

Friederike Heinzelmann-Brégeault

Fürsorge oder Bevormundung?

Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung beim Immobilien-
Verbraucherdarlehensvertrag – Ursachen und Wirkungen der
Umsetzung der europäischen Wohnimmobilienkreditrichtlinie



Nomos

Lausanner Studien zur Rechtswissenschaft

herausgegeben von der
Juristischen Fakultät der Universität Lausanne und
Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universitäten Zürich
und Lausanne

Band 18

Friederike Heinzelmann-Brégeault

Fürsorge oder Bevormundung?

Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung beim Immobilien-
Verbraucherdarlehensvertrag – Ursachen und Wirkungen der
Umsetzung der europäischen Wohnimmobilienkreditrichtlinie



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Lausanne, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8824-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3353-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

À mon mari & à mon fils
Meiner Mutter, meinem Vater

„Niemand kann mich zwingen, auf seine Art glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, der ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer [...] nicht Abbruch tut.“

(Kant, über den Gemeinspruch, A236)

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Herbstsemester 2020 von der *Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique* der *Université de Lausanne* als Doktorarbeit angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis November 2020 berücksichtigt und eingearbeitet werden.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem geschätzten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christoph Kern, LL.M. (Harvard), der mir während der Erstellung dieser Arbeit und der gleichzeitigen Tätigkeit als *Assistante Diplômée* am Lehrstuhl für deutsches Recht an der *Université de Lausanne* die notwendige akademische Freiheit gewährte, aber zugleich von der Themenfindung bis zur Abgabe der Arbeit für wertvolle Anregungen und Gespräche über die Landesgrenzen hinweg geduldig zur Verfügung stand.

Auf dem Campus der Universität, inklusive dem *Institut suisse de droit comparé (ISDC)*, fand ich als Doktorandin hervorragende Arbeitsbedingungen vor. Dem *ISDC* und seinem Team sei für den gebotenen Arbeitsplatz und die äußerst freundliche und professionelle Unterstützung bei meiner Recherche gedankt. Insbesondere Sadri Saieb und Chantal Berger entwickelten sich über die Jahre von Studium bis Abschluss dieser Dissertation zu einer wohlthuenden Konstante.

Mein Dank gebührt zudem der *Commission de soutenance* für die Lektüre dieser Arbeit, ihre Flexibilität bei der Durchführung der Verteidigung in Zeiten der Corona-Pandemie und die lebendige Diskussion im Rahmen der *Soutenance*. Die Kommission bestand im April 2021 neben meinem Doktorvater aus dem Vorsitzenden, Herrn Prof. Dr. Francesco Maiani, LL.M. sowie den Professoren Dr. Peter Picht, LL.M. (Yale), Dr. Ulrich Schröter und Dr. Marc Bungenberg, LL.M. Weiterhin danke ich Herrn Prof. Dr. Andreas Heinemann als Herausgeber für die Aufnahme dieses Werks in die Schriftenreihe der „Lausanner Studien zur Rechtswissenschaft“.

Zu danken habe ich außerdem Prof. Kenneth Ayotte und Prof. Prasad Krishnamurthy von der *Berkeley University of California*, die mir einen kurzen Forschungsaufenthalt an der *Berkeley Law* für den einleitenden Teil dieser Arbeit auf unkomplizierte Weise ermöglicht haben. Prof. Richard Buxbaum (Emeritus) verdanke ich anregende Impulse während dieser Zeit. Doch erst meine Schwiegermutter ermöglichte diesen Forschungs-

Vorwort

aufenthalt durch ihre Begleitung und die zuverlässige Betreuung meines Sohnes. *Merci beaucoup!*

Meine Arbeits- und Doktorandenkollegen der *Université de Lausanne* haben durch ihre freundliche Aufnahme an der *Unil* ganz persönlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen: Nicht zuletzt durch wohlthuende Mittags- und Cafépausen sowie zahlreiche Joggingrunden am See während der Entstehung dieses Werks. Hervorzuheben sei stellvertretend Maha Meier, die den französischsprachigen Teil dieser Arbeit korrekturgelesen hat.

Rechtsanwalt Dr. Moritz Heile danke ich von ganzem Herzen für seine Mühen des Korrekturlesens. Für ihre Diskussionsbereitschaft gebührt meinen langjährigen Studienfreunden Richter Dr. Phillip Schwarz und Richter Dr. Maximilian Wiedemann Dank. Dominique Huhn, Nina Chand, Prof. Dr. Vikram Chand, Dr. Dorothee Barg und Rechtsanwältin Katharina von Seydlitz unterstützten das Gelingen dieser Arbeit durch ihre Ratschläge, wertvollen Anregungen und freundschaftliche Unterstützung.

Weiterhin gilt mein Dank meinen Eltern, die meine juristische Ausbildung ermöglicht und immerzu unterstützt haben und mir stets inspirierende Vorbilder waren.

Schließlich und vor allem danke ich meinem Ehemann und meinem Sohn von ganzem Herzen. Sie gaben mir die Kraft und das nötige Durchhaltevermögen zur Fertigstellung dieser Arbeit. Mein Sohn brachte viel Sonnenschein und Leben in die Zeit meiner wissenschaftlichen Arbeit. Doch ohne meinen Mann hätte ich dieses Buch nicht fertigstellen können. Er hat mich mit seiner Liebe, Freundschaft und Geduld während der Erstellung dieser Arbeit durch viele Höhen und Tiefen begleitet. Ihnen widme ich diese Arbeit. *Ce travail est dédié à vous.*

Pully, im August 2021

Friederike Maria Brégeault

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Introduction: sujet et déroulement de l'étude	25
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung	34
Erster Teil: Grundlagen und Zusammenhänge, historische Hintergründe	43
1. Kapitel: Motive und Verknüpfungen im Kreditgeschäft vor dem Hintergrund der Finanzkrise 2007-2009	43
A. Chronologie der Finanzkrise ab dem Jahr 2007	43
B. Ursachen der Finanzkrise 2007-2009 im Überblick	46
C. Praxis der Kreditvergabe im Vorfeld der Finanzkrise	50
I. U.S.A.: Der Verbrauchercredit und die Entstehung der Immobilienblase	51
1. Vergabe von Subprime-Hypothekenkrediten	54
a) Der Begriff der Subprime-Mortgage	54
b) Die Darlehensnehmer der Subprime Mortgages	55
c) Ausgestaltung der Kreditverträge	56
2. Risikodistribution durch Verbriefungen	57
a) Entstehung von Asset Backed Securities	59
b) Begünstigende Faktoren der Entwicklung von ABS-Transaktionen: Globalisierung und Technisierung	61
c) Grundstruktur und Beteiligte einer Verbriefung: Asset Backed Securities und Collateralized Debt Obligations	62
d) Anreize und Risiken von Asset Backed Securities	65
aa) Eigenmittelentlastung und Liquiditätsgewinn	65
bb) Risikoauslagerung und die Gefahr von Informationsasymmetrien und falschen Anreizen	66
e) Entstehung von Toxic Financial Assets	69
3. Die Rolle der Ratingagenturen	69
4. Die Rolle der Federal Reserve Bank	70

Inhaltsverzeichnis

5. Informationsasymmetrien zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer und falsche Anreize	72
6. Psychologische und menschliche Effekte in der Krise	74
a) Rationalitätsdefizite im Lichte der verhaltensökonomischen Forschung	76
b) Selbstüberschätzung	78
c) Herdenverhalten	80
aa) Die Forschung von Deutsch und Gerard zum Herdenverhalten	81
bb) Die Forschung von Asch zum Herdenverhalten	82
cc) Erkenntnis von Deutsch und Gerard in Fortführung des Experiments Aschs	83
dd) Übertragung der Erkenntnisse auf den Finanzmarkt mit Blick auf die Erkenntnisse aus der Finanzkrise	83
ee) Die Forschung von Stanley Milgram über die Macht von Autoritäten in Bezug auf den Finanzmarkt	84
ff) Die „gefühlte“ Autorität von Ratingagenturen	84
d) Irrationales Verhalten aufgrund von Informationskaskaden	85
e) Überoptimismus	86
f) Zusammenfassung	87
7. Verschärfender Faktor: Credit Default Swaps	88
8. Das Platzen der Blase	90
II. Deutschland	93
1. Darlehensveräußerungen	93
2. Verbraucherverschuldung und Gefahren der Kreditaufnahme	95
3. Statistische Aspekte	97
4. Überschuldungsursachen	99
5. Zwischenfazit	100
2. Kapitel: Gesetzgeberische Reaktionen auf die Finanzkrise	100
A. Bankaufsichtsrechtliche Reaktionen	101
I. Finanzmarktstabilität durch Bankenaufsicht	101
II. Finanzmarktregulierung	102
III. Internationale Bankrechtsharmonisierung	103
1. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht	104
2. Aufsichtsrechtliche Veränderungen seit der Finanzkrise	104

3. Basel III als Reaktion auf die Finanzkrise	105
4. Basel III-Reform	108
B. Bankprivatrechtliche Reaktionen in Europa: Verbraucherschutz durch die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU	110
I. Regelungsziel der RL 2014/17/EU	111
II. Schutzkonzept der RL 2014/17/EU	114
1. Informationspflichten und vorvertragliche Pflichten	114
a) Standardinformation in der Werbung	114
b) Allgemeine Information	115
c) Vorvertragliche Information	116
d) Informationen bei Fremdwährungskrediten	117
2. Beratung und Erläuterung	118
3. Die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers	119
III. Schutzinstrument der RL 2014/17/EU	122
1. Das Informationsmodell	123
2. Bewertung des Informationskonzepts im EU-Verbraucherkreditrecht	124
IV. Harmonisierungskonzept	126
V. Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/17/EU	127
1. Sachlicher Anwendungsbereich	127
2. Persönlicher Anwendungsbereich	128
a) Kreditgeber	128
b) Kreditvermittler	128
c) Verbraucher	129
3. Zeitlicher Anwendungsbereich	129
C. U.S.A.: Der Dodd-Frank Act	129
Zweiter Teil: Die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie in deutsches Recht	131
1. Kapitel: Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen	131
A. Einleitung	131
B. Normzweck, Grundsatz der verantwortungsvollen Kreditvergabe	135
C. Entstehungsgeschichte	136
I. Vom Abzahlungsgesetz zum Verbraucherkreditgesetz	136
II. Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das BGB	137

Inhaltsverzeichnis

III. Das Risikobegrenzungsgesetz	137
IV. Europarechtlich angestoßene Entwicklungen	139
V. Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie	140
VI. Das Umsetzungsgesetz der Verbraucherkreditrichtlinie und das Umsetzungsgesetz der Wohnimmobilienkreditrichtlinie	140
D. Der Verbraucherdarlehensvertrag: Anwendungsbereich	141
I. Zeitlicher Anwendungsbereich	142
II. Persönlicher Anwendungsbereich	142
1. Der Unternehmer als Darlehensgeber	142
2. Der Verbraucher als Darlehensnehmer	143
III. Sachlicher Anwendungsbereich	144
1. Allgemein-Verbraucherdarlehensrecht	144
2. Immobilier-Verbraucherdarlehensrecht	144
E. Schriftformerfordernis und Pflichtangaben	146
F. Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung	147
I. Frühere Rechtslage zur Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht, bis 21.03.2016: Parallelregelung von § 509 BGB und § 18 KWG	147
II. Rechtslage seit dem 21.03.2016 zur Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht durch die Einführung der §§ 505a ff. BGB	147
III. Konzept der Kreditwürdigkeitsprüfung	149
IV. Prüfungsmaßstab „erhebliche Zweifel“	150
V. Wahrscheinlichkeitsprognose	150
1. Vertragserfüllungswahrscheinlichkeit	151
a) Wahrscheinlichkeitsgrad	154
b) Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 505a Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB	154
c) Konkretisierungsversuch durch die ImmoKWPLV	155
2. Stellungnahme	156
VI. Grundlage der Kreditwürdigkeitsprüfung	157
1. Aktuelle Einnahmen und Ausgaben	158
2. Immobilienwert	159
3. Künftige Ereignisse	160
4. Stellungnahme	161
VII. Rechtsfolge negativer Kreditwürdigkeitsprüfung	163
1. Verbot des Vertragsabschlusses nach § 505a Abs. 1 S. 2 BGB	163

2. Sanktionssystem des § 505d BGB	164
a) Konsequenzenloser Pflichtverstoß	164
b) Zinsermäßigung und Kündigungsrecht	164
c) Sanktionsausschluss, § 505d Abs. 3 BGB	165
d) Darüber hinaus gehender Schadensersatzanspruch	165
3. Stellungnahme zu § 505d BGB	166
VIII. Stellungnahme zur Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht	168
G. Verhältnis der §§ 505a ff. BGB zum Aufsichtsrecht	172
2. Kapitel: Die Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht im Lichte der Privatautonomie	173
A. Einführung	173
B. Funktion und Grenzen der Privatautonomie	176
I. Ausgangspunkt: Die Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie im Wandel der Zeit	176
1. Die Selbstbindung als Teil der Vertragsfreiheit?	178
2. Kulturell unterschiedliches Verständnis der Privatautonomie	179
3. Die Privatautonomie im Wandel der Zeit: ein historischer Rückblick	180
a) Aufweichungen im Familienrecht, Kontinuität im Erbrecht	181
b) Verstärkte Regelungen im Verbraucherschutzrecht	182
c) Das AGB-Recht als eine der wichtigsten legislativen Einschränkungen der Vertragsfreiheit des letzten Jahrhunderts	183
II. Gesetzliche Rahmung der Privatautonomie durch zwingendes und dispositives Recht	184
1. Die gesetzliche Rahmung der Privatautonomie	184
2. Zwingendes und dispositives Recht	185
III. Zwingendes Vertragsrecht zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit	187
1. Begriff und Bedeutung der selbstbestimmten Entscheidungsfreiheit	187
2. Willensmängel als Ausschluss der selbstbestimmten Entscheidungsfreiheit	188
a) Paritätsunterschiede als Hindernis der Selbstbestimmtheit	189

Inhaltsverzeichnis

b) Paritätsunterschiede zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer	189
3. Zwingendes Recht zum Schutze der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit	190
a) Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	191
b) § 138 BGB	191
C. Zwingendes Recht zum Schutze des Verbrauchers	193
I. Erforderlichkeit der Regelung des § 505a BGB? Einordnung des Verbraucherdarlehensvertrags in das geltende deutsche Recht	196
1. Schutz des Darlehensnehmers durch § 138 BGB	196
a) § 138 Abs. 1 BGB	197
b) § 138 Abs. 2 BGB	197
c) Stellungnahme	198
2. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers	199
a) Das Widerrufsrecht nach §§ 495 Abs. 1, 355 BGB	199
b) Stellungnahme	201
3. Zwischenfazit	202
II. Alternativen zum Vertragsabschlussverbot des § 505a Abs. 1 BGB	202
1. Vorrang des Lernens aus Fehlern des Darlehensnehmers	204
2. Stellungnahme	205
3. Das Informationsmodell als Alternative zur Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht?	206
a) Das Informationsmodell	206
b) Das Informationsmodell im Verbraucherdarlehensrecht	208
c) Aktuell: Kombination des Informationsmodells mit zwingenden Vorgaben der §§ 505a ff. BGB	208
4. Schwächen des Informationsmodells	210
a) Informationsaufnahme und -verarbeitung	210
b) Information und Werbung	212
c) Stellungnahme zum Informationsmodell	213
5. Stellungnahme	214
III. Rechtfertigung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit	214
1. Schutz des Einzelnen und Schutz der Allgemeinheit	215

2. Irrationales Verhalten des Kreditnehmers als Rechtfertigungsgrund der Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht	216
a) Überoptimismus des Darlehensnehmers	216
b) Selbstüberschätzung des Darlehensnehmers	216
c) Irrationalität beim Verbraucherdarlehensvertrag	217
IV. Fazit zum Rechtspaternalismus	218
V. Stellungnahme	218
D. Fazit zur Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht im Lichte der Privatautonomie	219
3. Kapitel: Stellungnahme zur zivilrechtlichen Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht	220
A. Zu den Alternativen	220
B. Zur Regelung selbst	220
I. Zweckerreichung	221
1. Ziel des Verbraucherschutzes	221
2. Ziel des Schutzes des Finanzmarkts	222
II. Parallelregelung im Zivil- und Aufsichtsrecht	222
C. Zum Sanktionssystem	223
D. Schlusswort	224
Literaturverzeichnis	225

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABS	Asset Backed Securities
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Abw.	Abweichend
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausf.	Ausführlich
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckOGK	Beck-online.Grosskommentar
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
B.-W.	Baden-Württemberg
Bzgl.	Bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDS	Credit Default Swaps
CDO	Collateralized Debt Obligation

Abkürzungsverzeichnis

d/D	deutsch/e/en/er/es, Deutschland
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
d.V.	der Verfasser
E	Entwurf
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ESIS	European Standardised Information Sheet
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Harv. Bus. L. Rev.	Harvard Business Law Review
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von

ImmoKWPLV	Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungs-Leitlinien-Verordnung / Verordnung zur Festlegung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilien-Verbraucherdarlehens-verträgen
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JASP	The Journal of Abnormal and Social Psychology
J. Bus.	The Journal of Business
JEP	Journal of Economic Perspectives
J. Exp. Psy.	Journal of Experimental Psychology
JF	The Journal of Finance
J. Int'l. Econ. L.	Journal of International Economic Law
JLS	Journal of Legal Studies
JME	Journal of Monetary Economics
J. of Cons. Aff.	Journal of Consumer Affairs
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
Kwppfl.	Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht
L. & Econ. W. Pap.	Law and Economics Working Paper
lit.	littera
MBS	Mortgage Backed Securities
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Nr.	Nummer(n)

Abkürzungsverzeichnis

NJ	Neue Justiz, Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Psych. Sc. in Publ. Int. Publ. L. & Leg. Th. W.P.	Psychological Science in the Public Interest Public Law and Legal Theory Working Papers
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite
sog.	so genannt(en)
s.o.	siehe oben
SPV	Special Purpose Vehicle
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.a.	unter anderem
u.a.	und andere
u.ä.	und ähnliche
Univ. of Penns. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom/von/versus
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
Yale Journ. Reg.	Yale Journal of Regulation
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

Abkürzungsverzeichnis

z.T.
zust.

zum Teil
zustimmend

