



Finanzdienstleistungsreferate der  
Verbraucherzentralen  
Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg,  
Hessen Mecklenburg-Vorpommern,  
Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt,  
Thüringen

16. Oktober 1995

**Btr.: IFF-Leistungen im Rahmen des Service-Vertrages**

Infobrief 006/95

Ermittlung der Vorfälligkeitsentschädigung

**Sachverhalt und Problemstellung**

Der gerichtlich bestellte Gutachter ist der Ansicht, daß die Vorfälligkeitsentschädigung im Rahmen eines Aufhebungsvertrags zwischen den Parteien frei verhandelbar ist. Die Grenze finde sie im Rahmen der §§242, 138 BGB. Als Wiederanlagezins sei auch bei einer vierjährigen Restlaufzeit von der Wiederanlage in Bundesobligationen auszugehen.

**Lösung**

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Gutachter nicht einseitig zugunsten der Bank seine Rechtsmeinung zugrunde legt. Die rechtlichen Grundlagen der Vorfälligkeitsentschädigung sind streitig: Für Schadensersatz: Reifner NJW 1995, 86; Metz, ZBB 1994, 205; Brutschke ZAP 1994, 667), für frei aushandelbares Entgelt: Wenzel WM 1995, 1433). Der Gutachter hat bei seiner rechtlichen Bewertung nicht die Grundsatzentscheidung des BGH zur Nichtabnahmeentschädigung (BGH NJW 1991, 1817) zugrundegelegt, obwohl in der Literatur einhellig vertreten wird, daß die Grundsätze des BGH zur Nichtabnahmeentschädigung auch auf die Vorfälligkeitsentschädigung anwendbar sind (Reifner; Metz; Brutschke; Wenzel a.a.O.). Es kommt daher hier in Betracht, daß der Gutachter hier undifferenziert rechtliche Ansichten vertritt, die als gefestigte Grundlagen für die rechtliche Einordnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht zugrundegelegt werden können. Da das Urteil des Rechtsstreits selbst nicht vorliegt, wäre im weiteren zu prüfen, ob das Gericht nicht in Abweichung vom Grundsatz "iura novit curia" (das Gericht kennt das Recht) abgewichen ist und zu unkritisch die rechtlichen Voraussetzungen des Gutachters übernommen hat.

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung zur Berechnung der Nichtabnahmeentschädigung ausgeführt, daß es nicht auf die Refinanzierungskosten, sondern auf den Wiederanlagezins ankommt. In jener Entscheidung hatte die Bank mit einem Zins von 6,61% ihre

Entschädigung berechnet, "der weit unter dem damals erzielbaren Marktzins für Hypothekarkredite mit einer Festschreibung von zehn Jahren liegt". Der BGH hielt dies bei einer Restlaufzeit des Darlehens von 9 1/2 Jahren für unzulässig (BGH NJW 1991, 1817 [1818] unter 2 b)). Es ist daher davon auszugehen, daß der Wiederanlagezins im Hypothekenneugeschäft bei der Ermittlung der Vorfälligkeitsentschädigung zugrundegelegt ist. Eine Berechnung mit Passivrenditen oder Bundesobligationen wäre nach dieser Rechtsprechung jedenfalls nicht zutreffend.

Diesseits besteht die Auffassung, daß die Vorfälligkeitsentschädigung nach denselben Grundsätzen zu berechnen ist, da die Nichtabnahme quasi den frühesten Fall der Vorfälligkeit darstellt.

Im übrigen gilt nach dem BGH (NJW 1991, 1817), daß im Falle alternativer geringer verzinslicher Anlagen die Bank darzulegen hätte, welche Kosten sie in diesem Fall erspart hätte, da Hypothekenkredite nach Verwaltungskosten, Risiko und Refinanzierung teurer sind als andere Anlagen. Der Gewinn kann grundsätzlich in allen Anlagen als identisch angesehen werden, weil der Markt unterschiedliche Gewinnspannen ausgleicht.