

Alexander Bardenz

Besonderes Kreditgeschäft/Kreditvertragsrecht

Fachanwaltslehrgang für Bank- und Kapitalmarktrecht, Kurseinheit 4

Der Autor:

Dr. Alexander Bardenz studierte Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität zu Münster und war Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Großfeld, LL. M.). Nach einem Forschungsaufenthalt bei International Accounting Standards Committee (ISAC) in London wurde der Autor 1998 Senior Associate bei PwC in Düsseldorf. Von 2000 bis 2010 war er Rechtsanwalt und Partner (2005) in der Aderhold & Kollegen Rechtsanwaltsgesellschaft GmbH, seit 2010 in der Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Dortmund. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Bereich des zivilen Bankrechts, des Zivilrechts um die Immobilie, des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, des Produkthaftungsrechts sowie des allgemeinen Wirtschafts- und Vertragsrechts. Der Autor ist auch Dozent für den Masterstudiengang „Wirtschaftsrecht“ der Universität zu Münster (JurGrad gGmbH). Dr. Bardenz wurde im Jahr 2023 zum zehnten Mal durch den Handelsblattverlag als Best Lawyer im Bank- und Kapitalmarktrecht ausgezeichnet, zudem auch mehrfach im Produkthaftungsrecht. Dr. Alexander Bardenz wurde 2019 zum Notar bestellt.

Inhalt

A. Überblick	9
B. Verbraucherschutzrecht	14
I. Allgemeines	14
II. Verbraucherdarlehensrecht	15
1. Verbraucherdarlehensverträge	15
a) Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag	15
b) Immobilial-Verbraucherdarlehensvertrag	17
c) Normalfall	18
aa) Unternehmereigenschaft	18
bb) Verbrauchereigenschaft	19
cc) Existenzgründer	20
d) Sonderfälle	21
aa) Bagatellkredite	21
bb) Beschränkung der Haftung des Darlehensnehmers auf zum Pfand übergebene Sache	22
cc) Zinsfreie/kostengünstige Darlehensverträge mit kurzer Laufzeit	22
dd) Arbeitnehmerdarlehen	22
ee) Darlehen an einen begrenzten Personenkreis aufgrund von Rechtsvorschriften im öffentlichen Interesse	23
ff) Entgeltliche Zahlungsaufschübe	24
e) Eingeschränkte Anwendbarkeit	25
aa) Überziehungskredite, geduldete Überziehungen	25
bb) Unentgeltliche Kredite	26
f) Verbraucherdarlehensverträge in der Pandemie	26
2. Vertragsgestaltung	27
a) Informationspflichten	27
b) Besondere Formvorschriften	27
aa) Schriftform	28

bb)	Pflichtangaben	29
α)	Name und Anschrift des Darlehensgebers und des Darlehensnehmers sowie die Art des Darlehens.....	29
β)	Effektiver Jahreszins.....	29
γ)	Nettodarlehensbetrag	30
δ)	Sollzinssatz und Vertragslaufzeit	30
ε)	Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen	31
ζ)	Gesamtbetrag	31
η)	Auszahlungsbedingungen	32
θ)	Sonstige Kosten.....	32
ι)	Verzugszinssatz, dessen Anpassung und Verzugskosten	33
κ)	Warnhinweis zu den Folgen ausbleibender Zahlungen sowie Hinweis auf sonstige Rechte	33
λ)	Weitere Pflichtangaben.....	34
μ)	Weitere Angaben bei entsprechender Bedeutung für den Vertrag.....	34
cc)	Indizierte Sollzinsvereinbarungen	35
c)	Rechtsfolgen	36
aa)	Nichtigkeit	36
bb)	Heilung.....	36
cc)	Ermäßigung auf den gesetzlichen Zinssatz..	37
dd)	Verminderung des Sollzinssatzes.....	38
ee)	Nicht geschuldete Kosten, Anpassung von Kosten und Zinsen	38
ff)	Neuberechnung der Teilzahlung	39
gg)	Jederzeitige Kündigungsmöglichkeit	39
hh)	Kein Anspruch auf Sicherheiten.....	39
ii)	Umwandlungsrecht	39
3.	Verbundene Geschäfte	40
a)	Grundlagen	40
b)	Verbundgeschäft.....	41
aa)	Zweckbindung.....	41

bb)	Wirtschaftliche Einheit	42
cc)	Besonderheit: Kreditfinanzierte Grundstückskäufe	43
dd)	Exkurs: Kopplungsgeschäfte	45
ee)	Rechtsfolgen	46
α)	Einwendungsdurchgriff	46
β)	Rückforderungsdurchgriff	47
γ)	Prozessuales	48
δ)	Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 359 BGB	49
ff)	Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 358 BGB	49
4.	Widerrufsrecht	50
a)	Anwendbarkeit	50
b)	Widerrufsfrist	52
c)	Widerrufsbelehrung	55
aa)	Pflichtangaben	55
bb)	Vereinbarkeit mit Europarecht	56
d)	Widerrufserklärung	57
e)	Rechtsfolgen	58
f)	Verbundgeschäfte	59
5.	Verzug	62
6.	Kündigungsrechte, insb. bei Teilzahlungsdarlehen	64
7.	Einwendungserhalt/Wechsel- und Scheckverbot	67
III.	Aufklärungspflichten	68
1.	Grundsatz	68
2.	Vorvertragliche Informationspflichten	69
3.	Fremdwährungskredite	70
4.	Kreditwürdigkeitsprüfung	71
5.	Risiken des Darlehensvertrages	72
6.	Verwendung der Darlehensvaluta	74
a)	Überschreiten der Kreditgeberrolle	75
b)	Erkennbarer Wissensvorsprung	77
c)	Besonderer Gefährdungstatbestand	83
d)	Schwerwiegende Interessenkonflikte	84
e)	„Versteckte Innenprovisionen“, Rückvergütungen, Provisionen	84

7. Haftung für Verhalten von Anlagevermittlern.....	85
a) Pflichtenkreise	85
b) Anfechtung, c. i. c.	87
C. Gewerbliche Darlehen	88
I. Allgemeines	88
II. Gewerbliche Zahlungskredite	89
1. Krediteröffnungsvertrag.....	89
2. Gewerbliche Darlehen.....	91
a) Anbahnung	92
b) Vertragsschluss	92
c) Pflichten des Darlehensgebers	94
d) Pflichten des Darlehensnehmers	95
aa) Rückzahlung	95
bb) Abnahme	97
cc) Zinszahlung	98
dd) Sicherheitenstellung	99
ee) Information	101
e) Beendigung.....	102
aa) Allgemeine Beendigungstatbestände	102
bb) Kündigungstatbestände	103
α) Ordentliche Kündigung	103
β) Außerordentliche Kündigung	104
III. Gewerbliche Haftungskredite	109
1. Avalkredit.....	109
2. Akzeptkredit	111
D. Konsortialdarlehen.....	112
I. Überblick.....	112
II. Konsortialvertrag	114
Konsortialvertrag (Muster).....	115
III. Konsortialkreditvertrag.....	120
Muster 1	121
Muster 2.....	125

A. Überblick

Das Kreditvolumen privater Haushalte in Deutschland entsprach zum Ende des Jahres 2022 einer Summe von 2,112,2 Milliarden Euro.¹ Mehr als 54 % aller Kredite deutscher Banken an inländische Nichtbanken entfallen auf private Haushalte. Fast 57 % der an die inländischen Privaten gewährten Kredite dienen der Finanzierung von Immobilien. Der reine Konsumentenkredit an private Haushalte wird in Deutschland mit knapp 11,16 % der Gesamtgeschäfte der Kreditinstitute mit privaten Haushalten kaum nachgefragt.² Daher steht das weitgehend EU-rechtsgeprägte Verbraucherdarlehen insbesondere in der Ausprägung des Immobilien-Verbraucherdarlehens im Vordergrund dieser Kurseinheit. Gewerbliche Darlehen dienen hingegen ganz überwiegend der Finanzierung von Investitionen und laufenden Aufwendungen. Hier ist der Anteil der Fremdfinanzierung an den Ausgaben weit größer als bei Ausgaben der privaten Haushalte für Konsumzwecke. Bei Unternehmen und Selbstständigen betrifft daher nur ein geringer Teil der Kreditaufnahme die Finanzierung von Immobilien, von Wohnungsunternehmen einmal abgesehen. Entsprechend werden in dieser Kurseinheit die Besonderheiten gewerblicher Investitionsdarlehen sowie kurz die verschiedenen Formen der Konsortialdarlehen (mehrere Kreditgeber) behandelt. Weitere besondere Finanzierungsformen wie der entgeltliche Zahlungsaufschub, Finanzierungsleasingverträge oder Teilzahlungsgeschäfte werden nicht behandelt, ebenso wenig der in der Praxis kaum vorkommende Sachdarlehensvertrag.

¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/236252/umfrage/volumen-der-vergebenen-kredite-an-private-haushalte-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 16.08.2023.

² <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/6814/umfrage/hoehe-der-konsumentenkredite-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 16.08.2023.

Der Gesetzgeber unterteilt das allgemeine Kreditgeschäft *öffentlich-rechtlich* in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG in die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten („Geld- und Haftungskredite“ bzw. „Geldleihgeschäft und Kreditleihgeschäft“). Die Grundform des Geldkredites ist der Zahlungskredit, bei welchem der Kreditgeber dem Kreditnehmer ein Wirtschaftsgut zur Nutzung für eine begrenzte Zeit überlässt oder ein ihm sofort zustehendes Gut vorübergehend nicht zurückfordert. Dazu zählen z. B. der klassische Bargeldkredit, langjährige Darlehen, Kontokorrentkredite, Zwischenfinanzierungen, aber auch die Stundung. Bei einem Haftungskredit hingegen übernimmt der Kreditgeber „nur“ die Haftung für den Kreditnehmer, dessen Kreditbasis so erweitert wird. Dies umfasst etwa den Avalkredit, die Stellung von Akkreditiven im Rahmen eines Rembourskredites und Diskont-(Akzept-)Kredite, bei denen ein Kreditinstitut den vom Kunden ausgestellten Wechsel akzeptiert und der Kunde den akzeptierten Wechsel bei einem Dritten diskontiert.

Das *Verbraucherdarlehensrecht* ist stark unionsrechtlich geprägt. Den Beginn markierte das sog. Erste Verbraucherschutzprogramm von 1975³ mit u. a. dem Ziel eines wirksamen Schutzes vor einer Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers, insbesondere durch Maßnahmen der Harmonisierung der allgemeinen Bedingungen für den Verbraucherkredit einschl. der für Abzahlungsgeschäfte. Mit dem Zweiten Verbraucherschutzprogramm von 1981⁴ verfolgte der Rat diese Ziele weiter, nachdem die Kommission vier Richtlinienvorschläge unterbreitet hatte, die dann sukzessive verabschiedet wurden, nämlich 1984 zur irreführenden Werbung,⁵ 1985 zur Produkthaftung⁶ und zu Haustürgeschäften⁷ und 1986 zum Verbraucherkredit⁸, eine Richtlinie zum Hypothekarkredit scheiterte. Die (erste) Verbraucherkreditrichtlinie 1986, in Deutschland in Kraft

³ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Entschließung des Rates vom 14.04.1975, ABl. EU Nr. C 92, S. 1.

⁴ Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Entschließung des Rates vom 19.05.1981, ABl. EU Nr. C 133, S. 1.

⁵ Richtlinie 84/450 vom 10.09.1984, ABl. EU Nr. L 250, S. 17.

⁶ Richtlinie 85/374 vom 25.07.1985, ABl. EU Nr. L 210, S. 29.

⁷ Richtlinie 85/577 vom 20.12.1985, ABl. EU Nr. L 372, S. 31.

⁸ Richtlinie 87/102 vom 22.06.1986, ABl. EU Nr. L 42, S. 48, umgesetzt mit VerbrRL-UG zum 11.06.2010, BT-DS 16/13669 S. 128, zur zeitlichen Anwendbarkeit vgl. Art. 229 § 22 EGBGB.

seit dem 1. Januar 1991, war eine Mindestschutzrichtlinie, die allerdings insbesondere auf Realkredite auch nach ihren zwei Novellen der Jahre 1990 und 1998⁹ nicht anwendbar war, sondern den klassischen Konsumentenkredit vor Augen hatte. Zahlreiche Änderungen brachten dann die ins deutsche Darlehensrecht per 11. Juni 2010 umgesetzte¹⁰ nunmehr auf Vollharmonisierung angelegte zweite Verbraucherkreditrichtlinie¹¹, die Realkredite aber weiterhin weitgehend ausnahm,¹² und die Zahlungsdiensterichtlinie¹³. Im Wesentlichen wurden hier die vertraglichen Pflichten des Darlehensgebers gegenüber seinem Vertragspartner erweitert, wobei dies bereits bei der Werbung für Verbraucherdarlehen beginnt, für die bestimmte Mindestangaben vorgeschrieben wurden und bei der Ergänzung der Kündigungstatbestände endet. Erstmals wurde ein vertragspezifisches 14-tägiges Widerrufsrecht eingeführt, zuvor hatte es im Unionsrecht nur ein vertriebsspezifisches bei Haustürgeschäften und beim Fernabsatz gegeben. Zahlreiche Einzelregelungen wurden zur Übersichtlichkeit in das EGBGB ausgegliedert. Umfangreiche Neufassungen, insbesondere der allgemeinen Widerrufsvorschriften, aber auch zahlreiche Folgeänderungen im Darlehensrecht, brachte dann die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie¹⁴, die die Haustürwiderrufsrichtlinie und die 1997 ergangene Fernabsatzrichtlinie¹⁵ vereinheitlicht und ersetzt hat, durch das VerbrRRL-UG¹⁶, insbesondere die völlige Neustrukturierung und Neufassung der Regelungen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen unter zentraler Zusammenführung der Sonderregelungen für einzelne Vertragstypen. Die am 4. Februar 2014 angenommene und zum

⁹ Richtlinie 90/88/EWG vom 22.02.1990, ABl. EU Nr. L 61, S. 14, später i.d.F. der Richtlinie 98/7/EG vom 16.02.1998, ABl. EU Nr. L 101, S. 17.

¹⁰ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2355.

¹¹ Richtlinie 2008/48/EG v. 23.04.2008, ABl. EU Nr. L 133, S. 66.

¹² Hier galt bis dahin nur ein unverbindlicher, aber prägender Verhaltenskodex für Hypothekarkreditgeber, vgl. hierzu *Schäfer* VuR 2014, 207.

¹³ Richtlinie 2007/64/EG v. 13.11.2007, ABl. EU Nr. L 319, S. 1.

¹⁴ Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011, ABl. EU Nr. L 304, S. 64.

¹⁵ Richtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EU Nr. L 144, S. 19.

¹⁶ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. I, S. 3642 in Kraft ab 13.06.2014.

21. März 2016 in deutsches Recht umgesetzte Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher („Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie“ – WIK-RL)¹⁷ strebt die Schaffung eines europaweiten Hypothekarkreditmarktes mit einem hohen Verbraucherschutzmaß an. Sie gilt sowohl für grundpfandrechtlich besicherte Kredite als auch für andere Wohnimmobilienkredite. Die Richtlinie betrifft im Wesentlichen Konsumentenschutzinformationen, prinzipielle Regeln und Anforderungen zur Durchführung von Dienstleistungen (bspw. bezüglich des Geschäftsgebarens und der Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals), die Verpflichtung zu einer Kreditwürdigkeitsprüfung, auch im Hinblick auf eine prognostische Liquiditätsentwicklung, Regeln zur vorzeitigen Rückzahlung, Regeln bezüglich Fremdwährungskrediten, Regeln bezüglich Kopplungs- und Bündelungsgeschäften, einige Grundsatzprinzipien (bspw. bezüglich der Finanzbildung der Verbraucher, der Immobilienbewertung sowie im Bereich von Zahlungsrückständen und der Zwangsvollstreckung), für Kreditvermittler die Möglichkeit auch in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden, sofern sie die Zulassungsbedingungen in ihrem Herkunftsmitgliedstaat erfüllen, sowie die Themenkomplexe „Vorfalligkeit“ und „Widerruf“.¹⁸

Die maßgeblichen nationalen zivilrechtlichen besonderen Regelungen für Verbraucherdarlehensverträge finden sich in den §§ 491 ff. BGB. Das deutsche Verbraucherdarlehensrecht ging immer wieder und geht teilweise weiterhin über den unionsrechtlich gebotenen Schutz des Verbrauchers hinaus, so bspw. mit dem bereits im Jahr 2002 eingeführten Widerrufsrecht auch für Realkreditverträge,¹⁹ das unionsrechtlich erst mit der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie eingeführt und bis zum 21. März 2016 umgesetzt werden musste, oder mit dem im VerbrKrRL-UÄndG²⁰ eingeführten, europarechtlich nicht gebotenen Muster einer Widerrufsbe-

¹⁷ Richtlinie 2014/17/EU vom 04.02.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU Nr. L 60, S. 34; hierzu bspw. *Piekenbrock*, Die Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, in: Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Band 36, 2014, S. 131 ff.

¹⁸ Ausführlich und kritisch von *Klitzing/Seiffert*, WM 2016, 774 ff.

¹⁹ Durch Streichung des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. mit dem OLGVertrÄndG vom 23.07.2002, BGBl. I, S. 2850.

²⁰ V. 24.07.2010, BGBl. I, S. 977, in Kraft seit dem 31.07.2010.

lehrung mit Gesetzlichkeitsfiktion. Die Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge sind in § 491 Abs. 3 BGB entgegen der WIK-RL nicht auf Wohnimmobilien beschränkt.²¹

²¹ Von Klitzing/Seiffert, WM 2016, 774, 775.

B. Verbraucherschutzrecht

I. Allgemeines

Das Verbraucherschutzrecht²² ist öffentlich- wie zivilrechtlich ausgestaltet. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die für Verbraucher im Rechtssinne geltenden Vorschriften des BGB. Nicht näher betrachtet werden Regelungen, die nicht an die Verbrauchereigenschaft anknüpfen, wenngleich sie beim Verbraucher ihre größte Schutzwirkung entfalten. Ein Beispiel ist die öffentlich-rechtliche Aufklärungspflicht nach § 63 Abs. 6 WpHG, die eine kapitalmarktrechtliche Verhaltenspflicht statuiert und zu der sich in der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 nähere Bestimmungen finden.²³ Hiernach muss eine Bank bei Wertpapiergeschäften ihrem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden erforderlich ist. Schutzbedürftig sind hiernach insbesondere Verbraucher, obgleich seit dem 3. Januar 2018 alle Kunden als Privatkunden durch das WpHG geschützt werden, die keine professionellen Kunden gem. § 67 Abs. 2 WpHG sind.

Ein zivilrechtliches, ebenfalls im Wesentlichen Verbraucher schützendes, wenn auch nicht auf Verbraucherschutz beschränktes Schutzinstrument ist bspw. das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das seit einiger Zeit etwa im Hinblick auf Klauseln zu Bearbeitungs- oder Jahresentgelten und Gebühren für die Nacherstellung von Kontoauszügen sowie

²² Weiterführend *Kümpel*, WM 2005, 1 ff.

²³ Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 vom 25.04.2016 (ABl. L 87, S. 1).

bzgl. Aufrechnungsmöglichkeiten im Fokus höchstrichterlicher Rechtsprechung steht.²⁴ Höchststrichterlich entschieden wurde ferner die Unwirksamkeit von Klauseln, die die Zustimmung des Verbrauchers bei einer Änderung der AGB des Darlehensgebers fingieren.²⁵

II. Verbraucherdarlehensrecht

Das Recht des Verbraucherdarlehens der §§ 488 ff., insb. der §§ 491 ff. BGB enthält Verbraucherschutzinstrumente betreffend den Vertragsschluss, die Erhaltung von Einwendungen bei Weiterveräußerung der Darlehensforderung und diverse Erleichterungen für den Verbraucher, der in Zahlungsverzug gerät. Hinzu treten die Verbundgeschäfte- sowie Widerrufsregelungen, die im Bankrecht besondere Bedeutung erlangen und dort in Teilen abweichend von den allgemeinen Grundsätzen modifiziert werden.

1. Verbraucherdarlehensverträge

Verbraucherdarlehensverträge sind Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge und Immobilial-Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Besonderheiten der Vertragstypen werden im Folgenden näher erläutert.

a) Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag

Ein Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Darlehensgeber als Unternehmer einer natürlichen Person als Verbraucher einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung stellt und

²⁴ Zur Unwirksamkeit einer Klausel zur Erhebung von Jahresentgelt in AGB s. BGH NJW 2023, 296; zur Unwirksamkeit von Klauseln, die die Zustimmung des Verbrauchers bei einer Änderung der AGB der Bank fingieren, s. BGH NJW 2021, 2273; ausführlich *Wiechers*, WM 2015, 457; BGH, WM 2018, 1049; BGH, WM 2018, 1356.

²⁵ BGH, NJW 2021, 2273, 2274 ff.

der Verbraucher zur Zahlung des geschuldeten Zinses und zur Rückzahlung des Darlehenskapitals verpflichtet wird (§§ 491 Abs. 2 S. 1, 488 Abs. 1 BGB). Er ist in den §§ 491 bis 505e BGB näher geregelt. Die Vorschriften gelten – ohne die durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie erfolgten Änderungen – für alle Verträge, die ab dem 1. Oktober 2002 abgeschlossen wurden. Für Altverträge gilt das neue Recht ab dem 1. Januar 2003 (Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB). Die durch jenes Gesetz erfolgten Änderungen sind gemäß Art. 229 § 38 EGBGB im Grundsatz erst auf Verträge anzuwenden, die ab dem 21. März 2016 geschlossen wurden, die §§ 504a (Beratungspflicht bei Überziehungsmöglichkeit) und 505 BGB (geduldete Überziehung) hingegen auch auf Altverträge. Im Bankgeschäft wird der „Verbraucher“ als „Privatkunde“ bezeichnet und von den „Geschäftskunden“ unterschieden, die in der gesetzlichen Diktion meist „Unternehmer“ nach § 14 BGB sind.

Der *Schuldbeitritt* eines Verbrauchers wird von der Rechtsprechung dem Verbraucherdarlehensvertrag gleichgestellt. Der Darlehensnehmer selbst muss hierbei nicht Verbraucher sein.²⁶ Entscheidend ist die Verbrauchereigenschaft des Beitretenden zum Zeitpunkt der Mithaftungserklärung. Der BGH²⁷ sieht sogar die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH & Co. KG selbst dann als Verbrauchergeschäft an, wenn das Darlehen zur Anschubfinanzierung einer neu gegründeten Gesellschaft dient. Da die Geschäftsführung einer GmbH keine gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit ist,²⁸ ist auch der GmbH-Geschäftsführer, der die Mithaftung für eine Kreditschuld der GmbH übernimmt, durch das Verbraucherdarlehensrecht geschützt. Nicht umfasst sind hingegen Bürgschaften, selbst wenn sie für einen Verbraucherkredit übernommen werden.²⁹

²⁶ BGHZ 133, 71.

²⁷ BGH, WM 2007, 1833–1836.

²⁸ BGHZ 133, 71, 77; BGHZ 133, 220, 223; BGHZ 144, 370, 380.

²⁹ H.M., vgl. OLG Düsseldorf WM 2007, 2009; LG Potsdam, ZIP 1998, 1147; EuGH, NJW 2000, 1323; BGH NJW 1998, 1939, bestätigt in BGH, NJW 2000, 658, 661.

b) Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag

Mit dem am 21. März 2016 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie³⁰ findet der Begriff des Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages Einzug in das BGB. Das sind entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer, die durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert sind oder für den Erwerb bzw. die Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken, an Gebäuden oder grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind (§ 491 Abs. 3 BGB). Dadurch wird die bisher gebräuchliche Unterteilung in Verbraucherdarlehen und Immobiliendarlehensverträge (§ 503 BGB a.F.) aufgegeben; zugleich ändert sich der Anwendungsbereich der beiden Darlehensstypen, da das Immobilien-Verbraucherdarlehen in Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie einen weiteren Anwendungsbereich erhält.

Immobiliendarlehensverträge nach altem Recht waren Verträge, bei denen der Vertragsschluss von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wurde und zu Bedingungen erfolgte, die für solche Verträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind.

Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge (vgl. auch § 491 Abs. 3 BGB) sind hingegen Darlehensverträge, die entweder grundpfandrechtlich gesichert sind, ohne dass es auf Bedingungen und den Verwendungszweck ankäme, oder die für den Erwerb oder die Erhaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem bestehenden oder geplanten Gebäude bestimmt sind. Erfasst werden somit die bisherigen Immobiliendarlehensverträge und zusätzlich weitere grundpfandrechtlich abgesicherte und ungesicherte Darlehen mit dem Zweck des Immobilienerwerbs, auf die bisher die Vorschriften für Verbraucherdarlehen anwendbar waren.

Nach bisheriger Rechtslage war es ausreichend, dass die Darlehensgewährung abhängig von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht (Grundschuld, Hypothek, Rentenschuld) war. Hierfür genügte es, wenn die Par-

³⁰ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.02.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (Wohnimmobilienkreditrichtlinie, ABl. L 60 vom 28.02.2014, S. 34).

teilen des Darlehensvertrages dies, ggf. auch außerhalb der Darlehensvertragsurkunde, vereinbaren. Ob die Sicherheit dann tatsächlich bestellt wurde, war irrelevant. Auch brauchte die schuldrechtliche Verpflichtung zur Grundpfandrechtsbestellung nicht bei Abschluss des Vertrages zu erfolgen, sondern musste nur vor der Darlehensgewährung geschehen und diese (nicht den Vertragsschluss selbst) von der Grundpfandrechtsbestellung abhängig machen. Nicht erforderlich war, dass das Grundpfandrecht den Darlehensrückzahlungsanspruch wirtschaftlich zu einem bestimmten Prozentsatz, erst recht nicht zu 100 %, absicherte. In der Praxis werden regelmäßig verschiedene Sicherheiten nebeneinander gewährt, etwa Grundschulden bestellt und Lebensversicherungsansprüche verpfändet, die erst in Summe eine ausreichende Sicherheit bilden. Nur wenn die grundpfandrechtliche Sicherheit wirtschaftlich nicht mehr ins Gewicht fiel, lag es nahe, das so gesicherte Darlehen vollständig dem Verbraucherschutz zu unterstellen, was rechtstechnisch über § 511 S. 2 BGB a.F. geschehen konnte. Diese Grundsätze dürften weiter gelten, auch wenn § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB nunmehr von einer Besicherung („besichert sind“) spricht, was die Wirksamkeit der Besicherung inkludieren könnte; dem dürfte aber weiterhin der Schutz des Verbrauchers entgegenstehen.

Keine Immobilieverbraucherverträge sind Immobilienverzehrcredite gem. § 491 Abs. 3 S. 4 BGB

c) Normalfall

aa) Unternehmereigenschaft

Unternehmer i.S.d. § 491 Abs. 2 S. 1 BGB ist derjenige, der in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit ein Darlehen gewährt (vgl. § 14 BGB). Die Darlehensgewährung muss entgeltlich geschehen, sie braucht aber nicht die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers darzustellen, sodass etwa auch ein Darlehen des Arbeitgebers³¹ an seinen Arbeitnehmer ein Verbraucherdarlehen sein kann. Auf Darlehensgeberseite treten insoweit wenige Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Klassische Darlehensgeber im Sinne von § 491 BGB sind Banken, öffentlich-rechtliche Sparkassen, die Kreditanstalt für Wiederaufbau und teils auch

³¹ Ausnahme in § 491 Abs. 2 Nr. 4 BGB.

Versicherungen bei Haftungskrediten oder ein sonstiges Kreditinstitut im Sinne von § 1 KWG.

bb) Verbrauchereigenschaft

Schwieriger kann die Feststellung sein, ob der Darlehensnehmer Verbraucher ist. Umfasst sind nur *natürliche Personen*, die den Darlehensvertrag zu Zwecken abschließen, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13 BGB). Die Verwaltung eigenen Vermögens stellt grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit dar.³² Falls der Umfang der mit der Vermögensverwaltung verbundenen Geschäfte jedoch einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, liegt eine gewerbliche Betätigung vor.³³ Dabei entscheidet nicht der innere Wille über die Zuordnung zum privaten oder unternehmerischen Bereich, sondern die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung.³⁴ Nicht umfasst sind damit alle juristischen Personen. Bei Vertragsschlüssen durch Vertreter kommt es auf die Person des Vertretenen an, sodass etwa ein durch eine GmbH für eine natürliche Person in Vertretung geschlossenes Darlehen Verbraucherdarlehen sein kann. Bei mehreren Darlehensnehmern ist es möglich, dass einer von ihnen Verbraucher ist, der andere hingegen nicht. Obwohl der BGB-Gesellschaft heute Rechtssubjektsqualität zukommt, sie also selbst Darlehensnehmerin ist, kann ein von ihr geschlossener Darlehensvertrag dennoch Verbraucherdarlehen sein, wenn die Gesellschafter den Verbraucherbegriff erfüllen, sie also natürliche Personen sind, vollumfänglich akzessorisch für das Darlehen haften und der Zweck des Darlehens nicht auf ihrer selbstständigen Tätigkeit beruht.³⁵ Ist ein GbR-Darlehen für die kommerzielle Tätigkeit der Gesellschaft selbst gewährt, kann es hingegen für den einzelnen Gesellschafter kein Verbraucherdarlehen mehr sein, selbst wenn dessen Beteiligung an der Gesellschaft allein privaten Zwecken dient.³⁶ Personenhandelsgesellschaften gewährte Kredite können hinge-

³² BGHZ 149, 80, 86.

³³ BGH, NJW 2002, 368.

³⁴ OLG Frankfurt, WM 2016, 2217.

³⁵ Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 82. Aufl., § 491 Rn. 5.

³⁶ Ellenberger/Bunte/*Münscher*, Bankrechtshandbuch, 6. Aufl., Bd. I, § 56, Rn. 16.

gen nie Verbraucherdarlehen sein, auch nicht in Person ihrer Gesellschafter.³⁷ Das Verbraucherdarlehen muss zumindest überwiegend privaten Zwecken des Verbrauchers dienen und darf allenfalls untergeordnet für gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeiten bestimmt sein, wie die durch das VerbrRRLUG klarstellend geänderte Definition des Verbrauchers in § 13 BGB zeigt. Kriterien für die Abgrenzung einer privaten von einer berufsmäßigen Vermögensverwaltung sind der Umfang, die Komplexität und die Anzahl der mit ihr verbundenen Geschäfte und ob ein planmäßiger Geschäftsbetrieb, z. B. ein Büro, erforderlich ist; die Höhe der verwalteten Werte ist jedenfalls allein nicht ausschlaggebend.³⁸ Zweifelhafte ist, ob bei einer bestimmten Zahl der verwalteten Objekte Berufsmäßigkeit anzunehmen ist. Maßgeblich für die Zweckbestimmung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (*ex ante* Betrachtung).³⁹ Die Zweckbestimmung ist aus dem Vertragsinhalt, dem Wortlaut des Vertrags und den tatsächlichen Umständen, insbesondere dem Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss, zu ermitteln.⁴⁰ Beruft sich der Darlehensgeber darauf, dass der Darlehensnehmer kein Verbraucher sei, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast,⁴¹ wobei den Darlehensnehmer die sekundäre Darlegungslast über die beabsichtigte Verwendung treffen kann, da diese meist außerhalb der Sphäre des Darlehensgebers liegt.⁴²

cc) Existenzgründer

Existenzgründer sind zwar keine Verbraucher, werden aber in den Grenzen des § 513 BGB Verbrauchern gleichgestellt. Dies betrifft Darlehen, deren Nettodarlehensbetrag (vgl. die Legaldefinition in Art. 247 § 3 Abs. 2 S. 2 EGBGB) € 75.000,00 nicht übersteigt und die der Aufnahme – nicht also der Fortsetzung oder Erweiterung – einer bereits aufgenommenen gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit dienen. Bilden mehrere Darlehensverträge mit demselben Darlehensgeber eine wirtschaftliche Einheit, ist für die Anwendung des § 513 BGB entscheidend,

³⁷ Ellenberger/Bunte/Münscher, Bankrechtshandbuch, 6. Aufl., Bd. I, § 56, Rn. 18.

³⁸ BGH, WM 2018, 782, 784.

³⁹ OLG Hamm, WM 2001, 2339.

⁴⁰ OLG Braunschweig, WM 2022, 761, 762.

⁴¹ BGH, WM 1999, 1412; BGH, NJW 2009, 3780.

⁴² Zur Darlegungs- und Beweislast für die Verbrauchereigenschaft s. OLG Braunschweig, WM 2022, 761.

ob die Addition der Nettodarlehensbeträge € 75.000,00 übersteigt.⁴³ Wann ein Darlehen nicht mehr der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Der Verbraucherschutz entfällt für Darlehen, die zu einem Zeitpunkt gewährt werden, in dem die Tätigkeit bereits ausgeübt wird. Dieser muss nicht immer die Ladeneröffnung oder Aufnahme der Produktion sein, etwa wenn ein Darlehensvertragsschluss zeitlich nur wegen der Bearbeitungsdauer bei einer Förderbank nachfolgt. Auch wenn der Darlehensnehmer bereits eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit ausübt, kann ein neues Darlehen Verbraucherdarlehen sein, wenn die neue Tätigkeit mit der alten in keinem Zusammenhang steht und beide klar abgrenzbar sind.⁴⁴ Gleiches gilt, wenn die alte Tätigkeit aufgegeben und eine neue begründet wird, ohne dass eine Kontinuität erkennbar ist.⁴⁵ Dies ist unproblematisch dann zu bejahen, wenn die neue Tätigkeit in einer anderen Branche erfolgt,⁴⁶ u. U. kann es aber auch ausreichen, dass die neue Tätigkeit in derselben Branche ausgeübt wird.⁴⁷

d) Sonderfälle

§ 491 Abs. 2 S. 2 BGB nimmt eine Reihe von Verträgen, die der Begriffsbestimmung des Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrages tatbestandlich unterfallen, vom Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB aus.

aa) Bagatellkredite

§ 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB nimmt sog. „Bagatellkredite“ vom Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB aus, da einerseits keine wesentlichen Interessen des Darlehensnehmers gefährdet werden können und andererseits der Aufwand insbesondere hinsichtlich der Formvorschriften für den Darlehensgeber unverhältnismäßig wäre. Dies sind Darlehensverträge, bei denen der Auszahlungsbetrag weniger als € 200 beträgt.

⁴³ Streitig, bejahend Ellenberger/Bunte/Münscher, Bankrechtshandbuch, 6. Aufl., § 60, Rn. 3; MüKo/Weber, BGB, 9. Aufl., § 513 Rn. 1; a. A. OLG Brandenburg, WM 1999, 2208; OLG Brandenburg, NJW 2006, 159.

⁴⁴ BGHZ 128, 156.

⁴⁵ OLG Celle, OLGR 1998, 41.

⁴⁶ OLG Celle, WM 1996, 343; OLG Köln, WM 1995, 612.

⁴⁷ BGH, WM 2000, 81; BGH, WM 2000, 429; BGHZ 128, 156.

bb) Beschränkung der Haftung des Darlehensnehmers auf zum Pfand übergebene Sache

Nach § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB fallen Darlehensverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB, wenn sich die Haftung des Darlehensnehmers lediglich auf eine zum Pfand übergebene Sache beschränkt. Die Vorschrift hat die Tätigkeit von sog. Leih- oder Pfandhäusern im Blick. Voraussetzung ist allerdings, dass der Pfandgegenstand kraft Vertrages alle zukünftigen Zahlungsverpflichtungen des Darlehensnehmers abdeckt.⁴⁸ Somit fällt ein Darlehensvertrag, der durch die Bestellung eines Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief (§§ 1195, 1293 BGB) abgesichert wird, nicht unter den Ausnahmetatbestand.⁴⁹

cc) Zinsfreie/kostengünstige Darlehensverträge mit kurzer Laufzeit

Nach § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB sollen die Verbraucherschutzvorschriften bei Verbraucherdarlehensverträgen mit kurzer Laufzeit und geringen Kosten nicht greifen. Dahinter steht der Gedanke, dass (auch) diese Verträge in der Regel kein hohes Risiko für den Verbraucher darstellen. Dies können Darlehen, die auf Zahlungskarten (Kredit- oder Debitkarten) gewährt werden, sein, auch wenn für die Ausstellung und Nutzung der Karte eine Gebühr verlangt wird.⁵⁰

dd) Arbeitnehmerdarlehen

Auch Darlehen eines Arbeitgebers an seinen Arbeitnehmer können Verbraucherdarlehen sein. Selbst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann ein Arbeitnehmerdarlehen vorliegen, wenn es noch Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. Auch Darlehen an Angehörige eines Arbeitnehmers sowie an arbeitnehmerähnliche Personen⁵¹ sind erfasst. Ausgenommen vom Verbraucherschutz sind Arbeitnehmerdarlehen, die als Nebenleis-

⁴⁸ So die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht der Bundesregierung vom 21.01.2009, BT-Drs. 16/11643, 76.

⁴⁹ BGH, NJW-RR 2018, 747, 750.

⁵⁰ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 16/11643, 76.

⁵¹ BAG, NJW 2005, 3305.

tung zum Arbeitsvertrag zu einem niedrigeren als dem marktüblichen effektiven Jahreszins abgeschlossen und anderen Personen nicht angeboten werden (§ 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BGB). Erforderlich ist dabei ein innerer Zusammenhang zwischen Darlehen und Arbeitsvertrag („als Nebenleistung“). Der effektive Jahreszins des Darlehens, der sich aus der Summe der Zinsen und anderer Kosten, z. B. Bearbeitungsgebühren, Disagio etc. ergibt (vgl. zum Begriff auch § 6 PAngV)⁵², ist mit dem „marktüblichen“ in Vergleich zu setzen. Wird im Rechtsstreit die Frage streitig, ob der vom Arbeitgeber gewährte effektive Jahreszins unter marktüblichen Sätzen liegt, ist ein Sachverständigengutachten einzuholen, das dann die marktüblichen effektiven Jahreszinssätze solcher Darlehen ermitteln muss, die Arbeitnehmern mit im Sinne von Basel II vergleichbarer Bonität gewährt werden. § 491 Abs. 3 S. 2 BGB nimmt Arbeitnehmerdarlehen aus dem Anwendungsbereich der Bestimmungen über Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge aus.

ee) Darlehen an einen begrenzten Personenkreis aufgrund von Rechtsvorschriften im öffentlichen Interesse

Nach § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 BGB sind auch solche Verträge keine Verbraucherdarlehensverträge, die nur mit einem begrenzten Personenkreis aufgrund von Rechtsvorschriften in öffentlichem Interesse abgeschlossen werden, wenn im Vertrag für den Darlehensnehmer günstigere als marktübliche Bedingungen und höchstens der marktübliche Sollzinssatz vereinbart sind. Im öffentlichen Interesse müssen die Rechtsvorschriften liegen, nicht unmittelbar die Verträge selbst. Die Norm hat die Förderung gesamtgesellschaftlicher Anliegen im Blick.⁵³ Sie umfasst z. B. Förderdarlehen zur Berufsausbildung oder zum Wohnungsbau.⁵⁴ Ein Grund für die Ausnahmeregelung ist wie beim Arbeitnehmerdarlehen, dass es keinen allgemeinen Wettbewerb um Darlehen dieser Art gibt und sich der Darlehensnehmer z. B. im Rahmen eines Förderdarlehens zum Wohnungsbau während des Prüfungs- und Beratungsverfahrens der Gemeinden und

⁵² Preisangabenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.10.2002 (BGBl. I, S. 4197), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2394).

⁵³ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 16/11643, 77.

⁵⁴ Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 82. Aufl., § 491 Rn. 17.

Behörden ausreichend informieren kann.⁵⁵ Wird ein Darlehen zur Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus allerdings nur besonders refinanziert, hindert dies die Anwendbarkeit der Verbraucherschutzregelungen für das von der – sich bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt refinanzierenden – Bank herausgereichte Darlehen nicht.⁵⁶ § 491 Abs. 3 S. 3 BGB nimmt Immobilieförderkredite mit Ausnahme einiger vorvertraglicher Informationspflichten vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge aus.

ff) Entgeltliche Zahlungsaufschübe

Im Grundsatz sind die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 358 bis 360 BGB sowie der §§ 491a bis 502 BGB und der 505a bis 505e (mit Ausnahme des § 492 Abs. 4 BGB) nach § 506 Abs. 1 BGB auf Verträge entsprechend anzuwenden, durch die ein Unternehmer einem Verbraucher einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt. Bezieht sich der entgeltliche Zahlungsaufschub oder die sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe auf einen Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag im Sinne des § 491 Abs. 3 BGB, so sind die für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge geltenden Vorschriften sowie § 503 BGB entsprechend anwendbar. Dabei gilt ein unentgeltlicher Zahlungsaufschub als entgeltlicher Zahlungsaufschub, wenn er davon abhängig gemacht wird, dass die Forderung durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert wird.

§ 506 Abs. 4 BGB sieht aber Gegenausnahmen vor, indem er auf die Ausnahmeregelungen des § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 - 5, Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 BGB verweist. Insbesondere im Hinblick auf § 491 Abs. 2 Nr. 3 BGB erscheint dies auch sinnvoll und zweckmäßig, da der Aufwand, den die Anwendung des Verbraucherschutzrechtes mit sich bringen würde, in keinem Verhältnis zu kürzeren Laufzeiten als drei Monaten steht. Damit fällt etwa der Zahlungsaufschub, der durch die monatliche Abrechnung von Kreditkarten gewährt wird, nicht unter die Verbraucher schützenden Vorschriften.⁵⁷

⁵⁵ BT-Drs. 12/4526, 12.

⁵⁶ Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 82. Aufl., § 491, Rn. 17.

⁵⁷ BT-Drs. 11/5462, 18.