

Abschlussbericht

der Arbeitsgruppe Vorfälligkeitsentschädigung

vom 18. September 2018

Übersicht

A.	Auftrag, Zusammensetzung und Beratungsverlauf der Arbeitsgruppe	5
B.	Kurzzusammenfassung des Berichts	9
C.	Beratungen der Arbeitsgruppe	11
I.	Einleitung	11
1.	Zum rechtstatsächlichen Kontext	11
2.	Zu den Rechtsgrundlagen	14
3.	Zum unionsrechtlichen Kontext	17
II.	Zu den Grundlagen der Entschädigungsberechnung	18
1.	Zur rechtlich geschützten Zinserwartung	18
2.	Zum Berechnungstichtag	20
3.	Zu den ersatzfähigen Zinsschäden	22
III.	Zu den Berechnungsmethoden und ihrer Transparenz	26
1.	Zur Aktiv-Aktiv- und Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode	26
2.	Zu Pauschalierungsansätzen der Bestandteile der Berechnungsmethoden	32
3.	Zu alternativen Berechnungsmethoden	33
IV.	Zu speziellen Fragestellungen	41
1.	Beiderseitiger Ausgleichsanspruch	41
2.	Obergrenze	46
D.	Ergebnisse	49
I.	Zusammenfassung	49
II.	Im Einzelnen	50
1.	Konsenspunkte	50
2.	Offen gebliebene Kernfragen	52
3.	Weitere Streitfragen	62

Anhang I	Diskussionsfragen	63
I.	Zur berechtigten Zinserwartung	63
II.	Zum maßgeblichen Stichtag	65
III.	Zum Zinsverschlechterungsschaden	67
IV.	Zum Zinsmargenschaden	74
V.	Zur Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften	81
VI.	Zu den sonstigen Parametern	85
VII.	Zum Verhältnis der anwendbaren Methoden	92
VIII.	Zur Transparenz der Berechnung	101
IX.	Zu den praktischen Auswirkungen	104
X.	Zur Frage der Kodifikation der Berechnung	106
Anhang II	Mitglieder der Arbeitsgruppe Vorfälligkeitsentschädigung	111

A. Auftrag, Zusammensetzung und Beratungsverlauf der Arbeitsgruppe

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 11. März 2016¹ wurden einzelne Fragen der Vorfälligkeitsentschädigung bei vorzeitiger Rückzahlung eines Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrages im Bürgerlichen Recht geregelt. Die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren erstreckte sich seinerzeit auch auf die Frage, ob sich aus Gründen der Rechtssicherheit, der Transparenz und des Verbraucherschutzes weitere Regelungen zur Vorfälligkeitsentschädigung empfehlen. Diese Überlegungen wurden im Zusammenhang mit den Beratungen des Entwurfs eines Gesetzes zur Ergänzung des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts im Bereich der Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und zur Änderung der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (Finanzaufsichtsrechtsergänzungsgesetz) wieder aufgegriffen. Die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD betonten, dass sie das Anliegen, bei der Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen mehr Transparenz zu schaffen, unterstützen. Es sollten aber zunächst die Ergebnisse der vom Bundesministerium der Finanzen und vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingerichteten Arbeitsgruppe zum Thema Vorfälligkeitsentschädigung abgewartet werden (BT-Drs. 18/11774 S. 31).

Im September 2016 hatten das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die gemeinsame, mit Experten und Interessenvertretern besetzte Arbeitsgruppe eingesetzt². Die Arbeitsgruppe sollte sich mit der Transparenz der Vorfälligkeitsentschädigung, den Berechnungsmethoden und der Frage, ob Regelungsbedarf besteht, sowie den Möglichkeiten und Grenzen einer entsprechenden Regelung befassen. Ziel war es, zu untersuchen, ob im Bereich der Vorfälligkeitsentschädigung gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und ggf. Empfehlungen auszusprechen. Der Fokus lag auf der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung und deren Transparenz im Fall von Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen. Teilnehmer waren neben

¹ Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016 (BGBl. I, S. 396)

² siehe hierzu die Pressemitteilung vom 21. Juli 2016, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/07212016_Vorfaelligkeitsentschaedigung.html)

Vertretern beider Ministerien, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank Experten aus den Bereichen Rechtsprechung, Rechts- und Finanzwissenschaft, Kreditwirtschaft, Versicherungswirtschaft und Verbraucherschutz. Die Teilnehmer ergeben sich aus Anhang II.

Insgesamt umfasste die Tätigkeit der Arbeitsgruppe acht Sitzungen. Von diesen dienten die ersten vier Sitzungen der praktischen Bestandsaufnahme sowie der Identifizierung der rechtlichen und tatsächlichen Fragen der Berechnungsmethoden. Die fünfte und sechste Sitzung dienten der Diskussion der identifizierten Grundsatzfragen sowie Details der Berechnungen, zu denen die Teilnehmer auch schriftlich Stellung nehmen konnten (siehe Anhang I). In der siebten Sitzung wurden Beispielsberechnungen anhand der klassischen Aktiv-Passiv-Methode und der während der Arbeitsgruppe von *Prof. Dr. Löw* entwickelten Methode verglichen und diskutiert. Die achte Sitzung diente der Diskussion des Abschlussberichts. Im Einzelnen:

Auftaktsitzung am 30. September 2016

Impulsreferate zu den vertrags- und schadensersatzrechtlichen Grundlagen der Vorfälligkeitsentschädigung:

- **Herr RiBGH Dr. Christian Grüneberg**, XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs: Impulsreferat „Rechtsprechung des BGH zur Vorfälligkeitsentschädigung“
- **Herr Prof. Dr. Peter O. Mülbert**, Johannes Gutenberg-Universität Mainz: Impulsreferat „Die Vorfälligkeitsentschädigung aus Sicht der Wissenschaft – Paradigmenwechsel durch die Wohnimmobilienkreditrichtlinie?“

Zweite Sitzung am 21. Oktober 2016

- **Vortrag von Herrn Prof. Dr. Konrad Wimmer**, Gutachter/finanzmathematischer Sachverständiger, Dingolfing: „Vorstellung der in der Bankpraxis angewandten Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode und typischer Praxisfragen“
- **Vortrag von Herrn Prof. Dr. Klaus Wehrt**, Bundesverband Kreditsachverständige und Kontenprüfer e.V.:

„Vorstellung der Aktiv-Aktiv-Methode und der Aktiv-Passiv-Methode im Vergleich“

- **Vortrag von Herrn Arno Gottschalk**, Bremische Bürgerschaft:
„Vorstellung der Berechnungsmethoden der Verbraucherzentralen“
- **Diskussion der Methoden**

Dritte Sitzung am 26. November 2016

- **Vortrag von Herrn Prof. Dr. Edgar Löw**, Frankfurt School of Finance and Management:
„Überlegungen zur Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung“
- **Vortrag von Herrn Frank Christian Pauli**, Verbraucherzentrale Bundesverband:
„Vor- und Nachteile der Berechnungsmethoden unter Darstellung der Abrechnungs- und Kontrollpraktiken“
- **Diskussion**

Vierte Sitzung am 12. Dezember 2016

- **Deutsche Kreditwirtschaft:** „Informationen zur Berechnungsmethode bei Immobilier-Verbraucherdarlehen – Beispiele aus der Vertragspraxis“
- **Diskussion der einzelnen Komponenten der Vorfälligkeitsentschädigung**

Fünfte Sitzung am 24. Februar 2017

- **Diskussion der Berechnungsmethode von Prof. Dr. Edgar Löw:**
Berechnung anhand einer Wiederanlage gleicher Risikoklasse
- **Erörterung der Diskussionsfragen zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung**

Sechste Sitzung am 23. März 2017

- **Fortsetzung der Diskussion**

Siebte Sitzung am 28. April 2017

- **Herr Prof. Dr. Konrad Wimmer:** Vorstellung der Beispielsberechnungen zum Ansatz von *Prof. Dr. Löw*

- **Herr Arno Gottschalk:** Darstellung der rechnerischen Umsetzung des Ansatzes von *Prof. Dr. Löw*

Achte Sitzung am 2. Juni 2017

- **Diskussion des Abschlussberichts**

B. Kurzzusammenfassung des Berichts

Im Rahmen ihres Arbeitsauftrages (Berechnungsmethoden und ihre Transparenz) schlägt die Arbeitsgruppe zu den Themen der **Berücksichtigung von Sondertilgungsrechten** und der Wahl des **maßgeblichen Berechnungstichtags** bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung **neue praxisgerechte Lösungsansätze** vor (im Einzelnen s. Punkt D. II. 1. a. und b., S. 50 ff. des Berichts).

Kein Konsens konnte hingegen zu den **Fragen der eigentlichen Schadensberechnung** bei vorzeitiger Rückzahlung eines Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrages erreicht werden. In den Diskussionen wurde deutlich, dass bereits im Ausgangspunkt unterschiedliche Vorstellungen zu der Frage bestehen, ob die Vorfälligkeitsentschädigung nur den sog. Zinsverschlechterungsschaden des Darlehensgebers – die Differenz zwischen dem Vertragszins und dem am Markt herrschenden Wiederausleihzins/Wiederanlagezins – ausgleichen oder ob sie zusätzlich auch den sog. Zinsmargenschaden – den entgangenen Gewinn – abdecken soll (im Einzelnen s. Punkt C. II. 3. und Punkt D. II. 2. des Berichts, S. 22 ff. und 52 ff.). Diskutiert wurde auch, ob es dieser Unterscheidung zwischen Zinsverschlechterungs- und Zinsmargenschaden bei den Berechnungsverfahren stets bedarf. Die unterschiedlichen Einschätzungen bezogen sich sowohl auf die Beurteilung der gegenwärtig in der Praxis verwendeten Berechnungsmethoden als auch auf mögliche Änderungen de lege ferenda.

In diesem Zusammenhang wurde auch der Einfluss der Verbraucher- und Wohnimmobilienkreditrichtlinie³ auf die Berechnungsmethoden diskutiert (im Einzelnen s. Punkt C. II. 3. c) aa) und C. III. 1. c), S. 23 und 28 des Berichts). Unterschiedliche Auffassungen bestanden weiter zu der Möglichkeit der im Gesetzes- oder Ordnungswege vorzunehmenden Pauschalierung einzelner Schadensposten, die zwar zu mehr Transparenz beitragen könnte, gleichzeitig aber die Gefahr

³ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/ESG (**Verbraucherkreditrichtlinie**); Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (**Wohnimmobilienkreditrichtlinie**).

berge, den tatsächlich entstandenen Schaden zu hoch oder zu niedrig anzusetzen (s. Punkt C. III. 2., S. 32 ff. des Berichts).

Zur Ermittlung des Zinsverschlechterungsschadens wurde von *Prof. Dr. Löw* im Verlaufe der Arbeitsgruppe eine eigene Berechnungsmethode entwickelt, mit der ein neuartiger Lösungsansatz vorgeschlagen wurde. Dieser fand in der Arbeitsgruppe sowohl Zustimmung als auch Ablehnung. Die Methode sowie die daran anknüpfende Diskussion sind unter Punkt C. III. 3. b) des Berichts (S. 35 ff.) dargestellt.

Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe sind unter Punkt D. (S. 49 ff.) zusammengefasst. In Anlage I ist weiter eine Zusammenfassung der Antworten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf konkrete Fragen des Vorsitzes der Arbeitsgruppe angefügt.

C. Beratungen der Arbeitsgruppe

I. Einleitung

1. Zum rechtstatsächlichen Kontext

a) Wer ein Immobilier-Verbraucherdarlehen vorzeitig zurückzahlen möchte, schuldet in Deutschland oftmals eine Vorfälligkeitsentschädigung. Die Voraussetzungen für eine vorzeitige Rückzahlung richten sich nach § 500 Absatz 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Wenn diese Voraussetzungen – Bestehen eines berechtigten Interesses des Darlehensnehmers – nicht vorliegen, unterliegt die vorzeitige Rückzahlbarkeit der Parteivereinbarung. Hierfür wird üblicherweise ein Vorfälligkeitsentgelt vereinbart, das sich zum Teil an der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung orientiert, bisweilen aber auch weit darüber hinausgeht.

b) Einigkeit besteht zwischen der Anbieter- und der Verbraucherschutzseite, dass in Deutschland die Festzinskultur weit verbreitet ist und auch den Verbrauchern vorteilhafte Zinsen und Planungssicherheit bietet, sowie darüber, dass die Vorfälligkeitsentschädigung wesentlicher Teil der deutschen Festzinskultur ist⁴.

c) In der Praxis wird die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung vielfach als intransparent und überhöht kritisiert.

aa) In einer Untersuchung der Verbraucherzentralen und des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V.⁵ (vzbv) vom Juli 2014 wurden rund zwei Drittel der Ab-

⁴ Anderer Ansicht Herr *Dübel*, der anmerkt, dass das heute dominante deutsche Produkt keine Festzinsfinanzierung bis zum Ende der Laufzeit, sondern eine Abschnitts(fest)finanzierung sei. Anderer Auffassung auch Herr *Prof. Dr. Knops*, der die Aussage, dass die Vorfälligkeitsentschädigung wesentlicher Teil der deutschen Festzinskultur sei, für ahistorisch und falsch hält. Über 120 Jahre sei eine solche Entschädigung in vielen Fällen nicht zu zahlen gewesen, und auch heute gebe es zahlreiche Fälle, in denen eine Vorfälligkeitsentschädigung bei vorzeitiger Darlehensrückzahlung nicht anfallt bzw. nicht anfallen könne. Gerade im Konsumentenkreditbereich ist und bleibt die Vorfälligkeitsentschädigung nach Ansicht von *Prof. Dr. Knops* nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach umstritten (siehe zur streitigen historischen Einordnung auch Anhang I Frage X. Nr. 5-6, S. 108 ff. des Berichts).

⁵ Marktuntersuchung der Verbraucherzentralen und des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, Vorfälligkeitsentschädigungen: Überprüfung und Bewertung der Angemessenheit und Rechtmäßigkeit von Entschädigungszahlungen von Verbrauchern bei vorzeitig gekündigten Immobilienkrediten, Stand: Juli 2014, zuletzt am 17. September 2018 abgerufen unter

rechnungen der dort überprüften Fälle als überhöht kritisiert. Der *vzbv* führte hierzu aus: Konkret habe bei 1.913 der 2.978 tiefer analysierten erfassten Entschädigungsabrechnungen aus dem Zeitraum Januar 2009 bis Juni 2013 (also 64 Prozent) die geforderte Vorfälligkeitsentschädigung um mehr als 2,5 Prozent über dem von der Verbraucherzentrale auf Basis der Rechtsprechung ermittelten Schadenswert gelegen. Nahezu zwei Drittel der überprüften Forderungen seien daher signifikant überhöht gewesen. In der Summe habe sich die zu viel geforderte Vorfälligkeitsentschädigung dabei auf mehr als dreieinhalb Millionen Euro bei hier gerade einmal knapp dreitausend erfassten Fällen belaufen. Das habe rund elf Prozent der hier insgesamt bezahlten Vorfälligkeitsentschädigungen aus den analysierten Fällen entsprochen (vgl. im zitierten Bericht S. 13 a.E.). Dabei seien weitere Abweichungen bei der Nachrechnung unterhalb von 2,5 Prozent nicht berücksichtigt worden, auch weil eine exakte Abrechnung in Ermangelung der Transparenz aller Parameter bisher nicht möglich sei.

bb) Aus den der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (*BaFin*) zum Thema Vorfälligkeitsentschädigung vorliegenden Beschwerdefällen ergibt sich folgendes Bild:

- im Jahr 2011: 66 Beschwerden (bei insgesamt 6.660 Beschwerden),
- im Jahr 2012: 75 (bei insgesamt 5.134) Beschwerden,
- im Jahr 2013: 74 (bei insgesamt 5.918) Beschwerden,
- im Jahr 2014: 34 (bei insgesamt 7.144) Beschwerden,
- im Jahr 2015: 50 (bei insgesamt 5.890) Beschwerden,
- im Jahr 2016: 31 (bei insgesamt 5.162) Beschwerden,
- im Jahr 2017: 29 (bei insgesamt 5.587) Beschwerden.

Nach Auskunft der *BaFin* sei Auslöser für Beschwerden an die *BaFin* häufig die Problematik, ob und inwieweit vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedene Fragen auf die Fälle der Einsender anwendbar seien. Da es sich oftmals um zivilrechtliche Fragen handele, die von den Gerichten zu entscheiden seien, prüfe die *BaFin* (ihrer üblichen Beschwerdepraxis entsprechend) die Berechnungen nicht im

Einzelnen nach. Dies gelte unabhängig davon, dass der *BaFin* die für die Kontrolle der Schadensberechnung erforderlichen Berechnungsprogramme auch nicht zur Verfügung stehen. Die *BaFin* führe regelmäßig reine Plausibilitätskontrollen durch, in deren Rahmen nur vereinzelt unrichtige Abrechnungen festgestellt worden seien. Auslöser für Eingaben bei der *BaFin* seien häufig neue Entscheidungen der Rechtsprechung⁶.

Zahlen zur Häufigkeit von Verfahren zum Thema Vorfälligkeitsentschädigung vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit lagen der Arbeitsgruppe dagegen nicht vor.

d) Zur Informationspraxis über die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung gilt folgendes: Nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie bestehen mittlerweile zahlreiche Verpflichtungen, nach denen der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer – vom Zeitpunkt der Vertragsanbahnung an bis zum Vertragsschluss sowie während des laufenden Vertragsverhältnisses mit zunehmendem Detailgrad – Informationen über die Vorfälligkeitsentschädigung nebst Angabe der Berechnungsmethode bzw. des zu zahlenden Betrages mitteilen muss. Es handelt sich hierbei um gesetzliche Verpflichtungen für die Banken. Im Einzelnen sind dies

- „Allgemeine Informationen bei Immobilier-Verbraucherdarlehen“ beim ersten Kundenkontakt (Artikel 247a § 1 Absatz 2 Nummer 10 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche - EGBGB),
- Vorvertragliche Informationen im ESIS-Merkblatt (Anlage 6 zu Artikel 247 § 1 Absatz 2 EGBGB),
- Angaben im Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag (Artikel 247 § 7 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB) über die Voraussetzungen, Berechnungsmethode und die sich aus § 493 Absatz 5 BGB ergebenden Pflichten sowie
- Angaben über Zulässigkeit, Restsaldo und ggf. Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung nach § 493 Absatz 5 BGB bei Interesse an einer Rückzahlung.

⁶ Der Bundesverband Kreditsachverständige und Kontenprüfer e.V. (BVKK) ist aus diesem Grunde der Auffassung, dass diese Zahlen keine Aussagekraft besitzen.

Fehlen im Vertrag hinreichende Informationen zur Vorfälligkeitsentschädigung und zu ihrer Berechnungsmethode, so ist keine Vorfälligkeitsentschädigung geschuldet, § 502 Absatz 2 Nummer 2 BGB.

e) Zum Berechnungsvorgang und den Berechnungskosten wurde mitgeteilt, dass Banken die Vorfälligkeitsentschädigung mit Hilfe spezieller Computerprogramme berechnen. Sie stellen dem Darlehensnehmer für den hiermit verbundenen Verwaltungsaufwand einmalig zwischen 50 und 400 Euro in Rechnung. Gerichte bedienen sich zur Berechnung der Unterstützung Sachverständiger. Verbraucherinnen und Verbraucher haben die Möglichkeit, eine Überprüfung der Abrechnung ihrer Bank bei Verbraucherzentralen für zurzeit ca. 70 Euro durchführen zu lassen. Nach Auskunft des *BVKK* bestehen teilweise Angebote im Internet, die Zinsentschädigungsberechnungen sogar kostenfrei zu berechnen⁷.

2. Zu den Rechtsgrundlagen

a) Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer vorzeitigen Rückzahlung unter Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung sind für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 11. März 2016 speziell geregelt worden: Gemäß § 500 Absatz 2 Satz 2 BGB kann der Darlehensnehmer eines Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrags, für den ein gebundener Sollzinssatz vereinbart wurde, seine Verbindlichkeiten im Zeitraum der Sollzinsbindung nur dann ganz oder teilweise vorzeitig erfüllen, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse des Darlehensnehmers besteht. Gemäß § 502 Absatz 1 Satz 1 BGB kann der Darlehensgeber im Fall der vorzeitigen Rückzahlung eine angemessene Vorfälligkeitsentschädigung für den unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung zusammenhängenden Schaden verlangen, wenn der Darlehensnehmer zum Zeitpunkt der Rückzahlung Zinsen zu einem gebundenen Sollzinssatz schuldet.

Auch einzelne Transparenzfragen wurden mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie geregelt: So muss ein Immobilien-Verbraucher-

⁷ Fragen nach den dahinterstehenden Vergütungsstrukturen und der qualitativen Vergleichbarkeit mit anderen Berechnungsangeboten konnten im Rahmen der Arbeitsgruppe nicht geklärt werden.

darlehensvertrag insbesondere klar und verständlich formulierte weitere Angaben zu den Voraussetzungen und der Berechnungsmethode für den Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung enthalten, soweit der Darlehensgeber beabsichtigt, diesen Anspruch geltend zu machen, falls der Darlehensnehmer das Darlehen vorzeitig zurückzahlt (Artikel 247 § 7 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB). Der Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn im Vertrag die Angaben über die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung unzureichend sind (§ 502 Absatz 2 Nummer 2 BGB).

b) Im Vergleich zu der Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie wurden damit folgende Änderungen vorgenommen: Die Zulässigkeit einer vorzeitigen Rückzahlung wurde erleichtert, da hierfür lediglich ein berechtigtes Interesse des Darlehensnehmers bestehen muss, die berechtigten Interessen dies aber nicht mehr – wie bisher § 490 Absatz 2 Satz 1 BGB – „gebieten“ müssen. Die Transparenz ist durch die Verpflichtung zu klar und verständlich formulierten Angaben zu den Voraussetzungen und der Berechnungsmethode deutlich erhöht worden. Zugleich muss sich der Darlehensgeber erstmals bereits im Rahmen des Vertragsschlusses auf eine Berechnungsmethode festlegen; bei unzureichenden Angaben verliert er den Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung.

c) Während die Voraussetzungen für eine vorzeitige Darlehensablösung somit gesetzlich geregelt sind, wurden die grundlegenden Vorgaben zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung insbesondere durch die bisherige BGH-Rechtsprechung entwickelt⁸. Danach kann der Darlehensgeber grundsätzlich Ersatz sowohl des Zinsmargenschadens als auch des Zinsverschlechterungsschadens für den Zeitraum der rechtlich geschützten Zinserwartung verlangen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie zwei Berechnungsmethoden für zulässig gehalten, die sog. Aktiv-Aktiv-Methode und die – in der Praxis dominierende – sog. Aktiv-Passiv-Methode.

⁸ Die bisherige BGH-Rechtsprechung bezieht sich allerdings nicht auf die Neuregelungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften.

aa) Wählt der Darlehensgeber die **Aktiv-Aktiv-Methode**, wird die Vorfälligkeitsentschädigung berechnet, indem die Neuausreichung des zurückgezahlten Kapitals als Darlehen unterstellt wird. Hierbei werden der Zinsmargenschaden und der Zinsverschlechterungsschaden in zwei separaten Schritten ermittelt:

„Ein über den Zinsmargenschaden hinausgehender **Zinsverschlechterungsschaden** entsteht, wenn die Bank das vorzeitig zurückerhaltene Darlehenskapital für die Restlaufzeit des abgelösten Darlehens nur zu einem niedrigeren als dem Vertragszins wieder ausleihen kann [...]. Dieser Schaden ist auf der Grundlage der Differenz zwischen dem Vertragszins und dem Wiederausleihzins zu berechnen“ (BGH vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161-172; DStR 1997, 1654, 1656), wobei der Wiederausleihzins eines Ersatzdarlehens herangezogen wird (MünchKommBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 71).

„Der **Zinsmargenschaden** entspricht dem entgangenen Nettogewinn aus dem vorzeitig abgelösten Darlehen. Bei seiner Bemessung ist von der Differenz zwischen den vereinbarten Darlehenszinsen und den Refinanzierungskosten der Bank auszugehen. Diese Differenz ist um Beträge für das entfallende Risiko aus dem abgelösten Darlehen (sogenannte Risikoprämie) und - sofern die Bank nicht neben den Darlehenszinsen noch laufzeitabhängige Sondergebühren verlangt - für die Verwaltungskosten während der Darlehenslaufzeit zu kürzen [...]. Die genaue Berechnung des Zinsmargenschadens kann auf Schwierigkeiten stoßen und die Offenlegung interner Betriebsdaten erfordern. [Daher ist es] im Rahmen des § 252 BGB erlaubt und angemessen, auf eine genaue Aufklärung zu verzichten, soweit die Ersatzforderung der Bank sich auf den bei Banken gleichen Typs üblichen Durchschnittsgewinn beschränkt [...]. Dabei ist es [im Rechtsstreit] auch zulässig, von den Möglichkeiten des § 287 ZPO Gebrauch zu machen und [...] auf der Grundlage statistischer Angaben in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank die maßgebenden Berechnungsfaktoren im Wege der Schätzung zu ermitteln.“ (BGH vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96; BGHZ 136, 161-172, DStR 1997, 1654, 1656).

bb) Bei der **Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode** wird die Wiederanlage des zurückgezahlten Kapitals in sicheren Kapitalmarktstiteln unterstellt:

Hierbei „...stellt sich der finanzielle Nachteil des Darlehensgebers als Differenz zwischen den Zinsen, die der Darlehensnehmer [...] gezahlt hätte, und der Rendite dar, die sich aus einer laufzeitkongruenten Wiederanlage der freigewordenen Beträge in sicheren Kapitalmarkttiteln ergibt. Der Differenzbetrag ist um ersparte Risiko- und Verwaltungskosten zu vermindern und auf den Zeitpunkt der Leistung der [Entschädigung] abzuzinsen [...].“ (BGH vom 30. November 2004, XI ZR 285/03, BGHZ 161, 196-204, zur Nichtabnahmeentschädigung m.w.N.). Da der so berechnete Schaden sowohl den Zinsverschlechterungsschaden als auch den der Bank zustehenden Gewinn (Zinsmargenschaden) umfasst, kann sie einen gesonderten Zinsmargenschaden nicht geltend machen (BGH vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161-172, DStR 1997, 1654, 1657).

3. Zum unionsrechtlichen Kontext

a) Die 2014 verabschiedete Wohnimmobilienkreditrichtlinie sieht europarechtliche Vorgaben für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge vor. Nach Artikel 25 Absatz 3 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Kreditgeber, sofern gerechtfertigt, eine angemessene und objektive Entschädigung für die möglicherweise entstandenen, unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten verlangen kann. Vertragsstrafen gegen den Verbraucher dürfen nicht verhängt werden. Hierbei darf die Entschädigung den finanziellen Verlust des Kreditgebers nicht überschreiten. Vorbehaltlich dieser Voraussetzungen können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Entschädigung einen bestimmten Umfang nicht überschreiten darf oder nur für eine bestimmte Zeitspanne zulässig ist. Hierzu wurde seitens des *Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* erläutert, dass bei den Beratungen der Richtlinie auf Arbeitsebene sowohl mit der Europäischen Kommission, in der Ratsarbeitsgruppe als auch im Europäischen Parlament das gemeinsame Verständnis bestand, dass der Richtlinienentwurf die Beibehaltung des deutschen Systems der Vorfälligkeitsentschädigung erlaube.

b) Daneben bestehen europarechtliche Vorgaben der Richtlinie 2008/48/EG (Verbraucherkreditrichtlinie), die jedoch für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge keine Geltung beansprucht⁹.

II. Zu den Grundlagen der Entschädigungsberechnung

1. Zur rechtlich geschützten Zinserwartung

Im Wege der Vorfälligkeitsentschädigung erstattungsfähig sind Zinsschäden für den Zeitraum der **rechtlich geschützten Zinserwartung**.

a) Für die berechtigte Zinserwartung sind die Kündigungsrechte des Darlehensnehmers (z.B. gemäß § 489 Absatz 1 Nummer 2, 1. Halbsatz BGB nach zehn Jahren Vertragslaufzeit) zu berücksichtigen.

b) Es bestand Einigkeit zwischen den Teilnehmern, dass im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH vom 19. Januar 2016 – XI ZR 388/14, BGHZ 208, 290-302, NJW 2016, 1382-1384) die rechtlich geschützte **Zinserwartung des Darlehensgebers durch Sondertilgungsrechte beschränkt** ist. Die *Deutsche Kreditwirtschaft (DK)* wies darauf hin, dass die Berücksichtigung von Sondertilgungsrechten von den Verbänden als verpflichtend kommuniziert wird. Der *vzbv* berichtete anhand einer Stichprobe von 240 Fällen, dass die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016, wenn auch nicht durchgängig, in der Abrechnungspraxis zu einer Verbesserung gegenüber seiner Untersuchung aus dem Jahr 2014 geführt habe. Immer noch würden in ca. 15 Prozent der dort bekannt werdenden Fälle mit vertraglich vereinbarten Sondertilgungsrechten diese nicht auf Anhieb berücksichtigt.

c) Konsens bestand weiter darüber, dass auch **Rechte auf Anpassung der Tilgungsraten**, die dem Darlehensnehmer im Darlehensvertrag eingeräumt worden sind, die rechtlich geschützte Zinserwartung beschränken. In der Sache han-

⁹ Vgl. Artikel 2 Absatz 2 lit. a) und b); zur vorzeitigen Rückzahlung vgl. Artikel 16 der Richtlinie und insbesondere Erwägungsgrund 39.

delt es sich nämlich auch hierbei um Sondertilgungsrechte. Auch hier wies die *DK* darauf hin, dass die Berücksichtigung von Tilgungssatzwechseln von den Verbänden als verpflichtend kommuniziert wird. Der *vz bv* berichtete gleichwohl, dass auf Arbeitsebene der Verbraucherzentralen nach dem Urteil des BGH zu Sondertilgungsrechten im Jahr 2016 keine spürbare Verbesserung gegenüber 2014 hinsichtlich der Rechte auf Anpassung der Tilgungsraten feststellbar sei. Die *DK* wies darauf hin, dass die genannte Untersuchung aus dem Jahr 2014 nicht zwischen Sondertilgungsrechten und Tilgungssatzwechseln unterschieden habe, sondern beides gemeinsam unter dem Punkt Sondertilgungsrecht untersucht habe (vgl. S. 16 der Untersuchung). Insoweit könne keine Aussage zu erreichten oder nicht erreichten Verbesserungen bei der Berücksichtigung von Tilgungssatzwechseln im Speziellen getroffen werden.

d) Vielfach hingewiesen wurde darauf, dass **Sondertilgungsrechte nur zu Gunsten des Darlehensnehmers** im Rahmen der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung Berücksichtigung finden können. Denn es kann für den Darlehensnehmer im Einzelfall auch nachteilig sein, wenn bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung davon ausgegangen wird, dass der Darlehensnehmer von seinen Sondertilgungsrechten Gebrauch gemacht hätte. Einigkeit bestand zwischen den Teilnehmern, dass diese zu Gunsten des Darlehensnehmers zu berücksichtigende sog. „**Anomalie**“¹⁰ **der Sondertilgungsrechte** ggf. auch ein begrenztes „Durchspielen“ der Ausübung und Nichtausübung der einzelnen Sondertilgungsrechte umfassen sollte.

¹⁰ Im Regelfall führt die Berücksichtigung einer Sondertilgungsoption zur Reduzierung der Vorfälligkeitsentschädigung. In bestimmten Zinskonstellationen, wenn die Wiederanlagerenditen kurzer Laufzeiten deutlich niedriger als die langer Laufzeiten sind, kann die Berücksichtigung der Sondertilgung in seltenen Fällen die Vorfälligkeitsentschädigung erhöhen. Dieser außergewöhnliche Effekt wird als sog. Sondertilgungsanomalie bezeichnet. *Prof. Dr. Wimmer* stuft diesen Begriff jedoch als irreführend ein. Im technischen Sinne handele es sich nicht um eine Anomalie; das Phänomen folge vielmehr aus der Überlegung, dass eine Einbeziehung von Sondertilgungsrechten dann nachteilig wäre, wenn die aktuellen Wiederanlagerenditen – ausgedrückt als so genannte Forwardrenditen - über dem Kreditzins liegen. Dieser Begründung widersprach der *BVKK*: Die sog. Sondertilgungsanomalie ergebe sich nicht daraus, dass der Wiederanlagezinssatz über dem Kreditzinssatz liegt. Sie ergebe sich daraus, dass das Kapital der Sondertilgung nur bis zum Termin der Sondertilgung wiederanzulegen sei anstelle eines Zeitraums bis zum Ende der Zinsbindungsfrist. Denkbar sei beispielsweise, dass der Zeitpunkt der Sondertilgung noch ein Jahr, der Zeitpunkt des Endes der Zinsbindung dagegen zwei Jahre in der Zukunft liege. Wenn dann die Differenz des Vertragszinses zum einjährigen Wiederanlagesatz 2 Prozent betrage, die zum zweijährigen Wiederanlagezinssatz dagegen kleiner als 1 Prozent sei, so sollte man die Sondertilgungsoption besser nicht nutzen, denn der Zinsschaden sei dann über zwei Jahre gerechnet kleiner als 2 Prozent.

e) Im Rahmen der vertieften Diskussion wurde aber deutlich, dass eine **optimierende Betrachtung der Sondertilgungsrechte** in dem Sinne, dass jeder denkbare Zahlungszeitpunkt und jede denkbare Zahlungshöhe durchgerechnet werde, wegen des ganz erheblichen Rechenaufwands nicht für praktikabel gehalten wird (siehe hierzu im Einzelnen Anhang I unter Punkt I., S. 63 ff.). Hier konnte – bei unterschiedlichen Detailvorstellungen – **Konsens** erzielt werden, dass eine Regelung notwendig ist, die den Berechnungs- und Prüfungsaufwand begrenzt. Vorgeschlagen wurde, vorbehaltlich eines vertraglich vereinbarten Ausübungszeitpunkts, stets die frühestmögliche Ausübung von Sondertilgungsrechten in vollem Umfang anzunehmen. Die einmal getroffene Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des jeweiligen Sondertilgungsrechts ist für die weiteren Berechnungsschritte dann jeweils verbindlich. Dies bedeutet, dass pro Sondertilgungsrecht nur eine Vergleichsrechnung angestellt wird.

Vom *BVKK* und von Seiten des *vzbv* wurde darüber hinaus gefordert, dass es dem Verbraucher jedenfalls möglich sein müsse, eine noch günstigere Variante der Ausübung seiner Sondertilgungsrechte darzulegen. Nach Auffassung des *BVKK* sollte dasselbe auch für die Ausübung von Kündigungsrechten gelten.

2. Zum Berechnungstichtag

a) Einigkeit bestand zwischen den Teilnehmern, dass die Vorfälligkeitsentschädigung *de lege lata* eine taggenaue Abrechnung erfordert.

b) *Prof. Dr. Mülbert* stellte den Meinungsstreit in Wissenschaft und Rechtsprechung über den richtigen Berechnungstichtag der Vorfälligkeitsentschädigung in seinem Referat dar. Es gebe vier verschiedene Ansätze zum maßgeblichen Stichtag: Erstens das Wirksamwerden der Kündigung, soweit diese erforderlich sei, zweitens die Rückzahlung der Darlehensvaluta und drittens die Erfüllung des Anspruchs auf Vorfälligkeitsentschädigung, was auch *Prof. Dr. Mülbert* selbst vertrat. Eine vierte Ansicht billige dem Darlehensgeber ein Wahlrecht zu¹¹. Der *BVKK* vertrat die Auffassung, dass in dem untypischen Fall, dass die Zahlung der Valuta

¹¹ *RiBGH Dr. Grüneberg* wies im Nachgang auf ein aktuelles Urteil des BGH vom 20. Februar 2018 - XI ZR 445/17 – WM 2018, 782-787 hin.

und der Vorfälligkeitsentschädigung auseinanderfielen, die zu Grunde zu legenden Ersatzgeschäfte entsprechend den Anteilen der Einzelzahlungen an der Gesamtzahlung auf die beiden Termine – auch mit jeweils anderen Wiederanlagesätzen – aufzuteilen seien. Denn für die Durchführung der Ersatzgeschäfte werde jeweils das gesamte Kapital einschließlich Vorfälligkeitsentschädigung benötigt.

c) Der *vzbv* berichtete unter Bezugnahme auf seine Untersuchung dort bekannter Fälle aus dem Jahr 2014, dass in nahezu jedem dritten untersuchten Fall das Datum der vom Kreditinstitut angesetzten Wiederanlagerenditen gefehlt habe. War das Datum ersichtlich, so sei es in mehr als jedem zweiten Fall von dem tatsächlichen Tag der Rückzahlung des Kredites abgewichen.

d) Im Hinblick auf eine mögliche gesetzliche Regulierung wurden – mit Unterschieden im Detail (s. Anhang I Punkt II., S. 65 ff.) – Regelungen befürwortet, nach denen innerhalb einer bestimmten Karenzzeit von einigen Wochen (z.B. vier bis sechs Wochen) zwischen der Erstberechnung und dem Rückzahlungszeitpunkt keine erneute Berechnung erforderlich sein solle. Hintergrund ist, dass die Information über die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung nach § 493 Absatz 5 Satz 2 Nummer 3 BGB, die der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer zur Prüfung der Möglichkeit der Rückzahlung zu erteilen hat, nicht der Höhe der später tatsächlich geschuldeten Vorfälligkeitsentschädigung entsprechen muss. Zum einen stehen die in Betracht kommenden Renditen der Wiederanlageprodukte (Hypothekendarlehen bei der Aktiv-Passiv-Methode bzw. Ersatzdarlehen bei der Aktiv-Aktiv-Methode oder Methode von *Prof. Dr. Löw*) erst am Tag der Rückzahlung endgültig fest. Zum anderen gelingt dem Darlehensnehmer nicht immer taggenau die Zahlung zu dem bei der Vorabinformation unterstellten Zeitpunkt. Die Regelung einer Karenzzeit würde dem Darlehensnehmer Rechtssicherheit bieten. Den errechneten Betrag könnte der Darlehensnehmer etwa bei der Aufnahme eines anderen Darlehens oder Verkaufsverhandlungen berücksichtigen. Dem Darlehensgeber bliebe der Aufwand einer Zweitberechnung erspart. Durch die Beschränkung der Karenzzeit auf wenige Wochen würden im Wesentlichen nur zufällige Kursschwankungen in Kauf genommen, ohne eine Vertragspartei systematisch zu bevorzugen.

Unterschiedliche Auffassungen bestanden zu der Frage, ob die Karenzzeit kraft Gesetzes oder kraft Parteivereinbarung gelten sollte. Teilweise wurde eine gesetzliche Regelung für sinnvoll erachtet, da es sich um eine Abweichung von den Grundsätzen des Schadensersatzrechts handele, weil die Zahlung des Darlehensnehmers als Tag der Schadensentstehung maßgeblich für die Schadensberechnung sei (was hinsichtlich des Zeitpunkts aber umstritten ist, s.o.). Der *BVKK* hielt für wichtig, dass keine der beiden Seiten ein Wahlrecht im Hinblick auf eine Neuberechnung habe. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der erstattungsfähige Schaden verzerrt würde: Im Falle eines Wahlrechts der Bank könnte diese durch Ausübung des Wahlrechts den erstattungsfähigen Schaden erhöhen, im Falle eines Wahlrechts des Kunden könnte dieser umgekehrt den erstattungsfähigen Schaden verringern.

3. Zu den ersatzfähigen Zinsschäden

- a) Überwiegend Konsens bestand zwischen den Teilnehmern, dass der **Zinsverschlechterungsschaden** ersatzfähig ist und auch bleiben soll¹².
- b) Überwiegend wurde die Meinung vertreten, dass grundsätzlich auch der **Zinsmargenschaden** nach geltendem Schadensersatzrecht¹³ als entgangener Gewinn ersatzfähig sei¹⁴. Dies gelte für beide derzeit angewandte Berechnungsmethoden. Während bei der Aktiv-Aktiv-Methode der Zinsmargenschaden ausdrücklich gesondert ermittelt und zu der Differenz zwischen ursprünglichem Darlehenszins und Wiederausleihzins addiert werden müsse, ist in der Berechnung nach der Aktiv-Passiv-Methode der Sache nach eine Zinsmarge enthalten. Der *BVKK* wies darauf hin, dass, soweit die Aktiv-Aktiv-Methode zum Einsatz komme, die Gewinnmarge in der Praxis nicht konkret, sondern abstrakt im Wege der Schätzung ermittelt und typischerweise bei 0,5 Prozentpunkten angenommen werde.

¹² Dies wird von *Prof. Dr. Knops* abgelehnt, der einen Zinsverschlechterungsschaden nur im Falle fristenkongruenter Refinanzierung anerkennen will.

¹³ Der *BVKK*, der den sog. Zinsmargenschaden nicht als Schadensposition ansieht, hält die hier erfolgte Darstellung der geltenden Rechtslage *de lege ferenda* für irrelevant.

¹⁴ Zur äußerst umstrittenen Frage, ob auch die Wohnimmobilienkreditrichtlinie dies zulässt, vgl. unten unter c). Zu einem abweichenden Verständnis des Zinsmargenschadens als reinem Fixkostenersatz, siehe Anhang I unter IV. Vorbemerkung, lit. g und h, S. 76 f.

c) Es zeigte sich, dass die Berechtigung eines Zinsmargenschaden bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung **einer der grundlegenden Streitpunkte der Arbeitsgruppe** war. Zum einen wurde bezweifelt, ob die derzeit angewandte schadensersatzrechtliche Lösung überhaupt noch zulässig ist (unten aa) und zum anderen, ob die vorzeitige Rückzahlung überhaupt – stets – zu einem schadensersatzrechtlich berücksichtigungsfähigen Schaden führt (unten bb):

aa) Zur derzeit angewandten schadensersatzrechtlichen Lösung wurde teilweise bezweifelt, dass diese insbesondere nach dem Inkrafttreten der Wohnimmobilienkreditrichtlinie noch aufrechterhalten werden könne. Die bestehenden Grundsätze der Rechtsprechung bezögen sich sämtlich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie rechtfertige einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns nicht. Hierzu wurde seitens des *Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* erläutert, dass bei den Beratungen der Richtlinie auf Arbeitsebene sowohl mit der Europäischen Kommission, in der Ratsarbeitsgruppe als auch im Europäischen Parlament das gemeinsame Verständnis bestand, dass der Richtlinienentwurf die Beibehaltung des deutschen Systems der Vorfälligkeitsentschädigung erlaube¹⁵.

bb) Die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens bildete einen der zentralen Streitpunkte unter den Teilnehmern (vertiefend zum ganzen Problemkreis siehe Anhang I Punkt IV., S. 74 ff.).

(1) Grundsätzlich unterschiedliche Vorstellungen herrschten zu der Frage, ob dem Darlehensgeber – abstrakt-generell gesehen – tatsächlich Gewinn entgehe.

Teilweise wurde argumentiert, der vorzeitig zurückgezahlte Darlehensbetrag ermögliche es der Bank, ein neues Darlehen auszureichen, so dass sie keinen Schaden erleide. Auch die Ressourcen des Darlehensgeschäfts seien durch die Anzahl der beleihbaren Grundstücke und durch die Eigenkapitalanforderungen beschränkt, so dass der konkret zurückgezahlte Betrag ein konkretes Neugeschäft ermögliche.

¹⁵ Herr Gottschalk meinte, dass die Probleme der Vorfälligkeitsentschädigung auf europäischer Ebene wohl nicht in der Tiefe diskutiert worden seien wie in dieser Arbeitsgruppe.

Dem wurde seitens *Prof. Dr. Wimmer* und der Kreditwirtschaft entgegengehalten, dass eine Bank grundsätzlich bei jeder Kreditnachfrage ein Darlehen ausreichen könne und hierfür nicht auf zurückgezahlte Beträge angewiesen sei.

(2) Der *BVKK*, *Herr Gottschalk*, *vzbv* und die *Stiftung Warentest* hielten die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens auch unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht für gerechtfertigt. So habe jeder Darlehensnehmer, der ein Immobilienverbraucherdarlehen infolge einer Veräußerung der Immobilie ablöse, einen Käufer „im Schlepptau“, der zur Kaufpreisfinanzierung typischerweise – wenn auch bei einer anderen Bank – ein Darlehen abschließe, in das ebenfalls eine Zinsmarge eingepreist sei. In der Gesamtschau hielten sich bei jeder Bank die Fälle vorzeitig ablösender Darlehensnehmer und die Fälle infolge einer vorzeitigen Rückzahlung neu hinzukommender Darlehensnehmer in etwa die Waage, sodass ein Zinsmargenschaden in der Gesamtbetrachtung nicht entstehe. Vielmehr führe die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens im Wesentlichen dazu, dass der Darlehensgeber eine doppelte Marge erhalte. Der *BVKK* wies auch darauf hin, dass eine Darlehensgeberin, die geringfügig unter den marktüblichen Konditionen liegende Neukonditionen anböte, bei allen Vergleichsportalen ganz vorne läge und ihr die Darlehensnehmer somit automatisch zuliefen. Einen Ersatzdarlehensnehmer könne der Darlehensgeber daher in jedem Fall finden und somit eine weitere Marge einnehmen.

(3) Dem hielten andere Teilnehmer entgegen, dass diese volkswirtschaftliche Betrachtung nicht dem geltenden Schadensersatzrecht entspreche. Die Schadensbetrachtung müsse vielmehr auf das konkrete Vertragsverhältnis bezogen sein. Auch entstünden beim Abschluss eines Darlehensvertrages hohe Fixkosten, was der Annahme widerspräche, der Darlehensgeber könne eine doppelte Marge verdienen. Die eigenständige Bedeutung der Fixkosten wurde von einigen Teilnehmern insoweit zugestanden, dass eine Kompensation der noch nicht amortisierten Fixkosten des Darlehensvertrages vorstellbar sei. Doch entspreche dieser Posten nicht der Gewinnmarge.

(4) Zur Bedeutung der Erstattung des Zinsmargenschadens aus aufsichtsrechtlicher Sicht führte die *BaFin* aus: Auch im aufsichtsrechtlichen Rahmen, insbeson-

dere bei der Überwachung des Zinsrisikomanagements, sei von Bedeutung, dass die Banken mit der Gewinnmarge aus dem einzelnen Darlehensvertrag kalkulieren könnten. Vorzeitig kündbare Kredite müssten heute als Darlehen mit optionalen Bestandteilen modelliert werden, festverzinsliche Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge dagegen grundsätzlich nicht, weil die Vorfälligkeitsentschädigung die wegfallenden Zahlungsströme ausgleiche. Würde die Vorfälligkeitsentschädigung die Marge der Banken nicht mehr vollständig abbilden, müsste statistisch zumindest ein Teil der festverzinslichen Immobilier-Verbraucherdarlehen in die Modellierung einbezogen werden. Der Umstellungsaufwand dürfte für Banken, die heute schon die Modellierung anwenden, gering sein, für andere Banken jedoch höher. Insgesamt wies die *BaFin* aber darauf hin, dass die Diskussion um die Details der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung eine zivilrechtliche Frage sei. Der aufsichtsrechtliche Rahmen verlange nur, dass die Bank erfasst, ob Festzinskredite oder variabel verzinsliche und jederzeit kündbare Kredite in die Steuerung einzubeziehen sind, und sie hiernach die jeweils angemessene Steuerung implementiert.

d) Weiterführend wurde unter Zugrundelegung der Annahme, dass ein Zinsmargenschaden bei abstrakt-genereller Betrachtungsweise grundsätzlich entsteht, **eine Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften** – regelmäßig aus einem Darlehen des Käufers – im konkreten Einzelfall diskutiert.

Als „Ersatzgeschäft“ wurden einerseits die eher seltenen Fälle verstanden, in denen das Ersatzgeschäft nachweisbar allein durch die vorzeitige Darlehensrückzahlung ermöglicht wird (Bsp.: Eltern übertragen Haus an den Sohn, der hierfür einen Kredit bei der bereits bisher finanzierenden Bank aufnimmt). Einige Teilnehmer betonten die durch eine etwaige Einzelfallbetrachtung entstehende Rechtsunsicherheit. Dem wurde entgegengehalten, dass es bei ganz konkreter Betrachtung des Einzelfalls zu dem zweiten Darlehen nur deswegen komme, weil ein und derselbe Übertragungsvorgang betroffen sei und das erste Darlehen damit „abbezahlt“ werde. Damit es nicht zu einer Überkompensation des Darlehensgebers komme, bedürfe es einer Anrechnung im Einzelfall. Verwiesen wurde allerdings auch auf die Schwierigkeit, dass dem Darlehensnehmer nicht immer bekannt sei,

wenn der Grundstückskäufer im Einzelfall ein Darlehen bei derselben Bank aufnehme.

Als berücksichtigungsfähige Ersatzgeschäfte wurden andererseits aber nicht nur die seltenen oben erwähnten Fälle verstanden, in denen bekannt wird, dass die Bank auch den Käufer der Immobilie finanziert. Es wurde vielmehr – insbesondere mit Verweis auf die teilweise hohen Konzentrationsgrade der lokalen Märkte – auf die hohe Dunkelziffer solcher Ersatzgeschäfte hingewiesen. Konkret verwiesen wurde auf das Beispiel einer Großstadt, in der der Marktführer bei der Immobilienfinanzierung einen Marktanteil von fast 50 Prozent innehatte und damit tendenziell jede zweite Kauffinanzierung ein Ersatzgeschäft beinhaltet.

Die Kreditwirtschaft und der *Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)* traten dem mit der Begründung entgegen, dass es keine anrechenbaren Ersatzgeschäfte gebe: Der Begriff „Ersatzgeschäft“ suggeriere, die Bank könne das Geschäft nur vornehmen, weil der Kunde vorzeitig zurückzahle. Kreditinstitute könnten den Kreditbedarf ihrer Kunden decken, ohne auf die Beträge aus etwaigen vorzeitigen Rückzahlungen angewiesen zu sein. Die Beschreibung von Sonderfällen führe zu nicht gewünschter Komplexität. Anders als bei Rechtsgeschäften mit gegenständlichem Bezug sei es kaum möglich, Kriterien für eine Zuordnung des Ersatzgeschäfts (Personenkreis, zeitlicher Bezug) hinreichend konkret zu definieren. Es bestehe auch die Gefahr von Unsicherheiten, etwa wenn der Folgevertrag nicht vollständig durchgeführt oder widerrufen würde.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Ausführungen unten in Anhang I Punkt V. (zur Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften, S. 81 ff.) verwiesen.

III. Zu den Berechnungsmethoden und ihrer Transparenz

1. Zur Aktiv-Aktiv- und Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode

a) Ergebnisse der derzeit verwendeten Berechnungsmethoden

Die Aktiv-Aktiv-Methode und die Aktiv-Passiv-Methode wurden von *Herrn Prof. Dr. Wehrt vom BVKK* im Vergleich vorgestellt. Dabei wurde anhand eines Beispiels veranschaulicht, welche Rechenschritte jeweils vorzunehmen sind. *Herr Prof. Dr. Wimmer* verdeutlichte dies für die in der Bankenpraxis häufig angewandte Aktiv-Passiv-Methode unter Betonung eines Verständnisses der so ermittelten Vorfälligkeitsentschädigung als „Kurswert“ des Darlehensvertrages. Trotz des hohen Anschauungsgrades der Präsentationen wurde – so der weit überwiegende Eindruck der Teilnehmer – deutlich, dass die Nachprüfbarkeit der Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung jedenfalls weit über die Möglichkeiten des mathematisch durchschnittlich gebildeten Verbrauchers hinausgeht und es der Kenntnis bestimmter Parameter sowie in der Praxis spezieller Computerprogramme bedarf.

Konsens bestand darin, dass die Aktiv-Aktiv-Methode und die Aktiv-Passiv-Methode theoretisch und bei vergleichbaren Annahmen zu nahezu identischen Ergebnissen führen müssten. Gleichwohl berichteten Teilnehmer aus der Praxis, dass nach der Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode berechnete Vorfälligkeitsentschädigungen systematisch, wenn auch nicht ausnahmslos, über den nach der Aktiv-Aktiv-Methode berechneten Entschädigungen lägen. Dies sei nur mit der Verwendung verschiedener Parameter¹⁶, nicht aber mit der gewählten Berechnungsmethode zu erklären.

b) Auswirkungen negativer Wiederanlagezinsen

Diskutiert wurde die Frage, wie die Aktiv-Passiv-Methode im Fall negativer Wiederanlagezinssätze am Kapitalmarkt anzuwenden sei. Von Verbraucherschutzseite wurde hierzu vertreten, dass im Rahmen der Aktiv-Passiv-Methode negative Wiederanlagezinssätze nicht berücksichtigt werden dürften. Der bei der Berechnung zu Grunde liegende Wiederanlagezinssatz dürfe 0 Prozent nicht unterschreiten. Es sei nicht realistisch, dass eine Bank das zurückerhaltene Geld zu einem negativen Wiederanlagezins anlege. Vielmehr führe eine solche Annahme zu ei-

¹⁶ Speziell zur Gewinnmarge siehe Anhang I Punkt IV. 2. lit. b), S. 78.

ner Überkompensation des Darlehensgebers. Dem wurde von Seiten der *DK* entgegengehalten, dass Negativzinsen wie gesunkene Zinsen zu behandeln seien. Diese seien nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen (siehe hierzu die vertiefte Diskussion unter Anhang I Punkt VII. 4., S. 97 ff.). Die Verbraucherseite führt dagegen an, dass es dann aber auch eine Schadensminderungspflicht gäbe. Weiter wurde seitens des Verbraucherschutzes darauf hingewiesen, dass die Verwendung negativer Zinsen dazu führe, dass der Vorfälligkeitsausgleich die vertraglich noch zu zahlenden Zinsen übersteige. Das sei bei Allgemein-Verbraucherdarlehen ausdrücklich verboten, und es sei unerfindlich, warum diese Regelung nicht auch für Immobilien-Darlehensverträge übernommen wurde. Eine Klarstellung hielt auch *Prof. Dr. Löw* für wünschenswert, der die Position der *DK* unter ökonomischen Aspekten für zutreffend hielt, aber letztlich eine Interessenabwägung in dieser Frage für geboten erachtete.

c) Mittelbarer Einfluss der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG auf die Berechnungsmethoden

Als offen bezeichneten einige Teilnehmer die Frage, ob die Aktiv-Passiv-Methode bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen überhaupt weiterhin anwendbar sei. Von rechtswissenschaftlicher Seite wurde vorgetragen, dass die Verbraucherkreditrichtlinie wohl überwiegend dahingehend verstanden werde, dass sie nur die Aktiv-Aktiv-Methode zulasse. Sollte dieses Verständnis zutreffen, müsse man die Folgefrage stellen, ob die entsprechende deutsche Regelung in § 502 BGB, die sowohl Allgemein- als auch Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge regelt, einheitlich auszulegen sei mit der Folge, dass auch bei den – eigentlich nicht unter die Verbraucherkreditrichtlinie fallenden – Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen nur noch die Aktiv-Aktiv-Methode zum Zuge kommen könne. Begründet wird die Auffassung mit Artikel 16 Absatz 4 lit. b) dritter Unterabsatz der Verbraucherkreditrichtlinie [„In diesem Fall besteht der Verlust in der Differenz zwischen dem ursprünglich vereinbarten Zinssatz und dem Zinssatz, zu dem der Kreditgeber den vorzeitig zurückgezahlten Betrag auf dem Markt zum Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung als Kredit ausreichen kann und zwar unter Berücksichtigung der Auswirkung der vorzeitigen Rückzahlung auf die Verwaltungskosten“].

Dem wurde entgegengehalten, dass diese Einschränkung nur dann gelte, wenn die nationale Umsetzung von der Ermächtigung in Artikel 16 Absatz 4 lit. b) erster Unterabsatz der Verbraucherkreditrichtlinie Gebrauch gemacht und geregelt hat, dass der Kreditgeber ausnahmsweise eine höhere Entschädigung (als die gedeckelte) verlangen kann, wenn er nachweist, dass der aus der vorzeitigen Rückzahlung entstandene Verlust den gedeckelten Betrag übersteigt. Hieraus könne aber nicht zwingend gefolgert werden, dass die Richtlinie generell eine Berechnung nach der Aktiv-Aktiv-Methode vorschreibe. Jedenfalls für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge gehe die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie aber wohl von einer Berechnungsmöglichkeit auch nach der Aktiv-Passiv-Methode aus (BT-Drucks. 18/5922, S. 91 und 116). Dies entsprach auch der überwiegenden Auffassung der Teilnehmer.

d) Bestandteile der Berechnungsmethoden

Beide praktizierten Berechnungsmethoden verwenden Parameter, die nicht allgemein bekannt sind, was die **Einheitlichkeit der Berechnung und letztlich auch die Überprüfbarkeit der Abrechnungen einschränkt.**

aa) Wiederausleihzins

Die fehlende Nachprüfbarkeit wurde vor allem an der Aktiv-Aktiv-Methode kritisiert, da es für die **Ermittlung des Wiederausleihzinses eines neu ausgereichten Immobilier-Verbraucherdarlehens bei der Aktiv-Aktiv-Methode** keine autoritative Quelle gebe. Insbesondere die von der Deutschen Bundesbank erhobenen „Zinssätze für Wohnungsbaukredite an private Haushalte“ böten keine hinreichende Differenzierung. Differenzierte Zinssätze nach Beleihungsausläufen (dem Quotient aus Darlehensbetrag und Beleihungswert) könnten nur über einen privaten Anbieter ermittelt werden, der aber lediglich auf Angebotssätze abstelle. Von Verbraucherschutznaher Expertenseite wurde daher die Auffassung vertreten, die Aktiv-Aktiv-Methode sei unter Transparenzgesichtspunkten ungeeignet.

bb) Entgangener Nettogewinn

Bei der Aktiv-Aktiv-Methode wird zudem in der Praxis der entgangene Nettogewinn aus den auf S. 16 (unter Punkt C. I. 2. c) aa)) genannten Gründen geschätzt und in der Regel mit 0,5 Prozentpunkten angesetzt.

cc) Risikoprämie

Als besonders praxisrelevant für die Aktiv-Passiv-Methode wurde auch die sog. **Risikoprämie**, die aufgrund des entfallenen Risikos eines Forderungsausfalles von der errechneten Vorfälligkeitsentschädigung abzuziehen ist, eingestuft¹⁷.

Zahlen und sonstige empirische Grundlagen zur Risikoprämie haben der Arbeitsgruppe nicht vorgelegen. Von Bankenseite wurde darauf hingewiesen, dass gegen eine Offenlegung der internen Kostenstruktur und der internen Einordnung in Risikoklassen auch kartellrechtliche Bedenken bestehen könnten. Eine weitergehende Diskussion der kartellrechtlichen Einordnung erfolgte im Rahmen der Arbeitsgruppe nicht¹⁸.

Von Expertenseite wurde daher referiert, dass die in der Rechtsprechung im Wege der Schätzung ermittelten Abschläge für die Risikoprämie im Wesentlichen unter Zitierung vorhergehender Entscheidungen vorgenommen würden, aber praktisch keine empirische Grundlage hätten. Besicherte Darlehen mit hohem Beleihungsauslauf wiesen regelmäßig einen Zinsaufschlag von 0,2 bis 0,5 Prozent gegenüber Darlehen mit niedrigem Beleihungsauslauf auf, was dafür spreche, dass jedenfalls bei diesen Darlehen die regelmäßig in der Praxis angenommene Risikoprämie **von 0,05 – 0,1 Prozent** zu niedrig sei¹⁹.

¹⁷ Nach welchen Kriterien eine Risikoprämie zu bemessen wäre, hat der BGH noch nicht entschieden.

¹⁸ Solchen Bedenken hielt der BVKK beispielsweise entgegen, dass die Kreditinstitute unter den Vorschriften nach Basel III schon heute zur detailreichen Offenlegung von Risikopositionen verpflichtet seien und die Möglichkeit hätten, Einblick in die „Bücher“ anderer Institute zu nehmen. Es müssten somit keine weiteren als die ohnehin zugänglichen Informationen veröffentlicht werden.

¹⁹ Prof. Dr. Wimmer wies darauf hin, dass die in der Praxis vorgenommenen Aufschläge bei Übersteigerungen von 60 Prozent des Beleihungswertes aus seiner Sicht nicht ein erhöhtes Ausfallrisiko, sondern erhöhte Refinanzierungskosten der Bank widerspiegeln.

Der vzbv wies dazu darauf hin, dass er mit konkreten Angebotsbeispielen in seinem bereits erwähnten Bericht 2014 dargelegt und belegt habe, wie sich Konditionen mit abnehmenden Eigenfinanzierungsanteil in entsprechender Größenordnung bei verschiedenen Anbietern verteuern.

dd) Ersparte Verwaltungskosten

Entsprechende empirische Grundlagen fehlten auch zu den ersparten **Verwaltungskosten** für die entfallende Vertragsfortführung. Von Experten wurde darauf hingewiesen, dass eine Zuordnung bestimmter Verwaltungskosten sowie bestimmter Gewinnmargen zu einem bestimmten Darlehen eine reine Fiktion sei. Bei den **ersparten Verwaltungskosten** werden in der Praxis Beträge zwischen **30 Euro und 120 Euro** im Jahr angesetzt. Die Verbraucherzentralen legen ihren Berechnungen eine geschätzte Ersparnis von 5 Euro pro Ratenzahlung zu Grunde. Ein Verband berichtete von einem in seiner Praxis angesetzten Betrag von 51 Euro pro Jahr.

ee) Verwaltungskosten für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung

Als intransparent beklagten der *BVKK* und die Verbraucherschutzseite auch den vom Darlehensgeber in Rechnung gestellten **Verwaltungsaufwand für die Berechnung** der Vorfälligkeitsentschädigung. Sie warfen auch die Frage auf, weshalb die von den Banken hierfür in Rechnung gestellten Beträge von bis zu 400 Euro oftmals deutlich über den kostendeckenden Beträgen der Verbraucherzentralen (Verbraucherzentrale Bremen: 70 Euro) und der Sachverständigenpraxis (ca. 150 Euro) lägen.

Zudem wurde die Frage aufgeworfen, ob mit den Verwaltungskosten für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht Aufwand für Tätigkeiten auf den Kunden abgewälzt werde, zu denen der Darlehensgeber verpflichtet sei oder die er überwiegend im eigenen Interesse erbringe, was in anderen Bereichen des

Kommentar *Prof. Dr. Wehrt*: Erhöhte Refinanzierungskosten sind, wenn überhaupt refinanziert wurde, das Ergebnis einer höheren Risikoeinschätzung durch denjenigen, der die Refinanzierung bereitstellt. Mithin ist der Aufschlag durch ein höheres vertragsimmanentes Risiko bedingt. Diese Risikokosten sind als ersparte Risikokosten bei der Rückzahlung dem Kunden gutzuschreiben.

Darlehensrechts unzulässig sei. Von anderen Teilnehmern wurde entgegengehalten, dass dies Überlegungen seien, die bei der AGB-rechtlichen Überprüfung von Preisklauseln relevant seien, jedoch im Schadensersatzrecht keine Rolle spielten. Nach Ansicht des *BVKK* führe zudem der Verzicht auf die Erhebung von einmaligen Bearbeitungskosten für die Darlehensablösung zu einer volkswirtschaftlich unerwünschten Quersubventionierung zwischen Darlehensnehmern, die die vorzeitige Rückzahlungsmöglichkeit gegen Entschädigung nutzen und solchen, die sie nicht nutzen. Allerdings betonten einige Teilnehmer auch im Rahmen des Schadensersatzrechts den Grundsatz, dass es Sache des Gläubigers sei, den Anspruch zu berechnen (siehe hierzu vertieft Anhang I Punkt VI. 2., S. 88 ff.).

2. Zu Pauschalierungsansätzen der Bestandteile der Berechnungsmethoden

a) Wegen der Probleme der Nachprüfbarkeit der Aktiv-Aktiv- und der Aktiv-Passiv-Methode bei der Ermittlung des Zinsverschlechterungsschadens und ihrer sonstigen Bestandteile hat die Arbeitsgruppe Möglichkeiten einer gesetzlichen Pauschalierung von Einzelposten unter grundsätzlicher Beibehaltung der bisherigen Berechnungsmethoden diskutiert.

b) Diskutiert wurden ferner die Fragen nach einer **pauschalierenden Festschreibung des Zinsmargenschadens** (siehe hierzu Anhang I Punkt IV. 3., S. 79 ff.) **bzw. der Risikoprämie und einer pauschalierenden Festschreibung der Verwaltungskosten** (siehe hierzu Anhang I Punkt VI. 1., S. 85 ff.) ggf. auch im Wege einer Vermutung, die es den Parteien erlaubt, im Einzelfall einen höheren oder niedrigeren Schaden nachzuweisen. Zwar konnte sich die *DK* die Pauschalierung einzelner Parameter vorstellen; sie vermochte aber mangels Datenmaterials keine konkrete Empfehlung hierzu auszusprechen.

Generell werden an Pauschalierungslösungen die fehlende individuelle Schadensberechnung und die fehlende Einzelfallgerechtigkeit kritisiert. Gegen eine Pauschalierung des Zinsmargenschadens spricht – neben den Bedenken einiger Teilnehmer gegen die Erstattungsfähigkeit des Zinsmargenschadens überhaupt – auch der Umstand, dass dieser weder nach der Aktiv-Passiv-Methode noch nach

der Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* ein gesondert zu beziffernder Posten ist. Gegen eine Pauschalierung der Risikokosten wurde insbesondere angeführt, dass die Höhe der Risikoprämie gerade in Abhängigkeit von der Risikoklasse der Besicherung und des individuellen Darlehensnehmers stehen müsse. Auch wurde darauf hingewiesen, dass Pauschalen für Abzüge jedenfalls nicht die tatsächlich entstandenen Verwaltungs- und Risikokosten unterschreiten dürften. Denn gemäß Artikel 25 Absatz 3 Satz 2 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie darf die Vorfälligkeitsentschädigung den finanziellen Verlust des Kreditgebers nicht überschreiten. Von Verbraucherschutzseite wurde zudem vertreten, die Abzüge müssten so hoch angesetzt sein, dass in keinem denkbaren Einzelfall der finanzielle Verlust des Kreditgebers überschritten werde. Niedrigere Abzüge müsse der Darlehensgeber darlegen und beweisen. Derart hohe Pauschalabzüge, deren Höhe nicht beziffert wurde, stießen bei der Kreditwirtschaft auf Ablehnung.

c) Die Teilnehmer waren sich weitgehend einig, dass eine Vereinfachung der Berechnung durch pauschalierende „Verrechnung“ bestimmter Posten, wie beispielsweise der **Nichtberücksichtigung des ersparten Verwaltungsaufwands** (zuungunsten des Verbrauchers) **und im Gegenzug dafür auch des zusätzlichen Verwaltungsaufwands** für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung (zugunsten des Verbrauchers) nicht sachgerecht sei. Da die ersparten Verwaltungskosten ein jährlich zu ermittelnder Posten sind, der Verwaltungsaufwand für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung dagegen nur einmal anfällt, würde eine solche Pauschalierung dem Umstand nicht gerecht, dass sich verschiedene Darlehensnehmer zum Zeitpunkt der vorzeitigen Darlehensrückzahlung in unterschiedlichen Vertragsstadien befinden. Vor allem Darlehensnehmer, die ihr Darlehen schon nach kurzer Zeit zurückzahlen, würden benachteiligt, wenn ersparter Verwaltungsaufwand ihnen nicht mehr zu Gute käme.

3. Zu alternativen Berechnungsmethoden

Als weitere Ansätze zur Verbesserung der Transparenz der Berechnung wurden alternative Berechnungsmethoden vorgestellt und diskutiert.

a) Überwiegend Einigkeit²⁰ bestand zwischen den Teilnehmern, dass die sog. Passiv-Passiv-Methode nicht praxisgerecht sei, um den Schaden zu ermitteln. Nach dieser Methode, die in der Stellungnahme des *vzbv* zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 13. Februar 2015 vorgeschlagen worden war, sollte der Zinsverschlechterungsschaden anhand der Entwicklung der Pfandbriefrenditen zu Beginn des Vertragsverhältnisses und zum Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung ermittelt werden. Der Vorteil wurde vor allem darin gesehen, dass diese Methode ein hohes Maß an Transparenz aufweise und auf diese Weise insbesondere die schwer überprüfbare Risikoprämie außer Betracht bleiben könne.

Der *vzbv* erklärte, diese Methode beruhe auf der Annahme, dass sich die Institute vor Abschluss des Darlehensvertrages fristenkongruent refinanziert hätten. Diese Annahme habe sich nach weiterer Prüfung für die Praxis aber als nicht zutreffend erwiesen. Während der Grundansatz – ohne verdeckte Parameter den Ausgleich zu bestimmen – weiter richtig sei, habe sich ergeben, dass es zusätzlicher Vorgaben als primär nur des Vergleichs der Pfandbriefrenditenbedürfe, um zu der Grundsatzannahme einer sachgerechten Abrechnung zu kommen. Die Analyse der Pfandbriefrenditenentwicklung habe gezeigt, dass diese nicht wie erwartet unbeeinflusst die Marktzinsentwicklung wiedergäbe.

Prof. Dr. Löw begründete diesen Effekt damit, dass es in Krisenzeiten einen Run in Qualitätsinvestitionen gebe. Dass der bei seiner – nachfolgend unter b) dargestellten - Methode herangezogene EONIA-Zinssatz anderen Schwankungen unterworfen sei als die Wiederanlage von Hypothekendarlehen, sah *Prof. Dr. Löw* als Ausdruck der Risikoneutralität, die ein wichtiger Vorteil seiner Methode sei. Es bedürfe in der Folge keiner weiteren Adjustierung zum Ausgleich unterschiedlicher Risikoklassen zwischen einer Anlage in Krediten und einer risikoärmeren Anlage in Hypothekendarlehen.

Die *DK* wies allerdings darauf hin, dass die Grundsatzannahme einer fristenkongruenten Refinanzierung der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung zu

²⁰ Anderer Auffassung *Herr Dübel*.

Grunde gelegt werden müsse, denn sie sichere die Zurechenbarkeit des Schadens am Einzelgeschäft unabhängig von der individuellen Risikostrategie des Instituts. In der Praxis des Treasury-Bereichs würden alle Zahlungsströme der Gesamtbank gebündelt; dabei könnten sich einzelne Zahlungsströme ausgleichen. Durch diese Bündelung sei es nicht möglich, die Refinanzierung eines einzelnen Darlehens nachzuverfolgen. (Zur vertieften Diskussion der Grundsatzannahme einer fristenkongruenten Refinanzierung siehe Anhang I Punkt III. 3, S. 71 ff.; zu dem auf Refinanzierungswerten aufbauenden Vorschlag von Herrn *Dübel* vgl. Anhang I Punkt III. 2.h., S. 69 f.).

b) **Herr Prof. Dr. Löw** stellte eine eigens entwickelte **Berechnungsmethode anhand einer (hypothetischen) Wiederanlage gleicher Risikoklasse** vor, die im Folgenden in einer Zusammenfassung von *Herrn Gottschalk* dargestellt ist:

„aa) Diese Methode geht davon aus, dass bei den vorzeitig abgelösten Darlehen weder deren genaue Refinanzierung noch die Höhe der einkalkulierten Kosten bekannt sind und damit auch die Höhe der Gewinnmarge – ob brutto oder netto – eine Unbekannte ist.

Bei der Ermittlung des auszugleichenden Schadens (allgemeiner: des Zinsniveauveränderungseffektes) wird deshalb bei der Methode von Herrn Prof. Dr. Löw der Einfluss dieser unbekanntem Größen eliminiert, so dass der notwendige Vorfälligkeitsausgleich ohne Offenlegung der Bankinterna und ohne problematische Schätzwerte errechnet werden kann.

Die entsprechende Berechnung erfolgt in drei Schritten:

- 1. Schritt: *Es wird zunächst der Zinsabstand (oder die Marge) zwischen dem Zinssatz des Vertragsdarlehens und der risikolosen Zinskurve²¹ zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelt. Diese Marge deckt damit zum einen alle bankinternen Kalkulationsbestandteile (insbesondere Risikokosten, Verwaltungskosten, Kosten der Liquiditätsbeschaffung und einen Gewinnzuschlag) ab. Zum*

²¹ Hierfür wird die auf dem EONIA-Zinssatz basierende Overnight-Index-Swap-(OIS)-Kurve herangezogen.

anderen eliminiert sie durch den Bezug auf die risikolose Zinskurve den nicht bekannten Aufschlag, den die Bank bonitätsbedingt bei ihrer eigenen Refinanzierung gegenüber der risikolosen Zinskurve zahlen muss. Die so ermittelte Marge ist deshalb nicht die Bruttomarge, die die Bank vereinnahmt. Sie umfasst vielmehr den Anteil des Vertragszinses, der bankenindividuell (Kalkulation und Bonität) und nicht durch das allgemeine (risikolose) Zinsniveau bei Vertragsabschluss bedingt ist.

- 2. Schritt: Bei der Ersatzanlage wird unterstellt, dass diese gleichermaßen zu den (dann geltenden) risikolosen Zinssätzen plus der anfänglichen Marge erfolgt. Man kann dies so interpretieren, dass die Bank eine Ersatzanlage mit gleicher Kosten- und Risikostruktur tätigt. Wichtiger ist aber: Da bei der Ersatzanlage der gleiche Zinsabstand zwischen dem Wiederanlagezins und der risikolosen Zinskurve angesetzt wird, hebt sich dessen Einfluss auf das Berechnungsergebnis praktisch auf. Übrig bleibt die Auswirkung der reinen Veränderung des Zinsniveaus, gemessen an der Veränderung der risikolosen Zinskurve.

- 3. Schritt: Der Zahlungsstrom der Ersatzanlage wird mit dem Zinssatz dieses Ersatzdarlehens abgezinst. Das Ergebnis ist der Gegenwartswert des Zahlungsstroms, den die Bank bei der vorzeitigen Vertragserfüllung erhalten muss. Die Differenz zwischen der nominellen Restschuld des Vertragsdarlehens zum Zeitpunkt der vorzeitigen Erfüllung und dem Gegenwartswert der Ersatzanlage ist dabei der Vorfälligkeitsausgleich.“

bb) In der Bewertung der Methode von Prof. Dr. Löw bestand keine Einigkeit zwischen den Teilnehmern. Während die Verbraucherschutzseite, der BVKK und Prof. Dr. Löw die neue Methode gegenüber den bisher verwendeten Methoden präferierten, lehnten die DK, die Verbände der Bausparkassen und der GDV die Methode ab (siehe hierzu Anlage I Punkt III. 2., S. 67 ff.).

Von den Befürwortern dieser Methode wird ihr wesentlicher Vorteil darin gesehen, dass sich mit ihr die Vorfälligkeitsentschädigung für die Veränderung des Zinsniveaus ohne Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen des Darlehensgebers und ohne geschätzte Pauschalen ermitteln lässt. Die Berechnung sei daher im Unterschied zu der Aktiv-Aktiv- und der Aktiv-Passiv-Methode vollständig überprüfbar.

Im Unterschied zu diesen würden bei der von *Prof. Dr. Löw* vorgeschlagenen Methode insbesondere auch darlehensindividuelle Zinsaufschläge berücksichtigt – und zwar unabhängig von der ggf. strittigen Frage, inwieweit diese risiko- oder refinanzierungsbedingt sind.

Die ablehnende Haltung wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass die Unterstellung gleichbleibender Risiko- und Eigenkapital-Kosten der Bank unzutreffend sei, da diese Kosten mit zunehmender Tilgung sanken. Auch habe die Methode keinen Zusammenhang zum finanzmathematisch korrekten Marktwert. Unter der für Versicherungsunternehmen geltenden Solvency-II-Richtlinie komme dem Marktwert eine deutlich gestiegene Bedeutung zu. Der Darlehensnehmer müsse die heute bilanzierten Marktwertreserven im Grundsatz erstatten. Dies sei – so der *GDV* – aber nur bei der Aktiv-Passiv-Methode gegeben, da heute die Marktwerte nach eben dieser Methode in den bekannten Bilanzierungsvorschriften berechnet werden. Würde der Gesetzgeber eine Abweichung von der Aktiv-Passiv-Methode vorschreiben, müsste diese Änderung der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nach Auffassung des *GDV* in den Bilanzierungsvorschriften berücksichtigt werden. *Prof. Dr. Löw* wies darauf hin, dass aus seiner Sicht als Experte im Bereich der Bilanzierung zweifelhaft sei, ob überhaupt Bilanzierungsvorschriften zu ändern wären, sodass dieser gegen seine Methode erhobene Einwand nicht plausibel erscheine und allenfalls Besonderheiten für Versicherungsunternehmen – nicht aber für Banken – betreffen könne. Eine Diskussion der Bilanzierungsvorschriften erfolgte im Rahmen der Arbeitsgruppe nicht.

Weiter sei der verwandte EONIA-Zinssatz anderen Schwankungen unterworfen als die Wiederanlagerenditen von Hypothekendarlehen. Zudem lasse der angewandte EONIA-Zinssatz als Overnight-Zinssatz unberücksichtigt, dass Zinssätze für Darlehen und Hypothekendarlehen laufzeitabhängig seien. Der EONIA-Zinssatz könne daher die Auswirkungen der kürzeren Laufzeit der Ersatzanlage gegenüber dem Ursprungsdarlehen nicht abbilden. *Prof. Dr. Löw*, *Prof. Dr. Wimmer* und der *BVKK* hielten den Einwand, dass sich die kürzeren Laufzeiten der Ersatzanlage bei der Methode von *Prof. Dr. Löw* nicht abbilden ließen, für unbillig, da sich aus dem EONIA-Zinssatz entsprechende Zinskurven für unterschiedliche Zeiträume entwickeln ließen. Sie stellten übereinstimmend klar, dass

die OIS-Renditen laufzeitabhängig verwendet würden und deshalb nicht nur der EONIA-Zinssatz als Overnight-Zinssatz heranzuziehen sei.

Als wesentlicher Nachteil der Methode wurde von den Kritikern auch gewertet, dass das Ersatzdarlehen eine konstruierte Wiederanlageform darstelle, die in der Realität bereits grundsätzlich nicht möglich sei, insbesondere aber nicht in Fällen „krummer“ Restlaufzeiten, die sich nicht in vollen Jahren und Monaten angeben lassen. Zwar erfolge auch die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung anhand der Anlage in Hypothekendarlehen nach der Aktiv-Passiv-Methode in der Praxis nicht auf Einzeldarlehensebene, jedoch sehr wohl im Rahmen des Treasurys. Die Berechnung erfolge mit Hilfe der Verwendung von laufzeitabhängigen Umlaufrenditen von Hypothekendarlehen (sog. Laufzeitbänder). Die Anlage in Hypothekendarlehen stelle daher eine dem Darlehensgeber tatsächlich mögliche und praktizierte Anlageform dar und sei auch bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung keine konstruierte Wiederanlageform. Hiergegen wurde aber wiederum von den Befürwortern eingewandt, dass auch dies letztlich eine hypothetische Annahme sei und jedes Modell vor dem Problem stehe, dass in den meisten Fällen gar nicht auf die darin angenommene Art und Weise refinanziert werde.

Schließlich ist ein weiterer Kritikpunkt der Kreditwirtschaft an der Methode von *Prof. Dr. Löw*, dass sie – anders als die Aktiv-Passiv-Methode – nicht implizit einen zusätzlichen Zinsmargenschaden der Bank einrechne. Dies wurde von Herrn *Prof. Dr. Löw* damit gerechtfertigt, dass die Gewinnmarge der Bank bei einer Wiederausreichung des Geldes als neues Darlehen ebenso abgedeckt sei wie bei einer Wiederanlage in Hypothekendarlehen. Der daneben entstehende zusätzliche Aufwand, einen Neukunden zu finden, brauche indes nicht vergütet zu werden, weil er monetär nur hypothetisch entstehe. Wenn die Mitarbeitervergütung auf Monatslöhnen basiere, handele es sich nämlich nicht um Einzelkosten der Anwerbung eines Neukunden. Es erfolgten keine zusätzlichen Zahlungen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht seien rein kalkulatorische Aufwendungen, die nur durch eine Schlüsselung von Gemeinkosten entstünden, mangels Zahlungsschadens nicht notwendigerweise zu entschädigen (näher hierzu siehe Anhang I unter VI. 1. c), S. 88). Auch die Verbraucherseite teilte die Sicht, dass die Methode keinen Bezug auf einen zusätzlichen Margenschaden brauche, weil alle im Zins ent-

haltenen Vertragskosten und Erwartungen von der Methodik auf das Ersatzdarlehen übertragen werden. *Prof. Dr. Löw* selbst wies allerdings darauf hin, dass seine Methode es nicht ausschließe, den Zinsmargenschaden, falls rechtspolitisch gewünscht, wie auch bisher bei der Aktiv-Aktiv-Methode gesondert zu ermitteln. Betriebswirtschaftlich sehe er indes keinen (zusätzlichen) Zinsmargenschaden. Hiergegen wurde allerdings eingewandt, dass damit der Vorteil der Transparenz und vollständigen Nachprüfbarkeit der Methode zum Teil wieder verloren ginge, da es in der Praxis dann wiederum zu einer Pauschalisierung komme, die vom tatsächlichen Schaden abweichen könne.

Diese betriebswirtschaftliche Darstellung war zwischen den Teilnehmern nicht unumstritten. Sie stoße dort an ihre Grenzen, wo die genannten „Sowieso-Kosten“ durch Einstellung von Mitarbeitern sprunghaft ansteigen. Das Kreditgeschäft sei ein Kerngeschäft der meisten Institute. Dementsprechend trete der genannte Aufwand nicht nur sporadisch auf, sondern es handele sich um einen vielfach und regelmäßig auftretenden Posten, für den im Stellenplan eigens Ressourcen einzuplanen seien. Diese nach allen betriebswirtschaftlichen Theorien tatsächlich anfallenden Kosten seien nach dem deutschen Schadensrecht zu ersetzen. Die *DK* wies zudem darauf hin, dass bei Zugrundlegung der Auffassung von *Prof. Dr. Löw* konsequenterweise im Rahmen der Aktiv-Passiv-Methode entgegen der BGH-Rechtsprechung und einhelligen Auffassung aller Teilnehmer auch keine „ersparten Verwaltungskosten“ in Ansatz gebracht werden dürften. Denn auch in diesem Fall würden die Verwaltungskosten dann ja nur „monetär hypothetisch“ erspart.

Die *DK* wies ferner darauf hin, dass den Methoden jeweils unterschiedliche Definitionen von Zinsverschlechterungs- und Zinsmargenschaden zugrunde lägen. Der Zinsverschlechterungsschaden in seiner eigentlichen Bedeutung messe den Schaden, der bei gleichbleibender Marge des Kreditgebers aus der Verringerung der Zinskonditionen am Markt resultiere. Hierbei werde ein Bezug zu den Refinanzierungskosten der Institute angenommen. Hierfür sei es notwendig, dass die zugrunde gelegten Marktzinsen einen eindeutigen Bezug zur Entwicklung der Konditionen hätten, damit eine gleichbleibende Marge (bzw. Anlage in gleichbleibender

Risikoklasse) unterstellbar sei²². Dies sei bei den von *Prof. Dr. Löw* genutzten Swap-Sätzen nicht der Fall. Am deutlichsten zeige sich dies in Zeiten „nervöser“ Kapitalmärkte (bspw. 2009 und 2012): Hier habe es eine deutliche Ausweitung der Liquiditätsspreads am Markt gegeben, welche bei der Methode von *Prof. Dr. Löw* irrtümlich als Margenausweitung interpretiert würden. Dabei sei es nicht zu einer Erhöhung der Marge, sondern zu höheren Refinanzierungskosten der Institute durch die Marktgegebenheiten gekommen. Da sich die Pfandbriefkurve und der EONIA nicht annähernd parallel entwickelten, bestehe die Möglichkeit, dass die Methode von *Prof. Dr. Löw* dazu führe, dass ein Teil der tatsächlichen/realen Marge des Instituts ersetzt werde bzw. ein Teil des Zinsverschlechterungsschadens nach der Aktiv-Passiv-Methode nicht ersetzt werde. Dies liege daran, dass *Prof. Dr. Löw* mit einer fiktiven Bruttomarge kalkuliere, die keinerlei realen Anknüpfungspunkt aufweise. Die dargestellte Methode von *Prof. Dr. Löw* könne die entsprechende reale Zinsmarge der Bank nicht quantifizieren, da *Prof. Dr. Löw* explizit nicht auf die tatsächliche Marge des Geschäfts abstelle, sondern eine fiktive „Bruttomarge“ festlege, die angeblich die tatsächliche „Nettomarge“ der Bank enthalten solle. Die für den Vorschlag von *Prof. Dr. Löw* notwendige implizite Behauptung, dass sich die OIS-Kurve annähernd parallel zur tatsächlichen Refinanzierungskurve der Institute bewege, sei falsch. Da die Methode von *Prof. Dr. Löw* anders als die klassische Aktiv-Aktiv-Methode auf jegliche reale Anknüpfungspunkte verzichte, führe sie zwangsläufig zu willkürlichen und verzerrten Ergebnissen.

Diesen Überlegungen hielt der *BVKK* entgegen, dass nicht gesagt sei, dass die bisher bei der Aktiv-Passiv-Methode angewandte Pfandbriefkurve die tatsächlichen Wiederanlage- oder Refinanzierungsmöglichkeiten der Darlehensgeber korrekt widerspiegele. Sogar Sparkassen refinanzierten ihre Darlehen nur noch zu geringen Anteilen von weniger als zehn Prozent über Pfandbriefe. Sie benutzten zur Refinanzierung häufig unverzinsten Anlagegelder von Sparern auf ihren Konten.

²² Siehe zum äußerst streitigen Verhältnis des Zusammenhangs zwischen Zinsverschlechterungsschaden und Refinanzierung des Darlehensgebers Anhang I unter III. 3, S. 67 ff. *Herr Gottschalk* wies darauf hin, dass nach seiner Auffassung die gängigen Vorstellungen von einer vollständigen Refinanzierung eines Darlehens durch das kreditausgebende Institut überholt seien; s. auch die unter D II. 2. b) cc) (3) dargestellte Diskussion (S. 58 ff. des Berichts).

Wegen der Einzelheiten wird auf die ausführliche Darstellung in Anhang I unter Punkt IV. (zum Zinsmargenschaden, S. 74 ff.) verwiesen.

Im Zuge der Arbeitsgruppe wurde die Methode von *Prof. Dr. Löw* mit den Experten *Prof. Dr. Wimmer* und *Herr Gottschalk* einer gemeinsamen Probeberechnung unterzogen. Die Berechnung wurde der Gruppe vorgestellt. Abweichungen ergaben sich insbesondere zum einen im Hinblick auf den – nach der Methode von *Prof. Dr. Löw* nicht erstattungsfähigen – Zinsmargenschaden und zum anderen bei der Berücksichtigungsfähigkeit der ersparten Risikokosten. In diesem Bereich halten die *DK* und weitere Experten die Berücksichtigung dieser Positionen aus den beschriebenen Gründen für geboten, während von Teilen der Verbraucherschutzseite und weiteren Experten ein zu geringer Abzug der ersparten Risikokosten vorgeworfen wurde.

IV. Zu speziellen Fragestellungen

1. Beiderseitiger Ausgleichsanspruch

Die Verbraucherschutzseite wies – ebenso wie *Herr Gottschalk* und *Herr Dübel* – darauf hin, dass dem Darlehensgeber bei einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens nicht stets ein Schaden drohe, wenn sich die vorzeitige Vertragserfüllung auf die Ablösung der nominellen Restschuld beschränken würde. Diese Folge drohe nur bei einem zwischenzeitlich gesunkenen Zinsniveau. Bei einem zwischenzeitlich gestiegenen Zinsniveau würde der Darlehensgeber demgegenüber einen finanziellen Vorteil erlangen, wenn er einen Ablösebetrag in Höhe der nominellen Restschuld erhalten würde. Bei der Ersatzanlage würde er dann nämlich mehr Zinsen verdienen als bei der planmäßigen Fortsetzung des Darlehensvertrages. *Herr Gottschalk* verwies auf eine von ihm für den *vzbv* angestellte Untersuchung für den Zeitraum von 1973 bis 2015 zu Darlehen mit jeweils zehnjähriger Zinsbindung und Kündigung nach eins, zwei, drei usw. bis neun Jahren mit einem für den jeweiligen Startmonat (Vertragsschluss jeweils 30. Juni) marktüblichen Sollzins und einer anfänglichen Tilgung von zwei Prozent pro Jahr. Hierbei falle in 51 der insgesamt 342 Fälle keine Vorfälligkeitsentschädigung an, da die Berechnung zu keinem Schaden der Bank führe (Ergebnis der Berechnung kleiner/gleich

Null). Soweit die Berechnung zu einem Ergebnis kleiner Null führe, ergebe sich eine rechnerisch negative Vorfälligkeitsentschädigung, die einem entsprechenden Vorfälligkeitsvorteil für die Kreditinstitute entspreche.

Wünschenswert sei, den Verbraucher nicht nur in Fällen fallender Zinsen mit einer Vorfälligkeitsentschädigung zu belasten, sondern ihm im umgekehrten Fall steigender Zinsen konsequenterweise einen entsprechenden Vorteilsausgleich zuzusprechen. Unter rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten hielt auch *Prof. Dr. Wimmer* einen Ausgleichsanspruch des Darlehensnehmers für konsequent. Der *BVKK* ergänzte, dass ein solcher Ausgleichsanspruch auch volkswirtschaftlich sinnvoll sei: Anderenfalls würde der Darlehensnehmer u.U. trotz hoher Zinsen, die eine Darlehensknappheit widerspiegeln, ein Darlehen behalten, für das er keinen Bedarf habe.

a) Einvernehmen bestand, dass das geltende Recht einen entsprechenden Vorteilsausgleich nicht gewährt²³. Vielmehr ist gemäß § 502 BGB ausschließlich der Verbraucher verpflichtet, dem Darlehensgeber eine angemessene Vorfälligkeitsentschädigung für den unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung zusammenhängenden Schaden zu leisten. Ein indirekter Vorteilsausgleich könne auch nicht dadurch herbeigeführt werden, dass bei einer vorzeitigen Rückzahlung nicht der noch offene Nominalbetrag des Darlehens geschuldet sei, sondern dessen Barwert. Aufgrund des dem Darlehensrecht zugrundeliegenden Nominalprinzips sei die Rückzahlungsverpflichtung auf die Rückzahlung des „zur Verfügung gestellten Darlehens“, also des noch geschuldeten Nominalbetrags gerichtet. Die *DK* wies ergänzend darauf hin, dass die Regelungen zur Vorfälligkeitsentschädigung klar zwischen Rückzahlbetrag und Vorfälligkeitsentschädigung trennen. Diese Trennung zeigt sich deutlich in § 500 Absatz 2 BGB und § 502 BGB, wonach der Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung überhaupt erst durch die vorfällige Rückzahlung entstehen kann. Dass es sich bei der Frage der vorfälligen Rückzahlung (und dem hierfür erforderlichen Betrag) und der Vorfälligkeitsentschädigung um zwei getrennte Komplexe handelt, wird auch in § 493 Absatz 5 BGB deutlich. Die Informationspflicht der Kreditinstitute im Vorfeld der vorzeitigen Rückzahlung

²³ *Herr Dübel* hielt die rechtliche Argumentation für irrelevant. Die Gesetzgebung müsse sich dem Kostenprinzip anpassen und nicht umgekehrt.

unterscheidet klar zwischen „der Höhe des zurückzuzahlenden Betrages“ (§ 493 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 BGB) und „gegebenenfalls der Höhe einer Vorfälligkeitsentschädigung“ (§ 493 Absatz 5 Satz 2 Nummer 3 BGB).

b) Von *Herrn Dübel, Herrn Gottschalk*, dem *Bund der Versicherten* und dem *vzbv* wurde gefordert, künftig einen entsprechenden Ausgleichsanspruch vorzusehen. Die Vorteile, die die Kreditwirtschaft bei einem Wiederanstieg der Zinsen in der Zukunft erzielen würden, stellten „Windfall Profits“ zu Lasten der Darlehensnehmer dar. Sie könnten bei nachhaltigem Zinsanstieg hunderte von Millionen, wenn nicht gar Milliarden Euro betragen und stellten eine unberechtigte Bereicherung auf Kosten der Verbraucher dar, die noch viel höher ausfallen könne als die Belastungen heute durch die nur teilweise überhöhten Vorfälligkeitsentschädigungen.

Konstruktiv könnte das Ziel nach Auffassung der Verbraucherschutzseite durch einen ausdrücklich normierten entsprechenden Ausgleichsanspruch oder dadurch erreicht werden, dass der Darlehensnehmer im Falle der vorzeitigen Rückzahlung verpflichtet sei, den dann aktuellen Barwert des Darlehens zu zahlen. Letztgenannter Lösung liegt das Verständnis zu Grunde, dass der Darlehensnehmer von vornherein nicht mehr und nicht weniger als bestimmte Zahlungsströme schulde. Es könne daher auch nur darum gehen, dem Darlehensgeber im Ergebnis den Barwert der ausfallenden Zahlungsströme zu ersetzen. Die Vorfälligkeitsentschädigung sei lediglich das juristische Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Mehr als diesen Barwert dürfe der Darlehensgeber auch dann nicht verlangen, wenn der Nominalbetrag der zurückzuzahlenden Darlehensvaluta über dem Barwert liege.

Auch sei aus Sicht der Verbraucherschützer die bisherige Praxis der deutschen Rechtsdogmatik geschuldet, den Ausgleich im Schadensrecht zu verorten. Das sei zu einem gewissen Grad konsequent gewesen, als die vorfälligen Rückzahlungen noch als eine Art zulässige Vertragsverletzung interpretiert wurden. Dies schien es zu rechtfertigen, diejenigen, die sich nicht an die Vertragslaufzeit halten, einseitig mit einer Ersatzpflicht zu sanktionieren. Heute verbiete das europäische Recht jede Form von Vertragsstrafe und sehe nur einen Kostenausgleich vor, der die unmittelbaren Kosten der Anbieter nie übersteigen darf. In der ökonomischen Be-

trachtung verändere sich aber der Wert der nominal geschuldeten Darlehensrückzahlung im Laufe der Vertragszeit. Nur zum ursprünglich vereinbarten Zeitpunkt entspräche der juristisch geschuldete Betrag exakt auch dem ökonomischen. Ein symmetrischer Ausgleich könne daher auch einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vorbeugen, in der Rückzahlung eines höheren Betrages als dem tatsächlichen Barwert der Forderung, einen über die Kosten des Anbieters hinausgehenden Ausgleich zu sehen oder gar eine auf jeden Fall unzulässige Vertragsstrafe.

Die *DK* lehnte - ebenso wie *Prof. Dr. Mülbert*, die *Verbände der Bausparkassen* und der *GDV* - einen entsprechenden Ausgleichsanspruch des Darlehensnehmers ab. Sie führte zum Hintergrund des Rechts zur vorfälligen Rückzahlung aus, dass die Möglichkeit zur vorfälligen Rückzahlung – unabhängig von der Zinsentwicklung – eine ausnahmslos den Verbraucher begünstigende Abweichung des geltenden Rechts sei. Dem Verbraucher werde ausnahmsweise erlaubt, sich entgegen dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ vorzeitig von seinen vertraglichen Pflichten zu lösen. Die Entscheidung, ob er von diesem Recht Gebrauch macht, liege allein bei ihm. Er könne aus dieser Entscheidung keine Rechte zu Lasten der Kreditinstitute ableiten. Eine etwaige dem entgegenstehende Sichtweise verkenne die Grundsatz-Ausnahme-Systematik des Gesetzes. Hiergegen wendet die Verbraucherseite ein, dass dem Verbraucher nicht nur ausnahmsweise, sondern grundsätzlich sowohl nach der Verbraucherkreditrichtlinie als auch der Wohnimmobilienkreditrichtlinie ein Recht zur vorfälligen Rückzahlung unter den dort niedergelegten Voraussetzungen gesetzlich zustehe. Mit einer Durchbrechung von Vertragspflichten dürfe daher nicht mehr argumentiert werden, weil es nach dem Gesetz keine neuen Verträge mehr geben könne, die dieses Recht ausschließen. Damit gehe die Entscheidung zur Rückzahlung nie zu Lasten der Kreditinstitute, sondern entspreche lediglich der möglichen Nutzung einer verbindlichen Vertragsoption, auf die sich diese einstellen müssten.

Zur vorgeschlagenen Lösung, den Darlehensnehmer bei vorzeitiger Rückzahlung zur Auszahlung des aktuellen Barwerts des Darlehens zu verpflichten, wurde von *Prof. Dr. Mülbert*, der *DK*, den *Verbänden der Bausparkassen* und dem *GDV* eingewandt, dass sich das Darlehen dann von seinen typischen Vertragspflichten, zu

denen vor allem die Pflicht zur Rückzahlung des „zur Verfügung gestellten Darlehens“, also des (noch) geschuldeten Nominalbetrags gehöre, in einen anderen Vertragstyp, bei dem der Darlehensnehmer – je nach Günstigkeit des Zinsverlaufs und Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung – noch etwas herausverlangen könne, wandeln würde. Ein solcher „Typenwechsel“ des Darlehens wurde von diesen Teilnehmern nicht unterstützt. Er liege auch nicht den europäischen Richtlinien zugrunde.

Zudem wurden Bedenken vorgetragen, dass ein Ausgleichsanspruch des Darlehensnehmers Fehlanreize für eine vorzeitige Darlehensrückzahlung setzen könnte. Von Verbraucherschutzseite wurde das Potential für Fehlanreize dagegen als gering eingeschätzt, da der Darlehensnehmer eines Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrags, für den ein gebundener Sollzinssatz vereinbart wurde, seine Verbindlichkeiten im Zeitraum der Sollzinsbindung ohnehin nur dann ganz oder teilweise vorzeitig erfüllen kann, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse des Darlehensnehmers besteht (§ 500 Absatz 2 Satz 2 BGB). Dem wurde von der *DK* entgegengehalten, dass dies eine Ungleichbehandlung von Darlehensnehmer bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen impliziere. Hier kann der Darlehensnehmer in Deutschland das Darlehen jederzeit (d.h. auch ohne berechtigtes Interesse) zurückzahlen. Das Argument der Verbraucherschutzseite, dass das Potential für Fehlanreize gering sei, greife daher nur, wenn eine Schlechterstellung der Darlehensnehmer bei Allgemein-Verbraucherdarlehen angestrebt werde, was der gesetzlichen Wertung des § 500 Absatz 2 Satz 2 BGB widerspräche. Hiergegen wurde verbraucherseitig eingewendet, dass eine Gleichbehandlung durch die Richtlinien nicht vorgesehen sei. Zudem sei vor der Regelung der Verbraucherkreditrichtlinie eine Vorfälligkeitsentschädigung bei Allgemein-Verbraucherdarlehen gänzlich unbekannt gewesen. Diese nachteilige Entwicklung für deutsche Verbraucher stelle keinen Grund dar, für Immobiliendarlehen keine problembezogenen Lösungen zu entwickeln. Der *BVKK* hielt den Einwand etwaiger Fehlanreize für haltlos. In einer Situation hoher Darlehenszinsen setze der Markt gerade die Anreize, dass angebrochene Darlehen vorzeitig zurückgeführt würden. Es bestehe nämlich eine Knappheit von Darlehensmitteln, also ein zu geringes Darlehensangebot. Fehlanreize ergäben sich dagegen, wenn der Wiederausleihevorteil nicht ausgekehrt würde. Denn dann blieben trotz Notstands in der Darlehensver-

sorgung ungenutzte Darlehen in zu großem Umfang bei den ursprünglichen Darlehensnehmern.

2. Obergrenze

Kurz diskutiert wurde die Einführung einer Obergrenze für die Vorfälligkeitsentschädigung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen. Bisher existiert eine solche nur für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge in § 502 Absatz 3 BGB. Gegen eine Obergrenze wurde von Bankenseite und der *BaFin* angeführt, dass eine solche dazu führe, dass der Darlehensgeber bei Darlehensverträgen mit gebundenem Zinssatz nicht mehr mit dem vollen Ersatz der einkalkulierten Zinsen rechnen könne. Dies gefährde die für Festzinssätze erforderliche Planungssicherheit. Auch wurde von Seiten des *BVKK* angeführt, dass es volkswirtschaftlich ineffizient sei, wenn mittelbar andere neu dem Markt hinzutretende Darlehensnehmer den aufgrund der Kappung nicht ersatzfähigen Schaden der vorzeitig zurückzahlenden Darlehensnehmer in der Form überhöhter Zinssätze beim Neuabschluss tragen müssten.

Herr Dübel, Herr Gottschalk, Prof. Dr. Knops und der *vzbv* vertraten dagegen die Auffassung, dass eine bloße Beschränkung der Vorfälligkeitsentschädigung durch eine Obergrenze die Vereinbarung von Festzinssätzen nicht kategorisch ausschließe. *Herr Gottschalk* hob hervor, dass bereits nach geltender Rechtslage in Deutschland die rechtlich geschützte Zinserwartung auf 10,5 Jahre begrenzt ist, da dem Darlehensnehmers nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang des Darlehen ein ordentliches Kündigungsrecht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zusteht (§ 489 Absatz 1 Nummer 2, 1. Halbsatz BGB). Gleichwohl gebe es in der Praxis auch Festzinsvereinbarungen über die 10,5 Jahre hinaus, teilweise sogar bis zu 30 Jahren, ggf. zu anderen Konditionen (wie z.B. höhere Zinssätze). Der Umstand, dass ggf. alle Darlehensnehmer in ihren Zinskonditionen einen Aufschlag dafür zahlen müssten, dass die Vorfälligkeitsentschädigung nicht mehr vollständig ersatzfähig sei, lasse sich – in einem untechnischen Sinne – als Versicherungsprämie interpretieren. Denn den Fällen des „berechtigten Interesses“ lägen in der Praxis typischerweise unfreiwillige Ereignisse wie Scheidung oder Arbeitslosigkeit zu Grunde. Für die Bewertung einer

Obergrenze und deren Ausgestaltung komme es entscheidend darauf an, welcher Anteil der Darlehensnehmer überhaupt sein Darlehen vorzeitig zurückzahle. Diese Frage konnte nicht geklärt werden, da die Teilnehmer nicht über entsprechende Zahlen verfügten und diese auch nicht erhoben werden. Aus Sicht des *BVKK* wäre ein zwingend vorgegebener „Versicherungsschutz“ für Darlehensnehmer dagegen nur zu rechtfertigen, wenn der Markt diesen nicht selbst hervorbringen könne, also ein Marktversagen vorliege. Das allerdings sei nicht aufgezeigt worden. Der Ersatz des Schadens der Bank aus der Ablösung sei ein dispositives, aber kein zwingendes Recht. Mithin können die Vertragsparteien davon abweichende Regeln vereinbaren. So gebe es viele Verträge der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), in denen ein Disagio das Entgelt dafür darstelle, dass der Darlehensnehmer entschädigungsfrei zurückzahlen kann. Würde dagegen zwingendes Recht vorschreiben, dass die Entschädigung nach oben begrenzt ist, so würde den Interessen jener Darlehensnehmer nicht mehr gedient werden können, die kein Versicherungsinteresse haben und lieber die günstigeren Konditionen wählen möchten.

D. Ergebnisse

I. Zusammenfassung

Zu den Grundlagen der Vorfälligkeitsentschädigung spricht die Arbeitsgruppe in zwei Punkten einvernehmliche Empfehlungen aus:

- Es besteht Konsens, dass bei der Bestimmung der rechtlich geschützten Zinserwartung Sondertilgungsrechte und Tilgungssatzanpassungsrechte zu berücksichtigen sind. Auf dieser Grundlage schlägt die Arbeitsgruppe eine praktikable Ausgestaltung der rechnerischen Berücksichtigung dieser Rechte durch Stichtagsregelungen vor.
- Wegen des Grundsatzes der taggenauen Abrechnung der Vorfälligkeitsentschädigung können der Betrag der erstmaligen, zur Information des Verbrauchers erfolgten Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung und der tatsächliche Betrag am Tag der Darlehensrückzahlung voneinander abweichen. Die Arbeitsgruppe schlägt aus Praktikabilitätsgründen eine Karenzzeitregelung vor, nach der der erstmals berechnete Betrag für einen bestimmten Zeitraum verbindlich bleiben soll. Dies bedeutet zwar eine Abweichung vom Grundsatz der taggenauen Abrechnung, verschafft Verbrauchern aber frühzeitig Rechtssicherheit in Bezug auf ihre Zahlungspflicht und erspart dem Darlehensgeber weiteren Berechnungsaufwand²⁴.

Im Hinblick auf die bei der Vorfälligkeitsentschädigung zu berücksichtigenden Schadensposten und das anzuwendende Berechnungsverfahren hat sich die Arbeitsgruppe hingegen nicht auf einvernehmliche Empfehlungen einigen können. Der Dissens bezieht sich – bei allen Unterschieden im Detail – auf zwei Kernpunkte: zum einen auf die Frage nach der Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens und teilweise auch des Zinsverschlechterungsschadens und zum anderen auf die Frage nach der sachgerechten Berechnungsmethode (Aktiv-Passiv-Methode, Aktiv-Aktiv-Methode oder Methode von *Prof. Dr. Löw*).

²⁴ Dies teilweise aber nur unter Vorbehalt, dass die Darlehensnehmer in jedem Fall das Recht zu einer taggenauen Abrechnung behalten, siehe mit Gründen unten zu II. 1. b) cc), S. 51 f.)

II. Im Einzelnen

1. Konsenspunkte

a) **Zur Berücksichtigung von Sondertilgungsrechten und Tilgungssatzanpassungsrechten**

aa) Die Vorfälligkeitsentschädigung soll die berechtigte Zinserwartung des Darlehensgebers abdecken. Bei der Frage, was unter „rechtlich geschützter Zinserwartung“ zu verstehen ist, besteht Einvernehmen dahingehend, dass insbesondere Sondertilgungsrechte und Tilgungsanpassungsrechte die rechtlich geschützte Zinserwartung begrenzen.

bb) Sondertilgungs- und Tilgungsanpassungsrechte sollen nach dem Verständnis der Arbeitsgruppe allerdings grundsätzlich nur als Optionen des Darlehensnehmers zu seinen Gunsten berücksichtigt werden. Dies kann Bedeutung erlangen, da die Unterstellung der Ausübung von Sondertilgungsrechten ausnahmsweise für den Darlehensnehmer finanzmathematisch ungünstig sein kann (sog. „**Anomalie**“ der **Sondertilgungsrechte**)²⁵. Nach Auffassung der Arbeitsgruppe darf dies jedoch nicht zu einer Erhöhung der Vorfälligkeitsentschädigung führen.

cc) Besonderheiten ergeben sich zudem, wenn der Darlehensnehmer seine Sondertilgungsrechte nicht nur in bestimmter Höhe an klar festgelegten Stichtagen ausüben kann, sondern der Vertrag dem Darlehensnehmer weitreichendere Spielräume hinsichtlich des genauen Zeitpunkts und der Höhe der Sondertilgungen einräumt. Hierzu wurde eine optimierende Betrachtung der Sondertilgungsrechte in dem Sinne, dass jeder denkbare Zahlungszeitpunkt und jede denkbare Zahlungshöhe durchgerechnet werde, wegen des ganz erheblichen Rechenaufwands nicht für praktikabel gehalten (siehe hierzu im Einzelnen Anhang I unter Punkt I.).

dd) Mit unterschiedlichen Vorstellungen im Detail besteht daher grundsätzlich Konsens, dass eine Regelung notwendig ist, die den Berechnungs- und Prüfungs-

²⁵ Zum Begriff siehe Seite 19, Fn. 10.

aufwand begrenzt. Vorgeschlagen wurde, vorbehaltlich eines vertraglich vereinbarten Ausübungszeitpunkts, stets die frühestmögliche Ausübung von Sondertilgungsrechten in vollem Umfang anzunehmen. Die einmal getroffene Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des jeweiligen Sondertilgungsrechts ist für die weiteren Berechnungsschritte dann jeweils verbindlich. Dies bedeutet, dass pro Sondertilgungsrecht nur eine Vergleichsrechnung angestellt wird.

Die entsprechende Vorgehensweise wäre nach Auffassung der *DK* auch für optionale Tilgungssatzwechsel sinnvoll.

b) Zum maßgeblichen Berechnungstichtag: Taggenaue Abrechnung und Karenzzeitregelung

Als zweiten Punkt empfiehlt die Arbeitsgruppe die Regelung eines maßgeblichen Berechnungstichtags und die Verbindlichkeit der an diesem Tag vorgenommenen Berechnung der Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung für einen bestimmten Zeitraum (Karenzzeitregelung).

aa) Im Grundsatz maßgeblich ist eine taggenaue Abrechnung der Vorfälligkeitsentschädigung, wobei als Stichtag der Tag der Zahlung des Darlehens durch den Verbraucher gilt. Die Frage, ob die Darlehensrückzahlung oder die Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung maßgeblich ist, schätzt die Arbeitsgruppe als wenig praxisrelevant ein, da beide Zahlungen regelmäßig zusammenfallen.

bb) Im Hinblick auf eine mögliche gesetzliche Regulierung wurden – mit Unterschieden im Detail (s. Anhang I Punkt II., S. 65 ff.) – Regelungen befürwortet, nach denen innerhalb einer bestimmten Karenzzeit von einigen Wochen (z.B. vier bis sechs Wochen) zwischen der Erstberechnung und dem Rückzahlungszeitpunkt keine erneute Berechnung erforderlich sein sollte.

cc) Die Regelung einer Karenzzeit würde dem Darlehensnehmer Rechtssicherheit bieten. Den errechneten Betrag könnte der Darlehensnehmer etwa bei der Aufnahme eines anderen Darlehens oder Verkaufsverhandlungen berücksichtigen. Dem Darlehensgeber bliebe der Aufwand einer Zweitberechnung erspart.

Durch die Beschränkung der Karenzzeit auf wenige Wochen würden im Wesentlichen nur zufällige Kursschwankungen in Kauf genommen, ohne eine Vertragspartei systematisch zu bevorzugen. Es erleiden damit weder der Darlehensgeber noch der Darlehensnehmer systematisch Vor- oder Nachteile. Allerdings wird dies von einigen Teilnehmern nur unter dem Vorbehalt mitgetragen, dass die Darlehensnehmer in jedem Fall das Recht zu einer taggenauen Abrechnung behalten, wenn die Kosten gesunken sind, da nur so den Anforderungen der Richtlinie Rechnung getragen werden kann. In diesen Fällen stellt sich dann auch die Frage, ob dem Darlehensgeber für die Zweitberechnung ein Entgelt zustehen soll²⁶.

dd) Auch wenn im Einzelnen unterschiedliche Vorstellungen etwa zur gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage der Karenzzeit bestehen, besteht weitgehend Einvernehmen, dass eine **gesetzliche Regelung** zu diesem Thema sinnvoll sei, da die Karenzzeit von der gesetzlichen Konzeption der taggenauen Abrechnung am Tag der Schadensentstehung, also der Zahlung des Verbrauchers, abweicht.

2. Offen gebliebene Kernfragen

Keinen Konsens konnte die Arbeitsgruppe zu Empfehlungen zu Fragen der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung erzielen. Bei unterschiedlichen Vorstellungen im Detail zeigte die Diskussion **im Kern zwei grundlegende Streitfragen** auf, bei denen keine Annäherung erzielt werden konnte; nämlich zum einen die Frage, ob neben dem Zinsverschlechterungsschaden unverändert auch der **Zinsmargenschaden** ersatzfähig sein soll, und zum anderen die Frage der **Wahl der Berechnungsmethode**.

²⁶ Ein Entgelt für die Substantiierung einer eigenen Forderung ist allerdings unter den Experten strittig. Auch wird seitens des vzbv zu bedenken gegeben, dass Verbraucher für dieses Verlangen in der Regel schon Kosten für eine alternative Berechnung aufgewendet haben. Eine Vereinfachung darf nach Ansicht des vzbv nicht zu Mehrkosten führen, wenn es darum geht, eine Nachrechnungsoption zur Vermeidung einer Überzahlung der Kosten vorzusehen. Etwas anderes würde die Richtlinie nicht zulassen. Die Kreditwirtschaft profitiere schon davon, dass sie bei einer solchen Regelung nicht mehr grundsätzlich jedes Mal eine Nachrechnung anstellen müsse. Die DK geht davon aus, dass im Falle eines Rechts auf eine Zweitrechnung Verbraucher grundsätzlich zumindest einen Günstigkeitsvergleich proberechnen lassen würden, so dass diese Kosten stets anfallen würden. Daher sollte entweder auf das Recht verzichtet werden oder zumindest die Bepreisbarkeit möglich sein.

a) **Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens**

aa) **Uneinigkeit** besteht bereits im Ausgangspunkt in der Frage, ob die Vorfälligkeitsentschädigung lediglich den Zinsverschlechterungsschaden ausgleichen soll oder den Darlehensgebern darüber hinaus auch einen **Ersatz des Zinsmargenschadens**, also **des entgangenen Gewinns** („Nettomarge“, „Gewinnmarge“) zustehen soll. Diese Uneinigkeit bezieht sich sowohl auf die gegenwärtig von der Rechtsprechung auf der Basis des geltenden Rechts akzeptierten Berechnungsmethoden als auch auf mögliche Regelungsvorschläge, die den Zinsmargenschaden als ersatzfähigen Schaden festschreiben würden.

bb) Nach den Grundsätzen des Schadensersatzrechts ist entgangener Gewinn grundsätzlich erstattungsfähig, § 252 BGB. Es besteht allerdings kein einheitliches Verständnis darüber, ob im Wege einer abstrakten Schadensbetrachtung anzunehmen ist, dass der Bank durch eine vorzeitige Darlehensrückzahlung stets Gewinn entgeht.

cc) Nach Auffassung der *DK* entfalle der Schaden aus den entgangenen Zinszahlungen nicht dadurch, dass die Bank mit der zurückgeführten Valuta ein neues Darlehen ausreichen und damit eine neue Zinsmarge erwirtschaften könne. Denn zum einen könne eine Bank prinzipiell jede Kreditnachfrage bedienen, so dass die vorzeitige Rückführung der Darlehensvaluta keine zusätzlichen Darlehen ermögliche. Zum anderen käme es hierauf aber auch gar nicht an, weil der entgangene Gewinn des Kaufmanns nach der Rechtsprechung des BGH nicht durch die Vornahme eines Deckungsgeschäfts entfalle²⁷. Es wird somit nach § 252 Satz 2 BGB zugunsten des Kaufmanns vermutet, dass er das Deckungsgeschäft ohnehin hätte vornehmen können. Dieses Ergebnis sei auch gerecht, weil mit dem erneuten Tätigwerden der Bank bzw. dem Abschluss eines neuen Darlehensvertrages auch hohe Fixkosten anfielen.

²⁷ Hierzu verwies die *DK* auf BGH vom 29. Juni 1994, VIII ZR 317/93 zum Fall eines Gebrauchtwagenhändlers; diese Rechtsprechung betont auch *RiBGH Dr. Grüneberg*, siehe unter Anhang I Punkt V.1, S. 81.

dd) Dagegen wird zunächst angeführt, dass Banken durch Eigenkapitalanforderungen in ihrer Möglichkeit zur Darlehensvergabe beschränkt seien, sodass vorzeitig zurückgeführte Darlehensvaluta ein neues Darlehen und damit die Erwirtschaftung einer Zinsmarge ermöglichen. Ohne weiteres kann nach diesem Ansatz daher bei vorzeitiger Darlehensrückzahlung nicht von einem entgangenen Gewinn ausgegangen werden. Insbesondere wies der *BVKK* darauf hin, dass im Zuge der Umsetzung der Basel III-Vorschriften, geltend ab dem 1. Januar 2014, viele Institute bei größeren Volumina bestehende Engagements nicht prolongiert hätten, da sie dafür ab diesem Zeitpunkt weit mehr Eigenkapital hinterlegen müssten.

ee) Auch wird entgegengehalten, dass weder die Höhe der noch nicht amortisierten Fixkosten des Ausgangsdarlehens noch die Höhe der neuen Fixkosten des Ersatzdarlehens mit der Gewinnmarge identisch sei. Außerdem handele es sich – so *Prof. Dr. Löw* – um Gemeinkosten, die auf ein einzelnes Darlehen nur durch Schlüsselung zuordnungsfähig seien. Zusätzliche Kosten im Sinne von Zahlungen entstünden indes nicht.

ff) Erhoben wurde auch der Einwand, dass volkswirtschaftlich betrachtet **im Gesamtsystem kein Zinsmargenschaden** entstehe: So habe jeder Darlehensnehmer, der ein Immobilier-Verbraucherdarlehen infolge einer Veräußerung ablöse, einen Käufer „im Schlepptau“, der zur Kaufpreisfinanzierung typischerweise – wenn auch möglicherweise bei einer anderen Bank – ebenfalls ein Darlehen abschließe, in das ebenfalls eine Zinsmarge eingepreist sei. In der Gesamtschau sei anzunehmen, dass sich bei jeder Bank die Fälle vorzeitig ablösender Darlehensnehmer und die Fälle infolge einer vorzeitigen Rückzahlung neu hinzukommender Darlehensnehmer in etwa die Waage hielten, sodass ein Zinsmargenschaden in der Gesamtbetrachtung nicht entstehe. Vielmehr führe die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens im Wesentlichen dazu, dass die Gruppe der Darlehensgeber jeweils eine zweifache Marge erhalte. Hiergegen wiederum wird angeführt, dass die **Schadensbetrachtung auf das konkrete Vertragsverhältnis bezogen** sein müsse. Zudem sei auch im aufsichtsrechtlichen Rahmen, insbesondere bei der Überwachung des Zinsrisikomanagements, von Bedeutung, dass die Banken mit der Gewinnmarge aus dem einzelnen Darlehensvertrag kalkulieren könnten. Zudem unterstelle dieser Einwand eine Fremdfinanzierung des Kaufpreises, was

hinsichtlich der Möglichkeit der völligen Eigenfinanzierung (Einsatz von Ersparnissen, Erbschaft, Lohnabfindung, Auszahlung einer Kapitallebensversicherung) lebensfremd sei.

gg) Unionsrechtlich wurde schließlich gegen die Berücksichtigung des Zinsmargenschadens eingewandt, Artikel 25 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie rechtfertige einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns nicht. Die Richtlinie spräche Verbrauchern bei vorzeitiger Rückzahlung verbindlich ein Recht auf laufzeitabhängige Ermäßigung von sowohl Zinsen als auch Kosten zu²⁸. Hierzu wurde seitens des *Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* erläutert, dass bei den Beratungen der Richtlinie auf Arbeitsebene sowohl mit der Europäischen Kommission, in der Ratsarbeitsgruppe als auch im Europäischen Parlament das gemeinsame Verständnis bestand, dass der Richtlinienentwurf die Beibehaltung des deutschen Systems der Vorfälligkeitsentschädigung erlaube.

b) Wahl der Berechnungsmethode: Wiederanlage der freigewordenen Beträge in sichere Kapitalmarkttitel (Aktiv-Passiv-Methode) oder Wiederausleihung als Darlehen (Aktiv-Aktiv-Methode; Methode von Prof. Dr. Löw)

aa) Zur **Berechnungsmethode besteht lediglich Konsens**, dass die Aktiv-Passiv-Methode (Wiederanlage in Pfandbriefe) im Vergleich zur ebenfalls zulässigen Aktiv-Aktiv-Methode (Wiederausleihung als Darlehen) insoweit transparenter ist, als die maßgeblichen Kurswerte der Wiederanlage in Pfandbriefe – anders als die nach Beleihungsausläufen differenzierten Abschlusskonditionen für Darlehen – in den Kapitalmarktstatistiken der Deutschen Bundesbank öffentlich zugänglich sind. Da die klassische Aktiv-Aktiv-Methode gleichwohl vom BGH für zulässig erachtet wird, sprachen sich die *DK* und die Verbände der Bausparkassen für die Möglichkeit aus, diese Methode weiterhin vereinbaren zu können.

²⁸ Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt, dass Verbraucher im Falle der vorzeitigen Rückzahlung das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits haben, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet. Absatz 3 der Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, vorzusehen, dass der Kreditgeber, sofern gerechtfertigt, eine angemessene und objektive Entschädigung für die möglicherweise entstandenen, unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten verlangen kann, wobei die Entschädigung den finanziellen Verlust des Kreditgebers nicht überschreiten darf. Vertragsstrafen gegen den Verbraucher dürfen nicht verhängt werden.

bb) Im Übrigen besteht kein Konsens über eine sachgerechte Berechnungsmethode der Vorfälligkeitsentschädigung: *Herr Gottschalk*, der *BVKK* sowie der *vzbv* favorisierten eine Berechnung anhand einer im Verlauf der Arbeitsgruppe von *Herrn Prof. Dr. Löw* entwickelten und vorgeschlagenen Methode eines Vergleichs mit der Wiederanlage in ein Ersatzdarlehen gleicher Risikoklasse (**Methode von Prof. Dr. Löw**). Ein anderer Teil (vorwiegend seitens der Kreditwirtschaft) sieht die heute überwiegend praktizierte Berechnung anhand einer Wiederanlage in Hypothekendarlehen (Aktiv-Passiv-Methode) für die Methode an, die den Schaden des Darlehensgebers im Falle der vorzeitigen Rückzahlung am sachgerechtesten wiedergibt.

cc) **Zum Unterschied der Methoden**

(1) Wiederanlageklassen:

Bei der Aktiv-Passiv-Methode wird eine Wiederanlage des vorzeitig zurückgezahlten Darlehensbetrages in Hypothekendarlehen unterstellt, die dieselben Zahlungsströme (gemindert um die ersparten Risiko- und Verwaltungskosten) erbringen sollen wie das Ausgangsdarlehen. Soweit hierzu Beträge zusätzlich angelegt werden müssen, ergeben diese zusätzlichen Beträge die Vorfälligkeitsentschädigung.

Dagegen wird bei der Methode von *Prof. Dr. Löw* eine Wiederanlage gleicher Risikoklasse wie beim Ausgangsdarlehen, also ein hypothetisches Ersatzdarlehen, konstruiert. Es wird also davon ausgegangen, dass die Bank das ursprünglich gewählte Geschäftsmodell einer Kreditvergabe fortführt. Hierfür wird zunächst der Zinsabstand (oder die Marge) zwischen dem Zinssatz des Vertragsdarlehens und der risikolosen EONIA-Zinskurve zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelt. Diese Marge umfasst den Anteil des Vertragszinses, der bankenindividuell (Kalkulation und Bonität) und nicht durch das allgemeine (risikolose) Zinsniveau bei Vertragsabschluss bedingt ist. Zum Zeitpunkt der Rückzahlung wird für eine Ersatzanlage unterstellt, dass diese gleichermaßen zu den (dann geltenden) risikolosen Zinssätzen plus der anfänglichen Marge erfolgt. Da bei der Ersatzanlage der gleiche Zinsabstand zwischen dem Wiederanlagezins und der risikolosen

Zinskurve angesetzt wird, hebt sich dessen Einfluss auf das Berechnungsergebnis praktisch auf. Übrig bleibt die Auswirkung der reinen Veränderung des Zinsniveaus, gemessen an der Veränderung der risikolosen Zinskurve. Der Zahlungsstrom der Ersatzanlage wird abgezinst. Das Ergebnis ist der Gegenwartswert des Zahlungsstroms, den die Bank bei der vorzeitigen Vertragserfüllung erhalten muss. Die Differenz zwischen der nominellen Restschuld des Vertragsdarlehens zum Zeitpunkt der vorzeitigen Erfüllung und dem Gegenwartswert der Ersatzanlage ist dabei der Vorfälligkeitsausgleich²⁹.

(2) Erforderliche Parameter

Die Aktiv-Passiv-Methode umfasst drei Parameter, die für Außenstehende nicht nachprüfbar sind. Dies betrifft die ersparten Verwaltungskosten, den Aufwand für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung und vor allem die ersparte Risikoprämie. Hierbei handelt es sich um bankinterne Geschäftsdaten, die nach der Rechtsprechung des BGH nicht offengelegt werden müssen; nach Auffassung eines Teils der Teilnehmer sind dies zugleich kartellrechtlich relevante Daten. Besondere Bedeutung kommt der Risikoprämie zu, da diese eine bedeutende Höhe ausmachen kann und insbesondere stark von der Risikoklasse des einzelnen Darlehensnehmers abhängt. Die heutige Praxis verwendet gemäß den Rechtsprechungsgrundsätzen weitgehend richterliche Schätzungen, deren empirische Grundlagen von Experten bezweifelt werden. Mit Ausnahme eines Verbandes, der die von seinen Instituten angesetzten ersparten Verwaltungskosten mitteilte, wurden der Arbeitsgruppe zu diesen Parametern keine Zahlen vorgelegt. Auch wurde nicht deutlich, wie die Banken die von ihnen angesetzten Werte im Einzelnen ermitteln, da auch dieser Punkt nach Auffassung der *DK* zu den geschäftsinternen Daten und somit dem wettbewerblich relevanten Bereich gehört.

Die denkbare Möglichkeit, die in der Praxis wenig kontrollfähigen Parameter der Aktiv-Passiv-Methode durch Pauschalierungen und Vermutungen zu konkretisieren, erweist sich als schwierig. Die *DK* könnte sich die Pauschalierung einzelner Parameter vorstellen, kann jedoch für die Bestimmung der Werte keine Empfeh-

²⁹ Wegen Einzelheiten wird auf die ausführliche Darstellung der Methode unter C. III. 3 (S. 33 ff.) verwiesen.

lungen aussprechen, da sie hierzu keine Daten erhebt. Auch sonst wurden der Arbeitsgruppe keine empirischen Werte vorgelegt. Andere Teilnehmer lehnen Pauschalierungen ab, da sie dem Grundsatz der Schadensberechnung im Einzelfall widersprechen. Das betraf insbesondere die Risikoprämien, die stark vom individuellen Darlehensnehmer abhängen. Auch wurde die Frage der Anpassung an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse gestellt. Ein Teil der Arbeitsgruppe sah zudem die Gefahr eines Widerspruchs zur Richtlinienvorgabe, die vorschreibt, dass die tatsächlichen Kosten nicht überschritten werden dürfen. Die in den Parametern zum Ausdruck kommenden Abschläge für ersparte Verwaltungs- und Risikokosten müssten daher so hoch angesetzt werden, dass die tatsächlichen Abschläge stets überschritten und damit die tatsächlichen Kosten stets unterschritten würden.

Die Methode von *Prof. Dr. Löw* konstruiert hingegen eine Wiederanlage in ein Darlehen gleicher Risikoklasse wie beim Ausgangsdarlehen und nimmt eine über die Laufzeit des Darlehens eingefrorene Kostenstruktur an. Hierdurch kommt die Methode ohne die in der Praxis nicht offengelegten Parameter aus. Einer Pauschalierung bestimmter Einzelwerte bedarf es nicht. Vereinfachende Fiktionen sind der Methode allerdings immanent (Wiederanlage in ein hypothetisches Darlehen gleicher Risikoklasse, d.h. ohne Risikokostensparnis – wegen Vermeidung der Grundannahme einer (Wieder-) Anlage der Mittel in eine risikoärmere Investition [bei der Aktiv-Passiv-Methode: Pfandbriefe statt Darlehen] – und ohne entgangenen Gewinn; Einfrieren der Kostenstruktur der Verwaltungskosten).

(3) Tatsächliche Möglichkeit als Wiederanlage

Beide Methoden sind insoweit fiktiv, als die unterstellte Wiederanlage in der Praxis in der Regel nicht erfolgt. Die Wiederanlage in Pfandbriefe nach der Aktiv-Passiv-Methode ist im ersten Schritt allerdings eine weitgehend mögliche Wiederanlage. Die Schadensberechnung bedarf jedoch in einem zweiten Schritt weiterer korrigierender Parameter, insbesondere eines Abzugs für die ersparte Risikoprämie. Die Methode von *Prof. Dr. Löw* konstruiert dagegen von vornherein mit Blick auf die Risikoklasse ein hypothetisches Ersatzdarlehen. Damit geht diese Methode von der Annahme aus, dass die Mittel genau in der gleichen Anlageform herausge-

reicht werden, die der ursprünglich gewählten Geschäftsstruktur entspricht (Kreditvergabe).

Zwischen den Teilnehmern bestand keine Einigkeit, ob – wie die *DK* anmerkte – ein solches Ersatzdarlehen nur in seltenen Ausnahmekonstellationen real möglich sei. Als unrealistisch kritisierten einige Teilnehmer – insbesondere *Prof. Dr. Wimmer* - dabei die Annahme, der Darlehensgeber könne die Darlehensvaluta zu den errechneten Konditionen erneut ausreichen, insbesondere bei verbleibenden „krummen“ Restlaufzeiten, also bei Restlaufzeiten, die nicht auf volle Monate und Jahre lauten. Andere Teilnehmer wandten hiergegen ein, dass die Darlehen auch schon bei der Aktiv-Aktiv-Methode nicht wirklich in entsprechende Darlehen der verbliebenen Restlaufzeiten ausgereicht werden, sondern in neue Darlehen zu normalen Vertragslaufzeiten.

Wie auch bei der Frage, ob es Margenschäden gibt, sei das Problem, dass alle Methoden letztlich Fiktionen enthielten, weil sich die Kreditwirtschaft überwiegend nicht, wie in den Modellen angenommen, streng fristenkongruent refinanzieren. Zudem fuße – so *Prof. Dr. Löw* – auch bei der Aktiv-Passiv-Methode die Annahme einer Anlage in Hypothekendarlehen mit einer „krummen“ Restlaufzeit auf einer identischen unrealistischen Grundannahme³⁰. Tatsächlich lasse sich die Anlage der erhaltenen Mittel häufig überhaupt keiner einzelnen Anlage zuordnen, so dass ersatzweise mit vereinfachenden Annahmen zu arbeiten sei. Die *DK* merkte an, dass die Wiederanlage jedes Einzelgeschäfts im Treasury zu einer absurd hohen Anzahl an durchzuführenden Geschäften führen würde. Daher würden im Treasury aggregierte genettete Zahlungsströme betrachtet. Ferner verfolge das Treasury bei der Anlage der Zahlungsströme eine zusätzliche – vom Kundengeschäft unabhängige – Strategie (etwa das Eingehen von Risiken und zusätzliche Erträge durch Fristentransformation zu erzielen).

³⁰ Anderer Ansicht *Prof. Dr. Wimmer*, da Hypothekendarlehen für beliebige - auch „krumme“ - Laufzeiten zur Wiederanlage zur Verfügung stünden. Demgegenüber war der *BVKK* der Auffassung, dass „krumme“ Laufzeiten typisch seien und hiermit verbundene Berechnungsprobleme regelmäßig auch bei der Aktiv-Passiv-Methode durch Interpolation überwunden würden. Viele Banken verwendeten als Darlehenreihen bestimmte Bundesbankreihen, bei denen wegen der Zeitpunktbezogenheit ebenfalls zu interpolieren sei.

Allerdings besteht nach Ansicht der *DK* bei der Aktiv-Passiv-Methode die prinzipielle Möglichkeit einer tatsächlichen kostengünstigen Wiederanlage in Hypothekendarlehenpfandbriefe, während dies bei dem hypothetischen Ersatzdarlehen bei *Prof. Dr. Löw* nicht der Fall sei. Bei der Aktiv-Passiv-Methode erfolge zudem - so die *DK* - die (hypothetische) Wiederanlage zu tatsächlichen Marktpreisen (Hypothekendarlehenpfandbriefrenditen), während bei der Methode von *Prof. Dr. Löw* eine hypothetische Wiederanlage zu hypothetischen Konditionen erfolge³¹. Bei Letzterer würden regelmäßig nicht marktkonforme Neugeschäftskonditionen unterstellt. Die dort als Ausgangspunkt für die Berechnung genutzten EONIA-Zinssätze stellten keine realistischen Refinanzierungskosten dar und der inhaltliche Bezug zu den Neugeschäftskonditionen fehle. Falls die Refinanzierung langfristiger Immobiliendarlehen mittels der hier unterstellten Overnight-Geschäfte erfolgen würde, hätte dies ein aufsichtsrechtlich und betriebswirtschaftlich nicht tragbares Zinsänderungsrisiko zur Folge. Auch die beliebige Wahl einer anderen Laufzeit (bspw. sechs Monate OIS-Rendite oder OIS-Rendite der Zinsbindung des Darlehens) könne diese nicht heilen: Die tatsächlichen Neugeschäftskonditionen orientieren sich nachweislich an den Refinanzierungskosten der Institute. Diese wichen im Zeitverlauf aber unterschiedlich stark vom EONIA und von den auf dem EONIA basierenden OIS-Swapsätzen ab. So habe die Differenz zwischen den Hypothekendarlehenpfandbriefrenditen (als Näherung für die Refinanzierungskosten der Institute) und OIS-Renditen im identischen Laufzeitband in „Krisenjahren“ (etwa 2009 und 2012) zeitweise deutlich über 1 Prozent betragen, während in anderen Jahren der Spread nur bei 0,1 bis 0,3 Prozent gelegen habe. Die Abweichungen zwischen den kurzfristigen EONIA-Sätzen und realistischen Refinanzierungskonditionen schwankten im Zeitablauf noch viel stärker. Im Ergebnis würden hypothetische Ersatzdarlehen konstruiert, deren Konditionen um diese Differenz von den realistischen Konditionen abwichen. Der fehlende Bezug zur Realität führe zu unsystematischen Risiken, für die die Institute ggf. bereits bei der Darlehensvergabe einen entsprechenden Aufschlag einpreisen müssten. Bei einem zukünftigen Zinsanstieg im risikolosen Markt (EONIA/OIS) und gleichzeitiger günstiger Entwicklung der

³¹ *Herr Gottschalk* hält dies für ein Missverständnis. Durch die Berechnungsweise von *Prof. Dr. Löw* werden nur die Auswirkungen der Veränderung des risikolosen Zinsniveaus zwischen dem Zeitpunkt der Darlehenszusage und der vorzeitigen Rückzahlung betrachtet. Es sei daher gleichgültig, in welcher Weise die vorzeitig zurückgeflossenen Darlehensgelder erneut ausgeben werden – und genau dies sei auch der Vorteil der Methode von *Prof. Dr. Löw*.

Refinanzierungskosten würde bei Anwendung der Methode von *Prof. Dr. Löw* ein Vorfälligkeitschaden ermittelt werden, während dies bei der Aktiv-Passiv-Methode nicht der Fall wäre³².

(4) Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens

Die Aktiv-Passiv-Methode enthält den entgangenen Gewinn, die Methode von *Prof. Dr. Löw* nicht. Für die Teilnehmer, die die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens als zentral ansahen, war dies einer der Hauptkritikpunkte der Methode.

Rechnerisch ist es möglich, auch bei der Methode von *Prof. Dr. Löw* eine Nettomarge – wie bei der heutigen Aktiv-Aktiv-Methode – hinzuzurechnen, die dann gesondert ermittelt werden müsste. Damit würde allerdings ein Parameter eingeführt, der der Methode bisher fremd ist und der nach Einschätzung einiger Teilnehmer die gewonnenen Transparenzvorteile der Methode von *Prof. Dr. Löw* beeinträchtigen würde. Ferner hob *Prof. Dr. Löw* hervor, dass dieser Schaden betriebswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen sei. Er bedürfe mithin einer eigenständigen juristischen Rechtfertigung. Die Gegner der Einbeziehung des Zinsmargenschadens wenden auch ein, dass die unionsrechtlichen Bedenken gegen die Erstattungsfähigkeit des Zinsmargenschadens die Methode vor dem EuGH zu Fall bringen könne³³.

(5) Ansatz der Risikokosten

Im Übrigen haben die Musterberechnungen nach beiden Methoden gezeigt, dass es zu Differenzen der Ergebnisse vor allem dort kommt, wo es um den Streit über den richtigen Ansatz von Risikokosten geht. *Herr Gottschalk* betonte, dass sich Unterschiede vor allem dann zeigten, wenn die Darlehenszinssätze in Abhängig-

³² Nach Auffassung des *BVKK* wären diese Ausführungen dann inhaltlich stimmig, wenn die Institute ihre Refinanzierungen auch tatsächlich auf dem Pfandbriefmarkt vornehmen würden. Tatsächlich liege der Anteil der durch laufzeitkongruente Pfandbriefe refinanzierten Darlehensvolumina, schau man in die Bilanzen der Institute, regelmäßig unterhalb von 10 Prozent. Damit könne mit dem hier vorgetragenen Argument ebenso die Heranziehung von Pfandbriefen als realitätsadäquate Größe verworfen werden.

³³ Vgl. dazu oben C. II. 3, S. 22.

keit vom Beleihungsauslauf – aus Risikogründen oder refinanzierungsbedingt – zusätzliche Aufschläge enthielten. Bei den unterschiedlich hohen Aufschlägen liege aber gerade die zentrale Schwachstelle des bisher praktizierten Aktiv-Passiv-Vergleichs.

3. Weitere Streitfragen

Die Arbeitsgruppe hat eine Vielzahl von weiteren Einzelfragen offen gelegt, bei denen kein Einvernehmen besteht. Diese Fragen bleiben in ihrer Bedeutung jedoch hinter den Kernfragen der Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens und der Wahl der Berechnungsmethode weit zurück. Sie sind zudem meist von den Weichenstellungen bei den beiden Kernpunkten abhängig. Die Frage der Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften im Einzelfall stellt sich etwa nur, wenn der Zinsmargenschaden grundsätzlich ersatzfähig ist.

Bei einer möglichen gesetzlichen Regelung stellt sich generell die Frage, wie mit negativen Wiederanlagezinssätzen umzugehen ist. Speziell für die Aktiv-Passiv-Methode stellen sich auch die Fragen, ob die erforderlichen Parameter durch Pauschalen konkretisiert werden können oder ob Nullkupon-Anleihen als maßgebliche Refinanzierungskurve zu verwenden sind. Eine Regelung zu diesen weiteren dennoch wichtigen Einzelpunkten ist daher oftmals auch gar nicht möglich, ohne dass jedenfalls implizit eine Aussage zu einer der beiden Kernfragen getroffen würde.

Anhang I Diskussionsfragen

Aufgrund einer Bestandsaufnahme nach den ersten vier Sitzungen entwickelten BMJV und BMF rechtspolitische Vertiefungsfragen, die in der 5. und 6. Sitzung diskutiert wurden. Die zusätzliche Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme nahmen *Herr Dübel, Herr RiBGH Dr. Grüneberg, Herr Gottschalk, Herr Prof. Dr. Knops, Herr Prof. Dr. Löw, der BVKK, die DK, der GDV, die Stiftung Warentest, die Verbände der Bausparkassen* und der *vzbv* wahr.

I. Zur berechtigten Zinserwartung:

Bietet sich *de lege ferenda* die Konkretisierung des Begriffs der „berechtigten Zinserwartung“ (insbesondere zu Sondertilgungsrechten, Kündigungsrechten und Rechten auf Anpassung der Tilgungsraten) an?

1. *Herr RiBGH Dr. Grüneberg, Herr Prof. Dr. Wimmer, der BVKK, die DK, die Stiftung Warentest* und die *Verbände der Bausparkassen* gingen davon aus, dass der Begriff der rechtlich geschützten Zinserwartung bereits deutlich in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde. Kündigungsrechte, Sondertilgungsrechte und Optionen auf Anpassung der Tilgungsraten beschränken die gesetzlich geschützte Zinserwartung.

2. Die *Verbände der Bausparkassen, die DK* und *Herr RiBGH Dr. Grüneberg* sahen deshalb eine gesetzliche Regelung nicht als notwendig an, zumal, so *Herr RiBGH Dr. Grüneberg*, eine gesetzliche Regelung wohl nur die bisher entwickelten Grundsätze aufnehmen könne und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung überlassen bleiben sollte.

3. *Herr Gottschalk, Prof. Dr. Knops, der BVKK, die Stiftung Warentest* und der *vzbv* sahen eine gesetzliche Regelung gleichwohl als sinnvoll an, da – so *Prof. Dr. Knops* und der *BVKK* – dem Verbraucher der Begriff der rechtlich geschützten Zinserwartung nicht bekannt sei und – so die *Stiftung Warentest* und der *vzbv* – in der Praxis Sondertilgungsrechte nach Erfahrungen der Verbraucherzentralen oft nicht berücksichtigt würden. *Herr Gottschalk* und der *vzbv*, der die Bedeu-

tung von Artikel 25 Absatz 1 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie betonte, befürworteten eine Definition als „vertraglich gesicherter Zahlungsstrom“. *Prof. Dr. Löw*, der eine abstrakt-generelle Regelung grundsätzlich befürwortete, aber keinen Praxiskonflikt feststellen konnte, der diese notwendig machen würde, wollte sich dem Rat der Praktiker anschließen.

4. Die *DK* wies auf das Problem hin, dass die Erwartung einer **optimierenden Betrachtung**, nach der der Darlehensgeber zu Gunsten des Darlehensnehmers jeden denkbaren Zahlungszeitpunkt und jede denkbare Zahlungshöhe durchrechnen müsste, „unendlich viele“ Rechenoperationen erfordern würde, die die Kreditwirtschaft nicht leisten könne. Aus ihrer Sicht – ebenso wie aus der von *Herrn Dübel* – wäre daher eine Klarstellung zu begrüßen, nach der Sondertilgungsrechte und Tilgungsratenwechselrechte jeweils nur einmal und zwar zum frühestmöglichen Zeitpunkt und in voller Höhe zu berücksichtigen seien. Die *Stiftung Warentest*, *Herr Gottschalk*, *Herr Prof. Dr. Wimmer* und der *GDV* forderten eine Beschränkung des Durchrechnens der theoretischen Ausübung und Nichtausübung der Tilgungsoptionen auf (nach dem *vzbv*: mindestens) jährliche Intervalle, wobei *Herr Gottschalk* und *Herr Prof. Dr. Wimmer* die Intervalle jeweils auf den 1. Januar bzw. den 2. Januar eines Jahres festlegen wollten. Ergänzend forderte *Herr Gottschalk*, dass es bei vor- und zwischenfinanzierten Bausparverträgen mit einer Festzinsvereinbarung „bis zur Zuteilung“ auf den frühestmöglichen Zuteilungszeitpunkt ankommen solle. Der *vzbv* hält eine Beschränkung des Durchrechnens bei Beachtung gewisser Maßgaben für vertretbar, dazu gehört auch, eine taggenaue Nachrechnung zur Geltendmachung einer niedrigeren Entschädigung von Seiten des Darlehensnehmers fordern zu können. Nur so lasse sich ein Konflikt mit der Richtlinie vermeiden.

Der *GDV* schloss sich einer Stichtagsfestlegung auf den 1. oder 2. Januar an und forderte ergänzend, dass im Falle einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung der vereinbarte Zeitpunkt für die Ausübung der Sondertilgungsrechte gewählt werden sollte.

5. Für den Fall, dass der Darlehensgeber nicht zu einer optimierenden Berechnung verpflichtet sei, forderte der *BVKK*, dass es dem Darlehensnehmer mög-

lich sein müsse, durch gezielten Einsatz seiner Kündigungs-, Tilgungsanpassungs- und Sondertilgungsrechte einen niedrigeren Schaden nachzuweisen.

6. Der *GDV* befürwortete eine Regelung zur rechtlich geschützten Zinserwartung auch, um in diesem Zusammenhang festzulegen, dass – entgegen aktueller BGH-Rechtsprechung (BGH vom 19. Januar 2016 – XI ZR 103/15, BGHZ 208, 278-290, NJW 2016, 1379-1381) – ein Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung bzw. ein entsprechender Schadensersatzanspruch auch im Falle der Kündigung des Darlehens durch den Darlehensgeber wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers bestehen könne.

Da dieser Vorschlag von den Fragen der Berechnung und Transparenz losgelöst ist und nicht die eigentliche Vorfälligkeitsentschädigung, sondern das schuldrechtliche Leistungsstörungenrecht betrifft, lag er außerhalb des Arbeitsauftrags der Arbeitsgruppe und wurde nicht diskutiert.

II. Zum maßgeblichen Stichtag:

Bietet es sich an, den maßgeblichen Stichtag der Vorfälligkeitsberechnung verbindlich festzulegen, und welcher Zeitpunkt wäre zu bestimmen?

1. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie kann die vorzeitige Rückzahlung auch bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen gemäß § 500 Absatz 2 BGB ohne Kündigung erfolgen. Daher kann es jedenfalls nach neuem Recht als Stichtag nicht auf das Wirksamwerden der Kündigung ankommen. Maßgeblich kann vielmehr nur der Tag der Zahlung sein (so *Prof. Dr. Wimmer*, betriebswirtschaftliche Gründe hierfür sehend *Prof. Dr. Löw*), wobei hier der Rückzahlungszeitpunkt (so *Prof. Dr. Knops*, *Herr Gottschalk*, der *BVKK*, die *Stiftung Warentest* und der *vzbv*) oder der Zeitpunkt der Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung in Betracht kommen (auf entsprechende BGH-Rechtsprechung verweisend *RiBGH Dr. Grüneberg*). Die *Verbände der Bausparkassen* wiesen darauf hin, dass die letztgenannte Unterscheidung wenig praxisrelevant sei, da Darlehensrückzahlung und Entschädigungszahlung regelmäßig zeitlich zusammenfielen.

2. Eine Regelung sahen die *Verbände der Bausparkassen* als entbehrlich an. Sollte der Stichtag der Vorfälligkeitsberechnung dennoch gesetzlich definiert werden, sollte es den Parteien ermöglicht werden, zur Vereinfachung der Abwicklung einen abweichenden späteren Stichtag zu vereinbaren, an den sich beide Parteien unabhängig von der künftigen Entwicklung der Marktzinsen binden können.

3. Soweit eine Regelung von den Teilnehmern ausdrücklich befürwortet wurde, betraf dies ebenfalls eine mögliche *Karenzzeitregelung*. Deren Hintergrund, den Aufwand einer Doppelberechnung zu vermeiden und die Vorhersehbarkeit zu erhöhen, war bereits in der 4. Sitzung diskutiert worden: Der Darlehensnehmer möchte den Ablösebetrag oftmals als Entscheidungskriterium vorab mitgeteilt bekommen und sich hierauf – beispielsweise bei den Kaufpreisverhandlungen über sein zu veräußerndes Grundstück – einrichten können. Zudem müssen Verbraucher bei hohen Vorfälligkeitsentschädigungen sich gegebenenfalls auch um eine eigene Finanzierung dieser Kosten kümmern. Selbst wenn der Darlehensgeber bei seiner Mitteilung aber einen bestimmten zukünftigen Zahlungstag zu Grunde legt, kann die später tatsächlich zu zahlende Vorfälligkeitsentschädigung von der mitgeteilten abweichen, da erst am Rückzahlungstag die maßgeblichen Kurswerte endgültig feststehen. Zusätzliche Abweichungen können sich ergeben, wenn dem Darlehensnehmer die Zahlung nicht taggenau gelingt, zumal der Darlehensnehmer bei seiner Anfrage den Rückzahlungszeitpunkt oftmals noch nicht taggenau vorhersehen konnte.

4. Vor diesem Hintergrund sprachen sich die *Stiftung Warentest* und *Herr Gottschalk* für die Möglichkeit aus, bereits vor der Rückzahlung eine verbindliche Berechnung anhand der aktuellen Kapitalmarktrenditen *vertraglich zu vereinbaren*, ggf. unter dem Vorbehalt einer Darlehensrückzahlung binnen bestimmter Frist, für die *Herr Gottschalk* sechs Wochen vorschlug. *Prof. Dr. Wimmer*, die *DK* und der *GDV* befürworteten dagegen eine *gesetzliche Karenzzeit*: So sollte eine Neuberechnung nicht erfolgen müssen, wenn zwischen Berechnungszeitpunkt und Ablösungszeitpunkt wenige Wochen (nach Vorschlag von *Herr Prof. Wimmer* und der *DK*: vier Wochen; nach Auffassung des *GDV*: sechs Wochen) lägen. Eine Karenzzeit von vier bzw. sechs Wochen sollte auch für den Fall gelten, dass die Rückzahlung nicht zum unterstellten Zeitpunkt erfolgt. Der *GDV* hielt eine gesetzliche

Regelung für erforderlich, da die Festlegung eines Stichtages, der nicht mit dem Zeitpunkt der Schadensentstehung übereinstimme, eine Abweichung von den Grundsätzen des Schadensersatzrechts darstelle. Der *vzbv* äußerte sich nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur der Karenzzeit, betonte aber einerseits – ebenso wie *Herr Gottschalk* –, dass der Verbraucher die Möglichkeit haben müsse, auf einer taggenauen Abrechnung zu bestehen, und andererseits, dass unter Berücksichtigung von Artikel 25 Absatz 3 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie der Zeitraum der Rückzahlung nicht zu weit vom tatsächlichen Rückzahlungszeitpunkt entfernt sein dürfe.

III. Zum Zinsverschlechterungsschaden:

Terminologisch bemerkten *Herr Dübel*, *Herr Gottschalk* und der *vzbv*, die einen beidseitigen Ausgleichsanspruch des ermittelten Darlehensbarwerts befürworteten, dass der Begriff „Zinsverschlechterungsschaden“ aus ihrer Sicht den Anstieg der Zinsen einseitig ausblende. *Herr Gottschalk* sprach daher vom „Zinsniveauveränderungseffekt“.

1. Bietet es sich an, den Zinsverschlechterungsschaden isoliert zu ermitteln (Aktiv-Aktiv-Methode, Methode *Prof. Dr. Löw*) oder ist es – auch unter Transparenzgesichtspunkten – ausreichend, dass dieser lediglich integraler Bestandteil einer einheitlichen Berechnung ist (heutiger Aktiv-Passiv-Vergleich)?

Soweit Bedenken gegen eine einheitliche Berechnung angeführt wurden, standen diese stets im Zusammenhang mit dem Zinsmargenschaden (s.u. Punkt IV. 1, S. 74).

2. Welche Form der isolierten Ermittlung des Zinsverschlechterungsschadens ist am sachgerechtesten?

a) Der klassische Aktiv-Aktiv-Vergleich kann aus Sicht des *BVKK* durchaus praktiziert werden, allerdings ohne Zinsmargenschaden. Im Übrigen fanden sich keine Befürworter des klassischen Aktiv-Aktiv-Vergleichs.

b) Die von *Prof. Dr. Löw* entwickelte und vorgeschlagene Berechnungsmethode anhand einer Wiederanlage gleicher Risikoklasse wurde von *Herrn Gottschalk*, vom *BVKK* sowie von der *Stiftung Warentest* befürwortet und auch vom *vzbv* als am interessantesten bezeichnet. Die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* lehnten die Methode dagegen ab und befürworteten die Aktiv-Passiv-Methode.

c) Den *BVKK* überzeugte die Wahl einer Wiederanlage in dieselbe Risikoklasse wie beim Ausgangsdarlehen. *Herr Gottschalk*, die *Stiftung Warentest* und der *vzbv* sahen den Vorteil, dass der Zinsverschlechterungsschaden ausschließlich aus objektiven, eindeutigen und nachvollziehbaren Parametern abgeleitet werde und die Berechnungen damit überprüfbar seien.

d) Die *DK* hielt eine isolierte Ermittlung des Zinsverschlechterungsschadens nicht für sachgerecht. An der Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* kritisierte sie, dass die Unterstellung gleichbleibender Risiko- und Eigenkapital-Kosten der Bank unzutreffend sei, da diese Kosten mit zunehmender Tilgung sanken. Vor allem kritisierte die *DK*, dass die Berechnungsmethode keinen Zinsmargenschaden gewähre. Auch die These, es gebe überhaupt ein entsprechendes Ersatzdarlehen am Markt, sei bereits grundsätzlich, insbesondere aber bei „krummen Laufzeiten“, unzutreffend.

e) Diesen Argumenten der *DK* trat der *BVKK* entgegen: Darlehensgeber berücksichtigten bei Vergabe langfristiger Darlehen die sich ändernden Risikoverhältnisse souverän im Wege einer Mischkalkulation. Was bei der Darlehensgewährung unproblematisch sei, sollte bei der Rückzahlung nicht zum Problem werden, da es nur um die Erstattung der anfangs in die Zinsen eingepreisten Risikoprämie gehe. Die Kritik, dass Ersatzdarlehen mit „krummen Laufzeiten“ eine Fiktion seien, überzeuge nicht, da auch die Wiederanlage in eine Vielzahl von Pfandbriefen fiktiv sei.

f) Der *GDV* kritisierte, dass die Methode von *Prof. Dr. Löw* und Aktiv-Aktiv-Methoden keinen Zusammenhang zum finanzmathematisch korrekten Marktwert hätten. Unter Solvency II komme dem Marktwert eine deutlich gestiegene Bedeu-

tung zu. Der Darlehensnehmer müsse die heute bilanzierten Marktwertreserven im Grundsatz erstatten. Dies sei nur bei der Aktiv-Passiv-Methode gegeben, da heute die Marktwerte nach eben dieser Methode in den bekannten Bilanzierungsvorschriften berechnet werden. Würde der Gesetzgeber eine Abweichung von der Aktiv-Passiv-Methode vorschreiben, müsste diese Änderung der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung in den Bilanzierungsvorschriften berücksichtigt werden.

g) Die *Verbände der Bausparkassen* kritisierten an der Methode von *Prof. Dr. Löw*, dass der EONIA-Zinssatz anderen Schwankungen unterworfen sei als die Wiederanlagerrenditen von Hypothekendarlehen. Zudem lasse der angewandte EONIA-Zinssatz als Overnight-Zinssatz unberücksichtigt, dass Zinssätze für Darlehen und Hypothekendarlehen laufzeitabhängig seien. Der EONIA-Zinssatz könne daher die Auswirkungen der kürzeren Laufzeit der Ersatzanlage gegenüber dem Ursprungsdarlehen nicht abbilden. *Prof. Dr. Löw* und *Prof. Dr. Wimmer* stellten übereinstimmend klar, dass die OIS-Renditen laufzeitabhängig verwendet werden und deshalb nicht nur der EONIA-Zinssatz als Overnight-Zinssatz heranzuziehen sei. Zusätzlich stellte der *GDV* vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem LIBOR-Zinssatz die Frage, wie stabil die Ermittlung des EONIA-Zinssatzes sei und ob daher eine Bezugnahme auf diesen Zinssatz angemessen sei. Im Vergleich zum EONIA-Zinssatz sei die Ermittlung der Hypothekendarlehenkurve langjährig erprobt und etabliert.

h) *Herr Dübel* kritisierte die Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* unter dem Gesichtspunkt der Finanzstabilität: Bei krisenhaften Zuspitzungen am Hypothekendarlehenmarkt stiegen die „Spreads“³⁴ tendenziell an, sodass die Vorfälligkeitsentschädigungen tendenziell fielen, was wünschenswert sei, um Banken in der Krise

³⁴ Das Argument hielt der *BVKK* für unzutreffend: Nicht hinreichend deutlich werde, welcher Spread gemeint sei (zwischen EONIA und LIBOR-, zwischen EONIA und Pfandbrieftzinsen oder zwischen kurz und langfristigen Sätzen). Wenn Vorfälligkeitsentschädigungen in ihrer Höhe absänken, gelange zudem nicht zusätzliche Liquidität in den Bankensektor, sondern weniger. Auf diese Weise würde sich die Krisensituation eher verschärfen. Wenn *Herr Dübel* in seiner Argumentation davon ausgehen sollte, dass die zusätzliche Liquidität dadurch entstehe, dass wegen einer niedrigeren Vorfälligkeitsentschädigung mehr Darlehensnehmer ihr Darlehen ablösen, der Effekt der höheren Anzahl somit den Effekt der geringeren Entschädigungshöhen überkompensiere, so lehre die Erfahrung, dass die Kenntnis über die Höhe von Zinsentschädigungen erst entstehe, wenn der Ablösewunsch feststeht. Damit dürfe der Effekt der zusätzlichen Rückzahlungen fast gleich null sein und der Höheneffekt den Ausschlag geben. Anderer Auffassung: die *DK*.

Liquidität zu verschaffen. Rechne man aber anhand der risikofreien EONIA-Sätze entfallende dieser stabilisierende Effekt. Er befürwortete die Ermittlung des Zinsverschlechterungsschadens über die Refinanzierungsseite. Maßgeblich sei ein Rückkauf der eingesetzten Refinanzierung bzw. Ersparnis von Refinanzierungskosten. Zur Schadensermittlung solle die Bankenaufsicht einen Refinanzierungskostenindex veröffentlichen. Eine Refinanzierungskostenkurve der Banken müsse dann auch Versicherern zugeordnet werden. Der Refinanzierungskostenindex sei weniger volatil als die Pfandbriefkurve und könne „die schlimmsten Spitzen“ bei der Vorfälligkeitsentschädigung abmildern. Die detaillierten Diskussionsfragen verdeutlichten aus seiner Sicht, dass ein „Reinvestitionskonzept“ nicht umsetzbar sei.

i) Zu den Kritikpunkten zu d), f) und g) merkte *Prof. Dr. Löw* Folgendes an: Soweit die *DK* anführe, dass die Risiko- und Eigenkapitalkosten nicht gleich blieben, sondern mit zunehmender Tilgung sanken, würden sich die Banken bei seiner Methode also tendenziell besser stellen, weil diese vereinfachungsgemäß von einer konstanten (mithin im Vergleich zum Vortrag der *DK* höheren) Kostenstruktur ausgehe. Soweit die *Verbände der Bausparkassen* kritisierten, dass der EONIA-Zinssatz anderen Schwankungen unterworfen sei als die Wiederanlage von Hypothekendarlehen, sah *Prof. Dr. Löw* genau diese Risikoneutralität als wichtigen Vorteil seiner Methode an. Es bedürfe in der Folge keiner weiteren Adjustierung zum Ausgleich unterschiedlicher Risikoklassen zwischen einer Anlage in Krediten und einer risikoärmeren Anlage in Hypothekendarlehen. *Prof. Dr. Löw* wies weiter darauf hin, dass aus seiner Sicht als Experte im Bereich der Bilanzierung zweifelhaft sei, ob überhaupt Bilanzierungsvorschriften zu ändern wären, sodass der Einwand des *GDV* nicht plausibel erscheine und allenfalls Besonderheiten für Versicherungsunternehmen – nicht aber für Banken – betreffen könne. Eine Diskussion der Bilanzierungsvorschriften erfolgte im Rahmen der Arbeitsgruppe nicht.

3. Kann von einem Zinsverschlechterungsschaden der Bank auch dann ausgegangen werden, wenn die Bank sich tatsächlich nicht fristenkongruent oder noch gar nicht refinanziert hat? Worin besteht in diesem Fall der Zinsverschlechterungsschaden?

a) Die Antworten zu dieser Frage legten offen, dass über Begriff, Funktion und Ersatzfähigkeit eines Zinsverschlechterungsschadens kein Einvernehmen besteht.

b) *Prof. Dr. Löw*, der *BVKK*, die *DK*, der *GDV*, die *Stiftung Warentest* und auch die *Verbände der Bausparkassen* hielten die tatsächliche Refinanzierung für die Schadensermittlung für irrelevant, während *Prof. Dr. Knops* und *Herr Gottschalk* ihr Bedeutung beimaßen (vgl. auch den Vorschlag von *Herrn Dübel* oben unter Frage 2. h)).

c) Die *DK* und die *Stiftung Warentest* vertraten die Auffassung, sowohl Aktiv-Passiv- als auch Aktiv-Aktiv-Methode bildeten nur Zahlungsströme des abgelösten Darlehens nach, für die es auf die Refinanzierung nicht ankomme.

d) Nach Auffassung der *DK* ist für die Schadensermittlung allerdings an der Grundannahme einer fristenkongruenten Refinanzierung festzuhalten. Die *DK* erläuterte den tatsächlichen Hintergrund: Die Entscheidungen zur Kreditvergabe und zur Refinanzierung würden in den Kreditinstituten in unterschiedlichen Bereichen getroffen – dem Marktbereich „Privatkunden“ bzw. „Firmenkunden“ und dem Treasury-Bereich. In der Praxis des Treasury-Bereichs würden alle Zahlungsströme gebündelt, wobei sich diese zum Teil ausgleichen. Diese Bündelung lasse eine Zuordnung einzelner Darlehen zu einer Refinanzierungsmaßnahme nicht zu. Der Treasury-Bereich könne außerdem – z.B. aus Ertragsgesichtspunkten – bestimmte Volumina zur Fristentransformation zu kürzeren Laufzeiten refinanzieren. Rein betragsmäßig könne auch ein Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag in eine solche Tranche fallen. Diese Entscheidung zur Eingehung eines solchen Zinsänderungsrisikos sei losgelöst von der Kreditvergabeentscheidung und im Zusammenhang mit der Gesamtrisikosituation des Kreditinstituts zu sehen. Die Gesamtkalkulation und Disposition seien aber nur möglich, wenn von einem gesicherten Zahlungsstrom aus den einzelnen Darlehen ausgegangen werden könne. Im Falle

einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung entfallende der einzelne Cashflow aus dem Gesamtbank-Cashflow. Die hierdurch entstehenden offenen Cashflows der jeweiligen Laufzeitenbänder stellen ein Risiko dar, das der Treasury-Bereich einzuwerten und ggf. durch Abschluss geeigneter Gegengeschäfte zu schließen habe. Hieraus resultiere ein Refinanzierungsschaden. Doch sei es nicht möglich, die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung an der Gesamtkalkulation der Bank auszurichten, da in diese zahlreichende andere Geschäfte und Entscheidungen anderer Geschäftsbereiche einfließen. Im Hinblick auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Berechnung sei dies auch nicht sinnvoll. *Prof. Dr. Löw* merkte zu Teilen der Argumentationskette an: Wenn die Treasury Lücken durch Abschluss geeigneter Gegengeschäfte zu schließen habe, wäre die geeignetste Anlageform eines Gegengeschäfts die Anlage in die gleiche Risikoklasse. Ein Refinanzierungsschaden könne definitionsgemäß nur durch eine Refinanzierung, nicht aber durch eine alternative Mittelanlage entstehen. Die Rückführung einer Refinanzierung werde aber in keiner der einander gegenüberstehenden Methoden angenommen³⁵.

e) Der *BVKK* wies darauf hin, dass Darlehensnehmer refinanzierter und nicht-refinanzierter Darlehen nicht ungleich behandelt werden sollten, da sonst die Gesamtheit aller Darlehensnehmer die vorzeitige Ablösung nichtrefinanzierter Darlehen quersubventionierten. Der Ausleihesatz für Neuabschlüsse wäre dann wegen des fehlenden Ersatzanspruches bei nicht refinanzierten Darlehen entsprechend höher. Das führe zu einer volkswirtschaftlichen Fehlallokation. Der *GDV* ergänzte für den Versicherungsbereich, dass Versicherer sich nicht refinanzieren, sondern Darlehen im Rahmen der Kapitalanlage der eingenommenen Versicherungsprämien vergäben. *BVKK* und *GDV* sahen den Zinsverschlechterungsschaden allein in dem Umstand, dass der Darlehensgeber die Valuta nur noch zu schlechteren Zinskonditionen ausleihen könne als beim Ausgangsdarlehen.

³⁵ Anderer Auffassung *Prof. Dr. Wimmer*: Aus Sicht der Treasurypraxis entfielen durch eine vorzeitige Darlehensrückzahlung eingeplante Cashflows mit einer entsprechenden Auswirkung (u.a.) auf das Zinsänderungs- und Liquiditätsrisiko. Die Treasury müsse in der Lage sein, diese Cashflow-Lücke zu schließen. Ein exakter Ausgleich könne mit der Anlage in Hypothekendarlehen umgesetzt werden, nicht aber durch einen Verweis auf die Anlage in hypothetisch ausreichenden (Ersatz-)Darlehen.

f) *Prof. Dr. Knops* vertrat demgegenüber, dass ein Zinsverschlechterungsschaden nur ein refinanzierungsbedingter Schaden sein könne. Daher sei von entscheidender Bedeutung, ob und zu welchen Konditionen sich der Darlehensgeber refinanziert habe. Neben dem Zinsmargenschaden könne ein zusätzlicher Zinsverschlechterungsschaden nur entstehen, wenn die Valuta nur zu einem Zinssatz *unter den Refinanzierungskosten* ausgeliehen werden könnte. Erforderlich sei, dass der Darlehensgeber die konkreten Refinanzierungskosten für die Zeit nach der Valutarückgewähr bis zum planmäßigen Vertragsende nachweisen könne. Der Darlehensgeber dürfe das Refinanzierungsgeschäft auch nicht kündigen können. *Herr Gottschalk* verwies ebenfalls auf ein ursprüngliches Rechtsprechungsverständnis des Zinsverschlechterungsschadens als refinanzierungsbedingten Schaden. Da die fristenkongruente Refinanzierung einzelner Darlehen heute praktisch nicht erfolge, stehe die Ersatzfähigkeit des Zinsverschlechterungsschadens überhaupt in Frage.

g) Im Gegensatz zu *BVKK* und *GDV* betonte *Prof. Dr. Knops*, dass es keinen eigenständigen Zinsverschlechterungsschaden begründe, wenn der Darlehensgeber die Valuta nur noch zu schlechteren Zinskonditionen ausleihen könne als beim Ausgangsdarlehen. Denn die Zinsen des Ausgangsdarlehens erhalte der Darlehensgeber bereits über den Zinsmargenschaden vollständig ersetzt. Der Darlehensgeber könne diese Zinsen nicht doppelt – einmal als Zinsmargenschaden und einmal als Zinsverschlechterungsschaden – ersetzt verlangen.

h) Die *Verbände der Bausparkassen* vertraten schließlich die Auffassung, nach den Grundsätzen des Schadensrechts sei stets eine laufzeitkongruente Refinanzierung zu unterstellen. Würde der Darlehensgeber sich nicht oder kürzer als laufzeitkongruent refinanzieren, entstünde allerdings ein höherer Schaden.

IV. Zum Zinsmargenschaden:

1. Vorbemerkung

a) Den Antworten insbesondere zu den nachfolgenden Fragen ließ sich entnehmen, dass die materielle Erstattungsfähigkeit des Zinsmargenschadens unter den Teilnehmern sehr umstritten war.

b) *Prof. Dr. Löw*, dessen Berechnungsmethode nur einen Zinsverschlechterungsschaden ermittelt, sah unter allein ökonomischen Gesichtspunkten den Zinsmargenschaden nicht als erstattungsfähig an, erklärte aber, einen möglicherweise aus schadensersatzrechtlichen Gründen zu ersetzenden Zinsmargenschaden nicht grundsätzlich ablehnen zu wollen. Dies sei dann aber keine ökonomische, sondern eine rein juristische Frage. Deutliche Bedenken gegen die Erstattungsfähigkeit vertraten *Herr Gottschalk*, *Prof. Dr. Knops*, der *BVKK*, die *Stiftung Warentest* und der *vzbv*, während die *DK* und die *Verbände der Bausparkassen* den Zinsmargenschaden für erstattungsfähig hielten. *Herr Dübel* hielt nur eine Erstattung noch nicht amortisierter Kosten – insbesondere der Vertragsabschlusskosten – für sachgerecht.

c) Der *BVKK*, dem sich die *Stiftung Warentest* anschloss, hielt die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht für gerechtfertigt. So habe jeder Darlehensnehmer, der ein Immobilien-Verbraucherdarlehen infolge einer Veräußerung ablöse, einen Käufer „im Schlepptau“, der zur Kaufpreisfinanzierung typischerweise – wenn auch bei einer anderen Bank – ebenfalls ein Darlehen abschließe, in das ebenfalls eine Zinsmarge eingepreist sei. In der Gesamtschau hielten sich bei jeder Bank die Fälle vorzeitig ablösender Darlehensnehmer und die Fälle infolge einer vorzeitigen Rückzahlung neu hinzukommender Darlehensnehmer in etwa die Waage, sodass ein Zinsmargenschaden in der Gesamtbetrachtung nicht entstehe. Vielmehr führe die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens im Wesentlichen dazu, dass der Darlehensgeber eine doppelte Marge erhalte. Zudem ergänzte der *BVKK*, dass ein Kreditinstitut über die Freigabe eingetragener Grundschulden wie ein Monopolist entscheiden könne. Auf vollkommenen Wettbewerbsmärkten würde dagegen der entgangene

Gewinn „wegkonkurriert“. Man könne sich beispielsweise einen Darlehensnehmer vorstellen, der zehn gleichartige Immobilien habe, von denen er eine verkaufen möchte, wobei es ihm gleichgültig sei, welche der zehn Immobilien veräußert werde, weil alle in exakt derselben Höhe zu denselben Konditionen belastet seien. Besorge sich der Darlehensnehmer Angebote der Banken über eine vorzeitige Ablöse, würden sich die Banken – als Gewinnmaximierer – solange unterbieten, bis der Preis dem Zinsverschlechterungsschaden entspreche. Solange nämlich noch die Chance auf einen Gewinn bestehe, verfüge jedes Institut über einen Anreiz, das konkurrierende Geldhaus zu unterbieten. Der Prozess ende erst dann, wenn die Zinsmarge „wegkonkurriert“ sei.

d) *Herr Gottschalk* betonte, dass die vorzeitige Darlehensrückzahlung rechtlich weitgehend an den Verkauf der Immobilie geknüpft sei und ein durch den Käufer aufgenommenes Ersatzdarlehen daher naheliege. *Herr Gottschalk* und der *vzbv* vertraten die Auffassung, dass ein Zinsmargenschaden oftmals wegen eines Ersatzgeschäftes gar nicht entstehe, wobei der *vzbv* auch die Gefahr eines Konflikts mit Artikel 25 Absatz 1 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie sah. *Herr Gottschalk* ergänzte die Frage, welche Gegenleistung der Darlehensgeber überhaupt noch erbringe. Ökonomisch erklärten sich Zinssätze als Preis für das Tragen von Risiken und den Verzicht von Liquidität. Beide Leistungen entfielen bei vorzeitiger Rückzahlung und risikofreier Ersatzanlage in liquiden Geldern, sodass die Risikoprämie und die Fungibilitätsvorteile abzuziehen seien, was die Zinsmarge letztlich insgesamt ungerechtfertigt erscheinen lasse.

e) Die *DK* hielt dem letztgenannten Argument entgegen, dass der Darlehensgeber nach der vorzeitigen Vertragsabwicklung keine Gegenleistung mehr schulde und verteidigte die Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens: So sei für die Ermittlung des Zinsmargenschadens nicht auf eine Gesamtbetrachtung, sondern auf das konkrete Vertragsverhältnis abzustellen. Speziell zu der Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* bezweifelte die *DK* zudem, dass es die nach dem Modell unterstellten Ersatzdarlehen am Markt überhaupt gebe, insbesondere bei „krummen“ Laufzeiten, die nicht auf volle Monate und Jahren lauten, was bereits bei der Aktiv-Aktiv-Methode Probleme bereitet habe. Dies sah auch *Prof. Dr. Wimmer* so, der zusätzlich hervorhob, dass annahmegemäß der Ersatzdarlehensnehmer ein mit

dem ursprünglichen Darlehensnehmer identisches Ausfallrisiko bezogen auf die krumme Restlaufzeit des abzulösenden Darlehens haben müsste. Die Annahme, dass die Bank die rückgeführten Mittel noch einmal mit entsprechender Gewinnmarge anlegen könne, sei – so die *DK* – auch deshalb unzutreffend, da die bei einem Kreditgeschäft anfallenden Kosten überwiegend Fixkosten seien (z.B. Kreditwürdigkeitsprüfung, Kontoeröffnung, Objektschätzung), die bei einem Ersatzgeschäft erneut anfielen und daher nicht durch dieses kompensiert würden.

f) *Prof. Dr. Löw* sah demgegenüber ausdrücklich auch die Kosten der Werbung des Ersatzkunden nicht als ersatzfähig an, da es sich bei diesem Zusatzaufwand nicht um Einzelkosten handle, da z.B. Mitarbeiter auf Monatsbasis arbeiten. Falls dieser Aufwand gleichwohl erstattungsfähig sein sollte, hänge er aus betriebswirtschaftlicher Sicht jedenfalls nicht von der Darlehenshöhe, sondern von der durchschnittlichen Bearbeitungszeit ab. Zudem hob *Prof. Dr. Löw* hervor, dass es sich bei den von der *DK* angeführten Fixkosten nicht um Einzelkosten handle, sondern um Gemeinkosten, die unabhängig davon anfielen, ob ein Kredit zurückgezahlt oder ein neuer Kredit herausgereicht werde. Der Bank entstünden insofern keine zusätzlichen Kosten, die zu vergüten wären. Der *BVKK* war zudem der Auffassung, dass „krumme“ Laufzeiten typisch seien. Die hierdurch auftretenden Berechnungsprobleme würden regelmäßig durch Interpolation überwunden. Viele Banken verwendeten als Pfandbriefreihen bestimmte Bundesbankreihen, bei denen wegen der Zeitpunktbezogenheit ebenfalls zu interpolieren sei.

g) Die Überlegung, dass die Bruttomarge auch die anfänglichen Kosten der Kunden-Akquise und der Kreditwürdigkeitsprüfung abdeckt, hielt *Herr Gottschalk* für diskussionswürdig: Da die Abschlusskosten – bis zum Verbot durch den BGH – häufig über eine gesonderte Abschlussgebühr abgedeckt worden seien, die in der Regel bei 1 Prozent der Darlehenssumme gelegen hätten, sei bei einem Darlehen mit zehnjähriger Zinsbindung ein Schaden von 0,1 Prozent pro Jahr anzusetzen, was dann der Abdeckung nicht amortisierter Fixkosten – nicht dem Ersatz eines entgangenen Gewinns – diene. Auch der *vzbv* sah einen Ansatz des Zinsmargenschadens allenfalls im Sinne einer „Vertriebspauschale“, die aber nur unter engen Voraussetzungen ersatzfähig sein könne. Nach Auffassung des *BVKK* könnten als „hohe Transaktionskosten“ allenfalls die Kosten für den Wechsel des Darlehens-

nehmers verstanden werden. Der *BVKK* hielt dagegen die Kosten der Neuakquise für sehr gering, da es ausreiche, leicht unter dem Marktniveau liegende Konditionen anzubieten. Betrachte man alle Kostenkomponenten, könne sich ein Kostenaufschlag von jährlich vielleicht 0,1 Prozentpunkten ergeben. Die jährliche Gewinnmarge, die üblicherweise mit 0,5 Prozentpunkten angesetzt würde, sei hierdurch nicht zu rechtfertigen.

h) Auf einen ähnlichen Zusammenhang wies *Herr Dübel* hin: Der Darlehensgeber könne – aufgrund hoher Transaktionskosten im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss – in den ersten Jahren der Darlehenslaufzeit nur negative Cashflows und erst in den späteren Jahren positive Cashflows erwirtschaften. Bei einer vorfälligen Rückzahlung ohne Margenzahlung werde der (spätere) positive Teil der Cashflows beschnitten, während die negativen Cashflows aus den ersten Jahren dem Darlehensgeber verblieben. Der Darlehensgeber müsse folglich für eine akzeptable Eigenkapitalrendite die Preisgestaltung ändern, entweder, soweit zulässig, durch eine Abschlussgebühr im Einzelfall oder aber im Wege einer Mischkalkulation über eine Erhöhung der Zinskonditionen. Auch im Hinblick darauf, dass Artikel 25 Absatz 3 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie von „möglicherweise entstandenen, unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten“ spricht, präferierte *Herr Dübel* für eine getrennte Bepreisung von Austritt und Nichtaustritt aus dem Darlehensvertrag.

i) *Herr Prof. Dr. Wimmer* wies ergänzend darauf hin, dass ein etwaiges neu ausgereichtes Darlehen für die Restlaufzeit nicht dieselbe Bruttomarge beinhalte wie das Ausgangsdarlehen. Prozentuale Margen einer z. B. insgesamt zehnjährigen Zinsbindung ließen sich nicht mit denen einer zum Ablösezeitpunkt bestehenden Restzinsbindung von z.B. zwei Jahren vergleichen.

j) Vor diesem – hier zusammengefassten – Hintergrund der Vorbehalte einiger Teilnehmer müssen die nachfolgenden Antworten gelesen werden, die implizit und explizit nur hilfsweise für den Fall gegeben wurden, dass der Zinsmargenschaden rechtlich erstattungsfähig bleiben sollte.

2. Bietet es sich an, den Zinsmargenschaden isoliert zu ermitteln (Aktiv-Aktiv-Methode und Passiv-Passiv-Methode) oder ist es – auch unter Transparenzgesichtspunkten – ausreichend, dass der Zinsmargenschaden lediglich integraler Bestandteil der Berechnung ist (heutiger Aktiv-Passiv-Vergleich)?

a) *Herr RiBGH Dr. Grüneberg, Prof. Dr. Wimmer*, die *DK* und der *GDV* hielten eine gesonderte Ermittlung auch unter Transparenzgesichtspunkten nicht für erforderlich; die *Verbände der Bausparkassen* hielten sie sogar für mit den Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts unvereinbar. *Die Verbände der Bausparkassen* und *die DK* vertraten, unter Transparenzgesichtspunkten biete die Aufspaltung keinen Mehrwert für den Kunden, da – so die *DK* – der Kunde beide Schadensposten begleichen müsse und ihm die Differenz nicht geläufig sei, zumal – so die *Verbände der Bausparkassen* – die Zinsmarge nicht vertraglich vereinbart wird. Die *DK* war der Ansicht, dass die Aktiv-Passiv-Methode besonders transparent und Missbrauch ausgeschlossen sei.

b) Soweit die Teilnehmer die materielle Ersatzfähigkeit des Zinsmargenschadens in Abrede stellten, wandten sie sich aus diesem Grund auch gegen die diesen Schadensposten integrierende Aktiv-Passiv-Methode. Der *BVKK* bemängelte zudem in diesem Zusammenhang ein Transparenzproblem: Bei der Aktiv-Aktiv-Methode könne der Darlehensgeber abstrakte Gewinnmargen nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nur bis 0,5 Prozentpunkten jährlich verlangen, darüber hinausgehenden entgangenen Gewinn müsse er konkret nachweisen. Anhand eines Beispiels legte der *BVKK* dar, dass die Aktiv-Passiv-Methode die Geltendmachung von deutlich höheren Gewinnmargen, im Beispiel etwa 1,4 Prozentpunkte, ohne konkreten Nachweis erlaube, so z.B. dann, wenn der ursprüngliche Bruttomargenaufschlag auf die seinerzeitigen Pfandbriefkonditionen 1,5 Prozentpunkte betrug, später bei Ablösung des Darlehens und unverändertem Zinsniveau (also keiner Zinsverschlechterung) dieser Aufschlag (abzüglich 0,1 Prozentpunkte für das ersparte Risiko), also 1,4 Prozentpunkte, als Zinsmargenschaden geltend gemacht werde. *Herr Dübel* sprach sich für eine klare Trennung der Kostenkomponenten aus.

3. Bietet es sich an, für den Zinsmargenschaden im Wege einer Vermutung einen bestimmten Wert vorzugeben (etwa 0,5 Prozentpunkte), wobei es den Parteien erlaubt ist, einen im Einzelfall höheren oder niedrigeren Schaden nachzuweisen?

a) Bedenken gegen eine Pauschalierung betrafen deren tatsächliche Grundlage sowie die Möglichkeiten des Nachweises durch Bank bzw. Verbraucher. Im Grundsatz befürwortet wurde eine Vermutung vom *BVKK*, während *Herr Gottschalk* und *Herr RiBGH Dr. Grüneberg* sie allenfalls unter engen Voraussetzungen für sinnvoll erachteten. *Prof. Dr. Knops*, die *DK*, der *GDV*, die *Stiftung Warentest* und die *Verbände der Bausparkassen* lehnten eine Vermutungsregelung ab.

b) Der *BVKK* führte für eine Vermutung eine bessere Praktikabilität an. Allerdings sollten die abstrakte Nettogewinnmarge leicht unterdurchschnittlich angegeben werden, da es dem Darlehensnehmer ungleich schwerer falle, eine geringere Zinsmarge nachzuweisen als Darlehensgebern eine höhere Marge nachzuweisen. Damit stünden die Banken häufig in der Pflicht, die Marge konkret nachzuweisen. Die statistische Basis für künftige Berechnungen verbessere sich auf diese Weise. Den Einwand des *GDV*, die vorgegebene Marge könne sich zulasten mancher Kunden als „Mindestmarge“ am Markt etablieren (s. im Folgenden unter d) hielt der *BVKK* nicht für stichhaltig: Wenn der Darlehensgeber einen Darlehensvertrag mit geringerer Marge abschließen, erhalte er bei dessen vorzeitiger Rückzahlung über die Pauschale nämlich sogar eine höhere Marge ersetzt als er ursprünglich einkalkuliert habe. Umgekehrt sei es für den Darlehensgeber jedenfalls auch kein Nachteil, wenn er einen Darlehensvertrag mit einer über der Pauschale liegenden Marge abschließen.

c) *Herr RiBGH Dr. Grüneberg* hielt eine Vermutung des Zinsmargenschadens nur für sinnvoll, wenn aus Transparenzgründen Zinsverschlechterungs- und Zinsmargenschaden separat zu ermitteln wären. Dann wäre eine solche Vermutung aus Sicht der Rechtsprechung sicherlich zu begrüßen, sofern deren Höhe in tatsächlicher Hinsicht auf gesicherter Grundlage stünde und richtlinienkonform sei. Auch *Herr Gottschalk* verlangte, dass eine Vermutungsregelung hinsichtlich der erfassten Kosten substantiiert sein und empirische Grundlagen haben müsse.

d) Der *GDV* hielt eine Vermutungsregelung für nicht zielführend: Bei Abschluss von Darlehen profitierten gute Kunden vom Bankenwettbewerb und erhielten niedrige Zinsmargen. Eine vorgegebene Marge könne sich als „Mindestmarge“ im Neugeschäft etablieren.

e) Die *Verbände der Bausparkassen* führten aus, dass eine für alle Darlehensarten und alle Kreditinstitute gleiche Vermutung die im Einzelfall geltenden vertraglichen Vereinbarungen außer Betracht lasse und daher, worauf auch der *GDV* hinwies, der vom konkret vereinbarten Vertragszins ausgehenden Schadensberechnung nicht gerecht würde. Auch *Prof. Dr. Knops* lehnte eine Pauschalierung ab, weil dies der unterschiedlichen Situation verschiedener Kreditinstitute nicht gerecht würde – ein Umstand, den auch die *Stiftung Warentest* kritisch sah.

f) Die *DK* bemängelte an einer Vermutungsregelung, dass die Bank höhere Margen im Einzelfall dann nachweisen müsste, was zu einer isolierten Betrachtung der Gewinnmarge und zur Offenlegung geschäftspolitischer Entscheidungen zwingen würde. *Prof. Dr. Knops* hielt umgekehrt eine Vermutungsregelung aus Verbrauchersicht für unzumutbar, da der Verbraucher den tatsächlichen Nettogewinn nie unter Beweis stellen könne. Aus demselben Grund sah die *Stiftung Warentest* in der Möglichkeit, einen höheren oder niedrigeren Schaden nachzuweisen, eine einseitige Begünstigung der Banken.

g) Zur Margenhöhe wies die *Stiftung Warentest* darauf hin, dass die Zinsmarge von 0,5 Prozent in der Praxis auch oftmals unterschritten werde. In diesen Fällen würde ein pauschaler Ansatz von 0,5 Prozent der Bank ermöglichen, über die Vorfälligkeitsentschädigung eine höhere als die bei Vertragsabschluss kalkulierte Marge zu vereinnahmen. *Herr Gottschalk* verwies auf seinen Vorschlag einer – Kunden-Akquise, Kreditwürdigkeitsprüfung und Objektprüfung abdeckenden – Zinsmarge von 1 Prozent (0,1 Prozentpunkte pro Jahr bei zehnjähriger Zinsbindung): Diese Position betreffe klar substantiierte Zusatzkosten und entspreche einer langjährigen Vertragspraxis, da entsprechende Abschlussgebühren in dieser Höhe von den Banken lange Zeit tatsächlich erhoben worden seien. Einen Wert von 1,0 Prozent sowie eine „Abschmelzung“ über die Vertragslaufzeit schlug auch *Herr Dübel* für die Fixkosten vor, allerdings zuzüglich etwaiger an Vermittler ge-

zahlte Kosten. Die Vermittlerkosten könnten etwa – wie in Großbritannien – von der Aufsicht erfasst und veröffentlicht werden oder vom Darlehensgeber im Einzelfall nachgewiesen werden.

V. Zur Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften:

1. Sollen Ersatzgeschäfte anrechenbar sein? In welchen Fällen?

a) *Prof. Dr. Löw*, dessen Methode ein Ersatzgeschäft unterstellt, war der Auffassung, dass dann, wenn im Ausnahmefall tatsächlich ein Dritter einen Vertrag über die verbleibende Restlaufzeit in derselben Höhe abschließe, die Realität und nicht die typisierende Fiktion seiner Berechnungsmethode zu Grunde zu legen sei.

b) Der *BVKK* stellte klar, dass ein vollständiger Wegfall der Pflicht zur Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung – auch des Zinsverschlechterungsschadens – nur dann anzunehmen sei, wenn das zweite Darlehen zu den ursprünglichen Konditionen fortgeführt werde. In diesem Fall träfen die Darlehensgeberin außer den Kosten für die Umschreibung keine weiteren Aufwendungen. Erstattungsfähig sollten dann lediglich diese Kosten sein. Für den Fall einer Vertragsübernahme erkannten dies der Sache nach auch die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* an.

c) Wie *Herr Dübel*, der *BVKK* und die *Stiftung Warentest* betonten, stellt sich im Übrigen die Frage der Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften nur, wenn der *Zinsmargenschaden* überhaupt grundsätzlich rechtlich erstattungsfähig bleibt (vgl. den Meinungsstand unter Frage IV. Vorbemerkung, S. 74 ff.)

d) Der *BVKK* war der Auffassung, im deutschen Recht sei auch sonst anderweitig erlangter Nettogewinn anzurechnen, wenn der Ersatzberechtigte aufgrund begrenzter Ressourcen nur eine beschränkte Anzahl an Geschäften abschließen könne und die Beendigung eines alten Vertrages daher einen neuen Vertrag erst ermögliche – so etwa im Fall des (nur über begrenzte Zeitressourcen verfügenden) Werkunternehmers gemäß § 649 BGB oder des (nur über eine begrenzte Zahl an Wohnungen verfügenden) Vermieters, der die Wohnung an einen Nach-

mieter vermiete. Ebenso seien Darlehensgeber durch die Anzahl der beleihbaren Objekte und die aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalunterlegungspflichten im Umfang der Darlehensvergabe begrenzt.

e) *Herr RiBGH Dr. Grüneberg*, dem sich *Prof. Dr. Wimmer* anschloss, hielt es für eine rechtspolitische Frage, ob Deckungsgeschäfte grundsätzlich anrechenbar seien. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssten sich Kaufleute Gewinne aus Deckungsgeschäften grundsätzlich nicht anrechnen lassen, weil ein Kaufmann den neuen Abnehmer ohnehin hätte beliefern können. Dieser Grundsatz – den auch die *Verbände der Bausparkassen* in ihrer Stellungnahme betonten – gelte auch dann, wenn es sich um denselben Vertragsgegenstand handle, dieser also strenggenommen nur ein einziges Mal mit Gewinn hätte verkauft werden können. Auf dieser Grundlage fuße auch die BGH-Rechtsprechung zur Vorfälligkeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung des BGH bestehe aber ausnahmsweise kein Anspruch eine Vorfälligkeitsentschädigung, wenn der Darlehensgeber im Rahmen des § 254 Absatz 2 BGB einen Ersatzdarlehensnehmer oder einen Sicherheitentausch akzeptieren müsse.

f) Diese Fälle griff auch *Prof. Dr. Knops* auf, der die Anrechenbarkeit von Ersatzgeschäften mit den schadensersatzrechtlichen Prinzipien des Bereicherungsverbots und der Vorteilsausgleichung begründete. Er wies zudem darauf hin, dass eine Vorfälligkeitsentschädigung nicht geschuldet sei, wenn der Kreditnehmer beim abzulösenden Gläubiger gleichzeitig einen Neukredit in übersteigender Höhe zu für den Kreditgeber jedenfalls nicht schlechteren Konditionen aufnehme. *Herr Dübel* hielt in diesem Fall allenfalls, soweit rechtlich zulässig, eine Verwaltungskostenpauschale für denkbar.

g) Die *Stiftung Warentest* sah ein anrechenbares Ersatzgeschäft als gegeben an, wenn die Darlehensrückzahlung unmittelbar ein Darlehensgeschäft bei derselben Bank auslöse. *Herr Gottschalk* vertrat die Auffassung, eine Anrechnung müsse beim Verkauf von Immobilien jedenfalls dann stattfinden, wenn die Bank auch den Kauf finanziere. Das werde außer beim Verkauf im Freundes- und Familienkreis dem Verbraucher aber regelmäßig nicht bekannt. Die Bank dürfe die Finan-

zierung des Kaufs wegen des Bankgeheimnisses auch nicht offen legen. Dies spreche gegen die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit des Zinsmargenschadens.

h) Die *DK* vertrat, dass es keine anrechenbaren Ersatzgeschäfte gebe: Der Begriff „Ersatzgeschäft“ suggeriere, die Bank hätte das Geschäft nur vornehmen können, weil der Kunde vorzeitig zurückgezahlt hätte. Kreditinstitute könnten, worauf auch Prof. Dr. Wimmer hinwies, den Kreditbedarf ihrer Kunden decken, ohne auf die Beträge aus etwaigen vorzeitigen Rückzahlungen angewiesen zu sein (zur abweichenden Einschätzung des *BVKK* siehe die Antwort zu Frage VII. 4. c), S. 98). Die Beschreibung von Sonderfällen führe zu nicht gewünschter Komplexität.

i) Ähnlich fiel die Bewertung des *GDV* aus: Anders als bei Rechtsgeschäften mit gegenständlichem Bezug sei es kaum möglich, Kriterien für eine Zuordnung des Ersatzgeschäfts (Personenkreis, zeitlicher Bezug) hinreichend konkret zu definieren. Es bestehe auch die Gefahr von Unsicherheiten, etwa wenn der Folgevertrag nicht vollständig durchgeführt oder widerrufen würde. Zudem laufe eine Anrechnung der Gewinnmarge auf eine Berechnung nach der Aktiv-Aktiv-Methode hinaus, die der *GDV* für unangemessen hält. Da der Darlehensgeber sich bereits im Darlehensvertrag zu einer Berechnungsmethode verpflichten müsse, sei – im Falle einer Vereinbarung der Aktiv-Passiv-Methode – die Berechnung nach der Aktiv-Aktiv-Methode auch vertragswidrig.

2. Eine Beschwerde der BaFin hatte folgenden Sachverhalt: Die Kreditnehmerin verkaufte die verpfändete Immobilie an ihren Sohn. Für die vorfristige Tilgung wurde eine Vorfälligkeitsentschädigung nach der Aktiv-Passiv Methode berechnet. Der Sohn finanzierte seinen Kredit beim gleichen Kreditinstitut. Die Kreditnehmerin berief sich darauf, dass der Zinsschaden der Bank in der Differenz des Zinsbetrages zwischen dem alten, von ihr getilgten Vertrag und dem Zinsanspruch der Bank gegenüber dem Sohn bestehe (5 Prozent / 2 Prozent).

a) Soll ein Kreditinstitut in den Fällen, in denen eine Weiterfinanzierung der verpfändeten Immobilie durch ein konnexes Neugeschäft stattfindet, eine Vorfälligkeitsentschädigung verlangen können?

aa) Die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* hielten eine Vorfälligkeitsentschädigung für angebracht, weil das Darlehen nicht zu den ursprünglichen Konditionen übernommen worden sei, was in der Praxis möglich sei. *Herr Dübel* und die *Verbände der Bausparkassen* wiesen zusätzlich darauf hin, dass der Zinssatz des konkreten Neuvertrags hier nicht ohne Weiteres für die Aktiv-Aktiv-Methode herangezogen werden könne, da dies nur möglich sei, wenn die Restlaufzeit exakt identisch sei. Im Rahmen der Differenzhypothese müssten dabei auch die jeweiligen Tilgungsverläufe berücksichtigt werden.

bb) Differenzierend hielten *Herr Gottschalk*, *Prof. Dr. Löw*, der *BVKK*, der *vzbv* und die *Stiftung Warentest* in dem geschilderten BaFin-Fall eine Vorfälligkeitsentschädigung hinsichtlich des Zinsverschlechterungsschadens für gerechtfertigt, nicht aber hinsichtlich eines etwaigen Zinsmargenschadens, da der Bank die Marge erhalten bleibe. Das gelte – so *Herr Gottschalk* – auch für den von ihm grundsätzlich befürworteten Zinsmargenschaden von 0,1 Prozent pro Jahr, da sich die Bank Kundenakquise und Projektprüfung sparen könne. *Prof. Dr. Löw* hielt zusätzlich eine Risikoadjustierung für geboten, falls Mutter und Sohn Darlehensnehmer unterschiedlicher Risikoklasse seien.

b) Wenn ja: Soll bei einem solchen konnexen Neugeschäft die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung gegebenenfalls speziell geregelt werden, bspw. durch den Ausschluss einer bestimmten Berechnungsmethode?

aa) *Prof. Dr. Löw*, der ohnehin typisierend ein Ersatzgeschäft annahm, der *BVKK*, die *DK* und der *GDV* sahen keinen Regelungsbedarf für einen Spezialfall, während *Herr Gottschalk* und die *Stiftung Warentest* ein Problem der Anwendung der Aktiv-Passiv-Methode sahen.

bb) Der *BVKK* hielt spezifische Berechnungsmethoden für Spezialfälle für ineffizient: Verbraucher würden verleitet, ihren Fall als einen unter die Ausnahmebe-

stimmung fallende Konstellation darzustellen, um von der Sonderregelung zu profitieren. Je nach Ausgestaltung der Methode bliebe der Darlehensgeber auf einem Teil des Schadens sitzen, den andere Darlehensnehmer durch höhere Neukonditionen tragen, also – ökonomisch ineffizient – querfinanzieren müssten. Kosten seien aber ursachenadäquat zuzurechnen. Der *GDV* war der Auffassung, eine Sonderregelung für bestimmte Fallkonstellationen führe zu steigender Intransparenz für den Kunden und erhöhtem Aufwand für die Institute.

cc) *Herr Dübel, Herr Gottschalk* und die *Stiftung Warentest* waren der Auffassung, es müsse zumindest sichergestellt sein, dass der Zinsmargenschaden nicht geltend gemacht werden könne. Daher – so *Herr Gottschalk* – sei die Aktiv-Passiv-Methode hier unzulässig.

VI. Zu den sonstigen Parametern:

1. Empfiehlt sich die Festlegung bestimmter Werte für die einzelnen Parameter (bei Aktiv-Passiv-Methode: Risikoprämie, ersparte Verwaltungskosten, zusätzliche Verwaltungskosten) im Wege von Vermutungen, die es den Parteien erlauben, einen im Einzelfall höheren oder niedrigeren Schaden nachzuweisen? Welche Werte wären hier sachgerecht?

a) Zu einer Vermutungsregelung allgemein

aa) *Herr RiBGH Dr. Grüneberg* verwies auf seine Ausführungen zur Festlegung einer Vermutung für die Zinsmarge, wonach eine Vermutungsregelung aus Sicht der Rechtsprechung zu begrüßen wäre, wenn die Werte auf einer gesicherten Grundlage stünden und richtlinienkonform seien. Im Übrigen fand die Idee einer Pauschalierung allgemein und speziell bei der Risikoprämie wenig Zuspruch.

bb) *Prof. Dr. Knops, Herr Gottschalk* und die *Verbände der Bausparkassen* lehnten eine Pauschalierung ab. *Prof. Dr. Knops* hielt die Festlegung der Vermutung bestimmter Werte für sämtliche Institute und Geschäftsfelder angesichts der Inhomogenität des Bankgeschäfts nicht für realitätsgerecht. Er betonte zudem, dass der Verbraucher einen niedrigeren Schaden nicht nachweisen könne und eine

Vermutung für den Verbraucher deshalb unzumutbar sei. Die *Verbände der Bausparkassen* wiesen darauf hin, dass dem Schadensersatzrecht eine gesetzliche Festlegung von Werten, die als Grundlage für die Parameter der Schadensberechnung dienen, fremd sei. Die gegenwärtige Rechtslage ermögliche eine Schadensberechnung unter Berücksichtigung der konkreten Besonderheiten des Einzelfalls und eine dem Wandel der Zeit gemäße dynamische Anpassung. Der *GDV* konnte sich eine Definition von Spannbreiten vorstellen, wie sie sich aus seiner Sicht auch in der Rechtsprechung abzeichne. Eine Festlegung auf eine konkrete Zahl sei nicht möglich, weil jedes Unternehmen seine Positionen individuell ermittle.

cc) Die *DK* sah in jeder Pauschalierung einen Widerstreit mit dem schadensersatzrechtlichen Prinzip der Vollentschädigung, hielt eine Pauschalierung einzelner Parameter aber für einen gangbaren Weg. Sie sah aber keine Grundlage für die Festlegung einzelner Parameter, da im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft verschiedene Werte genannt worden seien und die *DK* keinerlei Statistik über die einzelnen Werte führe, sodass sie auch keine Empfehlungen hierzu abgeben könne. Auch warf die *DK* die Frage der Anpassung der Werte an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse auf.

b) Zu einer Vermutungsregelung zur Höhe der Risikoprämie

aa) Der *BVKK* und die *Verbände der Bausparkassen* lehnten eine Pauschalierung der Risikoprämien ab: Sie wiesen – ebenso wie *Herr Gottschalk* und der *vzbv* – darauf hin, dass bei der Risikoprämie die Risiken des konkreten Vertrages entscheidend seien, etwa das allgemeine Rückzahlungsrisiko, der Beleihungsgrad des Objekts, die Kreditwürdigkeit sowie die Art des finanzierten Objekts.

bb) *Herr Gottschalk* und der *vzbv* forderten vor dem Hintergrund, dass der Verbraucher einen niedrigeren Schaden nie nachweisen könne, dass für die Risikoprämien hohe Werte angesetzt werden müssten: Der Abzug dürfe – so der *vzbv* vor dem Hintergrund des Artikel 25 Absatz 3 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie – keinesfalls zu einem über den tatsächlichen Risikokosten liegenden Kostenausgleich führen. *Herr Gottschalk* verlangte, dass lediglich eine vernachlässigbare

kleine Zahl von Darlehen nicht vollumfänglich abgedeckt werden dürfe. Daher seien marktdurchschnittliche Risikoprämien für 100 Prozent-Finanzierungen heranzuziehen, die – so zeigten Marktvergleiche – mit mindestens 0,5 Prozent anzusetzen seien.

cc) Zur Höhe der Risikoprämie bemängelte der *vzbv*, dass die in der Bankenpraxis bisher angesetzten Werte aus seiner Sicht nachweislich zu niedrig seien. Die mit den unterschiedlichen Beleihungsausläufen verbundenen Zinssprünge lägen „sehr deutlich über jenen 0,05 oder 0,06 Prozent, die in der Rechtsprechung vorgeblich anerkannt sein sollen“. Der *vzbv* bezweifelte, dass die Festlegung bestimmter Werte das Aktiv-Passiv-Modell als zulässiges Berechnungsverfahren „retten“ könne.

dd) Die *Verbände der Bausparkassen* berichteten, dass die von ihnen vertretenen Institute als Risikoabschlag Werte ansetzten, die sich im Rahmen der zuletzt nach ihrer Auffassung in der BGH-Rechtsprechung anerkannten Werte zwischen 0,014 Prozent und 0,15 Prozent bewegten.

ee) *Prof. Dr. Wimmer* wies für den Fall, dass keine Pauschalierung, sondern eine konkrete Berechnung der ersparten Risikoprämie erfolgen solle, darauf hin, dass hierfür zwei Wege bestünden, zum einen die prozentuale Erstattung der ursprünglich kalkulierten Risikokosten und zum anderen die Erstattung des zum Ablösezeitpunkt für den individuellen Darlehensnehmer bestehenden Restausfallrisikos. Aus finanzmathematischer Sicht hielt Herr *Prof. Dr. Wimmer* den letztgenannten Weg für zielführend, wobei auf das Ausfallrisiko zum Ablösezeitpunkt abzustellen sei; jedoch wäre diese individuelle Berechnung kaum kontrollfähig. Zur Frage einer differenzierten Berechnung nach Beleihungsausläufen wies *Prof. Dr. Wimmer* darauf hin, dass die in der Praxis vorgenommenen Aufschläge bei Übersteigungen von 60 Prozent des Beleihungswertes nicht ein erhöhtes Ausfallrisiko, sondern erhöhte Refinanzierungskosten der Bank widerspiegeln.

c) Zu einer Vermutungsregelung zur Höhe der Verwaltungskostenersparnis

aa) Der *BVKK* wies zunächst darauf hin, dass die Verwaltungskostenersparnis weit weniger variere als die Höhe der Risikoprämie und zwar nicht proportional zum Darlehensvolumen, von diesem aber auch nicht ganz unabhängig sei.

bb) Soweit die Verwaltungskostenersparnis näher erörtert wurde, wurde unterschiedlich beurteilt, ob Einzelkosten überhaupt erspart werden und ob der auf das einzelne Darlehen entfallende Anteil der Gemeinkosten erstattungsfähig sein sollte.

cc) *Prof. Dr. Löw* verwies darauf, dass sein Modell ohne Parameter für Verwaltungskosten auskomme, da die Kostenstruktur eingefroren werde. Es sei dem Darlehensnehmer nicht zuzumuten, Änderungen der Kostenstruktur der Bank seit Vertragsschluss zu tragen. Umgekehrt solle der Darlehensnehmer nicht von einer verbesserten Kostenstruktur profitieren. Betriebswirtschaftlich gesehen gebe es zudem keine Einzelkosten, die durch die vorzeitige Darlehensrückzahlung erspart würden. Es fielen nur Gemeinkosten an (z.B. Löhne), die allenfalls auf Basis eines Verrechnungsschlüssels dem einzelnen Darlehen zugeordnet werden könnten. Diese verminderten sich aber bei vorzeitiger Ablösung des einzelnen Darlehens nicht. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sah dies auch *Prof. Dr. Wimmer* so.

dd) Der *BVKK* vertrat demgegenüber, dass bei der Berechnung der Verwaltungskostenersparnis sowohl die Einzelkosten des Vertrages als auch der auf den Vertrag entfallende Anteil der Gemeinkosten zu berücksichtigen seien. Nachfolgende neue Verträge würden ebenso einen Teil der Gemeinkosten mitfinanzieren.

2. Ist der Verwaltungsaufwand für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung weiterhin ein erstattungsfähiger Schadensposten oder handelt es sich um einen Aufwand, den der Darlehensgeber im eigenen Interesse bzw. in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten betreibt und den er nicht auf den Darlehensnehmer abwälzen darf? Könnte die für das Kreditinstitut besonders vorteilhafte Aktiv-Passiv-Methode dadurch teilweise kompensiert werden, dass der streitanfällige, besonders schwer zu ermittelnde Aufwand

der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht mehr in Ansatz gebracht werden darf?

Die Einschätzung der Teilnehmer zur Erstattungsfähigkeit der Berechnungskosten war – zur Erstattungsfähigkeit überhaupt und zur Höhe – unterschiedlich.

a) Zur Erstattungsfähigkeit überhaupt

aa) Der *BVKK*, die *DK*, die *Verbände der Bausparkassen* und *Herr RiBGH Dr. -Grüneberg* hielten die Kosten für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung für einen grundsätzlich erstattungsfähigen Schadensposten, während *Herr Gottschalk*, *Prof. Dr. Löw*, *Prof. Dr. Knops*, die *Stiftung Warentest* und der *vzbv* dies ablehnten.

bb) *Herr RiBGH Dr. Grüneberg* vertrat die Auffassung, aus schadensrechtlicher Sicht handle es sich bei dem Verwaltungsaufwand für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung um einen erstattungsfähigen Schadensposten.

cc) Der *BVKK* hielt die Kosten der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung für erstattungsfähig, da sie nicht zum typischen vertragsgemäßen Ablauf gehörten und daher nicht mit dem Vertragszinssatz abgegolten seien. Solche Kosten, die unter einer vertragsgerechten Bedienung eines Darlehens stets anfallen, seien im Darlehenszins mit zu kalkulieren, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden könne, dass die Darlehensnehmer die Kosten unterschiedlicher Institute miteinander vergleichen könnten, ohne sich mit dem komplizierten Vergleich der detailreichen Spezifika eines Vertrags auseinandersetzen zu müssen (wie Kosten für die Kontoführung, Kosten für die Bearbeitung, Kosten für die Immobilienbewertung, Kosten für die Ausstellung einer Löschungsquittung). Das gelte dagegen nicht für die Bearbeitungsgebühren zur Erstellung einer Zinsschadensberechnung, denn die vorzeitige Ablösung gehöre nicht zu den Dienstleistungen, welche die Bank bei vertragsgemäßen Verläufen gegenüber ihren Kunden zu erbringen hat. Würde sie diese Kosten auch in den Darlehenszins einrechnen, so profitierten die ablöseswilligen Darlehensnehmer von einer Quersubventionierung durch die vertragstreuen

Darlehensnehmer. Auf den ungeplanten Charakter des Berechnungsaufwands verwies auch der *GDV*.

dd) *Herr Gottschalk, Prof. Dr. Knops* und die *Stiftung Warentest* betonten demgegenüber, dass der Darlehensnehmer ein Recht zur vorzeitigen Rückzahlung habe und – so *Prof. Dr. Knops* – der Darlehensgeber stets mit der vorzeitigen Rückzahlung zu rechnen habe und – so *Herr Gottschalk* – die Berechnung nur eine Kostenaufstellung in den gesetzlich erlaubten Fällen vorzeitiger Rückzahlung betreffe. Nach Auffassung von *vzbv* und der *Stiftung Warentest* nimmt der Darlehensgeber die Berechnung im eigenen Interesse bzw. in Erfüllung eigener Pflichten vor, was jedenfalls nach den Grundsätzen der Rechtsprechung als Kosten der allgemeinen Verwaltung nicht erstattungsfähig sein sollte.

ee) Die *DK* und die *Verbände der Bausparkassen* hielten dem entgegen, dass dies Überlegungen des AGB-Rechts seien, die sich nicht auf das Schadensersatzrecht übertragen ließen. Die *Verbände der Bausparkassen* betonten, dass im Schadensrecht beispielsweise auch Gutachterkosten erstattungsfähig seien, obwohl diese Kosten stets im eigenen Interesse des Gläubigers lägen. Auch würden – was auch der *GDV* anführte – die Kosten so verursacherbezogen getragen und verteuerten nicht die Preise für alle Darlehensnehmer.

ff) Anders bewertete *Prof. Dr. Knops* den schadensersatzrechtlichen Kontext: Wie ein Gläubiger seinen Anspruch errechne, sei grundsätzlich seine Sache. Zwar gehörten die Kosten der Schadensermittlung durch ein Sachverständigengutachten zu den mit dem Schaden unmittelbar verbundenen und gemäß § 249 BGB auszugleichenden Nachteilen, wenn und soweit die Begutachtung zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erforderlich und zweckmäßig sei. Da Banken aber in aller Regel selbst in der Lage seien, ihre eigenen Nachteile zu berechnen, sei ein Bedürfnis, sich diese Ermittlung durch den Kunden bezahlen zu lassen, nicht erkennbar.

gg) Aus betriebswirtschaftlicher Sicht vertrat *Prof. Dr. Löw*, dass nach seinem Modell die Kosten der Kreditrückzahlungsbearbeitung nicht erstattungsfähig seien.

Dies sei vertretbar, da es sich um Gemeinkosten handle und die Bearbeitung überwiegend maschinell erfolge.

b) Zur Höhe der Berechnungskosten

Zur Höhe wiesen die *Stiftung Warentest* und der *vzbv* darauf hin, dass Verbraucherzentralen mit 70 Euro pro Berechnung kostendeckend auskämen, obwohl sie einen höheren Aufwand als die – oft höhere Beträge verlangenden – Banken hätten: Die Verbraucherzentralen müssten alle relevanten Kreditdaten neu erfassen. *Herr Gottschalk* war der Auffassung, jedenfalls sollte kein pauschalierter Ersatz von über 100 Euro verlangt werden dürfen. Höhere Forderungen seien substantiiert zu begründen.

c) Zum Kompensationsgedanken

aa) Auf Ablehnung stieß, soweit ausdrücklich angesprochen, die Idee einer Kompensation in dem Sinne, dass der Berechnungsaufwand nicht erstattungsfähig sein sollte, um Vorteile der Aktiv-Passiv-Methode auszugleichen.

bb) Die *DK* und die *Stiftung Warentest* widersprachen bereits der Annahme, die Aktiv-Passiv-Methode sei für den Darlehensgeber besonders vorteilhaft. Falls es im konkreten Fall solche Vorteile gebe, bestehe – so die *Stiftung Warentest* – kein sach- oder betragsmäßiger Zusammenhang mit dem Berechnungsaufwand.

cc) Auch der *BVKK* äußerte, dass die Nachteile der Aktiv-Passiv-Methode aus Verbrauchersicht je nach Restzinsbindungsfrist erheblich variierten.

dd) *Herr Gottschalk* und der *BVKK* wiesen auch darauf hin, dass die Erstattung des Berechnungsaufwandes ein vergleichsweise marginales Problem sei. Ein Verbot der Geltendmachung dieses Aufwandes könne die weitaus größeren Unzulänglichkeiten der Aktiv-Passiv-Methode nicht kompensieren, die der *BVKK* in der über den Zinsverschlechterungsschaden hinausgehenden Vorfälligkeitsentschädigung sah.

ee) Der *vzbv* bemerkte, dass die Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* zugleich einen geringeren Berechnungsaufwand bewirke.

VII. Zum Verhältnis der anwendbaren Methoden:

1. Bietet sich die verbindliche Festschreibung der bisher angewandten Berechnungsmethoden (Aktiv-Aktiv- und Aktiv-Passiv-Methode) an? Sollten diese Methoden nebeneinander zulässig sein oder sollte eine Festlegung auf eine der beiden Methoden durch eine Rechtsnorm erfolgen?

a) Während die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* sich gegen eine Regelung aussprachen, befürworteten die übrigen Teilnehmer eine verbindliche Festlegung auf *eine* Berechnungsmethode, *Prof. Dr. Mülbart* jedoch nur für den Fall einer grundsätzlichen Abkehr von einer an den Maßstäben des Schadensersatzrechts orientierten Berechnung.

b) Die *DK* und die *Verbände der Bausparkassen* hielten eine verbindliche Festschreibung einer Methode nicht für erforderlich; weiterhin sollten Aktiv-Aktiv-Methode und Aktiv-Passiv-Methode nebeneinander zulässig sein. Der *BGH* sehe – so die *Verbände der Bausparkassen* – zu Recht die Aktiv-Passiv-Methode für Kreditinstitute als erforderlich an, denen es nicht möglich oder nicht zumutbar sei, die zurückgezahlten Darlehensvaluta laufzeitkongruent im Sinne der Aktiv-Aktiv-Methode anzulegen. Dies treffe insbesondere auf Bausparkassen zu, die Vorkaufdarlehen aufgrund bausparspezifischer Besonderheiten nicht zu beliebigen Laufzeiten vergeben könnten.

c) Der *BVKK* vertrat, dass angesichts dessen, dass die Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* am geeignetsten sei, sich die Frage nach der Zulässigkeit einer zweiten Berechnungsmethode nicht mehr stelle. Zudem wies der *BVKK* darauf hin, dass jedes Wahlrecht, sei es zugunsten der Bank oder des Verbrauchers, dazu führe, dass der Schaden entweder übertrieben werde (Wahlrecht der Bank) oder untertrieben werde (Wahlrecht des Verbrauchers), denn es gäbe nur einen einzigen tatsächlichen Schaden, das Wahlrecht aber werde opportunistisch ausgenutzt. Auch *Prof. Dr. Löw* selbst war der Auffassung, dass seine Methode als

verbindlich geregelt werden könne; hilfsweise könne die Aktiv-Passiv-Methode unter Festschreibung der Parameter verbindlich vorgeschrieben werden. Eine auf der Refinanzierungsseite aufbauende Schadensberechnung müsse dagegen mit zu vielen Fiktionen arbeiten und sollte nicht festgeschrieben werden.

d) *Prof. Dr. Knops* war der Auffassung, sowohl nach §§ 249 ff. BGB als auch nach den Richtlinienvorgaben sei eine einzige, objektiv zu ermittelnde Entschädigung geschuldet. Hiermit seien zwei Berechnungsmethoden nebeneinander, die dasselbe abzubilden versuchten, aber in der Praxis zu unterschiedlichen Ergebnissen kämen, unvereinbar. Der Gesetzgeber könne nur *eine* Methode festschreiben. Doch liege dann die Beantwortung der Frage, ob diese das europarechtliche Objektivitätserfordernis wahre, allein beim EuGH.

e) Die *Stiftung Warentest* hielt es aus Transparenzgründen für sinnvoll, nur eine Methode zuzulassen. Diese sollte so klar definiert sein, dass bei demselben Sachverhalt stets dasselbe Ergebnis herauskomme. Die Zulässigkeit von zwei Methoden mit unterschiedlichen Ergebnissen sei nicht sachgerecht und dem Verbraucher kaum verständlich zu machen.

f) Auch der *vzbv* präferierte die Festschreibung *einer* Berechnungsmethode: Das niedrigere Ergebnis von zwei nicht sicher nachvollziehbaren Methoden vorzugeben, sei keine essentielle Verbesserung. Auch müsste dann jeweils nach zwei Methoden gerechnet werden, was Aufwand und Kosten erhöhe.

g) *Herr Gottschalk* war der Auffassung, die bisherigen Aktiv-Aktiv- und Aktiv-Passiv-Berechnungsmethoden seien mangels Kontrollfähigkeit nicht zulässig. *Herr Dübel* lehnte beide Methoden ab.

2. Für den Fall, dass zwei Methoden nebeneinander für zulässig erklärt werden sollten: Empfiehlt es sich, jeweils von dem für den Verbraucher günstigeren Ergebnis auszugehen anstatt wie bisher dem Darlehensgeber ein Wahlrecht zuzugestehen?

a) Der *GDV* war für eine Beibehaltung des Wahlrechts des Darlehensgebers. Die *DK* und die *Verbände der Bausparkassen* sahen nach heutiger Rechtslage kein Wahlrecht des Darlehensgebers: Nach Artikel 247 § 7 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB werde im Darlehensvertrag verbindlich eine Methode vereinbart. Bei Vertragsschluss sei es – so die *DK* – auch nicht möglich zu beurteilen, welche Methode für den Darlehensnehmer günstiger sei. Die *Verbände der Bausparkassen* betonten, dass für Bausparkassen aufgrund bauparspezifischer Besonderheiten ohnehin regelmäßig nur die Aktiv-Passiv-Methode in Betracht komme.

b) Für den Fall, dass zwei Methoden nebeneinander für zulässig erklärt werden sollten, war der *vzbv* der Auffassung, dass die Annahme des für den Verbraucher günstigeren Ergebnisses dem Schadensminderungsgedanken entspreche. Die Wahl des günstigeren Ergebnisses könne ein Weg sein, um sicherzustellen, dass keine höheren als die tatsächlich entstandenen Kosten abgerechnet würden. Dies betreffe insbesondere die Fälle negativer Wiederanlagezinssätze beim Aktiv-Passiv-Vergleich, die bei einer echten Berechnung der Kosten nicht in Ansatz zu bringen seien (zur Berücksichtigungsfähigkeit negativer Wiederanlagezinssätze siehe die Diskussion in Punkt VII. 4. S. 97 ff.).

c) *Prof. Dr. Knops* war ebenfalls der Auffassung, dass wegen der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 BGB ein Wahlrecht des Darlehensgebers nicht bestehen könne. Die *Stiftung Warentest* sah ebenfalls keine Sachgründe dafür, weshalb sich der Darlehensgeber für die für ihn günstigere Methode entscheiden könne und hielt daher – bei Annahme eines Nebeneinanders zweier Methoden – die Annahme des verbraucherfreundlicheren Ergebnisses für vermutlich erforderlich.

d) *Prof. Dr. Löw* vertrat dagegen die Auffassung, dass dann, wenn eine Methode anerkannt sei, auch deren Ergebnis anerkannt sei. Das Ergebnis einer gewählten zulässigen Methode sei zu respektieren.

e) Der *BVKK* lehnte jede Wahl einer Berechnungsmethode ab, da dies nur eine Option sei, den Schadensersatzbetrag nach oben bzw. unten zu verzerren.

f) *Herr Gottschalk* war der Auffassung, die Idee eines Günstigkeitsvergleichs unterstelle eine nicht gegebene objektive Kontrollfähigkeit der Berechnungen. Die Parameter sowohl der Aktiv-Passiv-Methode als auch der Aktiv-Aktiv-Methode könnten tatsächlich so manipuliert werden, dass die Ergebnisse gleich ausfielen.

g) *Prof. Dr. Wimmer* vertrat die Auffassung, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht sowohl die Aktiv-Aktiv- als auch die Aktiv-Passiv-Methode zu demselben Ergebnis führen müssten, sodass sich die Frage nach einem Günstigkeitsvergleich nicht stelle.

3. Sollte die Aktiv-Passiv-Methode die Verwendung der Umlaufrendite von Hypothekendarlehen vorsehen oder gemäß dem Vorschlag von Prof. Dr. Kaserer (WM 2017, 213–222) unter Verwendung der Zinsstruktur von Nullkuponhypothekendarlehen gerechnet werden?

a) *Prof. Dr. Knops* hielt die Aktiv-Passiv-Methode im Rahmen der Verbraucherkreditrichtlinie und der Wohnimmobilienkreditrichtlinie für unzulässig und daher die Folgefrage nach der maßgeblichen Zinsstrukturkurve für nicht entscheidend. Es fanden sich keine klaren Befürworter der Zinsstruktur von Nullkuponpfandbriefen: *Herr Gottschalk* und die *Stiftung Warentest* sahen gewisse Vorteile dieser Zinsstrukturkurve, die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* lehnten sie ab.

b) Für den Fall, dass sich der Gesetzgeber weiterhin für den Aktiv-Passiv-Vergleich entscheiden sollte, führte der *BVKK* aus, dass eine Nullkuponanleihe ein thesaurierendes Wertpapier ist, während Pfandbriefe ihre Zinsen typischerweise jährlich ausschütten. Die Antwort auf diese Frage sei für die Berechnung der Zinsentschädigung unerheblich. Wer Nullkupon-Anleihen benutze, erspare sich in seinem Rechenprogramm die exakte Modellierung jährlicher Pfandbriefausschüttungen. Wer die Nullkupon-Anleihen nicht nutze, habe in seinem Rechenprogramm die Spezialität jährlicher Ausschüttungen nachzubilden und gelange damit zum gleichen rechnerischen Ergebnis.

- c) Die *Stiftung Warentest* hielt beide Zinsstrukturkurven für sachgerecht und sah bei der von der Deutschen Bundesbank auf der Basis der Renditen für Pfandbriefe abgeleiteten Zinsstruktur von hypothetischen Zerobonds den Vorteil, dass die Zinssätze direkt zur Abzinsung des Zahlungsstroms verwendet werden könnten und die Berechnung dadurch leichter nachvollziehbar sei.
- d) Herr *Gottschalk* sah als Hauptproblem der Aktiv-Passiv-Methode die mangelhafte Überprüfbarkeit der ersparten Risiko- und Verwaltungskosten, die auch der *vzbv* betonte. Erst wenn dieses Problem gelöst sei, sei – so *Herr Gottschalk* – eine Regelung der statistischen Quelle der anzusetzenden Renditen empfehlenswert. Für Nullkuponzinskurven spräche die einfachere Nachvollziehbarkeit, da die finanzmathematische Komplexität in die Berechnung der synthetischen Renditen mit autoritativer Quelle verlegt werde. Der *vzbv* sah es als einen von Prof. Dr. Kaserer aufgezeigten Fehler der Aktiv-Passiv-Methode an, die Zinsstrukturkurve nicht festzulegen, und wollte es den Experten überlassen, ob die Methode von Prof. Dr. Kaserer gegenüber der Methode von *Prof. Dr. Löw* Vorteile biete.
- e) *Prof. Dr. Löw* sah bei Anwendung der Nullkupon-Anleihen allenfalls geringfügige Unterschiede zum jetzigen Aktiv-Passiv-Vergleich und keine echte Verbesserung.
- f) Der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* führten aus, dass Nullkuponpfandbriefe am Markt nicht verfügbar seien und daher – im Gegensatz zu Hypothekendarlehen - keine mögliche Anlageform seien. Der *GDV* hielt die Umlaufrendite auch aus Kundensicht für nachvollziehbar.
- g) Die *DK* führte zahlreiche Argumente gegen die Nullkuponhypothekendarlehenpfandbriefkurve der Deutschen Bundesbank an: So würden die Basiswerte einer Zinsstrukturkurve für den gesamten Darlehenpfandbriefmarkt entnommen. Eine Trennung zwischen Darlehenpfandbriefen und öffentlichen Darlehenpfandbriefen erfolge nicht. Es handle sich um Schätzwerte. Die im zitierten Aufsatz getroffene Annahme, dass sich die Zinsstrukturkurven der Öffentlichen Darlehenpfandbriefe und der Darlehenpfandbriefe nicht bzw. nur vernachlässigbar unterschieden, sei nicht nachvollziehbar. Die für Ableitung der Nullkuponpfandbriefkurve herangezogene Methode

(sog. Svensson-Methode) sei von der Deutsche Bundesbank in erster Linie zum Zwecke geldpolitischer Analysen eingeführt worden und vergrößere die Transparenz nicht. Demgegenüber spreche für die Verwendung der Umlaufrendite der Hypothekendarlehen, dass diese den BGH-Anforderungen eines Wiederanlagewerts zu allgemein zugänglichen Quellen und basierend auf tatsächlich durchgeführten Geschäften entspreche, da die Bundesbankstatistik auf tatsächlichen Geschäften beruhe. Hypothekendarlehen hätten zudem eine der Bankenpraxis adäquate Risikostruktur und ihre Maßgeblichkeit hätte nicht zu Fehlern geführt. Durch Beibehaltung der Berechnung auf Grundlage von Hypothekendarlehensrenditen könnten Umstellungskosten vermieden werden.

h) *Prof. Dr. Wimmer* hielt für entscheidend, dass eine konkrete, der Bundesbankstatistik zu entnehmende Hypothekendarlehenrenditenkurve vorgegeben wird. Ansonsten wichen die Berechnungen schon aufgrund unterschiedlicher Zinskurven voneinander ab.

4. Einzelne bei der BaFin eingehende Beschwerden werfen den Kreditinstituten vor, tatsächlich keine kurzfristigen Anlagen in Hypothekendarlehen vorzunehmen und bewusst einen höheren als den tatsächlichen Schaden auszuweisen. Mittlerweile fließen in die Berechnung die negativen Renditen von Hypothekendarlehen mit kurzfristiger Restlaufzeit ein. Hier lautet der Vorwurf von den Beschwerdeführern, dass sie die Negativrenditen nicht zu verantworten hätten. Wie schätzen Sie diese Argumentation ein?

a) Während *Prof. Dr. Wimmer*, die *DK*, der *GDV* und die *Verbände der Bausparkassen* die Ansetzbarkeit negativer Zinsen für möglich hielten, sahen *Herr Gottschalk*, *Prof. Dr. Knops*, *Prof. Dr. Löw*, die *Stiftung Warentest* und der *vzbv* die Maßgeblichkeit negativer Zinsen kritisch. Bemängelt wurde, dass eine negative Anlage durch die Bank in tatsächlicher Hinsicht unrealistisch sei und schadensersatzrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Schadensminderungspflicht, widerspreche.

b) Die *DK* und die *Verbände der Bausparkassen* hielten negative Renditen im Rahmen der Aktiv-Passiv-Methode unter schadensersatzrechtlichen Gesichts-

punkten für ansetzbar. Auch die Kreditinstitute hätten auf die Zinsentwicklung keinen Einfluss. Die *DK* argumentierte, negative Zinsen seien im Rahmen der allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätze wie gesunkene Zinsen zu behandeln. Der Gedanke einer Übervorteilung des Verbrauchers beruhe darauf, dass es zu einer Vorfälligkeitsentschädigung kommen könne, die den bei Vertragsschluss errechneten Gesamtbetrag übersteigt. Dies könne aber gerechtfertigt sein. Im Negativzinsumfeld sei die Geldanlage nicht mehr ausschließlich mit einem positiven Ertrag verbunden. Ein Ausschluss negativer Wiederanlagerenditen sei ein abzulehnender systemwidriger Eingriff in das Schadensersatzrecht. Die *Verbände der Bausparkassen* betonten, dass Bausparkassen nach § 4 des Gesetzes über Bausparkassen gehalten seien, freie Mittel grundsätzlich in besonders risiko- und renditearme Produkte anzulegen. Der *GDV* argumentierte, dass Versicherer zwar grundsätzlich Kapitalanlagen mit negativer Verzinsung vermieden. Allerdings hätten auch die Darlehensgeber die Negativrenditen am Hypothekendarlehenmarkt nicht zu vertreten. Der Darlehensnehmer profitiere zudem auch von einem negativen Basiszinssatz. *Prof. Dr. Wimmer* war der Auffassung, die Berechnungsmethode müsse konsistent angewendet werden, was Negativzinsen einschlieÙe.

c) *Prof. Dr. Knops* sah – den der BaFin vorgetragenen Sachverhalt als zutreffend unterstellt – hierin einen Beleg für die Untauglichkeit der Berechnungspraxis. *Prof. Dr. Löw* wies darauf hin, dass die Kunden – betriebswirtschaftlich korrekt – in der Sache eine Wiederanlage gleicher Risikoklasse verlangten. Der *BVKK* meinte, dass zwar ohne Gewicht sei, dass die Verbraucher die Nullzinspolitik nicht zu verantworten hätten. Tatsächlich sei aber davon auszugehen, dass die Rückzahlungen neue Darlehensgeschäfte ermöglichten und somit positive Renditen erwirtschaftet würden. Kreditinstitute hätten für jedes Geschäft eine Kapitalunterlegungspflicht und könnten daher gerade nicht jedes an sie herangetragene Geschäft finanzieren. Ergänzend führte der *BVKK* aus: Im Zuge der Umsetzung der Basel III-Vorschriften, geltend ab dem 1. Januar 2014, hätten viele Institute bei größeren Volumina bestehende Engagements nicht prolongiert, denn sie hätten dafür ab diesem Zeitpunkt weit mehr Eigenkapital hinterlegen müssen und seien deshalb bemüht gewesen, das Verhältnis von Gesamtdarlehensumfängen dividiert durch das Eigenkapital abzusenken. *Herr Gottschalk* und der *vzbb* waren ebenfalls der Ansicht, es sei unrealistisch, dass eine Bank die ihr zufließenden Gelder zu

negativen Zinsen anlege. *Herr Gottschalk* führte aus, solange die Deutsche Bundesbank keine abweichenden Erkenntnisse habe, sollten daher keine negativen Renditen in Ansatz gebracht werden können. Nach Auffassung der *Stiftung Warentest* wäre es unverständlich, bei der Bank Negativrenditen anzusetzen, solange der Kunde selbst das Geld risikolos als Tages- und Festgeld mit positiven Zinsen anlegen könne.

d) *Prof. Dr. Knops* war zudem der Ansicht, es sei mit dem Schadensersatzrecht der §§ 249 ff. BGB unvereinbar, den Schadensersatzanspruch durch das Einstellen von Negativrenditen zu erhöhen. Der *vzbv* meinte ebenfalls, dass eine Anlage zu negativen Renditen mit der Schadensminderungspflicht unvereinbar sei. Vielmehr müsse selbst im ungünstigsten Fall unterstellt werden, dass der Darlehensgeber das Geld schlicht ohne Anlage liegen lasse. Die *BaFin* erläuterte hierzu auf Nachfrage, dass es aus ihrer Sicht keine tatsächliche Möglichkeit für die Banken gebe, das Geld ohne Zusatzkosten „liegen zu lassen“: Selbst wenn die Darlehensvaluta als Bargeld aufbewahrt würde, fielen für diese Verwahrung, etwa in einem Tresor, Kosten an. Die *Stiftung Warentest* war der Ansicht, vom Verbraucher könne nicht verlangt werden, bei vorzeitiger Rückzahlung mehr Zinsen zu zahlen, als er der Bank vertraglich schulde.

5. Ist es realistisch bzw. erfolgversprechend, *de lege ferenda* eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung einer Vorfälligkeitsentschädigung dahingehend zu verlangen, ob tatsächlich entsprechend der Berechnung Hypothekendarlehenpfandbriefe durch das Kreditinstitut angeschafft wurden?

a) Einen Nachweis hielt allein der *BVKK* in einem bestimmten Regelungskontext für vorstellbar.

b) *Prof. Dr. Knops* war der Auffassung, dass sich angesichts der von ihm vertretenen Europarechtswidrigkeit der Aktiv-Passiv-Methode solche Überlegungen erübrigten.

c) Die *DK* war der Ansicht, dass der Grundsatz der Naturalrestitution nach § 249 Absatz 1 BGB als dispositives Recht in der Praxis abgedungen und durch

einen generellen Geldersatzanspruch ersetzt werde. Daher scheidet ein Nachweis der konkreten Wiederanlage des vorfällig zurückgezahlten Betrages aus. Darauf, ob das Kreditinstitut Hypothekendarlehenpfandbriefe angeschafft habe, komme es – ebenso wie bei der Aktiv-Aktiv-Methode – bei abstrakter Schadensberechnung nicht an. Auf eine Offenlegungspflicht sollte daher verzichtet werden. Eine Überprüfung der Schadenshöhe mittels tatsächlicher Anlage sei ein „systemwidriges Sonderprozessrecht“.

d) Auch *Herr Gottschalk* betonte den Charakter als abstrakte Berechnung und hielt einen Nachweis nicht für zielführend: Lege die Bank tatsächlich zu höheren Zinsen an, so könne sie sich das damit verbundene erhöhte Ausfallrisiko anrechnen lassen.

e) *Herr Dübel, Herr Gottschalk, Herr Prof. Dr. Wimmer*, die *Verbände der Bausparkassen*, der *vz bv* und die *Stiftung Warentest* hielten die Nachprüfbarkeit für unrealistisch, da eine direkte Zuordnung der zugeordneten Darlehensvaluta zu einer konkreten Wiederanlage in der Praxis nicht gegeben sei.

f) Der *GDV* hielt den Aufwand für unververtretbar, bei der Wiederanlage tatsächliche Einzelgeschäfte zu tätigen, nur um den Nachweis der Wiederanlage erbringen zu können. Fordere man die tatsächliche Wiederanlage, müssten aufgrund der geringen Anzahl der Hypothekendarlehenpfandbriefe mit bestimmter Laufzeit zusätzlich auch andere Anlageformen zugelassen werden. Der Nachweis der tatsächlichen Wiederanlage fordere zugleich die Offenlegung unternehmensinterner Daten und greife in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein.

g) Der *BVKK* konnte sich vorstellen, dem Darlehensgeber gesetzlich eine abstrakte Schadensberechnung nach der Methode von *Prof. Dr. Löw* aufzuerlegen. Der Darlehensgeber könne dann, argumentierend anhand der einzelnen Rückzahlung, den Abschluss einer niedriger verzinsten Wiederanlage (Hypothekendarlehenpfandbriefe, Darlehensausgabe) nachweisen und den Schaden danach berechnen, falls kein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorliege.

VIII. Zur Transparenz der Berechnung:

1. **Wie kann die Transparenz der Vorfälligkeitsentschädigung im Vertrag und zum Zeitpunkt der Abrechnung erhöht werden? Bietet sich eine Regelung an, nach der der Darlehensgeber bereits im Darlehensvertrag die einzelnen Parameter, beispielsweise die angesetzte Risikoprämie, gesondert ausweisen muss? Bietet es sich an, dass der Darlehensgeber bereits im Darlehensvertrag die Wiederanlageprodukte (insbesondere bei der Aktiv-Passiv-Methode) genau bezeichnen muss?**

a) Die *Verbände der Bausparkassen* hielten die Transparenz für ausreichend gewährleistet: Sie verwiesen auf Artikel 247 § 7 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB. Hiernach muss der Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag klar und verständlich formulierte Angaben [...] zu den Voraussetzungen und der Berechnungsmethode für den Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung enthalten, soweit der Darlehensgeber beabsichtigt, diesen Anspruch geltend zu machen, falls der Darlehensnehmer das Darlehen vorzeitig zurückzahlt. Weiter verwiesen sie auf die Informationspflicht nach § 493 Absatz 5 BGB. Eine Festlegung von Einzelparametern im Vertrag wie der Verwaltungskosten hielten die *Verbände der Bausparkassen* dagegen nicht für möglich, da diese Kosten erst zum Rückzahlungszeitpunkt feststünden und beispielsweise sich die Personalkosten und der EDV-Aufwand noch verändern könnten. Zudem sei die Rechtsprechung zum Rückzahlungszeitpunkt maßgeblich. *Prof. Dr. Knops* verwies ebenfalls auf die Transparenzanforderungen aus Artikel 247 § 7 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB. Transparenz- und Sanktionslücken bestünden hingegen bei Vorfälligkeitsentschädigungen mit Unternehmern als Darlehensnehmern und im Bereich der Nichtabnahmeentschädigung.

b) Die *DK* hielt die Transparenz durch Hinweispflichten auf das Vorfälligkeitsrisiko und das Angebot von Produkten mit variablem Zins, Abschnittsfinanzierungen und Sondertilgungsrechten im Rahmen der Beratung für gewahrt. Ein gesonderter Ausweis der Risikoprämie sei nicht sinnvoll, weil damit Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden müssten. Ebenso wenig sei eine genaue Bezeichnung der Wiederanlageprodukte sinnvoll. Diese ergäben sich aus der Rechtsprechung. Ob deren Angabe die Transparenz für den Verbraucher erhöhen würde, sei fraglich.

c) Der *GDV* betonte, dass für die Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung spezielle finanzmathematische Kenntnisse erforderlich seien. Die Darstellung der Parameter im Vertrag erhöhe daher nicht die Transparenz. Im Gegenteil stifte die Angabe der Parameter, die den Großteil der Darlehensnehmer gar nicht betreffe, Verwirrung. Eine Festlegung auf eine bestimmte Anlageart wäre zudem ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit.

d) Die *Stiftung Warentest* sah Verbesserungspotential bei der Transparenz durch die klare Vorgabe *einer* Berechnungsmethode und ihrer Parameter sowie den Ausschluss des Zinsmargenschadens. Falls an der jetzigen Praxis weitgehend festgehalten werden sollte, sollten die im Zinssatz einkalkulierten Risiko- und Verwaltungskosten bereits im Darlehensvertrag angegeben werden. Auch *Herr Gottschalk* war der Auffassung, dass eine Beibehaltung der Aktiv-Passiv-Methode nur dann möglich sei, wenn die einzelnen Parameter – insbesondere die Risikoprämie – im Darlehensvertrag in einer im Einzelfall zutreffenden Höhe oder unter vergleichsweise hohen Werten gesondert ausgewiesen würden.

e) Der *vzbv* stand dem skeptisch gegenüber: Durch die vertragliche Vereinbarung bestünde die Gefahr, dass unrealistisch geringe Angaben zu Risikoabschlägen und Verwaltungskosten der Kontrolle entzogen würden. Da der Verbraucher die Werte in ihrer Plausibilität nicht prüfen könne, sei Streit darüber zu erwarten, ob diese Werte „vereinbart“ seien. Artikel 25 Absatz 3 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie spreche zudem von den „unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten“, nicht etwa den „angegebenen Kosten“. Über die wahren Kosten der vorfälligen Rückzahlung dürfe eine Vereinbarung nicht hinausgehen. Der einzig gangbare Weg wäre, im Vertrag so hohe Werte anzusetzen, dass stets verbrauchergünstig die wahren Abschläge überschritten und somit die tatsächlichen Kosten unterschritten würden.

f) *Prof. Dr. Löw* verwies darauf, dass bei seiner Berechnungsmethode der risikolose Zins bereits im Vertrag ausgewiesen werden solle. Es solle zudem auf die Pflicht zur Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung hingewiesen werden für den Fall, dass sich Zinskonditionen für ein Alternativdarlehen über die Restlaufzeit verschlechtert haben. Der *BVKK* befürwortete unter Zugrundlegung der Methode

von *Prof. Dr. Löw* ebenfalls eine Ausweisung des EONIA-Satzes im Darlehensvertrag.

2. Wäre es möglich und sinnvoll, seitens der *DK* und/oder der Verbraucherschutzverbände ein öffentliches Tool im Internet anzubieten, mit dem die Berechnungen der Vorfälligkeitsentschädigung durch den Verbraucher nachvollzogen werden können?

a) Während *Prof. Dr. Löw* – bezogen auf seine Berechnungsmethode – und die *Stiftung Warentest* diese Frage bejahten, lehnten *Herr Gottschalk* und die *Verbände der Bausparkassen* ein entsprechendes Tool ab. *Prof. Dr. Knops*, der *BVKK* und der *vzbv* hielten den Nutzen für die Nachvollziehbarkeit der Berechnung für begrenzt.

b) *Prof. Dr. Löw* hielt das Tool bei seiner Berechnungsmethode für besonders einfach möglich, bei den bisherigen Methoden zwar für grundsätzlich möglich, wollte sich insoweit aber dem Rat der anderen Teilnehmer anschließen.

c) Die *DK* hielt ein Tool grundsätzlich für geeignet, die Nachvollziehbarkeit für Verbraucher zu erhöhen. Allerdings stünden im Internet bereits zahlreiche solcher Rechner zur Verfügung. Würde ein Rechner vorgeschrieben, wären die Auswirkungen auf den Auskunftsanspruch des Darlehensnehmers aus § 493 Absatz 5 BGB zu klären.

d) *Herr Gottschalk* kritisierte: Solange die Berechnungsparameter nicht nachprüfbar und möglicherweise unzutreffend seien, würde das Tool eine nicht bestehende Korrektheit vortäuschen. Die *Verbände der Bausparkassen* betonten ebenfalls, dass das Tool allenfalls die Berechnung, nicht aber die Parameter überprüfen könnte: Letztere hingen nach der Rechtsprechung vom Einzelfall ab. Der *GDV* äußerte, dass aufgrund der Vielfalt der in der Praxis verwendeten Tools und der individuellen Schadensberechnung durch den Darlehensgeber ein Internet-Tool nur Näherungswerte liefern und es zu Abweichungen kommen könne.

e) Der *BVKK* meinte, sinnvoll wäre - allenfalls zur Vermeidung von Streit - ein zwischen *DK* und Verbraucherschutzseite abgestimmtes Produkt. Gleichwohl seien bereits heute die auf beiden Seiten des Marktes angewandten Programme nicht wesentlich unterschiedlich. Das Problem sei, dass beide Seiten sie mit unterschiedlichen Parametern fütterten und dabei behaupteten, die Daten korrekt herzuleiten. *Herr Dübel* hielt entsprechende Tools bereits heute für gegeben und betonte ebenfalls die Bedeutung der Parameter, insbesondere befürwortete er eine zuverlässige Refinanzierungskostenbestimmung.

f) *Prof. Dr. Knops* hielt die Idee eines Tools für wahrscheinlich sinnvoll, wies aber darauf hin, dass Banken ihren Anspruch als Gläubiger darzulegen und zu beweisen hätten. Ohne transparente Berechnung und Kenntnis der tatsächlichen Umstände könne kein Kunde jemals erfolgreich substantiierte Bedenken geltend machen.

g) Der *vzbv* betonte, dass ein Tool nicht die Vorgabe einer akkuraten Berechnungsmethode ersetzen könne. Je nach Methode wäre auch kritisch, ob die Parameter vom Verbraucher korrekt verstanden und eingegeben werden.

IX. Zu den praktischen Auswirkungen:

Wie schätzen Sie die Auswirkungen einer gesetzlichen oder im Verordnungswege zu treffenden Regelung einer der in Nummer I. – VIII. genannten Maßnahmen auf Verbraucher und Kreditinstitute ein?

1. *Herr Gottschalk* und die *Stiftung Warentest* unterstützten eine Kodifizierung der von Herrn *Prof. Dr. Löw* entwickelten Berechnungsmethode wegen der externen Kontrollfähigkeit, da weder Schätzwerte noch die Offenlegung interner Kalkulation erforderlich seien. *Herr Gottschalk* forderte dies in der Form eines beidseitigen Ausgleichsanspruchs, da der Darlehensgeber nie mehr erhalten dürfe als den Barwert der künftigen Zahlungsverpflichtungen. Die *Stiftung Warentest* betonte, dass die Vorteile der Berechnungsmethode von *Prof. Dr. Löw* weitgehend verloren gingen, wenn zusätzlich der Zinsmargenschaden erstattungsfähig wäre. *Prof. Dr. Löw* selbst hatte die Einschätzung, dass nach seiner Methode Ergebnis-

se erzielt würden, die sehr nahe an dem liegen würden, was bei Vertragsfortsetzung zu entrichten gewesen wäre. Nach dem Verlauf der Sitzungen sei davon auszugehen, dass hiermit nur geringfügig niedrigere Zahlungen als bisher zu leisten seien.

2. *Prof. Dr. Knops* schätzte die Auswirkungen der Maßnahmen als sehr gering ein, da die dem Einzelfall nie gerecht werdenden Fiktionen und Schätzungen nicht beseitigt würden.

3. Nach Auffassung der *Verbände der Bausparkassen* beruhen die in der bisherigen Rechtsprechung anerkannten Berechnungsmethoden auf den geltenden Grundsätzen des Schadensersatzrechts. Deren Änderung würde die Vorfälligkeitsentschädigung vom Schadensersatzrecht der §§ 249 ff. BGB abkoppeln und damit zu Rechtsunsicherheit für beide Parteien führen. Eine gesetzliche Festlegung der Parameter – ggf. auch nur im Vermutungswege – würde dem Gebot der Schadensberechnung unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles nicht gerecht.

4. Der *vzbv* verwies darauf, dass letztlich jede Regelung, die vor dem EuGH Bestand haben solle, transparent sein müsse. Bei einer Festlegung der Parameter müsse stets gewährleistet sein, dass die tatsächlichen Kosten des Darlehensgebers nicht überschritten und die tatsächlichen Ersparnisse des Darlehensgebers nicht unterschritten würden.

5. Die *DK* schickte voraus, dass eine realistische Einschätzung die Kenntnis der genauen Ausgestaltung einer konkreten Regelung voraussetze. Jede Abweichung vom geltenden Prinzip der Vollentschädigung erschwere - was auch die *Verbände der Bausparkassen* betonten - die deutsche Kultur der Langfristfinanzierungen mit Festzinsvereinbarungen. Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern zeigten, dass dies zu einer Verteuerung oder gar zum weitgehenden Verschwinden langfristiger Festzinsdarlehen führe (siehe hierzu die abweichende Einschätzung von *Prof. Dr. Knops* unter Punkt X.5., S. 108). Langfristige Festzinsdarlehen böten dem Verbraucher besonders günstige Zinsen und Planungssicherheit. Eine Verteuerung langfristiger Darlehen gehe zu Lasten einkommensschwä-

cherer Darlehensnehmer, die dann zu vermeintlich günstigeren variablen Finanzierungen wechselten. Zudem verwies die *DK* auf den von der *BaFin* eingebrachten Hinweis bezüglich der Auswirkungen auf das Zinsrisikomanagement (siehe Punkt C. II.3.c) bb (4) – S. 24 f. des Berichts). Da die erwarteten Zahlungsströme – so die *DK* – nach betriebswirtschaftlicher und aufsichtsrechtlicher Definition nur bei der Aktiv-Passiv- und Aktiv-Aktiv-Berechnung gesichert seien, müssten bei anderen Berechnungsmethoden der Vorfälligkeitsentschädigung gegebenenfalls neue Vorgehensmodelle entwickelt werden. In der Konsequenz müssten bei der heutigen langfristigen Festzinskultur neue Methoden zur Messung und Bepreisung der entstehenden Risiken und erhöhten Eigenkapitalanforderungen entwickelt werden.

6. Der *GDV* war der Auffassung, dass die Festlegung strikter Regeln, die die Geltendmachung eines angemessenen Schadensersatzes ausschließen, zu höheren Darlehenszinsen führen müsste und daher nicht im Verbraucherinteresse liege.

7. Der *BVKK* betonte, dass die Auswirkungen einer Regelung von ihrem Konkretisierungsgrad und dem hiermit verbundenen Auslegungsspielraum der Gerichte sowie von den vorgesehenen Sanktionen abhingen.

8. *Herr Dübel* sah als Ziel einer Regelung, die Vorfälligkeitsentschädigung auf die Kosten zu beschränken und Anreize für eine Liquiditätszufuhr in Krisen zu schaffen.

X. Zur Frage der Kodifikation der Berechnung:

Befürworten Sie eine Kodifikation der Berechnungsmethode/n? Sollte in diesem Falle die Möglichkeit für Kreditinstitute vorgesehen werden, abweichende günstigere Regelungen vertraglich zu vereinbaren (z.B. Deckelungen der Vorfälligkeitsentschädigung)?

1. Während die Teilnehmer überwiegend eine Kodifikation begrüßten, hielten die *DK* und der *GDV* eine solche nicht für erforderlich, die *Verbände der Baus-*

parkassen lehnten sie ab. Nach ihrer Auffassung sollte die Ausgestaltung der zulässigen Berechnungsmethoden der Rechtsprechung überlassen bleiben. Die *Verbände der Bausparkassen* wiesen darauf hin, dass Verbraucher sich schon heute Sondertilgungsrechte einräumen lassen oder eine Finanzierung wählen können, bei der - wie etwa bei einem Bauspardarlehen - vertraglich eine vorzeitige Tilgung ohne Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung ermöglicht wird. Der *GDV* befürwortete für den Fall, dass es zu einer Kodifikation kommen sollte, eine Kodifikation der Aktiv-Passiv-Methode.

2. Nach Auffassung von *Prof. Dr. Löw* sollte entweder eine Berechnungsmethode oder aber eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei Berechnungsmethoden geregelt werden, wobei dann die maßgebliche Berechnungsmethode bereits *ex ante* im Vertrag vereinbart werden müsse.

3. Der *vzbv* hielt eine Regelung für dringend geboten. Er wies auf seine erheblichen europarechtlichen Bedenken an der aktuellen Berechnung hin und forderte eine notwendigerweise korrekte und nachprüfbar Berechnungsmethode, wozu er eine gesetzliche Regelung erwarte. Darüber hinaus strebte der *vzbv* eine Deckelung und einen beidseitigen Ausgleichsanspruch an. Vereinbarungen zu Gunsten des Verbrauchers sollten zulässig sein.

4. *Herr Gottschalk* hielt eine Kodifikation mit der Maßgabe für geboten, dass die Methode sachlich und mathematisch richtig sowie anhand objektiver Daten extern überprüfbar sein müsse. Vertragliche Deckelungen müssten in jedem Fall möglich sein. Eine Hoffnung, dass die Anbieterkonkurrenz von sich aus zu einer Deckelung der Vorfälligkeitsentschädigung führen würde, habe er aber nicht. Vielmehr sei eine gesetzliche Deckelung geboten, da Verbraucher die Risiken von Scheidung, Arbeitslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit regelmäßig verdrängten. Soweit die Deckelung dazu führe, dass alle Darlehensnehmer etwas höhere Zinsen zahlen müssten, lasse sich dies im untechnischen Sinne als Versicherungsprämie interpretieren, mit der der Darlehensnehmer vor den möglicherweise ruinösen Folgen eines Finanzierungsabbruchs bewahrt werde. *Herr Dübel* befürwortete ebenfalls eine absolute Obergrenze des Zinsmargenschadens, beispielsweise bei zwei Prozent des zurückgezahlten Darlehensbetrages oder bei insgesamt zehn Prozent

bezogen auf eine zehnjährige Zinsbindungsperiode. Die Obergrenze sollte allerdings nur in bestimmten Fällen eingreifen und – empirisch belastbar – nur einen geringen Prozentsatz der vorzeitigen Rückzahlungen erfassen.

5. Eine Deckelung befürwortete auch *Prof. Dr. Knops* mit mehreren Argumenten. Da – wie *Prof. Dr. Knops* im Einzelnen darlegte – Darlehensnehmer bereits seit 1867 in Preußen und bis 1987 in der Bundesrepublik Deutschland in aller Regel Darlehen mit kurzer Frist ohne Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung kündigen konnten, sei die Annahme, dass durch eine bloße Deckelung der Vorfälligkeitsentschädigung die Festzinskultur in Deutschland gefährdet sei, nicht nachvollziehbar. Trotz entsprechender Deckelungen sei der Realkreditmarkt auch in Österreich und Frankreich intakt. Der Darlehensnehmer könne sich nicht anderweitig gegen die Risiken wie Krankheit, Arbeitslosigkeit und Ehescheidung schützen, da entsprechende Versicherungsprodukte fehlten. Die im deutschen Recht nur vorgesehene Beschränkung der Deckelungsregelung auf Allgemeinverbraucherdarlehensverträge hielt *Prof. Dr. Knops* für sachlich nicht gerechtfertigt: Diejenigen, die ein Immobilierdarlehen vorzeitig beenden müssten, seien zu Wohnungsaufgabe und Umzug gezwungen. Die grundpfandrechtliche Sicherung des Darlehens rechtfertige keine schlechtere Behandlung des Darlehensnehmers, schon weil dieser das Grundpfandrecht nur auf Verlangen der Bank zur Verfügung stelle. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, denjenigen Darlehensnehmer, der eine solche Sicherheit einbringen könne, gegenüber einem Darlehensnehmer schlechter zu behandeln, der sie nicht einbringen könne. Der Darlehensgeber verlange die Kreditsicherheit zudem als Ausdruck eines Misstrauens in die Solvenz des Darlehensnehmers. Dieses Risiko falle mit der vorzeitigen Rückzahlung gerade weg. Schließlich könne sich die Bank bei grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen gerade besonders kostengünstig refinanzieren.

6. Die *DK* war demgegenüber der Ansicht, die Gesetzesänderung an dem Kündigungsrecht mit kurzer Frist nach § 247 BGB a.F. mit Wirkung zum 1. Januar 1987 habe nichts Neues eingeführt, sondern die Langfristigkeit der Immobilienfinanzierung in Deutschland fortgeführt. Gemäß § 247 Absatz 2 Satz 2 BGB in der bis 31. Dezember 1986 geltenden Fassung konnte bei Darlehen, die zu einer auf Grund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse für Schuldverschrei-

bungen gehören oder gehören sollen, das in § 247 Absatz 1 Satz 1 BGB a.F. bestimmte Kündigungsrecht durch ausdrückliche Vereinbarung für die Zeit ausgeschlossen werden, während der sie zur Deckungsmasse gehören. Das habe den ganz überwiegenden Teil der grundpfandrechlich gesicherten Darlehen in Deutschland erfasst. Betroffen gewesen seien insbesondere Hypothekenbanken und alle Sparkassen sowie alle Landesbanken und öffentlichen Banken, die Pfandbriefe emittieren durften. Gleiches habe für alle an die genannten Institute abgetretenen Forderungen gegolten.

7. Die *Stiftung Warentest* befürwortete eine präzise Vorgabe der Berechnungsmethode. Abweichende Vereinbarungen zu Gunsten der Verbraucher – wie die heute zum Teil vertraglich vorgesehenen Ausschlüsse von Vorfälligkeitsentschädigungen in bestimmten Fällen wie beruflich bedingten Umzügen und Todesfällen sowie vertraglich vereinbarte Deckelungen – sollten weiterhin möglich sein.

8. Der *BVKK* hielt es für ausreichend, die Methode von *Prof. Dr. Löw* – wohl verpflichtend – zu dokumentieren (Pflicht zur Ausweisung des entsprechenden EONIA-Satzes in der Vertragsurkunde, Beschreibung des anzuwendenden Wiederanlagesatzes, Diskontierungspflicht mit dem effektiven Satz des synthetischen Darlehens). Gegen die Vereinbarung niedrigerer Entschädigungen spreche volkswirtschaftlich nichts.

Anhang II Mitglieder der Arbeitsgruppe Vorfälligkeitsentschädigung

a) Experten:

- Herr Hans-Joachim Dübel, Finpolconsult
- Herr Prof. Dr. Roland Füss, Universität St. Gallen
- Herr Arno Gottschalk, Bremische Bürgerschaft
- Herr RiBGH Dr. Christian Grüneberg, Bundesgerichtshof, XI. Zivilsenat
- Herr Prof. Dr. Kai-Oliver Knops, Universität Hamburg
- Herr Prof. Dr. Edgar Löw, Frankfurt School of Finance and Management
- Herr Prof. Dr. Peter O. Mülbert, Universität Mainz
- Herr Prof. Dr. Konrad Wimmer, Gutachter/finanzmathematischer Sachverständiger, Dingolfing

b) Verbände:

- Bund der Versicherten (BdV), Henstedt-Ulzburg
- Bundesgeschäftsstelle der Landesbausparkassen im DSGVO, Berlin*
- Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V. (BVR)*
- Bundesverband deutscher Banken (BdB), Berlin*
- Bundesverband Kreditsachverständige und Kontenprüfer e. V. (BVKK), Berlin
- Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB), Berlin*
- Deutsche Kreditwirtschaft (umfasst die mit * gekennzeichneten Verbände)
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V. (DSGV), Berlin*
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), Berlin
- Stiftung Warentest, Berlin
- Verband der privaten Bausparkassen e.V., Berlin
- Verband deutscher Pfandbriefbanken e.V. (vdp), Berlin*
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv), Berlin

c) Teilnehmende Bundesministerien / Bundesbehörden / Deutsche Bundesbank:

- Deutsche Bundesbank
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Bundesministerium der Finanzen
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz