wenn ihm die *ejecución hipotecaria* wegen der Unwirksamkeit der Klausel verwehrt bleibt. Eine Kündigung des Vertrags ist aber nicht mehr nötig, wenn er schon nichtig ist.

Zum anderen entscheidet über die Anwendbarkeit von Art. 693 Abs. 2 n.F. LEC, ob die spanischen Gerichte einer Gesamtnichtigkeit des Darlehensvertrages besonders nachteilige Folgen für den Verbraucher attestieren. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Beschreitung des Vollstreckungsverfahrens nach der *ejecución ordinaria* (der

⁴⁶¹ Für ein Fortbestehen des Vertrags ohne Fälligkeitsklausel auch AJPI Barcelona, 30.3.2017, ECLI:ES:JPI:2017:26A, RJ 9. Das JPII Ceuta hatte gar die Vorlagefrage beim EuGH gestellt, ob die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* in dieser Hinsicht vereinbar mit der Klausel-RL sei. Ausweislich der Vorlagefrage geht auch das Vorlagegericht davon aus, dass der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen kann, vgl. AJPII Ceuta, 25.9.2019, ECLI:ES:JPII:2019:23A; der Vorlagebeschluss wurde mit Hinweis auf das Urteil in den verb. Rs. C-224/19 und C-225/19 aber wieder zurückgenommen, vgl. EuGH, 29.10.2020, Rs. C-732/19.

⁴⁶² Es findet sich nur die Anordnung, dass der Vertrag für die Parteien bindend bleibt, wenn er ohne die (nichtigen) Klauseln fortbestehen kann ([...]“*siempre que puede subsistir sin dichas cláusulas*.“).

⁴⁶³ STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 6.4; dazu auch oben Kap. 3 II 4.

⁴⁶⁴ Siehe ATS, 8.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:271A, parte dispositiva.

Gläubiger müsste aus einem die Auflösung respektive Nichtigkeit des Vertrages bestätigenden Urteil vollstrecken⁴⁶⁵) für den Verbraucher ungünstiger ist als das Verfahren nach der *ejecución hipotecaria*.⁴⁶⁶ Schon die gegensätzlichen Auffassungen des *Tribunal Supremo* und des JPI Barcelona zeigen, dass diese Frage nicht einfach zu beantworten ist. Ihre Beantwortung hängt wiederum jedenfalls nach Ansicht der spanischen Gerichte davon ab, ob Art. 1124 CC auf Darlehensverträge anwendbar ist.⁴⁶⁷ Die Meinung des *Tribunal Supremo* dazu ist inkonsequent.⁴⁶⁸ Teilweise betrachtet er Darlehensverträge als einseitige, unilaterale Verträge, sodass Art. 1124 CC nicht anwendbar wäre.⁴⁶⁹ Neuerdings scheint er jedoch von einer Anwendbarkeit des Art. 1124 CC auszugehen; so müsse der Gläubiger eine Vertragsauflösung herbeiführen.⁴⁷⁰ Sollte Art. 1124 CC nicht anwendbar sein, gäbe es keine Möglichkeit des Darlehensgebers, den Vertrag vorzeitig zu kündigen. Doch wird bei der Diskussion um Art. 1124 CC verkannt, dass eine Vertragsauflösung gar nicht nötig ist, wenn man zu dem Schluss kommt, dass der Vertrag ohne die Fälligkeitsklausel nicht fortbestehen kann. Er ist dann nichtig, kann de

⁴⁶⁵ Vergleiche auch STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.9.

⁴⁶⁶ Lehnt das Gericht die Vollstreckung rechtskräftig ab, verweist Art. 552 Abs. 3 LEC den Gläubiger auf das ordentliche Erkenntnisverfahren (*proceso ordinario*). Dieser Weg steht wiederum nur offen, wenn die Rechtskraft der die Grundlage der Vollstreckung bildenden Entscheidung nicht entgegensteht.

⁴⁶⁷ In der Literatur dagegen etwa *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 526; dafür *Mellado Rodríguez*, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*, 2008, S. 416 f.; *Delgado Echevarría*, in: *Lacruz Berdejo, Elementos de derecho civil*, Vol. 2, ³1995, S. 186; *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1059; ebenfalls dafür: SAP Vitoria-Gasteiz, Secc. 1^a, 25.3.2010, ECLI:ES:APVI:2010:772, FD 3.

⁴⁶⁸ Der Vorlagebeschluss des JPI Barcelona zur Rechtssache *Abanca* wertete die Rechtsprechung des Tribunal Supremo noch dahin, dass er Art. 1124 CC nicht für anwendbar hält, ECLI:ES:JPI:2017:26A, RJ 7.

⁴⁶⁹ STS, 10.7.1990, ECLI:ES:TS:1990:11159, FD 3; STS, 22.12.1997, núm. 1192/1997, FD 1; STS, 22.5.2001, ECLI:ES:TS:2001:4233, FD 6 (auch zu Art. 1124); STS, 13.5.2004, ECLI:ES:TS:2004:3258, FD 1; auch noch im Urteil vom 9.5.2013 zur *cláusula suelo* neigte der TS dazu, den Darlehensvertrag als unilateralen Realvertrag einzuordnen, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 14.2, Rn. 244; siehe dazu auch unten Kap. 5 II 3 b).

⁴⁷⁰ STS, 11.7.2018, ECLI:ES:TS:2018:2551, FD 2 (zwischen zinslosen und verzinsten Darlehen unterscheidend); STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 5; schon in einem Urteil vom 10.10.2007 unterschied der TS zwischen bilateralem Darlehensvertrag und unilateraler Bestellung der Hypothek, ECLI:ES:TS:2007:6170, FD 2.

facto gar nicht aufgelöst werden, und die Leistungen müssten gem. Art. 1303 CC rückabgewickelt werden.

Muss der Schuldner das Darlehen zurückzahlen – ob nun infolge der Nichtigkeit des Vertrags oder seiner Auflösung –, sprechen nach dem *Tribunal Supremo*⁴⁷¹ mehrere Gründe für eine Vorteilhaftigkeit der *ejecución hipotecaria*: Erstens kann der Schuldner bis zur Versteigerung den geschuldeten Betrag hinterlegen und so die Freigabe seiner Wohnung respektive seines Grundstücks erreichen, Art. 693 Abs. 3 LEC.⁴⁷² Er kann zweitens unter bestimmten Voraussetzungen einen Teilerlass seiner Schuld erwirken, Art. 579 Abs. 2 LEC.⁴⁷³ Schließlich wird er drittens durch den in Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC festgelegten Mindestversteigerungswert besonders geschützt.⁴⁷⁴

Trotz all dieser (scheinbaren) Vorteile der *ejecución hipotecaria* für den Schuldner können die Gerichte dem Verbraucher nach Art. 1124 Abs. 3 CC wiederum eine Frist gewähren.⁴⁷⁵ Ob die Gerichte von dieser Option Gebrauch machen, ist indes eine Einzelfallentscheidung und lässt sich nicht pauschal beantworten. Die Vorteilhaftigkeit des einen oder anderen Verfahrens ist also mitnichten eindeutig. Selbst der *Tribunal Supremo* geht davon aus, dass die Verwehrung der *ejecución hipotecaria* die Wirksamkeit der hypothekarischen Sicherheit beeinträchtigt⁴⁷⁶; wenn das besondere Hypothekenvollstreckungsverfahren also günstiger für den Gläubiger ist, spricht das nicht unmittelbar dafür, dass es auch für den Schuldner mehr Vorteile bietet.

Selbst wenn man annimmt, dass der Vertrag ohne die Fälligkeitsklausel nicht fortbestehen kann und dass die *ejecución hipotecaria* für den Schuldner vorteilhafter ist, sollte die ergänzende Anwendung von Art. 693 Abs. 2 LEC (a.F.) immer noch unmöglich sein – sein Tatbestand ist schlicht nicht erfüllt.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 7.

⁴⁷² Dazu unten Kap. 6 IV 5 c).

⁴⁷³ Siehe dazu Kap. 6 IV 5 b).

⁴⁷⁴ Siehe dazu unten Kap. 6 IV 2.

⁴⁷⁵ So auch AJPI Barcelona, 30.3.2017, Secc. 1^a, ECLI:ES:JPI:2017:26A, RJ 8.

⁴⁷⁶ STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, FD 2, Segundo Motivo, Rn. 6; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 5, quinto motivo, Rn. 5 („*obstaculización de la efectividad de la garantía real*“).

⁴⁷⁷ So auch AJPI Barcelona, 30.3.2017, Secc. 1^a, ECLI:ES:JPI:2017:26A, RJ 9.

e) Reaktion des *Tribunal Supremo* und Fortgang der Vollstreckungsverfahren

Die meisten Provinzgerichte/Vollstreckungsgerichte hatten die bei ihnen anhängigen Vollstreckungsverfahren seit der Vorlage des *Tribunal Supremo* suspendiert und warteten auf eine Entscheidung, die die Antworten des EuGH auf das spanische Recht übertrug – insbesondere also die Fragen klärte, ob Darlehensverträge ohne Fälligkeitsklausel fortbestehen können und welche Auswirkungen dies auf laufende Vollstreckungen hat.⁴⁷⁸ Das Urteil des *Tribunal Supremo* folgte sodann am 11.9.2019 in der Fortsetzung jenes Ausgangsrechtsstreits, der zur Vorlage in der Rechtssache *Abanca* führte.⁴⁷⁹ In ihm betont der *Tribunal Supremo* die enge Verbindung zwischen Hypothek und Darlehensvertrag.⁴⁸⁰ Eben jene Verbindung führe dazu, dass die Hypothek ihren Sinn verliere, sich denaturiere, wenn der Gläubiger den Darlehensvertrag nicht mehr kündigen kann.⁴⁸¹ Diese Beschneidung des der Hypothek immanenten Rechts, bei Zahlungsausfall aus ihr zu vollstrecken, sei vor allem bei Darlehen mit langer Laufzeit besonders stark.⁴⁸² Dabei sei es primär diese Sicherheit, der Wert des Grundstücks, die den Gläubiger dazu bewegt – die sein eigentlicher Grund ist –, mit dem Schuldner zu kontrahieren.⁴⁸³ Das Fundament des Vertrags liege also darin, dass der Schuldner den Kredit günstiger bekomme und er im Gegenzug sein Grundstück als Sicherheit gibt.⁴⁸⁴

Daraus folgert der *Tribunal Supremo* (ohne eine normative Grundlage zu nennen), dass ein Darlehensvertrag mit langer Laufzeit nicht fortbestehen könne, wenn die Verwertung der Sicherheit illusorisch oder extrem schwierig ist.⁴⁸⁵ Weil die Unwirksamkeit des Vertrags für den Schuldner – wegen des Verlusts der Privilegien aus der *ejecución hipotecaria* und des Risikos der Vollstreckung aus einem die Vertragsauflösung nach Art. 1124 CC bestätigenden Urteil – aber besonders nachteilig sei, müsse Art. 693 Abs. 2

⁴⁷⁸ Vgl. *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (134).

⁴⁷⁹ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761; Bestätigung des Urteils durch STS, 14.11.2019, ECLI:ES:TS:2019:3659, FD 3.

⁴⁸⁰ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.5-8.7.

⁴⁸¹ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.6.

⁴⁸² STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.6.

⁴⁸³ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.7.

⁴⁸⁴ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.8.

⁴⁸⁵ Ebenda.

LEC ergänzend angewandt werden.⁴⁸⁶ Er könne aber nicht wörtlich in den Vertrag integriert werden, sondern müsse nach den Vorgaben des *Tribunal Supremo* aus seinen früheren Urteilen⁴⁸⁷ und dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Aziz“⁴⁸⁸ ausgelegt werden.⁴⁸⁹ Das bedeute im Ergebnis, dass die unteren Gerichte im Einzelfall entscheiden müssen, ob und wann die genannten Anforderungen des EuGH an die Wirksamkeit einer Fälligkeitsklausel erfüllt sind – insbesondere also die Wesentlichkeit der Pflichtverletzung in Verhältnis zu Höhe und Laufzeit des Darlehens und den Abhilfemöglichkeiten des Schuldners.⁴⁹⁰ Sei das der Fall, könne der Gläubiger kündigen.

Diese Kriterien mögen zwar sinnvoll sein. Doch der EuGH hatte sie zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Fälligkeitsklausel aufgestellt. Hier sollen die Gerichte aber dispositives Recht ergänzend anwenden, um den Darlehensvertrag nicht unwirksam werden zu lassen. Dieses dispositive Recht (Art. 693 Abs. 2 LEC) nun nach jenen Grundsätzen des EuGH auszulegen, ist insofern eine neue Vorgabe des *Tribunal Supremo* und europarechtlich geboten. Denn nur zwingendes Recht muss nicht die Anforderungen der Klausel-RL an die Wirksamkeit einer Klausel erfüllen, vgl. Art. 1 Abs. 2 Klausel-RL.

Innerhalb dieser Beurteilung durch die Gerichte könne wiederum die neue Regelung in Art. 24 LCCI als Richtschnur herangezogen werden. Dazu führt der *Tribunal Supremo* die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *OTP Bank Nyrt* an, wonach eine unwirksame Klausel durch eine zwingende Rechtsnorm ersetzt werden kann, die später erlassen wurde und die nichtige Klausel ersetzen soll.⁴⁹¹

Der *Tribunal Supremo* endet mit allgemeinen Vorgaben für die Gerichte, wie bei noch nicht abgeschlossenen Hypothekenvollstreckungsverfahren vorzugehen sei.⁴⁹² Verfahren, in denen das Darlehen vor Erlass von Ley 1/2013 mit einer unwirksamen Klausel

⁴⁸⁶ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.9.

⁴⁸⁷ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618 und STS, 18.2.2016, ECLI:ES:TS:2016:626, dazu oben Kap. 4 I 2 c).

⁴⁸⁸ EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11 (*Aziz*).

⁴⁸⁹ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.10.

⁴⁹⁰ Siehe dazu oben Kap. 4 I 2 a).

⁴⁹¹ Siehe EuGH, 20.9.2018, Rs. C-51/17 (*OTP Bank Nyrt*), Rn. 52, 70; so auch schon der EuGH in der Rechtssache *Abanca*, Rn. 62.

⁴⁹² STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.11.

fällig gestellt wurde, seien einzustellen. Gleiches gelte für Verfahren, bei denen das Darlehen nach Ley 1/2013 mit unwirksamer Klausel fällig gestellt wurde und der Zahlungsausfall noch nicht die Kriterien des EuGH aus der Rechtssache *Aziz*⁴⁹³ erfüllt. Die Einstellungsbeschlüsse in diesen Verfahren sollten aber nicht in Rechtskraft erwachsen. Verfahren, in denen das Darlehen nach Ley 1/2013 mit unwirksamer Klausel fällig gestellt wurde, der Zahlungsausfall aber die Voraussetzungen von Art. 24 LCCI erfüllt, könnten fortgeführt werden.

Weil die Einstellungsbeschlüsse in den ersten beiden Fällen nicht rechtskräftig werden, könnten Gläubiger ein neues Vollstreckungsverfahren anstrengen; dieses Verfahren fuße indes nicht auf der Fälligestellung aufgrund einer (unwirksamen) Klausel, sondern auf der Fälligestellung nach der neuen gesetzlichen Norm Art. 24 LCCI.⁴⁹⁴ Ein solches Vorgehen verletze Art. 552 Abs. 3 LEC nicht, weil gerade nicht aus demselben Titel vollstreckt werde: einmal beruhe die Vollstreckung auf dem Vertrag, einmal auf Gesetz.⁴⁹⁵

f) Kritische Würdigung

Die Argumentation des *Tribunal Supremo* wirkt stark ergebnisorientiert und insgesamt künstlich. Entscheidend ist, dass der Gläubiger seine Rechte nicht vollends verliert (wie auch der *Tribunal Supremo* richtig erkennt). Die Rechtsordnung mag ihm zwar – bis zur Reform durch die LCCI – keine weiteren Mittel an die Hand gegeben haben, um den Vertrag zu kündigen. Er kann aber trotzdem aus jeder fälligen Rate vollstrecken. Das scheint bei Verträgen mit langer Laufzeit zwar illusorisch angesichts des damit verbundenen Aufwands, doch von einer völligen Entwertung der Hypothek als Sicherheit kann nicht gesprochen werden. Insbesondere kann der Gläubiger weiter aus ihr vollstrecken, wenn das Grundstück bei der Versteigerung einen neuen Eigentümer findet, Art. 693 Abs. 1 S. 3 LEC. Eben gerade die vom *Tribunal Supremo* betonte Verbindung zwischen Forderung und Hypothek kann nicht einfach aufgelöst werden, weil das Ergebnis, dass die Rückzahlungsforderung noch nicht fällig ist und auch nicht fällig gestellt wer-

⁴⁹³ Siehe oben Kap. 4 I 2 a).

⁴⁹⁴ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.11; siehe zu Art. 24 LCCI unten I 5.

⁴⁹⁵ Der TS scheint hier den Vollstreckungstitel, den Art. 552 Abs. 3 LEC meint – er ist und bleibt die Hypothekenurkunde – mit der Art des Kündigungsrechts zu verwechseln.

den kann, als unpassend betrachtet werden kann. Korrigiert man dieses Ergebnis nun, indem man sagt, dass der Darlehensvertrag als Folge unwirksam sein muss, weil die Hypothek sich nicht entfalten könne, verletzt man letztlich den Grundsatz der Akzessorietät von Hypothek und Forderung. Aus der fehlenden Durchsetzbarkeit der Hypothek kann gerade nicht die Unwirksamkeit des Vertrags folgen. Die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* wirkt noch konfuser, wenn man sich seine Bemerkung vor Augen führt, dass ein nicht durch Hypothek gesicherter Darlehensvertrag selbstverständlich auch ohne Fälligkeitsklausel wirksam sei.⁴⁹⁶

Offensichtlich versucht der *Tribunal Supremo*, die fehlende Nutzbarkeit der Hypothek als eine Art Wegfall der Geschäftsgrundlage auszulegen. Doch dabei übersieht er, dass das fehlende Fälligkeitsrecht auf der Benutzung einer missbräuchlichen Klausel durch den Gläubiger beruht. Die Klausel, aus der er Vorteile ziehen wollte, entspringt damit seiner Risikosphäre. Nimmt man nun die Nichtigkeit des Vertrags an, wird die Unwirksamkeit der Klausel de facto geheilt, weil Art. 693 Abs. 2 LEC (in der Fassung durch Ley 1/2013) angewandt werden kann. Letzten Endes forderte der *Tribunal Supremo* die unteren Gerichte also mehr oder weniger dazu auf, die suspendierten Vollstreckungsverfahren nur einzustellen, sodass die Verfahren nicht rechtskräftig entschieden wurden. Damit können die Gläubiger ein neues Hypothekenvollstreckungsverfahren anstrengen und in den Genuss der Reform durch die LCCI (dazu unter 5.) kommen, die ihnen trotz unwirksamer Fälligkeitsklausel die Fälligestellung des Darlehens ermöglichte (wenn auch unter höheren Voraussetzungen).

Diese Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* wirft die Frage auf, ob der Verbraucher nicht auch der Lückenfüllung durch dispositives Recht widersprechen kann. Die Heranziehung dispositiven Rechts erfolgt nach dem EuGH nur für den Fall, dass die Gesamtnichtigkeit des Vertrags für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen hat. Nimmt man also den Schutz des Verbrauchers als Ziel dieser Lückenfüllung, sollte er bei umfassender Kenntnis der Konsequenzen dieser Lückenfüllung auch widersprechen können, den Schutz also nicht in Anspruch nehmen müssen. Dies gilt besonders für die hier streitige Frage, ob die Versperrung der Hypothekenvollstreckung besonders nachteilig für den Verbraucher ist. Wenn der Verbraucher der Wirkung der Missbräuchlichkeit

⁴⁹⁶ STS, 11.9.2019, ECLI:ES:TS:2019:2761, FD 8.8.

einer Klausel – ihrer Nichtigkeit – widersprechen kann⁴⁹⁷, müsste er auch der Lückenfüllung durch dispositives Recht widersprechen können.

5. Zweite Reform von Art. 693 LEC und neue Regelung in Art. 24 LCCI

Auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Abanca* reagierte der spanische Gesetzgeber insbesondere durch Art. 24 Ley 5/2019 über die Regulierung von Immobiliarkreditverträgen (LCCI).⁴⁹⁸ Seit Inkrafttreten der LCCI kennzeichnet sich das spanische Recht durch eine Dichotomie der Voraussetzungen, die zur vorzeitigen Kündigung und Fälliggstellung des Kredits berechtigen. Der Grundsatz folgt dabei aus Art. 693 Abs. 1 und 2 S. 1 LEC n.F. Art. 693 Abs. 1 LEC bestimmt nunmehr, dass die Art. 681 ff. LEC (die Regeln zur *ejecución hipotecaria*) anwendbar sind, wenn der Schuldner mindestens drei monatliche Raten (oder ein Betrag, der drei monatlichen Raten entspricht) nicht gezahlt hat. Auf Absatz 1 Satz 1 nimmt Absatz 2 Satz 1 Bezug: er setzt für das Kündigungsrecht des Gläubigers eine bloße Vereinbarung (und weiterhin Eintragung in Urkunde und Register) voraus. In der Zusammenschau ergibt sich also, dass eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger vorliegen muss (Abs. 2 S. 1) und drei Raten ausstehend sein müssen (Abs. 1 S. 1), damit der Gläubiger das Darlehen fällig stellen kann. Von diesem Grundsatz weicht indes Art. 693 Abs. 2 S. 1 LEC n.F. ab: Er verweist für Verträge im Anwendungsbereich der Wohnimmobilienkredit-RL auf Art. 24 LCCI, der besondere Regelungen bereithält.⁴⁹⁹ Art. 24 LCCI setzt dreierlei voraus: Erstens muss sich der Darlehensnehmer mit der Rückzahlung eines Teils entweder des Darlehens oder der Zinsen in Verzug befinden. Zweitens muss die Höhe der ausstehenden Raten einen gewissen Wert erreicht haben. Dieser Wert ist von dem Zeitpunkt des Zahlungsverzugs im Verhältnis zur Laufzeit des Darlehens abhängig: Während der ersten Hälfte der Laufzeit des Darlehens müssen die ausstehenden Raten drei Prozent des insgesamt gewährten Kapitals entsprechen, während der zweiten Hälfte sieben Prozent. Gleichzeitig fingiert Art. 24 LCCI, dass drei Prozent des Kapitals erreicht sind, wenn zwölf mo-

⁴⁹⁷ EuGH, 26. März 2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 (*Abanca*), Rn. 63.

⁴⁹⁸ Ley 5/2019 vom 15. März über die Regulierung von Immobilier-Kreditverträgen (*reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*).

⁴⁹⁹ Kritisch zum einheitlichen Anwendungsbereich der neuen LCCI *Fernández-Reyes*, in: *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2019, 618 (619).

natliche Raten nicht beglichen wurden, und dass sieben Prozent des Kapitals erreicht sind, wenn 15 monatliche Raten nicht beglichen wurden. Art. 24 Abs. 1 c) LCCI stellt schließlich eine weitere Voraussetzung auf. Der Gläubiger muss dem Schuldner eine Frist zur Zahlung von mindestens einem Monat setzen, mit der Warnung, dass er bei Nichtzahlung die gesamte Restschuld verlange. Ohne die Fristsetzung kann der Gläubiger den Darlehensvertrag nicht kündigen. Die Frist kann angesichts der sie begleitenden besonderen Warnung als „qualifiziert“ bezeichnet werden. Sie weist damit Parallelen zum Fristsetzungserfordernis aus § 498 BGB auf.

Aus Art. 24 Abs. 2 LCCI folgt die zwingende Natur der neuen Regelung; die Parteien dürfen keine abweichende Vereinbarung treffen (dem Wortlaut nach auch nicht zugunsten des Darlehensnehmers).⁵⁰⁰

Nummer vier der ersten Übergangsbestimmung zur LCCI erklärt schließlich, dass die neue Fälligkeitsregelung aus Art. 24 LCCI auch auf vor Inkrafttreten der LCCI abgeschlossene Darlehensverträge anwendbar ist, soweit diese noch nicht fällig gestellt wurden. Ohne diese Lösung des spanischen Gesetzgebers hätte dies wegen des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Abanca* zur Folge gehabt, dass das Gros der abgeschlossenen Hypothekendarlehensverträge nicht vorzeitig hätte fällig gestellt werden können. Die neue Regelung in der LCCI setzt gerade keine Vereinbarung zwischen den Parteien voraus, statuiert also ein gesetzliches Kündigungsrecht des Gläubigers, was es in dieser Form zuvor nicht gab. Sie macht den Befund der Unwirksamkeit der meisten Fälligkeitsklauseln unschädlich.

Für Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie hält Art. 693 Abs. 1 LEC n.F. den Darlehensgebern die Möglichkeit offen, bei künftigen Verträgen ein Kündigungsrecht zu vereinbaren. Art. 693 Abs. 2 S. 1 n.F. LEC sollte für diese Fälle allerdings immer noch nicht davon entheben, eine Klausel auf ihre Missbräuchlichkeit zu überprüfen, jedenfalls für die (wohl seltenen) Fälle, dass der Anwendungsbereich der Wohnimmobilienkredit-RL nicht eröffnet ist, jener der Klausel-RL aber schon. Denn die Missbräuchlichkeit der Klausel kann sich immer noch aus den

⁵⁰⁰ Vgl. etwa auch *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (652).

Gesamtumständen, anderen in Bezug genommenen Klauseln oder den Umständen bei Vertragsschluss ergeben, Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL und Art. 82 Abs. 3 TRLCU. Art. 693 Abs. 2 LEC muss nach dem Urteil des *Tribunal Supremo* dabei in einer Weise ausgelegt werden, die den vom EuGH in der Rechtssache *Aziz* aufgestellten Kriterien gerecht wird. Für Verträge im Anwendungsbereich von Art. 24 LCCI hat der Gesetzgeber die Kündigungsmöglichkeit der Disposition der Parteien entzogen.

6. Bewertung der Rechtsentwicklung und offene Fragen

Die vorstehenden Ausführungen zeichnen ein fast schon desolates Bild von der Entwicklung des Rechts der vorzeitigen Fälligkeit für Hypothekendarlehensverträge in Spanien. Die Änderungen von Art. 693 LEC haben zwar langsam und stetig dazu geführt, dass weniger Fälligkeitsklauseln benutzt werden können und die Hürde zur Gesamtfälligkeit für die Darlehensgeber größer wurde. Doch die (mitunter uneinheitliche) Judikatur vor allem des *Tribunal Supremo* führte zu allgemeiner Verwirrung, und die Reformen des Gesetzgebers haben zunächst kaum zu mehr Rechtssicherheit beigetragen. Die Posse um die Aufrechterhaltung der Kündigungsmöglichkeit bei missbräuchlichen Klauseln durch die Anwendung von Art. 693 Abs. 2 LEC als dispositives Recht war ein weiterer Versuch, den Banken die Fälligkeit der Darlehen weiterhin zu ermöglichen. Gekrönt wurde die Entwicklung von dem spanischen Gesetzgeber, der mit seiner Reform durch Ley 5/2019 die Wirkungen des *Abanca*-Urteils bedeutend abfederte. Mit dieser Reform scheint jedoch der größten Rechtsunsicherheit Abhilfe geschaffen.

Insgesamt muss man die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* und auch die gesetzgeberischen Reformen als schuldnerunfreundlich einordnen. Sie bewirken mit Blick auf die Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit von Kündigungsklauseln de facto eine Umgehung der Ziele der Klausel-RL, weil die Sanktionswirkung, die aus der Unwirksamkeit der Klauseln eigentlich folgte, ausbleibt, zumindest abgeschwächt wird. Dieser legislative Kunstgriff scheint nach Ansicht des EuGH aber vereinbar mit der Klausel-RL zu sein.⁵⁰¹ Letzten Endes kann gesagt werden, dass die gläubigerfreundliche Rechtsprechung und Gesetzgebung dazu geführt haben, dass der mit der Wirkung der Nichtigkeit

⁵⁰¹ Vgl. EuGH, 3.7.2019, Rs. C-486/16 (*Bankia S.A.*), Rn. 48.

verfolgte Abschreckungseffekt der Klausel-RL nicht erreicht wurde. Denn im Ergebnis muss der Gläubiger nur etwas länger warten, um sein Darlehen doch fällig stellen zu können; in den meisten Fällen werden die Voraussetzungen von Art. 24 LCCI ohnehin schon erreicht worden sein.

Schließlich manifestiert sich – auch in der Reform durch die LCCI – ein tiefer liegendes, strukturelles Problem im Regelungsgefüge der Hypothekenvollstreckung. Mit Art. 693 Abs. 2 LEC findet sich eine Regelung im spanischen Zivilprozessgesetz, die originär materiell-rechtlicher Natur ist. Zu dieser besonderen Regel gibt es keine allgemeine Norm in der LEC. Im *Código Civil* findet man nur Art. 1124 CC, bei dem sich Rechtsprechung und Literatur nicht einig sind (oder jedenfalls waren), ob er überhaupt auf Darlehensverträge Anwendung findet. Eine Norm zur Kündigung von Darlehensverträgen (wie etwa §§ 498, 488 BGB) sucht man vergebens. Unklar ist auch, warum dem Gläubiger für die *ejecución hipotecaria* – wo sie doch als schuldnerschützend deklariert wird – mit Art. 693 LEC eine Hürde zur Vollstreckung aufgestellt wird, für die *ejecución ordinaria* aber nicht. Logische Konsequenz müsste eigentlich sein, dass die normale Vollstreckung nicht möglich ist, wenn die spezielleren Voraussetzungen zur Anwendung der Hypothekenvollstreckung nicht erfüllt sind.⁵⁰²

Fraglich bleibt weiter, ob Art. 24 LCCI nur für das besondere Hypothekenvollstreckungsverfahren anwendbar ist. Die Norm steht für sich isoliert in der LCCI; der Gesetzgeber hat sie insbesondere nicht einfach in die Art. 681 ff. LEC integriert, sodass man zu dem Schluss kommen könnte, sie sei universell anwendbar. Auch der Wortlaut beschränkt sich weder im Tatbestand noch in der Rechtsfolge auf die *ejecución hipotecaria*. Andererseits findet sich in Art. 693 Abs. 2 S. 2 LEC (n.F.) ein ausdrücklicher Verweis auf Art. 24 LCCI; an anderen Stellen in der LEC (oder etwa dem CC) ist das nicht der Fall. Insgesamt ist damit unklar, ob die neue Vorschrift etwa auch für die ordentliche Zwangsvollstreckung (*ejecución ordinaria*) gilt. Das ordentliche Vollstreckungsverfahren scheint jedenfalls in der Reform keine Berücksichtigung gefunden zu haben. Sollte Art. 24 LCCI genauso wie Art. 693 Abs. 2 LEC nicht auf das ordentliche Vollstreckungsverfahren anwendbar sein, sucht man in der LEC und dem CC vergebens nach einer Norm, die diese Frage für die *ejecución ordinaria* regelt. Mit dem Verweis in

⁵⁰² Siehe zum Wahlrecht des Gläubigers unten Kap. 6 III 1.

Art. 693 Abs. 2 LEC auf Art. 24 LCCI wird die Regelung der Gesamtfälligkeit schließlich unnötig komplex. Die eigentlich materiell-rechtlichen Kündigungsvoraussetzungen sind nun in zwei unterschiedlichen Gesetzen enthalten, von denen eines das Zivilprozessgesetz ist und das andere eine eins-zu-eins-Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL, versehen mit weiteren Regelungen, die Missstände der spanischen Rechtsordnung beheben sollen.

Auffällig wirkt endlich auch die anfängliche Weigerung einiger Gerichte – vor allem des *Tribunal Supremo* –, sich in ihren Urteilen auf Art. 82 ff. TRLCU als normative Grundlage zu stützen. Häufig nennen die Urteile nur Art. 693 Abs. 2 LEC und die Vorgaben des EuGH, obwohl das spanische Recht mit Art. 82 Abs. 1 TRLCU eine Norm hat, die die Generalklausel aus Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL umsetzt und unter die subsumiert werden könnte. Hierin scheint sich eine Unsicherheit zu offenbaren im Umgang mit der Klausel-RL und ihrer Umsetzung.

II. Die deutsche Rechtsordnung im Vergleich

1. Rechtslage in Deutschland

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen der außerordentlichen Kündigung von Verbraucherdarlehensverträgen im Sinne von §§ 491 ff. BGB und sonstigen Darlehensverträgen. Innerhalb der Verbraucherdarlehensverträge schafft Art. 498 Abs. 2 BGB eine Sonderregelung für Immobilier-Verbraucherdarlehen. Jede außerordentliche Kündigung braucht einen – mitunter gesetzlich konkretisierten – wichtigen Grund. Bei Verträgen, die keine Verbraucherdarlehensverträge sind, bestimmt § 490 Abs. 1 BGB die Kündigungsvoraussetzungen für den Gläubiger. Er kann kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückzahlung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird. Das Vermögen muss sich dabei nicht tatsächlich verschlechtern; ausreichend ist die bloße Gefahr, die zur Folge hat, dass im Interesse des Darlehensgebers so schnell wie möglich gerettet werden muss, was noch zu retten ist.⁵⁰³ § 490 Abs. 3 weist

⁵⁰³ OLG Düsseldorf, 17.11.2005 – Az. I-6 U 51/05 II.2.a.aa.

außerdem darauf hin, dass eine Kündigung nach der allgemeinen Vorschrift des § 314 BGB möglich bleibt.

Für die in dieser Arbeit untersuchten Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge hält § 498 Abs. 2 BGB eine Sonderregelung bei Zahlungsverzug⁵⁰⁴ bereit.⁵⁰⁵ Die Norm bezweckt den Schutz des Darlehensnehmers durch eine Mindesthöhe des Zahlungsverzugs und notwendiger Fristsetzung mit Kündigungsandrohung.⁵⁰⁶ Gleichzeitig soll sie das Interesse des Darlehensgebers berücksichtigen, zur Realisierung seiner Forderung einer möglichen Insolvenz des Schuldners zuvorzukommen.⁵⁰⁷ Danach ist eine Kündigung bei Teilzahlungsdarlehen nur dann möglich, wenn der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und gleichzeitig mit mindestens 2,5 % des Nennbetrags des Darlehens in Verzug ist. Außerdem muss der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Zahlungsfrist mit dem Hinweis setzen, dass er bei Nichtzahlung die gesamte Restschuld verlange.⁵⁰⁸ Diese „Nachfristsetzung mit Androhung der Gesamtfälligkeit soll dem Verbraucher eindeutig die gefährliche Situation des Kredits vor Augen führen.“⁵⁰⁹ Bis auf die Höhe des Zahlungsverzugs gilt für Immobiliendarlehen also das gleiche wie für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge. Die Regelung entspricht außerdem jener nach der alten Rechtslage in § 503 Abs. 1 BGB a.F.⁵¹⁰ Der geringere prozentuale Anteil, mit dem sich der Schuldner in Verzug befinden muss, soll dem bei Immobiliendarlehen typischer-

⁵⁰⁴ Eine Kündigung aus anderen Gründen schließt § 498 nicht aus, vgl. *Schürnbrand/Weber*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § 498 Rn. 25; HK-BGB/*Volker Wiese*, ¹⁰2019, BGB § 498 Rn. 11; *Jungmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81 Rn. 568; *Jauernig/Berger*, ¹⁸2021, BGB § 498 Rn. 10.

⁵⁰⁵ Zu der Frage, ob der Gläubiger nach § 490 kündigen kann, wenn sich der Darlehensnehmer nicht in Verzug befindet, sich aber seine Vermögensverhältnisse verschlechtert haben, BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 37 ff. m.w.N.

⁵⁰⁶ BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 1.

⁵⁰⁷ *Schürnbrand/Weber*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § 498 Rn. 1; BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 2; BT-Drucks. 11/5462, S. 13.

⁵⁰⁸ Genauer zu den Anforderungen etwa *Leube*, in: NJW 2007, 3240 (3241 f.).

⁵⁰⁹ So schon für das VerbrKrG BT-Drucks. 11/5462, S. 27; § 12 VerbrKrG galt freilich nicht für Immobilienkredite, vgl. § 3 VerbrKrG, doch hat die Norm im Wesentlichen unverändert in § 498 Abs. 1 BGB Einzug gehalten.

⁵¹⁰ Vgl. dazu nur *Jungmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 81b Rn. 97; *Piekenbrock*, in: GPR 2015, 26 (32).

weise gerade zu Beginn geringen Tilgungsanteil Rechnung tragen.⁵¹¹ Danach reicht regelmäßig „ein Rückstand von etwa einem halben Jahr zur Verzugs Kündigung“⁵¹². Erwähnung verdient Art. 498 Abs. 1 S. 2. Nach ihm soll der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten. Die Norm ist als Soll-Vorschrift formuliert und daher keine Tatbestandsvoraussetzung für die Kündigung des Darlehens.⁵¹³

§ 498 BGB schränkt das Kündigungsrecht des Darlehensgebers bei Verzug des Darlehensnehmer insbesondere deshalb ein, um „dem modernen Schuldturn“⁵¹⁴ der Verbraucher die Stirn zu bieten.⁵¹⁵ Gleichzeitig sollte das Interesse des Darlehensgebers an einer Gesamtfälligkeit bei drohender Zahlungsunfähigkeit des Verbrauchers dabei nicht außer Acht gelassen werden.⁵¹⁶ Wegen § 512 BGB ist auch die deutsche Regelung zur Gesamtfälligkeit bei Immobiliarkrediten (halb-)zwingendes Recht.⁵¹⁷ Schon das Vorgängermodell in § 12 VerbrKrG (das jedoch nicht auf Immobilienkredite anwendbar war, § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG) war als unabdingbar ausgestaltet, vgl. § 17 S. 1 VerbrKrG.

2. Vergleich

Weil die seit 15.6.2019 geltende Neuregelung gem. Übergangsbestimmung 1.4 zur LCCI Rückwirkung entfaltet, soll der Vergleich sich vornehmlich auf die neue Rechtslage beschränken.

Was zunächst die Höhe des Zahlungsausfalls anlangt, hat sich die spanische Regelung regelungstechnisch an ihr deutsches (seit der Schuldrechtsreform geltendes) Pendant angenähert. Insbesondere verlangen nun beide Rechtsordnungen, dass der Darlehensnehmer mit einem bestimmten Prozentsatz der Darlehenssumme in Verzug ist. Die Unterschiede bei der Rückstandsquote sind gering: während § 498 Abs. 2 BGB einen Pro-

⁵¹¹ BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 30.

⁵¹² BT-Drucks. 16/9821, S. 16; vgl. auch *Dörrie*, in: ZBB 5/08, 292 (301).

⁵¹³ Vgl. BT-Drucks. 11/5462, S. 27; *Dörrie*, in: ZBB 5/08, 292 (301); HK-BGB/*Volker Wiese*, ¹⁰2019, BGB § 498 Rn. 3; BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 10.

⁵¹⁴ BT-Drucks. 11/5462, S. 16

⁵¹⁵ So BT-Drucks. 11/5462, S. 13 f.; HK-BGB/*Volker Wiese*, ¹⁰2019, BGB § 498 Rn. 1; BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 2.

⁵¹⁶ HK-BGB/*Volker Wiese*, ¹⁰2019, BGB § 498 Rn. 1; BT-Drucks. 11/5462, S. 14.

⁵¹⁷ Vgl. auch BeckOGK/*Knops*, 1.9.2020, BGB § 498 Rn. 8.

zentsatz von 2,5 % verlangt, fordert Art. 24 Abs. 1 b) LCCI für die erste Hälfte der Laufzeit des Darlehens einen Zahlungsverzug von 3 % des Darlehensbetrags und für die zweite Hälfte 7 %. Wegen des größeren notwendigen Zahlungsausfalls ist in dieser Hinsicht also die spanische Regelung schuldnerschützender. § 498 Abs. 1 a) verlangt kumulativ noch, dass der Darlehensnehmer mit zwei aufeinanderfolgenden Raten in Verzug ist. Doch wird dann regelmäßig noch nicht die 2,5 %-Grenze erreicht sein. Art. 24 Abs. 1 LCCI fingiert hingegen ein Erreichen der Prozentwerte bei zwölf Monaten für die 3 %-Grenze und 15 Monaten für die 7 %-Grenze. Nur bei Darlehen mit sehr langer Laufzeit kann sich der Fall ergeben, dass zwölf Monatsraten nicht 3 % der gewährten Darlehenssumme entsprechen. Die Fiktionen der spanischen Regelung und die zusätzliche Voraussetzung in § 498 Abs. 1 Nr. 1 a) BGB ändern also nichts an dem Befund, dass die Voraussetzungen der Gesamtfälligkeit den Schuldner in Spanien mehr begünstigen als den Schuldner in Deutschland.

Beide Rechtsordnungen verlangen schließlich eine Form von qualifizierter Fristsetzung, die den Schuldner insbesondere davor warnen soll, dass sein Darlehen bei Nichtzahlung gekündigt werde. Die Modalität der Fristsetzung unterscheidet sich in Art. 24 Abs. 1 c) LCCI und § 498 Abs. 1 Nr. 2 BGB qualitativ nicht. Insbesondere fordern beide Normen eine mit dem Zahlungsverlangen verbundene Warnung des Schuldners. Nur die Frist unterscheidet sich: bei der deutschen Regelung sind es zwei Wochen, bei der spanischen ein Monat. Welche Vor- oder Nachteile die nun in Spanien geltende, zwei Wochen längere Frist hat, ist schwer abzuschätzen. Sie scheint allein wegen ihrer Länge schuldnerschützender zu sein – der Schuldner hat zwei Wochen mehr Zeit, um den rückständigen Darlehensbetrag zu bekommen und zu bezahlen. Doch fragt sich, ob die längere Frist größere Auswirkungen auf die tatsächliche Lage des Schuldners hat.

Nachteilig an der spanischen Regelung ist (wie auch schon bei der Regelung zum Verzugszins, Art. 114 Abs. 3 LH⁵¹⁸) ihre Ausgestaltung als zwingendes Recht, Art. 24 Abs. 2 LCCI, die auch eine für den Darlehensnehmer günstigere Regelung verhindert. Auch wenn die Anwendungsfälle gering sein dürften, hätte es nicht geschadet und wäre der Vertragsfreiheit mehr Raum gelassen worden, wenn der spanische Gesetzgeber Art. 24 LCCI wie § 498 BGB als halbzwingendes Recht ausgestaltet hätte. Schließlich hält die

⁵¹⁸ Siehe dazu oben Kap. 3 III.

spanische Regelung keine § 498 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Regelung bereit, die – ohne zwingend zu sein – den Darlehensgeber zu einer einvernehmlichen Lösung bewegen soll. Gerade wegen ihres nicht zwingenden Charakters bleibt die deutsche Norm aber ohne große Auswirkungen.

Insgesamt scheint die spanische Regelung jedenfalls abstrakt in Art. 693 Abs. 2 LEC i.V.m. Art. 24 LCCI dem Schuldner einen größeren Schutz zu bieten, weil der Darlehensgeber größere Hürden überwinden muss, um das Darlehen gesamtfällig zu stellen. Doch soll auch an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, dass die Reformen und ergangene Rechtsprechung der letzten Jahre zu großer Rechtsunsicherheit in Spanien geführt haben, mit der Folge etwa, dass die meisten anhängigen Vollstreckungsverfahren ausgesetzt wurden, bis der EuGH in der Rechtssache *Abanca* judizierte. Für Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 24 LCCI bleibt es den Parteien außerdem vorbehalten, die Kündigungsvoraussetzungen selbst zu vereinbaren. Auch wenn der Anwendungsbereich sehr gering sein dürfte, bleiben hier die Entwicklungen zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit von Kündigungsklauseln weiter wichtig.

Kapitel 5: Zinsvariabilität und ihre Begrenzung

Dieses Kapitel untersucht die Frage, in welchem Rahmen die Kreditparteien in der spanischen und deutschen Rechtsordnung variable Zinsen vereinbaren und begrenzen können. Der Schwerpunkt liegt auch hier wieder auf der spanischen Rechtsentwicklung; insbesondere die weit verbreitete *cláusula suelo* (Mindestzinsklausel) hat rechtsdogmatische Probleme und Fragen nach ihrer Wirksamkeit aufgeworfen. Zudem hat erneut der EuGH ein wegweisendes Urteil gefällt, dass die spanische Rechtsprechung und Rechtsentwicklung geprägt hat.

I. Grundsätzliche Zulässigkeit und Gestaltungsmöglichkeiten

Eine Hypothek kann unbestritten auch variable Zinsforderungen sichern; auch ist die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes in AGB grundsätzlich nicht missbräuchlich.⁵¹⁹ Variable Zinssätze passen Verträge an ein verändertes Zinsumfeld auf den Geld- und Kapitalmärkten an.⁵²⁰ Zinsanpassungsklauseln im weiteren Sinne entsprechen dabei dem Bedürfnis der Parteien, die Darlehenszinsen an veränderte Refinanzierungsbedingungen anzupassen.⁵²¹ Dieses Bedürfnis eines Kreditinstituts anerkennt – neben der Literatur⁵²² – auch der BGH angesichts der wechselnden und „meist nicht überschaubaren Entwicklungen auf dem Geld- und Kapitalmarkt“⁵²³, und zwar insbesondere, um dem Institut „das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher ihn belastender Kostensteigerungen zu sichern [...]“.⁵²⁴ Sie

⁵¹⁹ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 888; für das deutsche Recht etwa BGH, NJW 2009, 2051 (2052 f.) Rn. 23.

⁵²⁰ Schürmann/Langner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski *BankR-HdB*, ⁵2017, § 70 Rn. 24; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, ¹²2016, (65) Rn. 1.

⁵²¹ Fandrich, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 31. EL 2012, *Darlehensvertrag*, Rn. 82; BGH, NJW 1986, 1803 (1804) m.w.N.

⁵²² Vgl. etwa Langenbucher, in: BKR 2005, 134 (138); BeckOGK/C. Weber, 1.3.2021, *BGB § 488* Rn. 276; Staudinger/Freitag, *Neubearbeitung 2015*, *BGB § 488* Rn. 190; Schimansky, in: WM 2001, 1169 (1173); Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, ¹²2016, (65) Rn. 1.

⁵²³ Fandrich, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 31. EL 2012, *Darlehensvertrag*, Rn. 82.

⁵²⁴ BGH, NJW 2009, 2051 (2053) Rn. 23; siehe etwa auch BGH, NJW 2004, 1588 (1589), BGH, NJW 1986, 1803 (1804).

sind damit ein „geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung bei langfristigen Verträgen.“⁵²⁵

Während der Referenzzinssatz regelmäßig die Refinanzierungskosten der Banken abbilden soll, begleitet die Marge die Kreditvergabe, deckt das Kreditrisiko ab und enthält den Gewinnanteil des Darlehensgebers.⁵²⁶

Generell können Kreditgeber den Darlehenszins über verschiedene Wege an ein verändertes Zinsumfeld anpassen.⁵²⁷ Zunächst bietet sich dabei eine Unterscheidung zwischen Zinsgleitklauseln und Zinsanpassungsklauseln an. Sie unterscheiden sich im Ermessensspielraum der Bank: bei der Zinsgleitklausel ändert sich mit der Bezugsgröße (etwa dem Euribor) zugleich – und ohne Ermessensspielraum der Bank – der Darlehenszinssatz; Zinsanpassungsklauseln gewähren der Bank hingegen ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen, im deutschen Recht etwa i.S.v. § 315 BGB.⁵²⁸ Mitteilungen über die Zinsänderung sind bei Zinsgleitklauseln also deklaratorisch⁵²⁹, bei Zinsanpassungsklauseln konstitutiv. Wird im Folgenden von Zinsänderungsklauseln gesprochen, sind von diesem Begriff sowohl Zinsgleit- als auch Zinsanpassungsklausel umfasst.⁵³⁰

⁵²⁵ BGH, NJW 2009, 2051 (2053) Rn. 23.

⁵²⁶ *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (ebenda).

⁵²⁷ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17); *Vogel*, in: BKR 2018, 45 (51); *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 4 ff.; vgl. auch *Fandrich*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Darlehensvertrag, Rn. 83 f.

⁵²⁸ Siehe instruktiv *Vogel*, in: BKR 2018, 45 (51 f.); *Fandrich*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Darlehensvertrag, Rn. 84; *Schürmann/Langner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 70 Rn. 24; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 5; *Krepold/Herrle*, in: BKR 2018, 89 (91 f.); *Habersack*, in: WM 2001, 753 (754 f.); *Schebesta*, in: BKR 2005, 217 (217 f.); *Habersack*, in: WM 2001, 753 (754); zu Zinsanpassungsklauseln auch *Schwarz*, in: NJW 1987, 626 (ebenda); zu Zinsgleitklauseln BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 265 ff.

⁵²⁹ *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 78 Rn. 68; BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 265; *Söbbing/von Bodungen*, in: ZBB 2016, 39 (45).

⁵³⁰ Mitunter wird als Oberbegriff auch von Zinsanpassungsklauseln i.w.S. gesprochen, so etwa Staudinger/*Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 190.

Maßgeblich sind vor allem drei Arten, einen Zinssatz variabel zu gestalten.⁵³¹ So ist etwa in Spanien, aber auch in Italien, Portugal oder Frankreich die Nutzung von Zinsgleitklauseln mit Anlehnung an einen Referenzzinssatz vorherrschend.⁵³² 97 % der Immobiliendarlehen zur Finanzierung einer Wohnung wurden in Spanien mit variablem Zinssatz abgeschlossen.⁵³³ In Deutschland hingegen scheint man vornehmlich von Zinsanpassungsklauseln Gebrauch zu machen.⁵³⁴ Dominierende (und anerkannte) Bezugsgrößen für Zinsänderungsklauseln sind Marktzinsen wie der Euribor, EONIA, Libor, aber auch der Basiszinssatz.⁵³⁵ Schließlich kann der Zins durch die Parteien zu bestimmten Zeitpunkten neu ausgehandelt werden; dies geschieht teilweise in Deutschland, dem Vereinigten Königreich und der Schweiz.⁵³⁶ Kreditverträge können hinsichtlich der Zinsvariabilität außerdem gemischter Natur sein, indem die Parteien etwa für die ersten Jahre der Rückzahlung einen festen und anschließend einen variablen Zinssatz vereinbaren.⁵³⁷

Doch gibt es nicht nur verschiedene Zinsänderungsmechanismen; auch die Begrenzung der Zinsvariabilität kann auf verschiedene Weise erreicht werden. Neben den gleich zu erörternden Mindestzinsklauseln sind weitere Instrumente zur Deckung des Risikos der Zinsvariabilität etwa der „Interest Rate Swap“ und „Collar“ (sogenannte Begrenzungs-

⁵³¹ Siehe etwa *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 4 ff.

⁵³² *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17); Verträge mit anfänglich festem, nach einigen Jahren dann veränderlichen Zins seien in Spanien zwar bekannt, werden im Vergleich zu Verträgen mit rein variablen Zinsen aber seltener verwandt.

⁵³³ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 13.

⁵³⁴ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17); *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 6a; so auch anklingend bei *Derleder*, in: WM 2001, 2029 (ebenda).

⁵³⁵ *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 78 Rn. 68; *Staudinger/Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 192a; *Wiehe/Kleißendorf*, in: BKR 2016, 234 (236); siehe ausführlicher auch *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (215) sowie *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 28 f.; anderer Ansicht für den EURIBOR (weil Bezugsgröße nur für das Passivgeschäft) *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1174).

⁵³⁶ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17).

⁵³⁷ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17).

geschäfte).⁵³⁸ Auch wenn letztere auch in Deutschland durchaus Verbreitung finden, soll sich die folgende Untersuchung auf Mindestzinsklauseln als Instrument zur Begrenzung des Zinsänderungsrisikos beschränken.

II. Die Mindestzinsklausel – *cláusula suelo* im spanischen Recht

Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit von Zinsvariabilität folgt zugleich das Bedürfnis, das mit der Variabilität einhergehende Risiko zu begrenzen. In der spanischen Kreditvergabepraxis hat man diese Begrenzung – jedenfalls in den Jahren vor und nach der Finanzkrise – mit Mindestzinsklauseln (*cláusula suelo*) erreicht.

1. Definition, Verbreitung und Zweck

Bei der sogenannten *cláusula suelo* (im Folgenden auch Zinsbodenklausel oder Mindestzinsklausel genannt) handelt es sich um eine Klausel, die den variablen Zinssatz in Darlehensverträgen nach unten hin begrenzt.⁵³⁹ Unter anderem Art. 25 Orden EHA/2899/2011 und die neue Reform zum Hypothekenrecht⁵⁴⁰ erwähnen sie. Mit ihr wird ein Mindestzinssatz etabliert, der trotz grundsätzlicher Variabilität des Zinssatzes nicht unterschritten werden kann. Der an einen Referenzzins gekoppelte Zinssatz wird dabei entweder durch eine Beschränkung der Variabilität des Referenzzinses oder durch einen allgemeinen Mindestzinssatz begrenzt.⁵⁴¹ Der Darlehensnehmer muss folglich immer einen Mindestzins bezahlen, gleich wie tief der Referenzzinssatz sinkt, und das

⁵³⁸ Vgl. etwa *Martens*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. 2, 32017, § 60, S. 825 ff.; *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (19).

⁵³⁹ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 1.1, Rn. 23; SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 1; *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 13; *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (18); *Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 129 (ebenda); eine Definition findet sich auch in Art. 1 Abs. 2 RDL 1/2017.

⁵⁴⁰ Dort insbesondere Art. 21 Abs. 3 LCCI; siehe dazu unten Kap. 5 II 6.

⁵⁴¹ *Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 129 (ebenda); STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 1.1, Rn. 24; im deutschen Recht werden für die Anpassungshöhe des veränderlichen Zinses vornehmlich die Verhältnismethode und die Differenzmethode diskutiert, siehe dazu *Krepold/Herrle*, in: BKR 2018, 89 (95 f.).

Kreditinstitut sichert sich einen Mindestertrag unabhängig von etwaigen Konjunkturschwankungen.⁵⁴²

Der am häufigsten benutzte Referenzwert ist dabei der Euribor⁵⁴³, der in Art. 27 *Orden EHA/2899/2011* als offizieller Zinssatz anerkannt wird.⁵⁴⁴ Während des Immobilienbooms zwischen 2000 und 2007 waren variable Zinssätze, die sich nach dem Euribor richteten, ubiquitär. Nur einem Bruchteil der Kreditverträge lag ein fester Zinssatz zugrunde.⁵⁴⁵ Niedrige Zinsraten – die Zinsen sanken seit Ende 2008 als Folge der Krise⁵⁴⁶ – verbunden mit der allgegenwärtigen Benutzung von Mindestzinsklauseln durch die Banken haben in den letzten Jahren zwar dazu geführt, dass wieder vermehrt Festzinssätze vereinbart werden – auch wenn die Banken bei sinkenden Zinsraten einen größeren Anreiz zur Integration solcher Klauseln haben.⁵⁴⁷ Überdies hat das neue Gesetz zur Regulierung von Immobiliarkreditverträgen die Benutzung von Bodenklauseln für künftige Kreditverträge in Art. 24 Abs. 3 LCCI verboten.⁵⁴⁸ Dies ändert indes nichts daran, dass viele der (noch laufenden) Immobiliarkreditverträge der letzten zwanzig Jahre immer noch einen variablen Zinssatz enthalten, der durch die *cláusula suelo* nach unten gedeckelt ist. Nach Angaben der *Banco de España* enthielten durchschnittlich 32% der Kreditverträge zwischen den Jahren 2003 und 2009 eine Mindestzinsklausel⁵⁴⁹; die Hö-

⁵⁴² *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (18); *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 13.

⁵⁴³ Euro Interbank Offered Rate; so auch STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 1.1, Rn. 21; SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4.

⁵⁴⁴ Zu den Referenzindizes auch *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17 f.).

⁵⁴⁵ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 13.

⁵⁴⁶ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (21).

⁵⁴⁷ Siehe dazu *Instituto Nacional de Estadística*, abrufbar unter https://ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735570541; *Simón Moreno/Anderson*, The Impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17/EU in Spain, Working Paper 8/2017, S. 3.

⁵⁴⁸ Dazu unten Kap. 5 II 6.

⁵⁴⁹ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 18, abrufbar unter <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>.

he der Deckelungen lag 2009 bei durchschnittlich 3,12%⁵⁵⁰. Der Zinsdeckel nach oben lag hingegen bei durchschnittlich 13,56%, sodass Kreditnehmern diese Deckelung bisher nicht zugute kam und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht zugutekommen wird.⁵⁵¹

Die *Banco de España* hat noch 2010 den Nutzen und die Bedeutung solcher Zinsbodenklauseln hervorgehoben. Insbesondere senkten sie die durchschnittlichen Kosten eines Hypothekenkredits, erhöhten die Stabilität des Finanzsystems und erleichterten den Zugang zum Immobilienmarkt.⁵⁵² Die den Banken auferlegten Informationspflichten und die notarielle Belehrung garantierten außerdem in angemessener Weise, dass der Kreditnehmer die finanzielle Tragweite dieser Klausel hinreichend genau verstehe.⁵⁵³

2. Frühere Einschätzung der Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln im spanischen Recht

Können Mindestzinsklauseln wirksam als allgemeine Geschäftsbedingung zwischen Kreditinstitut und Darlehensnehmer vereinbart werden, oder sind sie nach spanischem Recht missbräuchlich im Sinne des TRLCU? Die früheren Meinungen dazu in Rechtsprechung und Literatur sollen im Folgenden skizziert werden. Die Verbreitung, die diese Klausel in Immobiliarkreditverträgen hat, führt dabei vor Augen, welche Tragweite der Befund der Missbräuchlichkeit für den Finanzmarkt und den Schutz des Hypothekenschuldners hat. Dabei stellt sich nicht nur das Problem, ob solche Klauseln wirksam vereinbart werden können. Beachtung verdienen auch die Fragen, ob Mindestzinsklauseln angesichts ihrer preisbestimmenden Natur überhaupt kontrollfähig sind und ob sie einseitig durch den Darlehensgeber auferlegt werden. Auch der *Tribunal Supremo* und der EuGH haben in dieser Hinsicht zuletzt richtungsweisende Entscheidungen er-

⁵⁵⁰ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 21.

⁵⁵¹ Zu diesem Schluss kommt auch die *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 21; ausführlich zur Entwicklung *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (22 ff.).

⁵⁵² *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 23.

⁵⁵³ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 23.

lassen, die sowohl für den Schutz des Hypothekenschuldners als auch für die vertragliche Gestaltung von Darlehensverträgen grundlegende Bedeutung haben.

a) Grundsatz: keine Unwirksamkeit per se
Grundsätzlich wurde angenommen, dass Zinsbodenklauseln nicht schon ihrer Natur nach missbräuchlich sind. Die *cláusula suelo* erfüllt für sich genommen keinen der Tatbestände für missbräuchliche Klauseln, die Art. 85 bis 90 TRLCU auflisten. Betrachtet man darüber hinaus die legitime Funktion der Bodenklauseln, für die Banken einen Mindestgewinn aus dem Kreditgeschäft oder zumindest dessen Kostendeckung zu sichern und für den Kreditnehmer wegen des geringeren Risikos für die Bank gleichzeitig durch einen günstigeren Kredit den Kreditzugang zu erleichtern⁵⁵⁴, ist eine Begrenzung der Variabilität des Zinses nicht schlechthin missbräuchlich.⁵⁵⁵ Dies folgt mittelbar auch aus dem Umstand, dass Vereinbarungen zur Begrenzung der Zinsvariabilität ausdrücklich im Annex II des Beschlusses über die Transparenz der Finanzbedingungen von Hypothekendarlehen⁵⁵⁶ Erwähnung finden.⁵⁵⁷

Ein etwaiges vertragliches Ungleichgewicht, dass durch die Integration der Mindestzinsklausel entsteht, bedarf indes einer vertraglichen Kompensation.⁵⁵⁸ Sollte die Klausel also entgegen den Geboten von Treu und Glauben ein wesentliches Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien im Sinne der Generalklausel des Art. 82 Abs. 1 TRLCU schaffen, kann daraus ihre Missbräuchlichkeit folgen.

⁵⁵⁴ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (17 f.); SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5ª, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 5, 6; SJM Sevilla, 30.9.2010, Secc. 2ª, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4.

⁵⁵⁵ So ausdrücklich auch SJM Sevilla, Secc. 2ª, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4; SJM Barcelona, Secc. 7ª, 12.9.2011, ECLI:ES:JMB:2011:132, FD 3; *Zaera Navarrete*, La cláusula suelo en el préstamo hipotecario: nulidad de las cláusulas versus nulidad del contrato, 2016, S. 11.

⁵⁵⁶ Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios; etwas anderes ergibt sich nun freilich aus Art. 21 Abs. 3 LCCI.

⁵⁵⁷ SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5ª, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 5; SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2ª, Roj: SJM 4/2012, FD 4.

⁵⁵⁸ SJM Barcelona, Secc. 7ª, 12.9.2011, ECLI:ES:JMB:2011:132, FD 3.

- b) *Cláusula suelo* als wesentliches Vertragselement oder als nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingung?

Dies setzt jedoch voraus, dass Klauseln, die die Zinsvariabilität einschränken, überhaupt kontrollfähige Klauseln im Sinne von LCGC und TRLCU sind. Eine Bodenklausel ist nämlich eine Klausel, die im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Klausel-RL den Hauptgegenstand des Vertrages respektive die Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung betrifft. Der spanische Gesetzgeber hat diese in Art. 4 Abs. 2 aufgestellte Ausnahme – die im deutschen Recht nur teilweise ihr Äquivalent in § 307 Abs. 3 BGB findet⁵⁵⁹ – allerdings nicht in das nationale Recht umgesetzt.⁵⁶⁰ Das hat bei strikter Rechtsanwendung zur Folge, dass auch solche den Hauptgegenstand des Vertrages betreffende Klauseln auf ihre Missbräuchlichkeit überprüft werden. Mitunter zweifelte man jedoch daran, ob diese Folge der fehlenden Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁵⁶¹ Die Frage wurde in der Folge an den EuGH herangetragen. Doch befand der Gerichtshof, dass die fehlende Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL angesichts des aus Art. 8 Klausel-RL folgenden Prinzips der Mindestharmonisierung unionsrechtskonform sei.⁵⁶² Teilweise wird jedoch vertreten, dass vor dem Hintergrund der mit den Gesetzen bezweckten Umsetzung der Klausel-RL solche den Hauptgegenstand des Vertrages betreffenden Klauseln entsprechend Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL

⁵⁵⁹ Siehe nur Müller, Der Einfluss des Unionsrechts auf die AGB-Kontrolle von Bankentgelten im Zahlungsverkehr, 2018, S. 164 ff. sowie BeckOK BGB/H. Schmidt, ⁵⁹2021, BGB § 307 Rn. 72; jene Klauseln unterliegen im deutschem Recht allerdings nach S. 2 aber der Transparenzkontrolle, sodass auch Deutschland die Klausel-RL in dieser Hinsicht verbrauchergünstiger umgesetzt hat; siehe jedoch die Unterscheidung durch den BGH, 25.9.2013, NJW 2014, 209 (210); 12.3.2014, NJW 2014, 1658, 1660; ausführlich m.w.N. Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 2018, S. 610 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. nur Lyczkowska, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 5/2013, 103 (104); Trillmich, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 262.

⁵⁶¹ ATS, 20.10.2008, ECLI:ES:TS:2008:11847:A.

⁵⁶² EuGH, 3.6.2010, Rs. C-484/08 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*); dazu Graf v. Westphalen, in: NJW 2013, 961 (963); zu Einschränkungen der Mindestharmonisierung aufgrund unionaler Vertragsfreiheit Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 2018, S. 593 ff., kritisch zum Urteil S. 605 f.; Cámara Lapuente, in: FS Stuyck, 2013, 581, (588 ff.); vgl. auch Cámara Lapuente, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 98 (99 ff.).

keiner Kontrolle unterliegen sollen.⁵⁶³ Im Ergebnis liefe dies auf eine teleologische Reduktion des Art. 82 TRLCU hinaus.

Nach Teilen des Schrifttums und der Rechtsprechung könnten wesentliche vertragliche Elemente (*elementos esenciales del contrato*), wie es der zwischen den Parteien frei ausgehandelte Preis ist, nicht als allgemeine Vertragsbedingung im Sinne der LCGC und der TRLCU begriffen werden oder seien zumindest nicht kontrollfähig.⁵⁶⁴ Weil die Zinsvariabilität beschränkende Klauseln den Preis wesentlich determinieren, seien sie mangels Eigenschaft als „allgemeine Geschäftsbedingung“ nicht kontrollfähig. Dabei wird (teilweise) nicht erst die Kontrollfähigkeit jener Klauseln negiert, sondern schon ihr Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung (*condición general de la contratación*) schlechthin, weil solche Klauseln nicht „auferlegt“ und folglich im Einzelnen ausgehandelt seien.⁵⁶⁵ Auch die *Banco de España* vertrat in ihrem Bericht über bestimmte missbräuchliche Klauseln in Hypothekendarlehenverträgen die Ansicht, solche Klauseln seien nicht kontrollfähig. Sie stützte sich dabei aber im Wesentlichen auf eine Auslegung, die zu einem der Wertung des Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entsprechenden Ergebnis führt.⁵⁶⁶ Angesichts der Tatsache, dass der Bericht auf die zu diesem Zeitpunkt noch nicht entschiedene Vorlagefrage beim EuGH⁵⁶⁷ verwies, welcher die Vereinbarkeit der spanischen Regelung mit der Richtlinie attestierte, mag ein Festhalten der spanischen

⁵⁶³ Ausführlich zu dieser Frage *Cámara Lapuente*, in: Cuadernos de Derecho Transnacional, 2013, Vol. 5, N° 2, 209.

⁵⁶⁴ *Cámara Lapuente*, in: FS Stuyck, 581, (613) (für eine richtlinienkonforme Auslegung); *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (131); *Cruz Rivero*, in: RCDI 2014, n° 746, S. 2763 (2778 f.); *Días Vales*, RCDI 2010, n° 719, 923 (957 ff.); schon zur alten Rechtslage gar für eine Verfassungswidrigkeit plädierend *Alfaro Águila-Real*, in: Anuales de Derecho Civil, 1994, 305 (319 f.) SAP Madrid, 22.3.2007, Secc. 28^a, ECLI:ES:APM:2007:19924, FD 5; eine Differenzierung auch implizierend SAP Madrid, Secc. 11^a, 21.2.2006, ECLI:ES:APM:2006:3540, FD 3; siehe auch *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 262 f. m.w.N.

⁵⁶⁵ Dieses Argument nicht vertretend, aber darauf verweisend SAP Madrid, 22.3.2007, Secc. 28^a, ECLI:ES:APM:2007:19924, FD 5; teilweise wird auch auf die Freiheit der Preise verwiesen, so *Días Vales*, RCDI 2010, n° 719, 923 (957 f.) m.w.N.; das PreisLeistungsverhältnis sei danach eine „*cuestión económica metajurídica*“.

⁵⁶⁶ *Banco de España*, Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010, S. 23; eine solche „integrative Auslegung“ vertritt auch AP Madrid, Urteil vom 22.3.2007, Secc. 28^a, ECLI:ES:APM:2007:19924, FD 6.

⁵⁶⁷ EuGH, 3.6.2010, Rs. C-484/08 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*).

Nationalbank an diesem Standpunkt jedoch bezweifelt werden. Auch die AP Sevilla vertrat in einem Urteil diese Sichtweise.⁵⁶⁸

Einige spanischen Gerichte und – nur zunächst – auch der *Tribunal Supremo* vertraten indes die Ansicht, dass die Einordnung von Klauseln als wesentliches Vertragselement⁵⁶⁹ die Kontrollfähigkeit derselben nach spanischem Recht nicht ausschließe.⁵⁷⁰ Der *Tribunal Supremo* verwies in seinem Urteil dabei nochmals ausdrücklich auf das Urteil des EuGH, das bestätigte, dass die fehlende Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 in das spanische Recht (und damit die Prüfung von den Hauptgegenstand des Vertrages betreffenden Klauseln) die Richtlinie wegen ihres mindestharmonisierenden Charakters nicht verletze. In einem späteren Urteil änderte der *Tribunal Supremo* indes seine Einschätzung und erklärte, dass eine Kontrolle der Preise und des Gleichgewichts der Leistungen nicht durchgeführt werde.⁵⁷¹ Dies erläuterte der *Tribunal Supremo* allerdings *obiter dictum* in einem gänzlich anders gelagerten Fall und als Beweis für das Prinzip der Freiheit der Preise in Spanien, ohne das Urteil des EuGH auch nur einmal zu erwähnen.⁵⁷² Auch die Begründung, diese Auslegung lasse sich aus der Verengung des Wortlauts des Art. 10 Nr. 1 c) LCU ableiten⁵⁷³, überzeugt nicht: So finden sich in den Moti-

⁵⁶⁸ SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5^a, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 5.

⁵⁶⁹ Das JM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 3 B) verneint in seinem Urteil schon – wenn auch nicht überzeugend – eine Einordnung der die Zinsvariabilität beschränkenden Klauseln als den Preis festlegende Bedingungen oder “*elementos esenciales*”.

⁵⁷⁰ So implizit STS, 1.7.2010, Secc. 1^a, ECLI:ES:TS:2010:6031, Rn. 74 unter Verweis auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-484/08; SAP Cáceres, 24.4.2012, Secc. 1^a, ECLI:ES:APCC:2012:375, FD 5, 6; SAP Madrid, 16.3.2012, Secc. 28^a, ECLI:ES:APM:2012:4871, FD 2; SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 3 unter Verweis auf das Urteil des TS vom 1.7.2010; SJM Madrid, 8.9.2011, Secc. 9^a, Roj: SJM M 95/2011, FD 2.16; SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 3, 4 (aufgehoben durch SAP Sevilla 7.10.2011); aus der Literatur etwa auch *Carrasco Perera*, in: Delgado Echeverría, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, S. 182.

⁵⁷¹ STS, 18.6.2012, ECLI:ES:TS:2012:5966, FD 2.2; implizit später auch STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 3.5; siehe auch STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4, *primer motivo* m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵⁷² Kritisch zu diesem plötzlichen Rechtsprechungswechsel auch *Zaera Navarrete*, *La cláusula suelo en el préstamo hipotecario: nulidad de las cláusulas versus nulidad del contrato*, 2016, S. 161; auf die Widersprüchlichkeit der Entscheidungen hinweisend *Cámara Lapuente*, in: FS Stuyck, 581, (613).

⁵⁷³ Aus „*justo equilibrio de las contraprestaciones*” wurde “*justo equilibrio de las derechos y obligaciones de las partes*”, dazu auch *Días Vales*, RCDI 2010, n° 719, 923 (963).

ven keine Stützen für eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers.⁵⁷⁴ Insbesondere scheint der veränderte Wortlaut nur eine Anpassung an die neu eingefügte Definition von „*cláusula abusiva*“ in Art. 10 bis LCU zu sein. Überdies hätte der spanische Gesetzgeber eine Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entsprechende Ausnahme ausdrücklich im Gesetz verankern können, hätte er dies gewollt. Sowohl bei der Änderung der LCU mit Erlass der LCGC im Jahre 1998 als auch bei der Neufassung der LCU im Jahre 2007 wäre dies unproblematisch möglich gewesen. Schließlich verstößt ein allgemeiner Ausschluss der Kontrolle von den Preis oder die Leistung regelnden Klauseln auch gegen die Klausel-RL selbst. Denn Art. 4 Abs. 2 sieht für solche Klauseln immer noch eine Transparenzkontrolle und im Falle ihrer Intransparenz auch eine Inhaltskontrolle vor („[...] sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.“).⁵⁷⁵ Für eine solche Auslegung spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass der spanische Gesetzgeber eine Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL zunächst intendiert hatte, die entsprechende Vorschrift aber während des Gesetzgebungsverfahrens herausgestrichen wurde.⁵⁷⁶ Schließlich spricht auch Art. 85 Abs. 3 TRLCU für eine Kontrollfähigkeit zumindest solcher Klauseln, die Zinsanpassungen zum Gegenstand haben und somit auch wie die *cláusula suelo* den Hauptgegenstand des Vertrages betreffen.⁵⁷⁷ Diese bestimmte missbräuchliche Klauseln aufzählende Vorschrift nimmt Zinsanpassungsrechte des Kreditgebers, die gewisse Anforderungen erfüllen, von der Missbräuchlichkeit aus, was im Umkehrschluss bedeutet, dass solche Klauseln grundsätzlich einer Inhaltskontrolle unterliegen.

Auch wenn sich der Streit um die Frage, ob wesentliche Vertragselemente betreffende Klauseln kontrollfähig sind, angesichts der späteren Entscheidungen des *Tribunal Supremo*⁵⁷⁸ erledigt haben dürfte, sticht die Unklarheit und Inkonsistenz der Begründung

⁵⁷⁴ Siehe vor allem die *Exposición de Motivos* Nr. VIII zur LCGC.

⁵⁷⁵ Darauf hinweisend auch *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 185.

⁵⁷⁶ Vielfach wird dies aber als bloßer legislativer Umsetzungsfehler betrachtet, der folgenlos bleiben sollte, so unter anderem *Cruz Rivero*, in: RCDI 2014, n° 746, S. 2763 (2778 f.) sowie *María Miquel*, in: INF III/17, 130 (131); *Cámara Lapuente*, in: FS Stuyck, 581, (593 f.); *Días Vales*, RCDI 2010, n° 719, 923 (962 f.); vertiefend *Vázquez Muiña*, La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, 2018, S. 140 ff.

⁵⁷⁷ So auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 7/2013, 164 (177).

⁵⁷⁸ Dazu unten Kap. 5 II 3 b).

ins Auge. So wird die vorstehende Frage teils mit der Frage vermennt, ob die Bodenklauseel im Einzelnen ausgehandelt und deshalb nicht einseitig auferlegt wurde.⁵⁷⁹ Dies betrifft indes die vorgelagerte Untersuchung, ob überhaupt eine allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt. Die Frage, ob eine Vertragsklauseel einseitig auferlegt wurde und damit allgemeine Geschäftsbedingung ist, muss von der Frage getrennt werden, ob diese Klauseel einer Inhaltskontrolle unterliegt respektive den Hauptgegenstand des Vertrages oder das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betrifft. So spart Art. 4 der Klauseel-RL die fraglichen Klauseeln von einer Beurteilung ihrer Missbräuchlichkeit aus, lässt angesichts seines Wortlauts aber keinen Zweifel daran, dass solche Regelungen „Klauseeln“ im Sinne der Richtlinie sein können.⁵⁸⁰ Ob die *cláusula suelo* eine im Einzelnen nicht frei ausgehandelte Klauseel ist, kann man indes nicht pauschal beantworten, dies hängt vom Einzelfall ab. Der *Tribunal Supremo* geht dabei von dem Grundsatz aus, dass die das Darlehen betreffenden Vertragsbedingungen der Banken bei Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit einseitig gestellt werden.⁵⁸¹ Auch wenn dies zutreffen mag, ist eine solche Pauschalisierung im Anwendungsbereich des TRLCU nicht nötig.⁵⁸² Denn der Klauseelverwender trägt gem. Art. 82 Abs. 2 S. 2 TRLCU die Beweislast dafür, dass die Klauseel individuell ausgehandelt wurde.⁵⁸³ Außerdem kann es durchaus Fälle geben, in denen einzelne Vertragsbedingungen mit den Banken individuell ausgehandelt werden und der Darlehensnehmer ihren Inhalt beeinflussen kann. Schließlich könnte man dem Argument, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung sei nicht überprüfbar, weil sie dem freien Markt unterliege, entgegenhalten, dass es einer Ausnahme wie in Art. 4 Abs. 2 Klauseel-RL nicht bedurft hätte, wenn diese Prüfung schon abstrakt nicht denkbar wäre. Doch der EuGH hat anerkannt, dass eine Kontrolle der Angemes-

⁵⁷⁹ So erscheint jedenfalls der als Begründung dienende Verweis auf verschiedene Urteile bei SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012 FD 2 B).

⁵⁸⁰ Art. 4 Abs. 2: „[...] sofern diese *Klauseeln* klar und verständlich abgefasst sind.“; genauso in der spanischen Fassung: „[...] siempre que dichas *cláusulas* se redacten de manera clara y comprensible.“; so schließlich auch STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 7.2, Rn. 142, 144.

⁵⁸¹ STS, 27.5.2002, Secc. 1^a, ECLI:ES:TS:2002:3769, FD 2; STS, Secc. 1^a, 30.11.2001, ECLI:ES:TS:2001:9408, FD 2.

⁵⁸² Sodann auch der TS in seinem Urteil vom 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 160.

⁵⁸³ Auf die Beweislast verweisend auch SAP Madrid, Secc. 11^a, 21.2.2006, ECLI:ES:APM:2006:3540, FD 3; SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 3 C).

senheit von Leistung und Gegenleistung – des Preisleistungsverhältnisses – schon nicht möglich ist, weil es dafür keine juristischen Kriterien gibt, die als Richtschnur fungieren könnten.⁵⁸⁴ Es fragt sich freilich, welchen Sinn dann die zweite Ausnahme in Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL hat. Gleichzeitig stellte der EuGH klar, dass eine Klausel, die einen Mechanismus zur Änderung der Kosten des Verbrauchers enthält, nicht unter diese Ausnahme fällt.⁵⁸⁵ Das überzeugt; schließlich betrifft so eine Klausel eben nicht das bloße Verhältnis von Leistung und Pendant. Aus ihr kann sich etwa die Gefahr ergeben, dass der Preis sich hauptsächlich oder nur zugunsten des Unternehmers ändert. So wäre es bei einem variablen Zins, dessen durch Klausel gesetzte Grenze nach unten zu nahe am Referenzzins liegt. Auch solch eine Klausel enthält einen Mechanismus zur Änderung der vom Verbraucher zu zahlenden Zinsen, mithin seiner Kosten.

c) Missbräuchlichkeit nach der Generalklausel

Die Rechtmäßigkeit der Bodenklausel hatte dabei auch vor den gleich zu analysierenden Urteilen des *Tribunal Supremo* schon die Aufmerksamkeit mehrerer unterinstanzlicher Gerichte auf sich gezogen. So wurde eine *cláusula suelo* unter anderem dann für missbräuchlich befunden, wenn nicht als Gegengewicht eine Klausel den Zinssatz auch nach oben hin deckelte⁵⁸⁶ (sogenannte *cláusula de techo*) oder das Verhältnis der Begrenzung des Zinses nach oben und nach unten hin unausgewogen war.⁵⁸⁷ Den Befund der Missbräuchlichkeit folgerten die Gerichte dabei für beide Fälle aus der Generalklausel des Art. 82 Abs. 1 TRLCU respektive aus der – für die meisten zu beurteilenden Fälle noch anwendbaren – Vorgängernorm Art. 10 bis LCU⁵⁸⁸.⁵⁸⁹ Teilweise wurde die Entschei-

⁵⁸⁴ EuGH, 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 54 f.; 26.2.2015, Rs. C-143/13 (*Matei*), Rn. 55.

⁵⁸⁵ EuGH, 26.4.2012, Rs. C-472/10 (*Invitel*), Rn. 23; 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 56; 26.2.2015, Rs. C-143/13 (*Matei*), Rn. 56.

⁵⁸⁶ SJM Barcelona, Secc. 7^a, 12.9.2011, ECLI:ES:JMB:2011:132, FD 3; SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4.

⁵⁸⁷ Siehe unter anderem SAP Cáceres, 24.4.2012, Secc. 1^a, ECLI:ES:APCC:2012:375, FD 8, 9; SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 4; SJM Málaga, Secc. 1^a, 20.12.2011, ECLI:ES:JMMA:2011:143, FD 7; SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4.

⁵⁸⁸ *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* vom 19. Juli. 1984.

⁵⁸⁹ Siehe nur SAP Cáceres, 24.4.2012, Secc. 1^a, ECLI:ES:APCC:2012:375, FD 8; SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 4 – nicht überzeugend ist der zusätzliche Verweis auf Art. 86 Abs. 7, 87 Abs. 6, 89 Abs. 1 RDL 1/2007.

derung neben der Generalklausel auch auf Art. 82 Abs. 4 TRLCU gestützt, der das Fehlen vertraglicher Reziprozität als besonderen Unwirksamkeitsgrund statuiert.⁵⁹⁰ In dem Urteil des *Juzgado de lo Mercantil* Sevilla, dem eine Unterlassungsklage einer Verbraucherorganisation nach Art. 12 Abs. 2 LCGC gegen mehrere Banken zugrunde lag, lag der Mindestzins bei 3,25 – 3,5 %, die Begrenzung nach oben zwischen 12 und 15 %.⁵⁹¹ In dem Urteil des JM Palma de Mallorca lag die Deckelung nach oben gar bei 28 %, die Deckelung nach unten hingegen bei 4,5 %.⁵⁹² Während die Bodenklausel angesichts des niedrigen Niveaus des Euribors schon häufiger aktiviert wurde, ist es äußerst unwahrscheinlich, dass der Darlehensnehmer irgendwelche Vorteile aus der Deckelung nach oben erfahren wird. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass der Euribor seit 2000 nie höher als bei 5,39 % lag und seit 2016 sogar im negativen Bereich ist.⁵⁹³ Eine Betrachtung der Zinsen mit und ohne *cláusula suelo* veranschaulicht dabei das finanzielle Gewicht der Klausel: 2013 etwa lag der durchschnittliche Zins mit *cláusula suelo* bei 3,21 %. Blicke die Klausel unangewendet, hätte er bei 1,57 % gelegen, was einem Anstieg von 1,64 % nur durch die Klausel entspricht.⁵⁹⁴ Man muss berücksichtigen, dass der Effekt der *cláusula suelo* bei Verträgen ab 2009 nicht mehr so stark ist wie etwa – legt man den gleichen Betrachtungszeitraum zugrunde – bei Verträgen, die zwischen 2006 und 2008 abgeschlossen wurden, weil das Differential, das dem Referenzindex zugefügt wurde, infolge des sinkenden Referenzzinses erhöht wurde und der „Grundzins“ insofern schon höher war. Die *cláusula suelo* hat also bei Verträgen mit einem Differential nur knapp über dem Referenzzins einen höheren Effekt.⁵⁹⁵

Festzuhalten bleibt mithin, dass die Wirksamkeit einer Bodenklausel als allgemeine Geschäftsbedingung nach einer Ansicht voraussetzt, dass erstens als Gegengewicht auch eine Begrenzung der Zinsvariabilität nach oben zum Schutz des Schuldners vereinbart wird, und zweitens die Begrenzung nach oben und nach unten in einem angemessenen

⁵⁹⁰ So das JM Barcelona, Secc. 7^a, 12.9.2011, ECLI:ES:JMB:2011:132, FD 3.

⁵⁹¹ Siehe SJM Sevilla, Secc. 2^a, 30.9.2010, ECLI:ES:JMSE:2010:76, FD 4.

⁵⁹² SJM Palma de Mallorca, 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 2.

⁵⁹³ Für eine Übersicht der Euribor-Werte siehe <https://www.euribor-rates.eu/de/euribor-grafik/>, abgerufen am 15.1.2020.

⁵⁹⁴ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (25).

⁵⁹⁵ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (29).

Verhältnis zueinander stehen. Nur so bleibe ein vertragliches Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der beiden Parteien erhalten.

Daneben gab es allerdings auch einige Entscheidungen spanischer Gerichte, die die *cláusula suelo* trotz Fehlens eines äquivalenten Höchstzinses für wirksam erachteten.⁵⁹⁶ Die Anwendbarkeit des Klauselregimes der LCGC und des TRLCU scheiterte zwar nicht daran, dass die *cláusula suelo* schon in der *Orden Ministerial* vom 5. Mai 1994 reguliert wurde.⁵⁹⁷ Teilweise wurde allerdings schon die Rechtsnatur der Klausel als allgemeine Geschäftsbedingung angezweifelt, weil dieselbe nicht einseitig gestellt sondern individuell vereinbart werde.⁵⁹⁸ Dies lasse sich aus den im *Orden Ministerial* vom 5. Mai 1994 enthaltenen Informationspflichten ableiten, deren Einhaltung zu dem Schluss führen müsse, dass der Darlehensnehmer den Vertragsinhalt eindeutig und klar kenne. Der Immobiliendarlehensvertrag sei darüber hinaus kein gegenseitiger, sondern ein einseitiger Vertrag, sodass Begrenzungen der Zinsvariabilität auch nicht zu einem Ungleichgewicht der Reziprozität führen könnten, weil nach Valutierung keine reziproken Verpflichtungen bestünden.⁵⁹⁹ Mit „(Un-)Gleichgewicht“ in Art. 82 Abs. 1 TRLCU sei das Verhältnis der rechtlichen Verpflichtungen zueinander gemeint, nicht das wirtschaftliche Gleichgewicht des Finanzgeschäfts.⁶⁰⁰ Zinsbodenklauseln seien vielmehr schlicht als vertragliche Mechanismen zur Begrenzung des Verlustrisikos einzuordnen.⁶⁰¹ Die dem Urteil zugrundeliegende Fallkonstellation, in der die fragliche Verbraucherorganisation gegen mehrere Banken auf Unterlassung der Verwendung der Klausel klagte, war ohnehin nicht für einen Befund der Missbräuchlichkeit geeignet, denn dieser hätte nur auf die generelle Natur der Klausel ohne Berücksichtigung anderer individuell-vertraglicher Parameter abzielen können. Art. 82 Abs. 4 TRLCU setzt aber voraus,

⁵⁹⁶ Siehe nur SJM Madrid, 8.9.2011, Secc. 9^a, Roj: SJM M 95/2011, FD 2.19 ff. (hier mit einer Deckelung von 2,25 % und 15 %); SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5^a, ECLI:ES:APSE:2011:1470, als Berufungsentscheidung gegen das Urteil des JM Sevilla vom 30.9.2010 und als Ausgangsentscheidung des Urteils des *Tribunal Supremo* vom 9.5.2013; SJM Alicante, 23.6.2011, Secc. 2^a, ECLI:ES:JMA:2011:78, FD 3.

⁵⁹⁷ So SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5^a, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 5.

⁵⁹⁸ SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5^a, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 5, 6; dazu auch oben Kap. 5 II 2 b).

⁵⁹⁹ SAP Sevilla, 7.10.2011, Secc. 5^a, ECLI:ES:APSE:2011:1470, FD 6; so auch SJM Alicante, 23.6.2011, Secc. 2^a, ECLI:ES:JMA:2011:78, FD 3.

⁶⁰⁰ Ebenda, FD 6.

⁶⁰¹ Ebenda, FD 6.

dass die Wirksamkeit einer AGB unter Berücksichtigung der Natur der vertragsgegenständlichen Güter, aller den Vertragsschluss begleitenden Umstände und der sonstigen vertraglichen Bedingungen untersucht wird. Dies ist bei solch einer generalisierenden Betrachtung nicht möglich.

3. Neuer Ansatz: Missbräuchlichkeit wegen Intransparenz?

a) Ausgangslage

Dem Urteil der als Berufungsgericht agierenden AP Sevilla vom 7.10.2011, dass die Entscheidung des JM Sevilla vom 30.9.2010 aufhob, folgte eine Revision der Verbraucherorganisation⁶⁰² als Berufungsbeklagten. Dies hatte zur Folge, dass der *Tribunal Supremo* die Gelegenheit bekam, höchstrichterlich über die abstrakte Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln zu entscheiden und der entstandenen Verwirrung ein Ende zu setzen. Dieses Urteil sowie die Folgeurteile hat vor allem die spanische Literatur in den darauffolgenden Jahren stark beschäftigt und eine Entscheidung des EuGH notwendig gemacht.

b) Die Urteile des *Tribunal Supremo*

aa) Eigenschaft als allgemeine Geschäftsbedingung

Der *Tribunal Supremo* befand in seinem Urteil vom 9. Mai 2013 erstens, dass den Hauptgegenstand des Vertrages betreffende Klauseln sehr wohl allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der LCGC seien und von dieser Frage die ihrer Kontrollfähigkeit zu unterscheiden sei.⁶⁰³ Außerdem schließe die Kenntnis des Verbrauchers vom Inhalt der Klausel oder die Tatsache, dass auch Darlehensverträge (derselben oder anderer Banken⁶⁰⁴) ohne diese Klausel geschlossen werden können, nicht aus, dass dieselbe einseitig auferlegt wurde.⁶⁰⁵ Der *Tribunal Supremo* betonte dabei nochmals, dass die Auferlegung durch Banken Klauseln offenkundig sei, was nach der Regel aus Art. 281 Abs. 4 LEC dazu führe, dass diese Tatsache nicht bewiesen werden müsse.⁶⁰⁶ Darüber hinaus verwies er auf Art. 82 Abs. 2 TRLCU, der – auch wenn er bei der vorliegenden

⁶⁰² Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

⁶⁰³ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 7.2, Rn. 141 f.

⁶⁰⁴ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 165.

⁶⁰⁵ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 147 ff.

⁶⁰⁶ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 153-159.

Unterlassungsklage nicht direkt anwendbar war – dem Klauselverwender die Beweislast für diese Frage auferlegt.⁶⁰⁷

bb) Kontrollfähigkeit

In der Folge äußerte sich der *Tribunal Supremo* zur Kontrollfähigkeit von Klauseln, die die Leistung, den Preis oder ihr Verhältnis zueinander zum Gegenstand haben, also den Hauptgegenstand des Vertrages betreffen. Er befand, dass eine Kontrolle von den Hauptgegenstand des Vertrages betreffenden Klauseln „in der Regel“ ausscheide⁶⁰⁸, womit er seiner im Urteil vom 1. Juni 2010 angeklungenen Meinung, solche Klauseln seien kontrollfähig, widersprach⁶⁰⁹ und seiner im Urteil vom 18.6.2012⁶¹⁰ angedeuteten Tendenz folgte (die Äußerungen dort erfolgten mehr oder weniger *obiter dictum*).⁶¹¹ Insbesondere vor dem Hintergrund der Vorlagefrage zum EuGH – die selbst durch die *Sala Primera* des *Tribunal Supremo* gestellt wurde⁶¹² – und dessen Entscheidung (s.o.) überrascht diese Ansicht, wenngleich sie ihr nicht widerspricht.⁶¹³ Auch wenn nach dem Dafürhalten des *Tribunal Supremo* der Charakter einer Klausel als den vertraglichen Hauptgegenstand betreffend dessen Kontrollfähigkeit nicht vollständig ausschließt⁶¹⁴, schweigt er dazu, wann genau dies der Fall sein soll. Später impliziert er jedoch, dass – entsprechend Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL – eine Inhaltskontrolle zumindest dann stattfinden soll, wenn die Klauseln nicht klar und verständlich abgefasst sind.⁶¹⁵ Weiter ent-

⁶⁰⁷ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 8.2, Rn. 160, 164.

⁶⁰⁸ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 10.2, Rn. 192.

⁶⁰⁹ Auch JM Palma de Mallorca und JM Madrid verstanden den TS so, siehe die Urteile vom 2.2.2012, Secc. 2^a, Roj: SJM 4/2012, FD 3 und 8.9.2011, Secc. 9^a, Roj: SJM M 95/2011, FD 2.16.

⁶¹⁰ ECLI:ES:TS:2012:5966, FD 2.2.

⁶¹¹ Siehe dazu auch *Mato Pacín*, in: Kindl/Arroyo Vendrell, Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen, 2019, 91 (95); kritisch zur unklaren Rechtsprechungslinie *Cámara Lapuente*, in: FS Stuyck, 581, (588 ff., 613); die Rechtsprechungsänderung mit Blick auf die unionale Vertragsfreiheit begrüßend *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 2018, S. 609.

⁶¹² ATS, 20.10.2008, Secc. 1^a, ECLI:ES:TS:2008:11847A.

⁶¹³ So aber *Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 129 (131).

⁶¹⁴ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 10.2, Rn. 191.

⁶¹⁵ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 12.2, Rn. 207; diese Rechtsprechung bestätigt und festigt der *Tribunal Supremo* in späteren Urteilen, vgl. STS, 8.10.2020, ECLI:ES:TS:2020:3134, FD 2.5; STS, 8.9.2014, ECLI:ES:TS:2014:3903, FD 2; STS, 24.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1279, FD 3.

schied er (abweichend von der AP Sevilla), dass der Charakter des Immobiliendarlehens als einseitiger Vertrag die Kontrollfähigkeit seiner Klauseln nicht ausschließe.⁶¹⁶ Insbesondere seien reziproke Verpflichtungen kein notwendiger Vergleichsparameter, wenn es darum gehe, ein etwaiges vertragliches Ungleichgewicht zu identifizieren⁶¹⁷; vielmehr müssten alle sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen berücksichtigt werden.⁶¹⁸

cc) (Un-)Wirksamkeit der Mindestzinsklausel

Gleichzeitig bestätigte *Tribunal Supremo*, dass die Vereinbarung des Mindestzinssatzes aus sich heraus nicht unverhältnismäßig sei.⁶¹⁹ Selbst ein (vermeintliches) Missverhältnis zwischen Mindest- und Höchstzinssatz und auch das komplette Fehlen eines Höchstzinssatzes begründeten nicht ohne Weiteres die Missbräuchlichkeit der Klausel, denn die Etablierung desselben und damit die Bestimmung des Zinses obliege allein dem Kreditinstitut in den vom Gesetzgeber festgelegten Grenzen.⁶²⁰ Allerdings führe die Angabe von Höchst- und Mindestzins im selben Abschnitt des Vertrags zu einer verzerrten Informationswahrnehmung für den Darlehensnehmer, da so der Schein begründet werde, die Deckelung nach oben diene als Gegenleistung oder Gleichgewicht für die Zinsbodenklausel.⁶²¹

Viel wichtiger ist insofern jedoch der Befund des *Tribunal Supremo*, die dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Mindestzinsklauseln seien intransparent im Sinne von Art. 80 Abs. 1 TRLCU.⁶²² Die Intransparenz folge aus der Tatsache, dass die Klauseln es dem Verbraucher nicht möglich machten, ihren den Vertragsgegenstand prägenden Charakter zu erkennen und das wirkliche mit der Zinsvariabilität verbundene Risiko abzuschätzen.⁶²³ So verhindere die Implementation jener Klauseln inmitten eines Übermaßes an sonstigen Informationen ein klares Verständnis derselben.⁶²⁴ Überdies führten die Klau-

⁶¹⁶ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 14.2, Rn. 245 f.

⁶¹⁷ Diese Ansicht überzeugt angesichts des offenen Wortlauts des Art. 82 Abs. 1 TRLCU.

⁶¹⁸ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 14.2, Rn. 243, 245.

⁶¹⁹ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 15.2, Rn. 256 ff.

⁶²⁰ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 15.2, Rn. 257-259.

⁶²¹ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 219.

⁶²² STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 217 ff.

⁶²³ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 221 ff.

⁶²⁴ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 12.2, Rn. 212.

seln de facto zu einem Darlehen mit einem festen Mindestzinssatz im Gewand eines variablen Zinses, was für den Darlehensgeber vorhersehbar, für den Darlehensnehmer indes überraschend sei.⁶²⁵ Die Offerte als Darlehen mit variablem Zins ohne angemessenen Hinweis auf die Beschränkung der Variabilität sei insofern irreführend und geeignet, den Fokus des Verbrauchers auf eigentlich zweitrangige Kriterien bei der Bewertung des Kreditangebots zu legen, was einen Vergleich verschiedener Kreditangebote erschwere.⁶²⁶

Der *Tribunal Supremo* misst der Transparenzkontrolle in Verbraucherverträgen mithin zwei Bedeutungsebenen zu. Auf einer Ebene funktioniert sie als Einbeziehungsfilter mit der Folge, dass Klauseln, die nach Art. 7, 5 Abs. 5 LCGC intransparent sind, nicht in den Vertrag einbezogen werden. Diese formalen Transparenzanforderungen seien im Falle der *cláusula suelo* erfüllt worden.⁶²⁷ Auf einer zweiten Ebene verlange die (materielle) Transparenzkontrolle aus Art. 80 Abs. 1 a), b) TRLCU als abstrakter Wirksamkeitsparameter, dass der Klauselverwendungsgegner ohne Probleme Zweierlei erkennen kann: zum einen die wirtschaftliche Tragweite⁶²⁸, also die tatsächlichen vermögensmäßigen Opfer und Belastungen, die mit der begehrten wirtschaftlichen Leistung einhergehen, und zum anderen die juristische Tragweite, was vor allem die Risikoverteilung bei der Durchführung und im Laufe des Vertrages betrifft.⁶²⁹ Der Darlehensgeber muss also sicherstellen, dass der Verbraucher die Bedeutung der Klausel für die Entwicklung des Vertrages tatsächlich erfassen kann.

Zusammenfassend fußte der Befund der Intransparenz durch den *Tribunal Supremo* also auf folgenden Erwägungen:

⁶²⁵ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 217.

⁶²⁶ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 218.

⁶²⁷ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 11.2, Rn. 202 f.

⁶²⁸ Dieses Kriterium klang schon im Urteil vom 18.6.2012 an, dort FD 4.3; zur Transparenz als Bestandteil der Einbeziehungskontrolle *Cámara Lapuente*, in: FS Stuyck, 2013, 581 (592) m.w.N.

⁶²⁹ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 12.2, Rn. 210; das Verständnis von Transparenz als abstrakten Wirksamkeitsparameter hat der TS zuvor schon in einem Urteil vom 11.4.2013 aufgestellt, ECLI:ES:TS:2013:2254, FD 2.3; in seinem Urteil vom 18.6.2012 hat der TS diese Definitionselemente noch auf die Einbeziehungskontrolle angewandt, siehe dort FD 4; später hat er sein Verständnis der Transparenzkontrolle in einem Urteil vom 26.5.2014 bestätigt, ECLI:ES:TS:2014:2393, FD 2, Rn. 5.

- es fehlten ausreichend klare Informationen darüber, dass es sich bei der *cláusula suelo* um ein den Vertragsgegenstand prägendes Element handelte,
- die Klausel wurde zusammen mit der *cláusula techo* in den Vertrag integriert, was Letztere als Gegenleistung erscheinen ließ⁶³⁰,
- der Verbraucher wurde nicht über verschiedene wahrscheinliche Szenarien aufgeklärt, wie sich der Zinssatz entwickeln kann,
- es gab vorher keine ausreichend klaren und verständlichen Informationen über die Kosten des Kredits bei anderen Kreditbedingungen
- und teilweise waren die Klauseln inmitten anderer vertraglicher Informationen versteckt, was die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf die Klausel trübte.⁶³¹

dd) Rechtsfolgen aus Sicht des *Tribunal Supremo*

Noch bemerkenswerter ist allerdings die Rechtsfolge, die der *Tribunal Supremo* diesem Befund attestierte. Er befand zwar, dass die Mindestzinsklauseln wegen ihrer Intransparenz missbräuchlich und deshalb unwirksam sind. Gleichzeitig entschied er aber auch, dass die Rechtsfolge der Unwirksamkeit keinen rückwirkenden Effekt vor Verkündung seines Urteils habe.⁶³² Diese Beschränkung des rückwirkenden Effektes hat dabei zwei Bezugspunkte: zum einen bereits erfolgte Zuvielzahlungen aufgrund jener Mindestzinsklauseln und zum anderen Sachverhalte, über die bereits rechtskräftig entschieden wurde. So erstrecke sich der rückwirkende Effekt nicht auf Zinsbodenklauseln in Verträgen, über die schon rechtskräftig in einem gerichtlichen Verfahren entschieden worden sei. Außerdem müssten bereits geleistete Zinszahlungen aufgrund unwirksamer Bodenklauseln nicht zurückerstattet werden. Dies begründete der *Tribunal Supremo* einerseits damit, dass die Klageart der Verbraucherorganisation als Unterlassungsklage nur Wirkungen für die Zukunft begründen könne, Art. 12 Abs. 2 LCGC, 53 TRLCU.⁶³³ Andererseits sei die Beschränkung der Rückwirkung in bestimmten Fällen zum Schutze der in

⁶³⁰ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 219.

⁶³¹ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 13.2, Rn. 225.

⁶³² STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 17.2, Rn. 294.

⁶³³ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 17.2, Rn. 278-281; Art. 12 Abs. 2 S. 2 spricht indes dagegen.

Art. 9.3 CE verankerten Rechtssicherheit anerkannt und zur Vermeidung weitreichender Folgen für die wirtschaftliche Ordnung notwendig.⁶³⁴ Schließlich spreche auch die Tatsache dafür, dass die Bodenklausel schon vor 2004 vom Markt toleriert und sie angesichts ihrer Funktion grundsätzlich zulässig sei.⁶³⁵ Insofern führt der *Tribunal Supremo* also den guten Glauben an die Wirksamkeit jener Klausel an. Beachtung verdient dabei nicht zuletzt die Tatsache, dass das *Ministerio Fiscal*⁶³⁶ – welches neben der Verbraucherorganisation „Ausbanc“ Revision eingelegt hatte – die Beschränkung des rückwirkenden Effektes unter Berufung auf die Folgen für die wirtschaftliche Ordnung vorgeschlagen hatte.

Das Urteil des *Tribunal Supremo* vom 9. Mai 2013 hatte indes keine *erga-omnes*-Wirkung und galt nur für jene Darlehensverträge, die auch Streitgegenstand des Verfahrens waren.⁶³⁷ In einem zweiten Urteil vom 24. März 2015 bestätigte der *Tribunal Supremo* seine Entscheidung und erklärte sie auch im Rahmen von Individualklagen für anwendbar.⁶³⁸ Beachtenswert ist dabei, dass es ein Sondervotum der Richter *Orduña Moreno* und *O’Callaghan Muñoz* gab, die der Entscheidung des *Tribunal Supremo* widersprachen.⁶³⁹ Dem Urteil lag als Ausgangsfall eine auf Feststellung der Nichtigkeit einer *cláusula suelo* gerichtete Feststellungsklage vor dem *Juzgado de Primera Instancia* Vitoria-Gasteiz zugrunde, verbunden mit einer Klage auf Rückzahlung.⁶⁴⁰ In ihm wiederholte der *Tribunal Supremo* seine Begründung, dass aus der Intransparenz einer *cláusula suelo* ihre Missbräuchlichkeit (im Sinne von Art. 82 TRLCU) folge, weil die Intransparenz ein wesentliches vertragliches Ungleichgewicht zulasten des Verbrau-

⁶³⁴ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 17.2, Rn. 293.

⁶³⁵ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 17.2, Rn. 293.

⁶³⁶ “Generalstaatsanwaltschaft”; eine unabhängige und in die Justiz integrierte Einrichtung von Verfassungsrang (Art. 124 CE), die die Gesetzmäßigkeit und Unabhängigkeit der Justiz sowie die Rechte der Bürger und öffentlichen Interessen sichern soll, siehe auch <https://www.fiscal.es/>.

⁶³⁷ *Bueso-Guillén*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. 2, ³2017, § 126, S. 2829.

⁶³⁸ STS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280.

⁶³⁹ STS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280, *Voto Particular*, dort insbesondere FD 8.

⁶⁴⁰ STS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280, AH, Rn. 1; siehe dazu SJPI Vitoria-Gasteiz, 2.7.2013, Secc. 7^a, ECLI:ES:JPI:2013:204.

chers begründe.⁶⁴¹ Er erschöpfte sich dabei indes im Wesentlichen auf einen Verweis auf das Urteil vom 9.5.2013, ohne die dort aufgeworfenen Rechtsfragen – vor allem der Beschränkung des ex-tunc-Effektes – näher zu beleuchten.⁶⁴² Klar stellte er jedoch, dass Deklarationen der Unwirksamkeit jedenfalls aber ex-tunc-Wirkung bis zur Verkündung des ersten Urteils vom 9.5.2013 haben.⁶⁴³

c) Bewertungen der Urteile

In der Literatur wurde die Entscheidung des *Tribunal Supremo* vom 9. Mai 2013 überwiegend kritisiert.⁶⁴⁴ Teilweise wurde von einem Schaden für das Vertragsrecht gesprochen, weil ihre Anwender nicht in der Lage seien, die wesentlichen vertraglichen Prinzipien zu berücksichtigen.⁶⁴⁵ Kritik entzündete sich dabei besonders an den Gründen, mit denen der *Tribunal Supremo* die Beschränkung des rückwirkenden Effektes rechtfertigte. Diese Kritik ist gerechtfertigt. Denn der *Tribunal Supremo* erschöpft sich mit seinen Ausführungen fast ausschließlich in einer bloßen Aufzählung der Gründe, die für die abstrakte Zulässigkeit von Mindestzinsklauseln sprechen.⁶⁴⁶ Diese allgemeinen Gründe rechtfertigen aber mitnichten, die Rechtsfolge der Intransparenz solcher Klauseln – in diesem Fall ihre Unwirksamkeit – durch eine ex-nunc-Wirkung zu beschränken. Insbesondere sind „weitreichende Folgen für die wirtschaftliche Ordnung“⁶⁴⁷ kein Grund, der es rechtfertigt, die in Art. 6 Klausel-RL festgelegte Rechtsfolge der Nichtigkeit zu umgehen. Auch ist keines der vom *Tribunal Supremo* aufgeführten Beispiele⁶⁴⁸

⁶⁴¹ So auch in einem späteren Urteil STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4, primer motivo, Rn. 2; der TS versteht Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL also nicht so, dass bei Intransparenz dennoch eine Inhaltskontrolle stattfindet – wie es der Wortlaut nahe legt –, sondern dass aus ihr schon die Missbräuchlichkeit der Klausel (im Sinne von Art. 3 Klausel-RL) folgt.

⁶⁴² So auch die Kritik des *Voto Particular*, dort FD 1 und 3.

⁶⁴³ STS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280, FD 10.

⁶⁴⁴ Siehe nur *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 242 ff.; *Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 6/2013, 129 (132 f.); *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (173 ff.); *María Miquel*, in: *INF III/17*, 130 (131); zwischen Kollektiv- und Individualklagen unterscheidend hingegen *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 607 ff.

⁶⁴⁵ *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (183).

⁶⁴⁶ Vgl. *Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 6/2013, 129 (132).

⁶⁴⁷ Dazu *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (122).

⁶⁴⁸ Siehe insbesondere STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 17.2, Rn. 287 ff.

mit der Situation der Missbräuchlichkeit einer gegenüber einem Verbraucher verwendeten Klausel vergleichbar.⁶⁴⁹

Umso schwerer wiegt die Unvereinbarkeit des Urteils mit den Vorgaben der Klausel-RL, die in Art. 6 Abs. 1 ausdrücklich die Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln anordnet. So beseitigt der *Tribunal Supremo* mit seinem Urteil keine Rechtsunsicherheit; er begründet sie vielmehr, weil er nicht konkretisiert und sich somit nicht abschätzen lässt, wann genau ein Verbraucher im Sinne der materiellen Transparenzkontrolle hinreichend genau über eine bestimmte Klausel informiert ist.⁶⁵⁰ Das scheint besonders bedenklich, weil der Ministerialerlass vom 5. Mai 1994⁶⁵¹ schon Anforderungen an die Kreditvergabe stellte, bei deren Erfüllung die Banken berechtigterweise annehmen konnten, die Kreditbedingungen seien hinreichend transparent.⁶⁵² Die Begrenzung der Rückwirkung wirkt schließlich auch normativ betrachtet aus der Luft gegriffen. Aus dem Beispiel, das der *Tribunal Supremo* in Rn. 287 anführt, hätte vielmehr der Umkehrschluss gezogen werden müssen, dass mangels vergleichbarer Regelung im Bereich der AGB eine Beschränkung der Retroaktivität nicht angezeigt ist. Der Befund der Unwirksamkeit muss vielmehr die (uneingeschränkte) Anwendbarkeit von Art. 1303 CC zur Folge haben⁶⁵³; er statuiert die Pflicht zur Rückerstattung von aufgrund unwirksamer Verpflichtungen geleisteter Zahlungen.⁶⁵⁴

Das neu aufgestellte Kriterium des *Tribunal Supremo*, wonach AGB auch „inhaltlich“ oder „materiell“ transparent sein müssen, gilt dabei offenkundig nicht nur für Mindestzinsklauseln, sondern auch für andere AGB und hat damit generelle Bedeutung für das

⁶⁴⁹ So auch *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 246 f.

⁶⁵⁰ So *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (174 und 180f.); in Bezug auf die Rückwirkung auch *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 246 f.

⁶⁵¹ Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

⁶⁵² So der *primer motivo* in der Revision einer Bank gegen die Nichtigerklärung ihrer Klausel, STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4.

⁶⁵³ Zur Anwendung von Art. 1303 CC auch AAP Alicante, 15.6.2015, Secc. 8ª, ECLI:ES:APA:2015:170A, FD 2; *Domínguez Romero*, *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, 2018, S. 246 f.

⁶⁵⁴ Zu Art. 1303 CC auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (122).

Recht der Klauselkontrolle.⁶⁵⁵ Für die Mindestzinsklausel zeigt die Begründung des *Tribunal Supremo* zu ihrer materiellen Intransparenz und Missbräuchlichkeit jedoch Schwächen. Nur weil *suelo* und *techo* in einer gemeinsamen Klausel vereinbart werden, führt das nicht zwangsläufig zu dem Anschein, die eine sei Gegenleistung der anderen. Umgekehrt muss auch die Aufteilung dieser Beschränkungen der Zinsvariabilität in zwei verschiedene Klauseln nicht automatisch dazu führen, dass der Schein von Reziprozität aufgehoben wird. Es ist also insgesamt nicht überzeugend, die Undurchsichtigkeit der Mindestzinsklausel an ihrer örtlichen Verbundenheit mit der Höchstzinsklausel festzumachen. Auch wurde nicht deutlich, wie genau aus der inhaltlichen Intransparenz der Klauseln ihre Missbräuchlichkeit folgt, ob also etwa die Intransparenz ein vertragliches Ungleichgewicht im Sinne von Art. 82 Abs. 1 TRCLU schaffe oder ohne Bezug zur Generalklausel abstrakt von Intransparenz auf Missbräuchlichkeit geschlossen wird.⁶⁵⁶ Legt man den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL zugrunde, müsste die Intransparenz eigentlich bloß dazu führen, dass diese den Hauptgegenstand betreffenden Klauseln nun doch einer Inhaltskontrolle unterliegen, die Generalklausel und die besonderen Tatbestände der Art. 85-90 TRLCU also anwendbar sind. Dass die *cláusula suelo* ein wesentliches vertragliches Ungleichgewicht schafft, hatte der *Tribunal Supremo* aber verneint. So bleibt der rechtliche Boden, auf dem die Rechtsfolge materieller Intransparenz – die Unwirksamkeit der Klausel – steht, unklar.⁶⁵⁷ Dass das Urteil des *Tribunal Supremo* diese dogmatischen Fragen offen ließ, belegen auch spätere Revisionsanträge in anderen Verfahren.⁶⁵⁸ Sie bemängeln, dass eine Rechtsgrundlage fehle, um eine Klausel wegen ihrer materiellen Unklarheit als missbräuchlich zu bewerten (*primer motivo*), und dass der *Tribunal Supremo* eine Klausel schon für nichtig befindet, wenn sie unklar ist, ohne ihren Inhalt weiter zu kontrollieren (*segundo motivo*). Überwiegend

⁶⁵⁵ So auch *Sáenz de Jubera Higuero*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, 235 (240); *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (174).

⁶⁵⁶ *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (178).

⁶⁵⁷ So auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7/2013, 164 (178 f.); siehe zur Rechtsfolge von Intransparenz auch *Apenzeller*, *Die Europäische AGB-Kontrolle*, 2017, S. 117 f., die das Transparenzgebot als das derzeit "schärfste Schwert der europäischen Inhaltskontrolle" einordnet.

⁶⁵⁸ Vgl. etwa STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4.

zugestimmt wird hingegen der Einschätzung, die Mindestzinsklausel begründe – unbeschadet „materieller“ Intransparenz“ – kein wesentliches Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien im Sinne der Generalklausel des Art. 82 Abs. 1 TRLCU.⁶⁵⁹

Einige Autoren kritisieren auch die Einordnung des neuen Kriteriums materieller Intransparenz durch den *Tribunal Supremo* (und EuGH).⁶⁶⁰ Insbesondere sei ein zweiter Filter auf der Ebene der Missbräuchlichkeit nicht nötig, weil die „materiellen“ Transparenzanforderungen genauso gut in der Einbeziehungskontrolle verortet werden könnten.⁶⁶¹ Diese Kritik plädiert also für eine eingeleisige Transparenzkontrolle, und zwar nur bei der Frage, ob die betreffende Klausel wirksam einbezogen worden sei.

Carrasco Perera und *Cordero Lobato* bemängeln außerdem, dass eine Klausel nicht gleichzeitig formell transparent und damit wirksam in den Vertrag einbezogen worden und gleichzeitig wegen materieller Intransparenz unwirksam sein könne.⁶⁶² Denn die Vorschriften zur Einbeziehung von Klauseln verlangten gerade die reale Möglichkeit der Kenntnis derselben durch den Verbraucher. Diese Möglichkeit der Kenntnisnahme werde durch die Tatsache, dass der Notar dem Verbraucher die Bedingungen vorliest, nur noch verstärkt.⁶⁶³ Außerdem solle es nach ihrer Ansicht keine ex-officio-Kontrolle materieller Intransparenz geben, weil die Klausel-RL ein solches Kriterium nicht enthalte und sie nach Art. 4 Abs. 2 keine Regelungen zu den Hauptgegenstand des Vertrages betreffenden Klauseln enthalte.⁶⁶⁴ Neben der Tatsache aber, dass der EuGH in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo* klarstellte, dass die Klausel-RL die Transparenz auch im materiellen Sinne verstehe, regelt dieselbe sehr wohl auch hauptgegenständliche Klauseln; soweit diese intransparent sind, unterwirft Art. 4 Abs. 2 nämlich auch sie einer Inhaltskontrolle.

⁶⁵⁹ *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 7/2013, 164 (177).

⁶⁶⁰ *Goñi Rodríguez de Almeida*, in: RCDI 2013, núm. 739, 3440 (3453)

⁶⁶¹ *Goñi Rodríguez de Almeida*, in: RCDI 2013, núm. 739, 3440 (3453)

⁶⁶² *Carrasco Perera/Cordero Lobato*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 7/2013, 164 (180).

⁶⁶³ Ebenda.

⁶⁶⁴ Ebenda (182); anders der EuGH, 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*), Rn. 49-51.

Das zweite Urteil des *Tribunal Supremo* vom 25.3.2015 verwies zu einem großen Teil auf das Urteil vom 9.5.2013 und ließ die Gelegenheit ungenutzt, sich genauer zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit (besonders für Individualklagen) zu äußern. Die Kritik des Sondervotums unterstreicht diesen Befund. Insbesondere identifizierte schon das Sondervotum einen Verstoß gegen die Rechtsprechung des EuGH, die dieser in der Rechtssache *Banco Español de Crédito*⁶⁶⁵ aufstellte.⁶⁶⁶

Das Urteil des *Tribunal Supremo* hat viele spanische Banken allerdings dazu bewogen, auf die *cláusula suelo* in neuen Hypothekenkreditverträgen zu verzichten.⁶⁶⁷ Außerdem zeigten sie sich bemüht, durch individuelle Vereinbarungen solche Mindestzinsklauseln aus bereits bestehenden Kreditverträgen herauszunehmen.⁶⁶⁸

d) *Transparencia material*: Dogmatische Grundlage, Tatbestand, Auswirkungen

Weitere Entscheidungen des *Tribunal Supremo* folgten, die seine eingeschlagene Rechtsprechungslinie bestätigten.⁶⁶⁹ Er beleuchtete dabei auch die zunächst unklar gebliebene Frage, wie die materielle Transparenz dogmatisch einzuordnen sei – eine Norm, die bei Intransparenz einer Klausel ausdrücklich ihre Missbräuchlichkeit zur Rechtsfolge hat, suchte man (zunächst) vergebens. Wie der *Tribunal Supremo* zuvor schon andeutete, fuße das Erfordernis materieller Transparenz auf Art. 80 Abs. 1 und 82 Abs. 1 TRLCU, die in Einklang mit Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Klausel-RL auszulegen seien.⁶⁷⁰ Nach dem Verständnis des *Tribunal Supremo* fächert sich das Transparenzerfordernis aus Art. 5 Klausel-RL (das aus Art. 4 Abs. 2 ist inhaltlich gleich⁶⁷¹) in der spanischen Rechtsordnung auf in Art. 5 Abs. 5 und Art. 7 LCGC (formelle Transparenz) und Art. 80 Abs. 1, 82 Abs. 1 TRLCU (materielle Transparenz). In späteren Urteilen bestätigt der *Tribunal Supremo* Art. 80 Abs. 1 TRLCU als dogmatische Grundlage für das materielle Transpa-

⁶⁶⁵ EuGH, 14.6.2016, Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*).

⁶⁶⁶ *Voto Particular* in TS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280, dort FD 7.

⁶⁶⁷ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (15).

⁶⁶⁸ Ebenda.

⁶⁶⁹ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4, *primer motivo*; zur “materiellen Transparenz” STS, 6.10.2020, ECLI:ES:TS:2020:3139, FD 3.3; STS, 7.7.2020, ECLI:ES:TS:2020:2415, FD 2; STS, 8.6.2017, ECLI:ES:TS:2017:2244, FD 6.4 ff.

⁶⁷⁰ STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4, *primer motivo*, Rn. 3.

⁶⁷¹ Vgl. EuGH, 26.2.2015, Rs. C-143/13 (*Matei*), Rn. 73.

renzerfordernis und nennt zusätzlich Art. 60 Abs. 1 TRLCU⁶⁷². Der Verweis auf Art. 60 Abs. 1 TRLCU ist nicht ganz einleuchtend, statuiert er doch bloß die Pflicht von Unternehmern, den Verbraucher bei Verbraucherverträgen⁶⁷³ klar und verständlich über die wesentlichen Vertragsmerkmale zu informieren. Eine weitergehende Rechtsfolge oder Sanktionen bei Verletzung dieser Pflicht stellen weder Art. 60 TRLCU noch andere Normen des Abschnitts⁶⁷⁴ auf.⁶⁷⁵

Dieses über einen bloß formal und grammatikalisch definierten Charakter hinausgehendes Verständnis von Transparenz, das der *Tribunal Supremo* ihr in seinen Entscheidungen zumisst, klang auf europäischer Ebene schon in der Entscheidung *RWE Vertrieb*⁶⁷⁶ an; der EuGH hat es später in den Entscheidungen *Kásler und Káslerné Rábai*⁶⁷⁷, *Matei*⁶⁷⁸ und *Van Hove*⁶⁷⁹ bestätigt.⁶⁸⁰ Auch in späteren Urteilen hielt sich der *Tribunal Supremo* bedeckt, was genauere Vorgaben für transparente Klauseln anlangt.⁶⁸¹ Immerhin nicht ausreichend für die Erfüllung der Transparenzanforderungen sei die Lektüre der Hypothekenbestellungsurkunde.⁶⁸² Auch die grammatikalische Klarheit der Klausel mache sie nicht ohne Weiteres transparent.⁶⁸³ Eine konkretere Definition dessen, was Transparenz im materiellen Sinne zu bedeuten habe, gibt der EuGH schließlich in seinem Urteil in der Rechtssache *Gómez del Moral Guasch*.⁶⁸⁴ Die dort erläuterten Transparenzerfordernisse formulierte er zwar für die Festlegung des variablen Zinssatzes;

⁶⁷² STS, 7.7.2020, ECLI:ES:TS:2020:2415, FD 2; STS, 8.6.2017, ECLI:ES:TS:2017:2244, FD 6.3.

⁶⁷³ Im Sinne der Definition von Art. 59 Abs. 1 TRLCU, die mit der in § 310 Abs. 3 BGB im Ergebnis übereinstimmt.

⁶⁷⁴ Allgemeine Vorschriften zu Verträgen mit Verbrauchern und Nutzern, Art. 59 – 67 TRLCU.

⁶⁷⁵ Siehe zu den Rechtsfolgen jedoch zugleich die neue Fassung von Art. 83 TRLCU.

⁶⁷⁶ EuGH, 21.3.2013, Rs. C-92/11 (*RWE Vertrieb*), Rn. 43 f., 49.

⁶⁷⁷ EuGH, 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 71 ff., dort betreffend Fremdwährungsdarlehen.

⁶⁷⁸ EuGH, 26.2.2015, Rs. C-143/13 (*Matei*), Rn. 73.

⁶⁷⁹ EuGH, 23.4.2015, Rs. C-96/14 (*Van Hove*), Rn. 41.

⁶⁸⁰ Auf diese Doppelfunktion der Transparenzanforderung aus Art. 5 Klausel-RL hat im Jahr 2000 schon die Europäische Kommission hingewiesen, Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 27.4.2000, KOM(2000) 248, S. 19.

⁶⁸¹ So etwa in STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 4, primer motivo, Rn. 2.

⁶⁸² STS, 8.10.2020, ECLI:ES:TS:2020:3134, FD 2.6.

⁶⁸³ STS, 6.10.2020, ECLI:ES:TS:2020:3139, FD 3.6.

⁶⁸⁴ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*).

doch lassen sich die Überlegungen zur Zinsvariabilität und seiner Berechnung auf die Begrenzung der Zinsvariabilität übertragen. Insbesondere sind Interessenlage und Verständnishorizont des Verbrauchers insoweit vergleichbar. Nach dem EuGH muss ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher in die Lage versetzt werden, zu verstehen, wie der Zinssatz konkret berechnet wird, damit er auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien die möglicherweise beträchtlichen wirtschaftlichen Folgen einer solchen Klausel für seine finanziellen Verpflichtungen einschätzen kann.⁶⁸⁵ Für die Prüfung des nationalen Gerichts maßgeblich sei zum einen der Umstand, dass die Hauptelemente zur Berechnung des Zinssatzes wegen der Veröffentlichung der Berechnungsmethode des fraglichen Satzes für jeden leicht zugänglich sind, der den Abschluss eines Hypothekendarlehens beabsichtigt. Zum anderen sei die Bereitstellung von Informationen über die frühere Entwicklung des Index, auf dessen Grundlage der genannte Zinssatz berechnet wird, maßgeblich.⁶⁸⁶ Doch bei dieser Erläuterung blieb es nicht; der EuGH hatte in der Rechtssache *Ibercaja Banco* nochmals Anlass, den Inhalt materieller Transparenzanforderungen für Mindestzinsklauseln genauer zu definieren.⁶⁸⁷ Jedenfalls bei Mindestzinsklauseln müsse der Verbraucher vor Abschluss des Hypothekendarlehensvertrages in die Lage versetzt werden, die wirtschaftlichen Folgen zu verstehen, die sich für ihn aus dem von dieser Mindestzinssatzklausel bewirkten Mechanismus ergeben. Unter anderem müssen Informationen über die vergangene Entwicklung des Index bereitgestellt werden, auf dessen Grundlage der Zinssatz berechnet wird.⁶⁸⁸ Damit mutiert das Transparenzgebot „zum Mittel der vorvertraglichen Information des Verbrauchers“.⁶⁸⁹ Letzten Endes hatte also der EuGH maßgeblichen Anteil daran, die Transparenzanforderungen bei Mindestzinsklauseln zu konkretisieren. Im Sinne der unionalen Rechtsvereinheitlichung ist das auch begrüßenswert; dennoch bleibt es dabei, dass die ursprünglich vom *Tribunal Supremo* aufgestellten Kriterien zu unscharf waren.

⁶⁸⁵ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*), Rn. 51.

⁶⁸⁶ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*), Rn. 56.

⁶⁸⁷ EuGH, 9.7.2020, Rs. C-452/18 (*Ibercaja Banco*).

⁶⁸⁸ EuGH, 9.7.2020, Rs. C-452/18 (*Ibercaja Banco*), Rn. 56; *Cruz Gallardo* etwa schlägt zusätzlich Simulationen der möglichen Entwicklung der Darlehensraten vor, in: *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 606.

⁶⁸⁹ *Apenzeller*, Die Europäische AGB-Kontrolle, 2017, S. 114.

Die Unterscheidung zwischen Transparenz im formellen und materiellen Sinne und ihrer unterschiedlichen dogmatischen Verortung scheint auf den ersten Blick nicht allzu praxisrelevant. Bedeutung mag sie jedoch für den Verbraucherschutz haben. Der Vollstreckungsschuldner kann sich in der *ejecución hipotecaria* gegen Klauseln nur mit dem Einwand wehren, eine die Grundlage der Vollstreckung bildende Klausel sei *missbräuchlich* (Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC).⁶⁹⁰ Nimmt man den Wortlaut also genau, kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, eine Klausel sei gar nicht erst wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Damit ist die Einordnung (materiell) intransparenter Klauseln als missbräuchlich enorm wichtig für den Schutz in der Vollstreckung; ohne sie könnte der Vollstreckungsschuldner undurchsichtige Klauseln nach Art. 698 Abs. 1 LEC nur in einem separaten Erkenntnisverfahren angreifen, das auch noch nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz* keine Möglichkeiten zur Aussetzung der Vollstreckung vorsieht. Man könnte den rigiden Wortlaut von Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC freilich auch mit einem Erst-recht-Schluss entkräften. Wer geltend machen kann, eine Klausel sei missbräuchlich, sollte *a fortiori* geltend machen können, eine Klausel sei wegen ihrer Intransparenz gar nicht erst Bestandteil des Vertrages geworden. Dies würde der allgemeinen Tendenz gerecht werden, den durch die Klausel-RL gewährten Schutz auch auf der Ebene der Vollstreckung zu etablieren. Dass die Einspruchsgründe des Vollstreckungsschuldners aber immer noch begrenzt, mithin die Ausnahme sind, spricht jedoch gegen den Größenschluss.

e) Rechtsfolge materieller Intransparenz: Inhaltskontrolle oder Missbräuchlichkeit?

Während ursprünglich Unklarheit darüber herrschte, was genau die Rechtsfolge materieller Intransparenz sein soll (etwa Eröffnung oder Indiz bei der Inhaltskontrolle oder Missbräuchlichkeit der Klausel ohne weitere Prüfung⁶⁹¹), hat der spanische Gesetzgeber im Rahmen der Reform durch die LCCI Klarheit geschaffen.⁶⁹² Nunmehr regelt Art. 83 S. 2 TRLCU, dass intransparente Vertragsbedingungen zulasten des Verbrauchers nicht

⁶⁹⁰ Zu den Einspruchsgründen des Schuldners in der Vollstreckung unten Kap. 6 V.

⁶⁹¹ So hat der *Tribunal Supremo* etwa noch in einem Urteil vom 11.9.2018 befunden, dass eine intransparente Klausel nicht zwingend missbräuchlich sei, weil aus der Intransparenz nicht zwangsläufig ein vertragliches Ungleichgewicht folge, ECLI:ES:TS:2018:3070, FD 3.9. Intransparente Mindestzinsklauseln begründeten jedoch immer ein wesentliches Ungleichgewicht.

⁶⁹² Vgl. die achte Schlussbestimmung zu Ley 5/2019.

tig sind. Eine entsprechende Regelung findet sich neu zudem in Art. 5 Abs. 5 S. 2 LCGC.⁶⁹³ Hier stellt sich indes die Frage des Sinns der Regelung: angesichts der Überschrift von Art. 5 LCGC (*Requisitos de incorporación*) könnte man zu dem Schluss kommen, die Regelung beziehe sich auf das formelle Transparenzerfordernis bei Klauselbeziehung.⁶⁹⁴ Dagegen spricht aber der Wortlaut von Art. 5 Abs. 5 S. 2 LCGC n.F., der von intransparent *einbezogenen* Bedingungen spricht.⁶⁹⁵ Im Ergebnis müssten also formell intransparente Klauseln nach spanischer Konzeption zunächst einbezogen und Bestandteil des Vertrages zu werden; sodann sind sie zugleich aber nichtig. Dass auch Art. 5 Abs. 5 S. 2 LCGC von *einbezogenen* Bedingungen spricht, könnte jedoch auch ein redaktionelles Versehen sein.

4. Intransparenz und (keine) Rückwirkung – EuGH korrigiert *Tribunal Supremo*

Die insbesondere auch rechtsdogmatisch bedeutsamen Entscheidungen des *Tribunal Supremo* fanden nicht nur Kritik in der spanischen Literatur; auch spanische Gerichte waren von der Negierung des ex-tunc-Effektes durch den *Tribunal Supremo* nicht überzeugt. Das JM Granada⁶⁹⁶ und die AP Alicante⁶⁹⁷ legten dem EuGH schließlich nach Art. 267 AEUV verschiedene Fragen zur Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit der Klausel-RL vor, die als verbundene Rechtssachen beantwortet wurden.⁶⁹⁸

a) Das Urteil in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo*

Die dem EuGH vorgelegten Fragen lassen sich dabei im Kern dahin zusammenfassen, dass die beiden spanischen Gerichte die Vereinbarkeit der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zur Beschränkung der Nichtigkeitswirkung mit Art. 6 der Klausel-RL untersucht wissen wollten. Zur Beantwortung dieser Frage unterschied auch der EuGH zwi-

⁶⁹³ Vgl. Schlussbestimmung 4.1 von Ley 5/2019.

⁶⁹⁴ So etwa auch ausdrücklich STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 11.2, Rn. 201 ff.; STS, 24.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1279, FD 3.3 und FD 4.

⁶⁹⁵ “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*”

⁶⁹⁶ AJM Granada, 25.3.2015, Secc. 1ª, ECLI:ES:JMGR:2015:1445A.

⁶⁹⁷ AAP Alicante, 15.6.2015, Secc. 8ª, ECLI:ES:APA:2015:170A.

⁶⁹⁸ Es gab weitere Vorlagen mit ähnlichem Inhalt, so etwa AAP A Coruña, 4.1.2016, ECLI:ES:APC:2016:1A.

schen Sachverhalten, die bereits rechtskräftig entschieden wurden, und bereits geleisteten Zahlungen zur Zeit des Urteils vom 9. Mai 2013.

Er verneinte dabei zunächst das Vorbringen der spanischen Regierung und der Kreditinstitute, die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* begründe ein höhere Schutzniveau als das der Richtlinie, sodass dieselbe gar nicht mehr anwendbar sei.⁶⁹⁹ Auch Art. 4 Abs. 2 der Klausel-RL verlange eine Transparenz auch im materiellen Sinne, sodass das Schutzniveau gleich sei.⁷⁰⁰ Weiter stellte er klar, dass die Rechtsfolge des Befunds der Missbräuchlichkeit einer Klausel, wegen der Geldbeträge zu zahlen sind, grundsätzlich die Rückerstattung derselben sei, damit jene Lage hergestellt wird, in der sich der Verbraucher ohne diese Klausel befunden hätte.⁷⁰¹ Die Unwirksamkeit unterliege zwar den von den Mitgliedstaaten aufgestellten Rechtsvorschriften, diese könnten aber nicht dazu führen, dass sich Wesen oder Tragweite des durch die Richtlinie aufgestellten Schutzes ändern.⁷⁰² Der Verbraucherschutz sei allerdings nicht absolut und könne insbesondere durch innerstaatliche Verfahrensvorschriften, die Rechtskraft etablieren, eingeschränkt werden.⁷⁰³ Daraus folge, dass die vom *Tribunal Supremo* vorgenommene Beschränkung der Nichtigkeitswirkung bei Sachverhalten, über die rechtskräftig entschieden wurde, mit der Klausel-RL vereinbar ist. Dies gelte indes nicht für den zweiten Fall, der die Rückerstattung von Zahlungen aufgrund der Klausel auf solche nach Verkündung des Urteils des *Tribunal Supremo* vom 9.5.2013 beschränkt.⁷⁰⁴ Diese Situation sei nicht mit elementaren Verfahrensvorschriften wie der Verjährung vergleichbar.⁷⁰⁵

b) Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einer Mindestzinsklausel

Damit bleibt festzuhalten, dass die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*, wonach die Rückwirkung der Nichtigkeit sich auf Zahlungen beschränke, die nach Verkündung seines Urteils vom 9.5.2013 erfolgten, europarechtswidrig ist. Der EuGH ging in seinem

⁶⁹⁹ EuGH, 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*), Rn. 47

⁷⁰⁰ Ebenda, Rn. 49-51.

⁷⁰¹ Ebenda, Rn. 61 und 62.

⁷⁰² Ebenda, Rn. 64 und 65.

⁷⁰³ Ebenda, Rn. 68 unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 6.10.2009, Rs. C-40/08, Rn.

⁷⁰⁴ Ebenda, Rn. 72-74.

⁷⁰⁵ Ebenda, Rn. 70.

Urteil gar noch weiter und erklärte, dass die Rechtsprechung „erkennbar“⁷⁰⁶ nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sei, was durchaus als Spitze in Richtung *Tribunal Supremo* gewertet werden kann. Eine Wiederaufnahme bereits rechtskräftig entschiedener Verfahren bleibt im Einklang mit dem Urteil des EuGH nicht möglich – die aus der Rechtskraft wachsende Rechtssicherheit rechtfertigt hier eine Beschränkung der Rückwirkung. In allen anderen Fällen ist die Beschränkung der Rückwirkung nicht zulässig.⁷⁰⁷

5. Folgen des EuGH-Urteils

a) Wirtschaftliche Folgen

Das Urteil des EuGH hat zur Konsequenz, dass alle aufgrund einer intransparenten *cláusula suelo* gezahlten Beträge – auch vor Verkündung des Urteils des *Tribunal Supremo* – von Verbrauchern zurückverlangt werden können, soweit die Ansprüche nicht verjährt sind. Insofern war das Urteil vor allem in der Praxis von enormer Bedeutung. Individuell betrachtet hängen die Aktivierung und der Einfluss der *cláusula suelo* dabei maßgeblich vom Jahr des Vertragsschlusses ab, weil in jedem Jahr im Durchschnitt eine unterschiedlich hohe Deckelung, aber auch ein anderes Differential verwendet wurde, das dem Referenzzins zugeschlagen wurde.⁷⁰⁸ Schon das Urteil des *Tribunal Supremo* vom 9. Mai 2013 betraf zwei Millionen Kredite, auch wenn es nur die Klauseln bestimmter Banken für unwirksam erklärte.⁷⁰⁹ In Vorhersehung eines großen Anstiegs an Klagen, die missbräuchliche Klauseln betreffen, schuf der Generalrat der rechtsprechenden Gewalt (*Consejo General del Poder Judicial*) einen Notfallplan, der die Spezialisierung bestimmter erstinstanzlicher Gerichte mit der Folge vorsah, dass diese ausschließlich über missbräuchliche Klauseln in Immobiliarkreditverträgen betreffende Klagen entscheiden.⁷¹⁰ So reichten Verbraucher allein in dem Zeitraum zwischen 1. Juni und 8. September 2017 57.068 Klagen bei den auf missbräuchliche Klauseln speziali-

⁷⁰⁶ Ebenda, Rn. 74.

⁷⁰⁷ Bestätigend etwa SAP Pontevedra, 11.1.2017, Secc. 1ª, ECLI:ES:APPO:2017:1, FD 3; vgl. auch *Döhler*, in: EuZW 2017, 148 (152).

⁷⁰⁸ Siehe dazu *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (23 ff.).

⁷⁰⁹ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (33).

⁷¹⁰ Vgl. dazu etwa *Alonso Pérez/de Elizalde Ibarbia/Garcimartín*, in: Micklitz/Saumier, Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, 2018, S. 603

sierten *Juzgados de Primera Instancia* ein.⁷¹¹ Der spanische Richter *Fernández Seijo* berichtet⁷¹², dass allein in einem Monat rund 300 Klagen gegen die von einem Kreditinstitut verwendeten Mindestzinsklauseln eingegangen sind. Tatsächlich sind auch vom Urteil des EuGH hauptsächlich Hypothekenkredite betroffen, die vor 2013 abgeschlossen wurden, weil danach angefangen wurde, auf die Nutzung der *cláusula suelo* zu verzichten.⁷¹³ Wie der *Tribunal Supremo* konstatierte, ist nicht das einzelne Verfahren so schwerwiegend für die wirtschaftliche Ordnung; vielmehr ist es die Summe vieler tausender solcher Verfahren mit gleichem Gegenstand.⁷¹⁴

b) Auswirkungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung

Neben dieser institutionellen Reaktion passte der *Tribunal Supremo* seine Rechtsprechung in der Folge am 24.2.2017 an die Vorgaben des EuGH an.⁷¹⁵

Überdies erließ die spanische Regierung ein Gesetzesdekret – RDL 1/2017⁷¹⁶ –, welches als unmittelbare und ausschließliche Reaktion auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo* betrachtet werden kann.⁷¹⁷ Der spanische Gesetzgeber sah es dabei als unerlässlich an, angesichts der nun steigenden Klagen auf Rückerstattung ein einfaches und geordnetes Schlichtungsverfahren zu etablieren.⁷¹⁸ Dieses Verfahren ist für die Verbraucher freiwillig und sieht vor, eine Vereinbarung mit der Bank zu erreichen, damit der Verbraucher sein aufgrund der Mindestzinsklausel zu viel gezahltes Geld zurück bekommt. Dadurch sollte vor allem verhindert werden, dass eine

⁷¹¹ Noticias Jurídicas, „Los Juzgados especializados en cláusulas abusivas han ingresado 57.000 demandas desde junio, vom 15. September 2017, abrufbar unter <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12320-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-han-ingresado-57-000-demandas-desde-junio/>.

⁷¹² Aussage aus einem Artikel in *El País*, 5.5.2013, „Más de 300 reclamaciones por las cláusulas abusivas hipotecarias“, abrufbar unter https://elpais.com/ccaa/2013/05/05/catalunya/1367767343_786819.html.

⁷¹³ Siehe dazu unten Kap. 5 II 6.

⁷¹⁴ STS, 25.3.2015, ECLI:ES:TS:2015:1280, FD 9.4.

⁷¹⁵ STS, 24.2.2017, ECLI:ES:TS:2017:477.

⁷¹⁶ Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; dazu auch *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219.

⁷¹⁷ Dies lässt sich schon der *Exposición de Motivos* entnehmen, dort insbesondere II und III; siehe auch Art. 1 RDL 1/2017.

⁷¹⁸ EM III zum RDL 1/2017.

Fülle an Klagen die Justiz überlastet.⁷¹⁹ Gleichwohl sollte mit der Regelung nur ein minimaler legislativer Eingriff erfolgen, um den Verbrauchern in Anbetracht der Gefahr langwieriger Gerichtsverfahren ein (scheinbar) schnelles Mittel zur Befriedigung ihrer Anliegen an die Hand zu geben.⁷²⁰

Art. 2 RDL 1/2017 legt dabei den Anwendungsbereich des Gesetzes fest.⁷²¹ Er umfasst hypothekarisch gesicherte Immobiliendarlehen von Verbrauchern im Sinne des Art. 3 TRLCU⁷²², die eine Mindestzinsklausel nach der Definition des Art. 2 Abs. 3 RDL 1/2017 enthalten. Der Anwendungsbereich wird dabei nicht auf für missbräuchlich erklärte Mindestzinsklauseln beschränkt.⁷²³ Dass das Gesetzesdekret zur Bestimmung seines Anwendungsbereiches zumindest in der *Exposición de Motivos*⁷²⁴ auf die vom *Tribunal Supremo* aufgestellten Kriterien zur Intransparenz der *cláusula suelo* zurückgreift, hat im Angesicht der gewaltigen Kritik an dem Urteil einen faden Beigeschmack.

Für diese Verträge verpflichtet Art. 3 Abs. 1 die Banken, ein vorgerichtliches Verfahren zu etablieren, dass für die Verbraucher freiwilligen Charakter hat und die Rückerstattung ihrer Beträge bezweckt.⁷²⁵ Kritik muss sich dabei an der Tatsache entzünden, dass der Gesetzgeber es unterlässt, auch nur irgendwelche konkreteren Anforderungen an dieses Verfahren zu stellen.⁷²⁶ Damit ist der Verbraucher der einseitigen Gestaltungsfreiheit seiner Bank ohne unabhängige Instanz ausgesetzt.⁷²⁷ Fordert der Verbraucher mit diesem Verfahren zu viel gezahlte Beträge zurück, muss die Bank den genauen Be-

⁷¹⁹ EM III zum RDL 1/2017; *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (220).

⁷²⁰ EM III zum RDL 1/2017; *Conde Fuentes* sieht die Einkleidung als *Real Decreto-ley* wegen seines legislativen Ausnahmecharakters als missbräuchlich an, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (220), dort Fn. 4.

⁷²¹ Dazu auch *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (221 bis 223).

⁷²² Art. 2 Abs. 2 RDL 1/2017 widerspricht sich mit seiner Verweisung auf die Definition aus Art. 3 TRLCU freilich selbst, indem er eine Beschränkung auf natürliche Personen impliziert, was Art. 3 Abs. 2 TRLCU gerade nicht macht; so auch *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (223).

⁷²³ Kritisch *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (221 f.).

⁷²⁴ EM III zum RDL 1/2017.

⁷²⁵ Aus der Frist von einem Monat in der ersten Zusatzbestimmung zur RDL 1/2017 folgt, dass dieses Verfahren ab dem 21.2.2017 zur Verfügung gestellt sein musste.

⁷²⁶ *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (226).

⁷²⁷ So auch *Sánchez Álvarez*, in: *Diario la Ley*, n° 8924, 2017, S. 8.

trag berechnen und ihn dem Verbraucher samt Berechnung mitteilen (Art. 3 Abs. 2 S. 1). Die *reclamación* des Verbrauchers eröffnet das Verfahren. Sieht sich die Bank nicht in der Pflicht zur Rückerstattung (weil etwa die verwendete Bodenklausele nach ihrem Dafürhalten nicht intransparent ist), muss sie dem Verbraucher die Gründe nennen, auf die sie ihre Entscheidung fußt (Art. 3 Abs. 2 S. 1). Dies beendet das vorgerichtliche Verfahren gleichsam. Wenn der Verbraucher mit dem berechneten Betrag einverstanden ist, teilt er dies der Bank mit und die Bank zahlt ihm das Geld zurück. Art. 3 Abs. 4 RDL 1/2017 räumt den Verbrauchern und Banken dabei einen Zeitraum von drei Monaten ab Antragstellung (*reclamación*) ein, um zu einer Vereinbarung zu kommen und – gegebenenfalls – den Betrag zurückzuerstatten. Lehnt die Bank den Antrag ab (lit. a) oder schweigt sie dazu (lit. b), beendet dies ebenso das Verfahren wie ein fehlendes Einverständnis des Verbrauchers mit dem berechneten Betrag der Bank (lit. c).

Das Ziel des Gesetzes, dem Verbraucher schnell zur Befriedigung seiner Ansprüche mit einem *freiwilligen* Verfahren zu verhelfen, wird allerdings durch Art. 3 Abs. 6 RDL 1/2017 konterkariert. Der Artikel verwehrt dem Verbraucher die Beschreitung des Klageweges für die Zeit dieses Vorverfahrens. Jener muss also zunächst immer zumindest auf eine Reaktion warten, sei sie ablehnender oder gestattender Art, um überhaupt (gegebenenfalls nach Ablehnung des berechneten Betrags) klagen zu können. Die Bank kann sich für Ihre Antwort auf den Antrag drei Monate Zeit lassen, bevor das Verfahren nach Art. 3 Abs. 4 RDL 1/2017 beendet ist; tut sie dies, kann sie den Verbraucher darüber hinaus in die missliche Situation bringen, binnen kürzester Zeit über die Angemessenheit des von ihr errechneten Betrags zu befinden.

Schließlich äußert sich Art. 4 RDL 1/2017 zur Kostentragung vor Gericht: Lehnt der Verbraucher den durch die Bank errechneten Betrag ab und klagt anschließend auf Rückzahlung, muss die Bank gem. Art. 4 Abs. 1 die Prozesskosten nur dann zahlen, wenn das Urteil des Gerichts günstiger ist als das Angebot der Bank. Die Vorschrift ist indes de facto nur eine Wiederholung dessen, was schon aus der allgemeinen Kostentragungsregel in Art. 394 LEC folgt.⁷²⁸ Wie das die außergerichtliche Anerkennung des Anspruchs des Verbrauchers fördern soll, bleibt fraglich: Durch die Regelung mag ein Kreditinstitut eher dazu verleitet sein, von einem geringeren Betrag auszugehen. Beharrt

⁷²⁸ *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (231).

der Verbraucher auf einen höheren zurückzuerstattenden Betrag, bürdet er sich bei einer Klage das Kostentragungsrisiko auf. Art. 4 Abs. 2 RDL 1/2017 trifft ähnliche Regelungen für den Fall, dass der Verbraucher nicht das außergerichtliche Verfahren nutzt und die Bank den Anspruch vor Klagebeantwortung (teilweise) anerkennt. In diesem Fall wird davon ausgegangen, dass keine Bösgläubigkeit auf Seiten der Bank vorliegt, was gem. Art. 395 Abs. 1 LEC zur Folge hat, dass der Kläger (Verbraucher) die Kosten tragen muss. Hält sich der Verbraucher nicht an das Vorverfahren, entstehen ihm mithin Nachteile, die dem Prädikat der Freiwilligkeit desselben nicht gerecht werden. Rechtsunsicherheit entsteht ferner in jenen Fällen, in denen der Verbraucher vor diesem Verfahren eine außergerichtliche Vereinbarung mit seiner Bank erreicht hat. Der RDL schweigt dazu, welche Möglichkeiten der Verbraucher in solchen Fällen hat.⁷²⁹

Auch der Umstand, dass das RDL die Kreditinstitute nicht dazu verpflichtet, die Verbraucher postalisch über das Verfahren zu informieren, sondern eine Information auf ihren Webseiten ausreichen lässt, kann kritisiert werden.⁷³⁰ Schließlich wird ein Verbraucher auch regelmäßig eine fachkundige Beratung benötigen, um eine fundierte Entscheidung über die Richtigkeit des angebotenen Betrages zu treffen. Insofern ist der Verbraucher durch den RDL 1/2017 nicht besser gestellt, denn auch hier entstehen Beratungskosten. Nicht zuletzt muss bemängelt werden, dass das Gesetz keine Sanktionen für den Fall vorsieht, dass die Banken ihrer Pflicht zur Etablierung eines solchen Verfahrens nicht nachkommen.⁷³¹

Aus alledem folgt, dass dem Verbraucher mit dem durch RDL 1/2017 geschaffenen Verfahren nicht wirklich geholfen ist, auch wenn eine – zumindest zeitliche – Entlastung der Gerichte erreicht worden sein mag.⁷³²

6. *De lege lata*: Verbot durch Art. 21 Abs. 3 LCCI

Nach den oben skizzierten Entwicklungen um die Urteile des *Tribunal Supremo* und des EuGH in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo* entschied sich der spanische Gesetzgeber,

⁷²⁹ *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (227).

⁷³⁰ So auch *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (225).

⁷³¹ *Conde Fuentes*, in: *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, 2017, 219 (232).

⁷³² *Adán Domènech* spricht von „legislativer Schaufensterpolitik“ (*Política legislativa de escaparate*), in: *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 116, n° 1, 2017, 31.

mit der Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL durch die LCCI gleichzeitig die Verwendung von Mindestzinsklauseln durch Darlehensgeber zu unterbinden. So bestimmt Art. 21 Abs. 3 LCCI, dass in Verträgen mit variablem Zinssatz keine Zinsgrenze nach unten gesetzt werden darf.⁷³³ Damit verbietet die Norm die Nutzung von Mindestzinsklauseln im Anwendungsbereich der LCCI.⁷³⁴

Dieses umfängliche Verbot, Mindestzinsklauseln zu vereinbaren, mutet als beträchtlicher Eingriff in die Privatautonomie der Parteien an.⁷³⁵ Schließlich profitiert nicht zwangsläufig nur der Darlehensgeber durch eine Zinsuntergrenze. Für den Darlehensnehmer bedeutet die Vereinbarung eines Mindestzinses regelmäßig, dass sich der Kredit für ihn vergünstigt. In der Vergangenheit haben sich durch die Vereinbarung von missbräuchlichen Mindestzinsklauseln zwar mitunter extreme Situationen für Darlehensnehmer ergeben, und die nach den Urteilen des *Tribunal Supremo* und des EuGH einsetzenden Rückforderungen durch Verbraucher haben Justiz und Wirtschaft stark belastet. Doch scheint ein striktes gesetzliches Verbot solcher Zinsbegrenzungen zu paternalistisch; den Parteien bleibt es nach dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 4 LCCI nicht einmal benommen, eine Zinsuntergrenze individualvertraglich auszuhandeln.

Die meisten spanischen Banken haben allerdings um 2013 damit aufgehört, Mindestzinsklauseln in ihren Verträgen zu verwenden.⁷³⁶ Dies mag neben der durch das Urteil des *Tribunal Supremo* vom 9.5.2013 entstandenen Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Transparenzanforderungen allerdings gerade auch eine Folge des niedrigen Zinsstands des Euribor sein. Den Banken muss dabei ein Mittel an die Hand gegeben werden, um das mit der Zinsvariabilität verbundene Risiko einzuschränken; ansonsten werden sie entweder keine Darlehen mit variablem Zins mehr vergeben, was die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung beschränkt und sohin auch den Verbraucher beeinträchtigt. Eine

⁷³³ Vgl. etwa auch *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (643).

⁷³⁴ Vgl. *Sáenz de Jubera Higuero*, in: Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 2, 2019, 235 (252); noch zum Gesetzesentwurf *Mato Pacín*, in: Kindl/Arroyo Vendrell, Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen, 2019, 91 (109).

⁷³⁵ Kritisch angesichts des Ziels der LCCI, auch die materiellen Transparenzanforderungen klarer zu gestalten, *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (644).

⁷³⁶ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (32).

andere mögliche Reaktion ist eine beträchtliche Erhöhung des Differentials, das auf den Referenzzins angeschlagen wird, wie sie etwa auch schon als Antwort auf die sinkenden Zinsen des Euribor ab 2009 erfolgte.⁷³⁷ Dies würde den Kreditzugang für Verbraucher allerdings wesentlich erschweren und birgt die Gefahr, dass sie sehr hohe Zinsen zahlen müssen, sollte die immer noch andauernde Niedrigzinsphase enden und der Referenzindex (etwa der Euribor) auf ein Niveau von 2008 steigen. De facto ist eine solche Konstruktion also gefährlicher für den Verbraucher, während die Bank eine ähnliche Wirkung wie durch die *cláusula suelo* erreichen kann. Eine solche Erhöhung des Differentials erfolgte teilweise früher schon als Ersatz für die *cláusula suelo*.⁷³⁸ Insofern mag ein solches Verbot von die Zinsvariabilität beschränkenden Klauseln gar als unverantwortlich betrachtet werden, denn das Risiko, dass sich die Referenzindizes weiter senken, ist für die Banken überschaubar, während eine Steigerung bei Betrachtung der vergangenen Entwicklung durchaus möglich ist. So können die Banken den variablen Zins mit relativ großem Zuschlag indexieren, ohne dass ein Anreiz besteht, eine für die Verbraucher angezeigte Deckelung nach oben zu integrieren, weil ihnen schließlich auch eine Deckelung nach unten nicht möglich ist.

III. Umgang der deutschen Rechtsordnung mit Mindestzinsklauseln

Auch in Deutschland sind Immobiliendarlehen mit einem (jedenfalls abschnittsweise) variablen Zinssatz nicht unüblich; dies gilt insbesondere für Sparkassenhypothekarkredite, weil die Sparkassen diese wiederum durch zinsschwankende Spareinlagen refinanzieren.⁷³⁹ Die Wahl zwischen festem und veränderlichem Zins ist dabei eine freie, nicht durch Gesetz vorgegebene Entscheidung der Parteien.⁷⁴⁰ Mittlerweile scheint die Literatur sich weitgehend einig darin zu sein, dass für die rechtliche Beurteilung von Zinsän-

⁷³⁷ Siehe dazu *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (26).

⁷³⁸ *Gento Mahuenda*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, 14 (34).

⁷³⁹ *Jungmann* in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, 52017, § 81b Rn. 13.

⁷⁴⁰ *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (ebenda).

derungsklausen im Aktiv- und Passivgeschäft keine Unterscheidung angezeigt ist.⁷⁴¹ Waren die Parteien zunächst in der Auswahl des Referenzindex frei (mit Ausnahme des Transparenzgebots bei AGB)⁷⁴², setzt nunmehr § 492 Abs. 7 BGB ihrer Gestaltungsfreiheit Grenzen.

Wie oben unter Kap. 5 I gezeigt wurde, unterscheidet sich der in Deutschland übliche, tatsächliche Mechanismus der Zinsänderung von jenem in Spanien. Auch scheint es in Deutschland auf den ersten Blick kein vergleichbares Problem mit Mindestzinsklauseln (einem deutschen Pendant zur *cláusula suelo*) zu geben. Gleichwohl stellen sich aus dogmatischer Sicht die gleichen Aufgaben und Fragen: manifestiert sich der Zinsänderungsmechanismus als allgemeine Geschäftsbedingung des Darlehensgebers (was der Regelfall sein wird), muss der Mechanismus erstens der Klauselkontrolle der §§ 307 ff. BGB standhalten, insbesondere auch transparent i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sein. Das Gleiche gilt zweitens auch für mit der Zinsänderung verbundene Begrenzungen der Zinsvariabilität, deren Aufgabe in Spanien die *cláusula suelo* erfüllt. Schließlich stellt sich drittens die Frage, ob die deutsche Rechtsordnung andere Rechtsfolgen für den Fall vorsieht, dass die Zinsänderungsklausel oder Mindestzinsklausel unwirksam ist. Das vierte Unterkapitel betrachtet schließlich Anforderungen und Wirksamkeit von Zinsänderungs- und Begrenzungsklauseln aus rechtsvergleichender Sicht. Für die Zwecke einer sinnvollen Vergleichbarkeit soll dabei die rechtliche Behandlung von Zinsanpassungsklauseln und Zinsgleitklauseln im deutschen Recht untersucht werden.

1. Transparenzgebote für AGB in den §§ 305 ff. BGB

Auch die deutsche Rechtsordnung kennt ein Transparenzgebot für allgemeine Geschäftsbedingungen; der Gesetzgeber hat es mit der Schuldrechtsmodernisierung ausdrücklich im Gesetz kodifiziert.⁷⁴³ Mit dieser notwendigen⁷⁴⁴ ausdrücklichen Kodifizie-

⁷⁴¹ Vgl. *Schürmann/Langner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 70 Rn. 24a.; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 41 m.w.N.; zu den Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln auch *Staudinger/Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 90; diese Sicht spiegelt sich auch wider in den Entscheidungen des BGH zur Zulässigkeit von Zinsanpassungsklauseln, dazu unten III 2 a).

⁷⁴² So *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (215).

⁷⁴³ Vgl. auch die schon vor Kodifizierung ergangenen Urteile des BGH, NJW 1989, 222; NJW 1990, 2383; vgl. zur Historie auch *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 1.

zung setzte er insbesondere die Vorgaben aus Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Klausel-RL um.⁷⁴⁵ Das BGB scheint äußerlich zwischen verschiedenen Transparenzanforderungen zu unterscheiden; daraus hat sich auch im deutschen Recht eine Teilung in Transparenz im materiellen und formellen Sinne ergeben.⁷⁴⁶ Die Dichotomie ergibt vor allem sich aus der Regelung zur Einbeziehung von AGB in § 305c Abs. 1 (formelle Transparenz) und der Wirksamkeitskontrolle in § 307 Abs. 1 S. 2 (materielle Transparenz).⁷⁴⁷ Ob § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 305c Abs. 2 das primär in § 305c Abs. 1 zu verortende Gebot formeller Transparenz flankieren und ergänzen, ist umstritten⁷⁴⁸, muss an dieser Stelle aber nicht weiter erörtert werden.⁷⁴⁹

Das formelle Transparenzgebot soll sich dadurch auszeichnen, dass die Untersuchung einer Klausel auf einem formalen Ansatz beruht.⁷⁵⁰ Das Gebot der zumutbaren Kenntnisnahme nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB hingegen verlangt insbesondere eine mühelose Lesbarkeit der AGB und stellt mithin Anforderungen an Art und Größe des Schriftbildes.⁷⁵¹ Vor der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB fordert § 305c Abs. 2 BGB eine genauere Bestimmung des Inhalts der Klausel mittels objektiv-genereller Auslegung.⁷⁵² Sofern die Klausel nach ihrer objektiven Auslegung mehrdeutig bleibt,

⁷⁴⁴ Vgl. in dieser Hinsicht die Vorgaben des EuGH aus seinem Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-144/99 (*Kommission/Niederlande*).

⁷⁴⁵ *Wurmnest*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § 307 Rn. 56.

⁷⁴⁶ Vgl. beispielhaft *Schmidt*, in: BeckOK BGB, ⁵⁷2021, BGB § 307 Rn. 44.

⁷⁴⁷ Vgl. zur Unterscheidung nur *Schmidt*, in: BeckOK BGB, ⁵⁷2021, BGB § 307 Rn. 44; diese Zweiteilung befürwortend

⁷⁴⁸ Dafür etwa *Schmidt*, in: BeckOK BGB, ⁵⁷2021, BGB § 307 Rn. 44; wohl auch *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 4; *Basedow*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § 305 Rn. 80; *Jauernig/Stadler*, ¹⁸2021, BGB § 305 Rn. 14; anderer Ansicht für § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit überzeugender Begründung *Schulte-Nölke*, in: HK-BGB, ¹⁰2019, Rn. 16 sowie *Staudinger/Mäsch*, Neubearbeitung 2019, BGB § 305 Rn. 157; *NK-BGB/Kollmann*, ⁴2021, § 305 Rn. 81; für eine rein sprachliche Verständlichkeit auch *BeckOGK/Lehmann-Richter*, 1.3.2021, BGB § 305 Rn. 225.

⁷⁴⁹ Mitunter wird zudem zwischen Abschluss- und Abwicklungstransparenz unterschieden, vgl. etwa *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, § 307 BGB Rn. 332 ff.

⁷⁵⁰ Vgl. *Schmidt*, in: BeckOK BGB, ⁵⁷2021, BGB § 307 Rn. 44.

⁷⁵¹ *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 5; *Jauernig/Stadler*, ¹⁸2021, BGB § 305 Rn. 14; BGH, NJW 1983, 2772 (2773).

⁷⁵² *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 10.

gehen Unklarheiten zulasten des Verwenders, und zwar durch das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung.⁷⁵³ Maßgeblich sind die „Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners“.⁷⁵⁴ Diese Unklarheitenregel aus § 305c Abs. 2 BGB wird dabei eng ausgelegt, um nicht die Anwendung und Fortentwicklung der Inhaltskontrolle zu behindern.⁷⁵⁵ Davon abgesehen liegt der wesentliche Unterschied zwischen § 305c Abs. 2 BGB und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB offensichtlich in ihrer Rechtsfolge – § 305c Abs. 2 BGB bestimmt den Inhalt einer Klausel, § 307 Abs. 1 S. 2 erklärt sie für den Fall ihrer Intransparenz für unwirksam.

Das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Klausel-Verwender zu einer möglichst klaren, präzisen und transparenten Darstellung der Rechte und Pflichten seines Vertragspartners.⁷⁵⁶ Dieser soll „ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können [...]“.⁷⁵⁷ Damit muss der Verwender insbesondere „die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen.“⁷⁵⁸ Auch muss die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, „wie es nach den Umständen gefordert werden kann.“⁷⁵⁹ Maßgeblich ist auch hier der Verständnis-

⁷⁵³ BGH, NJW-RR 2019, 721 (722) Rn. 18 f.; *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 10 f.

⁷⁵⁴ BGH, NJW-RR 2016, 526 (527) Rn. 17 m.w.N.

⁷⁵⁵ So *Joppich*, Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB, 2009, S. 61; *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 10

⁷⁵⁶ Vgl. nur BGH, NJW 2019, 51 (ebenda) Rn. 9; BGH NJW 2018, 2193 (2196) Rn. 34; BGH, NJW 2016, 1308 (1309) Rn. 18; BGH, NJW 2015, 2244 (2245) Rn. 16; BGH, NJW 2008, 1438 (ebenda); BGH, NJW 2007, 3632 (3635) Rn. 31; vgl. auch *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 2, 12.

⁷⁵⁷ BGH, NJW 2007, 3632 (3635) Rn. 31.

⁷⁵⁸ So etwa BGH, NJW 2015, 2244 (2245) Rn. 16.

⁷⁵⁹ So etwa BGH, NJW-RR 2020, 92 (ebenda), Rn. 7; siehe m.w.N. auch BGH, NJW-RR 2019, 942 (943), Rn. 22: „Der Vertragspartner des Verwenders muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was gegebenenfalls ‚auf ihn zukommt‘“. Vgl. auch *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 13.

und Erkenntnishorizont eines „typischerweise zu erwartenden Durchschnittskunden“.⁷⁶⁰ Die Intransparenz einer Klausel ist (zumeist) darauf zurückzuführen, dass sie zumindest teilweise das Gebot der Rechtsklarheit und der Preisklarheit nicht hinreichend beachtet.⁷⁶¹ Der Schutzzweck der Transparenzkontrolle liegt in der „verständlichen und zutreffenden Information des (potentiellen) Kunden über die Rechts- und Pflichtenstellung der Parteien, die mit dem Vertrag verbunden ist.“⁷⁶² Der Transparenz (im materiellen Sinne) kommt dabei vor allem eine individualschützende Funktion zu.⁷⁶³

Festzuhalten bleibt also, dass die in der spanischen Rechtsordnung vergleichsweise neue Dichotomie von formeller und materieller Transparenz im deutschen Recht der Klauselkontrolle schon länger anerkannt ist. Mögliche Konkretisierungen des Transparenzgebots für Zinsänderungs- und Zinsbegrenzungsklauseln werden unten unter 2. und 3. Betrachtet.

2. Zinsänderungsmechanismen im Lichte der §§ 307 ff. BGB

Was die Wirksamkeit in AGB vereinbarter Zinsänderungsmechanismen anlangt, so hat sich der BGH bisher vornehmlich mit Zinsanpassungsklauseln befasst. Die Voraussetzungen der Wirksamkeit solcher Klauseln hat er im Laufe der Jahre – nach zunächst großzügiger Handhabung – verschärft. Die teils⁷⁶⁴ befürwortete Unterscheidung in der Behandlung von Klauseln im Aktiv- und Passivgeschäft scheint aufgegeben; die Anforderungen an die Wirksamkeit der Zinsänderungsklauseln sind weitgehend vereinheitlicht.⁷⁶⁵

⁷⁶⁰ BGH, NJW 2019, 51 (ebenda) Rn. 9; siehe m.w.N. auch BGH, NJW 2018, 534 (536) Rn. 27; anders der EuGH, der den Horizont des „normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers in Anbetracht aller einschlägigen Tatsachen“ zugrunde legt, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 74. Siehe dazu auch *Pfeiffer*, in: NJW 2014, 3069 (3071).

⁷⁶¹ Vgl. *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Transparenzgebot, Rn. 3, 12.

⁷⁶² *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, § 307 BGB Rn. 326.

⁷⁶³ *Habersack*, in: WM 2001, 753 (756).

⁷⁶⁴ So etwa *Schebesta*, in: BKR 2002, 564 (567 ff.); *ders.*, in: BKR 2005, 217 (224 f.); OLG Hamm, NJW-RR 2003, 630 (631).

⁷⁶⁵ Diese harmonisierte Betrachtung begrüßend (und mit überzeugenden Gründen vertretend) etwa *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (ebenda).

a) Zinsanpassungsklauseln

Die Entscheidung der Parteien für einen variablen statt eines festen Zinssatzes unterliegt zunächst keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.⁷⁶⁶ Diese grundlegende Entscheidung betrifft unmittelbar den Hauptleistungsgegenstand und ist daher nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfrei.⁷⁶⁷ Doch lässt sich eine Zinsanpassungsklausel aufteilen in eine kontrollfreie Vereinbarung über die Zinsvariabilität und in eine kontrollfähige Bestimmung über die Art und Weise der Zinsanpassung.⁷⁶⁸ Hinsichtlich der Kontrollfähigkeit von Preisklauseln (als Oberkategorie der Zinsklauseln⁷⁶⁹) unterscheidet die Rechtsprechung (und auch die Literatur⁷⁷⁰) zwischen Preishaupt- und Preisnebenabreden.⁷⁷¹ Kontrollfrei sind grundsätzlich Preishauptabreden, mithin „Abreden über den unmittelbaren Gegenstand des Vertrags, also diejenigen Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Hauptleistung und das vom anderen Teil zu zahlende Entgelt festlegen.“⁷⁷² Kontrollfähig sind indes von den gesetzlichen Preisregelungen abweichende Klauseln sowie Preisnebenabreden.⁷⁷³ Sie definiert der BGH als solche, „die sich nur mittelbar auf den Preis auswirken und an deren Stelle bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze oder aus der Natur des Vertrags im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ableitbare Rechte treten können [...]“.⁷⁷⁴ Davon auch erfasst sind Klauseln, „die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mit denen der Verwender allgemeine Betriebskosten oder

⁷⁶⁶ Siehe nur BGH, NJW 2004, 1588 (ebenda); *Schürmann/Langner*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB*, 52017, § 70 Rn. 24b; *Schimansky*, in: *WM* 2001, 1169 (1175).

⁷⁶⁷ *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 122016, (65) Rn. 10; vgl. auch *Höllkamp*, in: *BB* 2020, 265 (ebenda).

⁷⁶⁸ Siehe nur BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 17 m.w.N.

⁷⁶⁹ Vgl. etwa *Staudinger/Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 87; *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 122016, (65) Rn. 16 m.w.N.

⁷⁷⁰ Siehe nur *Staudinger/Wendland*, Neubearbeitung 2019, BGB § 307 Rn. 319 ff. m.w.N.

⁷⁷¹ Vgl. nur BGH, NJW 2017, 1018; BGH, NJW 2016, 1875 (1876) Rn. 23; BGH, NJW 2016, 560 (ebenda) Rn. 16; BGH, NJW 2015, 1440 (1441) Rn. 9; BGH, NJW 2009, 2051 (2052) Rn. 16.

⁷⁷² BGH, NJW 2017, 1018 (1019) Rn. 21; vgl. etwa auch BGH, NJW-RR 2011, 625 (626) m.w.N.; vgl. auch *Fandrich*, in: *Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 37. EL 2017, Banken- und Sparkassen-AGB, Rn. 55.

⁷⁷³ BGH, NJW 2017, 1018 (1019) Rn. 21 f.

⁷⁷⁴ BGH, NJW 2017, 1018 (1019) Rn. 22.

Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt.“⁷⁷⁵ Dies sind mit anderen Worten „Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren [...]“.“⁷⁷⁶ Ob eine Klausel eine Preishaupt- oder eine Preisnebenabrede enthält, ist durch ihre Auslegung zu ermitteln.⁷⁷⁷ Entscheidend soll sein, ob bei Unwirksamkeit der Abrede an ihre Stelle Rechtsvorschriften i.S.v. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB treten – ist dies der Fall, liegt eine Nebenabrede vor.⁷⁷⁸

Zinsanpassungsklauseln lassen sich unter die Preisnebenabreden subsumieren und sind als solche nicht nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen; dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BGH.⁷⁷⁹ Vereinzelt befand der BGH gar, dass auch eine Anpassungsklausel kontrollfähig sei, mit der das Entgelt an einen gleitenden Faktor geknüpft ist.⁷⁸⁰

Der BGH hat Zinsanpassungsklauseln vor allem am (materiellen) Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gemessen. Zunächst hielt er ein generelles und nicht weiter präzisiertes Zinsänderungsrecht der Bank für wirksam i.S.v. § 9 AGB-Gesetz (nun § 307 BGB).⁷⁸¹ Erforderlich für die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel sei nur ein sachlicher Grund, der in der Notwendigkeit der Anpassung an die wechselnden und

⁷⁷⁵ BGH, NJW 2017, 1018 (1019) Rn. 22 m.w.N.; nahezu wortgleich und m.w.N. auch BGH, NJW 2015, 1440 (1441) Rn. 9; BGH, NJW 2009, 2051 (2052) Rn. 16.

⁷⁷⁶ BGH, NJW 2017, 1018 (1019) Rn. 21.

⁷⁷⁷ BGH, NJW 2016, 1875 (1876) Rn. 24.

⁷⁷⁸ *Fandrich*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 37. EL 2017, Banken- und Sparkassen-AGB, Rn. 55.

⁷⁷⁹ BGH, NJW 2009, 2051 (2052) Rn. 16 f.; BGH, NJW 2008, 3422 (3422 f.) Rn. 12, 17; BGH, NJW 2004, 1588 (ebenda); BGH, NJW 1986, 1803 (ebenda); siehe auch BGH, NJW 2009, 578 (ebenda) Rn. 13 für eine Gaspreis-Anpassungsklausel sowie BGH, NJW 2008, 2172 (ebenda) Rn. 10 für eine Preiserhöhungsklausel in einem Erdgassondervertrag; siehe aus dem Schrifttum etwa auch *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (216); *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 10.

⁷⁸⁰ BGH NJW 1990, 115 (ebenda); hier war die Miete für Fernmeldeanlagen an die übliche listenmäßige Miete des Vermieters gekoppelt – eine ganz unabhängige Bezugsgröße (wie etwa bei Zinsgleitklauseln) lag also nicht vor.

⁷⁸¹ BGH, NJW 1986, 1803 (1803 f.); nach einer der streitgegenständlichen Kreditbedingungen konnte die Bank den Zins ändern, „wenn sie dies (z.B. wegen der Entwicklung am Geld- oder Kapitalmarkt) für erforderlich hält; sie wird die Änderung dem Kreditgeber mitteilen.“

unüberschaubaren Refinanzierungsmöglichkeiten liege.⁷⁸² Zudem sei eine Präzisierung der Voraussetzungen und Grenzen der Änderung nicht angezeigt, weil eine solche Konkretisierung nur so allgemein gehalten sein könne, dass „sie dem Bankkunden über seinen im allgemeinen vorhandenen Wissensstand [...] hinaus keine zusätzlichen Erkenntnisse in diesem Punkte vermitteln würde.“⁷⁸³ Der BGH legte die Zinsanpassungsklausel außerdem einschränkend dahin aus, dass sie der Bank Zinsänderungen nicht schrankenlos, sondern nur nach Maßgabe der kapitalmarktbedingten Veränderungen ihrer Refinanzierungskosten gestatte und bei sinkendem Zinsniveau auch zur Herabsetzung des Zinses verpflichte.⁷⁸⁴ Damit „rettete“⁷⁸⁵ er die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel.

In der Folge änderte der BGH jedoch seine Rechtsprechung und knüpfte die Wirksamkeit (und insbesondere Transparenz) von Zinsanpassungsklauseln an immer strengere Voraussetzungen. Zunächst verlangte er, das Anpassungsrecht der Bank müsse notwendig sein zur Anpassung an die unsichere Entwicklung der (Markt-)Verhältnisse; außerdem müsse es Anlass, Richtlinien und Grenzen möglichst genau angeben.⁷⁸⁶ Ohne dies könne der Kunde nicht vorhersehen, „unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ihn höhere und weitere Gebühren treffen [...]“⁷⁸⁷ Daher seien Anpassungsklauseln mit uneingeschränktem Änderungsrecht intransparent und unwirksam.⁷⁸⁸ Dies gelte auch bei langfristigen Sparverträgen – ein unkalkulierbares Zinsänderungsrisiko sei

⁷⁸² BGH, NJW 1986, 1803 (1804).

⁷⁸³ BGH, NJW 1986, 1803 (1804 f.); kritisch zur fehlenden Bestimmtheit und Auslegung der Klauseln *Schwarz*, in: NJW 1987, 626 (626 ff.); *Derleder*, in: WM 2001, 2029 (2031).

⁷⁸⁴ BGH, NJW 1986, 1803 (1804); siehe auch BGH, NJW 1993, 3257 (3258); kritisch etwa *Metz*, in: BKR 2001, 21 (22 ff.); *Habersack*, in: WM 2001, 753 (755 ff.); ausführlich zur Rechtsprechungsentwicklung *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1170 ff.); ausdrückliche Aufgabe dieser Rechtsprechung in BGH, NJW 2009, 2051 (2053) Rn. 31; offen gelassen noch bei BGH, NJW 2004, 1588 (1589).

⁷⁸⁵ *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 23.

⁷⁸⁶ BGH, NJW 2000, 651 (652); hier hat der BGB einen Verstoß gegen sich das damals aus § 9 AGB-Gesetz ergebende Transparenzgebot angenommen; vgl. auch *Fandrich*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Darlehensvertrag, Rn. 85.

⁷⁸⁷ BGH, NJW 2000, 651 (652).

⁷⁸⁸ BGH, NJW 2000, 651 (652); BGH, NJW 1998, 454 (456).

nicht zumutbar.⁷⁸⁹ Mit Urteil vom 14.4.2009 verschärfte der BGH die Voraussetzungen an Anpassungsrechte in AGB noch weiter. Insbesondere postulierte er das Prinzip der Zinsanpassungssymmetrie⁷⁹⁰: Ein Zinsanpassungsrecht müsse so gestaltet sein, dass es gleichermaßen eine Anpassung nach oben als auch nach unten vorsehe – und nicht etwa nur nach oben zugunsten der Bank.⁷⁹¹ Die Zinsanpassung muss also immer auch die Pflicht zur Preissenkung bei gesunkenen Kosten enthalten.⁷⁹² Eine gegen dieses Prinzip verstoßende Klausel sei gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.⁷⁹³ Nicht ausdrücklich geäußert hat sich der BGH zur Intransparenz der Klausel i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. In jenem Urteil scheint vor allem die Ausformung des Transparenzgebots in § 305c Abs. 2 BGB wichtig gewesen zu sein. Denn die (oben beschriebene) ursprüngliche, einschränkende Auslegung des BGH war und ist offensichtlich nicht mit der Auslegungsregel in § 305c Abs. 2 BGB zu vereinbaren.⁷⁹⁴

Neben der aus dem Verstoß gegen den Generaltatbestand in § 307 Abs. 1, 2 BGB folgenden Unwirksamkeit kann eine Zinsanpassungsklausel laut BGH auch nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam sein.⁷⁹⁵ Das ist der Fall, wenn die fragliche Klausel eine inhaltlich unbegrenzte Zinsänderungsbefugnis einräumt⁷⁹⁶, oder wenn die aus ihr resultierenden

⁷⁸⁹ BGH, NJW 2004, 1588 (1589) für Combispareinlagen; diese Entscheidung befürwortend etwa BeckOGK/C. Weber, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 277.

⁷⁹⁰ Vgl. zu dem Begriff etwa Staudinger/Freitag, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 195; Fandrich, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Darlehensvertrag, Rn. 85; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 19.

⁷⁹¹ BGH NJW 2009, 2051 (2053) Rn. 28; sodann etwa auch BGH, NJW 2010, 1742 (1744) Rn. 26; vgl. auch BeckOGK/C. Weber, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 277.

⁷⁹² Zustimmend etwa Metz, in: BKR 2010, 265 (266 f.); vgl. auch Fandrich, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Darlehensvertrag, Rn. 85.

⁷⁹³ BGH NJW, 2009, 2051 (2052 f.) Rn. 18, 28.

⁷⁹⁴ Vgl. BGH, NJW 2009, 2051 (2053) Rn. 31.

⁷⁹⁵ Zu der Frage, ob § 308 Nr. 4 BGB überhaupt einschlägig sein könne – weil es nicht um die Leistung des Klauselverwenders gehe – siehe Staudinger/Piekenbrock/Rodi, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 87 m.w.N.

⁷⁹⁶ Für Sparverträge BGH, NJW 2004, 1588 (1588 f.); der BGH verlangt auch hier „ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit“; zum Urteil auch Hensen, in: EWiR, 2004, 587 (587 f.); so auch BGH, NJW 2008, 3422 (ebenda), Rn. 10 ff.

Zinsänderungen nicht ausreichend kalkulierbar sind⁷⁹⁷. Zinsänderungsklauseln müssen also Voraussetzungen und Umfang künftiger Anpassungen erkennen lassen⁷⁹⁸.

Teile der Literatur plädieren außerdem für ein Konkretisierungsgebot, das vom BGH genauer auszuformen sei.⁷⁹⁹ Schließlich verlangen die Rechtsprechung des EuGH⁸⁰⁰ und Art. 4 Klausel-RL, dass die Bank ihrem Kunden schon vor Vertragsschluss unmissverständlich vor Augen führt, in welchem Ausmaß sich der Darlehenszins ändern kann.⁸⁰¹

b) Zinsgleitklauseln

Zinsgleitklauseln weichen nicht von (dispositiven) Rechtsvorschriften ab und treffen auch keine ergänzenden Regelungen i.S.v. § 307 Abs. 3 BGB.⁸⁰² Sie bewirken die (blo- ße) Verbindung von Referenz- und Vertragszins und sind damit als Preisabrede der In- haltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB entzogen.⁸⁰³ Raum bleibt nur für die Transpa- renzkontrolle, die gem. § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in jedem Fall stattfindet. Den Voraussetzungen des BGH für wirksame Zinsanpassungsklauseln wer- den Zinsgleitklauseln „konstruktionsbedingt automatisch gerecht“⁸⁰⁴ – sie geben Schwankungen des Referenzzinses nach oben wie nach unten weiter und wahren so den Äquivalenzgrundsatz.⁸⁰⁵ Eine andere Beurteilung der Kontrollfähigkeit von Zinsgleit- klauseln sollte sich auch nicht aus dem Urteil des BGH vom 14.5.2014 ergeben – der

⁷⁹⁷ BGH, NJW 2010, 1742 (ebenda), Rn. 15 ff.; BGH, NJW-RR 2011, 625 (626) Rn. 11 für langfristige Sparverträge – doch sind keine gegen eine Übertragung auf Immobiliendarlehen sprechenden Gründe ersichtlich.

⁷⁹⁸ Vgl. auch *Schürmann/Langner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 70 Rn. 24c.

⁷⁹⁹ BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 278.

⁸⁰⁰ EuGH, 30.4.2014, Rs. C-26/13 (*Kásler und Káslerné Rábai*), Rn. 73 f.

⁸⁰¹ So auch schon *Habersack*, in: WM 2001, 753 (756 f.): „So muss dem Kunden [...] bei Ver- tragsschluss das Ausmaß der zu erwartenden Zinsänderungen deutlich vor Augen geführt wer- den“. Vgl. auch BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 277.

⁸⁰² Vgl. auch *Vogel*, in: BKR 2018, 45 (51 f.); *Langenbucher*, in: BKR 2005, 134 (137).

⁸⁰³ LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 = ZIP 2020, 1954; LG Hamburg, BeckRS 2020, 41111 Rn. 33; LG Hamburg, BeckRS 2020, 41110 Rn. 27; BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 267; *Vogel*, in: BKR 2018, 45 (51 f.); *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1868 ff.); anderer Ansicht offensichtlich *Staudinger/Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 192; vgl. auch *Staudinger/Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 83 m.w.N.

⁸⁰⁴ LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 = ZIP 2020, 1954, Rn. 14.

⁸⁰⁵ LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 = ZIP 2020, 1954 Rn. 14.

BGH hatte dort einen automatischen Preisanpassungsmechanismus in einem Gaslieferungsvertrag als kontrollfähige Nebenabrede erachtet.⁸⁰⁶ Doch muss man zugestehen, dass es bei Zinsgleitklauseln durchaus zu Veränderungen des Äquivalenzverhältnisses kommen kann; dies insbesondere dann, wenn der Referenzzinssatz die Refinanzierungskosten nicht genau spiegelt.⁸⁰⁷ Dies ändert freilich nichts an der Kontrollfreiheit von Zinsgleitklauseln.⁸⁰⁸ Besser jedoch lässt sie sich begründen mit dem Fehlen eines festen, prägenden Äquivalenzverhältnisses und der Inkaufnahme seiner stetigen Veränderung; die Zinsgleitklausel bestimmt also in jedem Zeitpunkt die Hauptleistung unmittelbar und ist nicht bloße Preisnebenabrede.⁸⁰⁹ Konsequenz ist jedenfalls eine weitgehende Einigkeit der Literatur darin, dass Zinsgleitklauseln regelmäßig keinen AGB-rechtlichen Bedenken begegnen.⁸¹⁰ Gleichwohl scheint über diese Frage noch nicht höchstrichterlich entschieden.⁸¹¹ Erwähnenswert ist außerdem die bei Verwendung von Zinsgleitklauseln⁸¹² konsenterte Vermutung, dass der Darlehensgeber sich tatsächlich im Kreditumfang am Interbankenmarkt refinanziert - er trägt mithin das Refinanzierungsrisiko.⁸¹³

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt mithin: Sobald die Zinsänderung nicht auf einem Automatismus beruht, sondern auf der Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts der Bank, ist eine

⁸⁰⁶ BGH, NJW 2014, 2708; danach sollen Preisänderungsklauseln unabhängig davon kontrollfähig sein, ob die Preisänderung durch Leistungsbestimmung oder automatisch erfolgt.

⁸⁰⁷ Vgl. Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 84; *Habersack*, in: WM 2001, 753 (754).

⁸⁰⁸ So im Ergebnis auch Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 85; ähnlich *Habersack*, in: WM 2001, 753 (754) Fn. 13.

⁸⁰⁹ So überzeugend *Mülbert*, in: WM 2004, 1205 (1209 f.); auf die Funktion der Bestimmung des Hauptpreises verweisend auch Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 85.

⁸¹⁰ Siehe etwa BeckOGK/*C. Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 266 f.; *Binder/Ettensberger*, in: WM 2015, 2069 (2070); *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (215).; so auch LG Düsseldorf, ZIP 2020, 2507 (ebenda); kritisch hingegen *Derleder*, in: WM 2001, 2029 (ebenda), der jedenfalls für „anstößige Indizes“ eine Kontrolle eröffnet sieht; eine Hinwendung der Bankenpraxis zu Zinsgleitklauseln sei „mit erheblichen Stolpersteinen gepflastert“. A.A. auch *Söbbing/von Bodungen*, in: ZBB 2016, 39 (45).

⁸¹¹ So auch *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (215).

⁸¹² Gemeint ist hier die Ermittlung des Darlehenszinses durch den zugrunde gelegten Referenzzinssatz zuzüglich einer Marge der Bank.

⁸¹³ Staudinger/*Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 198.

Zinsänderungsklausel kontrollfähig i.S.v. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.⁸¹⁴ Gleichsam wird ein wesentlicher Vorteil von Zinsgleitklauseln deutlich: Sie entziehen der bei Zinsanpassungsklauseln vorzufindenden Unsicherheit über Umfang und Zulässigkeit der Zinsanpassung den Boden.⁸¹⁵

Was das Transparenzgebot betrifft, so verlangt es jedenfalls aus Sicht der Literatur⁸¹⁶ von Zinsgleitklauseln eine klare Angabe des Referenzmaßstabs; von Zinsanpassungsklauseln verlangt es zusätzlich die Angabe von Anpassungsmaß, Anpassungsintervall und Anpassungsschwelle.⁸¹⁷ Dies folgt nicht zuletzt auch aus § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 3 EGBGB und § 492 Abs. 7 BGB.⁸¹⁸ Die dort statuierten Anforderungen an den Referenzzinssatz – bei § 492 Abs. 7 BGB⁸¹⁹ Objektivität, Bestimmbarkeit, Verfügbarkeit und Überprüfbarkeit – können insofern als gesetzliche Konkretisierung des Transparenzgebots betrachtet werden.

Insgesamt scheinen damit die Anforderungen an Zinsänderungsklauseln durch die Judikatur des BGH nicht abschließend geklärt.⁸²⁰ Unklar bleibt weiter, in welchem Maße eine Klausel die Refinanzierungssituation des Kreditgebers zu spiegeln hat – weil die genaue Bestimmung der jeweiligen Refinanzierungsmaßnahme regelmäßig schwer-

⁸¹⁴ Vgl. auch *Langenbacher*, in: BKR 2005, 134 (138).

⁸¹⁵ Ähnlich *Staudinger/Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 205; für eine Überlegenheit von Zinsanpassungsklauseln hingegen *Habersack*, in: WM 2001, 753 (757 f.).

⁸¹⁶ So etwa *Metz*, in: BKR 2010, 265 (267); *Rösler/Lang*, in: ZIP 2006, 214 (216); *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1173); *Habersack*, in: WM 2001, 753 (758 f.); der BGH scheint sich zu diesen Anpassungsparametern nicht genauer geäußert zu haben.

⁸¹⁷ Vgl. zu den letzten drei – für diese Arbeit nicht weiter wichtigen – Parametern beispielsweise *Metz*, in: BKR 2010, 265 (267); *Staudinger/Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 195 m.w.N.; *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*,¹²2016, (65) Rn. 19 ff.

⁸¹⁸ Vgl. auch *Staudinger/Freitag*, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 195.

⁸¹⁹ Art. 492 Abs. 7 BGB setzt Art. 24 a) Wohnimmobilienkredit-RL um; bei Verstoß gegen seine Anforderungen soll gar kein Zins geschuldet werden, vgl. *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*,⁸2019, BGB § 492 Rn. 71.

⁸²⁰ Vgl. auch *Staudinger/Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 88.

fällt⁸²¹, scheint es nicht unsachgemäß, sich mit einem allgemeinen Referenzzinssatz als Maßstab zu begnügen.⁸²²

3. Kontrollfähigkeit und AGB-rechtliche Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln

Betrachtet man die rechtliche Einordnung von Mindestzinsklauseln im deutschen Recht, muss Berücksichtigung finden, dass Mindestzinsklauseln in Deutschland nicht das gängige Mittel zur Begrenzung der Zinsvariabilität zu sein scheinen (s.o.) und die Frage in der Praxis daher nicht die gleiche Sprengkraft hat wie in Spanien. Hiervon zeugt auch der fast schon still anmutende Diskurs deutscher Literatur und Rechtsprechung.⁸²³

In der deutschen Literatur und Judikatur scheint sich für Begrenzungen der Zinsvariabilität die Begriffe des „Zinscaps“ und „Zinsfloors“ eingeprägt zu haben. Als sogenannte Zinscaps⁸²⁴ versteht man Vereinbarungen, die eine Obergrenze für den Darlehenszins festlegen.⁸²⁵ Sie entsprechen also den spanischen Erscheinungen einer Zinsdeckelung (*cláusula de techo*, dazu oben Kap. 5 II 2 c)). Vereinbarungen von „Zinsfloors“ bewirken, dass der Darlehenszins eine bestimmte Zinsuntergrenze nicht unterschreitet.⁸²⁶ Das Zusammenspiel aus Zinscap und Zinsfloor lässt wiederum einen Zinskorridor („*collar*“) entstehen, in dem sich der Zinssatz bewegen kann.⁸²⁷ Mit Zinscaps kann der Kreditnehmer das Risiko ausschließen, dass der Zinssatz die festgelegte Zinsobergrenze über-

⁸²¹ Ein Darlehen lasse sich zumeist weder einer bestimmten Refinanzierungsmaßnahme noch Refinanzierungsart zuordnen, *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 27.

⁸²² *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1172); vgl. auch Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 88; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 27.

⁸²³ Zu einem ähnlichen Schluss kommen *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1867).

⁸²⁴ Zinscap-Vereinbarungen werden häufiger isoliert als sogenannte Cap-Kredite vereinbart und nicht in den Kreditvertrag integriert, zumeist besteht gar keine rechtliche Verbindung zwischen den beiden Geschäften, vgl. *Jahn/Reiner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 114 Rn. 16.

⁸²⁵ Staudinger/*Kessal-Wulf*, Neubearbeitung 2012, BGB § 491 Rn. 49; vgl. zum Zinscap als Finanzprodukt i.S.e. Differenzgeschäfts auch *Schäfer*, in: ZIP 1986, 1304 (1304 und 1307).

⁸²⁶ Staudinger/*Kessal-Wulf*, Neubearbeitung 2012, BGB § 491 Rn. 49.

⁸²⁷ *Saenger*, in: Erman, BGB, ¹⁶2020, § 488 Rn. 50a; Staudinger/*Kessal-Wulf*, Neubearbeitung 2012, BGB § 491 Rn. 49; siehe insgesamt auch Beck Bil-Komm/*Schmidt/Usinger*, ¹²2020, HGB § 254 Rn. 90 ff.

steigt; Zinsfloors schließen das Risiko für den Kreditgeber aus, dass der Zins die vereinbarte Untergrenze unterschreitet und garantiert ihm so einen Mindestzins.⁸²⁸

Die Judikatur zur Wirksamkeit von Mindestzinsklauseln nach deutschem Recht wirkt vergleichsweise spärlich und karg.⁸²⁹ Nach Ansicht des LG Frankfurt⁸³⁰ sind Zinsbegrenzungsvereinbarungen schon nicht kontrollfähig i.S.v. § 307 Abs. 3 BGB; die Zinsbegrenzung war in casu auch mit einer Zinsbegrenzungsprämie kombiniert. Mit Zinsbegrenzungen und Begrenzungsprämien sicherten sich die Parteien gegen zu hohe (oder zu niedrige Zinsen ab); die Prämie sei Entgelt für die Darlehensüberlassung und damit integraler Bestandteil der Zinskalkulation.⁸³¹

Der BGH wiederum befand in einer überwiegend als zu verbraucherfreundlich kritisierten⁸³² Entscheidung, dass eine zusätzlich zu Zinsober- und -untergrenze vereinbarte „Zinscap-Prämie“ bzw. „Zinssicherungsgebühr“ als AGB in einem Darlehensvertrag gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB verstoße.⁸³³ Die zusätzliche Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr sei ein laufzeitunabhängiges (Teil-)Entgelt und weiche damit vom gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ab.⁸³⁴ Das Verdikt kassierte damit aber nur die Zinssicherungsgebühr als Bestandteil einer zwar als einheitlich zu verstehenden Entgeltbestimmung; dies lässt aber nicht den Schluss zu, formularmäßige Vereinbarungen von Zinsober- und -untergrenzen seien ohne zusätzliches Entgelt in Form einer Zinssicherungsgebühr generell unwirksam i.S.v. § 307 Abs. 1, 2 BGB. Naheliegender scheint aus den Entscheidungsgründen⁸³⁵ eher der Umkehrschluss, dass eine wirksame Vereinbarung von „Zinscap“ und „Zinsfloor“ in AGB grundsätzlich möglich ist – der

⁸²⁸ Vgl. auch BGH, NJW 2018, 2950 (2952) Rn. 40

⁸²⁹ So zur Wirksamkeit von Zinsbegrenzungsvereinbarungen auch *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1867, 1871); für eine AGB-rechtliche Unbedenklichkeit von Zinsbegrenzungen (jedenfalls unter Kaufleuten) anscheinend LG Frankfurt, 16.9.2015, Az. 2-19 O 41/15, ZIP 2015, 2314 (2315).

⁸³⁰ LG Frankfurt a.M., 16.9.2015, Az. 2-19 O 41/15, ZIP 2015, 2314 (2315).

⁸³¹ LG Frankfurt a.M., 16.9.2015, Az. 2-19 O 41/15, ZIP 2015, 2314 (2315); zustimmend *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1866 ff., insbesondere 1870).

⁸³² Siehe etwa *Bausch*, in: NJW 2018, 2950 (2953 f.); zustimmend *MüKoBGB/Berger*, ⁸2019, BGB § 488 Rn. 172 Fn. 746.

⁸³³ BGH, NJW 2018, 2950.

⁸³⁴ BGH, NJW 2018, 2950 (2953) Rn. 45 f.; anders hingegen mit überzeugenden Argumenten *Bitter/Linardatos*, in: ZIP 2018, 2249.

⁸³⁵ BGH, NJW 2018, 2950 (2952 f.) Rn. 39-41.

BGH hätte seine Entscheidung immerhin auch auf eine Unwirksamkeit dieser Elemente stützen können, hat sich dazu aber nicht geäußert.⁸³⁶

Doch hat das OLG Düsseldorf dem Darlehensgeber die Pflicht attestiert, den Darlehensgeber bei Fehlen einer Zinsobergrenze über die Risiken und Folgen dieses Fehlens aufzuklären.⁸³⁷ Der BGH schloss sich dieser Einschätzung 2018 an⁸³⁸; beiden Urteilen lag indes ein Finanzierungsberatungsvertrag zugrunde. Dies legt dennoch die Möglichkeit einer solchen Aufklärungspflicht auch für den Fall der Vereinbarung einer Mindestzinsklausel nahe. Das Urteil befasste sich zwar mit der Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs infolge der Verletzung der Aufklärungspflicht; das schließt jedoch nicht aus, die Risiken- und Folgenaufklärung bei einer Mindestzinsklausel zugleich als Manifestation des AGB-rechtlichen Transparenzgebots zu betrachten.

In der Literatur wird die formularmäßige Vereinbarung von Zinsuntergrenzen vereinzelt als unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1, 2 BGB eingeordnet.⁸³⁹ Die Literatur begründet dies vornehmlich mit der Verletzung des Prinzips der Anpassungssymmetrie: durch den Zinsboden werden Senkungen der Refinanzierungskosten der Bank nur bis zu einem gewissen Umfang an den Darlehensnehmer weitergegeben – dies führt zu einer zumindest potenziellen Erhöhung der Gewinnmarge der Bank.⁸⁴⁰ Teilweise verlangt man unter Hinweis auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo*, dass der Darlehensgeber den Darlehensnehmer vor Vertragsschluss transparent und verständlich über die rechtliche und wirtschaftliche Wirkweise von Mindestzinsklauseln aufklärt.⁸⁴¹ Als Rechtsfolge bei unterlassener Aufklärung wird jedoch le-

⁸³⁶ So scheint auch *Saenger* den BGH zu verstehen, in: Erman, BGB, ¹⁶2020, § 488 Rn. 50a.

⁸³⁷ OLG Düsseldorf, 25.7.2017, XI ZR 260/15, BB 2018, 160 (166 ff.), Rn. 69 ff., vor allem Rn. 76: „Es hätte insoweit eines ausdrücklichen Hinweises [...] bedurft, dass ohne Cap ein theoretisch unbegrenztes Wechselkursrisiko und dadurch ein theoretisch unbegrenztes Zinsrisiko entsteht.“ Die Pflicht sei vor allem auch Folge einer verharmlosenden Darstellung des Zinsrisikos; vgl. auch BGH, NJW 2015, 2248 (2256) Rn. 78 sowie *Buck-Heeb*, in: ZIP 2018, 705 (711).

⁸³⁸ BGH, ZIP 2018, 264 (267 ff.) Rn. 31 ff.

⁸³⁹ So etwa *Söbbing/von Bodungen*, in: ZBB 2016, 39 (46); für eine generelle Zulässigkeit hingegen *Saenger*, in: Erman, BGB, ¹⁶2020, § 488 Rn. 50a; ebenso (jedenfalls für Zinscaps und Zinskorridore) *MüKoBGB/Berger*, ⁸2019, BGB § 488 Rn. 172.

⁸⁴⁰ Vgl. *Söbbing/von Bodungen*, in: ZBB 2016, 39 (46).

⁸⁴¹ *Merz/Wittig*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, ⁵2019, Kreditgeschäfte mit Verbrauchern, Rn. 5.384.

diglich die Haftung des Darlehensgebers auf Schadensersatz genannt. Andere Autoren hingegen scheinen davon auszugehen, dass die Vereinbarung von Zinsober- und Zinsuntergrenzen grundsätzlich wirksam und auch AGB-rechtlich unbedenklich sei.⁸⁴²

Mitunter scheint man gar die stillschweigende Vereinbarung einer ungeschriebenen „floor-Klausel“ für möglich zu halten, und zwar im Kontext von Negativzinsen. Ob negative Zinsen im Aktiv- und Passivgeschäft möglich sind, ist insgesamt jedoch heftig umstritten.⁸⁴³ So wird vertreten, dass für bestimmte Fälle in ergänzender Vertragsauslegung eine ungeschriebene „floor“-Klausel (Mindestzinsklausel) anzunehmen sei, damit der Darlehenszins die Nullprozentgrenze nicht unterschreitet.⁸⁴⁴

Andere Autoren und Gerichte befürworten indessen ein Abgleiten des Darlehenszinses in den negativen Bereich für Aktivgeschäfte der Banken.⁸⁴⁵ Ansonsten vergrößerte sich die Marge der Bank immer weiter eingedenk der immer niedrigeren Refinanzierungskosten. Eine Koppelung an die Refinanzierungskosten bewirkt eine konstante Marge der Bank und hält Negativzinsen für den Kunden bereit – sie bediene insofern die Interessen beider Parteien.⁸⁴⁶

Auch die Anforderungen an die Transparenz von Zinsbegrenzungsklauseln (insbesondere Mindestzinsklauseln) wurden von der Rechtsprechung bisher – soweit ersichtlich – nicht konkretisiert. In der Literatur plädieren einige Autoren dafür, dass die Klauselverwender in den Verträgen den wirtschaftlichen Hintergrund und die Funktionsweise

⁸⁴² *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1871 f.).

⁸⁴³ Ein Meinungsbild der Literatur zeichnet etwa *Edelmann*, in: BB 2018, 394 (396).

⁸⁴⁴ *Binder/Ettensberger*, in: WM 2015, 2069 (2073 f.); für eine stillschweigende Zinsgrenze etwa auch LG Hamburg, BeckRS 2020, 41110 Rn. 35 f.; mit überzeugenderen Argumenten indes LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 Rn. 14 = ZIP 2020, 1954; dagegen auch *Söbbing/von Bodungen*, in: ZBB 2016, 39 (46), vor allem wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Anpassungssymmetrie.

⁸⁴⁵ Negativzinsen bei Zinsänderungsklauseln offensichtlich für möglich haltend auch BGH, NJW 2010, 1742 (1744) Rn. 27; LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 = ZIP 2020, 1954; anders hingegen LG Düsseldorf, ZIP 2020, 2507; ablehnend auch *Edelmann*, in: BB 2018, 394 (396) m.w.N.

⁸⁴⁶ BeckOGK/C. *Weber*, 1.3.2021, BGB § 488 Rn. 268.2; LG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9811 = ZIP 2020, 1954, Rn. 14, 19; für eine Begrenzung des Gesamtzinses auf Null als interessenge-rechter plädierend etwa *Binder/Ettensberger*, in: WM 2015, 2069 (2073 f.).

dieser Klauseln erläutern.⁸⁴⁷ Nach anderer Ansicht könne auf eine solche Erläuterung (jedenfalls bei gängigen Referenzzinssätzen) verzichtet werden.⁸⁴⁸

Insgesamt scheinen die AGB-rechtliche Kontrollfähigkeit von Zinsbegrenzungsvereinbarungen und ihre Wirksamkeit nach den §§ 307 ff. BGB in der deutschen Rechtsordnung noch nicht abschließend geklärt zu sein. Der aus dem Äquivalenzprinzip entspringende Grundsatz der Zinsanpassungssymmetrie scheint nur auf den ersten Blick dafür zu sprechen, dass, wenn der Darlehensgeber auf einem Zinsboden beharrt, zugleich auch ein zugunsten des Darlehensnehmers wirkender Zinsdeckel vereinbart werden muss. Denn die Interessenlage bei Mindestzinsklauseln unterscheidet sich von jener bei Zinsanpassungsklauseln, bei welchen der BGH dieses Prinzip aufgestellt hat.⁸⁴⁹ Die Gefahr *nachträglicher* Änderungen des Äquivalenzverhältnisses durch zu unkonturierte Zinsänderungsbefugnisse des Darlehensgebers besteht bei Mindestzinsklauseln nicht. Bei ihnen wird der Zinsboden bei Vertragsschluss gerade Grundlage des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung; die Anpassungssymmetrie, wie sie der BGH formuliert hat, kann also schon tatbestandlich nicht verletzt sein.⁸⁵⁰ Dieser Befund schließt jedoch nicht aus, dass der Klauselgegner dennoch aus einer einseitigen Zinsbegrenzung unangemessen benachteiligt sein kann i.S.v. § 307 Abs. 1, 2 BGB. Vereinbaren die Parteien nur einen Zinsboden zugunsten des Darlehensgebers, trüge allein der Darlehensnehmer ein unbeschränktes Zinsänderungsrisiko. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB enthält *expressis verbis* zwar kein gesetzliches Leitbild, das durch diese Risikoverteilung verletzt würde. Die Verteilung des Zinsänderungsrisikos ist dennoch so elementar für die vertragliche Parität bei einem variabel verzinsten Darlehensvertrag, dass nicht schlichtweg von einer schrankenlosen Zulässigkeit von Zinsuntergrenzen ausgegangen werden kann. Neben dem zugrundeliegenden Referenzindex sollte die Wirksamkeit des Zinsbodens insbesondere von seiner Höhe, mithin vom Einzelfall abhängen. Fraglich bleibt, ob es sachgerecht ist, bei einem Zinsboden auch einen Zinsdeckel zu verlangen, und dass

⁸⁴⁷ *Hingst/Neumann*, in: BKR 2016, 95 (101), doch handelt es sich hier eher um eine Empfehlung, „um das Risiko der Unwirksamkeit solcher Klauseln zu reduzieren.“

⁸⁴⁸ *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1873); wohl auch *Schebesta*, in: BKR 2005, 217 (221).

⁸⁴⁹ So überzeugend *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1871).

⁸⁵⁰ So auch *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1871).

Zinsboden und -deckel den gleichen relativen⁸⁵¹ Abstand zum Anfangszinssatz haben, oder ob das Verhältnis der beiden Grenzen anders beurteilt werden muss, um eine angemessene Risikoverteilung zu erreichen.

4. Rechtsfolgen unwirksamer Zinsänderungs- und Zinsbegrenzungsklauseln

Ist die zwischen den Parteien vereinbarte Zinsanpassungsklausel gemäß § 307 BGB unwirksam, führt dies nicht dazu, dass der anfänglich vereinbarte Zins für die gesamte Laufzeit des Vertrages gilt. Die Zinsanpassungsklausel ist vielmehr aufzuteilen: in die Entscheidung der Parteien für einen variablen Zins (sie ist kontrollfrei und bleibt wirksam) und die tatsächliche Regelung zur Art der Zinsanpassung (sie verstößt gegen § 307 BGB und ist unwirksam).⁸⁵² So sei die Beibehaltung der Zinsvariabilität zwingend geboten, weil die bewusste, kontrollfreie Entscheidung der Parteien für einen variablen und damit gegen einen festen Zins nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden dürfe.⁸⁵³ Auf der Rechtsfolgenseite findet folgerichtig also die gleiche Unterteilung statt wie bei der Frage der Kontrollfähigkeit der Klausel gem. § 307 Abs. 3 BGB.

Bei Unwirksamkeit einer Zinsanpassungsklausel bleibt der Vertrag gem. § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam; sein Inhalt richtet sich sodann nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 BGB. Führt die Unwirksamkeit zu einer den Interessen der Parteien widersprechenden Lücke und verschiebt das Vertragsgefüge „völlig einseitig zu Gunsten des Kunden“⁸⁵⁴, ist nach Ansicht des BGH eine ergänzende Vertragsauslegung nötig – und zwar nur dann.⁸⁵⁵ Nicht geschlossen werden könne die Lücke durch Zuerkennung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts der Bank gem. § 315 BGB oder

⁸⁵¹ Fraglich ist auch, ob ein relativer oder absoluter Zinsabstand angemessen ist.

⁸⁵² Grundlegend BGH, NJW 2010, 1742 (ebenda) Rn. 16; BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 17; so auch schon *Derleder*, in: WM 2001, 2029 (2031 f.); siehe instruktiv auch *Schürmann/Langner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 70 Rn. 24k; *MüKoBGB/Berger*, ⁸2019, BGB § 488 Rn. 182. anderer Ansicht *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, § 308 Nr. 4 Rn. 11; *Burkiczak*, in: BKR 2007, 190 (193).

⁸⁵³ BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 17.

⁸⁵⁴ BGH, NJW 2009, 2662 (2666), Rn. 36; so auch BGH, NJW 2009, 578 (580) Rn. 25.

⁸⁵⁵ BGH, NJW-RR 2011, 625 (626) Rn. 15; BGH, NJW 2009, 2662 (2666), Rn. 36; BGH, NJW 2009, 578 (580) Rn. 25; BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 18; siehe zur ergänzenden Vertragsauslegung bei Tagespreisklauseln (als Beispiel einer Preisänderungsklausel) auch BGH, NJW 1984, 1177 (1178); BGH, NJW 1998, 450 (451).

des Kunden nach § 316 BGB.⁸⁵⁶ Mithin ist die durch die Unwirksamkeit einer Zinsänderungsklausel entstandene Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen (§§ 133, 157 BGB).⁸⁵⁷ Denn bei der oben beschriebenen Unwirksamkeit einer Zinsänderungsklausel entsteht regelmäßig eine Lücke im Vertrag.⁸⁵⁸ Die sodann nötige ergänzende Vertragsauslegung fußt auf §§ 133, 157 BGB, welche wiederum Teil der „gesetzlichen Vorschriften“ i.S.v. § 306 Abs. 2 BGB sind.⁸⁵⁹ Damit haben sich die Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung durch die neueren Urteile des BGH verschärft.⁸⁶⁰ Zuvor knüpfte der BGH die ergänzende Vertragsauslegung nicht zwingend an eine „Unzumutbarkeit“ des ersatzlosen Wegfalls der Klausel⁸⁶¹; vielmehr fragte er danach, welche Lösung die Parteien unter objektiv-generalisierender Abwägung ihrer Interessen redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie von der Unwirksamkeit der ursprünglichen Klausel gewusst hätten.⁸⁶² Entscheidend bei dieser ergänzenden Vertragsauslegung sei, „welche Regelung von den Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der vereinbarten Zinsänderungsklausel nach dem Vertragszweck und angemessener Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als redliche

⁸⁵⁶ BGH, NJW-RR 2017, 942 (944); BGH, NJW-RR 2011, 625 (626) Rn. 14 m.w.N.; BGH, NJW 2010, 1742 (1742 f.) Rn. 18 ff.; vgl. auch *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § 78 Rn. 89; anderer Ansicht noch *Habersack*, in: WM 2001, 753 (760).

⁸⁵⁷ Siehe neben den BGH-Entscheidungen etwa auch *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, (65) Rn. 44 m.w.N.; Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 90 f.; doch lässt sich eine zunehmende Tendenz gegen eine ergänzende Vertragsauslegung wegen des Verdachts ihrer Europarechtswidrigkeit konstatieren, so etwa BeckOGK/*Bonin*, 1.12.2020, § 306 Rn. 97; *Gsell*, in: Kindl/Arroyo Vendrell, Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen, 2019, 63 (73 ff.); *Fevers/Gsell*, in: NJW 2019, 2569 (2569 ff.); *Graf v. Westphalen*, in: BB 2019, 67 (67 ff.); *ders.*, in: MDR 2019, 76 (76 ff.); kritisch zur ergänzenden Vertragsauslegung auch *Herresthal*, in: WM 2020, 1949 (insb. 1955 ff.).

⁸⁵⁸ Vgl. nur BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 18.

⁸⁵⁹ BGH NJW 2009, 2662 (2666), Rn. 36 ; für § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz noch BGH, NJW 1984, 1177 (1178) m.w.N.; siehe ausführlich und kritisch mit Blick auf die Auslegung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz auch *Ulmer*, in: NJW 1981, 2025 (2030 f.).

⁸⁶⁰ Vgl. *Thüsing*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Preisanpassungsklauseln, Rn. 67.

⁸⁶¹ Jedoch BGH, NJW 1990, 115 (116): „[...] wenn der Regelungsplan der Parteien vervollständigungsbedürftig ist, das Unterbleiben einer Vervollständigung also keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und des Kunden Rechnung tragende Lösung böte [...]“.

⁸⁶² BGH, NJW 1990, 115 (116); BGH, NJW 1984, 1177 (1178).

Vertragspartner gewählt worden wäre.⁸⁶³ Das Gericht muss dabei Anpassungsmaßstab und Anpassungsmodus bestimmen.⁸⁶⁴

Auch für die Frage, wie genau die durch die Unwirksamkeit einer Zinsänderungsklausel entstandene Lücke zu schließen sei, hält der BGH Antworten bereit.⁸⁶⁵ Erforderlich seien Parameter, die die Zinsänderungen kontrollierbar und vorhersehbar machen.⁸⁶⁶ Am Wichtigsten bei der ergänzenden Vertragsauslegung sei dabei zunächst der Referenzzins, der Grundlage der Zinsänderung ist.⁸⁶⁷ Nach Ansicht des BGH muss es sich dabei um einen „in öffentlich zugänglichen Medien abgebildeten Referenzzins handeln, der von unabhängigen Stellen nach einem genau festgelegten Verfahren ermittelt wird und die Bank nicht einseitig begünstigt.“⁸⁶⁸ Bei Spareinlagen muss sich dieser Referenzzins grundsätzlich an Zinsen für vergleichbare langfristige Spareinlagen orientieren.⁸⁶⁹ Generell muss eine Bezugsgröße des Kapitalmarkts gewählt werden, die dem fraglichen Geschäft möglichst nahe kommt.⁸⁷⁰ So seien etwa die in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Zinssätze für Spareinlagen mit vergleichbarer Laufzeit zu Grunde zu legen.⁸⁷¹

Schließlich müsse die ergänzende Vertragsauslegung auch das Äquivalenzprinzip beachten, mithin sicherstellen, dass Anpassungen nicht nur zugunsten der Bank, sondern

⁸⁶³ BGH, NJW 2010, 1742 (1743); vgl. auch BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 18

⁸⁶⁴ BGH, NJW-RR 2011, 625 (627) Rn. 17; vgl. auch *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12016, (65) Rn. 44.

⁸⁶⁵ Offen gelassen noch bei BGH, NJW 2008, 3422 (3423) Rn. 19.

⁸⁶⁶ BGH, NJW-RR 2011, 625 (627) Rn. 17.

⁸⁶⁷ So etwa auch *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, 52017, § 78 Rn. 89; Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. F 90a.

⁸⁶⁸ BGH, NJW 2010, 1742 (1743) Rn. 21; so auch *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, 52017, § 78 Rn. 89.

⁸⁶⁹ BGH, NJW-RR 2011, 625 (627) Rn. 22; BGH, NJW 2010, 1742 (1743) Rn. 22 f.

⁸⁷⁰ *Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, 52017, § 78 Rn. 89.

⁸⁷¹ BGH, NJW 2010, 1742 (1743) Rn. 23; insgesamt scheint der BGH vielerorts Zustimmung darin zu finden, dass die Zinsstatistiken aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank die optimalen Referenzzinssätze abgeben; so beispielsweise *Schimansky*, in: WM 2001, 1169 (1174); ebendort auch Kritik an der Verwendung des Euribor für das Aktivgeschäft; wie *Freitag* anmerkt, spiegelt die Entwicklung der Bundesbank-Zinssätze jedoch nicht notwendigerweise die Kostenentwicklung wider, in: Staudinger, Neubearbeitung 2015, BGB § 488 Rn. 196a; ob die Zinsstatistiken der Monatsberichte auch für Zinsgleitklauseln passend sind, mag bezweifelt werden.

auch zugunsten des Kunden erfolgen.⁸⁷² Dabei müsse „das Verhältnis des konkret vereinbarten Zinses zum Referenzzins [...] gewahrt bleiben, nicht aber eine gleich bleibende Gewinnmarge.“⁸⁷³

Von der Rechtsprechung unbeantwortet blieb bisher jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen die Unwirksamkeit einer Zinsbegrenzungsklausel nach sich ziehe. Interessant und bedeutend ist dabei nur das Schicksal von Mindestzinsklauseln. Zinscaps, die eine Deckelung nach oben vorsehen, sind für den Darlehensnehmer als Klauselgegner nur vorteilhaft; praktische Fälle ihrer Unwirksamkeit sind daher kaum denkbar. Die Unwirksamkeit von Mindestzinsklauseln dürfte jedenfalls keine ergänzende Vertragsauslegung zur Folge haben, die eine passende Zinsuntergrenze bestimmt. So kennt das BGB zwar keine dispositive Gesetzesnorm i.S.v. § 306 Abs. 2 BGB für Zinsbegrenzungen. Doch findet sich andererseits – und das dürfte entscheidend sein – keine gute Antwort auf die Frage, wie der Vertrag ergänzend auszulegen ist, mit anderen Worten, welche Regelung die ursprüngliche (unwirksame) Vereinbarung der Parteien ersetzen soll.⁸⁷⁴ Insbesondere gibt es keinen offiziellen Referenzmaßstab wie bei der ergänzenden Bestimmung eines Referenzzinssatzes bei unwirksamer Preisanpassungsklausel (s.o.). Insofern bleibt regelmäßig im Dunkeln, was die Parteien für einen Zinsboden vereinbart hätten, wenn sie von der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung gewusst hätten. Rechtsfolge muss daher der ersatzlose Wegfall der Mindestzinsklausel sein, § 306 Abs. 1 BGB.

5. Zinsänderungen und -begrenzungen aus rechtsvergleichender Sicht

Ein Vergleich der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Vereinbarung und Begrenzung von Zinsvariabilität in Deutschland und Spanien fällt nicht leicht. Dies liegt zuvorderst daran, dass in Deutschland vornehmlich Zinsanpassungsklauseln Verwendung finden, in Spanien Zinsgleitklauseln.⁸⁷⁵ Beide Rechtsordnungen erkennen zunächst an, dass die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes eine autonome Entscheidung der Parteien ist, die grundsätzlich kontrollfrei bleibt. Somit ist auch die AGB-rechtliche Einigung über Zinsvariabilität einer Inhaltskontrolle entzogen; in Deutschland folgt dies aus § 307

⁸⁷² BGH, NJW 2010, 1742 (1744) Rn. 26.

⁸⁷³ Ebenda.

⁸⁷⁴ *Weiß/Reps*, in: WM 2016, 1865 (1870);

⁸⁷⁵ Dazu oben Kap. 5 I.

Abs. 3 BGB, in Spanien ist mittlerweile überwiegend anerkannt, dass die aus Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL folgende Ausnahme von der Inhaltskontrolle ungeschrieben gilt. Die für die deutsche Rechtsordnung ergangene Rechtsprechung zu AGB-rechtlichen Transparenzanforderungen für Zinsanpassungsklauseln hat kein Äquivalent in Spanien, weil diese Klauseln schlicht nicht verbreitet scheinen. Umgekehrt scheinen sich deutsche Rechtsprechung und Literatur einig darin, dass die in Spanien verwendeten Zinsgleitklauseln kontrollfrei i.S.v. § 307 Abs. 3 BGB sind. In praxi könnte in Deutschland eine umfangreichere rechtliche Kontrolle von Zinsänderungsklauseln stattfinden, weil schlicht mehr Zinsanpassungs- als Zinsgleitklauseln benutzt werden, und die Zinsanpassungsklausel sich – anders als ihre Schwester – an §§ 307 ff. BGB und dort insbesondere § 308 Nr. 4 BGB messen lassen muss. Kein zwingender Schluss hieraus ist aber, dass deswegen auch das Schutzniveau für den deutschen Hypothekenschuldner höher ist.

Für Zinsbegrenzungsvereinbarungen – insbesondere Mindestzinsklauseln – scheinen beide Rechtsordnungen der Ansicht zu sein, sie seien grundsätzlich zulässig. Im deutschen Diskurs ist allerdings noch keine klare Tendenz dahin erkennbar, ob Mindestzinsklauseln überhaupt kontrollfähig i.S.v. § 307 BGB sind, und wenn ja, wann sie nach § 307 Abs. 1, 2 BGB missbräuchlich sind.⁸⁷⁶ Das Prinzip der Zinsanpassungssymmetrie lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres auf Zinsbegrenzungsklauseln übertragen (mit der Folge etwa, dass bei einer Zinsuntergrenze auch immer eine Zinsobergrenze bestehen müsse); insoweit besteht eine Gemeinsamkeit zur Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*. Damit wird die Transparenzkontrolle umso wichtiger. Die materielle Transparenzkontrolle, die der *Tribunal Supremo* in seinem Urteil vom 9.5.2013 etabliert hat, findet auch im deutschen Recht über § 307 Abs. 1 S. 2 BGB statt. Genauere Kriterien insbesondere für die Frage, unter welchen Voraussetzungen Zinsbegrenzungsvereinbarungen wirksam und transparent sind, scheinen sich aber noch nicht herausgebildet zu haben. Vereinzelt findet sich jedoch ein Hinweis auf das oben besprochene Urteil des EuGH in der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo*. Hier könnte die neuere Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Gómez del Moral Guasch*⁸⁷⁷ und *Ibercaja Banco*⁸⁷⁸ und mittelbar

⁸⁷⁶ Die Tatbestände aus §§ 308, 309 BGB sind jedenfalls nicht erfüllt.

⁸⁷⁷ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*).

⁸⁷⁸ EuGH, 9.7.2020, Rs. C-452/18 (*Ibercaja Banco*).

auch die des *Tribunal Supremo* zu den Transparenzanforderungen als Startpunkt für eine genauere Konturierung im deutschen Recht genommen werden.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass sich in Deutschland (bislang) nicht die gleichen Probleme im Umgang mit Mindestzinsklauseln stellen wie in Spanien. Bemerkenswert ist, dass die Mindestzinsklausel als eine Klausel, die in Spanien ubiquitäre Verbreitung fand und über deren Voraussetzungen und Wirksamkeit heftigst debattiert wurde, in Deutschland so gut wie gar keine Beachtung findet. Die geringere Bedeutung und auch Problemträchtigkeit von Zinsgleit- und Mindestzinsklauseln wird dabei nicht zuletzt von der Tatsache dokumentiert, dass sich der Diskurs von Rechtsprechung und Literatur fast ausschließlich um Zinsanpassungsklauseln und ihre Wirksamkeit dreht. In Spanien scheint der Gesetzgeber das Problem für künftige Verträge gelöst zu haben – Art. 21 Abs. 3 LCCI verbietet schlicht die Benutzung von Mindestzinsklauseln. Daraus folgt aber auch, dass die Kreditparteien in Deutschland derzeit deutlich mehr Freiheit in der Vertragsgestaltung haben, denn die Setzung von Zinsuntergrenzen ist nach deutschem Recht nicht ausgeschlossen.

Sowohl in Deutschland als auch in Spanien schien schließlich Unsicherheit zu herrschen über das genaue Verhältnis von Transparenzkontrolle und Inhaltskontrolle.⁸⁷⁹ Die neue Rechtsfolge in Art. 83 Abs. 2 TRLCU scheint die Frage im spanischen Recht beantwortet zu haben.

⁸⁷⁹ Siehe für die deutsche Rechtsordnung etwa MüKoBGB/*Wurmnest*, ⁸2019, BGB § 307 Rn. 58 m.w.N.; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, § 307 BGB Rn. 330 ff.

Kapitel 6: Schutz in der Vollstreckung

Dieses Kapitel unternimmt eine genauere Betrachtung der Zwangsvollstreckung nach spanischem Recht. Insbesondere will es die Entwicklung des Vollstreckungsverfahrens nachzeichnen, seine Besonderheiten aufzeigen und auch den Einfluss des EuGH auf die Entwicklung genauer darlegen. Gleichzeitig legt die Betrachtung den Grund für einen Vergleich der Schutzinstrumente im deutschen und spanischen Vollstreckungsrecht.

I. Grundlagen

Sollte die der Hypothek zugrundeliegende, zu sichernde Forderung nicht erfüllt werden, kann der Gläubiger aus der Hypothek vollstrecken. Dies geschieht in Form der Veräußerung des belasteten Grundstücks, damit der Hypothekar seine Forderung aus dem Verkaufserlös befriedigen kann, Art. 1858 CC, 104 LH. Zur Erreichung dieses Ziels stellt die LEC dem Gläubiger eine Reihe verschiedener Verfahren zur Verfügung (dazu unter III.) Der Gläubiger kann sich dabei das hypothekarisch belastete Grundstück im Falle der Nichterfüllung der Forderung nicht selbst aneignen und auch nicht anderweitig über es verfügen, Art. 1859 CC. Daraus folgt vor allem, dass die vor Kodifikation verbreitete Praxis des *pacto comisorio* (lex commissoria) nach spanischem Recht verboten ist.⁸⁸⁰ Sinn und Zweck dieses Verbots ist es, zu verhindern, dass der Zugang zu einer Finanzierung von einer Vereinbarung abhängig gemacht wird, die dazu führen kann, dass der Gläubiger Eigentümer eines Grundstücks wird, dessen Wert wesentlich höher als der des Kreditanspruchs ist.⁸⁸¹ Dies kann nicht nur dem Schuldner, sondern auch übrigen Gläubiger schaden.⁸⁸² Möglich sind hingegen Realisierungsabreden (*convenio de realización*) nach Kreditgewährung, Art. 640 LEC.

Der Gläubiger tritt in der Vollstreckung in doppelter Eigenschaft auf: Zum einen kann er, kraft seiner Eigenschaft als persönlicher Gläubiger, ein Verfahren mit „persönli-

⁸⁸⁰ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 14; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1073.

⁸⁸¹ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1073.

⁸⁸² Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1073.

chem“ Charakter (*acción personal*) anstrengen, zum anderen – aufgrund seiner Eigenschaft als Hypothekar – ein Verfahren mit dinglichem Charakter (*acción real*).⁸⁸³

II. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Wie etwa auch im deutschen Zivilprozessrecht lassen sich in der spanischen LEC allgemeine Voraussetzungen ausmachen, die für das Verfahren der Zwangsvollstreckung erfüllt sein müssen. Primäre Voraussetzung für eine Zwangsvollstreckung ist auch nach spanischem Recht, dass der Gläubiger einen Vollstreckungstitel hat.⁸⁸⁴ Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 517 Abs. 1 LEC. Art. 517 Abs. 2 LEC zählt die verschiedenen Vollstreckungstitel abschließend auf. Für diese Arbeit besonders wichtig sind die öffentlichen Urkunden (*escrituras públicas*) aus Abs. 2 Nr. 4; zu ihnen gehören Hypothekenbestellungsurkunden, vgl. Art. 2, 3 LH. Daneben setzt die *Ley de Enjuiciamiento Civil* eine Klage (oder Antrag, „*demanda ejecutiva*“) voraus, Art. 549 Abs. 1 LEC. Aus Art. 553 LEC folgt außerdem die Notwendigkeit, dem Vollstreckungsschuldner den Vollstreckungsbeschluss sowie eine Kopie der Vollstreckungsklage zuzustellen (*notificación*). Die sogleich zu untersuchenden Art. 681 ff. LEC, die das Hypothekenvollstreckungsverfahren regeln, halten zusätzliche, besondere Voraussetzungen bereit.

III. Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers in der Vollstreckung

1. Wahlrecht des Gläubigers

Der Gläubiger hat verschiedene Möglichkeiten, seinen hypothekarisch gesicherten Anspruch zu realisieren.⁸⁸⁵ Zum einen steht ihm gerichtliche Hypothekenvollstreckungsverfahren (*ejecución hipotecaria*) zur Verfügung, das in Art. 681 ff. LEC kodifiziert ist.⁸⁸⁶ Weil es das wohl wichtigste und auch praktisch bedeutsamste Verfahren ist, kon-

⁸⁸³ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, 82010, S. 116.

⁸⁸⁴ Vgl. auch Mellado Rodríguez, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*, 2008, S. 273; Cruz Gallardo, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 817.

⁸⁸⁵ Quesada López, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1190).

⁸⁸⁶ Ursprünglich geregelt in Art. 131 ff. LH a.F.

zentriert sich die Arbeit auf die Betrachtung seiner Regelungen. Daneben gibt es das ordentliche Vollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen (*procedimiento ejecutivo ordinario*). Das Hypothekenvollstreckungsverfahren baut dabei auf dem normalen Vollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen (*ejecución dineraria*) auf und statuiert in den Art. 681 ff. LEC ergänzende und abweichende Sondervorschriften. Neben diesen Vollstreckungsverfahren kann der Gläubiger auch ein normales Erkenntnisverfahren anstrengen und ein Leistungsurteil gegen den Schuldner erwirken. Doch ist diese Option eher theoretischer Natur, bedenkt man, dass der Gläubiger mit der öffentlichen Urkunde über die Errichtung der Hypothek schon einen außergerichtlichen Vollstreckungstitel hat, und die direkte Vollstreckung wesentlich schneller ist.⁸⁸⁷ Schließlich kann bei ausdrücklicher vorheriger Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger ein außergerichtlicher Verkauf des belasteten Grundstücks durch einen Notar erfolgen, Art. 129 LH.⁸⁸⁸ Dem Gläubiger stehen mithin verschiedene Wege offen; zwischen diesen Möglichkeiten kann er grundsätzlich frei wählen.⁸⁸⁹ Grenze seines Wahlrechts kann nur in seltenen Fällen rechtsmissbräuchliches Handeln sein.⁸⁹⁰ Die Sicherung des Anspruchs durch die Hypothek verwehrt dem Gläubiger ferner nicht, sich aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners zu befriedigen.⁸⁹¹ Er ist insbesondere nicht verpflichtet, sich zunächst an die Hypothek zu halten, und zwar auch dann nicht, wenn neben derselben noch Personalsicherheiten existieren.⁸⁹²

2. Gewöhnliches Vollstreckungsverfahren (*ejecución ordinaria*)

Neben der *ejecución hipotecaria* kann der Gläubiger sowohl seinen persönlichen Anspruch aus dem Kreditvertrag (*acción personal*), der auch in der Hypothekenurkunde

⁸⁸⁷ STS, 25.1.2006, ECLI:ES:TS:2006:155, FD 4.

⁸⁸⁸ Lasarte, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, ⁸2010, S. 116.

⁸⁸⁹ STS 155/2006, v. 25.1, ECLI:ES:TS:2006:155, FD 4; Casero Linares, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 41; dafür wohl auch Quesada López, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1186 f., 1190).

⁸⁹⁰ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1070; STS 155/2006, v. 25.1, ECLI:ES:TS:2006:155.

⁸⁹¹ STS, 23.11.2000, ECLI:ES:TS:2000:8572, FD 3; Casero Linares, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 41 f.; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1070.

⁸⁹² STS, 4.12.1999, ECLI:ES:TS:1999:7779, FD 1; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1071.

verankert ist, als auch das Recht aus der Hypothek selbst (*acción hipotecaria*) im normalen Vollstreckungsverfahren geltend machen.⁸⁹³ Die öffentliche Urkunde über die Errichtung der Hypothek begründet für beide Ansprüche einen außergerichtlichen Titel im Sinne von Art. 517 Abs. 2 Nr. 4 LEC. Anders als noch Art. 1447 LEC a.F. bestimmt Art. 592 Abs. 1 LEC nicht mehr, dass gepfändete oder hypothekarisch belastete Grundstücke vorzugsweise zu beschlagnahmen sind, sondern erklärt, dass die Reihenfolge der Beschlagnahmen primär der Vereinbarung der Parteien unterliegt.⁸⁹⁴ Sollte nur der persönliche Anspruch geltend gemacht werden, können auch nur Güter des Schuldners beschlagnahmt werden; dies wird für den Fall relevant, dass ein Dritter Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks ist. Die Verwirklichung des Rechts aus der Hypothek in der *ejecución ordinaria* mag zunächst in Frage gestellt werden, erklärt doch Art. 579 LEC i.V.m. Art. 681 LEC, dass die Vollstreckung den Art. 681 ff. LEC unterliegt, wenn sie sich ausschließlich gegen hypothekarisch belastete Grundstücke richtet.⁸⁹⁵ Daraus folgt indes lediglich, dass es dem Schuldner (nach allgemeiner Ansicht) nicht möglich sein soll, gleichzeitig mit der *ejecución ordinaria* und der *ejecución hipotecaria* gegen den Schuldner vorzugehen, die beiden Verfahren mithin akkumuliert anzuwenden.⁸⁹⁶ Art. 579 Abs. 1 LEC führt implizit also zu einem zeitlichen Alternativverhältnis der Verfahren; nach der Hypothekenvollstreckung kann der Gläubiger allerdings hinsichtlich anderer Güter des Schuldners ein normales Vollstreckungsverfahren fortführen, wenn sein Anspruch nicht vollends befriedigt wurde. Die Möglichkeit, das Recht aus der Hypothek im normalen Vollstreckungsverfahren zu verwirklichen, ist ferner ausdrücklich in Art. 126, 127 LH und Art. 222, 223 RH vorgesehen.⁸⁹⁷

⁸⁹³ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 41 f.; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1072.

⁸⁹⁴ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1072.

⁸⁹⁵ Vgl. Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1072.

⁸⁹⁶ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 67; vgl. auch Art. 555 Abs. 4 LEC.

⁸⁹⁷ So auch die Überschrift vor Art. 222 RH, „Ejercicio de la acción hipotecaria; A) En el procedimiento ejecutivo ordinario“.

Seit der Reform durch das Gesetz 1/2013 kann der Vollstreckungsschuldner auch im normalen Vollstreckungsverfahren gem. Art. 557 Abs. 1 Nr. 7 LEC demselben mit dem Grund widersprechen, der Vertrag enthalte missbräuchliche Klauseln. Das Vorhandensein eben solcher muss das Gericht überdies *ex officio* überprüfen, Art. 552 Abs. 1 UAbs. 2 LEC.⁸⁹⁸

3. Erkenntnisverfahren

Der Gläubiger kann freilich auch ein Erkenntnisverfahren anstrengen, um ein Leistungsurteil als Vollstreckungstitel zu erlangen, aus welchem er anschließend vollstrecken kann.⁸⁹⁹ Nur sind die Fälle selten, in denen der Gläubiger diese Möglichkeit beansprucht, weil gerade schon ein Titel in Form der Hypothekenurkunde vorliegt, mit dem er direkt aus dem hypothekarisch belasteten Vermögen vollstrecken kann.⁹⁰⁰

4. Außergerichtlicher Verkauf

Eine weitere Alternative zur Hypothekenvollstreckung findet sich in Art. 129 *Ley Hipotecaria*. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit eines außergerichtlichen Verkaufs des hypothekarisch belasteten Grundstücks. Obwohl der *Tribunal Supremo* dieses ursprünglich in Art. 234 ff. RH geregelte Verfahren – gleichwohl für die alte Rechtslage – noch für verfassungswidrig befand, hat der spanische Gesetzgeber es mit der Kodifizierung der LEC 2000 in Art. 129 LH verankert.⁹⁰¹ Weil der außergerichtliche Verkauf neben der Hypothekenvollstreckung nach Art. 681 ff. die gesetzlich primär vorgesehene Verwertungsart ist, sollen die ihm zugrunde legenden Regelungen kurz dargestellt werden.

Damit der Gläubiger das Grundstück außergerichtlich verkaufen lassen kann, müssen die Parteien diese Möglichkeit in der Hypothekenbestellungsurkunde vereinbart haben, Art. 129 Abs. 1b) LH. Das außergerichtliche Verfahren findet vor einem Notar statt; er leitet und überwacht die Vollstreckung, vgl. Art. 129 Abs. 2 LH. Das Verfahren des

⁸⁹⁸ Dazu auch unten V 5.

⁸⁹⁹ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 41 f.

⁹⁰⁰ Lasarte, Derechos reales y Derecho hipotecario, ⁸2010, S. 116.

⁹⁰¹ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 39 f.; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1071.

außergerichtlichen Verkaufs hat dabei umfassende und wichtige Änderungen durch Ley 1/2013⁹⁰² erfahren.⁹⁰³

Die Voraussetzungen und einzuhaltenden Formalitäten dieses Verfahrens finden sich allesamt in Art. 129 Abs. 2 LH.⁹⁰⁴ Absatz 2 a) bestimmt, dass der Schätzwert des Grundstücks der gleiche sein muss, der bei dem Verfahren der Hypothekenvollstreckung zugrunde gelegt worden wäre.⁹⁰⁵ Nach Art. 129 Abs. 2b) müssen die Parteien die Möglichkeit des Gläubigers, auf dasselbe zurückzugreifen, und den Zweck der Immobilie (zum Beispiel zur wohnlichen Nutzung) ausdrücklich und getrennt von den anderen Vereinbarungen im Vertrag festhalten.⁹⁰⁶ Der Charakter der Immobilie als Hauptwohnsitz wird (wie in Art. 21 Abs. 3 LH) zur Zeit der Vollstreckung vermutet, wenn die Bestellungsurkunde diese Festsetzung enthält. Die zu sichernden Forderungen müssen schließlich von Anfang an bestimmt sein, samt Haupt- und Verzugszinsen, Art. 129 Abs. 2 c) LH. Der Verweis auf Art. 114 LH macht insbesondere auch dessen Begrenzung der Verzugszinsen in Absatz drei anwendbar.⁹⁰⁷ Der Verkauf erfolgt (wie auch bei der *ejecución hipotecaria*) mittels elektronischer Versteigerung im Portal der staatlichen Agentur des offiziellen Amtsblatts; auch für den Ablauf der Versteigerung verweist Art. 129 Abs. 2 d) auf die Vorschriften der LEC, die ebenso für die Immobiliervollstreckung gelten.⁹⁰⁸ Besondere Bedeutung hat schließlich Art. 129 f) LH, der wohl als wichtigste Neuerung durch Ley 1/2013 betrachtet werden kann.⁹⁰⁹ Er verpflichtet den Notar erstens dazu, die Parteien über die mögliche Missbräuchlichkeit von Klauseln zu informieren, die Grundlage des außergerichtlichen Verkaufs sind oder den Forderungsbetrag festlegen. Zweitens muss der Notar den Verkauf aussetzen, sobald eine der Parteien nachweist, vor dem nach Art. 684 LEC zuständigen Gericht die Missbräuchlichkeit einer Klausel geltend gemacht zu haben. Hinsichtlich Abwicklung und weiterer Rechtsfolgen dieser gerichtlichen Geltendmachung verweist Art. 129 f) UAbs. 3 LH auf die Vor-

⁹⁰² Dort Art. 3.3.

⁹⁰³ Vgl. *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 157 ff.

⁹⁰⁴ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 158.

⁹⁰⁵ Vgl. auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1180).

⁹⁰⁶ Art. 129 Abs. 2 b) LH.

⁹⁰⁷ Siehe oben Kap. 3 I und III.

⁹⁰⁸ Zur Versteigerung in der *ejecución hipotecaria* unten IV 4.

⁹⁰⁹ Vgl. dazu auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 160 f.

schriften, die auch für den Einspruch nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC gelten.⁹¹⁰ Sobald festgestellt wird, dass keine die Grundlage des Verkaufs bildende oder den fälligen Betrag bestimmende missbräuchliche Klausel vorliegt, führt der Notar den Verkauf auf Verlangen des Gläubigers fort. Für in der LH nicht Geregelter erklärt Art. 129 Abs. 2 h) die Vorschriften der LEC schließlich für ergänzend anwendbar; nach dem Wortlaut gilt insbesondere die Erleichterung der Restschuld nach Art. 579 Abs. 2 LEC⁹¹¹ auch für den außergerichtlichen Verkauf.

Durch die Schlussbestimmung 1.4 der LCCI neu eingefügt wurde außerdem Art. 129 bis LH. Er enthält für den außergerichtlichen Verkauf eine nahezu wortgleiche Regelung zur Kündigung des Darlehensvertrags, wie sie Art. 24 LCCI (i.V.m. Art. 693 Abs. 2 LEC) für die *ejecución hipotecaria* bereitstellt.⁹¹² Insbesondere gleich der Anwendungsbereich der Norm jenem aus Art. 3 Abs. 1 Immobiliarkredit-RL.⁹¹³ Auch die gestaffelte Höhe des nötigen Zahlungsausfalls entspricht der aus Art. 24 LCCI.

Insgesamt also unterscheidet sich die Regelung des außergerichtlichen Verkaufs nicht wesentlich von der gerichtlichen *ejecución hipotecaria*. Insbesondere bewirken Art. 129 Abs. 2 f) und Art. 129 bis LH einen weitgehenden Gleichklang der Verteidigungsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners und der Kündigungsvoraussetzungen des Gläubigers. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf das vom Gesetzgeber als Regelfall angedachte Hypothekenvollstreckungsverfahren, Art. 681 ff. LEC.

5. Hypothekenvollstreckungsverfahren (*ejecución hipotecaria*)

In der Mehrzahl der Fälle, in denen aus der Hypothek vollstreckt wird, geschieht dies durch das sogenannte Hypothekenvollstreckungsverfahren (*procedimiento especial de ejecución hipotecaria*, früher auch *procedimiento judicial sumario*).⁹¹⁴ Wegen seiner

⁹¹⁰ Dazu unten V 2 d) cc).

⁹¹¹ Dazu unten IV 5 b).

⁹¹² Dazu oben Kap. 4 I 5.

⁹¹³ Während Art. 24 LCCI sowohl eine Sicherung des Darlehens durch eine Hypothek als durch eine andere Realsicherheit erfasst, beschränkt sich die Anwendung von Art. 129 Abs. 2 LH bis auf hypothekarisch gesicherte Darlehen.

⁹¹⁴ Vgl. etwa *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 42.

grundlegenden Bedeutung wird der Ablauf des Hypothekenvollstreckungsverfahrens im Folgenden näher beleuchtet.

IV. Zwangsvollstreckung im Hypothekenvollstreckungsverfahren, Art. 681 ff. LEC

1. Eigenarten und Zweck, anwendbare Normen

Das Hypothekenvollstreckungsverfahren wurde in seiner ursprünglichen Form durch die Hypothekenreform von 1909 in Art. 131 LH (a.F.) eingeführt, mit einigen grundlegenden Änderungen durch Ley 19/1986 vom 14. Mai.⁹¹⁵ Es kennzeichnet sich besonders durch seinen summarischen Charakter und die Begrenzung der Einspruchsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners.⁹¹⁶ Diese Eigenschaften machen es zu einem der schnellsten Vollstreckungsverfahren in der EU.⁹¹⁷ Gleichzeitig führen sie zu einer klaren Privilegierung des Gläubigers.⁹¹⁸ Mitunter wird vertreten, der Begriff des Vollstreckungsverfahrens sei nicht ganz treffend, weil das Verfahren de facto keine Vollstreckung, sondern die bloße Ausübung des Rechts aus der Hypothek sei.⁹¹⁹ Seine immanenten Wesenszüge hatten unter anderem die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens aufgeworfen. Der *Tribunal Constitucional* hat diesbezüglich in mehreren

⁹¹⁵ Zur Zwangsvollstreckung nach spanischem Recht vor Inkrafttreten der LEC 2000 siehe *Gathmann*, Spanisches Zwangsvollstreckungsrecht, 1997, sowie *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, 2000, S. 74 ff.; zur Reform der Einspruchsgründe gegen die Hypothekenvollstreckung *Ramón Chornet*, in: RCDI 2001, Nr. 663, 123 (123 ff.)

⁹¹⁶ *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 41.

⁹¹⁷ *Kenna/Benjaminson/Busch-Geertsema/Nasarre-Aznar*, Promoting Protection of the Right to Housing – Homelessness Prevention in the Context of Evictions, Europäische Kommission, 2016, S. 69, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/0c16776d-1e4e-11e6-ba9a-01aa75ed71a1/language-en>; *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 56, 92.

⁹¹⁸ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 779.

⁹¹⁹ *Ramón Chornet*, in: RCDI 2001, Nr. 663, 123 (124); für das alte Verfahren nach Art. 131 LH war etwa der *Tribunal Supremo* noch dieser Ansicht, STS, 22.4.1987, ECLI:ES:TS:1987:2842, FD 5: „[...] *el procedimiento regulado del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no es un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados* [...]“.

Verfahren die Verfassungsmäßigkeit der Hypothekenvollstreckung konstatiert.⁹²⁰ Das heute in Art. 681 ff. LEC niedergelegte Hypothekenvollstreckungsverfahren führt den summarischen Charakter des Art. 131 LH a.F. fort.⁹²¹

Die anwendbaren Normen ergeben sich dabei nicht nur aus den die Hypothekenvollstreckung primär regelnden Art. 681 bis 698 LEC. Aus der Verweisungsnorm des Art. 681 Abs. 1 LEC folgt vielmehr, dass vor allem auch die Art. 538 ff. LEC über die *ejecución dinería* anwendbar sind. Ebenso finden die Art. 517 ff. LEC ergänzende Anwendung, die das normale Vollstreckungsverfahren (*ejecución ordinaria*) regeln.⁹²² Außerdem müssen die Art. 130 bis 135 *Ley Hipotecaria* berücksichtigt werden. Schließlich finden sich noch Regelungen zur Hypothekenvollstreckung in den Art. 225 bis 233 RH. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass diese Normen – nicht ausdrücklich durch die Reform der LEC geändert – insoweit nicht anwendbar sind, als die Hypothekenvollstreckung nun ausdrücklich in der LEC geregelt wurde.⁹²³

2. Besondere Anwendungsvoraussetzungen

Das Hypothekenvollstreckungsverfahren der Art. 681 ff. LEC hat imperativen Charakter. Seine Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfordert also keine vorherige Vereinbarung zwischen ihm und dem Schuldner, wie es etwa bei dem außergerichtlichen Verkauf nach Art. 129 LH der Fall ist.⁹²⁴ Art. 682 Abs. 1 LEC verlangt indes, dass sich die Zwangsvollstreckung *ausschließlich* gegen hypothekarisch belastete Güter richtet.⁹²⁵ Diese Beschränkung kann nachteilig für den Gläubiger sein, weil er womöglich von dem eigentlich schnelleren Verfahren der Hypothekenvollstreckung absieht, wenn offensichtlich ist, dass zur Erfüllung seiner Forderung auch noch in andere Güter des

⁹²⁰ SSTC v. 18.12.1981, v. 17.5.1985, v. 17.1.1991, v. 16.1.1992, v. 10.2.1992, v. 30.6.1993, v. 18.10.1993, 21/1995 v. 24.1., 69/1995 v. 9.5.

⁹²¹ *Lasarte*, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, 82010, S. 118.

⁹²² *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 32015, S. 1087.

⁹²³ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 32015, S. 1087.

⁹²⁴ *Lasarte*, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, 82010, S. 118.

⁹²⁵ *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 43.

Schuldners vollstreckt werden muss.⁹²⁶ Neben der Notwendigkeit einer eingetragenen Hypothek (Art. 130 LH)⁹²⁷ legt Art. 682 Abs. 2 LEC die weiteren Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Verfahrens fest. Erstens muss in der Hypothekenbestellungsurkunde der Preis des belasteten Grundstücks festgelegt werden, zu dem die Parteien das Grundstück oder den belasteten Vermögenswert bewerten (Abs. 2 Nr. 1).⁹²⁸ Er ist Grundlage für den Preis in der Versteigerung; die Festsetzung hat damit auch direkten Einfluss auf das wirtschaftliche Ergebnis der Vollstreckung.⁹²⁹ Der Versteigerungswert darf dabei gem. Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC nicht unter 75% des in der Urkunde festgelegten Schätzwerts liegen.⁹³⁰ Gleichsam soll die Bewertung der Immobilie nach den Vorschriften der Ley 2/1981 über die Regulierung des Hypothekenmarktes durchgeführt werden.⁹³¹ Zweitens muss die Urkunde eine Zustelladresse des Schuldners enthalten, dies insbesondere für Zahlungsaufforderungen und Zustellungen (etwa des Vollstreckungsbescheids), Art. 682 Abs. 2 Nr. 2 LEC.⁹³² Die Zahlungsaufforderung (*requerimiento de pago*) ergeht dabei mit dem Vollstreckungsbeschluss, Art. 686 Abs. 1 LEC.

Schließlich verlangt Art. 21 Abs. 3 LH, dass die Parteien in der Bestellungsurkunde festhalten, ob das Grundstück der Hauptwohnsitz des Schuldners ist.⁹³³ Abs. 3 S. 2 stellt die widerlegbare Vermutung auf, dass das Grundstück auch zur Zeit der Zwangsvoll-

⁹²⁶ Er hat allerdings auch die Möglichkeit, nach der *ejecución hipotecaria* ein ordentliches Zwangsvollstreckungsverfahren anzustrengen, Art. 579 Abs. 1 LEC, dazu unten IV 5 a).

⁹²⁷ Vgl. etwa *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 42.

⁹²⁸ Vgl. auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1180); AAP Barcelona, 29.9.2016, ECLI:ES:APB:2016:1331A, FD 2 C.

⁹²⁹ *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1180); dazu auch unten IV 4 d).

⁹³⁰ Diese Voraussetzung wurde erst mit Art. 7.11 Ley 1/2013 eingeführt; vgl. auch *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 845.

⁹³¹ In seiner ursprünglichen Fassung verlangte Art. 682 Abs. 2 LEC nicht, dass der von den Parteien festgesetzte Preis dem wirklichen Grundstückswert entsprechen muss; mitunter wurden deshalb Preise weit unterhalb des wirklichen Marktwertes vereinbart, vgl. *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 45.

⁹³² Vgl. etwa *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 46.

⁹³³ Vgl. etwa *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 843.

streckung noch der Hauptwohnsitz des Schuldners ist, wenn dies in der Urkunde festgehalten wurde. Art. 21 Abs. 3 LH formuliert zwar keine notwendige Voraussetzung für das Hypothekenvollstreckungsverfahren.⁹³⁴ Die Einordnung als *vivienda habitual* bringt für den Schuldner aber verschiedene Vorteile mit sich.⁹³⁵ Die Vorschrift wurde erst mit der Reform 2013 durch Art. 3 Abs. 1 Ley 1/2013 neu geschaffen.⁹³⁶ Ihr Sinn liegt vor allem darin, durch die Formalisierung des Charakters eines Grundstücks als *vivienda habitual* einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt für unterschiedliche schuldnerschützende Rechtsnormen zu schaffen.⁹³⁷ Zu den Rechtsfolgen, die sich aus der Verletzung dieser Dokumentationspflicht ergeben, schweigt Art. 21 Abs. 3 LH.⁹³⁸ Ob die Vermutung auch für den außergerichtlichen Kauf nach Art. 129 LH gilt, lässt sich der Norm auch nicht entnehmen.⁹³⁹

Schließlich stellt Art. 693 Abs. 1 LEC für Schulden, die in Raten zu begleichen sind, eine weitere Voraussetzung auf, damit der Gläubiger sich des Verfahrens der *ejecución hipotecaria* bedienen kann. Nach ihm müssen mindesten drei monatliche Raten des Schuldners ausstehend sein (oder ein Betrag, der drei Monatsraten entspricht), damit der Gläubiger überhaupt in die fälligen Raten vollstrecken kann.⁹⁴⁰ Außerdem muss dies in der Hypothekenbestellungsurkunde vereinbart worden sein. Absatz 1 geht folglich zunächst von einer Teilvollstreckung in die jeweils fälligen Raten aus. Die drei ausstehenden Raten müssen dabei weder aufeinander folgen noch der Vollstreckung unmittelbar

⁹³⁴ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 50 f.

⁹³⁵ So etwa bei der Restschulderleichterung nach Art. 579 Abs. 2 LEC (unten IV 5 b)), der Befreiung des Grundstücks aus der Vollstreckung nach Art. 693 Abs. 3 (unten IV 5 c)) oder dem Erwerbsrecht des Gläubigers bei Fehlen anderer Bieter in der Versteigerung, Art. 671 LEC (unten IV 4 c)).

⁹³⁶ Siehe dazu Cruz Gallardo, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 843; Alcalá Díaz, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 152 ff.

⁹³⁷ Alcalá Díaz, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 153 f.

⁹³⁸ Unklar ist nach Alcalá Díaz auch, ob die Zweckbestimmung der Immobilie auch in das *Registro de la propiedad* eingetragen werden muss, in: La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 154 f.

⁹³⁹ Alcalá Díaz, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 155.

⁹⁴⁰ Vgl. auch Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1098.

vorausgehen.⁹⁴¹ Bis zur Reform durch Ley 1/2013 musste nach Art. 693 Abs. 1, 2 LEC a.F. gar nur irgendeine Rate ausstehend (und dies vereinbart worden) sein, damit der Gläubiger die Vollstreckung einleiten konnte. Von dieser Anwendungsvoraussetzung des Hypothekenvollstreckungsverfahrens muss die Möglichkeit des Gläubigers in Art. 693 Abs. 2 LEC unterschieden werden, alle Darlehensraten fällig zu stellen und so in den gesamten Betrag zu vollstrecken.⁹⁴²

3. Zuständigkeit und Ablauf der Vollstreckung

Zuständig für die Verfahren nach Art. 681 ff. LEC ist das *Juzgado de Primera Instancia* des Bezirks, in dem das belastete Grundstück belegen ist, Art. 684 Abs. 1 LEC.⁹⁴³ Seine örtliche Zuständigkeit untersucht das Gericht von Amts wegen, Art. 684 Abs. 2 LEC. Sollte die belastete Immobilie in verschiedenen Bezirken gleichzeitig liegen, hat der Gläubiger ein gem. Abs. 1 Nr. 1 ein Wahlrecht. Die Vollstreckungsklage (*demanda ejecutiva*) muss der Gläubiger gegen den Schuldner und gegebenenfalls den schuldnerfremden Eigentümer richten, Art. 685 Abs. 1 LEC.⁹⁴⁴ Für die der Klage beizufügenden Dokumente verweist Art. 685 Abs. 2 LEC neben dem Vollstreckungstitel auf Art. 550, 573 und 574 LEC.⁹⁴⁵ Nach Art. 550 Abs. 1 LEC muss der Gläubiger also insbesondere den Vollstreckungstitel (Nr. 1) und die Vollmacht des Anwalts (Nr. 2) beifügen. Der Vollstreckungstitel ergibt sich gem. Art. 517 Abs. 2 Nr. 4 LEC aus der Hypothekenbestellungsurkunde. Für Institute hingegen, die rechtmäßig Hypothekenpfandbriefe ausgeben dürfen, genügt gem. Art. 685 Abs. 4 LEC die Vorlage einer Bescheinigung des Grundbuchamtes über Eintragung und Bestand der Hypothek. Die weiteren Dokumente, die der Gläubiger der Vollstreckungsklage beifügen muss, listet Art. 573 LEC auf. Darunter findet sich eine Abrechnung über den ausstehenden Saldo, eine Aufstellung der

⁹⁴¹ Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1098.

⁹⁴² Dazu oben Kap. 4 I.

⁹⁴³ Vgl. auch Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 52 ff.; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, ³2015, S. 1093.

⁹⁴⁴ Vgl. auch Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 62 ff.; das Gesetz unterscheidet zwischen Hypothekenschuldner (*hipotecante no deudor*) und ggf. Dritteigentümer (*tercer poseedor*).

⁹⁴⁵ Siehe dazu und zum Folgenden auch Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 67 ff.

Soll- und Habenposten sowie der Zinsberechnung (Abs. 1 Nr. 1). Dabei sei auf die gläubigerfreundliche Vorschrift in Art. 152 bis Abs. 3 LH verwiesen: Gläubiger und Schuldner können vereinbaren, dass der Gläubiger die Höhe des der Zwangsvollstreckung zugrunde zu legenden Betrages einseitig in der vertraglich vorgesehenen Weise bestimmen kann. In diesem Fall fordern Art. 573 Abs. 1 Nr. 2 und 3 LEC zusätzlich eine Bestätigung, dass die Abrechnung gemäß der Parteivereinbarung erfolgt ist und dass der Schuldner über die Höhe des geschuldeten Betrags informiert wurde. Der Schuldner kann jedoch der Bestimmung des fälligen Betrags nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 2 LEC widersprechen; dies allerdings nur, wenn es sich bei der Forderung um den Abschlussaldo eines Kontos zwischen Gläubiger und Schuldner handelt.⁹⁴⁶ Art. 574 LEC fordert zudem eine Aufschlüsselung der Berechnung der Zinsen, soweit der Zinssatz variabel ist.⁹⁴⁷

Hat der Gläubiger die Klage beim zuständigen Gericht anhängig gemacht, erlässt dieses einen Vollstreckungsbeschluss, Art. 686 Abs. 1 LEC.⁹⁴⁸ Zuvor muss das Gericht jedoch von Amts wegen prüfen, ob der Vollstreckungstitel eine missbräuchliche Klausel enthält, Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC.⁹⁴⁹ Der Vollstreckungsbeschluss wird dem Schuldner zugestellt (*notificación*); gleichzeitig wird er zur Zahlung aufgefordert (*requerimiento de pago*).⁹⁵⁰ Art. 686 Abs. 2 LEC erklärt die formale Zahlungsaufforderung (nicht die Zustellung) für entbehrlich, wenn nachgewiesen wird, dass der Schuldner außergerichtlich nach Art. 581 Abs. 2 LEC zur Zahlung aufgefordert wurde.

⁹⁴⁶ Dazu unten V 2 a) bb).

⁹⁴⁷ Vgl. Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 76.

⁹⁴⁸ Liegen die gesetzlichen Anforderungen und Voraussetzungen für die Vollstreckung nicht vor, beschließt das Gericht die Ablehnung der Vollstreckung, Art. 552 Abs. 1 S. 1 LEC.

⁹⁴⁹ Auch an dieser Stelle wird nicht vollends klar, ob Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC überhaupt auf die *ejecución hipotecaria* anwendbar ist. Er verweist in seinem Tatbestand auf die Art. 557 Abs. 1 LEC aufgelisteten Vollstreckungstitel, für Art. 557 LEC gibt es in der Hypothekenvollstreckung aber mit Art. 695 LEC eine Sonderregelung; dazu unten V 2. Die amtswegige Kontrolle missbräuchlicher Klauseln ergibt sich jedenfalls aus richtlinienkonformer Auslegung.

⁹⁵⁰ Vgl. dazu etwa Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 91 ff.

Im Anwendungsbereich der Immobiliarkredit-RL stellt Art. 24 Abs. 1 c) LCCI neuerdings eine weitere Voraussetzung auf.⁹⁵¹ Der Gläubiger muss dem Schuldner eine Frist zur Zahlung von einem Monat setzen, mit der Warnung, dass er bei Nichtzahlung die gesamte Restschuld verlange. Ohne die Fristsetzung kann der Gläubiger den Darlehensvertrag nicht kündigen.

Nach Art. 688 Abs. 1 LEC muss außerdem eine Bescheinigung über das Eigentum und die Lasten am Grundstück⁹⁵² beantragt werden, die den zusätzlichen Eintrag enthält, dass die Hypothek tatsächlich im Grundbuch eingetragen und auch nicht gelöscht worden ist. Den Inhalt der Bescheinigung folgt aus Art. 656 LEC, auf den Art. 688 Abs. 1 LEC verweist. Der Grundbuchführer muss gem. Art. 656 Abs. 2 LEC außerdem einen Randvermerk (*nota marginal*) im Grundbuch darüber machen, dass die Bestätigung ausgestellt wurde. Sollte aus der Grundbuchbescheinigung hervorgehen, dass der aktuelle Eigentümer des Grundstücks noch nicht gerichtlich oder notariell zur Zahlung aufgefordert wurde, wird er über das Vollstreckungsverfahren in Kenntnis gesetzt, damit er in das Verfahren nach Art. 662 LEC eingreifen oder den Anspruch in Höhe der Haftungssumme der Hypothek befriedigen kann, Art. 689 LEC. Gem. Art. 689 Abs. 2 LEC i.V.m. Art. 659 LEC werden auch nachrangige Gläubiger von der Vollstreckung in Kenntnis gesetzt. Sie können gem. Art. 659 Abs. 3 LEC den in der Vollstreckung geforderten Betrag (einschließlich Zinsen und Kosten) zahlen und so mittels Forderungsübergangs (*subrogación*) in die Rechte des Gläubigers eintreten. Sollte es andere Personen als den Vollstreckungsschuldner geben, die Besitzer des Grundstücks sind, werden auch sie gem. Art. 661 Abs. 1 LEC über die Vollstreckung informiert. Sie können innerhalb von 10 Tagen ihre Rechte zum Besitz am Grundstück vor dem Gericht nachweisen. Die Besitzsituation wird anschließend möglichst genau in der Versteigerung bekannt gegeben, Art. 661 Abs. 1 Satz 3 LEC. Eine Ausweisung etwaiger Besitzer nach der Versteigerung des Grundstücks richtet sich nach Art. 661 Abs. 2, 675 LEC.

4. Versteigerung in der *ejecución hipotecaria*
Gesetzlicher Regelfall der Verwertung des Grundstücks in der Hypothekenvollstreckung ist die öffentliche Versteigerung. Neben der Versteigerung als Mittel der Verwer-

⁹⁵¹ Siehe dazu schon oben Kap. 4 I 5.

⁹⁵² *Certificación de dominio y cargos*, vergleiche Art. 656 LEC.

tung der Sicherheit sieht die spanische Zivilprozessordnung eine Veräußerung durch ein darauf spezialisiertes Unternehmen (Art. 641 LEC) und eine Realisierungsabrede (Art. 640 LEC) als alternative Möglichkeiten vor.⁹⁵³ Diese Verwertungswege sind jedoch in der Praxis nicht verbreitet.⁹⁵⁴ Die Versteigerung kommt dabei nicht nur dem Gläubiger zugute; sie soll den Schuldner auch vor einer Verschleuderung seines Grundstücks schützen.⁹⁵⁵

a) Bekanntmachung

Die Zwangsversteigerung des Grundstücks richtet sich nach Art. 655 ff. i.V.m. Art. 691 LEC. 691 Abs. 4 LEC stellt klar, dass sich die Versteigerung in der *ejecución hipotecaria* nach den Vorschriften der LEC über die Versteigerung unbeweglicher Sachen richtet, also den Art. 655 ff. LEC.⁹⁵⁶ Hat der Darlehensgeber Vollstreckungsklage erhoben und das Gericht einen Vollstreckungsbeschluss erlassen, kann 20 Tage nach der Zahlungsaufforderung und Zustellung das Versteigerungsverfahren eingeleitet werden, Art. 691 Abs. 1 LEC.⁹⁵⁷ Die Versteigerung erfolgt auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers, des Schuldners oder Dritteigentümers des Grundstücks. Aufgrund der Verweisung in Art. 691 Abs. 2 LEC richten sich Form und Bekanntmachung der Versteigerung nach Art. 667, 668 LEC. Die Anberaumung der Versteigerung wird im Staatsanzeiger, dem „*Boletín Oficial del Estado*“ veröffentlicht, Art. 667 Abs. 1 i.V.m. Art. 645 Abs. 1 LEC. Rein deklaratorisch wird die Bekanntmachung der Versteigerung gleichsam auf der Webseite des Justizministeriums veröffentlicht, Art. 645 Abs. 1 LEC. Gem. Art. 645

⁹⁵³ Ausführlich dazu *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 829, 858 ff.

⁹⁵⁴ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1085; *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 829.

⁹⁵⁵ *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 830.

⁹⁵⁶ Die Anwendbarkeit könnte sich mangels erschöpfender Regelung in den Art. 681 ff. LEC schon aus der Generalverweisung in Art. 681 Abs. 1 LEC auf die Vorschriften der *ejecución dineria* ergeben.

⁹⁵⁷ Nach Art. 691 Abs. 1 a.F. mussten 30 Tage zwischen Zahlungsaufforderung und Versteigerung liegen; Art. 1.27 Ley 19/2015 verkürzte die Frist auf 20 Tage. So wurde die Hypothekenvollstreckung noch einmal beschleunigt, und das im Zuge einer Reform, die eigentlich ein ganz anderes Hauptanliegen zum Gegenstand hatte (insbesondere die Einrichtung elektronischer Versteigerungen).

Abs. 1 UAbs. 2 LEC kann die Versteigerung (auf Antrag des Gläubigers oder Schuldners oder nach Ermessen des verantwortlichen Justizsekretärs) zusätzlich in dafür angemessenen Zeitungen veröffentlicht werden. Der Inhalt der Bekanntmachung im Offiziellen Staatsblatt richtet sich nach Art. 668 i.V.m. Art. 646 LEC. Nötig sind nach Art. 646 Abs. 1 LEC insbesondere das Datum der Versteigerung, die Justizstelle der Vollstreckung, die Identifikationsnummer sowie die elektronische Adresse für das Versteigerungsportal. Art. 668 Abs. 2 fordert außerdem, dass im Versteigerungsportal der Ausgang (*edicto*) eingefügt wird (der die Angaben nach Art. 646 LEC enthält). Er muss das zu versteigernde Grundstück identifizieren und außerdem dessen Grundbuch- und Katasterangaben enthalten, den Verkehrswert, die Besitzsituation und alle weiteren für die Versteigerung wichtigen Informationen. Vollstreckungsschuldner, -gläubiger, Dritteigentümer und der Justizsekretär können dem Portal zudem offizielle Informationen über das Grundstück zukommen lassen, die für Bieter interessant sein können, Art. 648 Abs. 5 LEC.

Die Voraussetzungen, um in der Versteigerung Gebote abgeben zu können, nennt Art. 647 LEC. Potenzielle Bieter müssen sich danach ausreichend ausweisen, ihre Kenntnis der allgemeinen und besonderen Bedingungen der Versteigerung erklären und 5% des Werts des Grundstücks hinterlegt haben, Art. 669 Abs. 1 i.V.m. Art. 647 Abs. 1 LEC. Neben Dritten kann auch der Gläubiger an der Versteigerung teilnehmen; soweit Art. 579 LEC von „*producto*“ spricht, bezieht sich dies sowohl auf einen Zuschlag durch einen dritten Bieter als auch auf das Kreditinstitut als Gläubiger.⁹⁵⁸ Der Vollstreckungsgläubiger kann dabei nur Gebote abgeben, wenn es andere Bieter gibt; er muss keinen Betrag hinterlegen, Art. 647 Abs. 2 LEC, 648 Abs. 4 S. 3 LEC.

b) Mindestgebote und Ablauf der Versteigerung

Eine Hauptrolle in dem Ablauf der Versteigerung kommt dem Justizsekretär zu.⁹⁵⁹ Er initiiert die Versteigerung⁹⁶⁰ und hat nicht unerhebliche Befugnisse dadurch, dass er

⁹⁵⁸ Vgl. *Serrano de Nicolás*, Incumplimiento y Ejecución: Opciones Extrajudiciales Eficientes, in: *Lauroba Lacasa/Tarabal Bosch*, Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva, 2012, S. 349.

⁹⁵⁹ So durch den spanischen Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, vgl. *Exposición de Motivos*, Abschnitt III.3, zu Ley 19/2015 vom 13. Juli.

⁹⁶⁰ Vgl. Art. 645 Abs. 1 i.V.m. Art. 667 Abs. 1 i.V.m. Art. 691 Abs. 2 LEC.

über die Annahme des Höchstgebots in der Situation nach Art. 670 Abs. 4 LEC entscheiden kann. Schließlich kommt ihm auch eine gewichtige Rolle im Ablauf der Versteigerung selbst zu.

Diesen Ablauf der Versteigerung regelt Art. 649 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 LEC. Besonderheiten der elektronischen Versteigerung enthält Art. 648 LEC. Auch er ist – als originäre Regelung für die Versteigerung beweglicher Sachen – mangels *leges speciales* und kraft der Verweisungen aus Art. 691 Abs. 4 und Art. 655 Abs. 1 LEC auf die Hypothekenvollstreckung anwendbar. Den Übergang von der Versteigerung vor Ort hin zur elektronischen Versteigerung hat die spanische Rechtsordnung erst mit Ley 19/2015 vollzogen. Die ursprüngliche Ausgestaltung der Versteigerung vor Ort mag auch ein Grund dafür gewesen sein, dass zu großen Teilen keine Bieter zu Versteigerungen erschienen und die Banken ihr Selbsterwerbsrecht aus Art. 671 LEC ausüben konnten. So hat der spanische Gesetzgeber bei der Reform selbst anerkannt, dass die Versteigerung vor Ort mit wesentlichen Nachteilen behaftet sei, darunter einer ungenügenden Bekanntmachung derselben und einem begrenzten Zugang wegen ihrer örtlichen Gebundenheit.⁹⁶¹

Nach Art. 648 Abs. 1 LEC findet die Versteigerung in dem Portal der Agentur des Spanischen Offiziellen Gesetzblatts⁹⁶² statt. Sie beginnt frühestens 24 Stunden nach ihrer Bekanntmachung im Gesetzblatt, Art. 648 Abs. 2 LEC. Art. 648 Abs. 3 LEC sieht vor, dass nur elektronische Angebote abgegeben werden können. Nach Beginn der Versteigerung können Bieter 20 Tage lang Gebote für das Grundstück abgeben, Art. 649 Abs. 1 LEC. Die Versteigerung endet erst eine Stunde nach Abgabe des letzten Gebots, sofern es höher als die bisherigen Gebote war; dies gilt nach Art. 649 Abs. 1 LEC bis zu 24 Stunden nach Ablauf der 20-Tages-Frist. Das Versteigerungsportal zeigt immer nur das derzeit höchste Gebot an, Art. 648 Abs. 6 S. 5 LEC. Die Bieter können aber auch gleich hohe oder niedrige Gebote abgeben, die nur für den Fall gelten, dass der Höchstbietende den Erwerbspreis nicht zahlt, Art. 648 Abs. 6 S. 3 LEC. Bei gleichen Geboten gilt das früher abgegebene, Art. 648 Abs. 6 S. 4 LEC. Nach Schluss der Versteigerung

⁹⁶¹ Vgl. *Exposición de Motivos*, Abschnitt I.3, zu Ley 19/2015 vom 13. Juli.

⁹⁶² *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*.

übermittelt das Versteigerungsportal dem Justizsekretär das Höchstgebot und die Daten des Höchstbietenden, Art. 649 Abs. 3 LEC.

Hinsichtlich der Mindestgebote in der Versteigerung sieht Art. 670 LEC eine (etwas kompliziert anmutende) Staffelung vor. Der für das Mindestgebot maßgebliche Wert des Grundstücks ist dabei der Verkehrswert, den die Parteien in der Hypothekenbestellungsurkunde festgelegt haben, Art. 666 Abs. 1, 637 LEC; für die *ejecución hipotecaria* gilt vorrangig Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC.⁹⁶³ Angemerkt sei, dass dieser Ausschreibungssatz de facto regelmäßig nicht verhandelt wird; zumeist wird er einseitig vom Kreditgeber festgelegt.⁹⁶⁴ Der Versteigerungswert darf dabei nicht weniger als 75 % des Wertes betragen, der nach der Bewertung gemäß der Vorschriften der Ley 2/1981 über die Regulierung des Hypothekenmarktes⁹⁶⁵ festgestellt wurde. Diese Einschränkung und Bindung des durch die Parteien festgelegten Werts ist erst durch Art. 7.11 Ley 1/2013 in Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC aufgenommen worden.⁹⁶⁶ Das Mindestgebot in der Versteigerung beträgt im Regelfall zunächst 70 % des Verkehrswerts des Grundstücks, Art. 670 Abs. 1 LEC. Sollten die abgegebenen Gebote diesen Wert erreichen, bestätigt der für die Vollstreckung zuständige Justizsekretär das Höchstgebot, Art. 670 Abs. 1 LEC. Der Ersteher hat sodann 40 Tage Zeit, die Differenz zwischen Kautions- und vollem Gebot dem Depositenkonto der Justiz⁹⁶⁷ zu überweisen, Art. 670 Abs. 1 S. 2 LEC. Sollte

⁹⁶³ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 44; Art. 637 LEC sieht vor, dass die Bewertung der Vollstreckungsgegenstände vor oder während der Vollstreckung stattfindet, soweit die Parteien sich nicht über den Wert der Gegenstände geeinigt haben („[...] a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor [...]“). Eben solch eine Einigung muss in der Hypothekenbestellungsurkunde enthalten sein, vgl. Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC; die Bewertung nach Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC muss freilich nicht zwingend als Vereinbarung i.S.v. Art. 637 LEC gesehen werden, sodass Art. 682 LEC die allgemeine Norm verdrängte – in diese Richtung wohl Quesada López, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1181, 1189 Fn. 26).

⁹⁶⁴ Quesada López, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1181).

⁹⁶⁵ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

⁹⁶⁶ Vgl. dazu sowie zu der durch Ley 19/2015 entstandenen Unsicherheit über den zwingenden Charakter der Anordnung (Änderung des Modus und Zufügung von „en su caso“ i.S.v. „gegebenenfalls“) auch Quesada López, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1185 ff.).

⁹⁶⁷ Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

der Vollstreckungsgläubiger der Ersteher sein, verrechnet der Justizsekretär den Anspruch (samt Zinsen und Kosten) mit dem Höchstgebot; der Gläubiger muss die Differenz (soweit vorhanden) hinterlegen, Art. 670 Abs. 2 LEC. Sollten nur Gebote unter 70 % des Verkehrswerts des Grundstücks abgegeben worden sein, kann der Vollstreckungsschuldner binnen 10 Tagen einen Dritten nennen, der ein Gebot abgibt, das die Grenze von 70 % überschreitet oder jedenfalls den Anspruch des Gläubigers vollumfänglich befriedigt, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 1 LEC. Sollte der Schuldner dies nicht tun, kann der Gläubiger innerhalb von fünf Tagen das Grundstück zu 70 % des Verkehrswerts erwerben, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 2 LEC. Ausreichend ist auch die Befriedigung der Forderung des Gläubigers durch das Gebot, soweit das Gebot mehr als 60 % des Verkehrswerts beträgt und höher als die bisherigen Gebote der anderen Bieter ist, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 2 LEC.

Sollte der Gläubiger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, ersteht dennoch der Höchstbietende das Grundstück; Voraussetzung ist nur, dass sein Gebot über 50 % des Verkehrswerts liegt oder zumindest den Anspruch des Gläubigers (samt Zinsen und Kosten) deckt, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 3 LEC.⁹⁶⁸

Erfüllt das höchste Gebot selbst diese Voraussetzungen nicht, entscheidet der für die Vollstreckung zuständige Justizsekretär über die Approbation des Höchstgebots, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 3 S. 2, 3 LEC. Er hat dafür die Parteien anzuhören und in seiner Entscheidung die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen; zu diesen Umständen gehören insbesondere das Verhalten des Schuldners im Rahmen der Anspruchserfüllung, die Möglichkeit der Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung anderer Güter sowie die vermögensmäßige Einbuße des Schuldners im Falle der Annahme des Höchstgebots, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 3 S. 2, 3 LEC. Verfügt der Justizsekretär eine Annahme des Höchstgebots, kann der Vollstreckungsschuldner dagegen Sprungrevision⁹⁶⁹ vor dem Gericht einlegen, das die Vollstreckung beschlossen hat. Lehnt der Justizsekretär die Annahme des Höchstgebots ab, verweist 670 Abs. 4 UAbs. 3 S. 2, 3 LEC auf Art. 671 LEC, der die Folgen des Fehlens von Bietern regelt.

⁹⁶⁸ Vgl. etwa auch STS, 13.1.2015, ECLI:ES:TS:2015:261, FD 11.

⁹⁶⁹ *Recurso directo de revision*.

Nimmt der Justizsekretär nach dem gesetzlichen Regelfall aus Art. 670 Abs. 1 LEC das über 70 % des Schätzwerts liegende Höchstgebot an, werden mit dem Erlös die Forderungen des Vollstreckungsgläubigers befriedigt, Art. 692 Abs. 1 S. 1 LEC. Ein nach Verrechnung mit den Forderungen des Gläubigers verbleibender Überschuss wird an den Schuldner ausgekehrt, Art. 692 Abs. 1 S. 2 LEC.

c) Erwerbsrecht des Gläubigers bei Fehlen anderer Bieter

Sollte es in der Versteigerung keine Bieter geben, kann der Gläubiger binnen 20 Tagen nach dem Schluss der Versteigerung den Zuschlag des Grundstücks an sich selbst beantragen, Art. 671 LEC. Der Wert, zu dem sich der Gläubiger das Grundstück zuschlagen lassen kann, richtet sich nach der Zweckbestimmung der Immobilie. In seiner Höhe wird die Forderung des Gläubigers befriedigt. Der spanische Gesetzgeber hat ihn in den letzten Jahren zudem mehrfach nach oben hin angepasst – dies offensichtlich als Reaktion auf die Wirtschaftskrise und ihre Folgen. Art. 671 bestimmt nunmehr, dass der Gläubiger sich das Grundstück zu 50 % seines Wertes zuschlagen lassen kann, wenn es *nicht* der Hauptwohnsitz des Schuldners ist. Ist das Grundstück hingegen der Hauptwohnsitz des Schuldners, setzt Art. 671 UAbs. 1 S. 3 LEC ein Erwerbsrecht des Gläubigers zu 70 % des Verkehrswerts fest. Liegt die Höhe der Forderung des Gläubigers unter dieser Grenze von 70 %, wird dem Gläubiger das Grundstück zu 60 % seines Wertes zugeschlagen. Ein nach Verrechnung mit den Forderungen des Gläubigers verbleibender Überschuss wird an den Schuldner ausgekehrt, Art. 655 Abs. 2 i.V.m. Art. 654 Abs. 2 LEC. Macht der Gläubiger von dieser Befugnis nicht binnen 20 Tagen Gebrauch, hebt der Justizsekretär die Pfändung des Grundstücks auf Antrag des Vollstreckungsschuldners auf, Art. 671 UAbs. 2 LEC. Doch führt dies nicht auch zur Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch; die Schuld bleibt also auch bestehen. Zu diesem Schluss führt auch eine Betrachtung von Art. 79 LH, der die Gründe nennt, die zur Löschung von Grundbucheintragungen führen. Zu diesen Gründen gehört nicht, dass die Zwangsversteigerung mangels anderer Bieter oder Selbsterwerb des Gläubigers ohne Erfolg bleibt.

Die Prozentwerte, zu denen der Gläubiger das Grundstück erwerben kann, hat der Gesetzgeber mit Art. 7.10 Ley 1/2013 neu aufgestellt.⁹⁷⁰ Bis 2013 konnte der Gläubiger das Grundstück zu 60 % seines Wertes erwerben; die Vorgängernorm differenzierte insbesondere nicht danach, ob das Grundstück der Hauptwohnsitz des Schuldners ist oder nicht.⁹⁷¹ In seiner ursprünglichen Fassung lag das Erwerbsrecht des Gläubigers gar bei 50 % des Schätzwertes.⁹⁷² Diese Fassung galt bis Mitte 2011. In etlichen Zwangsvollstreckungen, die sich durch die Finanzkrise ergaben, konnten die Gläubiger also das Grundstück zur Hälfte ihres geschätzten Wertes erwerben, ohne dass sich dies unmittelbar auf die Restschuld des Schuldners auswirkte.⁹⁷³ Vielmehr kann der Gläubiger ein weiteres Vollstreckungsverfahren gegen andere Güter des Schuldners anstrengen, Art. 579 Abs. 1 LEC.⁹⁷⁴ Hinzu kam, dass das Grundstück in der Hypothekenbestellungsurkunde regelmäßig zu niedrig (vom Darlehensgeber) bewertet wurde und der Darlehensbetrag 100 % oder mehr des Grundstückswerts entsprach.⁹⁷⁵ Das machte es praktisch unmöglich, dass der Versteigerungserlös die Forderung des Gläubigers vollständig befriedigte.⁹⁷⁶

Betrachtet man die Entwicklung der Norm, muss man zu dem Schluss kommen, dass der Gesetzgeber die Werte für den Erwerb der Immobilie sinnvoll erhöht hat. Zugute kommt das sowohl dem Hypothekenschuldner als auch dem allgemeinen Ziel, eine Verschleuderung von Grundstücken zu verhindern.⁹⁷⁷ Betont werden muss aber auch, dass

⁹⁷⁰ Kritisch zur Rechtsentwicklung *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 95 (Fn. 187); auch *Cruz Gallardo* plädiert für eine noch strengere Regelung, in: *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 837 f.

⁹⁷¹ Art. 671 LEC i.d.F. vom 7.7.2011, geändert durch RDL 8/2011.

⁹⁷² Art. 671 LEC i.d.F. vom 8.1.2000; vgl. auch *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 839.

⁹⁷³ So etwa auch in dem der Rechtssache *Aziz* zugrundeliegenden Fall (unten V 2 d) aa)), vgl. auch *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 128 (Fn. 60).

⁹⁷⁴ Dazu unten IV 5 a)

⁹⁷⁵ *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 831.

⁹⁷⁶ *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 831.

⁹⁷⁷ Angesichts der Anordnung in Art. 28 Abs. 5 Immobilienkredit-RL kann die Bekämpfung der Verschleuderung von Grundstücken als unionales Ziel verstanden werden.

die Grenzen vor den Reformen teils erschreckend niedrig waren. Die Reformen waren insofern notwendig – dies gerade auch vor dem Hintergrund der Immobiliarkredit-RL, die Maßnahmen und Verfahren verlangt, um für die Immobilien den bestmögliche Preis zu erzielen.⁹⁷⁸

d) Zeitpunkt der Grundstücksbewertung – Richtlinienwidrigkeit?
Kritik ist an der Festlegung des Versteigerungswertes aufgekommen.⁹⁷⁹ Den Mindestversteigerungswert setzen die Parteien für die *ejecución hipotecaria* zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek fest. Der Wortlaut von Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC lässt daran keinen Zweifel.⁹⁸⁰ Nach ihm wird der Wert des Grundstücks in der Hypothekenbestellungsurkunde festgelegt, damit er Grundlage für das Mindestgebot in der Versteigerung ist („[...] *para que sirva de tipo en la subasta* [...]“). Insofern bestimmt die Norm den Zweck der Wertbestimmung eindeutig – sie soll für eine künftige Versteigerung als Grundlage genommen werden. Die Regelung in Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC gibt schließlich keine Möglichkeit, diesen Wert später noch zu korrigieren oder anzupassen.⁹⁸¹ Auch eine Verweisung auf andere Normen sucht man vergebens. Darüber hinaus soll es nicht möglich sein, auf die Regelungen zur Bewertung in der ordentlichen Zwangsvollstreckung zurückzugreifen, wenn der Gläubiger sich für das besondere Hypothekenvollstreckungsverfahren entschieden hat.⁹⁸² Hintergrund dieser Regelung war es, der Voll-

⁹⁷⁸ Art. 28 Abs. 5 Immobilienkredit-RL.

⁹⁷⁹ Vgl. etwa *Bastante Granell*, in: ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, 143 (165f.); *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1181 ff.); *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 827 f.; *Eberl/Selbherr/Meyer/Bartholmai*, in: Frank/Wachter, Immobilienrecht in Europa, ²2015, Spanien, Rn. 89.

⁹⁸⁰ Vgl. auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1181 ff.).

⁹⁸¹ *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1189); auch mit der Reform durch die LCCI wurde eine solche Möglichkeit nicht eingeführt, vgl. *Fernández-Reyes*, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, 618 (657 f.).

⁹⁸² *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1189) m.w.N.

streckung keine weiteren Zeit- und Kostenfaktoren in den Weg zu stellen.⁹⁸³ Die zeitliche Vorbestimmung des Grundstückswerts beschleunigt offensichtlich die Durchführung und Abwicklung der Vollstreckung.⁹⁸⁴ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die Festsetzung des Grundstückswerts in der Realität zumeist nicht einvernehmlich durch beide Parteien erfolgt – regelmäßig setzt der Gläubiger ihn einseitig fest.⁹⁸⁵ Diese Ausgestaltung jedenfalls der zeitlichen Bestimmung des Versteigerungswerts (ohne Möglichkeit der Korrektur) hat die Frage aufgeworfen, ob nicht die Wohnimmobilienkredit-RL – insbesondere dessen Art. 28 – die Vermutung in sich trägt, der Wert der Immobilie werde zum Zeitpunkt der Vollstreckung ermittelt.⁹⁸⁶ Der gleichwohl eher knappe Aufriss dieser Frage soll an dieser Stelle vertieft betrachtet werden. Insbesondere drängt sich die Frage auf, ob die derzeitige spanische Regelung unvereinbar ist mit Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilien-RL.

Um diese potenzielle Richtlinienwidrigkeit untersuchen zu können, sei zunächst auf die Maßstäbe zur Auslegung unionalen Sekundärrechts hingewiesen. Ähnlich dem traditionellen Auslegungskanon nach deutschem Verständnis lassen sich vier vornehmliche Auslegungsmethoden identifizieren: die grammatikalische, systematische, historisch-genetische und die teleologische Auslegung.⁹⁸⁷ Dem Wortlaut kommt dabei – auch bei

⁹⁸³ *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 94; vgl. auch *Quesada López*, in: *Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera*, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1187, 1198); *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 45.

⁹⁸⁴ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 827.

⁹⁸⁵ *Bastante Granell*, in: *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, 143 (165); *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 45.

⁹⁸⁶ Siehe insbesondere *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 104 f.; deutlicher *Quesada López*, in: *Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera*, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1198 f.). der allerdings einen Widerspruch zu Art. 19 Abs. 1 Wohnimmobilienkredit-RL sieht; vgl. auch *Fernández-Reyes*, in: *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2019, 618 (657 f.).

⁹⁸⁷ *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, ³2015, § 10 Rn. 12 ff.; vgl. etwa auch EuGH, 19.10.1995, Rs. C-128/94 (*Hönig*) Rn. 9; EuGH, 10.3.2005, Rs. C-336/03 (*EasyCar*) Rn. 21.

der Ermittlung des Willens des Gesetzgebers – eine besondere Bedeutung zu.⁹⁸⁸ Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilienkredit-RL verlangt, dass die Mitgliedstaaten über Verfahren und Maßnahmen verfügen, um zu ermöglichen, dass für die vollstreckungsgegenständliche Immobilie der beste Preis erzielt wird – dies jedenfalls, sofern der für die Immobilie erhaltene Preis den vom Verbraucher geschuldeten Betrag beeinflusst.

Betrachtet seien zunächst die wirtschaftlichen Ausgangssituationen, die das rechtliche System der spanischen Hypothekenvollstreckung hervorruft. Der Zeitpunkt der Wertbestimmung hat zur Folge, dass der dort ermittelte Grundstückswert im Falle der Zwangsvollstreckung – die mitunter erst etliche Jahre nach Bestellung der Hypothek droht – beträchtlich vom aktuellen Grundstückswert abweichen kann.⁹⁸⁹ Sollten die Verkehrswerte von Grundstücken gesunken sein (wie etwa nach der Finanzkrise 2007), kann dies dazu führen, dass der ursprünglich taxierte Mindestversteigerungswert viel zu hoch für den aktuellen Immobilienmarkt ist. Das führt dazu, dass sich insbesondere in Krisenzeiten de facto keine Bieter finden.⁹⁹⁰ Das Selbsterwerbsrecht des Gläubigers – zu ursprünglich der Hälfte des festgesetzten Verkehrswerts⁹⁹¹ – verleiht dieser Situation besondere Sprengkraft. Der Gläubiger kann also das Grundstück erwerben und wird nur in der Höhe des (niedrigen) Verkaufspreises befriedigt. Die Restschuld des Schuldners bleibt grundsätzlich bestehen.⁹⁹² Dieser sieht sich mithin nicht nur dem Verlust seines Grundstücks ausgesetzt. Er wird vielmehr zumeist auch für eine Restschuld haften, denn der Preis, den der Gläubiger zahlt und der auf seine Forderung angerechnet wird, reicht regelmäßig nicht für ihre Begleichung aus.⁹⁹³ Der Gläubiger kann die Vollstreckung

⁹⁸⁸ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, ¹²2018, S. 249 f.

⁹⁸⁹ Vgl. auch *Díaz Fraile*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, 47 (61); *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 827; *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas*, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 104 f.; *Quesada López*, in: *Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera*, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1198 f.).

⁹⁹⁰ *Eberl/Selbherr/Meyer/Bartholmai*, in: *Frank/Wachter*, *Immobilienrecht in Europa*, ²2015, Spanien, Rn. 89.

⁹⁹¹ Vgl. oben Kap. 6 IV 4 c).

⁹⁹² Dazu Kap. 6 IV 5 a).

⁹⁹³ Kritisch zur Regelung auch *Díaz Fraile*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, 49 (61).

sodann nach Art. 579 LEC fortführen.⁹⁹⁴ Umgekehrt kann der Verkehrswert im Laufe der Zeit auch beträchtlich steigen – es sind also auch Fälle denkbar, in denen der Mindestversteigerungswert für die Zeit der Vollstreckung viel zu niedrig ist. Auch dies erhöht das Risiko (gerade bei wenigen Bietern), dass der Verkaufserlös nicht zur Begleichung der Forderung ausreicht.⁹⁹⁵

Die Situation, die durch die rechtliche Auskleidung der Festsetzung des Grundstückswerts entsteht, lässt sich exakt unter den Tatbestand von Art. 28 Abs. 5 LEC subsumieren: zunächst beeinflusst in Spanien der für die Immobilie erhaltene Preis den vom Verbraucher geschuldeten Betrag – das folgt schon aus der Abwesenheit einer generellen Restschuldbefreiung. Sodann verlangt Art. 28 Abs. 5 LEC Verfahren und Maßnahmen, die sicherstellen, dass der bestmögliche Preis für das Grundstück in der Vollstreckung erzielt wird. Solch ein „Verfahren“ muss aber, um den bestmöglichen Preis für das Grundstück im Blick zu haben, in irgendeiner Form den aktuellen Grundstückswert berücksichtigen, damit eine valide Grundlage für Mindestgebote besteht. Das bedeutet mit anderen Worten: entweder darf der Wert erst zum Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung – unmittelbar vor der Versteigerung – ermittelt werden, oder die Rechtsordnung muss eine Möglichkeit (etwa in Gestalt eines Rechtsmittels) vorsehen, damit der ursprünglich geschätzte Grundstückswert später korrigiert werden kann. Beides ist in der spanischen Hypothekenvollstreckung nicht der Fall. Einige Gerichte haben zwar die durch Ley 1/2013 neue Anforderung in Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC extensiv ausgelegt (der festgelegte Preis muss danach 75 % des Werts betragen, der in einer Immobilienbewertung gemäß Ley 19/2015 festgestellt wurde).⁹⁹⁶ So enthalte die Norm für Altverträge den Auftrag an die Gerichte, keine Versteigerung unter diesem Wert von 75 % zuzulassen;

⁹⁹⁴ Vgl. auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1182).

⁹⁹⁵ Auf die Gefahren einer zu niedrigen Immobilienbewertung (durch den Gläubiger) hinweisend auch *Bastante Granell*, in: ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, 143 (165); *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1182).

⁹⁹⁶ Dazu schon oben Kap. 6 IV 2.

sie sei also eine gesetzliche Grenze auch für den Zeitpunkt der Versteigerung.⁹⁹⁷ Diese Judikatur scheint jedoch nicht allgemein konsentiert zu sein; sie findet außerdem im Wortlaut von Art. 682 Abs. 2 LEC keinerlei Stütze. Schließlich löste sie das Problem nur für Hypothekendarlehensverträge, bei denen die Ausstellung der Hypothekenurkunde vor Inkrafttreten von Ley 1/2013 erfolgte.

Gegen eine Verletzung von Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilienkredit-RL könnte freilich dessen recht offener und unspezifischer Wortlaut sprechen.⁹⁹⁸ Zum einen bleibt offen, was genau unter die Begriffe der „Verfahren und Maßnahmen“ fällt. Doch dürfte dies dem Wunsch geschuldet sein, den Mitgliedstaaten möglichst viel Raum bei der Umsetzung des Regelungsziels zu lassen; der Begriff der „Maßnahmen“ etwa ist auch aus Art. 6 Abs. 2 Klausel-RL bekannt. Außerdem schließt der vage Wortlaut der Norm nicht aus, dass man unter seinen Tatbestand subsumieren kann. Zum anderen fragt sich, ob Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilienkredit-RL zwingenden Charakter hat. Der Wortlaut bleibt insofern unklar, als er nur davon spricht, dass die Mitgliedstaaten über Verfahren und Maßnahmen „verfügen“ – und nicht etwa „verfügen müssen“, was die imperative Natur der Vorschrift deutlich gemacht hätte. Doch spricht der Vergleich mit den anderen Absätzen in Art. 28 Wohnimmobilienkredit-RL für einen zwingenden Charakter von Absatz fünf. Absätze 2 und 3 etwa haben eindeutig freiwilligen Charakter („können [...] gestatten“, „können festlegen“). Mit seiner anderen Formulierung in Absatz fünf zeigt der europäische Gesetzgeber gerade, dass die Anordnung für die Mitgliedstaaten verbindlich sein soll. Auch der 26. Erwägungsgrund der Immobiliarkredit-RL betont schließlich die Wichtigkeit, die Wohnimmobilie auch *bei Zahlungsausfall* angemessen zu bewerten, wenn dies die Restverpflichtung des Verbrauchers betrifft.⁹⁹⁹ Eine Bewertung zur Zeit des Zahlungsausfalls findet in der *ejecución hipotecaria* gerade nicht statt. Insgesamt spricht also vieles dafür, dass die derzeitige spanische Regelung der Festset-

⁹⁹⁷ So etwa AAP Madrid, 24.2.2015, Secc. 25^a, ECLI:ES:APM:2015:102A, FD 4; AAP Castellón, 26.5.2014, Secc. 3^a, ECLI:ES:APCS:2014:32A, FD 2; ähnlich AAP Madrid, 2.10.2014, Secc. 18^a, ECLI:ES:APM:2014:85A, FD 1; vgl. auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1188 f.).

⁹⁹⁸ So auch *Anderson/Simón Moreno*, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, in: Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, 2017, S. 101.

⁹⁹⁹ Darauf verweist auch *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, Los contratos de crédito inmobiliario, 2017, 1179 (1195).

zung des Grundstückswerts unvereinbar mit Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilienkredit-RL ist.

Mit der Reform durch die LCCI hätte der spanische Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, auch für den Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung eine Bewertung des belasteten Grundstücks vorzusehen. Doch beließ er es dabei, mit Art. 13 LCCI nur eine angemessene Bewertung vor Abschluss des Darlehensvertrags zu verlangen.¹⁰⁰⁰ Die Norm hat insofern keinen Mehrwert, als sie lediglich auf zwei schon bestehende Gesetze zur Immobilienbewertung¹⁰⁰¹ verweist, die auch ohne den Verweis anwendbar sind.¹⁰⁰²

5. Folgen der Zwangsvollstreckung

a) Unbeschränkte Haftung und Fortführung der Vollstreckung nach Art. 579 Abs. 1 LEC

Die Wahl des Hypothekenvollstreckungsverfahrens und auch die Sicherung der Forderung des Gläubigers durch eine Hypothek ändern nichts daran, dass der Schuldner grundsätzlich unbeschränkt und mit seinem vollem Vermögen haftet, Art. 105 LH, 1911 CC.¹⁰⁰³ Art. 105 LH stellt dies ausdrücklich klar, indem er bestimmt, dass eine Hypothek die unbeschränkte Vermögenshaftung nach Art. 1911 CC nicht aufhebt. Sollte der aus der Verwertung des hypothekarisch belasteten Grundstücks erhaltene Erlös also nicht zur vollständigen Begleichung der Forderung ausreichen, haftet der Schuldner weiterhin. Für diesen Fall erlaubt Art. 579 Abs. 1 LEC dem Gläubiger, für die Restschuld ein ordentliches Zwangsvollstreckungsverfahren (*ejecución ordinaria*) einzuleiten.¹⁰⁰⁴ Kritik ist an dieser Fortführung der Vollstreckung insbesondere in Fällen aufgetreten, in denen der Grundstückswert die Forderung eigentlich hätte befriedigen können, der Versteigerungserlös aber – wegen der oben dargestellten Mindestgebote bzw.

¹⁰⁰⁰ “*Los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo.*”

¹⁰⁰¹ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario sowie Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

¹⁰⁰² *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1196).

¹⁰⁰³ Siehe beispielsweise auch *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 41; STS, 13.1.2015, ECLI:ES:TS:2015:261, FD 7.

¹⁰⁰⁴ Vgl. etwa *Moreno Trapiella*, in: *Diario La Ley*, Nr. 8475, 2015, S. 17.

des Erwerbsrechts des Gläubigers – unter der Forderung bleibt.¹⁰⁰⁵ Nach dem *Tribunal Supremo* liegt in diesen Fällen jedoch nicht (wie vorgebracht) rechtsmissbräuchliches Handeln oder eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers vor.¹⁰⁰⁶

b) Restschulderleichterungen nach Art. 579 Abs. 2 LEC
Mildernde Regelungen zur Restschuld tauchten in der spanischen Rechtsordnung erst mit der Reform durch Ley 1/2013 auf. So führte Art. 7.5 Ley 1/2013 Art. 579 Abs. 2 LEC ein, der die Folgen einer fehlenden Restschuldbefreiung zumindest etwas mildert. Ist das Grundstück sein Hauptwohnsitz, kann der Schuldner die Restschuld verringern, wenn er innerhalb von fünf Jahren nach der Zwangsvollstreckung 65 % oder innerhalb von zehn Jahren 80 % der Restschuld zurückbezahlt, Art. 579 Abs. 2 a) LEC.¹⁰⁰⁷ Art. 579 Abs. 2 b) LEC bestimmt außerdem, dass, wenn der Gläubiger das Grundstück selbst erwirbt und innerhalb von zehn Jahren weiterverkauft, der erzielte Gewinn hälftig auf die Restschuld angerechnet wird. Kritisiert wird an der aus Art. 579 Abs. 2 LEC folgenden Erleichterung, dass Schuldner, die gerade ihr (familiäres) Wohngrundstück verloren haben, regelmäßig nicht in der Lage sind, innerhalb von fünf oder zehn Jahren die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.¹⁰⁰⁸

c) Befreiungsmöglichkeit des Schuldners, Art. 693 Abs. 3 LEC
Sollte der Gläubiger von seinem (vereinbarten) Recht zur vorzeitigen Fälligkeit nach Art. 693 Abs. 2 LEC Gebrauch gemacht haben, kann der Vollstreckungsschuldner nach Art. 693 Abs. 3 LEC sein Grundstück von der Vollstreckung befreien. Dafür muss er den geschuldeten Betrag (samt Zinsen) hinterlegen, der zum Zeitpunkt der Erhebung der

¹⁰⁰⁵ *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 832 f. m.w.N. aus der unterinstanzlichen Rechtsprechung.

¹⁰⁰⁶ STS, 13.1.2015, ECLI:ES:TS:2015:261, FD 9 ff.; STS, 25.9.2008, ECLI:ES:TS:2008:4846, FD 3; für eine ungerechtfertigte Bereicherung in solchen Fällen hingegen *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 835; vgl. zum Urteil vom 13.1.2015 auch *Díaz Fraile*, in: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, 47.

¹⁰⁰⁷ Vgl. auch *Moreno Trapiella*, in: *Diario La Ley*, Nr. 8475, 2015, S. 17.

¹⁰⁰⁸ *Anderson/Simón Moreno*, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, in: *Anderson/Arroyo Amayuelas, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, 2017, S. 100; *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 838.

Vollstreckungsklage fällig gewesen wäre; hinzu kommen etwaige Verzugszinsen und Raten, die während des Vollstreckungsverfahrens fällig geworden sind.¹⁰⁰⁹ Diese Möglichkeit besteht bis zum Schluss der Versteigerung. Die weiteren Voraussetzungen hängen davon ab, ob das belastete Grundstück sein eigengenutztes, familiäres Wohnheim ist (*vivienda familiar*¹⁰¹⁰).¹⁰¹¹ Ist es das nicht, benötigt der Schuldner gem. Art. 693 Abs. 3 S. 1 LEC die Zustimmung des Gläubigers, Art. 693 Abs. 3 S. UAbs. 1 LEC. Ist das belastete Grundstück hingegen die *vivienda familiar*, kann der Vollstreckungsschuldner dessen Befreiung auch ohne Zustimmung des Gläubigers erreichen, Art. 693 Abs. 3 UAbs. 2 LEC. In beiden Fällen müssen seit der letzten Befreiung des Grundstücks aus einer Vollstreckung (bis zur nächsten Zahlungsaufforderung des Gläubigers) allerdings drei Jahre vergangen sein, Art. 693 Abs. 3 UAbs. 3 LEC. Damit kann der Schuldner sein Grundstück theoretisch wiederholt aus der Vollstreckung befreien. Ursprünglich war die Möglichkeit des Schuldners, die Wirkungen der Kündigung ohne Zustimmung des Gläubigers zu beseitigen, indem er die bis zur Vollstreckungsklage aufgelaufenen Raten zahlt, auf ein Mal begrenzt.¹⁰¹² Der Schuldner muss den Betrag nicht selbst hinterlegen, auch Dritte können dies für ihn tun; der Vollstreckungsgläubiger muss der Hinterlegung durch einen Dritten allerdings zustimmen, Art. 693 Abs. 3 UAbs. 4 LEC.

Hinsichtlich der Rechtsfolge bleibt Art. 694 Abs. 4 LEC zunächst etwas undeutlich, wenn der von der „Befreiung“¹⁰¹³ des Grundstücks spricht.¹⁰¹⁴ Genauer wird Unterabsatz vier: Hat der Schuldner den geschuldeten Betrag hinterlegt, erklärt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Befreiung des Grundstücks mittels Verfügung (*decreto*), ermittelt die Kosten und beendet das Vollstreckungsverfahren.¹⁰¹⁵ Soweit nicht aus-

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu auch *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 855 f.

¹⁰¹⁰ Der Begriff ist gesetzlich nicht definiert; siehe zur Definition aus der Rechtsprechung etwa SAP Madrid, 14.9.2009, Secc. 22^a, ECLI:ES:APM:2009:13406, FD 2; SAP Cádiz, 6.4.2010, Secc. 5^a, ECLI:ES:APCA:2010:348, FD 1.

¹⁰¹¹ Vgl. auch *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 81; *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2014, S. 172.

¹⁰¹² Vgl. Art. 693 Abs. 3 LEC i.d.F. vom 8.1.2000.

¹⁰¹³ “[...] *el deudor podrá [...] liberar el bien [...]*.“

¹⁰¹⁴ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 855.

¹⁰¹⁵ Vgl. auch *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 81.

nahmsweise die gesamte Forderung mit der Zahlung der fälligen Raten beglichen wird, bleibt die Hypothek auf dem Grundstück selbstverständlich bestehen; das Darlehen wird gleichsam rehabilitiert.¹⁰¹⁶ Der spanische Gesetzgeber hat die Zeit verlängert, innerhalb welcher der Schuldner das Grundstück befreien kann. Art. 693 Abs. 3 LEC sah zunächst – auch noch in seiner reformierten Fassung durch Art. 7.13 Ley 1/2013 – vor, dass eine Befreiung bis zum angekündigten Tag der Versteigerung möglich sein soll. Mit der Reform durch Art. 1.28 Ley 19/2015 verlängerte der spanische Gesetzgeber die Zeitspanne bis zum Schluss der Versteigerung.

Art. 693 Abs. 3 LEC könnte dabei als Mittel im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Aziz* gesehen werden, mit dem der Schuldner die Wirkungen einer Fälligkeitsklausel beseitigen kann.¹⁰¹⁷

V. Vollstreckungsschutz: Rechtsbehelfe gegen die Zwangsvollstreckung

Die Wirksamkeit eines Vollstreckungsverfahrens hängt stark von der Reichweite der Möglichkeiten ab, mittels derer sich der Vollstreckungsschuldner gegen die Vollstreckung wenden kann.¹⁰¹⁸ Das spanische Recht der Hypothekenvollstreckung zeichnet sich schon mit Blick auf seine Vergangenheit durch einen arg begrenzten Schutz des Vollstreckungsschuldners aus.¹⁰¹⁹ Die Beschränkung seiner Verteidigungsmöglichkeiten, die auch heute noch Anklang im Gesetz findet, hat Tradition und lässt sich am besten vor dem geschichtlichen Hintergrund derselben verstehen.¹⁰²⁰ Die noch heute zu erkennende Grundstruktur der Hypothekenvollstreckung geht auf eine Reform der *Ley Hipotecaria* vom 21.4.1909 zurück, die das besondere Vollstreckungsverfahren für Hy-

¹⁰¹⁶ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 855; *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 81.

¹⁰¹⁷ Siehe Rn. 73 des Urteils; dagegen jedoch SJM Barcelona, 2.5.2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, FD (*Sobre la cláusula de vencimiento anticipado*); dafür indessen STS, 14.11.2019, ECLI:ES:TS:2019:3659, FD 3.7.

¹⁰¹⁸ *Ramón Chornet*, in: RCDI, Nr. 663, 2001, 123 (133).

¹⁰¹⁹ Vgl. etwa *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 778.

¹⁰²⁰ *Montserrat Valero*, Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000, 2002, S. 15 ff.; *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 103.

potheken überhaupt erst einführt. Bis zu diesem Zeitpunkt stand dem hypothekarisch gesicherten Gläubiger nur das normale Vollstreckungsverfahren zur Verfügung (*juicio ejecutivo ordinario*).¹⁰²¹ Das fortan in Art. 129-135 LH (a.F.) kodifizierte besondere Vollstreckungsverfahren¹⁰²² zeichnete sich durch das nahezu vollständige Unvermögen des Schuldners aus, zu irgendeinem Zeitpunkt der Durchführung der Vollstreckung Einwände gegen dieselbe zu erheben.¹⁰²³ Art. 132 LH a.F. führte lediglich vier Gründe auf, aufgrund derer der Schuldner die Vollstreckung suspendieren konnte; hinsichtlich aller anderen Einwände, insbesondere auch solche inhaltlicher Natur, konnte der Schuldner nur ein deklaratorisches Verfahren anstrengen, das die Vollstreckung nicht aussetzte.¹⁰²⁴ Hintergrund war das Bestreben des spanischen Gesetzgebers, durch eine möglichst wirkungsvolle und schnelle Vollstreckung den Zugang zu Krediten zu erleichtern.¹⁰²⁵ Vor allem aufgrund der Möglichkeit des Schuldners, im Erkenntnisverfahren seine Rechte geltend zu machen, hatte der *Tribunal Constitucional* dieses radikal anmutende Verfahren als mit der spanischen Verfassung vereinbar angesehen.¹⁰²⁶ Der spanische Gesetzgeber hat diesen summarischen und die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners beschränkenden Charakter des Verfahrens mit der Einführung der *Ley de Enjuiciamiento Civil* 2000 im Grunde beibehalten.¹⁰²⁷ Insbesondere war er der Ansicht, dass eine inhaltliche Änderung oder Erweiterung der Einspruchsgründe zu schwerwiegenden Änderungen des Hypothekenmarktes führen könnte und dies keinesfalls ratsam sei.¹⁰²⁸ Gleichzeitig führte die Kodifizierung des Verfahrens in der LEC

¹⁰²¹ *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 92.

¹⁰²² Ursprünglich *procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* genannt, vgl. STC 148/1988 v. 14.7, FJ 1.

¹⁰²³ *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 93; Art. 132 LH in der Fassung vom 27.2.1946: “*El procedimiento sumario [...] no se suspenderá [...] salvo en los siguientes casos [...]*.”

¹⁰²⁴ *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 93.

¹⁰²⁵ Ebenda, S. 93.

¹⁰²⁶ STC 41/1981 v. 18.12.

¹⁰²⁷ *Ramón Chornet* spricht gar von einer Reinkarnation des Verfahrens, vgl. *ders.*, in: RCDI, Nr. 663, 2001, 123 (124).

¹⁰²⁸ Siehe *Exposición de motivos de la LEC 2000*, 16. Erwägungsgrund, BOE S. 34: “*[...] podría alterar gravemente el mercado de crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.*”

(und nicht mehr in der *Ley Hipotecaria*) zu einer Stärkung des gerichtlichen Charakters des Vollstreckungsverfahrens; dieser war gerade aufgrund der Stellung in der *Ley Hipotecaria* umstritten.¹⁰²⁹

Die Ausgestaltung des Hypothekenvollstreckungsverfahrens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der LEC im Jahre 2000 lässt sich also primär mit den Befürchtungen negativer Veränderungen des spanischen Gesetzgebers erklären und mit der Tatsache, dass dieses Verfahren der Hypothekenvollstreckung bis dato sehr gut funktionierte und durchaus angesehen war; so durfte sich der spanische Gesetzgeber insbesondere durch die Urteile des *Tribunal Constitucional* bestätigt fühlen, der dem Titel aus einer Hypothek mehrfach außerordentliche Vollstreckungskraft („*extraordinaria fuerza ejecutiva*“) attestierte.¹⁰³⁰ Diese Ausgestaltung der Hypothekenvollstreckung hat sich bis zur durch das Urteil *Aziz* des EuGH notwendig gewordenen Reform der Einspruchsmöglichkeiten durch das Gesetz 1/2013 nicht verändert. Ab diesem Zeitpunkt unterlag das Verfahren der Art. 681 ff. LEC einigen (wenigen) Änderungen, sodass sich das gegenwärtige Schutzniveau des Vollstreckungsschuldners vollständig nur vor dem Hintergrund der gesetzlichen Entwicklung desselben erklären lässt.

1. Rechtsbehelfe im Verfahren der Art. 682 ff. LEC

Das spanische Prozessrecht kennt zumindest in seiner Grundstruktur im normalen Vollstreckungsverfahren auch eine normative Zweiteilung in materielle Gründe (*motivos de fondo*) und formelle Gründe (*motivos procesales*), die zum Einspruch des Schuldners berechtigen. Daneben ist es dem Schuldner möglich, Einspruch wegen konkreter fehlerhafter Vollstreckungshandlungen oder Urteile zu erheben. Das Hypothekenvollstreckungsverfahren weicht freilich von diesen Regelungen ab und hält *leges speciales* bereit. Die LEC betrachtet als Einspruchstatbestände der *ejecución hipotecaria* an sich nur die materiellen Gründe des Art. 695 Abs. 1 LEC und die Spezialtatbestände der Art. 696 LEC (Drittwiderrspruch) und Art. 697 LEC (Strafverfahren über Wirksamkeit des Titels).

¹⁰²⁹ Siehe *Exposición de motivos de la LEC 2000*, 16. Erwägungsgrund, BOE S. 34.

¹⁰³⁰ SSTC 41/1981 v. 18.12. FJ 4; 64/1985 v. 17.5., FJ 2; 8/1991 v. 17.1., FJ 2; 217/1993 v. 30.6, FJ 2; ATC 6/1992 v. 16.1. FJ 3; ähnlich auch STC 41/1986 v. 2.4., FJ 3.

Die Einspruchsgründe des Schuldners bei der *ejecución hipotecaria* sind im Normenkomplex der Art. 681-698 LEC also primär in Art. 695 Abs. 1 LEC geregelt. Art. 695 Abs. 2 LEC ordnet die Rechtsfolgen der Einlegung eines Einspruchs nach Abs. 1 an, während Abs. 3 darüber aufklärt, welche Wirkungen die auf den Einspruch folgende Entscheidung des zuständigen Gerichts hat. Art. 695 Abs. 4 LEC bestimmt schließlich, ob und inwieweit gegen die Entscheidung des Gerichts Rechtsmittel zulässig sind. Der exklusive Charakter der Einspruchsgründe aus Art. 695 Abs. 1 LEC folgt neben seinem Wortlaut („*sólo se admitirá*“[...]) insbesondere aus Art. 698 LEC. Er bestimmt, dass andere als die in den Artt. 695-697 LEC aufgeführten Einwände gegen die Vollstreckung nur in einem nachgelagerten Erkenntnisverfahren geltend gemacht werden können, und dass dieses Erkenntnisverfahren die Vollstreckung weder suspendiert noch sonst irgendwie beschränkt.

2. *Motivos de fondo*: Art. 695 LEC grenzt ein
Art. 695 Abs. 1 LEC listet die zum Einspruch beschränkenden Tatbestände abschließend auf.

a) Tatbestand von Art. 695 Abs. 1 LEC bis zur Reform 2013
Bis zur Gesetzesänderung 2013 nannte Art. 695 LEC Abs. 1 drei Gründe, die zum Einspruch des Schuldners berechtigen. Diese Einspruchsgründe gelten auch noch heute; mit der sogleich zu erörternden Änderung durch Ley 1/2013 ist nur ein weiterer Einspruchsgrund hinzugekommen. Die Tatbestände der ursprünglichen Einspruchsgründe werfen dabei keine für diese Arbeit wichtigeren Fragen auf.¹⁰³¹

(aa) Erlöschen der Sicherheit oder Forderung
Nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 1 LEC berechtigt den Schuldner das Erlöschen der Hypothek oder der akzessorischen Forderung zum Einspruch, sofern er dies durch eine Bescheinigung des Grundbuchamtes über den Wegfall der Hypothek oder durch eine öffentliche Urkunde über den Eingang Zahlung oder den Wegfall der Sicherheit nachweist.¹⁰³² Entscheidend ist also der Beleg in Form einer Grundbuchbescheinigung oder öffentlichen

¹⁰³¹ Ausführlicher dazu etwa *Ramón Chornet*, in: RCDI, Nr. 663, 2001, 123 oder *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 105 ff.

¹⁰³² Dazu etwa *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 786 ff.

Urkunde.¹⁰³³ Das Berufen etwa auf das Erlöschen der Forderung allein reicht mithin nicht aus.

(bb) Fehler bei der Berechnung des fälligen Betrags

Zweitens kann der Schuldner einen Fehler bei der Berechnung des fälligen Betrags einwenden, wenn die gesicherte Forderung der Abschlussaldo eines Kontos zwischen Gläubiger und Schuldner ist (Abs. 2 Nr. 2). Der auf dem Kontoauszug des Schuldners ausgewiesene Saldo muss dabei von dem auf dem vorgelegten Auszug des Gläubigers abweichen (Abs. 2 Nr. 2 S. 2).¹⁰³⁴

(cc) Voreingetragene Sicherheit

Der dritte Tatbestand nennt das Vorhandensein einer anderen, voreingetragenen Sicherheit oder Hypothek als weitere *causa de oposición*. Die voreingetragene Sicherheit muss durch eine entsprechende Registerbescheinigung belegt werden, Art. 695 Abs. 1 Nr. 3 LEC. Dieser Einspruch bezieht sich allerdings nur auf die Vollstreckung in hypothekarisch belastete *bewegliche* Gegenstände; er ist daher für den Schutz des Schuldners einer Immobiliehypothek nicht von Belang.

b) Andere Einwendungen: Erkenntnisverfahren nach Art. 698 LEC

Hinsichtlich aller weiteren Einspruchsgründe verweist Art. 698 LEC den Schuldner sowie Dritteigentümer und andere Beteiligte wie schon Art. 132 LH a.F. auf ein nachgelagertes Erkenntnisverfahren. Art. 698 LEC nennt beispielhaft als nicht in der Vollstreckung zu berücksichtigende Gründe die Nichtigkeit des Vollstreckungstitels, die (fehlende) Fälligkeit, Bestimmtheit, das Erlöschen und die Höhe der Forderung. Doch galt Gleiches auch für potenziell unwirksame AGB des Hypothekendarlehensvertrags: gemäß Art. 249 Abs. 1 Nr. 5 LEC werden Klagen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (*condiciones generales de la contratación*) grundsätzlich im ordentlichen Erkenntnisverfahren entschieden. Das Erkenntnisverfahren dient vor allem auch der Kompensation der begrenzten Einspruchsmöglichkeiten in der Vollstreckung selbst; so hat das spanische Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Hypothekenvollstreckungsver-

¹⁰³³ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 105.

¹⁰³⁴ Ausführlicher etwa Cruz Gallardo, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 790 ff.

fahrens insbesondere mit der Möglichkeit begründet, seine Rechte in diesem Verfahren geltend zu machen.¹⁰³⁵ Das Erkenntnisverfahren vermag die Vollstreckung allerdings nicht zu suspendieren noch sonst irgendwie Einfluss auf sie zu nehmen.¹⁰³⁶ Dies folgt schon aus dem Wortlaut der Norm.¹⁰³⁷ Insofern müssen die Nützlichkeit und auch die kompensatorische Wirkung dieses Verfahrens ernstlich in Frage gestellt werden. So muss der Vollstreckungsschuldner sehenden Auges die Versteigerung seines Grundstücks dulden, obwohl er sich gerichtlich gegen die Vollstreckung zur Wehr setzt.¹⁰³⁸ Der Schutz des Erkenntnisverfahrens kann aufgrund seiner fehlenden Wirkung auf die Vollstreckung nur darin liegen, dass der Erlös aus der Vollstreckung dem Schuldner zurückerstattet, zugesprochen wird.¹⁰³⁹ Art. 698 Abs. 2 LEC bestimmt in dieser Hinsicht, dass die Wirksamkeit des im Erkenntnisverfahren ergehenden Urteils auf Antrag durch Zurückbehaltung des ganzen oder eines Teils des Betrags sichergestellt werden kann, der in der *ejecución hipotecaria* an den Gläubiger zu zahlen ist. An der dinglichen Eigentumslage am Grundstück ändert sich indes nichts mehr. Diese Zurückbehaltung setzt nach Art. 698 Abs. 2 S. 2 zudem voraus, dass der Schuldner hinreichend zahlungsfähig ist. Ist er dies nicht offenkundig (was regelmäßig der Fall sein wird), muss das Gericht von ihm eine Sicherheit für etwaige Ansprüche des Gläubigers auf Schadensersatz oder Verzugszinsen verlangen. Schließlich kann auch der Gläubiger seinerseits durch Sicherheitsleistung die Zurückbehaltung aufheben, Art. 698 Abs. 3 LEC. Insgesamt liegt dem Gedanken der Art. 698, 695 LEC also eine bloße nachträgliche finanzielle Wiedergutmachung¹⁰⁴⁰ zugrunde, ohne dass eine Naturalrestitution möglich wäre.

¹⁰³⁵ STC 217/1993, 30.6.1993.

¹⁰³⁶ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 130 und 173.

¹⁰³⁷ “[...] *sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*”

¹⁰³⁸ *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 106.

¹⁰³⁹ *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 106.

¹⁰⁴⁰ *Alcalá Díaz* spricht von einem Schutz „*a posteriori*“ mit Entschädigungscharakter, in: La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 130.

Die Folgen des Zuschlags in der Versteigerung sind immer irreversibel, wenn nicht der Schuldner eine Vormerkung über einen Antrag auf Nichtigkeitklärung der Hypothek¹⁰⁴¹ bewirkt hat, und zwar vor dem Randvermerk über Ausstellung die Lastenbescheinigung¹⁰⁴², Art. 131, 34 LH.¹⁰⁴³

Soweit der Vollstreckungsschuldner sich während der Vollstreckung auf einen der Einpruchsgründe aus Art. 695 Abs. 1 LEC berufen konnte, dies aber nicht getan hat, kann er diese Einwendung nach Ansicht des *Tribunal Supremo* nicht mehr im Erkenntnisverfahren nach Art. 698 LEC geltend machen.¹⁰⁴⁴

c) Einordnung

Im Wesentlichen konnte der Vollstreckungsschuldner also gegen die Vollstreckung nur einwenden, dass der Forderungsbetrag falsch berechnet wurde oder die Hypothek erloschen war. Die soziale Brisanz und Tragweite der (früheren) Gestaltung der Verteidigung des Vollstreckungsschuldners wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass Gegenstand der Vollstreckung regelmäßig das bewohnte Grundstück des Schuldners ist, und dass die Vollstreckung unumkehrbar dazu führt, dass der Schuldner sein Eigentum an diesem verliert. Er wird also vor vollendete Tatsachen gestellt, obwohl sich im Erkenntnisverfahren noch die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung herausstellen kann.¹⁰⁴⁵ Die sich in dieser Konstellation offenbarende materielle Ungerechtigkeit des Verfahrens sticht geradezu ins Auge. Wie es in einem Interview in *El País* treffend formuliert wird, habe die Zeit ab Einleitung der Zwangsvollstreckung praktisch nur noch die Funktion einer „Registrierkasse“, die weitere Verzugszinsen auflaufen und damit die Forderung immer höher werden lässt.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴¹ *Anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca.*

¹⁰⁴² *Nota marginal de certificación de cargas.*

¹⁰⁴³ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 129.

¹⁰⁴⁴ STS, 22.10.2020, ECLI:ES:TS:2020:3416, FD 2.

¹⁰⁴⁵ Vgl. auch *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 783, der für eine Verfassungswidrigkeit dieser Konstellation wegen Verletzung von Art. 24 CE plädiert.

¹⁰⁴⁶ Interview vom 30.11.2012, “El Gobierno se ha asustado a la hora de cambiar la legislación hipotecaria”, abrufbar unter https://elpais.com/politica/2012/11/30/actualidad/1354283702_862967.html.

Auffallend ist auch, dass das in Art. 695, 698 LEC vorzufindende Schutzsystem keine Differenzierungen des Schutzes enthält, etwa nach der Person des Schuldners oder der Art der Immobilie.¹⁰⁴⁷ Eine Vollstreckung und das vor ihr schützende Einspruchsverfahren verlaufen also grundsätzlich identisch, gleich ob der Schuldner ein Unternehmer oder Verbraucher ist oder ob die Immobilie eine Fabrikhalle, der Dritt- oder Hauptwohnsitz des Schuldners ist.¹⁰⁴⁸ Berücksichtigt man weiter die Tatsache, dass Ley 41/2007 eine vorvertragliche Kontrolle von Klauseln weitgehend entkräftete, muss man zu dem Schluss kommen, dass die spanische Rechtsordnung den Hypothekenschuldner gegen missbräuchliche Klauseln wehrlos ließ.¹⁰⁴⁹ Die einzige Möglichkeit des Schuldners bestand de facto darin, die Missbräuchlichkeit etwaiger Klauseln *vor* der Vollstreckung durch den Gläubiger gerichtlich geltend zu machen.¹⁰⁵⁰

d) Missbräuchliche Klauseln als Einspruchsgrund: Die Reform nach *Aziz*

Eine Änderung des Hypothekenvollstreckungssystems haben sodann – jedenfalls mittelbar – die spanischen Gerichte herbeigeführt, die angesichts der Unangemessenheit des Verfahrens Änderungen des Rechts durch Vorlagefragen beim EuGH nach Art. 267 AEUV zu erreichen suchten. Die Vorlageverfahren waren insofern eine Antwort auf die Folgen der Wirtschaftskrise und besonders auf den aus ihr folgenden Anstieg an Zwangsvollstreckungen.¹⁰⁵¹

aa) Das Urteil in der Rechtssache *Aziz*

Dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-415/11 und dem die Vorlagefrage einreichenden *Juzgado de lo Mercantil de Barcelona*¹⁰⁵² lag der Fall von Mohamed Aziz zugrunde. Herr Aziz schloss mit der Catalunyaacaixa Bank im Juli 2007 einen Darlehensvertrag mit einer Valuta in Höhe von 138 000 Euro ab, wobei zugunsten der Bank auf dem Familienwohnsitz von Herrn Aziz eine Hypothek zur Sicherung ihrer Forderungen bestellt wurde. Neben einer Klausel, die einen Verzugszinssatz von 18,75 % festsetzte,

¹⁰⁴⁷ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 127.

¹⁰⁴⁸ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 127.

¹⁰⁴⁹ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 127.

¹⁰⁵⁰ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 127.

¹⁰⁵¹ Vgl. *Micklitz*, in: FS Stuyck, 2013, 639 (650 f.).

¹⁰⁵² *AJM Barcelona*, 19.7.2011, Secc. 3^a, ECLI:ES:JMB:2011:81A.

ohne dass die Bank zur Zahlung auffordern musste, räumte eine weitere Klausel der Bank das Recht ein, das gesamte Darlehen schon bei einem einmaligen Zahlungsverzug des Schuldners fällig zu stellen.¹⁰⁵³ Weil der Bank überdies die Möglichkeit einer einseitigen und unmittelbaren Bezifferung der fälligen Forderung vertraglich zugebilligt war, konnte die Bank de facto sofort die Zwangsvollstreckung in die Wohnung von Herrn Aziz betreiben, sobald dieser auch nur eine Darlehensrate nicht pünktlich zahlte. Ab Juni 2008 zahlte Herr Aziz seine Darlehensraten nicht mehr, und die Bank bestimmte mittels notarieller Bescheinigung einen fälligen Forderungsbetrag von 139,764,76 Euro, der sich aus den noch nicht gezahlten monatlichen Raten sowie den ordentlichen und den Verzugszinsen zusammensetzte. Im März 2009 leitete die Bank schließlich nach erfolgloser Zahlungsaufforderung ein Vollstreckungsverfahren gegen Herrn Aziz beim *Juzgado de Primera Instancia* Martorell ein. Im Dezember 2009 ordnete das Gericht die Vollstreckung an; dem sich anschließenden Zahlungsbefehl leistete Herr Aziz keine Folge, er widersprach aber auch nicht der Vollstreckung. Weil bei der Zwangsversteigerung am 20. Juli 2010 keine Bieter erschienen, konnte sich die Bank die Immobilie gem. Art 671 LEC in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung¹⁰⁵⁴ zu 50 % ihres Wertes zuschlagen lassen. Als Folge der Zwangsvollstreckung wurde Herr Aziz aus seiner Wohnung ausgewiesen. Kurz vor seiner Ausweisung beantragte Herr Aziz beim Vorlagegericht die Feststellung der Nichtigkeit der Klausel über die Bezifferungsmöglichkeit der Bank im Darlehensvertrag. Das *Juzgado de lo Mercantil n° 3* Barcelona beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH nach Art. 267 AEUV Fragen zur Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG vorzulegen. Insgesamt stellte das Gericht vier Fragen; für die an dieser Stelle skizzierte Entwicklung des Vollstreckungsschutzes ist indes nur die erste Frage unmittelbar von Bedeutung. Sie fragt danach, ob der durch die spanische Rechtsordnung gewährte (und oben unter a) geschilderte) Vollstreckungsschutz mit der Klausel-RL vereinbar ist.¹⁰⁵⁵ Hierzu betont der EuGH zunächst, dass die Zwangsvollstreckungsverfahren der Mitgliedstaaten keiner Harmonisierung durch das

¹⁰⁵³ Zu den Auswirkungen des Urteils auf die Regelung der Verzugszinsen oben Kap. 3 I 2, auf die Regelung der vorzeitigen Fälligkeit oben Kap. 4 I 2.

¹⁰⁵⁴ Durch Art. 15.295 Ley 13/2009 vom 3. November veröffentlichte Fassung vom 4. November 2009, in Kraft ab 4. Mai 2010; die nächste Änderung erfolgte durch Art. 2.3 Real Decreto-Ley 8/2011 vom 1. Juli.

¹⁰⁵⁵ Die Vorlagefrage war nicht ganz treffend formuliert; der EuGH legte sie entsprechend aus.

Europarecht unterliegen.¹⁰⁵⁶ Es gelte also der Grundsatz der Verfahrensautonomie – dies allerdings nur, solange die nationalen Verfahrensregeln das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip nicht verletzen.¹⁰⁵⁷ Ein Problem sieht der EuGH dabei in der Vereinbarkeit der spanischen Verfahrensvorschriften (vor allem Art. 695, 698 LEC) mit dem Effektivitätsprinzip.¹⁰⁵⁸ Denn aus dem Zusammenspiel der Regelungen folge, dass der Zuschlag des belasteten Grundstücks in der Versteigerung unumkehrbar ist, selbst wenn die Vollstreckung wegen einer unwirksamen Klausel nichtig sein müsste.¹⁰⁵⁹ Das Gericht des Erkenntnisverfahrens hat keine Möglichkeit, die Vollstreckung zumindest vorläufig zu unterbinden. Diese Tatsache beeinträchtigt die Wirksamkeit des Schutzes der Richtlinie.¹⁰⁶⁰ Denn die Verfahrenssituation des Verbrauchers, der sich mit einem nachgelagerten Schadensersatz begnügen muss, widerspreche Art. 7 Klausel-RL, wonach es wirksame Mittel geben muss, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen.¹⁰⁶¹ Der Widerspruch sei besonders deutlich in Fällen wie dem des Ausgangsfall, in denen der Verbraucher seine selbstgenutzte Wohnung endgültig verliert.

Insgesamt folgerte der EuGH, dass die seinerzeitige Regelung der Hypothekenvollstreckung die Klausel-RL verletze, weil der Verbraucher weder im Vollstreckungsverfahren die Missbräuchlichkeit einer Klausel geltend machen kann noch das Gericht im Erkenntnisverfahren die Vollstreckung aussetzen kann, um sicherzustellen, dass die missbräuchliche Klausel keine Konsequenzen für den Verbraucher hat.

Kaum ein anderes Urteil hat das spanische Zivilprozessrecht so stark geprägt wie das des EuGH in der Rechtssache *Aziz*.¹⁰⁶² Die Entscheidung wurde in der Literatur überwiegend begrüßt. Nach einigen Autoren sei das Urteil „vernichtend“ gewesen.¹⁰⁶³ Es

¹⁰⁵⁶ Rn. 50

¹⁰⁵⁷ Rn. 50.

¹⁰⁵⁸ Rn. 53 ff.

¹⁰⁵⁹ Rn. 57.

¹⁰⁶⁰ Rn. 59.

¹⁰⁶¹ Rn. 60.

¹⁰⁶² *Quesada López*, *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, 2020, S. 35.

¹⁰⁶³ *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1078.

fiel dabei in eine Zeit wichtiger Bürgerbewegungen¹⁰⁶⁴, die die Wirkung und den Wiederhall des Urteils nur noch verstärkten.¹⁰⁶⁵ *Miquel González* plädierte hingegen für eine (stärkere) Rechtmäßigkeitskontrolle durch die *Registradores* und Notare, wodurch eine solche Situation hätte vermieden werden können.¹⁰⁶⁶ *Micklitz* sieht die Rechtssache *Aziz* als Beispiel eines Versuchs der spanischen Justiz, sich in der Finanzkrise äußernde soziale Missstände über die Klausel-RL zu beheben.¹⁰⁶⁷ Der Fall habe danach wirtschaftlich und gesellschaftlich äußerst hohe Bedeutung, auch über Spanien hinaus.¹⁰⁶⁸

bb) Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC als neuer Einspruchsgrund

Das Urteil in der Rechtssache *Aziz* machte eine Änderung des bestehenden Systems des Vollstreckungsschutzes unumgänglich.¹⁰⁶⁹ Die Notwendigkeit ergab sich zumindest für alle Zwangsvollstreckungen im Anwendungsbereich der Klausel-RL. Der spanische Gesetzgeber reagierte auf das Urteil mit dem Erlass von Ley 1/2013¹⁰⁷⁰. Er hatte dabei hinsichtlich der Änderung des Schutzniveaus des Vollstreckungsschuldners vor allem zwei Möglichkeiten¹⁰⁷¹: Entweder führte er in Art. 695 LEC einen weiteren Einspruchsgrund ein, der auf der Geltendmachung missbräuchlicher Klauseln im Vertrag fußte, oder er gab dem Richter in dem Erkenntnisverfahren nach Art. 698 LEC Möglichkeiten an die Hand, unmittelbar auf das Vollstreckungsverfahren einwirken zu können, um die Rechte des Vollstreckungsschuldners effektiv zu schützen (damit eine Zuschlagung in der Versteigerung nicht irreversibel ist).¹⁰⁷² Er entschied sich für Ersteres und führte in Art. 695 Abs. 1 LEC einen weiteren Tatbestand ein, der den Schuldner zum Einspruch gegen die Vollstreckung berechtigt und mithin auch zur Suspendierung derselben

¹⁰⁶⁴ Dazu oben 1. Teil § 1.

¹⁰⁶⁵ So *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (242).

¹⁰⁶⁶ *Miquel González*, in: RJUAM, n° 27, 2013, 223 (243).

¹⁰⁶⁷ *Micklitz*, in: FS Stuyck, 2013, 639 (650 f.); siehe auch *Apenzeller*, Die Europäische AGB-Kontrolle, 2017, S. 121.

¹⁰⁶⁸ *Micklitz*, in: FS Stuyck, 2013, 639 (651).

¹⁰⁶⁹ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 131.

¹⁰⁷⁰ Ley 1/2013, vom 14.3., über Maßnahmen zur Stärkung des Schutzes der Hypothekenschuldner, der Umschuldung und der Sozialmiete.

¹⁰⁷¹ Andere Gestaltungsmöglichkeiten etwa bei *Carrasco Perera*, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 58 (61 ff.).

¹⁰⁷² So auch *Díaz Fraile*, Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario, in: Anuales de Derecho Civil, tomo LXIX 2016, fasc. II, 501 (522).

führt.¹⁰⁷³ Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC bestimmt nunmehr, dass der Schuldner einwenden kann, der Vertrag enthalte eine missbräuchliche Klausel, die Grundlage der Vollstreckung ist oder den geschuldeten Forderungsbetrag festlegt.¹⁰⁷⁴ Die Einführung dieses Einspruchsgrundes hat das Wesen des Hypothekenvollstreckungsverfahrens grundlegend geändert.¹⁰⁷⁵

Auffällig ist dabei, dass der spanische Gesetzgeber diese *causa de oposición* auf den ersten Blick nicht ausdrücklich auf Verträge beschränkt hat, in denen der Schuldner ein Verbraucher ist; dies hätte dem Urteil des EuGH jedenfalls Genüge getan. Vielmehr scheint sich dem Wortlaut nach jeder Hypothekenschuldner auf diesen Einspruchsgrund berufen zu können.¹⁰⁷⁶ Hier zeichnet sich eine allgemeine Tendenz des spanischen Gesetzgebers ab, Vorschriften, die primär den Schutz von Verbrauchern bezwecken, in ihrem Anwendungsbereich nicht auf diesen Fall zu beschränken und so neue Voraussetzungen oder Begrenzungen zu schaffen, die auf jede Art der Hypothekenfinanzierung Anwendung finden.¹⁰⁷⁷ Es frag sich indes, ob sich überhaupt andere Schuldner als Verbraucher auf diesen Einspruchsgrund berufen können. Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC spricht vom *missbräuchlichen* Charakter einer Klausel. Die Missbräuchlichkeit einer Klausel (die Kontrolle ihres Inhalts) untersuchen aber nur Art. 82 ff. TRLCU. Deren Anwendungsbereich ist auf Verbraucherverträge beschränkt. In der komplementären LCGC, die einen weiteren Anwendungsbereich hat, finden sich wiederum nur Vorschriften zur Nichtigkeit im Allgemeinen. Mehr noch, aus der Verweisung in Art. 8 Abs. 2 LCGC auf die Missbräuchlichkeit von Klauseln nach dem TRLCU für Verbrau-

¹⁰⁷³ Siehe Art. 7.14 Ley 1/2013.

¹⁰⁷⁴ Wörtlich: “4. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.”; vgl. dazu etwa *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, *Todo ejecución hipotecaria*, 2018, S. 360 f.; *Alcalá Díaz*, *La protección del deudor hipotecario*, 2013, S. 175.

¹⁰⁷⁵ *Cordón Moreno*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 11/2014, 186 (189).

¹⁰⁷⁶ Vgl. zur Frage des Anwendungsbereichs auch *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 795.

¹⁰⁷⁷ So auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, ³2015, S. 1081.

cherverträge¹⁰⁷⁸ folgt *e contrario*, dass die LCGC das Konzept der missbräuchlichen Klausel selbst nicht aufgreift. Damit kann Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC trotz seiner allgemeinen Formulierung und systematischen Verortung nur auf Verbraucherverträge anwendbar sein.¹⁰⁷⁹

cc) Folgen für anhängige Vollstreckungen – Korrektur des EuGH
Mit der vierten Übergangsbestimmung zur Ley 1/2013 findet sich ein weiteres Stück spanischer Gesetzgebung, dass in der Folge vom EuGH kassiert wurde. Absatz 2 und 3 der Norm bestimmten, dass für vor Inkrafttreten von Ley 1/2013 anhängige Hypothekenvollstreckungsverfahren eine Ausschlussfrist von einem Monat ab Gesetzesveröffentlichung (gem. Abs. 4) gilt, um Einspruch gegen die Zwangsvollstreckung wegen missbräuchlicher Klauseln einzulegen. Nach Absatz 2 Satz 2 galt die Übergangsbestimmung für jedes Verfahren, in dem der Käufer das Grundstück noch nicht nach Art. 675 LEC in Besitz genommen hat. Der EuGH entschied, dass diese Regelung Art. 6 und 7 Klausel-RL widerspricht, soweit sich das Hypothekenvollstreckungsverfahren gegen Verbraucher richtet.¹⁰⁸⁰ Entscheidend für die Unvereinbarkeit insbesondere mit Art. 7 Klausel-RL war die Modalität des Fristbeginns – die Frist von einem Monat wurde durch die Gesetzesveröffentlichung im Amtsblatt in Lauf gesetzt, und nicht etwa individuell für jeden Verbraucher.¹⁰⁸¹ Die sei insbesondere mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht vereinbar, weil die Verbraucher im Rahmen der Zwangsvollstreckung zunächst individuell über ihr Recht belehrt worden sind, nur innerhalb einer Frist von zehn Tagen Einspruch gegen die Vollstreckung einlegen zu

¹⁰⁷⁸ Die Formulierung in Art. 8 Abs. 2 erscheint etwas ungenau. “[...] *cuando se haya celebrado con un consumidor* [...]” schließt jedenfalls Verträge zwischen Verbrauchern nicht aus, was inkongruent zum Anwendungsbereich sowohl von LCGC als auch TRLCU wäre. Aus der Systematik, vor allem der Betrachtung von Art. 2 Abs. 1 LCGC, muss man wohl implizit annehmen, dass der Klauselverwender Unternehmer sein muss.

¹⁰⁷⁹ So auch *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 516 ff.; mit diesem Ergebnis implizit auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 154.

¹⁰⁸⁰ EuGH, 29.10.2015, Rs. C-8/14 (*BBVA*); ausführlich zum Urteil *Quesada López*, Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?, 2020, S. 78 ff.

¹⁰⁸¹ EuGH, 29.10.2015, Rs. C-8/14 (*BBVA*), Rn. 33 ff.

können.¹⁰⁸² Damit wurden sie über die neue (in Ley 1/2013 vorgesehene) Monatsfrist nicht über den gleichen verfahrensrechtlichen Weg informiert.¹⁰⁸³

dd) Äquivalente Änderungen für die ordentliche Vollstreckung
Die Reform durch Ley 1/2013 änderte nicht nur die Einspruchsgründe für das besondere Verfahren der Hypothekenvollstreckung. Der spanische Gesetzgeber sorgte bei dem Schutz vor missbräuchlichen Klauseln – gezwungenermaßen – vielmehr für einen weitgehenden Gleichlauf zwischen besonderem und ordentlichem Vollstreckungsverfahren.

Art. 7.1 Ley 2013 ergänzte Art. 552 Abs. 1 um einen zweiten Satz. Er sieht die Ablehnung der Vollstreckung durch das Gericht vor (und zwar *ex officio*), wenn dieses zu dem Schluss kommt, der Vollstreckungstitel enthalte eine missbräuchliche Klausel.¹⁰⁸⁴ Dafür verweist Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC auf Art. 561 Abs. 1 Nr. 3 LEC, der Aufschluss über den Inhalt von Beschlüssen gibt, die das Gericht als Entscheidung über Widersprüche der Parteien erlassen kann. Zuvor gibt das Gericht den Parteien eine Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 15 Tagen¹⁰⁸⁵; nach der Anhörung der Parteien muss der Beschluss innerhalb weiterer fünf Tage ergehen.

Ein Gleichlauf der Einspruchsgründe der *ejecución ordinaria* mit jenen der *ejecución hipotecaria* erreichte der spanische Gesetzgeber schließlich einem weiteren Einspruchsgrund in Art. 557 Abs. 1 LEC, der die materiellen Einspruchsgründe für das ordentliche, auf einem außergerichtlichen Titel fußende Vollstreckungsverfahren abschließend aufzählt.¹⁰⁸⁶ Nach Art. 557 Abs. 1 Nr. 7 LEC kann der Schuldner nunmehr einwenden, der Vollstreckungstitel enthalte missbräuchliche Klauseln.¹⁰⁸⁷ Der Einspruch führt dazu, dass der Justizsekretär die Vollstreckung suspendiert, Art. 557 Abs. 2 LEC. Auch die Rechtsfolgen bei Existenz einer missbräuchlichen Klausel glich der spanische Gesetz-

¹⁰⁸² Ebenda, Rn. 36.

¹⁰⁸³ Ebenda, Rn. 38.

¹⁰⁸⁴ Alcalá Díaz, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 173.

¹⁰⁸⁵ In der ersten Fassung durch Ley 1/2013 nur fünf Tage; mit Ley 8/2013 (also nach eineinhalb Monaten) auf 15 Tage verlängert; auch hier war die Begründung eine technische Verbesserung der Redaktion, vgl. *Exposición de Motivos* zu Ley 8/2013, Nr. IX Abs. 5.

¹⁰⁸⁶ Vgl. Alcalá Díaz, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 174.

¹⁰⁸⁷ Hinzugefügt durch Art. 7.2 Ley 1/2013.

geber an. Nach Art. 561 Abs. 1 Nr. 3 LEC¹⁰⁸⁸ beschließt das Gericht entweder die Unzulässigkeit der Vollstreckung oder lässt sie unter Nichtanwendung der Klausel fortsetzen.¹⁰⁸⁹

Insgesamt bewirken die Einspruchsgründe in Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC, Art. 129 Abs. 2f) LH und Art. 552 Abs. 1, 557 Abs. 1 Nr. 7 LEC weitgehende Parallelität im Schutz vor missbräuchlichen Klauseln in den verschiedenen Verwertungssystemen. Diese Parallelität stellt die von den Art. 681 ff. LEC angedachte Privilegierung des Gläubigers erheblich infrage.

e) Verfahren und Folgen des Einspruchs: Art. 695 Abs. 2 und 3 LEC
Welche Rechtsfolgen das Berufen auf einen der Einspruchsgründe aus Art. 695 Abs. 1 LEC hat, bestimmen Art. 695 Abs. 2 und 3 LEC. Hat der Schuldner einen der Einspruchsgründe aus Art. 695 Abs. 1 LEC vorgebracht, setzt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle¹⁰⁹⁰ die Vollstreckung aus, Art. 695 Abs. 2 LEC. Er lädt die Parteien sodann mit einer Frist von mindestens 15 Tagen zu einem mündlichen Termin vor Gericht, das den Vollstreckungsbefehl erlassen hat.¹⁰⁹¹ Das Gericht hört die Parteien an und lässt etwaige Schriftstücke zu. Anschließend entscheidet es binnen zwei Tagen über den Einspruch mittels Beschluss.

In der Festlegung der Fristen zwischen Einspruch, Anhörung und Entscheidung lässt sich durchaus die Tendenz des Gesetzgebers erkennen, das Verfahren der *ejecución hipotecaria* – wenn auch marginal – zu verlangsamen. Lagen zwischen Vorladung und mündlichem Termin ursprünglich vier Tage, verlängerte sich die Frist 2013 auf 15 Tage.¹⁰⁹² Dies geschah im Rahmen einer Gesetzesreform, die in ihrem Hauptanliegen andere Zwecke verfolgte; hinsichtlich der Änderungen der LEC durch die Reform sprach der Gesetzgeber in den Motiven gar nur von technischen, redaktionellen Verbesserun-

¹⁰⁸⁸ Hinzugefügt durch Art. 7.3 Ley 1/2013.

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 174.

¹⁰⁹⁰ Ursprünglich das Gericht selbst, Art. 695 Abs. 2 i.d.F. vom 8.1.2000; geändert durch Art. 15.310 Ley 13/2009.

¹⁰⁹¹ Vgl. etwa auch *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 803.

¹⁰⁹² Schlussbestimmung 4.2 von Ley 8/2013; auch die Frist in der *ejecución ordinaria* in Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC wurde von 5 auf 15 Tage verlängert.

gen.¹⁰⁹³ Diese Verlängerung könnte eine Reaktion auf die Tatsache sein, dass die ursprüngliche Zeitspanne von vier Tagen zu knapp war, um nunmehr auch die Missbräuchlichkeit von Klauseln zu untersuchen. Nicht verlängert hat sich hingegen die Zeit zwischen Anhörung der Parteien und Beschluss über den Einspruch.

Ist der Einspruch nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 1 und 3 LEC begründet, beschließt das Gericht die Einstellung der Vollstreckung, Art. 695 Abs. 3 UAbs. 1 Hs. 1 LEC. Bei Begründetheit des Einspruchs nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 2 LEC setzt der Beschluss den richtigen Betrag fest, wegen dem vollstreckt werden soll, Art. 695 Abs. 3 UAbs. 1 Hs. 1 LEC. Sollte dem Einspruch wegen Missbräuchlichkeit einer Klausel nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC stattgegeben werden, stellt das Gericht die Vollstreckung ein, wenn die Klausel die Grundlage der Vollstreckung bildet.¹⁰⁹⁴ Bildet sie nicht die Grundlage der Vollstreckung, wird die Vollstreckung unter Nichtanwendung der Klausel weitergeführt, Art. 695 Abs. 3 UAbs. 2 LEC.¹⁰⁹⁵

Angemerkt sei schließlich, dass sich bei der Frist zur Geltendmachung des Einspruchs eine weitere Unklarheit in der Regelungsverweisung konstatieren lässt.¹⁰⁹⁶ Die Art. 681 ff. LEC treffen selbst keine Regelung für die Frage, innerhalb welcher Frist der Vollstreckungsschuldner die Einspruchsgründe nach Art. 695 Abs. 1 LEC geltend machen kann. Man kann also zu dem Schluss kommen, der Schuldner sei hierfür an keine Frist gebunden und könne bis zum Ende der Zwangsvollstreckung Einspruch einlegen. Über die allgemeine Verweisung in Art. 681 Abs. 1 LEC kann man andererseits zu dem Ergebnis gelangen, Art. 556 LEC sei auch für die Einsprüche nach Art. 695 Abs. 1 LEC anwendbar.¹⁰⁹⁷ Dies bedeutete (verbunden mit der Verweisung aus Art. 557 Abs. 1

¹⁰⁹³ *Exposición de Motivos*, Nr. IX Abs. 5, zu Ley 8/2013.

¹⁰⁹⁴ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 177.

¹⁰⁹⁵ Vgl. auch *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 177.

¹⁰⁹⁶ Kritisch auch *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 104.

¹⁰⁹⁷ Dafür *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 802; *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 530; zudem wohl (ohne eine genaue Norm zu nennen) *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 104.

LEC¹⁰⁹⁸) eine Frist von zehn Tagen ab Zustellung des Vollstreckungsbeschlusses. Diese Auslegung scheint jedenfalls der Gesetzgeber zu vertreten, der in der vierten Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013 von einer Geltung des Art. 556 Abs. 1 LEC auch für Art. 695 Abs. 1 LEC ausgeht.¹⁰⁹⁹

f) Rechtsmittel nach Art. 695 Abs. 4 LEC – EuGH interveniert erneut
Welche Rechtsmittel die Parteien gegen die Entscheidung über den Einspruch nach Art. 695 Abs. 1 einlegen können, bestimmt Art. 695 Abs. 4 LEC. Vor dem Urteil in der Rechtssache *Aziz* sah die Norm vor, dass man gegen den die Vollstreckung abweisenden Beschluss Berufung (*recurso de apelación*) einlegen kann.¹¹⁰⁰ Damit stand de facto nur dem Gläubiger ein Rechtsmittel zu.¹¹⁰¹ Andere Berufungsmöglichkeiten schließt Satz 2 ausdrücklich aus. Nach dem *Aziz*-Urteil und der Reform durch Art. 7.14 Ley 1/2013 kam nur ein weiterer Berufungsgrund hinzu: angegriffen konnte demnach (neben dem Abweisungsbeschluss) auch ein Beschluss, der die Nichtanwendung einer missbräuchlichen Klausel anordnete.¹¹⁰² Insgesamt blieb es also dabei, dass Art. 695 Abs. 4 LEC nur Rechtsmittel zugunsten des Vollstreckungsgläubigers vorsah.

Diese auf den ersten Blick einseitige Gestaltung der Rechtsmittel veranlasste eine weitere Vorlagefrage beim EuGH nach Art. 267 AEUV.¹¹⁰³ Der EuGH entschied, dass die Regelung in Art. 695 Abs. 4 LEC unvereinbar ist mit Art. 7 Klausel-RL und Art. 47 Grundrechte-Charta.¹¹⁰⁴ Diese Entscheidung sah sich vereinzelt Kritik in der spanischen

¹⁰⁹⁸ „[...] en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior [...]“.

¹⁰⁹⁹ So auch *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 530.

¹¹⁰⁰ Art. 695 Abs. 4 LEC i.d.F. vom 8.1.2000.

¹¹⁰¹ *Quesada López*, Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?, 2020, S. 72.

¹¹⁰² Art. 695 Abs. 4 LEC i.d.F. vom 15.5.2013; vgl. etwa auch *Gómez Pomar/Lyczkowska*, in: InDret 4/2014, S. 16.

¹¹⁰³ AAP Castellón, 2.4.2014, Secc. 3^a, ECLI:ES:APCS:2014:162A.

¹¹⁰⁴ EuGH, 17.7.2014, Rs. C-169/14 (*Sánchez Morcillo*).

Literatur ausgesetzt.¹¹⁰⁵ Auch der Generalanwalt *Wahl* hatte noch anders entschieden.¹¹⁰⁶

Eine Anpassung an das EuGH-Urteil erfolgte durch die dritte Schlussbestimmung von RDL 11/2014.¹¹⁰⁷ Art. 695 Abs. 4 LEC enthält nunmehr drei Berufungsgründe. Neben der Einstellung der Vollstreckung und der Nichtanwendung einer für missbräuchlich befundenen Klausel können die Parteien nun auch Berufung einlegen, wenn der Beschluss einen Einspruch abgelehnt hat, der die Missbräuchlichkeit einer Klausel geltend macht.¹¹⁰⁸ Mit der Reform setzte der spanische Gesetzgeber die Vorgaben aus dem Urteil des EuGH zwar um.¹¹⁰⁹ Die Gestaltung ist aber immer noch vergleichsweise schuldnerunfreundlich, bedenkt man, dass von den Einspruchsgründen nur das Berufen auf eine missbräuchliche Klausel mit einem Rechtsmittel zugunsten des Schuldners ausgestattet ist. Eine Ungleichheit der Rechtsmittel liegt für die anderen Einspruchsgründe weiterhin vor.¹¹¹⁰ Hat sich die Situation des Vollstreckungsschuldners damit wesentlich verbessert? Er mag nun zwar ein Rechtsmittel gegen den seinen Einspruch abweisenden Beschluss zur Hand haben. Der *recurso de apelación* suspendiert allerdings nicht die weitere Vollstreckung, Art. 561 Abs. 1 LEC – mithin trägt der Schuldner das Risiko, sein Eigenheim dauerhaft zu verlieren, trotz möglichen Erfolgs des Rechts-

¹¹⁰⁵ Kritisch (aber einen Verstoß der Regelung gegen die spanische Verfassung feststellend) *Carrasco Perera/Lyczkowska*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 10/2014, 1 (9 ff.); zustimmend *Cordón Moreno*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 11/2014, 186 (Fn. 2); ausführlich zum Urteil *Quesada López*, *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, 2020, S. 70 ff.; siehe auch *Gómez Pomar/Lyczkowska*, in: *InDret* 4/2014, S. 17; kritisch aus deutschem Schrifttum etwa auch *Kas/Micklitz*, in: *EWS* 4/2018, 181 (188).

¹¹⁰⁶ GA *Wahl*, Schlussanträge vom 3.7.2014, Rs. C-169/14.

¹¹⁰⁷ Real Decreto-ley 11/2014, *de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal*; der Rechtsakt wurde später in Gesetzesfassung erlassen, vgl. *Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal*.

¹¹⁰⁸ Siehe etwa *Cordón Moreno*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 11/2014, 186 (188), der zudem die vierte Übergangsbestimmung zu RDL 11/2014 als verfassungswidrig betrachtet (S. 189 f.).

¹¹⁰⁹ Vgl. auch *Exposición de Motivos*, Nr. VI Abs. 10, zu RDL 11/2014.

¹¹¹⁰ *Cordón Moreno*, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 11/2014, 186 (188).

mittels.¹¹¹¹ Man kann also an einer wesentlichen Verbesserung des Vollstreckungsschutzes zweifeln.¹¹¹²

3. Art. 696 und Art. 697 LEC als Suspensionsgründe

Art. 696 und 697 LEC enthalten schließlich noch zwei weitere Gründe, aus denen die Vollstreckung ausgesetzt werden kann. In Art. 696 LEC findet sich zunächst die sogenannte *tercería de dominio*. Mit ihr können Dritte Eigentumsrechte an den vollstreckungsgegenständlichen Gütern geltend machen. Die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs setzt nach Art. 696 Abs. 1 LEC voraus, dass die dritte Person eine Eigentumsurkunde vorlegt, die auf ein Datum vor Bestellung der Sicherheit datiert ist; bei eingetragenen Eigentumsrechten ist eine Bescheinigung des entsprechenden Registers erforderlich sowie eine Bestätigung, dass die entsprechende Eintragung nicht erloschen oder gelöscht ist.¹¹¹³ Die Norm muss dabei so gelesen werden, dass das Eigentum zwar vor der Hypothek erworben, aber nicht vor ihr ins Grundbuch eingetragen wurde; ansonsten wäre die Eintragung der Hypothek (durch einen anderen Besteller) gar nicht möglich.¹¹¹⁴ Die Zulassung des Rechtsbehelfs durch das Gericht setzt die Vollstreckung für die fraglichen Vermögenswerte aus, Art. 696 Abs. 2 LEC. In zeitlicher Hinsicht soll die Einlegung des Rechtsbehelfs von der Kenntnis des Dritten von der Vollstreckung bis zur Zuschlagung der Immobilie in der Vollstreckung möglich sein.¹¹¹⁵

Art. 697 LEC befasst sich mit der Aussetzung der Vollstreckung, wenn diese im Zusammenhang mit einer Straftat steht. Dabei folgt aus dem Verweis auf Art. 569 LEC, dass es für eine Aussetzung der Vollstreckung nicht ausreicht, wenn etwa der Vollstreckungsschuldner vorbringt, der Vollstreckungstitel oder die Durchführung der Vollstreckung beruhe auf deliktischen Handlungen (Art. 569 Abs. 1 S. 1 LEC). Vielmehr muss

¹¹¹¹ Siehe dazu Art. 698 LEC, oben Kap. 6 V 2 b).

¹¹¹² Darauf hinweisend auch AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2^a, ECLI:ES:JPI:2014:41A, FD 8, Rn. 27.

¹¹¹³ Vgl. auch *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 805.

¹¹¹⁴ STS, 9.6.2006, ECLI:ES:TS:2006:3252, FD 3; siehe zu den Anwendungsfällen *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 808 f.

¹¹¹⁵ *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 809 f.

ein Strafverfahren anhängig sein, dass sich mit der Unrichtigkeit des Titels oder der Ungültigkeit oder Unzulässigkeit der Durchführung der Vollstreckung beschäftigt.¹¹¹⁶ Sollte ein solches Strafverfahren eingeleitet werden, suspendiert das Vollstreckungsgericht nach Anhörung der Parteien die Vollstreckung, Art. 569 Abs. 1 S. 2 LEC. Sollte sich die Unbegründetheit des Verdachts der Strafbarkeit herausstellen, kann der Vollstreckungsgläubiger gem. Art. 569 Abs. 2 LEC i.V.m. Art. 40 Abs. 7, 712 ff. LEC den Schaden ersetzt verlangen, der sich aus der Aussetzung des Verfahrens ergibt. Der Gläubiger kann die Vollstreckung außerdem fortführen lassen, wenn er eine ausreichende Sicherheit für etwaige dem Vollstreckungsschuldner entstehende Schäden hinterlegt, Art. 569 Abs. 3 LEC.

Der primäre (und auch schon nach altem Recht vorhandene) Unterschied zwischen diesen besonderen Suspensionstatbeständen und den Einsprüchen nach Art. 695 LEC ist die Tatsache, dass die Einsprüche nach Art. 695 LEC zu einer kontradiktorischen Auseinandersetzung (*incidente contradictorio*) zwischen den Beteiligten in demselben Verfahren führen.¹¹¹⁷ So müssen die Beteiligten vor der Entscheidung über den Einspruch nach Art. 695 Abs. 2 LEC angehört werden und sie erhalten die Gelegenheit zur Stellungnahme, vgl. Art. 695 Abs. 2 LEC. Dies ist bei Art. 696, 697 LEC nicht der Fall, woraus auch ihre abgegrenzte Regelung folgt. Die Art. 696 und 697 LEC führen außerdem unmittelbar nur zu einer Aussetzung (*suspensión*) des Verfahrens.¹¹¹⁸

4. *Motivos procesales* und konkrete Vollstreckungsakte

Die Tatbestände in Art. 695 Abs. 1 LEC zählen auf den ersten Blick nur Einspruchsgründe auf, die man als materieller oder inhaltlicher Natur bezeichnen kann. Es drängt sich daher die Frage auf, ob dem Hypothekenschuldner auch Einspruchsgründe formeller Natur zur Verfügung stehen. Die spanische Zivilprozessordnung kennt mit Art. 559 LEC zunächst eine Norm, die dem Schuldner die Möglichkeit eines Einspruchs zubil-

¹¹¹⁶ Cruz Gallardo, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 810 ff.

¹¹¹⁷ Cruz Gallardo, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 783, 804; Díaz Fraile, Ejecución judicial sobre bienes hipotecados, 2000, S. 781.

¹¹¹⁸ Casero Linares, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 103.

ligt, der auf prozessualen Mängeln oder Fehlern (*defectos procesales*) beruht. Daneben können sowohl Vollstreckungsschuldner als auch Vollstreckungsgläubiger nach Art. 562 LEC mit unterschiedlichen Mitteln in den nicht von der Vollstreckungsabwehr nach Art. 559 LEC erfassten Fällen Gesetzesverstöße angreifen, die auf konkreten Rechtsakten während der Vollstreckung beruhen. Insgesamt kennt die Kontrolle der Zulässigkeit der Vollstreckung zwei Phasen: Einerseits kann der Vollstreckungsschuldner sie nach Beginn der Vollstreckung begehren (Art. 559 Abs. 1 LEC), andererseits kann (und muss) der Richter sie *ex officio* vor dem Vollstreckungsbeschluss nach Art. 551 Abs. 1 LEC vornehmen.¹¹¹⁹

a) Art. 559 LEC und Art. 562 LEC als mögliche Einwendungen prozessualer Natur

aa) Einspruch wegen prozessualer Mängel im normalen Vollstreckungsverfahren – Art. 559 LEC

Die LEC statuiert mit Art. 559 für die *ejecución ordinaria* eine zentrale Norm, die solche Einspruchsgründe regelt, die auf Verfahrensfehlern – *defectos procesales* – beruhen. Sein Tatbestand beschränkt sich dabei nicht nur auf Verfahrensfehler, sondern erstreckt sich auch auf das Fehlen der originären Voraussetzungen für ein Vollstreckungsverfahren überhaupt.¹¹²⁰ Art. 559 Abs. 1 zählt die Mängel auf, die zur Vollstreckungsabwehr berechtigen. Zum einen ist dies das Fehlen der Passivlegitimation des Schuldners, das heißt der Fall, dass sich die Vollstreckung gegen die falsche Person richtet, sowie sein Fehlen der Postulationsfähigkeit.¹¹²¹ Erfasst sind weiter die fehlende Aktivlegitimation, Parteifähigkeit, Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit des Vollstreckungsgläubigers.¹¹²² Ferner berechtigt auch der Einwand vollständiger Nichtigkeit (*nulidad radical*) der Vollstreckung zur Erhebung des Einspruchs, wenn er auf einem der folgenden Aspekte beruht: erstens, dass das der Vollstreckung zugrundeliegende Urteil keine Verurteilung zu einer Leistung enthält; zweitens, dass das zur Vollstreckung berechtigende Dokument (zum Beispiel die Hypothekenurkunde) den rechtlichen Vorausset-

¹¹¹⁹ Carrasco Perera, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, 58 (60).

¹¹²⁰ AAP Barcelona, 20.12.2012, Secc. 13^a, ECLI:ES:APB:2012:8898A, S. 2 f.; Fortea Gorbe, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 101.

¹¹²¹ Gimeno Sendra, Derecho procesal civil, II. Los procesos especiales, 2007, S. 176.

¹¹²² Vázquez Iruzubieta, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, S. 775.

zungen nicht genügt.¹¹²³ Bei der Urkunde über die Errichtung der Hypothek wäre dies beispielsweise der Fall, wenn in ihr nicht die nach Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC erforderliche Wertschätzung der Immobilie als Grundlage für die Versteigerung enthalten ist. Und drittens, wenn Art. 520 LEC verletzt wurde, der festlegt, dass bei bestimmten außergerichtlichen Titeln eine Vollstreckung erst ab einem Wert von 300 € erfolgen kann.

Der Einspruch nach Art. 559 LEC führt im Gegensatz zu Einsprüchen wegen materieller Gründe nicht zur Suspendierung der Zwangsvollstreckung. Dies ergibt sich aus Art. 565 Abs. 1 LEC, der klarstellt, dass eine Aussetzung der Vollstreckung nur in den ausdrücklich im Gesetz angeordneten Fällen erfolgt. Im normalen Vollstreckungsverfahren ist das zum Beispiel bei den inhaltlich motivierten Einsprüchen gegen außergerichtliche Vollstreckungstitel der Fall.

Hinsichtlich der Einsprüche wegen *motivos de fondo* (Art. 556 – 558 LEC) und *motivos procesales* gilt im normalen Vollstreckungsverfahren das Prinzip der Konzentration, das heißt alle Einsprüche müssen zusammen in einem Schriftsatz vorgetragen werden.¹¹²⁴ Bei der Auseinandersetzung der Parteien und der Entscheidung des Gerichts haben die *motivos procesales* allerdings Vorrang: Über die auf materiellen Gründen beruhenden Einwände wird nur entschieden, wenn der Einspruch wegen *motivos procesales* abgewiesen wird.¹¹²⁵ Daraus folgt gleichzeitig, dass die inhaltlichen Einsprüche nur hilfsweise vorzutragen sind.

Die Einsprüche nach Art. 559 Abs. 1 LEC müssen innerhalb einer Frist von 10 Tagen ab Zustellung des Vollstreckungsbeschlusses geltend gemacht werden; die Frist des Art. 556 Abs. 1 LEC wird als für alle Einsprüche geltende Frist angesehen.¹¹²⁶ Der Schuldner hat gem. Art. 559 Abs. 2 LEC die Möglichkeit, innerhalb von 5 Tagen auf den Einspruch zu reagieren. Sollte der Fehler heilbar sein, setzt das Gericht dem Vollstre-

¹¹²³ *Vázquez Iruzubieta*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, S. 776; *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 559, S. 571.

¹¹²⁴ *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 559, S. 570.

¹¹²⁵ Ebenda.

¹¹²⁶ *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 559, S. 570.

ckungsgläubiger mittels Verfügung eine Frist von 10 Tagen, um ihn zu beheben.¹¹²⁷ Sollte der Fehler nicht behebbar sein oder der Vollstreckungsgläubiger ihn nicht innerhalb der Frist beheben, beschließt das Gericht die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung unter Auferlegung der Kosten des Verfahrens auf den Gläubiger.

Hervorzuheben bleibt, dass auch die Geltendmachung prozessualer Fehler oder Mängel nach Art. 559 LEC begrenzt ist. Für die nicht in Art. 559 LEC genannten Fehler verbleiben dem Schuldner die in Art. 562 LEC genannten Möglichkeiten.¹¹²⁸

bb) Einwände des Vollstreckungsschuldners aufgrund konkreter Rechtsakte – Art. 562 LEC

Art. 562 LEC erlaubt die Anfechtung (*impugnación*) von Verstößen gegen Regelungen, die Rechtsakte während der Vollstreckung zum Gegenstand haben. Dabei kann der Schuldner, soweit die Gesetzesverletzung auf einer Entscheidung des Gerichts oder Rechtspflegers beruht, Widerspruch bzw. Beschwerde (*recurso de reposición*) gegen dieselbe einlegen (Abs. 1 Nr. 1), in den im Gesetz ausdrücklich zugelassenen Fällen Berufung einlegen (Nr. 2) oder mangels konkreter richterlicher Entscheidung mittels Schreiben an das zuständige Gericht (Nr. 3) seine Beschwerde zum Ausdruck bringen.¹¹²⁹ Umfasst sind also nicht nur Entscheidungen des Gerichts, sondern durch das letztgenannte Schreiben auch Handlungen anderer Vollstreckungsorgane, zum Beispiel die Art und Weise der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher.¹¹³⁰ Diese *escrito de protesta* hat insofern eine der deutschen Vollstreckungserinnerung gleichkommende Funktion, während der Widerspruch nach Abs. 1 Nr. 1 der sofortigen Beschwerde nach § 793 BGB ähnelt. Die Rechtsbehelfe nach Art. 562 LEC führen im Gegensatz zur *oposición* nach Art. 559 LEC nicht zur Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung bzw. richten sich nicht gegen sie als Ganzes. Das Gericht kann nur die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Vollstreckungsakts feststellen oder in den Fällen der Art. 225 ff. LEC seine Un-

¹¹²⁷ *Vázquez Iruzubieta*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, S. 776.

¹¹²⁸ *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 559, S. 571.

¹¹²⁹ Die Beschwerde (*recurso de reposición*) richtet sich immer gegen die Instanz, die auch entschieden hat; über die Berufung entscheidet das nächsthöhere Gericht (*iudex ad quem*), Art. 451 Abs. 2, 455 Abs. 2 LEC.

¹¹³⁰ *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 562, S. 635.

wirksamkeit beschließen.¹¹³¹ Aus Art. 567 LEC folgt, dass die verschiedenen Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung auf die Zwangsvollstreckung haben.¹¹³² Mit Art. 563 LEC findet sich noch eine weitere, speziellere Vorschrift, die Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners für den Fall regelt, dass das Vollstreckungsgericht in Widerspruch zum Vollstreckungstitel handelt. Diese Norm ist allerdings auf gerichtliche Titel beschränkt und für die Vollstreckung aus einer Hypothek daher nicht von Belang.

b) Anwendbarkeit auf die *ejecución hipotecaria*?

Ob der Schuldner imstande ist, solche prozessualen Einwände im Verfahren der Hypothekenvollstreckung selbst geltend zu machen, ist umstritten. Dies folgt insbesondere aus dem Umstand, dass Art. 695 LEC nach allgemeiner Ansicht¹¹³³ nur *motivos de fondo*, also inhaltliche Einspruchsgründe aufzählt.

Unter der Prämisse des *numerus clausus* von Art. 695 LEC scheinen prozessuale Einwände aus der LEC dem Schuldner nicht zur Verfügung zu stehen. Allerdings haben Rechtsprechung¹¹³⁴ und Literatur¹¹³⁵ mit teils unterschiedlicher Begründung und unterschiedlichen Ansätzen die Geltendmachung prozessualer Einwände zugelassen. Dies gilt vor allem für Art. 559 LEC; aber auch bei Art. 562 LEC muss die Frage seiner An-

¹¹³¹ *Gimeno Sendra*, Derecho procesal civil, II. Los procesos especiales, ²2007, S. 185.

¹¹³² *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 562, S. 636; für den Widerspruch folgt dies zudem aus Art. 454 LEC.

¹¹³³ So unter anderem AAP Barcelona, Secc. 13^a, 29.4.2010, ECLI:ES:APB:2010:3370A, S. 2.

¹¹³⁴ AAP Valencia, Secc. 9^a, 16.2.2016, ECLI:ES:APV:2016:11A, FD 2; AAP Barcelona, Secc. 16^a, 8.3.2011, ECLI:ES:APB:2011:1380A, FD 3; AAP Barcelona, Secc. 13^a, 20.12.2012, ECLI:ES:APB:2012:8898A, RJ 2; AAP Castellón, Secc. 3^a, 12.7.2012, ECLI:ES:APCS:2012:638A, FD 2; AAP Barcelona, Secc. 13^a, 29.4.2010, ECLI:ES:APB:2010:3370A, RJ 2; SAP Barcelona, 25.2.2010, ECLI:ES:APB:2010:2106, RJ 2 (Das Gericht nennt Art. 559 LEC zwar nicht ausdrücklich, erkennt seine Anwendung durch die Zulassung eines Einspruchs wegen fehlender *notificación* aber an); AAP Cuenca, Secc. 1^a, 17.4.2012, ECLI:ES:APCU:2012/147A, RJ 4; AAP Pontevedra, 28.10.2011, ECLI:ES:APPO:2011:1300A, RJ 3; AAP Palma de Mallorca, Secc. 5^a, 25.10.2007, ECLI:ES:APIB:2007:594A, RJ 1 f.; AAP Madrid, Secc. 14^a, 15.11.2006, ES:APM:2006:14045A, RJ 2; AAP Pontevedra, Secc. 1^a, 7.9.2006, ECLI:ES:APPO:2006:168A, RJ 1 f.; AAP Valladolid, Secc. 1^a, 31.1.2006, ECLI:ES:APVA2006:596A, RJ 3.

¹¹³⁵ *Izquierdo Blanco/Adán Doménech*, Todo ejecución hipotecaria, 2018, S. 361; *Montero Aroca/Calderón Cuadrado*, Ley de Enjuiciamiento Civil, ¹³2007, Art. 695, S. 453; *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 104 f.

wendbarkeit auf die *ejecución hipotecaria* gestellt werden. Angesichts des Verweises des Art. 681 Abs. 1 LEC auf das allgemeine Vollstreckungsverfahren¹¹³⁶ scheint die Anwendung des Art. 559 LEC auf die Art. 681 ff. LEC keineswegs von vornherein ausgeschlossen.¹¹³⁷ Teilweise wird in der spanischen Literatur und Rechtsprechung der Rückgriff auf Art. 559 LEC jedoch mit der Begründung negiert, die Regelung des Art. 695 LEC habe für die *ejecución hipotecaria* einen insgesamt abschließenden Charakter.¹¹³⁸ Die Hypothekenvollstreckung sei ein besonderes und vor allem auch selbstständiges Vollstreckungsverfahren innerhalb der LEC, weshalb eine strenge Auslegung hinsichtlich in Betracht kommender Einspruchsgründe notwendig sei, im Ergebnis eine Beschränkung nur auf jene nach Art. 695 LEC. Für diese Auslegung spreche auch der Umstand, dass eine Berufung des Schuldners auf formale Mängel im alten Vollstreckungsverfahren in der *Ley Hipotecaria* (vor Inkrafttreten der LEC) nach allgemeiner Ansicht nicht möglich war; er musste sich mit der Geltendmachung in einem nachgelagerten deklaratorischen Verfahren begnügen.¹¹³⁹ Ausweislich der Motive zur LEC beabsichtigte der spanische Gesetzgeber mit der Ausgliederung des Hypothekenvollstreckungsverfahrens aus der *Ley Hipotecaria* und seiner Einführung in die LEC keine grundlegende Änderung seines summarischen Charakters; der Wille des Gesetzgebers¹¹⁴⁰ spricht also eher dafür, *motivos procesales* weiterhin nicht als Einwände zuzulassen. Andererseits hat Art. 132 LH a.F. im Gegensatz zu Art. 681 Abs. 1 LEC gerade

¹¹³⁶ “[...] *sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título* [...]”.

¹¹³⁷ In diese Richtung auch *Fortea Gorbe*, *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, 2016, S. 99; dieser Begründung folgend auch die meisten zitierten spanischen Gerichte.

¹¹³⁸ *Díaz Fraile*, *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, 2000, S. 780 f.; *Achón Bruñén*, *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, 2017*, S. 193 ff.; *Cruz Gallardo*, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, 2014, S. 800 f.; weitere Nachweise aus dem Schrifttum bei *Fortea Gorbe*, *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, 2016, S. 98; SAP Madrid, Secc. 8^a, 14.1.2013, ECLI:ESAPM:2013:424, FD 2; AAP Castellón, Secc. 3^a, 21.12.2010, ECLI:ES:APCS:2010:887A, FD 3; in diese Richtung auch der Beschluss des AP Jaén, 27.9.2011, Secc. 2^a, ECLI:ES:APJ:2010:549A, RJ 1, der zu dem Schluss kommt, dass die Zulässigkeit dieser Einsprüche mehr als zweifelhaft sei.

¹¹³⁹ AAP Madrid, Secc. 14^a, 15.11.2006, ES:APM:2006:14045A, RJ 2; *Fortea Gorbe*, *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, 2016, S. 96.

¹¹⁴⁰ Die Geltung des klassischen Auslegungskanonens für das spanische Recht ist in Art. 3.1 CC ausdrücklich festgehalten.

nicht auf die allgemeinen Regelungen des Vollstreckungsrechts verwiesen.¹¹⁴¹ Teilweise wird vorgebracht, das Zugeständnis eines Einspruchs wegen prozessualer Mängel sei nicht nötig, weil das zuständige Gericht das Fehlen der prozessualen Voraussetzungen des Hypothekenvollstreckungsverfahrens von Amts wegen zu kontrollieren habe.¹¹⁴² Dieses Argument überzeugt freilich nicht: Nur weil das Gericht das Vorliegen der prozessualen Voraussetzungen zu überprüfen hat, ergibt sich daraus noch nicht, dass eine anderweitige Kontrolle nicht notwendig sein kann und das Gericht die alleinige Verantwortlichkeit hierfür treffen sollte.¹¹⁴³ Weiter überzeugt das Argument der Ausschließlichkeit des Art. 695 LEC nur bedingt: im Gegensatz zu Art. 695 (und Art. 557, 558 LEC) führt der Einspruch wegen Verfahrensfehler nicht zur Suspendierung des Verfahrens, Art. 565 Abs. 1 LEC¹¹⁴⁴. Sofern man einen exklusiven Charakter von Art. 695 LEC annimmt, sei dieser also insoweit nicht verletzt, als Art. 559 LEC nicht zur Suspendierung des Verfahrens führt.¹¹⁴⁵ Dieser Gedanke verkennt allerdings, dass die Verfahrensfehler nach Art. 559 Abs. 1 LEC abweichend von Art. 698 LEC im Vollstreckungsverfahren selbst (und nicht etwa in einem nachgelagerten Erkenntnisverfahren) geltend gemacht werden können und nach Art. 559 Abs. 2 LEC nicht behebbare Fehler oder solche, die nicht innerhalb einer Frist von zehn Tagen behoben werden, zur Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung führen. Insofern hat die Zulassung von prozessualen Einspruchsgründen nach Art. 559 LEC doch eine die Exklusivität von Art. 695 LEC beschränkende Wirkung.

¹¹⁴¹ So auch AAP Barcelona, Secc. 13^a, 29.4.2010, ECLI:ES:APB:2010:3370A, S. 2.

¹¹⁴² *Cruz Gallardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, 2014, S. 800 f.

¹¹⁴³ Vgl. *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 100.

¹¹⁴⁴ Vgl. auch *Achón Bruñén*, Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real DecretoLey 1/2017, de 20 de enero, 2017, S. 195; Art. 565.1 LEC: “Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.”; nach *Garberí Llobregat/Torres Fernández de Sevilla/Duro Ventura/Casero Linares*, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 2001, Art. 559, S. 572 führe der Einspruch nach Art. 559 LEC bei außergerichtlichen Vollstreckungstiteln auch zur Aussetzung der Vollstreckung, ohne dass dies näher begründet wird.

¹¹⁴⁵ Vgl. *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 101.

Ein nur auf den ersten Blick überzeugendes Argument führt schließlich die AP Barcelona, Secc. 11, in ihrem Beschluss vom 28.4.2010 an. Das Gericht begründet die Nichtzulassung prozessualer Einspruchsgründe mit der Existenz von Art. 697 LEC. Dieser ermöglicht dem Schuldner die Aussetzung des Verfahrens, wenn ein Strafverfahren anhängig ist, das die Echtheit des Vollstreckungstitels oder die Gültigkeit oder Zulässigkeit der Vollstreckung zum Gegenstand hat. Aus dieser Norm lasse sich der Schluss ziehen, dass Verfahrensfehler oder gar fehlende Prozessvoraussetzungen gerade nur dann im Hypothekenvollstreckungsverfahren (mit Suspensivwirkung) geltend gemacht werden sollen, wenn diese in einem anhängigen Strafverfahren untersucht werden.¹¹⁴⁶ Dabei wird allerdings verkannt, dass das normale Vollstreckungsverfahren mit Art. 569 LEC, auf den Art. 697 LEC sogar verweist, auch eine Norm kennt, die die mögliche Aussetzung wegen *prejudicialidad penal* anordnet. Hier ist aber unstrittig (und auch logisch zwingend), dass Art. 559 LEC neben Art. 569 LEC angewandt werden kann und zwischen den Normen kein Spezialitätsverhältnis herrscht. Überdies sind auch die Rechtsfolgen unterschiedlich: Art. 559 LEC führt anders als Art. 569, 697 LEC gerade nicht ohne Weiteres zur Suspendierung der Vollstreckung. Der oben beschriebene Umkehrschluss aus der Existenz von Art. 697 LEC kann also nicht überzeugen.

Die Nichtzulassung prozessual motivierter Einspruchsgründe führte im Ergebnis zu einer Art rechtsfreien Raum, einer *zona oscura*¹¹⁴⁷ im Vollstreckungsverfahren, in dem die Nichtbeachtung wesentlichster prozessualer Voraussetzungen der Vollstreckung folgenlos bliebe. Eine solche prozessuale Immunität des Gläubigers kann auch vor dem Hintergrund eines summarischen, möglichst schnellen Verfahrens nicht gewollt sein. Für diese Sicht spricht auch der Gedanke des effektiven Rechtsschutzes.¹¹⁴⁸ Dieser ist in der spanischen Verfassung in Art. 24 Abs. 1 CE verankert und verlangt eine rechtsschutzbegünstigende Auslegung verfahrensrechtlicher Normen und Voraussetzungen.¹¹⁴⁹ Könnte der Schuldner nicht im Vollstreckungsverfahren selbst Verfahrensfehler

¹¹⁴⁶ AAP Barcelona, Secc. 11^a, 28.4.2010, ECLI:ES:APB:2010:3155A, FJ 3.

¹¹⁴⁷ AAP Barcelona, 28.4.2010, Secc. 11^a, ECLI:ES:APB:2010:3155A, S. 2.

¹¹⁴⁸ Siehe dazu *Fortea Gorbe*, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, 2016, S. 104.

¹¹⁴⁹ STC, 8.10.1985, ECLI:ES:TC:1985:109, FJ 3; STC, 18.4.2005, ECLI:ES:TC:2005:93, RJ 3.

geltend machen, gäbe es angesichts von Art. 698 LEC ansonsten keine Möglichkeit, irgendwelche Rechtswirkungen auf die Vollstreckung und ihre Rechtsfolgen zu erzeugen. Denn auch die Einlegung eines Rechtsmittels gegen den Vollstreckungsbeschluss oder den das Eigentum an der Immobilie zuschlagenden Beschluss ist dem Schuldner nicht möglich; er muss sich vollständig an das Erkenntnisverfahren halten, das aber lediglich entschädigen, nicht wiederherstellen kann.

In diesem Sinne entschied auch der *Tribunal Constitucional* in seiner Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde vom 2. März 2015.¹¹⁵⁰ Der Beschwerdeführer richtete sich gegen einen Beschluss des *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2* de Villarrobledo (Albacete) vom 17.4.2012. Das Gericht wies darin den Einspruch des Beschwerdeführers gegen eine Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek ab, ohne sich inhaltlich zum Einspruchsgrund einzulassen, der Vollstreckungstitel sei ungültig, weil in ihm nicht der für die Versteigerung maßgebliche Ausschreibungssatz enthalten sei.¹¹⁵¹ Begründet hatte das Berufungsgericht seine Entscheidung damit, dass dieser Einspruchsgrund nicht in Art. 695 LEC aufgeführt sei.¹¹⁵² Das spanische Verfassungsgericht erblickte in dieser Entscheidung eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz. Die Weigerung, eine Frage zu untersuchen, die für die Zulässigkeit der Hypothekenvollstreckung selbst essentielle Voraussetzung ist, sei unter allen Gesichtspunkten zu formalistisch und deshalb mit Art. 24 Abs. 1 CE nicht vereinbar.¹¹⁵³ Gleichzeitig bezog sich das Verfassungsgericht aber nicht die Anwendung einer konkreten Norm wie Art. 559 LEC, sodass gerade nicht darüber befunden wurde, ob prozessuale Einwände dem Schuldner generell zur Verfügung stehen. Vielmehr sagt die Entscheidung nur, dass in dem konkreten Beschluss die Nichtberücksichtigung eines Einwands, der schon von Amts wegen zu kontrollieren und wesentliche Voraussetzung für das besondere Verfahren der Hypothekenvollstreckung ist, den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes verletzt. Welche Folgen das Urteil für das Einspruchssystem der Art.

¹¹⁵⁰ STC 39/2015, 2.3.2015, BOE núm. 85, 9.4.2015, S. 55-65.

¹¹⁵¹ Die Angabe des Ausschreibungssatzes in der Urkunde über die Errichtung der Hypothek ist gemäß Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC maßgebliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verfahrens nach Art. 681 ff., siehe auch oben Kap. 6 IV 2.

¹¹⁵² BOE núm. 85, 9.4.2015, S. 56 f., A 2 e).

¹¹⁵³ BOE núm. 85, 9.4.2015, S. 64, FJ 6.

695, 698 LEC hat, lies das Gericht offen. Das Urteil trifft ferner keine Aussage zur Zulässigkeit der Einwände nach Art. 562 LEC (Anfechtung konkreter Vollstreckungsakte).

Schließlich wäre auch die Berechtigung des summarischen Charakters der Hypothekenvollstreckung ernstlich in Frage gestellt, bliebe dem Schuldner etwa eine Berufung auf das Nichtvorhandensein eines Vollstreckungstitels verwehrt: jener findet gerade in der Existenz eines eindeutigen, sicheren Titels seine Rechtfertigung.¹¹⁵⁴

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Anwendbarkeit von Art. 559, 562 LEC auf das Hypothekenvollstreckungsverfahren nicht eindeutig bejaht oder verneint werden kann. Es sprechen sowohl Gründe für als auch gegen die Zulassung prozessualer Einwände, ein Umstand, der sich in der Uneinigkeit in Rechtsprechung und Literatur widerspiegelt. Vor allem aber offenbart sich in dieser Diskussion eines: die an dieser Stelle missglückte Art und Weise des spanischen Gesetzgebers, die Hypothekenvollstreckung als besonderes Verfahren in die LEC zu integrieren. Das Zusammenspiel von allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Regeln und solchen der *ejecución hipotecaria* hakt bei einer Frage, die für den Vollstreckungsschuldner von elementarer Bedeutung ist. Der bloße Verweis auf das allgemeine Vollstreckungsrecht unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Hypothekenvollstreckung ermöglicht hier keine zweifelsfreie Beantwortung der Frage, ob prozessuale Einwände nun zulässig sind oder nicht.

5. *Ex-officio*-Kontrolle durch die Gerichte

Aus der gefestigten Rechtsprechung des EuGH¹¹⁵⁵ folgt, dass die spanischen Gerichte auch im Verfahren der Hypothekenvollstreckung nach Art. 681 ff. LEC verpflichtet sind, amtswegig die Missbräuchlichkeit der Klauseln zu überprüfen, die in den die

¹¹⁵⁴ AAP Barcelona, Secc. 13^a, 29.4.2010, ECLI:ES:APB:2010:3370A, S. 3.

¹¹⁵⁵ EuGH, 26.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Océano Grupo Editorial*); 26.10.2006, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro*), Rn. 38; 4.6.2009, Rs. C-243/08 (*Pannon GSM*), Rn. 35 (zur örtlichen Zuständigkeit); 6.10.2009, Rs. C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones*), Rn. 32, 53 ff.; 9.11.2010, Rs. C-137/08 (*VB Pénzügyi Lízing Zrt.*), Rn. 49 ff.; 14.6.2012, Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*), Rn. 42; 21.2.2013, Rs. C-472/11 (*Banif Plus Bank*), Rn. 23; EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11 (*Aziz*), Rn. 46; 30.5.2013, Rs. C-488/11 (*Asbeek Brusse und de Man Garabito*), Rn. 45 f.; EuGH, 14.11.2013, verb. Rs. C-537/12 und C-116/13 (*Banco Popular Español*), Rn. 60; EuGH, 26.1.2017, Rs. C-421/14 (*Banco Primus*), Rn. 43.

Grundlage der Vollstreckung bildenden Hypothekenverträgen enthalten sind.¹¹⁵⁶ Auch der *Tribunal Supremo* ist der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH gefolgt.¹¹⁵⁷

Der nun erste Absatz von Art. 552 LEC, der die Pflicht der Gerichte zur ex-officio-Kontrolle erstmals ausdrücklich gesetzlich festhält, wurde 2013 mit Art. 7.1 Ley 1/2013 in die LEC eingefügt.¹¹⁵⁸ Weil er ursprünglich nicht von der Pflicht, sondern nur der Möglichkeit der Gerichte zur amtswegigen Kontrolle sprach¹¹⁵⁹, wurde er mit Ley 42/2015¹¹⁶⁰ neu gefasst, sodass die Pflicht zur *ex-officio*-Kontrolle nun auch aus dem Wortlaut folgt. Eine Aussetzung des Verfahrens erfolgt dabei nicht *ipso iure*; das Gericht muss vielmehr prüfen, ob die Missbräuchlichkeit der Klauseln Wirkung auf die Vollstreckung hat.¹¹⁶¹ Angesichts der Feststellung des EuGH, dass eine Pflicht zur ex-officio-Kontrolle besteht, sobald das Gericht die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen dafür hat¹¹⁶², ist die Prüfung von Amts wegen in jeder Phase der Vollstreckung möglich.¹¹⁶³ Diese Pflicht zur amtswegigen materiell-rechtlichen Prüfung vor Erlass des Vollstreckungsbeschlusses bedeutete eine Neuheit und grundlegende Änderung im spanischen Vollstreckungsverfahren.¹¹⁶⁴

¹¹⁵⁶ Zur Entwicklung der *ex-officio*-Kontrolle durch den EuGH *Micklitz*, in: FS Stuyck, 2013, 639 (640 ff.).

¹¹⁵⁷ STS, 9.5.2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, FD 6.1, Rn. 110 ff.; STS, 22.4.2015, ECLI:ES:TS:2015:1723, FD 8; STS, 23.12.2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, FD 2, segundo motivo, Rn. 1 f.; ähnlich zuvor STS, 20.7.2006, ECLI:ES:TS:2006:4457, FD 5.

¹¹⁵⁸ Vgl. auch *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 85; *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 177.

¹¹⁵⁹ Vgl. auch *Quesada López*, Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?, 2020, S. 73.

¹¹⁶⁰ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹¹⁶¹ *Alcalá Díaz*, La protección del deudor hipotecario, 2013, S. 177.

¹¹⁶² Vgl. nur EuGH, 26.1.2017, Rs. C-421/14 (*Banco Primus*), Rn. 43 m.w.N.

¹¹⁶³ *Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo*, in: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 31, 2013, S. 12.

¹¹⁶⁴ *Casero Linares*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2014, S. 86.

VI. Vergleich: Schutz des Vollstreckungsschuldners im deutschen Recht

Die bisherige Untersuchung hat vor allem zwei wichtige Punkte für den Schutz von Hypothekenschuldnern in der Vollstreckung aufgezeigt. Erstens kann die Ausgestaltung der Versteigerung Einfluss auf den Schutz des Vollstreckungsschuldners haben. In diesem Rahmen sind für den Schuldner vor allem die Fragen zentral, ob die Rechtsordnung Mindestgebote vorsieht, ob der Gläubiger ein Selbsterwerbsrecht hat und zu welchem Zeitpunkt der Verkehrswert des Grundstücks festgesetzt wird. Zweitens zeigt sich der Schutz des Schuldners in den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen während des Vollstreckungsverfahrens. Die Betrachtungen und der Vergleich mit der deutschen Rechtsordnung konzentrieren sich deshalb auf diese Fragen.

1. Vollstreckung und Versteigerung

Was das Vollstreckungsverfahren und darin die Zwangsversteigerung¹¹⁶⁵ anlangt, verdienen zunächst die Mindestgebote im Versteigerungsverfahren Beachtung. Sie sollen einer Verschleuderung von Grundstücken entgegenwirken.¹¹⁶⁶ Sollte das Höchstgebot in der Versteigerung nicht mindestens 70 % des Verkehrswertes des Grundstücks erreichen, ist der Zuschlag auf Antrag eines Berechtigten, dessen Ansprüche durch das Gebot nicht gedeckt sein würden, zu versagen, § 74a Abs. 1 ZVG. Entspricht das Höchstgebot nicht einmal 50 % des Verkehrswertes, ist der Zuschlag *ex officio* zu versagen, § 85a Abs. 1 ZVG.¹¹⁶⁷ Sollte das Höchstgebot allerdings von einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten abgegeben werden, sind die §§ 74a, 85a Abs. 1 ZVG nach §§ 74b, 85a Abs. 3 ZVG nicht anwendbar. Bei Versagung des Zuschlags wird ein neuer Versteigerungstermin anberaumt; bei diesem Termin ist eine Zuschlagsversagung nach §§ 85a Abs. 1, 74a Abs. 1 ZVG nicht mehr möglich. Wichtig für den Vollstreckungsschuldner ist außerdem § 114a ZVG. Erwirbt der zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigte das Grundstück in der Versteigerung zu einem Gebot unter 70

¹¹⁶⁵ Die Betrachtungen in dieser Arbeit beschränken sich auf die Zwangsversteigerung als Verwertungsmöglichkeit.

¹¹⁶⁶ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, ¹¹2018, Rn. 901; außerdem BGH NJW 2007, 3279 (3281); NJW-RR 2004, 302 (303).

¹¹⁶⁷ Siehe dazu auch Storz/Kiderlen. Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, ¹²2014, A.2. Thesen-Seite 13.

% des Grundstückswerts, fingiert die Norm die Befriedigung dieses Gläubigers insoweit, als sein Anspruch durch ein 70 % entsprechendes Gebot gedeckt sein würde.

Das spanische Recht geht *de lege lata* von einem Mindestgebot auch zu 70 % des Verkehrswerts des Grundstücks als Regelfall aus, Art. 670 Abs. 1 LEC.¹¹⁶⁸ Bei Geboten nur unter 70 % des Versteigerungswertes kann der Schuldner einen Dritten nennen, der ein Angebot zu mindestens diesen 70 % abgibt oder jedenfalls den Anspruch des Gläubigers befriedigt; ansonsten besteht ein Erwerbsrecht des Gläubigers zu 70 % des Verkehrswerts, Art. 670 Abs. 4 UAbs. 2 LEC. Sollte der Gläubiger sich das Grundstück nicht zuschlagen lassen, liegt die absolute Grenze für Mindestgebote wie auch im deutschen Recht bei 50 %. Insgesamt kann daher gesagt werden, dass durch die Grenzwerte für Mindestgebote in der deutschen und spanischen Rechtsordnung ein ähnliches Schutzniveau geschaffen wird. Dies gilt durch die aus § 114a ZVG folgende Befriedigungsfiktion auch für den Fall des Zuschlags des Grundstücks an den Gläubiger. Sie kann für den Schuldner enorm wichtig sein und betrifft gerade die in Spanien erfolgten Fälle, dass der Gläubiger sich das Grundstück als „Rettungserwerb“¹¹⁶⁹ zuschlagen lässt. Ursprünglich konnte er dies in Spanien zur Hälfte des in der Hypothekenurkunde bestimmten Wertes, ohne dass dies Auswirkungen auf die Restschuld des Schuldners gehabt hätte.¹¹⁷⁰ Mittlerweile hat der spanische Gesetzgeber die Grenzen für das Erwerbsrecht des Gläubigers nach oben korrigiert; bei Fehlen anderer Bieter bestimmt Art. 671 UAbs. 1 S. 3 LEC nun für den Hauptwohnsitz des Schuldners ein Selbsterwerbsrecht des Gläubigers zu 70 % des Versteigerungswertes. Für den Fall, dass zu geringe Gebote abgegeben wurden, sieht Art. 670 Abs. 4 UAbs. 2 LEC auch ein Erwerbsrecht zu 70 % vor. Wirtschaftlich decken sich damit nunmehr die Folgen aus § 114a ZVG und Art. 671 UAbs. 1 S. 3 LEC, 670 Abs. 4 UAbs. 2 LEC. Auch insoweit hat die spanische Rechtsordnung also ein vergleichbares Schutzniveau etabliert.

Doch wird die Grundlage – der Versteigerungswert – für das Hypothekenvollstreckungsverfahren in den beiden Rechtsordnungen unterschiedlich bestimmt. Im deutschen Recht regelt § 74a Abs. 5 ZVG die Festsetzung des Grundstückswerts für die

¹¹⁶⁸ Dazu oben Kap. 6 IV 4 b).

¹¹⁶⁹ Storz/Kiderlen, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, ¹³2021, C.2.2.1.

¹¹⁷⁰ Siehe oben Kap. 6 IV 4 c).

Versteigerung und den Zeitpunkt der Festsetzung. Danach wird der Verkehrswert des Grundstücks vom Vollstreckungsgericht festgesetzt, nötigenfalls nach Anhörung von Sachverständigen. Verkehrswert ist der Preis, der bei einer freihändigen Veräußerung erzielt werden kann unter Berücksichtigung von Lage, Zustand und Verwendbarkeit des Grundstücks sowie allgemeiner örtlicher und zeitlicher Besonderheiten.¹¹⁷¹ Damit erfolgt eine Orientierung am Erlös bei einer freihändigen Veräußerung.¹¹⁷² Entscheidend im Vergleich mit der spanischen Regelung ist die Tatsache, dass der Verkehrswert nicht bei Bestellung der Sicherheit bestimmt wird¹¹⁷³, sondern vor der Versteigerung. Der Wert muss nach h.M. nur so rechtzeitig vor der Versteigerung festgesetzt werden, dass er in der Terminbestimmung nach § 38 Abs. 1 S. 1 ZVG aufgenommen werden kann und genug Zeit zwischen Festsetzung und Versteigerungstermin bleibt, um über ein etwaig eingelegtes Rechtsmittel zu entscheiden.¹¹⁷⁴ Dass dieser Zeitpunkt der Wertbestimmung für beide Parteien sinnvoller und angemessener ist, sollte evident sein. Insofern liegt hier für den Schuldner, aber auch für den Gläubiger ein wesentlicher Nachteil in der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens.

2. Vollstreckungsschutz

Hinsichtlich der tatsächlichen Schutzvorrichtungen der beiden Rechtsordnungen seien zunächst die dem deutschen Vollstreckungsschuldner zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe umrissen. Die deutsche Rechtsordnung stattet ihn mit verschiedenen Rechtsbehelfen aus, um sich im Verfahren der Zwangsvollstreckung zur Wehr zu setzen. Die Rechtsbehelfe lassen sich unterteilen in Einwände wegen formeller und materieller Gründe.¹¹⁷⁵

Eine Verletzung formeller Vorschriften und Fehler bei der Durchführung der Vollstreckung an sich kann der Schuldner mit der Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO geltend machen, der sofortigen Beschwerde nach § 93 ZPO oder der Beschwerde nach §

¹¹⁷¹ Böttcher/Böttcher, ZVG, ⁶2016, § 74a Rn. 25; Storz/Kiderlen, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, ¹³2021, C.2.1.1.

¹¹⁷² Ebenda.

¹¹⁷³ Siehe nochmals oben Kap. 6 IV 4 d).

¹¹⁷⁴ Storz/Kiderlen, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, ¹³2021, C.2.3.2. m.w.N.; vgl. auch Böttcher/Böttcher, ZVG, ⁶2016, § 74a Rn. 34.

¹¹⁷⁵ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, ¹¹2018, Rn. 1159.

71 GBO. Nach § 766 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen. Die sofortige Beschwerde findet hingegen gegen Entscheidungen statt, die im Vollstreckungsverfahren durch Beschluss und daher gem. § 128 Abs. 4 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergehen können.¹¹⁷⁶ Während die Vollstreckungserinnerung also gegen Vollstreckungsmaßnahmen statthaft ist, richtet sich die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen des Gerichts. Flankiert werden die beiden Rechtsbehelfe von der Beschwerde nach § 71 GBO; mit ihr können Entscheidungen des Grundbuchamts angegriffen werden.

Bei materiell-rechtlichen Einwendungen kann der Schuldner Vollstreckungsgegenklage erheben, § 767 ZPO. Mit ihr kann er sich gegen die Vollstreckbarkeit des Titels wehren, insbesondere Einwendungen gegen den in der Urkunde festgestellten Anspruch äußern. Die Beschränkung der Einspruchsgründe gem. § 767 Abs. 2 ZPO auf solche, die erst nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, wird nach § 797 Abs. 4 ZPO für den hier wichtigen Fall der Vollstreckung aus Urkunden aufgehoben. Neben diesen Rechtsbehelfen kann auch isoliert die Erteilung der Vollstreckungsklausel mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO und der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO angegriffen werden.

Schließlich sehen §§ 30a ff. ZVG die Möglichkeit der Einstellung des Vollstreckungsverfahrens aus Gründen des Schuldnerschutzes vor. Dafür muss die Aussicht bestehen, dass durch die Einstellung die Versteigerung vermieden wird, und die Einstellung muss nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners sowie nach der Art der Schuld der Billigkeit entsprechen, § 30a Abs. 1 ZVG. Diese Einstellung kann nur für höchstens sechs Monate erfolgen. Eine erneute Einstellung gem. § 30a ZVG ist dabei grundsätzlich möglich, § 30c ZVG. Der Antrag nach § 30a ZVG schließt nicht aus, dass der Schuldner auch Vollstreckungsschutz nach § 765a ZVG beantragen kann. Die vorläufige Einstellung nach § 765a ZPO setzt dabei voraus, dass die Vollstreckungsmaßnahme unter voller Würdigung der Schutzbedürfnisse des Gläubigers wegen

¹¹⁷⁶ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 112018, Rn. 1163.

ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist.¹¹⁷⁷

Der Beschluss über die Festsetzung des Grundstückswertes ist für Gläubiger und Schuldner mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, § 74a Abs. 5 S. 3 ZVG i.V.m § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Gegen den Beschluss über den Zuschlag oder die Versagung des Zuschlags ist die sofortige Beschwerde möglich, § 96 ZVG i.V.m. § 567 ZPO. Die Beschwerdegründe ergeben sich aus § 100 ZVG. Gegebenenfalls ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die Rechtsbeschwerde statthaft, § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Auch nach formeller Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses i.S.v. § 74a Abs. 5 ZVG kann eine Zuschlagsbeschwerde möglich sein, wenn sich die der Wertfestsetzung zugrunde gelegten wesentlichen Umstände ändern und das Vollstreckungsgericht den Verkehrswert vor Zuschlagserteilung nicht daran anpasst.¹¹⁷⁸ Schließlich bestimmt § 75 ZVG, dass das Verfahren eingestellt wird, wenn der Schuldner im Versteigerungstermin nachweist, den zur Befriedigung und zur Deckung der Kosten erforderlichen Betrag an die Gerichtskasse gezahlt zu haben.

In der deutschen Rechtsordnung findet sich damit ein umfassendes schuldnerschützendes Regime. Der Schuldner kann sowohl formelle als auch materielle Einwände gegen die Vollstreckung vorbringen. Allein diese im Grundsatz fehlende Beschränkung von Einspruchsgründen macht das System schuldnerschützender als die Einspruchsgründe aus Art. 695 Abs. 1 LEC und Art. 696, 697 LEC. Erinnerung sei zudem daran, dass für das Hypothekenvollstreckungsverfahren nicht unumstritten ist, ob der Vollstreckungsschuldner sich überhaupt auf Einwände formeller Natur berufen kann.¹¹⁷⁹ Der der Versteigerung zugrunde zu legende Schätzwert des Grundstücks wird nicht nur zu einem angemessenen Zeitpunkt – nämlich dem der Vollstreckung – bestimmt; sowohl Gläubiger als auch Schuldner können ihn mit der sofortigen Beschwerde anfechten. Auch mit diesem Rechtsbehelf, der (anders als im spanischen Recht) eine Korrektur des Grundstückswertes ermöglicht, wird die Rechtsposition des Schuldners gestärkt.

¹¹⁷⁷ Ausführlich etwa MüKo-ZPO/Heßler, ⁶2020, § 765a Rn. 1 ff.

¹¹⁷⁸ Vgl. BGH, NJW-RR 2018, 140 (141), Rn. 7.

¹¹⁷⁹ Siehe oben Kap. 6 V 4 b).

Angemerkt sei jedoch, dass in materiell-rechtlicher Hinsicht eine beträchtliche Annäherung des Schutzniveaus dadurch erreicht worden ist, dass das Hypothekenvollstreckungsverfahren es nun dem Schuldner gestattet, das Vorhandensein missbräuchlicher Klauseln gegen die Vollstreckung einzuwenden, Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC. De facto sind die meisten inhaltlichen Vereinbarungen jedenfalls in Hypothekendarlehensverträgen mit Verbrauchern als allgemeine Geschäftsbedingungen des Darlehensgebers zu bewerten, sodass jedenfalls hinsichtlich des Vertragsinhalts ein ähnlich hoher Schuldnerschutz gewährleistet wird. Der Einspruchsgrund nach Art. 695 Abs. 1 Nr. 4 LEC setzt allerdings voraus, dass die fragliche Klausel die Grundlage der Vollstreckung bildet.

4. Teil: Ergebnisse

§ 1 Zur Rechtsentwicklung bei Hypothekendarlehen in Spanien

Was die spanische Rechtsentwicklung bei Hypothekendarlehensverträgen anlangt, lassen die gewonnen Erkenntnisse vor allem zwei übergreifende Thesen zu: Erstens hat das spanische Recht in diesem Bereich eine Entwicklung genommen, die insgesamt als positiv und begrüßenswert, aber auch überfällig für den Hypothekenschuldner bewertet werden muss. Gleichzeitig ist zweitens aber festzustellen: Das Recht der Hypothekenvollstreckung befindet sich spätestens seit seiner Integration in die *Ley de Enjuiciamiento Civil* in einer regulatorischen Schieflage, die aus einem mindestens unglücklichen Zusammenspiel der sie regelnden Normen herrührt.

Mit Blick auf die erste These sei auf die Verbesserungen der Rechtslage von Hypothekenschuldnern in fast jedem der in dieser Arbeit untersuchten Bereiche hingewiesen. Darlehensgebern ist es nicht mehr möglich, Verzugszinsen von über 20 % in ihre Verträge hineinzuschreiben. Vielmehr sieht die durch Ley 5/2019 modifizierte Regel einen angemessenen Verzugszins von zwei Prozent vor, der nicht zur Disposition der Parteien steht. Für Verträge vor der Reform gibt es nach der umfangreichen Judikatur des EuGH und auch des *Tribunal Supremo* eine mittlerweile klar konturierte Inhaltskontrolle von Verzugszinsklauseln, und auch die Rechtsfolgen ihrer Missbräuchlichkeit scheinen nun geklärt. Auch die Kündigung und vorzeitige Fälligestellung von Hypothekendarlehen kennt mit Art. 24 LCCI nun gesetzliche Hürden, die auch als solche bezeichnet werden dürfen. Darüber hinaus fand jedenfalls vor der Reform eine schärfere gerichtliche Kontrolle solcher Fälligkeitsklauseln statt, wenngleich die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* den Folgen der Missbräuchlichkeit vieler solcher Klauseln den Wind aus den Segeln nahm. Die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* und später des EuGH haben zudem die Intransparenz tausender Mindestzinsklauseln der Banken aufgedeckt und sichergestellt, dass den Verbrauchern die zu viel gezahlten Beträge erstattet werden. Doch waren die Banken dazu übergegangen, Novationen mit den Verbrauchern zu vereinbaren und die missbräuchlichen Klauseln aus den Verträgen zu streichen; diese in dieser Arbeit nicht untersuchte Möglichkeit und Wirksamkeit solcher Novationsverein-

barungen scheint ein weiteres kleines Kapitel in der Geschichte um Mindestzinsklauseln eröffnet zu haben.¹¹⁸⁰ *De lege lata* verbietet Art. 21 Abs. 3 LCCI eine Vereinbarung von Mindestzinsklauseln.

Schließlich wartet auch das eigentliche Hypothekenvollstreckungsverfahren mit Verbesserungen auf. Seit der Finanzkrise haben sich etwa die Grenzwerte für Mindestgebote und für das Erwerbsrecht des Gläubigers in der Versteigerung erhöht. Wichtigste Neuerung ist wohl ohne Zweifel die durch Ley 1/2013 geschaffene Möglichkeit, die Missbräuchlichkeit von Klauseln des Darlehensvertrags im Vollstreckungsverfahren geltend zu machen; dies gilt sowohl für die ordentliche Vollstreckung als auch für die besondere Hypothekenvollstreckung. Diese Änderung – ergänzt um eine amtswegige Pflicht der Gerichte – garantiert eine umfassende Kontrolle des Vertragsinhalts in der Phase der Vollstreckung. Nichtsdestotrotz kennzeichnet sich die *ejecución hipotecaria* immer noch durch eine drastische Beschränkung der Einspruchsgründe des Schuldners. Die Grundstruktur des Vollstreckungsschutzes, die sich aus dem Zusammenspiel von Art. 695 und Art. 698 LEC ergibt, ist unverändert; nur ist ein weiterer Einspruchsgrund hinzugekommen, der den Einwand des Vorhandenseins missbräuchlicher Klauseln zulässt.

Trotz all dieser positiven Befunde lässt sich aber mit Ley 5/2019 die Tendenz des spanischen Gesetzgebers erkennen, viele Regelungsbereiche der Disposition der Parteien zu entziehen. So sind die neuen Regelungen zu Verzugszinsen und zur Gesamtfälligkeit *ius cogens* dergestalt, dass sie nicht einmal schuldnerfreundlichere Vereinbarungen der Parteien erlauben. Von Mindestzinsklauseln, die sich auch für den Schuldner positiv auf den Preis des Darlehens auswirken können, können die Parteien gar keinen Gebrauch mehr machen. Diese in der Entwicklung harsche Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit der Parteien zeichnet das Bild eines Gesetzgebers, das durchaus paternalistisch anmutet.¹¹⁸¹ Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Tendenz in weiteren Bereichen verwirklicht.

¹¹⁸⁰ Dazu etwa STS, 28.12.2020, ECLI:ES:TS:2020:4388.

¹¹⁸¹ Zum Befund eines paternalistischen Regulierungsansatzes kommt für das spanische Klauselkontrollrecht insgesamt auch *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 412.

Zweite These ist, dass das Zusammenspiel der Regelungen der *ejecución hipotecaria* und anderen Normen der LEC unausgewogen, unglücklich, teilweise ungeklärt wirkt. Das führt auch dazu, dass sich nicht beantworten lässt, ob das besondere Hypothekenvollstreckungsverfahren (verglichen mit dem ordentlichen Vollstreckungsverfahren) eindeutig gläubiger- oder schuldnerfreundlich ist. Besonders vier Punkte haben bei der Untersuchung des spanischen Rechts zu diesem Schluss geführt.¹¹⁸²

Erstens ist dies die bizarr anmutende Regelung von Art. 693 Abs. 2 LEC, die mehrfach geändert wurde und die nun von Art. 24 LCCI ergänzt wird. Im Kern behandelt sie eine materiell-rechtliche Frage, die Kündigungsvoraussetzungen für den Gläubiger – geregelt ist sie indes im Prozessrecht.¹¹⁸³ So wird die Grenze zweier voneinander zu unterscheidender Schritte – Kündigung und Zwangsvollstreckung – verwischt. Die Regelung wirkt insofern deplatziert. Ihr Standort hat wohl vor allem historische Gründe: Wann der Gläubiger kündigen darf, wurde früher in der *Ley Hipotecaria* geregelt und mit der Schaffung der LEC 2000 (zusammen mit dem Vollstreckungsverfahren) einfach dorthin übernommen. Bezeichnenderweise findet sich im ordentlichen Vollstreckungsverfahren kein Art. 693 Abs. 2 LEC entsprechendes Äquivalent. Es drängt sich insofern auch der Eindruck auf, die Eingliederung der Hypothekenvollstreckung von der LH in die LEC ohne größere Änderungen¹¹⁸⁴ ist der Grund für das mitunter unglückliche Zusammenspiel von besonderer und ordentlicher Zwangsvollstreckung. Das summarische Verfahren der Hypothekenvollstreckung wurde dabei ohne Weiteres den allgemeinen Vollstreckungsregeln unterworfen, unter Beibehaltung seiner Besonderheiten. Unklar bleibt weiter, ob Art. 24 LCCI auch auf das normale Vollstreckungsverfahren oder das Erkenntnisverfahren anwendbar ist. Die Norm steht für sich alleine, sodass man zu dem

¹¹⁸² Die Unklarheit des Regelungsgefüges der Art. 681 ff. LEC wird auch von spanischen Autoren kritisiert. Neu scheint indes – jedenfalls auf Basis der betrachteten Literatur – die tiefere Ausarbeitung der Punkte eins, drei und vier in zu sein.

¹¹⁸³ Der *Tribunal Supremo* hatte jüngst in mehreren Verfahren über Fälligkeitsklauseln in Personendarlehen ohne hypothekarische Sicherheit zu entscheiden, in denen er feststellte, dass eine Art. 693 Abs. 2 LEC, 24 LCCI entsprechende Regelung für solche Darlehen fehle, STS, 12.2.2020, ECLI:ES:TS:2020:336, FD 2.5; STS, 19.2.2020, ECLI:ES:TS:2020:500, FD 3.4; STS, 19.2.2020, ECLI:ES:TS:2020:503, FD 2.4; dies unterstreicht das Fehlen einer klaren Kündigungsregelung etwa im *Código Civil*.

¹¹⁸⁴ Vgl. dazu nochmals *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 37.

Schluss kommen könnte, sie sei universell anwendbar. Andererseits findet sich in Art. 693 Abs. 2 LEC (n.F.) ein ausdrücklicher Verweis auf Art. 24 LCCI; an anderen Stellen der LEC (oder etwa dem CC) ist das nicht der Fall. Die Nichtanwendung auf das ordentliche Vollstreckungsverfahren müsste zur Konsequenz haben, dass der Gläubiger nur in dem besonderen Kontext des Verfahrens der *ejecución hipotecaria* kündigen kann.

Zweitens offenbart sich das unklare Zusammenspiel von ordentlichem und Hypothekenvollstreckungsverfahren auch in der Frage, ob dem Vollstreckungsschuldner in der *ejecución hipotecaria* Einspruchsgründe formeller Natur zustehen. Diese sind ausdrücklich nur im ordentlichen Vollstreckungsverfahren geregelt. In der betrachteten Rechtsprechung und Literatur zeichnet sich kein einstimmiges Bild bei dieser Frage ab. Das Verhältnis der Regelungen von *ejecución hipotecaria* und *ejecución ordinaria* hakt damit an einer Stelle, die für den Vollstreckungsschutz des Schuldners von zentraler Bedeutung ist.

Drittens offenbart der aufgezeigte unzulängliche Zeitpunkt der Immobilienbewertung in der *ejecución hipotecaria* die Zwiespältigkeit des Verfahrens für den Gläubiger. Beide Parteien – auch der Gläubiger – haben ein Interesse daran, dass der Grundstückswert zu einem angemessenen Zeitpunkt vor der Versteigerung bestimmt wird, und nicht schon bei Bestellung der Hypothek. Der Gläubiger kann dieser Regelung entgehen, wenn er sich für das ordentliche Vollstreckungsverfahren entscheidet. Diese Entscheidung müsste er aber schon bei Bestellung der Hypothek treffen: die Parteien dürfen gerade keine Vereinbarung über den Grundstückswert treffen (wie es Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC verlangt) – nur dann gibt es auch keine „Vereinbarung“ i.S.v. Art. 637 LEC, sodass der Grundstückswert in der *ejecución ordinaria* erst zur Zeit der Vollstreckung bestimmt würde.¹¹⁸⁵ Das bedeutete aber für den Gläubiger, auf das eigentlich für ihn zugeschnittene Verfahren der Hypothekenvollstreckung zu verzichten. Dieses Dilemma, vor das die *ejecución hipotecaria* den Gläubiger stellt, führt das Postulat, das Verfahren sei besonders gläubigerfreundlich, ad absurdum.

¹¹⁸⁵ Siehe dazu *Quesada López*, in: Albiez Dohrmann/Moreno-Torres Herrera, *Los contratos de crédito inmobiliario*, 2017, 1179 (1190 f., 1202); anderer Ansicht wohl *Casero Linares*, *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 46.

Viertens zeigt auch das Verhältnis von allgemeiner und besonderer Hypothekenvollstreckung im Allgemeinen die zweideutige Natur des Hypothekenvollstreckungsverfahrens. Gemeinhin wird davon ausgegangen und hatte auch der Gesetzgeber die Vorstellung, dass die *ejecución hipotecaria* wegen ihrer Schnelligkeit und der Beschränkung der Einspruchsgründe des Schuldners ein Verfahren sei, das den Gläubiger mit besonderen Privilegien ausstatte. Neben der soeben präsentierten, mit dem Zeitpunkt der Festlegung des Versteigerungswerts errichteten Zwickmühle für den Gläubiger geht aber der *Tribunal Supremo* etwa in seinem Vorlagebeschluss in der Rechtssache *Abanca* von einer besonderen Vorteilhaftigkeit der Hypothekenvollstreckung für den Schuldner aus. In der Tat wartet die *ejecución hipotecaria* mit den vom *Tribunal Supremo* angebrachten, schulderschützenden Vorschriften auf.¹¹⁸⁶ Dieser Umstand perpetuiert aber nur die Unklarheit bei der Abwägung, ob das Verfahren besonders gläubiger- oder schulderfreundlich ist. Zumindest drängt sich die Frage auf, warum die schulderschützenden Vorschriften der *ejecución hipotecaria* nicht auch in der *ejecución ordinaria* enthalten sind. Die vielen Verweisungen in den Art. 681 ff. LEC werfen außerdem den Gedanken auf, ob es nicht besser ist, die Sonderregelungen zur *ejecución hipotecaria* zumindest teilweise weiter in die allgemeinen Regeln zur Vollstreckung in Grundstücke zu integrieren.

Diese Ambivalenz des Verfahrens manifestiert sich auch in der Praxis: So kommt ein Bericht des Generalrats der rechtsprechenden Gewalt zur Lage der Justiz zu dem Schluss, dass die Kreditinstitute weniger Vollstreckungsverfahren anstrengen und in einigen Fällen nun auf das ordentliche und Mahnverfahren zur Geltendmachung ihrer Ansprüche ausweichen.¹¹⁸⁷

Insgesamt wirkt das Recht der Hypothekenvollstreckung teilweise wie ein fehlerbehaftetes Relikt aus Zeiten vor der *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Das Gesamtbild des spanischen Hypothekenvollstreckungsrechts ist immer noch vereinzelt unstimmg und mit

¹¹⁸⁶ Dazu oben Kap. 4 I 4 d).

¹¹⁸⁷ Panorámica de la Justicia, 2019, S. 27, abrufbar unter <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Panoramica-de-la-Justicia/Panoramica-de-la-Justicia>.

Unklarheiten behaftet.¹¹⁸⁸ Die Finanzkrise, aber auch die durch EuGH-Judikatur notwendigen Reformen haben dabei Abgründe einer Rechtsordnung offenbart, die partiell dysfunktional war. Diese Dysfunktionalität scheint nun größtenteils behoben – allerdings unter dem Opfer der Vertragsgestaltungsfreiheit. Doch muss erwähnt werden, dass die Zahl der Hypothekenvollstreckungen 2019 die Geringste seit 2005 war.¹¹⁸⁹

§ 2 Zum Einfluss des EuGH auf diese Entwicklung

Die Untersuchung hat eine Vielzahl an EuGH-Urteilen zutage gebracht, die auf Vorlagenfragen spanischer Gerichte beruhen und damit die spanische Rechtsordnung zum Ausgangspunkt hatten. Sie haben das spanische Recht der Hypothekenvollstreckung und der Klauselkontrolle erheblich beeinflusst. Um diese Tatsache zu unterstreichen, seien die Urteile und ihre Folgen im spanischen Recht an dieser Stelle konzise und gebündelt dargestellt:

- Das Urteil in der Rechtssache *Océano Grupo*¹¹⁹⁰ stellte klar, dass ein nationales Gericht von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel über die Gerichtszuständigkeit untersuchen können muss und betonte die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung. Die Befugnis (und Pflicht) zur amtswegigen Kontrolle ergibt sich heute für das Vollstreckungsverfahren – nur für außergerichtliche Titel – aus Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ Auch *Casero Linares* kommt zu der Einschätzung, dass der spanische Gesetzgeber in der LEC kein wirklich einheitliches Vollstreckungsverfahren geschaffen hat, und die vielerorts vorhandenen Besonderheiten hätten reduziert werden können, in: *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2014, S. 37.

¹¹⁸⁹ Panorámica de la Justicia, 2019, abrufbar unter <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Panoramica-de-la-Justicia/Panoramica-de-la-Justicia>; enthalten in: *CGPJ*, Memoria sobre el estado, funcionamiento, y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2019, S. 381, abrufbar unter <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/>.

¹¹⁹⁰ EuGH, 26.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98.

¹¹⁹¹ Die Pflicht zur amtswegigen Kontrolle im Mahnverfahren ist in Art. 815 Abs. 4 LEC festgehalten.

- Nach dem Urteil in der Rechtssache *Mostaza Claro*¹¹⁹² kann ein Gericht auch dann über die Nichtigkeit einer Klausel in einer Schiedsvereinbarung entscheiden, wenn der Verbraucher die Nichtigkeit nicht im Schiedsverfahren, sondern erst im Verfahren der Aufhebungsklage eingewandt hat. Hier findet sich also ein weiteres Urteil, dass das Recht und die Pflicht der Gerichte zur *ex-officio*-Kontrolle von Klauseln klarstellt.
- Das Urteil in der Rechtssache *Asturcom Telecomunicaciones*¹¹⁹³ hat die Pflicht zur *ex-officio*-Kontrolle von Klauseln bei einem Antrag auf Zwangsvollstreckung aus einem in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen, rechtskräftigen Schiedsspruch bestätigt, sobald die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen dafür vorhanden sind, wenn das Gericht nach dem Verfahrensrecht eine solche Beurteilung bei vergleichbaren Anträgen vornehmen kann. Die Befugnis (und Pflicht) zur amtswegigen Kontrolle ergibt sich heute für das Vollstreckungsverfahren aus Art. 552 Abs. 1 S. 2 LEC.
- In der Rechtssache *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*¹¹⁹⁴ befand der EuGH, dass die Klausel-RL es einer Rechtsordnung gestattet, auch den Hauptgegenstand des Vertrages betreffende Klauseln i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL auf ihre Missbräuchlichkeit zu überprüfen. Obwohl der *Tribunal Supremo* dem EuGH in dieser Sache – gerade wegen der fehlenden Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL im spanischen Recht – vorgelegt hatte, ist er mittlerweile der Ansicht, solche Klauseln werden auch nach spanischem Recht nicht auf ihre Missbräuchlichkeit überprüft, sofern sie klar und verständlich abgefasst sind.
- In der Rechtssache *Banco Español de Crédito*¹¹⁹⁵ entschied der EuGH, dass eine nationale Vorschrift die Klausel-RL verletzt, wenn sie es dem nationalen Gericht verwehrt, in einem Mahnverfahren oder sonst von Amts wegen eine Verzugszinsklausel auf ihre Missbräuchlichkeit zu überprüfen. Außerdem verstößt eine

¹¹⁹² EuGH, 26.10.2006, Rs. C-168/05.

¹¹⁹³ EuGH, 6.10.2009, Rs. C-40/08.

¹¹⁹⁴ EuGH, 3.6.2010, Rs. C-484/08.

¹¹⁹⁵ EuGH, 14.6.2012, Rs. C-618/10.

Vorschrift gegen Art. 6 Klausel-RL, wenn sie es dem nationalen Gericht gestattet, bei Nichtigkeit einer Klausel durch Änderung ihres Inhalts den Vertrag anzupassen. Die Pflicht zur amtswegigen Kontrolle im Mahnverfahren ist nun in Art. 815 Abs. 4 LEC festgehalten. Mit Art. 1.27 Ley 3/2014¹¹⁹⁶ hat der spanische Gesetzgeber außerdem die Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit von Klauseln in Art. 83 TRLCU an die Judikatur des EuGH angepasst.

- Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Aziz*¹¹⁹⁷ befand die Ausgestaltung der Verteidigungsmöglichkeiten im spanischen System der Hypothekenvollstreckung für unvereinbar mit der Klausel-RL und gab Auslegungshinweise zu Art. 3 Klausel-RL. Es führte vor allem zum Erlass von Ley 1/2013. Diese Reform brachte wesentliche Änderungen insbesondere im Vollstreckungsschutz und bei den Voraussetzungen der Gesamtfälligkeit im Hypothekenvollstreckungsverfahren sowie gesetzliche Grenzen bei der Höhe von Verzugszinsen. Die beiden letztgenannten Änderungen waren dabei nicht zwingend durch das EuGH-Urteil vorgegeben.
- In der Rechtssache *Banco Popular Español*¹¹⁹⁸ bestätigte der EuGH seine in der Rechtssache *Aziz* getroffenen Feststellungen zur Unvereinbarkeit der Hypothekenvollstreckung mit der Klausel-RL und zur Auslegung von Art. 3 Klausel-RL. Neu war die Feststellung, dass das Vollstreckungsgericht auch von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel in diesem Verfahren überprüfen können muss.
- In der Rechtssache *Barclays Bank*¹¹⁹⁹ entschied der EuGH zwar, dass die Vorlagefragen den Anwendungsbereich der Klausel-RL nicht berührten, weil keine Klausel vorlag, die die Reichweite oder den Anwendungsbereich der Richtlinie änderte. Nichtsdestotrotz hat das Gericht mit seinen Vorlagefragen deutlich auf die aus seiner Sicht resultierende materielle Ungerechtigkeit der Regelungen des Hypothekenvollstreckungsverfahrens hingewiesen.

¹¹⁹⁶ Das Gesetz hatte primär die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL zum Zweck.

¹¹⁹⁷ EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11.

¹¹⁹⁸ EuGH, 14.11.2013, verb. Rs. C-537/12 und C-116/13.

¹¹⁹⁹ EuGH, 30.4.2014, Rs. C-280/13.

- In der Rechtssache *Sanchez Morcillo*¹²⁰⁰ befand der EuGH, dass die nach der Rechtssache *Aziz* erfolgte Reform der Rechtsmittel gegen den Einspruch nach Art. 695 Abs. 1 LEC gegen Art. 7 Klausel-RL i.V.m. Art. 46 Grundrechte-Charta verstößt. Der spanische Gesetzgeber passte die Regelung in Art. 695 Abs. 4 LEC mit RDL 11/2014 an das Urteil des EuGH an.
- Das Urteil in der Rechtssache *Unicaja Banco und Caixabank*¹²⁰¹ stellte klar, dass die Neuberechnung von Verzugszinsen (nach der zweiten Übergangsbestimmung zu Ley 1/2013) ein nationales Gericht nicht daran hindern darf, die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu überprüfen und sie bei Missbräuchlichkeit unangewendet zu lassen. Es legte damit den Grund für die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* in dieser Hinsicht.
- In der Rechtssache *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*¹²⁰² entschied der EuGH, dass der Befund der Missbräuchlichkeit einer Klausel nicht davon abhängen kann, ob eine Klausel angewandt wird oder nicht. Es wiederholte und bestätigte außerdem seine in der Rechtssache *Unicaja Banco und Caixabank* aufgestellte Entscheidung. Auch hier brachte das Urteil Klarheit für die zunächst uneinheitliche Rechtsprechung der unterinstanzlichen spanischen Gerichte.
- Auch in der Rechtssache *Cajatres*¹²⁰³ wiederholte der EuGH im Wesentlichen das in der Rechtssache *Unicaja Banco und Caixabank* aufgestellte Urteil zur Neuberechnung von Verzugszinsen.
- Das Urteil in der Rechtssache *BBVA*¹²⁰⁴ befand, dass eine Vorschrift wie die vierte Übergangsbestimmung zur Ley 1/2013 Art. 6 und 7 Klausel-RL verletzt, wonach für vor Geltung des Gesetzes eingeleitete Hypothekenvollstreckungsverfahren gegen Verbraucher eine Ausschlussfrist von einem Monat ab Gesetzesveröffentlichung gilt, um Einspruch gegen die Zwangsvollstreckung wegen missbräuchlicher Klauseln einzulegen.

¹²⁰⁰ EuGH, 17.7.2014, Rs. C-169/14.

¹²⁰¹ EuGH, 21.1.2015, verb. Rs. C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13.

¹²⁰² EuGH, 11.6.2015, Rs. C-602/13.

¹²⁰³ EuGH, 8.7.2015, Rs. C-90/14.

¹²⁰⁴ EuGH, 29.10.2015, Rs. C-8/14.

- In der (in dieser Arbeit nicht weiter behandelten) Rechtssache *Finanmadrid EFC*¹²⁰⁵ bestärkte und unterstrich der EuGH die Pflicht zur amtswegigen Kontrolle missbräuchlicher Klauseln, dieses Mal für die Vollstreckung eines Mahnbesehids.
- Das Urteil in der Rechtssache *Ibercaja Banco*¹²⁰⁶ enthielt keine Neuheiten, sondern wiederholte vielmehr die Feststellungen insbesondere aus den Rechtssachen *Banco Español de Crédito* und *Unicaja Banco und Caixabank*.
- In der Rechtssache *Gutiérrez Naranjo*¹²⁰⁷ erklärte der EuGH die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zur zeitlichen Beschränkung der Rückwirkung der Nichtigkeit von Mindestzinsklauseln teilweise für unvereinbar mit der Klausel-RL. Das Urteil provozierte neben einer Änderung der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* unter anderem den Erlass von RDL 1/2017.
- Das Urteil in der Rechtssache *Banco Primus*¹²⁰⁸ wiederholte und bestätigte zum einen die in der Rechtssache *BBVA* getroffenen Feststellungen. Der EuGH befand außerdem, dass die Klausel-RL einer Vorschrift nicht entgegensteht, die es dem nationalen Gericht untersagt, die Missbräuchlichkeit einer Klausel *ex officio* erneut zu prüfen, wenn über die Missbräuchlichkeit derselben bereits rechtskräftig entschieden wurde. Überdies bestätigte es das in der Rechtssache *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* geklärte Verhältnis der Anwendung und Missbräuchlichkeit von Klauseln.
- In der Rechtssache *Banco Santander und Escobedo Cortés*¹²⁰⁹ erklärte der EuGH die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zu Beurteilung und Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit von Verzugszinsklauseln für vereinbar mit der Klausel-RL. Diese Rechtsprechung gilt nunmehr freilich nur noch für abgeschlossene Verträge vor Inkrafttreten der LCCI.

¹²⁰⁵ EuGH, 18.2.2016, Rs. C-49/14.

¹²⁰⁶ EuGH, 17.3.2016, Rs. C-613/15.

¹²⁰⁷ EuGH, 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15, C-308/15.

¹²⁰⁸ EuGH, 26.1.2017, Rs. C-421/14.

¹²⁰⁹ EuGH, 7.8.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17.

- In der Rechtssache *Abanca*¹²¹⁰ befand der EuGH eine Rechtsprechung für unvereinbar mit der Klausel-RL, die eine missbräuchliche Klausel durch Streichung der sie missbräuchlich machenden Teile teilweise aufrechterhält, wenn diese Streichung den Inhalt der Klausel grundlegend änderte. Möglich sei aber eine Lückenfüllung durch dispositives Recht, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht fortbestehen kann und dies für den Verbraucher besonders nachteilig ist. Das Urteil zwang den *Tribunal Supremo*, seine Judikatur zu den Rechtsfolgen unwirksamer Fälligkeitsklauseln anzupassen und nötigte den Gesetzgeber zu einer Reform des Rechts der vorzeitigen Fälligkeit.
- Das Urteil in der Rechtssache *Gómez del Moral Guasch*¹²¹¹ konkretisierte die aus Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Klausel-RL folgenden materiellen Transparenzanforderungen für Klauseln, die einen variablen Zinssatz festlegen. Es stellte außerdem die Pflicht zur Prüfung der Transparenz von den Hauptgegenstand des Vertrages betreffende Klauseln klar, auch wenn Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL nicht in die nationale Rechtsordnung umgesetzt wurde. Außerdem bejahte der EuGH die Möglichkeit, bei Unwirksamkeit der den Referenzindex festlegenden Klausel diesen Index durch einen gesetzlichen zu ersetzen, sofern die sonst drohende Gesamtnichtigkeit des Vertrags besonders nachteilig für den Verbraucher wäre.
- Auch in der Rechtssache *Ibercaja Banco*¹²¹² konkretisierte der EuGH die Transparenzanforderungen i.S.v. Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Klausel-RL, und zwar für Mindestzinsklauseln. Gleichzeitig erörterte er insbesondere die (in dieser Arbeit nicht weiter untersuchte) Frage, unter welchen Voraussetzungen eine für missbräuchlich befundene Klausel Gegenstand eines Novationsvertrages sein kann.

Bei der Rolle des EuGH für die spanische Entwicklung des Schutzes der Hypothekenschuldner fällt besonders ins Auge, dass er häufig nicht nur Vorschriften des spanischen Rechts für unvereinbar mit dem Unionsrecht erklärte – nicht selten korrigierte er die

¹²¹⁰ EuGH, 26.3.2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17.

¹²¹¹ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18.

¹²¹² EuGH, 9.7.2020, Rs. C-452/18.

Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* selbst.¹²¹³ Das Hin und Her zwischen EuGH und *Tribunal Supremo* mutet teilweise wie ein Ping-Pong-Spiel zwischen den Gerichten an.¹²¹⁴ Dass viele Vorlagefragen dabei von unterinstanzlichen Gerichten (und nicht etwa vom *Tribunal Supremo*) kamen, dokumentiert einerseits die Bedeutung des EuGH in Fällen, in denen das oberste Gericht eines Staates (vgl. Art. 123 Abs. 1 CE) eine europarechtswidrige Doktrin entwickelt. Andererseits mag darin auch ein Indiz dafür gesehen werden, dass viele unterinstanzliche Gerichte das Vertrauen in die Judikatur des *Tribunal Supremo* verloren haben könnten. Ins Auge fällt, dass viele der unterinstanzlichen Vorlagefragen¹²¹⁵ nicht die Auslegung des Unionsrechts beehrten, sondern die Auslegung des spanischen Rechts oder Lösung des zugrundeliegenden Rechtsfalles.¹²¹⁶

Jedenfalls haben die spanischen Gerichte mit dem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV ein Mittel gefunden, um Missständen in der spanischen Rechtsordnung oder der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zu begegnen, indem sie sie auf die europäische Bühne gehoben und vom EuGH im Lichte der Klausel-RL untersucht haben lassen.¹²¹⁷ Die steigende Anzahl an Vorlageverfahren belegt dies eindeutig. Waren es 2012 noch fünf Vorlagefragen im Bereich des Verbraucherschutzes, stieg die Zahl etwa 2014 auf 17, 2019 lag sie bei 16.¹²¹⁸ Die Zahl an Vorlagefragen insgesamt stieg von 16 im Jahr 2012 auf 64 im Jahr 2019.¹²¹⁹ Das entspricht ca. 10 % der gesamten Vorlagefragen 2019 vor dem EuGH.¹²²⁰ Sicherlich haben auch diese mannigfaltigen Vorlagefragen der spa-

¹²¹³ Zu diesem Befund kommt auch *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (ebenda).

¹²¹⁴ So treffend *Adán Domènech*, in: *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 3, 2019, 119 (142).

¹²¹⁵ So etwa einige der Fragen bei AJPI Santander, 10.9.2014, Secc. 2, ECLI:ES:JPI:2014:41A.

¹²¹⁶ Darauf auch hinweisend *Piekenbrock*, in: *GPR* 2017, 299 (300).

¹²¹⁷ Zu diesem Befund kommt für die gesamteuropäische Lage auch *Apenzeller*, *Die europäische AGB-Kontrolle*, 2017, S. 120: „Die deutlich steigende Zahl von Vorabentscheidungsersuchen zur Klausel-RL zeigt, dass nationale Richter das Potential des Vorabentscheidungsverfahrens erkannt haben.“

¹²¹⁸ *Justicia dato a dato*, 2019, S. 79, sowie 2016, S. 77, abrufbar unter <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

¹²¹⁹ Ebenda; *CGPJ*, *Memoria sobre el estado, funcionamiento, y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2019*, S. 366.

¹²²⁰ *CGPJ*, *Memoria sobre el estado, funcionamiento, y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2019*, S. 366.

nischen Gerichte zu einer Beschleunigung der Verfahren vor dem EuGH geführt (unter anderem wurde die Länge von Schriftsätzen begrenzt und die Möglichkeit eröffnet, für bestimmte Fälle auf ein mündliches Verfahren zu verzichten, Art. 76 Abs. 2 EuGH-VerfO).¹²²¹

Als zentrale Wendepunkte können vor allem die Urteile in den Rechtssachen *Aziz*, *Gutiérrez Naranjo* und *Abanca* betrachtet werden. Am wahrscheinlich bedeutsamstem war die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Aziz*. Sie hat Reformanstöße insbesondere an drei Stellen (Vollstreckungseinwände, Kündigung des Darlehens, Verzugszinsen) bewirkt, die elementar für den Schutz des Hypothekenschuldners sind. Gleichzeitig war die auf das *Aziz*-Urteil ergangene Reform Ley 1/2013 Nährboden für weitere Auslegungszweifel und führte so zu weiteren EuGH-Urteilen. Das Urteil hatte durch die notwendig gewordene Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* zu den Rechtsfolgen unwirksamer Kündigungsklauseln mittelbar auch das Urteil in der Rechtssache *Abanca* zur Folge. Die meisten der Reformen waren nötig, weil das spanische Recht (oder die spanische Rechtsprechung) die Bestimmungen der Klausel-RL verletzte. Doch die erlassenen Reformen und Schutzmaßnahmen beschränken sich häufig nicht auf den Anwendungsbereich der Richtlinie, sondern gehen weiter. Insofern hatte die Klausel-RL über ihren Anwendungsbereich hinaus zumindest mittelbar Einfluss auf die spanische Rechtsordnung.

Letzten Endes übernahm damit der EuGH mittels der Institution der Vorlagefrage die Aufgabe einer „rechtspolitische[n] Reparaturwerkstatt“¹²²². Das Vorlageverfahren diente auch in Spanien teilweise als eine „Art ‚außerordentlicher Rechtsbehelf‘ zur Durchsetzung rechtspolitischer Modernisierungsschübe und zur Verbesserung des Individualschutzes.“¹²²³ Es ist „Fortschrittstreiber für die nationale Rechtslage“¹²²⁴ und begründet

¹²²¹ Siehe zur Verkürzung der Bearbeitungszeit von Verfahren vor dem EuGH *Apenzeller*, Die europäische AGB-Kontrolle, 2017, S. 119 f. m.w.N.

¹²²² Mit dieser Bezeichnung *Reich*, in: *RabelsZ* 66 (2002), 531 (541); dieses Phänomen schon früh erkennend *Weiler*, *The Constitution of Europe*, 1999, S. 197: „Lower courts and their judges were given the facility to engage with the highest jurisdiction in the Community and, even more remarkable, to gain the power of judicial review over the executive and legislative branches even in those jurisdictions where such judicial power was weak or non-existent.“

¹²²³ *Reich*, in: *RabelsZ* 66 (2002), 531 (541).

¹²²⁴ *Apenzeller*, Die europäische AGB-Kontrolle, 2017, S. 121.

ein Netzwerk zwischen unterinstanzlichen Gerichten und EuGH, welches den unterinstanzlichen Gerichten eine gewisse Unabhängigkeit von der nationalen Gesetzgebung bietet und ihnen die Möglichkeit gibt, durch Dialog mit dem EuGH eine Modernisierung ihres nationalen Rechts herbeizuführen.¹²²⁵ Der EuGH tritt mit seinen Urteilen also auch in die Rolle eines „*social engineer*“.¹²²⁶ Die Untersuchung bestätigt und belegt damit diese schon anderenorts gewonnenen Erkenntnisse für das spanische Recht. Nicht zuletzt hat die Judikatur des EuGH auch die deutsche Debatte über die Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln angestoßen. So wuchsen insbesondere auch aus den Urteilen in den Rechtssachen *Unicaja Banco* und *Abanco* die Zweifel an der Europarechtskonformität von § 306 Abs. 2 BGB.¹²²⁷ Die zeugt von dem Potenzial der EuGH-Rechtsprechung, auch über die Rechtsordnung des Vorlagegerichts hinaus gestaltende Wirkung zu haben.

So begrüßenswert die meisten Urteile des EuGH und ihre Prägung der spanischen Rechtsordnung gewesen sein mögen – die letzten Antworten des spanischen Gesetzgebers zeichnen sich vor allem durch einen Entzug der Vertragsfreiheit der Parteien aus. Bestätigt und perpetuiert sich diese Tendenz als Reaktion mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen auf EuGH-Urteile, fragt sich aus rechtspolitischer Sicht, ob diese Wirkungen mit der Klausel-RL wirklich erreicht werden sollen. Insbesondere muss man sich fragen, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen der Herstellung von Vertragsparität und der Garantie unionaler Vertragsfreiheit gewahrt bleibt.

Abzuwarten bleibt, ob der EuGH noch Gelegenheit bekommt, über die Vereinbarkeit der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens mit Art. 28 Abs. 5 Wohnimmobilienkredit-RL zu befinden. Die Untersuchung hat jedenfalls die potenzielle Richtlinienwidrigkeit des Zeitpunkts der Immobilienbewertung aufgezeigt.

¹²²⁵ So schon *Basedow*, in: *European Review of Private Law*, Bd. 18, 2010, 443 (448).

¹²²⁶ *Micklitz*, in: *FS Stuyck*, 2013, 639 (652).

¹²²⁷ Nachweise oben Fn. 857.

§ 3 Befunde des Rechtsvergleichs

Mit Blick auf die rechtsvergleichende Betrachtung der spanischen und deutschen Rechtsordnung seien die wesentlichen Ergebnisse der Kapitel 3 bis 6 in dieser Hinsicht zusammengefasst.

Bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zur Vereinbarung von Verzugszinsen ist aufgefallen, dass sich die spanische und deutsche Rechtslage jedenfalls mit der Reform durch Ley 5/2019 angenähert haben. Nichtsdestotrotz scheint die deutsche Regelung mit ihrer Anknüpfung an den Basiszinssatz einen angemesseneren Bezugspunkt für den Verzugszins gefunden zu haben; die spanische Regel in Art. 114 Abs. 3 LH (n.F.) knüpft an den von den Parteien vereinbarten Darlehenszinssatz an. § 497 Abs. 4 BGB ist im Gegensatz zu seinem spanischen Pendant nur halbzwingendes Recht, § 512 BGB; die Norm lässt den Parteien insoweit ein Stück weit Vertragsfreiheit, wenn auch nur zugunsten des Verbrauchers. Art. 114 Abs. 3 hingegen lässt angesichts seines Wortlauts überhaupt keine anderweitige Vereinbarung zu. Wichtig ist ferner, dass der spanische und deutsche Gesetzgeber unterschiedliche regulatorische Anreize setzen: während die in § 498 Abs. 3 S. 3 BGB enthaltene Verjährungshemmung den Darlehensgeber von einer vorschnellen Titulierung abhalten soll, scheinen Art. 114 Abs. 2, 3 LH ein geradezu gegensätzliches Ansinnen zu verfolgen.

Was die Voraussetzungen zur Gesamtfälligkeit von Hypothekendarlehensverträgen anlangt, blickt das spanische Recht bei den Fragen nach der Wirksamkeit und den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit von Kündigungsklauseln zwar auf eine teils unrühmliche Entwicklungsgeschichte zurück. Doch mit der Reform durch die LCCI sind die Kündigungsvoraussetzungen bei Zahlungsverzug weitgehend jenen der deutschen Rechtsordnung angeglichen; der erforderliche Zahlungsrückstand ist nach Art. 24 LCCI gar leicht höher. Auffällig bleibt aber auch bei dieser Regelung ihre Ausgestaltung als *ius cogens*, was schuldnerfreundlichere Vereinbarungen ausschließt.

Die von den Rechtsordnungen eröffneten Möglichkeiten zur Vereinbarung und Begrenzung von variablen Darlehenszinsen ließen sich nur begrenzt vergleichen. Grund ist, dass in Spanien vornehmlich Zinsgleitklauseln verbreitet zu sein scheinen, während die deutsche Bankenpraxis überwiegend von Zinsanpassungsklauseln Gebrauch zu machen scheint. Dieser Unterschied spiegelt sich auch in einem anderen Schwerpunkt im Dis-

kurs von Rechtslehre und Rechtsprechung wider. Gemein ist beiden Rechtsordnungen, dass Zinsbegrenzungsvereinbarungen (Mindestzinsklauseln) bisher grundsätzlich zulässig gewesen sind; eine AGB-rechtliche Kontrolle erfolgt wohl auch in Deutschland nur nach dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB). Die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Gómez del Moral Guasch*¹²²⁸ und *Ibercaja Banco*¹²²⁹ kann hier zum Anlass genommen werden für eine genauere Entwicklung von Transparenzanforderungen für Zinsbegrenzungsvereinbarungen. *De lege lata* ist es den Parteien nach spanischem Recht nicht mehr gestattet, Mindestzinsklauseln zu vereinbaren, Art. 21 Abs. 3 LCCI.

Auch für die Vollstreckung in das Grundstück ist zunächst zu konstatieren, dass sich die Rechtsposition des spanischen Hypothekenvollstreckungsschuldners in den letzten Jahren verbessert und sich an das Schutzniveau im deutschen Vollstreckungsverfahren jedenfalls angenähert hat. Insbesondere ist eine weitgehende Kontrolle des Vertragsinhalts auch im Vollstreckungsverfahren gewährleistet. Vor allem zwei Punkte machen den Schuldnerschutz im Vergleich aber immer noch unvollkommen: Erstens ist dies der *numerus clausus* der Einspruchsgründe, der aus Art. 695 Abs. 1 LEC folgt. Die Verlagerung anderer Einwände in ein Erkenntnisverfahren, das keinen Einfluss auf die Vollstreckung haben kann (Art. 698 LEC), bringt eine beträchtliche Gefährdung der Eigentumsposition des Vollstreckungsschuldners mit sich. Zweitens kann auch die Festsetzung des Versteigerungswerts schon zur Hypothekenbestellung den Schuldner in eine prekäre Situation bringen, weil sich der in der Versteigerung erzielte Erlös auf seine Restschuld auswirkt.

In der Gesamtschau fällt auf: Insgesamt scheinen jedenfalls die neuen spanischen Regelungen durch die LCCI teilweise zu drastisch und rigide zu sein. So hätte die Möglichkeit einer schuldnergünstigeren Vereinbarung der Kündigungsvoraussetzungen zugelassen werden können. Auch das allgemeine Verbot von Mindestzinsklauseln wirkt zu interventiv und pauschal und zeugt von paternalistischen Regulierungstendenzen. Was den rechtlich zulässigen Rahmen des Vertragsinhalts von Hypothekendarlehensverträgen betrifft, bewegen sich die spanische und deutsche Rechtsordnung dennoch aufei-

¹²²⁸ EuGH, 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch*).

¹²²⁹ EuGH, 9.7.2020, Rs. C-452/18 (*Ibercaja Banco*).

inander zu. In der Vollstreckung bleiben, bis auf den Schutz vor missbräuchliche Klauseln, die oben aufgezeigten Defizite im spanischen Recht.

§ 4 Ausblick

Die spanische Rechtsordnung blickt auf ein turbulentes Jahrzehnt zurück, das geprägt war von zahlreichen Reformen, Änderungen der Rechtsprechung der Gerichte und einem mehr oder weniger freiwilligen Dialog mit dem EuGH. Man darf gespannt sein, ob die kommenden Jahre weitere Neuerungen des Rechts um Hypothekendarlehensverträge bereithalten. Mit der Reform durch Ley 5/2019 scheinen die Umgestaltungen der Rechtsordnung in diesem Bereich jedenfalls ein vorläufiges Ende gefunden zu haben. Angesichts der aufgeblühten Leidenschaft spanischer Gerichte für Vorlagefragen nach Art. 267 AEUV scheinen europarechtlich veranlasste weitere Rechtsänderungen aber keineswegs ausgeschlossen.

Literaturverzeichnis

- Achón Bruñén, María José*, Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, Madrid 2017.
- Adán Domènech, Federico*, El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en La ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE, Barcelona 2020.
- Adán Domènech, Federico*, El Tribunal de Justicia de la Unión de Europea: El Robin Hood de los consumidores, in: Revista de Derecho Civil, Vol. VI, núm. 3, 2019, S. 119-154.
- Adán Domènech, Federico*, Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, in: Revista jurídica de Catalunya, Vol. 116, nº 1, 2017, S. 31-49.
- Adomeit, Klaus/Frühbeck, Federico/Frühbeck, Fernando/Frühbeck Olmedo, Guillermo*, Einführung in das spanische Recht: das Verfassungs-, Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht Spaniens, 4. Auflage, München 2018.
- Agüero Ortiz, Alicia*, Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 17/2016, S. 116-134.
- Agüero Ortiz, Alicia*, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios, Comentario a la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 19/2016, S. 209-216.
- Agüero Ortiz, Alicia*, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 14/2015, S. 262-274.
- Agüero Ortiz, Alicia*, Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas, abrufbar unter: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/acuerdosCAabusivas.pdf>.
- Akin, Ozlem/García Montalvo, José/García Villar, Jaume/Peydró, José-Luis, María Raya, Josep*, The real estate and credit bubble: evidence from Spain, in: SERIES 2014, S. 223-243.
- Albaladejo, Manuel (Hg.)*, Guilarte Zapatero, Vicente, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo 23, 2. Auflage, Madrid 1990.
- Albiez Dohrmann, Klaus Jochen/Moreno-Torres Herrera, María Luisa*, Los contratos

- de crédito inmobiliario, 1. Auflage, Cizur Menor (Navarra) 2017.
- Alcalá Díaz, María Angeles*, La protección del deudor hipotecario, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- Alfaro Águila-Real, Jesús*, in: Anuario de Derecho Civil, 1994, Protección de los consumidores y derecho de los contratos, Vol. 47, n° 2, S. 305-324.
- Álvarez Royo-Villanova, Segismundo*, Comentario de cuatro sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019): la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil), 2019, S. 61-72.
- Anderson, Miriam/Arroyo Amayuelas, Esther*, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, Groningen: Europa Law Publishing, 2018.
- Apenzeller, Carmen*, Die Europäische AGB-Kontrolle, Diss., Baden-Baden 2017.
- Arroyo Amayuelas, Esther*, Mortgage credit in Spain, in: EuCML 2017, S. 132-135.
- Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE)*, Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, Zaragoza 2016 (zitiert: *Autor*, in: ADICAE, Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, 2016).
- Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang* (Hg.)/*Poseck, Roman* (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 59. Edition, München 2021 (zitiert: BeckOK BGB/Bearbeiter, ⁵⁹2021, BGB § Rn.).
- Banco de España*, Informe del Banco de España sobre sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, Serie I, vom 7.5.2010.
- Banco de España*, Memoria de Reclamaciones, 2019, abrufbar unter <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/19/Documentocompleto.pdf>.
- Banco de España*, Nota informativa sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas, 30.7.2015, abrufbar unter https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe300715.pdf.
- Basedow, Jürgen*, The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary, in: European Review of Private Law, Bd. 18, 2010, S. 443-474.
- Bastante Granell, Víctor*, La (quasi) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual, in: ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, S. 143-239.

- Bastante Granell, Víctor*, Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares, in: *Anales de Derecho*, Núm. 31, 2013, S. 180-213.
- Bausch, Stephan*, Anm. zu BGH, NJW 2018, 2950 (Urteil vom 5.6.2018 – XI ZR 790/16), in: NJW 2018, S. 2953-2954.
- Bernardos Domínguez, Gonzalo*, Creación y Destrucción de la Burbuja Inmobiliaria en España, in: ICE Nr. 850, 2009, S. 23-40.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel*, Criterio y efectos de la abusividad de las cláusulas de interés de demora en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, in: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 10 bis, 2019, S. 238-305.
- Bickmann*, Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss., Göttingen 2012.
- Binder, Jens-Hinrich/Ettensberger, Svenja*, "Automatischer" Negativzins bei darlehensvertraglichen Zinsänderungsklauseln im Niedrigzinsumfeld?, in: WM 2015, S. 2069-2074.
- Bitter, Georg/Linardatos, Dimitrios*, Erdachte Leitbilder im Darlehensrecht, in: ZIP 2018, S. 2249-2254.
- Böttcher, Roland*, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar, 6. Auflage, München 2016 (zitiert: *Böttcher/Bearbeiter*, ZVG, 62016, § Rn.).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018.
- Buck-Heeb, Petra*, Finanzierungsberatung: Aufklärungspflichten und Haftung, in: ZIP 2018, S. 705-714.
- Bülow, Peter*, Verbraucherkreditrecht im BGB, in: NJW 2002, S. 1145-1150.
- Bülow, Peter/Artz, Markus*, Verbraucherkreditrecht, 10. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht, 102019, Rn.).
- Bunte, Hermann-Josef*, Keine Vorfälligkeitsentschädigung bei Kündigung wegen Verzugs?, in: NJW 2016, S. 1626-1630.
- Burkiczak, Christian M.*, Zur Frage der Zulässigkeit uneingeschränkter Zinsänderungsklauseln in AGB bei kurzfristigen Sparprodukten, in: BKR 2007, S. 190-193.
- Callejo Rodríguez, Carmen/Berrocal Lanzarot, Ana Isabel/Martínez Rosado, Javier*, Resumen de la Jornada Científica "Retos del Crédito Hipotecario" celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2015,

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/33057/1/Actas%20Jornada%20Retos%20del%20Crédito%20Hipotecario.pdf>.

- Cámara Lapuente, Sergio*, ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?, in: Cuadernos de Derecho Transnacional, 2013, Vol. 5, N° 2, S. 209-233.
- Cámara Lapuente, Sergio*, El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, in: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, núm. 1, 2011, S. 84-117.
- Cámara Lapuente, Sergio*, El control de cláusulas abusivas sobre el precio, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, S. 98-115.
- Carrasco Perera, Ángel*, Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 3/2012, S. 145-147.
- Carrasco Perera, Ángel/Cordero Lobato, Encarna*, El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 7/2013, S. 164-183.
- Carrasco Perera, Ángel/Cordero Lobato, Encarna/Marín López, Manuel Jesús*, Tratado de los Derechos de garantía, 3. Auflage, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- Casero Linares, Luis*, El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona 2014.
- Conde Fuentes, Jesús*, El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, in: Revista de Derecho Civil, vol. IV, núm. 1, 2017, S. 219-233.
- Cordero Lobato, Encarna*, Nulidad de cláusulas suelo no transparentes, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 6/2013, S. 129-133.
- Cordón Moreno, Faustino*, La reforma del artículo 695.4 de la LEC: la posible inconstitucionalidad de su régimen transitorio, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo n° 11, 2014, S. 186-190.
- Cruz Gallardo, Bernardo*, Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, Las Rozas (Madrid) 2014.
- Cuesta Rute, José María de la*, Nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios en un contrato bancario de préstamo personal con un consumidor, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2015, S. 291-303.

- Defensor del Pueblo*, Crisis Económica y Deudores Hipotecarios: Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, 9.4.2013, S.7, abrufbar unter <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-04-Crisis-econ%C3%B3mica-y-deudores-hipotecarios-Actualizaci%C3%B3n.pdf>.
- Delgado Echeverría, Jesús/Carrasco Perera, Ángel*, Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución, Cizur Menor 2007.
- Derleder, Peter*, Transparenz und Äquivalenz bei bankvertragsrechtlicher Zinsanpassung, in: WM 2001, S. 2029-2041.
- Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg*, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Band 2, 3. Auflage, Berlin 2017.
- Díaz Fraile, Juan María*, Adjudicación de finca a favor del acreedor ejecutante en procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles en caso de subasta desierta. Derecho al cobro del remanente insatisfecho. Enriquecimiento injusto. Abuso de derecho, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2015, S. 47-62.
- Díaz Fraile, Juan María*, Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario, in: Revista de Derecho Civil, Vol. V, núm. 2, 2018, S. 293-320.
- Díaz Fraile, Juan María*, Nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios en un contrato bancario de préstamo hipotecario con consumidor in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2018, S. 147-166.
- Díaz Fraile, Juan María*, Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario, in: Anuario de Derecho Civil, tomo LXIX 2016, fasc. II, S. 501-523.
- Díaz Vales, Fernando*, La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable, in: RCDI 2010, n° 719, S. 923-980.
- Díez-Picazo, Luis*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión, Vol. III, Madrid 2008.
- Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo; Ministerio de Fomento*, Observatorio de Vivienda y Suelo, Boletín Especial Censo 2011 Parque edificatorio, 2014, S. 6, abrufbar unter <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW021>.
- Döhler, Nils*, Anmerkung zu EuGH, 21.12.2016 – C-154/15 (Gutiérrez Naranjo ua/Casajur Banco ua), in: EuZW 2017, S. 152-153.
- Domínguez Romero, Javier*, Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas, La integración del Derecho Español a través del Derecho europeo y comparado, Madrid

2018.

Dörrie, Robin, Immobilienfinanzierungen und Verkauf von Kreditforderungen nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, in: ZBB 5/08, S. 292-306.

Edelmann, Hervé, Einführung von Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft, in: BB 2018, S. 394-398.

Ekkenga, Jens, Bankrecht und Kapitalmarktrecht in der Entwicklung: Festschrift für Siegfried Kümpel zum 70. Geburtstag, Berlin 2003 (zitiert: *Autor*, in: FS Kümpel, 2003, S.).

Engisch, Karl/Würtenberger, Thomas/Otto, Dirk, Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Stuttgart 2018.

Erman, Walter (Begr.)/Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg, Bürgerliches Gesetzbuch, Erman, Band 1: §§ 1-778, AGG, 16. Auflage, Köln 2020.

Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, Javier Ángel, Los intereses moratorios en el proceso de ejecución hipotecaria, in: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 31, 2013, 47 S.

Fernández-Reyes, Ángel Valero, in: Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 64, 2019, S. 618-664.

Ferrandis Vilella, José, Introducción al estudio de los derechos reales de la garantía, in: Anuario de Derecho Civil, Vol. 13, 1960, S. 37-62.

Fervers, Matthias, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26.1.2017 – C-421/14 (Banco Primum/Gutiérrez García), in: NZM 2018, 136.

Fevers, Matthias/Gsell, Beate, Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext, in: NJW 2019, S. 2569-2574.

Fortea Gorbe, José Luis, La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, Diss., Alicante 2016.

Frank, Susanne/Wachter, Thomas, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2. Auflage, Heidelberg 2015, [juris online](#) (zitiert: *Bearbeiter*, in: Frank/Wachter, Immobilienrecht in Europa, ²2015, Land, Rn.).

Frank, Susanne/Wachter, Thomas, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 1. Auflage, Heidelberg 2004.

Garberí Llobregat, José/Torres Fernández de Sevilla, José María/Duro Ventura, Cesáreo/Casero Linares, Luis, Los Procesos Civiles, Tomo 4, 1. Auflage, Madrid 2001.

García-Valdecasas Dorrego, Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE, Madrid 2018.

- Gathmann, Almut*, Spanisches Zwangsvollstreckungsrecht, Diss., Frankfurt 1997.
- Gento Mahuenda, Pedro*, El final de las cláusulas suelo en España: una vision retrospective, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 10/2014, S. 14-37.
- Gimeno Sendra, Vicente*, Derecho procesal civil, II. Los procesos especiales, 2. Auflage, Madrid 2007.
- Gomá Lazón, Fernando*, Criterio para el control de la abusividad del interés de demora. Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula. Mantenimiento del interés remuneratorio, in: Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), 2018, S. 89-99.
- Gómez Pomar, Fernando/Lyczkowska, Karolina Maja*, Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law, in: InDret 4/2014, S. 1-34.
- Goñi Rodríguez de Almeida, María*, Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, in: RCDI 2013, núm. 739, S. 3440-3456.
- Graf von Westphalen, Friedrich*, AGB-Recht im zweiten Halbjahr 2018, in: NJW 2019, S. 275-278.
- Graf von Westphalen, Friedrich*, Der (unzulässige) Rückgriff auf die ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen Zinsänderungsklauseln, in: MDR 2019, S. 76-82.
- Graf von Westphalen, Friedrich*, Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch dispositives nationales Recht? – Spannungsverhältnis zwischen EuGH- und BGH-Judikatur, in: BB 2019, S. 67-74.
- Graf von Westphalen, Friedrich*, Neue Urteile des EuGH zur Klausel-Richtlinie 93/13/EWG und ihre Auswirkungen auf das AGB-Recht, in: EuZW 2019, S. 121-127.
- Graf von Westphalen, Friedrich*, Verbraucherschutz nach zwei Jahrzehnten Klausel-RL, in: NJW 2013, S. 961-966.
- Graf von Westphalen, Friedrich/Thüsing, Gregor*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. EL, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, EL, Verlag, Rn.).
- Grottel, Bernd/Schmidt, Stefan/Störk, Ulrich/Schubert, Wolfgang J.*, Beck'scher Bilanz-Kommentar, Handels- und Steuerbilanz: §§ 238-339, 342-342e HGB, 12. Auflage, München 2020 (zitiert: Beck Bil-Komm/*Bearbeiter*, ¹²2020, HGB § Rn.).

- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Hg.), Beck'scher Online Großkommentar zum Zivilrecht, BGB, München 2021.
- Habersack, Mathias*, Zinsänderungsklauseln im Lichte des AGBG und des VerbrKrG, in: WM 2001, S. 753-762.
- Hellmich, Stefanie*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, Diss., Tübingen 2000.
- Hensen, Horst-Diether*, Zu Zinsänderungsklauseln bei Sparverträgen, in: EWiR, 2004, S. 587-588.
- Herresthal, Carsten*, Die judikative Vertragsergänzung bei fehlenden oder unwirksamen Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen– Teil I, in: WM 2020, S. 1949-1958.
- Hingst, Kai-Michael/Neumann, Karl-Alexander*, Negative Zinsen – Die zivilrechtliche Einordnung eines nur scheinbar neuen geldpolitischen Phänomens, in: BKR 2016, S. 95-101.
- Höldampf, Tilman*, Die Rechtsprechung des BGH zu Zinsanpassungsklauseln im aktuellen Kontext, in: BB 2020, S. 265-267.
- Ibán, Iván C.*, Einführung in das spanische Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1995.
- Izquierdo Blanco, Pablo/Adán Doménech Federico*, Todo ejecución hipotecaria, Madrid 2018.
- Janssen, André/Schulte-Nölke, Hans*, Researches in European Private Law and Beyond, Contributions in Honour of Reiner Schulze's Seventieth Birthday, 1. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Joppich, Tim Gero*, Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB: die Prinzipien der Transparenzkontrolle unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitsvertragskontrolle, Diss., Frankfurt 2009.
- Kas, Betül/Micklitz, Hans-W.*, Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2014–2018) – Teil I, in: EWS 4/2018, S. 181-220.
- Kenna, P./Benjaminsen, L./Busch-Geertsema, V./Nasarre-Aznar, S.*, Promoting Protection of the Right to Housing – Homelessness Prevention in the Context of Evictions, Europäische Kommission, Luxemburg 2016, verfügbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0c16776d-1e4e-11e6-ba9a-01aa75ed71a1/language-en>.
- Kindl, Johann/Arroyo Vendrell, Tatiana*, Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen, 1. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Köndgen, Johannes/König, Konrad*, Grenzen zulässiger Konditionenanpassung beim

- Hypothekenkredit, in: ZIP 1984, S. 129-140.
- Krepold, Hans-Michael/Herrle, Constanze*, Negative Zinsen – rechtliches Neuland, in: BKR 2018, S. 89-99.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 355-945b, 6. Auflage, München 2020.
- Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Köln 2019.
- Lacruz Berdejo, José Luis*, Elementos de derecho civil II, Derecho de obligaciones, Vol. 2, Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito, 3. Auflage, Barcelona 1995.
- Lacruz Berdejo, José Luis*, Elementos de derecho civil III, Vol. 2, Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad, 2. Auflage, Barcelona 1991.
- Langenbacher, Katja*, Vereinbarungen über den Zinssatz - zugleich eine Anmerkung zu Nr. 5 und Nr. 6 der neuen Bedingungen für den gewerblichen Musterdarlehensvertrag, in: BKR 2005, S. 134-142.
- Lasarte, Carlos*, Derechos reales y Derecho hipotecario, Principios de Derecho civil V, 8. Auflage, Madrid 2010.
- Lassen, Tim/Luckow, Andreas/Thurner, Mario*, Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus, Berlin 2016.
- Lauroba Lacasa, Elena/Tarabal Bosch, Jaume*, Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva, Madrid 2012.
- Leube, Jens*, Inhaltliche Anforderungen an die qualifizierte Mahnung nach § 498 I 1 Nr. 2 BGB, in: NJW 2007, S. 3240-3242.
- Lüttringhaus, Jan D.*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt: Die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO, Tübingen 2018.
- Lyczkowska, Karolina Maja*, Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 5/2013, S. 103-109.
- María Miquel, José*, Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios – Primera parte, in: INF II/17, S. 64-72.
- María Miquel, José*, Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios – Segunda parte, in: INF III/17, S. 130-157.
- Marín López, Manuel Jesús*, El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU, in: Revista CESCO de Derecho de

Consumo, n° 9/2014, S. 9-16.

Marín López, Manuel Jesús, Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015), in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 13/2015, S. 27-39.

Martínez Espín, Pascual, ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 9/2014, S. 76-84.

Martínez Espín, Pascual, El tipo máximo de los intereses moratorios a efectos de responsabilidad hipotecaria podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios, in: Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 22/2017, S. 108-116.

Mato Pacín, María Natalia, Cláusulas abusivas y empresario adherente, Diss., Getafe/Madrid 2015.

Mellado Rodríguez, Manuel, Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento, Diss., Madrid 2008.

Metz, Rainer, Variable Zinsen: Präzisierung bei § 315 BGB erforderlich?, in: BKR 2010, S. 265-270.

Metz, Rainer, Variable Zinsvereinbarungen bei Krediten und Geldanlagen, in: BKR 2001, S. 21-29.

Micklitz, Hans-W./Saumier, Geneviève, Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, Ius Comparatum Bd. 27, Berlin 2018.

Miquel González, José María, Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, in: RJUAM, n° 27, 2013, S. 223-252.

Montserrat Valero, Antonio, Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000, Madrid 2002.

Montero Aroca, Juan/Calderón Cuadrado, María Pía, Ley de Enjuiciamiento Civil, 13. Auflage, Valencia 2007.

Morais Carvalho, Jorge/Nemeth, Kristin, Implementation of the Mortgage Credit Directive in the EU Member States, in: EuCML 2017, S. 131-132.

Moreno Trapiella, Prudencio, Estatuto jurídico de la vivienda habitual: especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013, in: Diario La Ley, Nr. 8475, 2015, S. 1-34.

Mülbert, Peter O., Bonitätsgestufte Zinsabreden in Festzinskrediten als eine Antwort auf Basel II, in: WM 2004, S. 1205-1212.

- Müller, Frank*, Der Einfluss des Unionsrechts auf die AGB-Kontrolle von Bankentgelten im Zahlungsverkehr, Diss., Baden-Baden 2018.
- Nasarre Aznar, Sergio*, “Robinhoodian” courts‘ decisions on mortgage law in Spain, in: *International Journal of Law in the Built Environment* 2015, S. 127-147.
- O’Callaghan Muñoz, Xavier*, Código Civil: comentado y con jurisprudencia, 6. Auflage, Las Rozas 2008 (zitiert: *O’Callaghan Muñoz, Código Civil*, 62008, Art., Rn.).
- Pfeiffer, Thomas*, Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln, in: *NJW* 2014, S. 3069-3072.
- Piekenbrock, Andreas*, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, in: *GPR* 2015, S. 26-36.
- Piekenbrock, Andreas*, Rechtsschutz in der Hypothekarvollstreckung und unionsrechtliche Klauselkontrolle, in: *GPR* 2017, S. 299-301.
- Platero Alcón, Alejandro/González González, María José*, Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo, in: *Lex N° 20, Año XV, 2017 (II)*, S. 183-208.
- Pulgar Ezquerro, Juana*, El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal, in: *RDM* 2003, Núm. 250, S. 1425-1477.
- Quesada López, Pedro Manuel*, Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?, Cizur Menor, Navarra, 2020.
- Raluca Stroe, Iuliana*, Los intereses moratorios abusivos no se pueden recalcular y la cláusula de vencimiento anticipado debe eliminarse si se considera abusiva independientemente de si en la práctica se ha respetado el plazo legalmente establecido, in: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 16/2015, S. 158-160.
- Ramón Chornet, Juan Carlos*, La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000, in: *RCDI* 2001, Nr. 663, S. 123-212.
- Reich, Norbert*, in: Die Vorlagepflicht auf teilharmonisierten Rechtsgebieten am Beispiel der Richtlinien zum Verbraucherschutz, in: *RabelsZ* 66 (2002), S. 531-552.
- Reifner, Udo*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen, in: *ZBB* 2001, S. 193-200.
- Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard*, *The Oxford handbook of comparative law*, 2. Auflage, Oxford 2019.
- Reithmann, Christoph*, Der Rückübertragungsanspruch bei Grundschulden, in: *DNotZ* 1994, S. 168-172.
- Reithmann, Christoph*, Grundpfandrechte heute – Rechtsentwicklung und Aufgaben des

- Notars, in: DNotZ 1982, S. 67-114.
- Rheinstein, Max*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München 1987.
- Riesenhuber, Karl*, Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin 2015.
- Rodríguez de Almeida, María Goñi*, Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios, in: RCDI 2020, núm. 779, S. 1801-1821.
- Röß, Simon*, Die Verjährungshemmung bei Verbraucherdarlehensverträgen, in: NJW 2019, S. 1249-1253.
- Rösler, Patrick/Lang, Volker*, Zinsklauseln im Kredit- und Spargeschäft der Kreditinstitute: Probleme mit Transparenz, billigem Ermessen und Basel II, in: ZIP 2006, S. 214-220.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, 8. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, ⁸2021, EGBGB Art. § Rn.).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § Rn.).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil I: §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, ⁸2019, BGB § Rn.).
- Sáenz de Jubera Higuero, Beatriz*, Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios, in: RCDI 2020, núm. 779, S. 1837-1855.
- Sáenz de Jubera Higuero, Beatriz*, Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, in: Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 2, 2019, S. 235-265.
- Sáenz de Jubera Higuero*, Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario, in: Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 2, 2019, S. 235-265.
- Sánchez Álvarez, Eduardo*, Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, in: Diario la Ley, n° 8924, 2017.
- Schäfer, Frank A.*, Zinsswaps und Zinscaps als Differenzgeschäfte gem. §§ 762, 764 BGB, in: ZIP 1986, S. 1304-1307.

- Schäfer, Frank L.*, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, Geschichte und Umsetzung im Verbraucherrecht, in: VuR 2014, S. 207-216.
- Schebesta, Michael*, Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln für Spareinlagen aus Bankensicht, in: BKR 2002, S. 564-570.
- Schebesta, Michael*, Zinsklauseln im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: BKR 2005, S. 217-225.
- Schimansky, Herbert*, Zinsanpassung im Aktivgeschäft – Entsprechen die vorgestellten Klauseln den Vorgaben des BGH? –, in: WM 2003, S. 1449-1453.
- Schimansky, Herbert*, Zinsanpassungsklauseln in AGB, in: WM 2001, S. 1169-1176.
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen*, Bankrechts-Handbuch, Gesamtwerk Bände I-II, 5. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB, ⁵2017, § Rn.).
- Schreiber, Klaus/Ruge, Niki*, Handbuch Immobilienrecht, 4. Auflage, Berlin 2020.
- Schröder, Amrei*, Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz, Diss., Jena 2008.
- Schulze, Reiner*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert: HK-BGB/*Bearbeiter*, ¹⁰2019, BGB § Rn.).
- Schwarz, Axel*, Bestimmtheitsgrundsatz und variabler Zins in vorformulierten Kreditverträgen, in: NJW 1987, S. 626-629.
- Schwarz, Axel*, Bestimmtheitsgrundsatz und variabler Zins in vorformulierten Kreditverträgen, in: NJW 1987, S. 626-629.
- Simón Moreno, Hector/Anderson, Miriam*, The Impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17/EU in Spain, Working Paper 8/2017, Barcelona 2016.
- Söbbing, Thomas/von Bodungen, Benjamin*, Negative Zinsen bei Darlehensverträgen?, in: ZBB 2016, S. 39-47.
- Sohst, Wolfgang*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch: Código Civil Español und Spanisches Notargesetz; Text und Kommentar, 5. Auflage, Berlin 2013 (zitiert: *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, ⁵2013, Art., S.).
- Staudinger, Julius von (Begr.)/Herresthal, Carsten/Kaiser, Dagmar/Stoffels, Markus*, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Auflage, Berlin 2020.
- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854-882 (Besitz und Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Neubearbeitung, Berlin 2018, juris online (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, Neubearbeitung 2018, Vorbem. zu §§ BGB, Rn.).

- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 488-490; 607-609 (Darlehensrecht), Neubearbeitung, Berlin 2015 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, Neubearbeitung 2015, BGB § Rn.).
- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Anh zu §§ 305-310 (AGB-Recht 2: Ausgewählte Verträge; AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht; internationaler Geschäftsverkehr), Neubearbeitung, Berlin 2019.
- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; U-KlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), Neubearbeitung, Berlin 2019.
- Storz, Karl-Alfred/Kiderlen, Bernd*, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, Leitfa-
den für Gläubiger, Schuldner und Rechtspfleger, 13. Auflage, München 2021.
- Stürner, Rolf, Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021 (zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*, ¹⁸2021, BGB § Rn.).
- Terryn, Evelyne/Straetmans, Gert/Colaert, Veerle*, Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck, Cambridge 2013 (zitiert: *Autor*, in: FS Stuyck, S.).
- Trillmich, Philip*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, Diss., Tübingen 2009.
- Ulmer, Peter*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? - Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, in: NJW 1981, S. 2025-2033.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans E./Hensen, Horst-Diether*, AGB-Recht, 12. Auflage, Köln 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, ¹²2016, Kap. Rn.).
- Vázquez Iruzubieta, Carlos*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia de la Ley 1/2000, de 7 de enero, 1. Auflage, Madrid 2000.
- Vázquez Muiña, Tania*, La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, Madrid 2018.
- Vela Torres, Pedro-José*, Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial, in: Revista de estudios jurídicos, n° 18/2018, S. 1-34.
- Verda y Beamonte, José Ramón*, Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la

- STS de 3 de junio de 2016, in: Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE, 2016.
- Vogel, Hans-Gert*, Negativzinsen im Einlagengeschäft der Kreditinstitute, in: BKR 2018, S. 45-55.
- von Bar, Christian*, Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 4, Osnabrück 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: von Bar, Sachenrecht in Europa, Bd. 4 (2001), S.).
- Weiler, Joseph H. H.*, The Constitution of Europe, „Do the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration, Cambridge 1999.
- Weiß, Daniel/Reps, Markus*, Zinsbegrenzungsvereinbarungen und -prämien in AGB, in: WM 2016, S. 1865-1874.
- Wiehe, Herbert/Kleißendorf, Lena*, Das ordentliche Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nach § 498 BGB in der Vertragsgestaltung, in: BKR 2016, S. 234-240.
- Wunsch, Gabriele*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits, Diss, Berlin 2009.
- Zaera Navarrete*, La cláusula suelo en el préstamo hipotecario: nulidad de las cláusulas versus nulidad del contrato, Diss., Valencia 2016.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.