

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
§ 1 Einleitung	29
A. Problemdarstellung	29
B. Methodisches Vorgehen	34
§ 2 Strukturelle Unterschiede zwischen den Darlehensarten	35
A. Begriffsbestimmungen	35
B. Bisherige Unterteilung von Darlehen	36
C. Für die Abgrenzung der Darlehensformen relevante Kriterien	37
§ 3 Vergleich von Konsumentenkredit, Realkredit und finanzierter Kapitalanlage in Immobilien	39
A. Konsumentenkredit	39
I. Historische Entwicklung	39
II. Einzelne Strukturmerkmale	42
1. Darlehenszweck, Initiative zum Abschluss des Darlehensvertrages	42
2. Darlehenshöhe	43
3. Laufzeit	44
4. Kreditsicherheit	44
5. Zinssatz und Zinsbindung	45
6. Tilgungsweise	46
7. Refinanzierungsmöglichkeiten	46
8. Schutzbedürftigkeit des Darlehensnehmers	47
III. Zwischenergebnis: Charakteristika von Konsumentenkredit	47
B. Klassischer Realkredit zur Eigenheimfinanzierung	48
I. Geschichte	48

II. Einzelne Strukturmerkmale	48
1. Darlehenszweck, Initiative zur Darlehensaufnahme, Rolle der Parteien	49
2. Darlehenshöhe	51
3. Laufzeit	51
4. Kreditsicherheit	52
5. Zinssatz und Zinsbindungsfrist	55
6. Besonderheiten	56
a) Idealerweise hohe Eigenkapitalquote	56
aa) Bedeutung der Eigenkapitalquote für den Darlehensnehmer	56
bb) Bedeutung der Eigenkapitalquote für den Darlehensgeber	57
b) Schutzbedürftigkeit des Darlehensnehmers	59
aa) Schutz vor Überrumpelung	59
bb) Schutz vor dem Aufspaltungsrisiko	59
cc) Schutz vor benachteiligender Vertragsgestaltung	59
7. Zusammenfassung und Ergebnis	60
C. Darlehen zur Finanzierung von im Strukturvertrieb vertriebenen Immobilien-Kapitalanlagen	60
I. Geschichtliche Entwicklung der steuersparenden Kapitalanlage	60
II. Struktur der in der Rechtsprechung bekannt gewordenen "Schrottimmobilienfälle"	63
1. Wirtschaftlicher Hintergrund des Anlagekonzeptes auf Bankenseite	64
2. Das Anlagekonzept für den Anleger	65
a) Anlageobjekt Eigentumswohnung	66
b) Anlageobjekt Fondsbeteiligung	67
III. Struktur der Finanzierungsdarlehen	68
1. Zweck der Darlehensaufnahme	69
2. Bonität der Darlehensnehmer	69
3. Darlehenshöhe	70
4. Zinssatz, Zinsbindung, Laufzeit des Darlehens	71
5. Kreditsicherheit	72
a) Fondsanteil	72
b) Immobilie	73

D. Charakteristische Unterschiede zwischen den beschriebenen Darlehensformen	73
§ 4 Realkredite und Immobiliardarlehen im geltenden Recht	76
A. Definitionsansätze im Bankaufsichtsrecht	76
I. Der Realkreditbegriff des Pfandbriefgesetzes	77
1. Das Passivgeschäft der Pfandbriefbanken – der Pfandbrief als Refinanzierungsinstrument	78
2. Die Geschichte des Pfandbriefsystems und der Hypothekenbanken	79
a) Schlesische Landschaften	79
b) Entstehung privater Hypothekenbanken	81
c) Jüngere Geschichte des Pfandbriefrechts	82
3. Mechanismen zur Gewährleistung der hohen Sicherheit von Pfandbriefen	84
a) Spezialbankprinzip	84
b) Beleihung zu 60 % des Beleihungswertes	85
c) Vorsichtige Beleihungswertermittlung	85
d) Deckungsfähige Werte	88
aa) Grundschulden und Hypotheken	88
bb) Originärer und abgeleiteter Erwerb der Deckungswerte	89
cc) Belegenheit der Werte	90
e) Deckungsregister und Treuhänder	91
f) Deckungskongruenz	92
aa) Nennwertige Deckung	92
bb) Barwertige Deckung	93
cc) Sichernde Überdeckung	93
g) Doppelte Haftungsmasse bei Insolvenz einer Pfandbriefbank	94
h) Flankierende privatrechtliche Bestimmung: Beschränkung des Kündigungsrechts von Pfandbriefgläubigern und Darlehensnehmern	95

4. Das Refinanzierungsregister und Pfandbriefe	96
a) Wirtschaftlicher Hintergrund für die Einführung des Refinanzierungsregisters: Refinanzierung durch Asset Backed Securities	96
aa) Überblick über die Struktur von ABS, insbesondere beim True Sale	97
bb) Mortgage Backed Securities in Abgrenzung zum Pfandbrief	99
b) Refinanzierungsregister und Fehlende Insolvenzfestigkeit treuhänderisch gehaltener Grundpfandrechte	100
aa) Ausgangspunkt: Grundstücksrecht	100
bb) Treuhandabrede als Lösung	102
c) Die Regelungen des Refinanzierungsregisters im Überblick	103
d) Pfandbriefemission unter Nutzung des Refinanzierungsregisters	105
aa) Deckungsfähigkeit treuhänderisch gehaltener Grundpfandrechte	105
bb) Schutz bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen	107
cc) Geringere Sicherheit für die Pfandbriefbank bei Nutzung des Refinanzierungsregisters	108
dd) Schwierigkeiten bei der Beleihungswertermittlung	110
ee) Erwerb von Deckungswerten und deren Verbriefung mithilfe des Refinanzierungsregisters	110
5. Die Bewährung des Pfandbriefsystems – Zwei Beispiele	112
a) Die Krise der AHBR	112
b) Kreditvergabepraxis in den USA als Auslöser der Subprime und Finanzmarktkrise	113
II. Der Realkreditbegriff des KWG	116
1. Die Legaldefinition in § 21 Abs. 3 Nr. 1 KWG	116
a) Zeitpunkt der Eintragung	117
b) Realkreditsplitting	118
c) Anwendbarkeit der BelWertV	119
d) Langfristigkeit des Darlehens	121
2. Vorlage von Kreditunterlagen, § 18 Abs. 1 KWG	121
a) Zweck von § 18 Abs. 1 KWG	122

b) Absehen von der laufenden Offenlegung nach § 18 Abs. 1 S. 3 KWG	122
c) Auswirkungen des unechten Realkreditsplittings auf § 18 Abs. 1 S. 3 KWG	124
d) § 18 Abs. 2 KWG – "Verantwortungsvolle Kreditvergabe"	125
3. Organkredite (§ 15 KWG)	127
III. Realkredit und aufsichtsrechtliche Eigenkapitalunterlegung	129
1. Basel I und der Grundsatz I	129
2. Basel II und die Solvabilitätsverordnung	132
a) Die maßgeblichen Vorschriften	132
b) Eigenkapitalunterlegung nach Basel II	133
c) Berechnung der Eigenkapitalanforderungen im Kreditrisiko Standardansatz	135
aa) Die Behandlung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite im Kreditrisiko-Standardansatz	135
bb) Realkreditsplitting	137
cc) Bauträgerdarlehen	137
dd) Die Behandlung des Konsumentenkredites im Kreditrisiko-Standardansatz	137
3. Basel III – CRD IV und CRR	138
IV. Ergebnis	139
B. Definitionsansätze im Privatrecht	141
I. Der Schutz des Darlehensnehmers vor und bei Vertragsschluss, insbesondere durch Information und Beratung	142
1. Informationspflichten des Darlehensgebers im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages	142
a) Vorvertragliche Information bei Verbraucherdarlehen - Muster einer Europäischen Standardinformation für Verbraucherkredite	142
b) Vorvertragliche Information bei Immobiliendarlehen	143
aa) Vorvertragliche Information bei Immobiliendarlehen – Muster des Europäischen Standardisierten Merkblatts	143

bb)	Vorvertragliche Information zur Übertragbarkeit der Darlehensforderung	145
c)	Anspruch auf Überlassung eines Vertragsentwurfes und Erläuterungspflicht, Anpassung von Konditionen	146
d)	Angaben im Vertrag, § 492 BGB	146
aa)	Angaben im Vertrag bei Verbraucherdarlehen	146
bb)	Angaben im Vertrag bei Immobiliardarlehen	147
(i)	Verringerter Umfang der Informationspflichten, Ungereimtheiten	147
(ii)	Immobiliardarlehen - Gesamtbetragsangabe	148
e)	Informationen während der Vertragslaufzeit, § 493 BGB	149
f)	Ergebnis	150
2.	Schutz des Verbrauchers durch notarielle Belehrung, § 17 BeurkG	150
a)	Die Regelung in § 17 Abs. 2a BeurkG	152
b)	Bewertung von § 17 Abs. 2a BeurkG	155
3.	Kreditsicherung durch Grundschulden und die daraus für den Darlehensnehmer resultierenden Gefahren	156
a)	Die Grundschuld in der Formularpraxis der Kreditinstitute	156
b)	Zulässigkeit dieser Vertragsgestaltung	158
c)	Entsprechende Anwendung des Scheck- und Wechselverbots auf das Schuldanerkenntnis	160
d)	Änderungen durch das Risikobegrenzungs-gesetz im Jahre 2008	161
aa)	Kündigung der Grundschuld	161
bb)	Einredefreier Erwerb der Grundschuld kraft öffentlichen Glaubens	161
4.	Wirksamkeit von Darlehen, die in einer Haustürsituation geschlossen wurden	163
a)	Abschluss und Vermittlung von Darlehen im Reisegewerbe, §§ 55, 56 GewO a. F.	163
aa)	Die Rechtsprechung zur Nichtigkeit nach §§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a. F., 134 BGB	163
bb)	Sonderfall: Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft	165

cc) Änderung der Rechtsprechung mit Einführung des Haustürwiderrufgesetzes	166
dd) Änderung des § 56 GewO	168
b) Haustürwiderruf nach "Heininger"	169
c) Widerruf von Immobiliendarlehen nach verbraucherkreditrechtlichen Vorschriften	171
d) Fazit	171
II. Das Immobiliendarlehen, § 503 Abs. 1 BGB	173
1. Anforderungen nach § 491 Abs. 1 BGB	174
2. Abhängigkeit von einem Grundpfandrecht	176
a) Initiative zur Bestellung des Grundpfandrechtes	176
b) Abhängigkeit: Parteivereinbarung oder Wille des Darlehensgebers maßgeblich?	178
c) Vereinbarung der grundpfandrechtlichen Sicherung im Darlehensvertrag oder im Sicherungsvertrag?	179
d) Erforderlicher Sicherungsumfang	180
aa) Grundpfandrechtliche Sicherung oder übliche Bedingung?	180
bb) Denkbare Ansätze beim erforderlichen Sicherungsumfang	182
(i) Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Beleihungsgrenzen	182
(ii) Deckungsumfang	186
(1) Rein formelle Betrachtungsweise	186
(2) Materielle Absicherung	189
(3) Aufspaltung des Darlehens	190
(4) Ansicht der Rechtsprechung – Vertragliche Vereinbarung genügt	191
(5) Stellungnahme	192
e) Wann müssen die Voraussetzungen des § 503 Abs. 1 BGB erfüllt sein?	193
f) Ausschließliche Absicherung durch Grundpfandrechte	197
g) Nachträglicher Austausch von Sicherheiten	199
h) Anspruch auf Nachbesicherung	201
(i) Wirksamkeit der Nachbesicherungsklauseln	202
(1) Unwirksamkeit nach §§ 492 Abs. 2 BGB, Art. 247 § 9 EGBGB, 494 Abs. 1 BGB	202

(2) Unwirksamkeit nach §§ 307 ff. BGB	204
(ii) Üblichkeit von Nachbesicherungsklauseln	206
i) Muss ein Grundpfandrecht bestehen oder genügt Anspruch auf Rückgewähr eines Grundpfandrechtes?	207
j) Bestellung des Grundpfandrechtes durch Dritte	208
k) Ergebnis: Abhängigkeit von einer grundpfandrechtlichen Sicherung	211
3. Übliche Bedingungen	212
a) Markt- oder institutsspezifisches Verständnis des Tatbestandsmerkmals "üblich"?	214
b) Bestimmung der Üblichkeit am Maßstab eines Standarddarlehens	215
c) Zinssatz	216
aa) Soll- und Habenzinsen der Bundesbankstatistik	218
(i) Methode der Erhebung der Bundesbankstatistik über Soll- und Habenzinsen	218
(ii) Vor- und Nachteile der Bundesbankstatistik	220
(1) Verbindlichkeit der Statistik	222
(2) Zulässiges Maß des Überschreitens der oberen Streubreitengrenze	224
(3) Stellungnahme	227
bb) EWU-Zinsstatistik	229
(i) Methodik der Erhebung	230
(ii) Kritik an der EWU-Zinsstatistik	234
(iii) Ermittlung des üblichen Zinssatzes auf Grundlage der EWU-Statistik	234
(iv) Fazit	235
cc) Auswirkungen eines Disagios auf die Üblichkeit des vereinbarten Zinssatzes	236
dd) Prämie einer Restschuldversicherung	237
ee) Basel II und Immobiliendarlehen	238
(i) Keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf das Darlehensverhältnis	238
(ii) Modellrechnungen: Geringe tatsächliche Auswirkungen auf den Darlehenszins	239
(iii) Berücksichtigung eines Bonitätszuschlages bei § 503 Abs. 1 BGB	240

ff) Forward Darlehen	241
gg) Bereitstellungszinsen	243
d) Vertragsbedingungen neben der Zinshöhe	244
aa) Bearbeitungsgebühr	244
bb) AGB des Darlehensgebers	245
cc) Feste oder variable Verzinsung	248
dd) Annuität oder Festbetragskredit	248
ee) Laufzeit und Zinsbindungsfrist	249
e) Generelle Berücksichtigung außervertraglicher Gesichtspunkte	250
aa) Art und Weise der Refinanzierung; Refinanzierung durch Pfandbriefe	251
bb) Verwendungszweck des Darlehens	252
cc) Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Beleihungsgrenzen	254
dd) Subjektive Einschätzung der Parteien	255
4. Ergebnis	255
III. Verbundenes Geschäft und institutionalisiertes Zusammenwirken	257
1. Einleitung	257
2. Rechte des Verbrauchers beim verbundenen Geschäft: Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff	258
3. Einwendungs- und Widerrufsdurchgriff unter Geltung des AbzG	258
a) Einwendungsdurchgriff nur bei objektiven und subjektiven Verbindungselementen	260
b) Einwendungsdurchgriff bei kreditfinanzierter Kapitalanlage in Immobilien zu Steuersparzwecken	262
4. Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs bis zur Schuldrechtsreform	264
a) Vom AbzG zum Verbraucherkreditgesetz zu § 358 BGB	264
b) Zeitlicher Anwendungsbereich von § 9 VerbrKrG und § 358 BGB	266
c) Abgrenzung anhand der einzelnen Darlehensformen	267
aa) Konsumentenkredite, § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB	267

bb) Kapitalanlage in Immobilien – Entwicklung der Rechtsprechung	268
(i) Finanzierter Erwerb von Fondsanteilen	269
(1) Grundsatz	269
(2) Auslegung des II. Zivilsenats und deren "Korrektur" durch XI. Zivilsenat	270
(ii) Verbundenes Geschäft beim Erwerb von Realimmobilien bis 2001	272
5. Aktuelles Recht, § 358 Abs. 3 BGB: Unterscheidung nach dem Darlehenszweck	275
6. Wirtschaftliche Einheit beim finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts, § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	276
a) Entstehungsgeschichte	276
b) Das grundsätzliche Konzept von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	277
c) Anwendbarkeit von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB auf den finanzierten Erwerb eines Fondsanteils	278
aa) Direkte Anwendung von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	278
bb) Entsprechende Anwendung von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	280
d) Muss ein Immobiliendarlehensvertrag (§ 503 Abs. 1 BGB) vorliegen?	281
e) Grundstück oder grundstücksgleiches Recht	282
f) Die einzelnen Alternativen von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	284
aa) Das Verschaffen des Grundstücks – Doppelfunktion des Darlehensgebers	284
bb) Das Fördern des Erwerbs	285
(i) "Zu-Eigen-Machen" der Veräußerungsinteressen des Unternehmers	286
(ii) Übernahme von Funktionen des Verkäufers	288
(iii) Einseitige Begünstigung	288
g) Erfüllung weiterer Voraussetzungen	289
h) Bewertung der Regelung in § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	290
7. Erweiterung und Einschränkung des Widerrufsdurchgriffes, § 359a BGB	293
a) Angabe der finanzierten Ware oder Dienstleistung im Darlehensvertrag, § 359a Abs. 1 BGB	293

b) Zusatzleistungen, § 359a Abs. 2 BGB	294
c) Kein Widerrufsdurchgriff beim finanzierten Erwerb von Finanzinstrumenten, § 359a Abs. 3 BGB	295
8. Institutionalisiertes Zusammenwirken und Schadensersatz wegen fehlerhafter oder unterlassener Haustürwiderrufsbelehrung	296
a) Vorgeschichte nebst Vorgaben des EuGH	296
b) Vorschläge im Schrifttum zur Umsetzung	297
aa) Änderung der Rückabwicklung nach Widerruf	298
bb) Schadensersatz wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung	299
(i) Pflichtverletzung	299
(ii) Vertretenmüssen der finanzierenden Bank	299
(iii) Kausalität, insbesondere Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens	301
c) Umsetzung der Vorgaben durch den BGH	303
aa) Schadensersatz wegen unterlassener Widerrufsbelehrung	304
bb) Beweiserleichterung im Falle des institutionalisierten Zusammenwirkens	305
(i) Aufklärungspflichten des Darlehensgebers	306
(ii) Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Darlehensgebers: Die vier Fallgruppen des BGH	306
(iii) Täuschung durch Dritte, insbesondere Mitarbeiter des Strukturvertriebes	308
cc) Konzept des institutionalisierten Zusammenwirkens	308
(i) Anwendungsbereich	311
(ii) Das institutionalisierte Zusammenwirken zwischen Bank und Vertrieb	312
(iii) Gegenstand der Täuschung: Evident unrichtige Angaben über das Anlageobjekt	313
(iv) Bewertung des institutionalisierten Zusammenwirkens im Schrifttum	315
d) Vergleich zwischen verbundenen Geschäft und der Rechtsfigur des institutionellen Zusammenwirkens	315
IV. Die Besonderheiten des § 497 BGB	317
1. Besonderheiten bei der Tilgungsreihenfolge	317

2. Besonderheiten bei Verzugszins	318
V. Definitionsansätze im Recht der Darlehenskündigung	319
1. Überblick über die Kündigungsrechte bei Gelddarlehen	319
2. Kündigung nach § 247 BGB a. F.	321
a) Das Kündigungsrecht § 247 Abs. 1 S. 1 BGB a. F.	321
b) Abbedingung bei Zugehörigkeit zur Deckungsmasse für Schuldverschreibungen	322
c) Kritik im Schrifttum an § 247 Abs. 1 BGB a. F.	322
3. Kündigung nach § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB	323
4. Kündigung nach § 490 Abs. 1 BGB	324
5. Kündigung nach § 490 Abs. 2 BGB	325
a) Vorfälligkeitsentschädigung auch bei privatem Darlehensgeber	326
b) Vertraglicher Ausschluss von § 490 Abs. 2 BGB	327
aa) Ausschluss des Kündigungsrechts	327
bb) Abbedingung der Pflicht zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung	329
6. Kündigung bei Zahlungsverzug des Darlehensnehmers, § 498 BGB	329
a) Anwendungsbereich der Vorschrift	329
b) § 498 BGB im Detail	330
aa) Voraussetzungen einer Kündigung nach § 498 BGB	330
bb) Zweck der Vorschrift: Schuldturnproblematik	331
cc) Inhalt der qualifizierten Mahnung	331
dd) Entbehrlichkeit der qualifizierten Mahnung	332
c) Verhältnis von § 498 BGB zu anderen Kündigungsrechten, insbesondere zu § 490 Abs. 1 BGB	334
d) Kündigung von Immobiliardarlehensverträgen nach §§ 498, 503 Abs. 3 BGB	336
aa) Kündigung von Immobiliardarlehen wegen Zahlungsverzuges vor 2008	337
bb) Eigene Bewertung	338
7. Kündigung nach §§ 314, 313 BGB und das Verhältnis dieser Tatbestände zu § 490 und 498 BGB	339
8. Kündigung nach §§ 499, 500 BGB	340
a) Ordentliche Kündigung des Darlehensgebers, § 499 BGB	340

b) Ordentliche Kündigung des Darlehensnehmers, § 500 BGB	341
c) Vorfälligkeitsentschädigung, § 502 BGB	341
d) Sonderregelung bei Immobiliendarlehen, § 503 BGB	342
9. Ergebnis	343
 § 5 Zusammenfassung der Ergebnisse und abschließender Gesetzesvorschlag	344
A. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	344
B. Vorschlag zur Änderung des Gesetzes	347
I. Bestimmungen des öffentlichen Rechts	347
II. Bestimmungen des Privatrechts	348
1. Grundsatz: Gleichbehandlung von Immobiliendarlehen und Konsumentenkredit, Ausnahmen für Deckungsdarlehen	348
2. Die Neuregelung im Einzelnen	350
3. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Änderungen mit europarechtlichen Bestimmungen	352
a) Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Änderungen mit der Verbraucherkreditrichtlinie 2008	352
b) Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Änderungen mit dem Entwurf der Hypothekarrichtlinie	353
C. Vorschlag zur Gesetzesänderung	354
 Literaturverzeichnis	357