

*Dieter Riemer*

## Grundschuldzinsen contra Verbraucherschutz – Notare zwischen Baum und Borke

### 1. Der kleine Unterschied

Wenn Banker und ihre Kunden von Hypothekenzinsen sprechen, meinen sie nicht den Zinssatz, der nach § 1115 BGB im Rahmen einer Hypothek im Grundbuch eingetragen wird, sondern den in § 489 Abs. 5 BGB definierten Sollzinssatz, welcher für einen durch eine Immobilie abgesicherten Kredit vereinbart wird. Für private Häuslebauer sind dies seit Jahren erfreulich niedrige 1% bis 2%. Ihre Kredite hat der Gesetzgeber kurz und bündig Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag genannt und als Teil der Verbraucherdarlehen gesondert geregelt.<sup>1</sup>

Davon sind die Grundschuldzinsen zu unterscheiden. Sie werden durch § 1191 Abs. 2 BGB ermöglicht und in 1192 Abs. 2 BGB *Zinsen der Grundschuld* genannt. Auch in der lang anhaltenden Niedrigzinsphase verlangen die Kreditinstitute bei der Bestellung einer Grundschuld weiterhin 15% bis 20% Grundschuldzinsen und 5% bis 10% Nebenleistungen, was immer wieder zum Aha-Erlebnis bei der Beurkundung führt. „Wie sag' ich's meinem Kinde?“ fragt sich verzweifelt der Notar, hin- und hergerissen zwischen seinen Amtspflichten, einerseits nach § 14 Abs. 2 BNotO nichts Rechtswidriges zu beurkunden und andererseits den Grundschuldbestellern die Finanzierung des von ihnen zu erfüllenden Kaufvertrages nicht unmöglich zu machen.

Die Diskussion über die Höhe der Grundschuldzinsen zieht sich über Jahrzehnte hin.

### 2. Die Auffassung der Beteiligten

#### 2.1 BGH-Rechtsprechung

Der BGH versteht unter den in § 1192 Abs. 2 BGB genannten *Zinsen der Grundschuld* nicht eine Verzinsung des Grundschuldkapitals, was selbst Juristen verblüfft. Er vertritt seit 1981 die Auffassung, dass bei einer Grundschuld auch der Zinsanspruch abstrakt ist, daher alle Haupt- und Nebenforderungen absichert, und für den Grundpfandgläubiger zu einer jährlichen Erhöhung der Sicherheit führt.<sup>2</sup> 1993 steigerte der BGH die abstrakte Besicherung durch die Grundschuldzinsen ins Unermessliche, als er seinerzeit entschied, dass die Verjährung der Grundschuldzinsen gemäß § 202 Abs. 1 BGB a.F. bis zum Ein-

1 § 491 Abs. 1 u.3, § 491a Abs. 4, §§ 492a, 492b, 493 Abs. 4 u. 5, § 495 Abs. 3, § 497 Abs. 4, § 498 Abs. 2, § 500 Abs. 2, §§ 503, 505b Abs. 2 und 4, §§ 505c, 511 BGB.

2 Z.B. BGH v. 9.11.1995, IX ZR 179/94, DNotZ 1996, 534 (539).

tritt des Sicherungsfalls gehemmt sei, weil der Eigentümer bis dahin die geschuldeten Leistungen aus dem Grundstück verweigern könnte.<sup>3</sup> 1999 reagierte der BGH auf die Kritik in der Literatur, dass sich schon bei einem Zinssatz von 15% die Sicherheit in knapp sieben Jahren verdoppelte. Er erklärte § 202 Abs. 1 BGB a.F. nach dem Normzweck für nicht anwendbar und bejahte die Verjährung der abstrakten Grundschuldzinsen in der damals vierjährigen Frist des § 197 BGB a.F.<sup>4</sup> Nach der Reform des Verjährungsrechts gilt für Grundschuldzinsen gemäß § 197 Abs. 2 BGB die dreijährige Regelverjährung.<sup>5</sup> In den Grundschatzbestellungsformularen steht regelmäßig, dass die Grundschuldzinsen eines Jahres am ersten Werktag des Folgejahres fällig sind.<sup>6</sup> Dadurch wird der Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB um ein Jahr verschoben, so dass jeweils der Zinsanspruch für vier Jahre unverjährt ist. Mit der Regelverjährung für dinglich gesicherte Grundschuldzinsen war für den BGH der Verbraucherschutz zunächst abgeschlossen. Die Höhe der Grundschuldzinsen war für ihn kein Thema mehr.

Johannes Hecht hatte es 2012 für denkbar gehalten, dass der BGH die Zulässigkeit der Vereinbarung hoher Zinsen und Nebenleistungen im Lichte der Neuregelung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB erneut hinterfragen wird.<sup>7</sup> Diese Chance hat das Gericht 2017 bei der Prüfung, ob aus Grundschuldzinsen sofort vollstreckt werden darf, vertan.<sup>8</sup> Der BGH verlangte analog §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Ankündigung und die Einhaltung einer sechsmonatigen Wartefrist. Im konkreten Fall betrugen die Grundschuldzinsen 15%. Der BGH wies zwar darauf hin, dass die hohen Grundschuldzinsen in kurzer Zeit zu erheblichen Forderungen führen, deren Rückstände aus den letzten zwei Jahren vor der Anordnung der Zwangsversteigerung bis zur Versteigerung im Rang der Grundschuld vollstreckt werden können und dass diese Grundschuldzinsen nach § 12 Nr. 2 ZVG sogar gegenüber dem Kapital der Grundschuld vorrangig sind.<sup>9</sup> Dies nahm das Gericht nur als Argument, warum eine Analogie zum Schutz der Eigentümer notwendig sei, ohne die Höhe der Grundschuldzinsen selbst in Frage zu stellen.<sup>10</sup>

## 2.2 Kritik in der Literatur

1993 untersuchte Jürgen Göbel das Problem der Übersicherung bei vorformulierten Kreditverträgen. Damals betrugen die Zinsen der Immobiliarkredite 6% bis 12%, während die Kreditinstitute sich abstrakte Grundschuldzinsen von 12% bis 18% eintragen ließen. Hier sah Göbel ein durchschnittliches Missverhältnis von 6%, bei Bausparkrediten sogar bis zu 10%.<sup>11</sup> Unter Berücksichtigung von Hochzinsphasen bis zu 12% hielt er einen

3 BGH v. 21.1.1993, IX ZR 174/92 – juris Tz. 2.

4 BGH v. 28.9.1999, XI ZR 90/98, BGHZ 142, 332–337 = DNotZ 2000, 59–62.

5 BGH v. 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133–151, Tz. 44.

6 Peter Freckmann, Praktische Rechtsfragen der Sicherungsgrundschuld, BKR 2005, 167 (170).

7 Johannes Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Bd. 37, Köln 2012, 186.

8 BGH v. 30.3.2017, V ZB 84/16, NJW 2017, 2469.

9 BGH NJW 2017, 2469 (2471 Tz. 20).

10 Was Christian Kesseler, Die Versteigerung aus Grundschuldzinsen, NJW 2017, 2442 (2443 f.) zu treffend kritisiert.

11 Jürgen Göbel, Übersicherung und Freigabeklauseln in vorformulierten Kreditsicherungsverträgen, Diss. jur. Mainz, Berlin 1993, 206.

Grundschuldzinssatz von 15% noch nicht *per se* als unangemessen.<sup>12</sup> Anders beurteilte er dies bei Bausparkrediten mit einem Festzins von 4,5%, wo er eine Besicherung durch Grundschuldzinsen in Höhe von 15% sowohl für sittenwidrig als auch als einen Verstoß gegen § 9 AGBG ansah.<sup>13</sup>

Im Jahr 2000 veröffentlichte Kai-Oliver Knops seine Dissertation über den Verbraucherschutz bei Immobiliarkreditverhältnissen. Zu seiner Zeit waren 6% bis 12% Zinsen für Immobiliarkredite üblich, wobei Knops die verlangten Grundschuldzinsen von 14% bis 18% als eine durch nichts zu rechtfertigende Übersicherung beanstandete.<sup>14</sup> Zu dem ähnlichen Thema Grundschuld und Übersicherung erschien 2002 eine Dissertation von Jörg Guse.<sup>15</sup> An Grundschuldzinsen wurden jetzt schon 20% verlangt, wodurch die Sicherheit im unverjährten Zeitraum von 4 Jahren um 80% anstieg.<sup>16</sup>

2001 kritisierte Frank Peters, dass die BGH-Rechtsprechung für den Verbraucherschutz zu gering sei, da sich die Haftung mit dem Grundstück schon bei 15% Grundschuldzinsen um 60% erhöhe. Auch könne ein Grundschuldgläubiger durch die Androhung einer Klage wegen der Grundschuldzinsen leicht eine Anerkenntnis und damit einen Neubeginn der Verjährung erreichen. Grundschuldzinsen in dieser Höhe verstießen gegen das Transparenzgebot und würden die Schwelle zum Wucher überschreiten.<sup>17</sup>

Im nächsten Jahr kamen die auf Bankrecht spezialisierten Rechtsanwälte Clemens Clemente und Ludwig Lenk zu einem ähnlichen Ergebnis. Sie wiesen nach, dass Grundschuldzinsen von 14% bis 18% zu einer planmäßigen Übersicherung für den erstrangigen Grundpfandgläubiger und zu einer Entwertung des Grundstücks als Pfandobjekt für nachfolgende Kreditgeber führen, und forderten: *Aber auch die Notare sollten künftig den Grundschuldzinsen die gebotene Aufmerksamkeit zukommen lassen und die Höhe der Zinsen und den Zinsbeginn einschränken.*<sup>18</sup> Ihr Appell blieb bei den Notaren ungehört. Wer will schon sein Verhältnis zu den Banken trüben, deren Aufträge zu vierstelligen Urkundenzahlen führen, was bei durchschnittlich 250 Arbeitstagen im Jahr an sich unmöglich erscheint?

### 2.3 Kreditwirtschaft

Die Kreditinstitute wurden von eigener Seite vereinzelt zur Zurückhaltung ermahnt: *Die Kreditinstitute sollten bei der Wahl des Zinssatzes Zurückhaltung üben. [...] Bei einem hohen Zinssatz führt dies zu einer beträchtlichen Erhöhung des Sicherheitsvolumens, ge-*

12 Göbel (Fn. 11), 208.

13 Göbel (Fn. 11), 207.

14 Kai-Oliver Knops, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme vom Immobiliarkreditverhältnissen, Diss. jur. Bremen 1999, Berlin 2000, 88f.; ähnlich Florian Jacoby in: Peter Derleder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. Berlin 2009, 755; Peter Derleder, Die Zwangsräumung eines Marokkaners in Spanien, der Europäische Gerichtshof und die Folgen seiner Entscheidung für das deutsche Recht, KJ 2015, 304 (311).

15 Jörg Guse, Grundschuld und Übersicherung, Diss. jur. Bremen 2002, Berlin 2002.

16 Guse (Fn. 15), 194/195.

17 Frank Peters, Grundschuldzinsen, JZ 2001, 1017-1022.

18 Clemens Clemente, Ludwig Lenk, Planmäßige Übersicherung durch Grundschuldzinsen, ZfIR 2002, 337 (343); vergl. auch Clemens Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. Köln 2008, 22 (RdNr. 64-66) u. 135-140 (RdNr. 355-365).

legentlich sogar zur Verdopplung des Nominalbetrages; das kann Probleme unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung zur Folge haben. Erfahrungsgemäß laufen auch lange anerkannte Gestaltungen Gefahr, durch die Rechtsprechung eingeschränkt zu werden, wenn von ihnen exzessiv Gebrauch gemacht wird.<sup>19</sup> Auch diese Mahnung blieb folgenlos. Bei der Schulung von Bankkaufleuten werden ein Grundschuldzins von 15% und die sich daraus ergebende Erhöhung der Besicherung um 60% als selbstverständlich betrachtet.<sup>20</sup> Es wird sogar empfohlen, zusätzlich die Grundschuldsumme höher als die Kreditsumme anzusetzen.<sup>21</sup> In der jüngsten Darstellung für die Bankpraxis zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie wird das Problem noch nicht einmal erwähnt.<sup>22</sup>

## 2.4 OLG-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hat die Kritik in der Literatur entweder – wie der BGH – nicht zur Kenntnis genommen oder sie zurückgewiesen. 2004 verneinte das Oberlandesgericht Köln eine Sittenwidrigkeit, allerdings bei einem Geschäftskredit und relativ niedrigen Grundschuldzinsen von 10%.<sup>23</sup> 2010 ging das Oberlandesgericht Köln<sup>24</sup> weit darüber hinaus, indem es 20% Grundschuldzinsen und zusätzlich eine einmalige Nebenleistung von 5% billigte. Der Zinssatz von 20% und die 5% Nebenleistung in der Sicherungszweckerklärung seien für den Grundstückseigentümer, der nicht der Darlehensnehmer war, in der Zweckerklärung schon deshalb nicht überraschend, weil diese Prozentsätze durch den Notar bei der Bestellung der Grundpfandrechte verlesen seien. Eine Kontrolle nach AGB-Recht finde nicht statt, weil es einerseits um die Festlegung der Leistung gehe und andererseits es kein gesetzliches Leitbild für Grundschuldzinsen gäbe. Einer Sittenwidrigkeit stünden die Üblichkeit derartiger Zinssätze und das legitime Interesse des Kreditinstituts an einem Schutz vor Zinsschwankungen entgegen. Ebenfalls 2010 bejahte das Brandenburgische Oberlandesgericht grundsätzlich die Möglichkeit einer Nichtigkeit gemäß § 138 BGB bei einer Übersicherung, die keinen nachvollziehbaren Zweck verfolgt.<sup>25</sup> Eine Vereinbarung von Grundschuldzinsen in Höhe von 16% liege aber im Mittelfeld des Üblichen. Auch sei keine verwerfliche Gesinnung nachgewiesen. 2012 verwarf das Oberlandesgericht Schleswig Grundschuldzinsen in Höhe von 48% als eindeutig sittenwidrig, hielt aber einen Zinssatz von 15% für üblich.<sup>26</sup>

19 Heinz Gaberdiel/Martin Gladenbeck, Kreditsicherungen durch Grundschulden, 9. Aufl. Stuttgart 2011; ähnlich Frank Wenzel, Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis, Sonderdruck aus dem Loseblattwerk „Bankrecht und Bankpraxis“, Köln 2011, 122, (RdNr. 4/2102).

20 Wenzel (Fn. 19), 122 (RdNr. 4/2100); Helmut und Peter Staab, Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht. Die Rechtsprechung des BGH, Wiesbaden 2014, 308 f.

21 Staab (Fn. 20), 275.

22 Peter Freckmann/Christian Merz (Hrsg.), Immobiliar-Verbraucherdarlehen nach Umsetzung der WohnimmoRiLi. Systematische Darstellung des neuen Rechts für die Bankpraxis, 2. Aufl. Heidelberg 2016.

23 OLG Köln v. 17.12.2004, 19 U 153/03 –, juris Tz. 26.

24 Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO v. 28.9.2010, 13 U 93/10 (unveröffentlicht).

25 OLG Brandenburg v. 11.3.2010, 5 U 34/09 – juris Tz. 71.

26 OLG Schleswig v. 5.9.2012, 2 W 19/12, DNotZ 2013, 132.

## 2.5 EU-Richtlinien

Auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs, C-415/11, vom 14.3.2013 zu Verzugszinsen von mehr als 18% bei spanischen Hypothekendarlehen und zur Richtlinie 93/13/EWG hatte für die Besicherung von Immobiliar-Verbraucherdarlehen in Deutschland keine erkennbare Resonanz, obwohl der Gerichtshof entschied:

*Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass*

- *der Begriff "erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis" zulasten des Verbrauchers anhand einer Prüfung der bei Fehlen einer Vereinbarung zwischen den Parteien anwendbaren nationalen Vorschriften beurteilt werden muss, um zu bewerten, ob – und gegebenenfalls inwieweit – der Vertrag für den Verbraucher eine weniger günstige Rechtslage schafft, als sie das geltende nationale Recht vorsieht. Hierbei ist auch von Bedeutung, dass die Rechtslage des Verbrauchers vor dem Hintergrund der Mittel untersucht wird, die ihm das nationale Recht zur Verfügung stellt, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen;*
- *bei der Frage, ob das Missverhältnis "entgegen dem Gebot von Treu und Glauben" verursacht wird, zu prüfen ist, ob der Gewerbetreibende bei loyalen und billigem Verhalten gegenüber dem Verbraucher vernünftigerweise erwarten durfte, dass der Verbraucher sich nach individuellen Verhandlungen auf die betreffende Klausel einlässt.*

*Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass der Anhang, auf den diese Vorschrift verweist, lediglich eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste von Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden können.*

Nach der Veröffentlichung des Urteils wies Martin Ebers darauf hin, dass nach der BGH-Rechtsprechung bei der Grundschuld und der sie konkretisierenden Zweckerklärung eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen sei, weil *Inhalt und Umfang der schuldrechtlichen Zweckbindung einer Grundschuld nicht gesetzlich festgelegt sind, sondern – in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB – freier Vereinbarung unterliegen.*<sup>27</sup> Ebers forderte – ähnlich wie schon 1998 vergeblich Peter Ulmer<sup>28</sup> – eine Vorlage an den EuGH zu der Frage, ob diese BGH-Rechtsprechung mit der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bei Verbraucherverträgen zu vereinbaren sei.<sup>29</sup> Die Befürchtung von Derleder, dass das EuGH-Urteil für das deutsche Sicherungssystem der Banken keine Auswirkung haben werde, weil der Verbraucher zwar nicht wirtschaftlich, aber rechtlich gemäß § 797 Abs. 4 ZPO auch rückwirkend alle Einwände gegen die notarielle Grundschuldbestellung geltend machen und gemäß § 769 ZPO vorläufigen Rechtsschutz erlangen könne,<sup>30</sup> hat sich bisher bestätigt.

Die Richtlinie 2014/17/EU vom 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher<sup>31</sup> erwähnt das Problem der Grundschuldzinsen noch nicht einmal. Deshalb sind

27 BGH NJW 1997, 2677; ähnlich NJW 2002, 2710; hierauf stützt sich auch der nicht veröffentlichte Beschluss des OLG Köln v. 28.9.2010, 13 U 93/10.

28 Peter Ulmer, Kommentar zu BGH v. 7.7.1998, XI ZR 351/97, BB 1998, 1865 f.

29 Martin Ebers, Anmerkung zu EuGH v. 14.3.2013, C-415/11, LMK 2013, 345483 – beck-online.

30 Derleder (Fn. 14), 313.

31 ABl. 2014, L 60/34.

Grundschatzinsen weder bei der bisherigen Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie noch bei den jetzt angestrebten Ergänzungen ein Thema.<sup>32</sup>

## 2.6 Dienstaufsicht der Notare

Eine Anregung des Verfassers im Januar 2017 bei den Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, im Rahmen der Dienstaufsicht zu klären, ob die Beurkundung von Grundschatzinsen von 15% bis 18% noch mit § 14 Abs. 2 BNotO oder § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zu vereinbaren sei, blieb erfolglos. Dies hätten entweder die Notare selbst oder die Gerichte zu klären. Eine rühmliche Ausnahme bildete das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg, welches jedoch seine Bedenken im Hinblick auf obige OLG-Rechtsprechung und die Haltung der anderen Präsidien zurückstellte.

## 3. Kritik der Rechtsprechung

### 3.1 Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 1191, 1192 BGB

Bisher hat niemand die Frage aufgeworfen, ob die Rechtsprechung zu den Grundschatzinsen mit dem Gebot einer richtlinienkonformen Auslegung zu vereinbaren ist.

Nach § 1191 Abs. 2 BGB können auch *Zinsen von der Geldsumme* aus dem Grundstück zu entrichten sein. Die ständige Rechtsprechung, dass es sich hierbei nicht um eine Verzinsung der Grundschatzsumme und erst recht nicht um die Absicherung der vereinbarten Darlehenszinsen handele, sondern um eine abstrakte Erhöhung der gewährten Sicherheit, befremdet den unbefangenen Leser des Gesetzes. Diese Auslegung geht über den Wortlaut und das allgemeine Verständnis von Zinsen hinaus.<sup>33</sup> Selbst Vertreter der Kreditwirtschaft begründen die hohen Grundschatzinsen mit dem Schwanken der Immobiliarkreditzinsem: *Deshalb geht das berechtigte Sicherungsinteresse dahin, den Zinssatz so hoch zu wählen, dass er angesichts der Laufzeit auch mögliche Zinserhöhungen des Darlehens einer Hochzinsphase abdeckt. Eine Niedrigzinsphase wie gegenwärtig darf nicht die Langfristbetrachtung durch eine kurzfristige Betrachtung ersetzen.*<sup>34</sup> Auf diese Weise ist sichergestellt, dass der Zinssatz auch mögliche künftige Zinserhöhungen des gesicherten Darlehens abdeckt.<sup>35</sup>

Nach § 1192 Abs. 1 BGB finden auf die Grundschatz die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung. Diese Regelung umfasst auch alle Regelungen über die Hypothekenzinsen. Es bestünde keine Notwendigkeit, in § 1192 Abs. 2 BGB erneut auf die Anwendung der Hypothekenzinsen zu verweisen. Trotzdem wird Absatz 2 selbst von Kritikern hoher Grundschatzinsen keine eigenständige Bedeutung beigemessen,<sup>36</sup> obwohl bei unbefangener Betrachtungsweise der Unterschied zu Absatz 1 auffällt. Während in Absatz 1 die Vorschriften über die Hypothek für entsprechend anwendbar er-

32 Sebastian Omlor, Neuregelung der Finanzierung von Wohnimmobilien, NJW 2017, 1633-1639.

33 Zum Unterschied Guse (Fn. 15), 215/216.

34 Freckmann (Fn. 6), 170.

35 Wenzel (Fn. 19), 122 (RdNr. 4/2100).

36 Peters (Fn. 17), 1018 Fn. 9: *Die generelle Verweisung des § 1192 II BGB auf die Zinsregelungen bei der Hypothek führt hier nicht weiter.*

klärt werden, spricht der Wortlaut, nach dem für die Zinsen einer Grundschuld die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten, eher dafür, dass bei den Grundschuldzinsen das Abstraktionsprinzip gerade nicht gelten soll. Andernfalls wäre der Absatz 2 überflüssig, wenn er trotz der unterschiedlichen Wortwahl inhaltlich nichts anderes als der Absatz 1 bedeuten würde. Auch die Systematik des § 1192 BGB spricht dafür, dass der zweite Absatz eine Ausnahme zum ersten Absatz darstellt.

Der Normzweck der Grundschuldzinsen ist der Sicherungsfall. Bei einem Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag beträgt im Sicherungsfall der gesetzliche Verzugszinssatz gemäß § 497 Abs. 4 BGB jährlich 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Bei richtlinienkonformer Auslegung kann nach § 1192 Abs. 2 BGB kein höherer Zinssatz verlangt werden.

### 3.2 Inhaltskontrolle nach § 307 BGB?

Im BGB ist in zahlreichen Normen eine Inhaltskontrolle vorgeschrieben, die bei der Frage nach der Zulässigkeit der hohen Grundschuldzinsen außer Kraft gesetzt zu sein scheint. Der Kardinalfehler der Rechtsprechung liegt in ihrem Ansatz, dass die Grundschuld sowohl beim Kapital als auch bei den Zinsen ein abstraktes Sicherungsmittel sei, für die es keine gesetzlichen Vorgaben gäbe. Die Üblichkeit der Grundschuldzinsen werde durch die banküblichen 15% bis 20% bestimmt.

Dabei bleibt unberücksichtigt, dass die Sicherungsgrundschuld nebst Zweckabrede kein selbstständiges Rechtsgeschäft zwischen dem Kreditinstitut und dem Verbraucher ist, sondern nur das Sicherungsmittel, welches kraft Gesetzes einen Verbraucherdarlehensvertrag zu einem besonders schützenswerten Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag macht (§ 491 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB).

Schon deshalb ist die Rechtsprechung, bei Grundschuldzinsen und -nebenleistungen könne es keine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB geben, weil es einerseits um die Vereinbarung des Leistungsumfangs selbst gehe und andererseits die § 1191 Abs. 2, § 1192 Abs. 2 BGB keine gesetzliche Höhe vorgeben würde, falsch.<sup>37</sup>

### 3.3 Grundschuld oder Hypothek?

Die vom EuGH geforderte Prüfung, ob der Gewerbetreibende bei loyalem und billigem Verhalten gegenüber dem Verbraucher vernünftigerweise erwarten durfte, dass der Verbraucher sich nach individuellen Verhandlungen auf die betreffende Klausel einlässt,<sup>38</sup> ist unserem Recht nicht fremd (§ 241 Abs. 2, §§ 242, 307 BGB). Zudem ist nach der EuGH-Entscheidung zu berücksichtigen, welche Möglichkeiten das nationale Recht für den Verbraucherschutz bietet.

Daher stellt sich die Frage, ob nicht schon die zwingende Vorgabe der Kreditinstitute, den Kredit für das Eigenheim mit einer Grundschuld zu besichern, europarechtswidrig ist. Das BGB stellt als dingliches Sicherungsinstrument für einen Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag sowohl die Hypothek als auch die Grundschuld gleichberechtigt zur Verfügung. So heißt es in der Anlage 6 zu Art. 247 § 1 Abs. 3 EGBGB Europäisches

37 Zuletzt Kesseler (Fn. 10), 2443.

38 Siehe oben Ziff. 2.5.

Standardisiertes Merkblatt (ESIS-Merkblatt) unter Ziff. 4 Einmalige Kosten: *Für die Eintragung der Hypothek bzw. Grundschuld wird eine Gebühr fällig.* Würde ein Verbraucher die rechtlichen Unterschiede zwischen einer Hypothek und einer Grundschuld kennen und sein Kreditinstitut ihm hierbei die Wahl lassen, würde er sich immer für die Hypothek zur Besicherung seines Immobiliar-Verbraucherdarlehens entscheiden.

### 3.4 Differenz zwischen Vertrags- und Grundschuldzins

Kein Verbraucher versteht bei der Belehrung anlässlich der Bestellung einer Grundschuld, warum er sich bei der Belastung seines Grundstücks und sogar bei seiner persönlichen Haftung der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in Höhe von 15% bis 20% Zinsen unterwerfen muss, während sein Darlehenszins derzeit 1% bis 2% und der gesetzliche Verzugszins nach § 497 Abs. 4 BGB derzeit 1,62% beträgt.<sup>39</sup> Könnte er die Grundschuldzinsen individuell verhandeln, würde er derartige Zinssätze niemals akzeptieren.

### 3.5 Planmäßige Übersicherung

Unstreitig führen die hohen Grundschuldzinsen von 15% bis 20%, insbesondere in Kombination mit einmaligen Nebenleistungen von 5% bis 10%, in wenigen Jahren seit der Bestellung der Grundschuld zu einer Übersicherung. Dabei ist bisher völlig übersehen worden, dass die Besicherung eines Immobiliar-Verbraucherdarlehens nicht nur durch die Grundschuldzinsen, sondern zusätzlich durch die vereinbarte Tilgung steigt. Bei einem anfänglichen Zinssatz von 2% und einer anfänglichen Tilgung von 2% sind z.B. nach zehn Jahren 22,1% des Darlehens getilgt, so dass 22,1% der eingetragenen Grundschuldsumme dem Kreditinstitut zusätzlich als Sicherheit für Zinsen und Kosten zur Verfügung steht. Bei einem Kredit von z.B. € 300.000 ergäbe allein das eine Sicherheit für die Kosten der Zwangsversteigerung und auflaufende Verzugszinsen in Höhe von € 66.300. Für eine zusätzliche Besicherung durch Grundschuldzinsen von 15% bis 20% (im Beispiel € 45.000 bis € 60.000/a) oder eine einmalige Nebenleistung von 5% bis 10% (im Beispiel € 15.000 bis € 30.000) besteht kein Rechtsschutzbedürfnis.<sup>40</sup>

Trotzdem sollen die in den Grundschuldbestellungsformularen vorgegebenen 15% bis 20% Grundschuldzinsen und einmalige Nebenleistungen von 5% bis 10% etwas sein, worauf sich ein Verbraucher einlassen würde, wenn die beiden Positionen für ihn verhandelbar wären? Realitätsfremder und fern ab vom EuGH kann die Rechtsprechung nicht sein.

Würde in den Kreditbedingungen stehen, dass der Verbraucher verpflichtet wäre, als Sicherheit ein Sparbuch in Höhe der Kreditsumme zu hinterlegen und das Sparguthaben vier Jahre lang jährlich um 20% der ursprünglichen Einlage zu erhöhen, würde eine der-

<sup>39</sup> Kessler (Fn. 10), 2443: *Aus den Beurkundungen wird jeder Notar berichten können, dass unerfahrene Grundschuldbesteller bei der Verlesung der Zinsregelung praktisch immer verstört zusammenzucken.*

<sup>40</sup> Kessler (Fn. 10), 2443: [...] da es für das absehbare Anwachsen des Befriedigungsrechts aus der Grundschuld über die maximale Höhe der potenziellen Vorfälligkeitsentschädigung und jeden denkbaren anderen Schaden des Kreditgebers hinaus schlicht keine sachgerechte Erklärung gibt.

artige Sicherungsklausel bei verbraucherfeindlichster Auslegung die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB niemals überstehen. Warum dies anders sein soll, wenn vom Kreditinstitut statt dessen 20% Grundschuldzinsen verlangt werden, ist nicht nachvollziehbar; erst recht nicht, wenn man berücksichtigt, dass zusätzlich die persönliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung einschließlich der 20% Zinsen verlangt wird. Nur wenige Kreditinstitute haben in ihren Grundschuldbestellungsformularen geregelt, dass sie sich aus der Grundschuld und dem persönlichen Schuldanerkenntnis insgesamt nur einmal befriedigen können.

### 3.6 Schaden für den Verbraucher

Die selbst von der Verbraucherzentrale Bremen öffentlich vertretene Ansicht, die planmäßige Übersicherung schade nicht dem Verbraucher, sondern allenfalls dem nachrangigen Grundpfandgläubiger,<sup>41</sup> ist schlichtweg falsch. Nach § 14 PfandBG liegt die Beleihungsgrenze für Realkredite bei 60% des nach § 16 PfandBG zu ermittelnden Beleihungswertes. Bei einem Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag darf die Beleihungsgrenze nach Art. 125 Abs. 2 d) CRR maximal bei 80% liegen.<sup>42</sup> Hat ein Verbraucher wegen privater Eigenmittel diese Beleihungsgrenze zunächst nicht ausgeschöpft, hätte er an sich die Wahl, seine Nachfinanzierung bei einem anderen Kreditinstitut günstiger aufzunehmen und mit einer zweitrangigen Grundschuld, die aber noch in der Beleihungsgrenze läge, abzusichern. Durch die hohen Grundschuldzinsen wird dieser Spielraum zugunsten des erstrangigen Kreditinstituts blockiert, ohne dass der Verbraucher dafür eine Gegenleistung erhält.<sup>43</sup> Dadurch muss er seine Nachfinanzierung bei dem erstrangigen Grundpfandgläubiger, zumindest aber mit dessen Zustimmung, durchführen.

### 3.7 Wucher

Soweit nach herrschender Meinung Grundschuldzinsen von 15% bis 20% kein Wucher sein könnte, weil es für Grundschuldzinsen keinen gesetzlichen Maßstab gäbe und dies die bankübliche Höhe sei, werden zunächst die multiple Übersicherung und der Bonitätsverlust für den Verbraucher ignoriert.

Weiterhin bleibt unberücksichtigt, dass das Kreditinstitut die Zwangslage, in der sich ihre Kunden befinden, ausnutzt. Im Vertrauen auf die Kreditzusage wurde vom Verbraucher ein Kaufvertrag geschlossen, der fristgerecht erfüllt werden muss. Gesetzliche Verzugszinsen in Höhe von derzeit 4,12% kann und will sich kein Käufer leisten. Mit Hilfe der Belastungsvollmacht muss der Käufer im Namen des Verkäufers die Grundschuld bestellen und zur Eintragung bringen, damit der Kaufpreis pünktlich bezahlt werden kann. Obwohl das Kreditinstitut den Verbraucher sowohl vor der Kreditvergabe als auch

41 Philipp Rehberg, Marktwächter Finanzen bei der Verbraucherzentrale Bremen, Bremerhavener Sonntagsjournal vom 9.7.2017, 6.

42 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2011, ABl. L 176/1 vom 27.6.2013 (L 176/81).

43 Ebenso Kesseler (Fn. 10), 2444; MK-BGB-Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 RdNr. 57: *faktische Belastungssperre*.

im Kreditvertrag selbst über die verlangten Sicherheiten informieren muss,<sup>44</sup> werden die Grundschuldzinsen und einmaligen Nebenleistungen dort nie ausgewiesen. In aller Regel erfahren die Käufer erstmals beim Notar durch die Verlesung der Grundschuldbestellungsurkunde von der Höhe der Grundschuldzinsen. Beim flüchtigen Vorlesen bekommen sie die hohen Prozentsätze noch nicht einmal mit. Es soll Notare geben, die für Nachfragen phantasievolle Begründungen parat haben, weil sie selbst keine Rechtfertigung wissen.<sup>45</sup> Selbst wenn der Käufer nach ordnungsgemäßer Belehrung durch den Notar keine 15% bis 20% Grundschuldzinsen bestellen wollte, hat er faktisch keine andere Wahl mehr als zu unterschreiben, weil eine Änderung des Bankformulars bei der Beurkundung dazu führte, dass der Kaufpreis entweder gar nicht oder nur nach erheblichen Verzögerungen ausgezahlt würde. Nur einmal seit 1993 habe ich gehört: „Streichen Sie den Quatsch!“ – dieser Verbraucher war aber auch Multimillionär.

Die Kreditinstitute fordern in ihren Grundschuldbestellungsformularen durch die hohen Grundschuldzinsen und einmaligen Nebenleistungen für sich Sicherheiten, deren Höhe ihre Kreditleistungen weit übersteigen. Entgegen den gesetzlichen Informationspflichten werden die Verbraucher über diese Höhe weder vor noch bei dem Abschluss des Kreditvertrages informiert. Bei der späteren Beurkundung muss der Verbraucher zwangsläufig unterschreiben, weil er nur so den Kaufvertrag erfüllen kann. Welches Tatbestandsmerkmal des § 138 Abs. 2 BGB sollte hier fehlen?

### 3.8 § 121 Abs. 2 BGB

Man braucht noch nicht einmal so weit zu gehen, den Kreditinstituten hinsichtlich der Grundschuldzinsen Wucher vorzuwerfen. Sie haben weder ein Rechtsschutzbedürfnis dafür noch einen Anspruch darauf, Sicherheiten in einer Höhe zu bekommen, wie ihnen der Verbraucher selbst dann, wenn sein Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag notleidend werden sollte, niemals schulden würde. Umgekehrt verliert der Verbraucher ohne Gegenleistung die Möglichkeit, den Beleihungswert seiner Immobilie auszuschöpfen. Wird eine Nachfinanzierung notwendig, ist er so an den erstrangigen Grundpfandgläubiger gebunden. Die hohen Grundschuldzinsen von 15% bis 20% verstößen daher mehrfach gegen die Verpflichtung der Kreditinstitute, gemäß § 241 Abs. 2 BGB auf die Interessen ihrer Kunden Rücksicht zu nehmen. Diese Pflichtverstöße haben die Kreditinstitute gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu vertreten, woraus sich nach § 249 Abs. 1 BGB ihre Verpflichtung ergibt, die Löschung der überhöhten Grundschuldzinsen zu bewilligen und die dadurch entstehenden Kosten zu tragen.

### 4. Probleme der Rechtsnachfolge

Wird eine Grundschuld ganz oder teilweise an ein anderes Kreditinstitut abgetreten, werden die Grundschuldzinsen üblicherweise vom ersten Tag an mit abgetreten. In diesem

<sup>44</sup> § 491 Abs. 4 BGB, Art. 247a § 1 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB und Anlage 6 Abschnitt 3 letzter Satz zu Art. 247 § 1 Abs. 2 EGBGB.

<sup>45</sup> Kessler (Fn. 10), 2443: *Selbst die besten Erläuterungsbemühungen lassen bei nicht wenigen das Gefühl der Überraschung und des Unverständnisses zurück. Dies kann letztlich auch nicht gänzlich beseitigt werden, da es [...] schlicht keine sachgerechte Erklärung gibt.*

Fall beantragt der neue Grundpfandgläubiger gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5, §§ 795, 727 ZPO beim Notar eine Rechtsnachfolgeklausel bezüglich der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde. Auch im Falle eines Erbfalls wird eine Rechtsnachfolgeklausel beantragt, die die hohen Grundschuldzinsen ab der ursprünglichen Beurkundung umfasst.

Hieran ist schon bedenklich, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH die Grundschuldzinsen einerseits verjährten und andererseits eine vollstreckbare Ausfertigung, deren Klausel verjährte Grundschuldzinsen umfasst, den Grundstückseigentümer im Regelfall zu einer Vollstreckungsabwehrklage berechtigt. Vor gut einem Jahr hat der BGH die Frage, ob der Schuldner vor Eintritt des Sicherungsfalls *allein wegen der Verjährung von Zinsansprüchen die Aushändigung des weitergehenden ursprünglichen Titels von dem Gläubiger verlangen kann*, noch offen gelassen, weil dort der Sicherungsfall schon eingetreten war.<sup>46</sup> Spätestens nach Eintritt des Sicherungsfalls muss der Gläubiger dem Schuldner auf dessen Verlangen hin die vollstreckbare Ausfertigung mit den verjährten Zinsanteilen herausgeben und für sich beim Notar nach § 733 ZPO eine eingeschränkte vollstreckbare Ausfertigung beantragen.<sup>47</sup> Alternativ wird vorgeschlagen, dass der Gläubiger beim Notar beantragt, die erteilte Vollstreckungsklausel auf den unverjährten und noch valutierenden Teil zu beschränken, um sich eine erneute Zustellung zu ersparen.<sup>48</sup>

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob der Notar berechtigt oder gar verpflichtet ist, bei einem Antrag auf Klauselumschreibung den Schuldner auf die Verjährung von Grundschuldzinsen hinzuweisen. Hiergegen scheint zu sprechen, dass ein Richter nicht befugt ist, die Beklagtenseite auf die ihr mögliche Einrede der Verjährung hinzuweisen. Fraglich ist, ob diese Zurückhaltung auch vom Notar verlangt werden muss, da er nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO unparteiischer Betreuer der Beteiligten ist. Die Klauselerteilung gehört zum Beurkundungsverfahren. Anders als im Zivilprozess gilt dort nicht der Beibringungsgrundsatz, also das Recht des Stärkeren bzw. Besserinformierten, sondern der Notar hat im Gegenteil nach § 17 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BeurkG darauf zu achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Schon daraus ergibt sich die Amtspflicht, die Beteiligten auf die Verjährung der Grundschuldzinsen hinzuweisen.

Auch ohne die Einrede der Verjährung wird eine Klauselumschreibung hinsichtlich verjährter Grundschuldzinsen nach § 14 Abs. 2 BNotO abzulehnen sein. Wie oben gezeigt, ist umstritten, ob die planmäßige zukünftige Übersicherung durch hohe Grundschuldzinsen *per se* zur Sittenwidrigkeit führt. Einigkeit besteht aber darüber, dass eine ursprüngliche Übersicherung sittenwidrig ist. Werden in einer Rechtsnachfolgeklausel die Grundschuldzinsen seit der Beurkundung umgeschrieben und handelt es sich zudem um verjährige Grundschuldzinsen, wird damit ein Vollstreckungstitel neu geschaffen, bei dem die Übersicherung auf der Hand liegt.

Dies wirft eher die Frage auf, ob überhaupt rückständige Grundschuldzinsen umgeschrieben werden können, da zumindest bei einem Gläubigerwechsel für den neuen Gläubiger keine Zinsen angefallen sein können. Erst recht gilt dies, wenn die Grundschuldzinsen 15% bis 20% betragen. Wird z.B. zur Besicherung eines zuteilungsreifen

46 BGH v. 21.10.2016, V ZR 230/15, Tz. 22 – ZfIR 2017, 282 m. Anm. Clemens Clemente, 285-287.

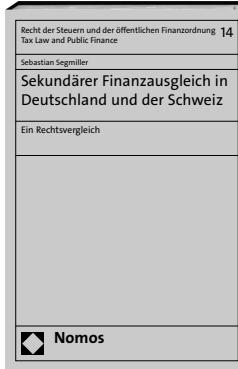
47 BGH ZfIR 2017, 282, 283 Tz. 8 m.w.Nachw.

48 Clemente, ZfIR 2017, 287 m.w.Nachw.

Bauspardarlehens in Höhe von € 50.000 ein erstrangiger Teilbetrag von € 50.000 nebst 20% Zinsen einer seit zehn Jahren eingetragenen Grundschuld über € 200.000 nebst 20% Zinsen seit Eintragung abgetreten und diesbezüglich die Rechtsnachfolgeklausel erteilt, erhält die Bausparkasse *ad hoc* einen Vollstreckungstitel über € 150.000 (€ 50.000 Grundschuld + [10 Jahre x 20% = € 100.000 Grundschuldzinsen]). Selbst wenn die Klausel hinsichtlich der Grundschuldzinsen nur für die unverjährten vier Jahre erteilt würde, ergibt dies immer noch für die Bausparkasse einen vollstreckbaren Titel über € 90.000 (€ 50.000 Grundschuld + [4 Jahre x 20% = € 40.000 Grundschuldzinsen]).

Mit § 14 Abs. 2 BNotO und § 17 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BeurkG ist beides nicht vereinbar.

## Finanzausgleich: Lehren aus der Schweiz?



### Sekundärer Finanzausgleich in Deutschland und der Schweiz

#### Ein Rechtsvergleich

Von RA Dr. Sebastian Segmiller

2017, 484 S., brosch., 126,- €

ISBN 978-3-8487-4470-1

eISBN 978-3-8452-8715-7

*(Recht der Steuern und der öffentlichen  
Finanzordnung / Tax Law and Public Finance, Bd. 14)  
nomos-shop.de/30568*

Der Autor vergleicht den deutschen sekundären Finanzausgleich mit seinem Schweizer Pendant aus juristischer Sicht. Dabei wird ausführlich das seit einigen Jahren reformierte Schweizer System betrachtet und auf deutscher Seite auch die ab 2020 geltende Neuregelung erörtert.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter:  
[www.nomos-e-library.de](http://www.nomos-e-library.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**