

infobrief 13/05

Donnerstag, 24. März 2005 UR

Stichwörter

Effektivzinsangabe, Kombifinanzierung, Lebensversicherungsurteil, BGH Urteil vom 18.1.2005

A Sachverhalt

Der Bankensenat des Bundesgerichtshofs hat am 18.1.2005 wieder einmal ein klares Urteil gegen den Verbraucherschutz gefällt. Obwohl er in Lebensversicherungskrediten verbundene Geschäfte sieht und in seinem vorherigen Urteil bei grundpfandrechlich nicht gesicherten Krediten eine Gesamtbetragsangabe aller Zahlungen verlangt, lehnt er eine Angabe eines Gesamteffektivzinssatzes ab. Allerdings meint er, dass Aufklärungspflichten zu den Nachteilen der Konstruktion bestehen, wenn der Effektivzins diese nicht einbezieht.

Es handelt sich dabei um folgendes Problem. Kredite werden in der Praxis häufig mit Spar- und Anlagegeschäften in der Weise verbunden, dass während der Dauer der Kreditlaufzeit ein Betrag verzinslich angespart wird und damit bei Fälligkeit der Kredit getilgt wird. Solche Konstruktionen gibt es bei der Lebensversicherungshypothek¹, beim Bausparen mit der Bausparsofortfinanzierung² und auch bei finanzierten Immobilienfondsanteilen.³

Es handelt sich dabei um ein „Sparen auf Kredit“. Die Kreditabzahlung wird nicht dem Kredit gut gebracht sondern einem sich aufbauenden Sparguthaben, dem der entsprechend ungetilgte Kreditbetrag gegenübersteht oder aber das Bausparguthaben wird für die Mindestansparzeit über einen Kredit aufgebracht, damit eine Bausparkonstruktion möglich wird.

An sich lebt die Finanzbranche von der Zinsmarge, d.h. sie nimmt mehr Zinsen für die Kredite als sie in den Anlagen wieder auszahlt, um Verwaltungskosten und Gewinn zu erwirtschaften. Daher kann auf Dauer kein Anleger mit geliehenem Geld höherverzinsliche Anlagen bei denselben Anbietern tätigen. Das Sparbuch liegt entsprechend bei 1,5%, während der Konsumentenkredit 14% p.A. verlangt.

So ist es auch prinzipiell in der Lebensversicherungshypothek und bei der Bausparsofortfinanzierung. Die Kapitallebensversicherung hat eine garantierte Mindestverzinsung von inzwischen

¹ Reifner, U. Effektivzinsangabe bei Lebensversicherungshypotheken, Gutachten im Auftrag der Stiftung Warentest, 15.01.1998 (u.v.).

² Reifner/Keich Risiko Baufinanzierung, 2. Aufl. Luchterhand:Kriftel (zus. mit R. Keich) 1995.

³ Dazu Reifner, Verbraucherdarlehen, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.) Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Springer: Heidelberg 2004 §11 pp 317 ff, 371 ff.

2,75 % p.A. (früher 3,25% p.A.), was viele Anleger nach dem Einbruch der Renditen, dem Zusammenbruch des ersten Lebensversicherers (Mannheimer Versicherung) und der Absenkung des Garantiezinssatzes inzwischen schmerzlich erfahren. Der billigste Hypothekenkredit liegt aber selbst zur Zeit bei 4,5% p.A. Warum also spart man auf Kredit, wenn man dadurch nur Geld verliert?

Die Gründe liegen zu 99% nicht bei den Bauwilligen. Zwar gab es in der Vergangenheit staatliche Vergünstigungen auf Vorsorgeprodukte, die über steuerliche Zinssubventionen Renditen aufbesserten und die das Finanzamt mit Billigung des Bundesfinanzhofs auch dann ausschüttete, wenn, wie beim Sparen auf Kredit, gar nicht gespart wurde. Doch weder die Bausparprämie noch die inzwischen gestrichene Steuerersparnis bei der Kapitallebensversicherung haben letztlich die Zinsmarge kompensiert. Dazu kommen noch weitere Nachteile: vorzeitige Kündigungen vernichten Teile des angesparten Kapitals, die künstlich hoch gehaltene Kreditsumme führt zu erhöhten Vorfälligkeitsentschädigungen, bei Auslauf der Zinsbindung entsteht ein Zwang zur Akzeptanz der Konditionen des alten Anbieters, bei Zahlungsverzug droht die vorzeitige Auflösung der Kapitallebensversicherung zum Rückkaufswert, während bei der Bausparsofortfinanzierung die Zuteilungszeiten nicht festgelegt sind und damit Unsicherheit über Kreditkosten und Termine besteht.

Nicht alle Verbraucher oder Unternehmer wurden mit dieser Konstruktion auch tatsächlich benachteiligt. Die Versicherer und auch die Banken boten solche Konstruktionen meist zu einem nominell günstigeren Zinssatz an, der die Verluste aus der Zinsmarge teilweise oder auch ganz kompensierte. Das führte allerdings zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass Lebensversicherungshypotheken und Bausparsofortfinanzierungen mit besonders günstigen (aber irreführenden) Zinssätzen werben konnten. Dies war selbst bei Testern und Wirtschaftszeitschriften lange unbemerkt geblieben, bis sie dann wenigstens auf die Unvergleichlichkeit dieser Effektivzinssätze mit denen traditioneller Hypothekenkredite hinwiesen.

Gibt die Konstruktion damit den Anbietern die Möglichkeit, mit irreführend günstigen Zinssätzen zu werben, so ist dies nicht der einzige Vorteil. Versicherer überspringen damit die Spartenhürde des §1 KWG, indem sie Kredite als Beiprodukt zur Versicherung verkaufen. Banken verdienen im Provisionsgeschäft durch die Vermittlung von Kapitallebensversicherungen und können ihre Kreditvolumen künstlich hoch halten, weil der Kredit ja während der Laufzeit nicht getilgt wird. Im Krisenfall verdienen Bank (Vorfälligkeitsentschädigung) und Versicherer (Rückkaufswert) an der Konstruktion. Die Bausparkassen können auf diese Weise den Rückgang des echten Bausparens durch finanzierte Bausparverträge kompensieren. Versicherungsvertreter schließlich haben hierdurch die Möglichkeit, trotz §56 GewO an der Haustür auch Baufinanzierungen zu vermitteln und erhöhte Provision von einmal 3,5% auf die Kapitallebensversicherungssumme und zum anderen 1 bis 5% auf den Hypothekenkredit zu erhalten.

Ist dies alles vom Gesetzgeber so gewollt, der eigentlich mit der Effektivzinsangabe in §492 BGB und dem Umgehungsverbot in §502 BGB sicherstellen wollte, dass die Verbraucher bei ihrer Auswahl die Kosten angemessen berücksichtigen können?

Die Europäische Kommission hatte hier große Bedenken. Nach jahrelangen Beratungen, die vor allem Frankreich nach einer Serie von Prozessen gegen eine deutsche Großbank im Elsass, die dieses Produkt dort verkauft hatte, mit seiner Beschwerde gegen die deutsche Interpretation

der Richtlinie initiiert hatte¹, wurde Art. 20 des 2002 Entwurfs der Konsumentenkreditrichtlinie² veröffentlicht. Er verlangt eine Berechnung des Effektivzinssatzes mit Berücksichtigung aller Zahlungsströme und zwar ausdrücklich auch derjenigen, die aus der Umleitung der Tilgung vom Kredit in ein Sparprodukt rechtlich aus dem Kreditvertrag ausgenommen wurden. Die Mehrzahl der Länder einschließlich der zuständigen Generaldirektion Verbraucherschutz waren der Meinung, dies ergäbe sich schon aus der alten Richtlinie, die ein Umgehungsverbot enthält. Eine Umgehung preiswahrer Effektivzinsangabepflichten sei die Verlagerung von Kostenbestandteilen des Kredites auf ein anderes Produkt. Davon waren einige Varianten bisher schon beispielhaft im Anhang zu Art. 1A geregelt worden wie z.B. die Verlagerung von Kreditkosten auf ein teures spezielles Kreditkonto oder einen hohen Mitgliedbeitrags bei Genossenschaften als Voraussetzung zur Erlangung des Kredits. Gleichwohl sahen England, Holland und Deutschland, wo diese Konstruktionen sich entwickelt hatten, dies grundsätzlich anders. Die Neuregelung sollte deshalb Klarheit verschaffen.

An sich wäre es Aufgabe des Wettbewerbs, intransparente und teure Produkte vom Markt zu verdrängen. Der Wettbewerb ist jedoch strukturell beeinträchtigt. Die Anbieter des Konkurrenzproduktes Anuitätendarlehen profitieren auch beim Produkt der Versicherer, indem sie Provisionen erhalten und selber mehr Kredit verkaufen können. Ein Interesse, dies durch Konkurrenz zu beseitigen, haben sie daher nicht. Da alle profitieren, gibt es nur Wettbewerb um die Konditionen, nicht aber um das Produkt als solches.

Das Gesetz konnte zudem wenig ändern. Das Produkt ist wesentlich älter als das Gesetz, hat wie einstmals schon die Tilgungsverrechnungsklauseln die Akzeptanz einer Aufsicht gefunden, die aus dem Vor-Computer-Zeitalter solche am cash flow orientierten Berechnungen für undurchführbar hielt. Außerdem ist die Neuregelung des §494 BGB zur Falschangabe des Effektivzinssatzes so abschreckend geraten, dass ihre strikte Anwendung erhebliche rückwirkende Folgen haben könnte. Würden, wie es zwei Bausparfinanzierer bereits getan haben, die Kombifinanzierer einen Gesamteffektivzinssatz angeben, so würde eine strikte Anwendung der Sanktionen auf alle Hypothekenkredite eine Absenkung des gesamten Zinsvolumens aus den 90ziger Jahren um ca. 14% nach sich ziehen, da die Kredite im Durchschnitt 1% zu niedrig angegeben wurden. Das könnte leicht 10 Mrd. € Rückerstattung bedeuten und wäre deshalb volkswirtschaftlich kaum zu verantworten. Allerdings werden erfahrungsgemäß weniger als 1% der Verbraucher von ihren Rechten Gebrauch machen.

¹ Vgl. Reifner/Wüst/Haidar/Bonhomme, Harmonisation of Cost Elements of the Annual Percentage Rate of Charge, APR Project No.: AO-2600/97/000169 1998.

² Proposal for a European Parliament and Council directive on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning credit for consumers (COM(2002) 443 - C5 - 0420/2002 - 2002/0222(COD)) vom 12. September 2002.

B Stellungnahme

B.I Die Effektivzinsangabe gem. §494 Abs.1 S.5 Nr. 5 BGB, §6 PreisAngVO nach dem Urteil des BGH vom 18. 1.2005 XI ZR 17/04

Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Effektivzinsangabe nunmehr eindeutig entschieden: Es gilt die Trennungstheorie. Kapitallebensversicherung und Kredit können in der Lebensversicherungshypothek mit getrennten Rendite- und Effektivzinssätzen ausgewiesen werden. Das Gesetz verlange weder, dass die wirtschaftliche Umleitung der Tilgungen von einem höher verzinslichen Kredit in ein niedriger verzinsliches Anlageprodukt im Zinssatz deutlich wird noch, dass die Risikoanteile der Prämie bei der Effektivzinsberechnung zu berücksichtigen sind. Der BGH schließt sich damit der hM an, die allerdings durch einige anders lautende Urteile der Tatsacheninstanzen in letzter Zeit herausgefordert wurde.¹

Der BGH begründet dies Ergebnis damit, dass Prämien keine Tilgungszahlungen und damit keine Kosten seien, Hypothekenkredite seien im Europarecht nicht den Konsumentenkrediten gleichgestellt, so dass weder die EU-Richtlinie herangezogen werden könne noch die Rechtsprechung zur Angabepflicht einer Gesamtkreditsumme bei Kombikrediten, die nicht grundpfandrechtlich gesichert sind. Die abweichenden Entscheidungen des Vorgängersenates, der beim Wucher den Effektivzinssatz aus allen Zahlungsströmen ableitete, seien nicht einschlägig, weil sie vor dem Verbraucherkreditgesetz ergangen seien.

Der Bundesgerichtshof fragt zunächst, ob die Prämienzahlungen nicht der Tilgung dienen sondern als Kreditkosten anzusehen seien. Dies hätte zur Folge, dass bei Nichtangabe diese Zahlungen insgesamt nicht geschuldet wären. Der Kreditgeber müsste dann den Kredit selber tilgen.² Dass die Prämienzahlungen in die Kapitallebensversicherung der Tilgung des Kredites dienen, wird allerdings bisher nicht bestritten. Diese Verwendung entspricht den Tatsachen und ist in allen Verträgen ausdrücklich vereinbart. Insoweit interpretiert der BGH die zitierte Literatur nicht korrekt. Dort geht es nicht um die Prämien einer Kapitallebensversicherung sondern um solche für unverbundene Risikolebensversicherungen. Es bedarf daher nicht des Hinweises darauf, dass nicht Kosten sondern Kapital verfallen würde. Dass der Gesetzgeber einen solchen Kapitalverfall nicht einmal vor Auszahlung des Kredites anordnet, weil dort die §§812 ff BGB zur Anwendung kämen, ist selbstverständlich. Wo es gar nicht um die Gegenleistung sondern um den Gegenstand, mit dem geleistet werden soll, geht, ordnet nach einhelliger Meinung selbst bei Sittenwidrigkeit §817 S.2 BGB nicht den Kapitalverfall sondern nur die unentgeltliche Nutzung in der vereinbarten Zeit der Bereitstellung des Kredites an. Darum geht

¹ Landgericht Frankfurt am Main, 2-31 O 116/04, 27.09.2004; 2/18 O 263/03, 15.07.2004; 2/20 O 408/03, 19.05.2004; 2/14 O 248/03, 02.04.2004; Landgericht Leipzig, 04 O 956/04, 22.06.2004; Landgericht Wiesbaden, 3 O 266/03; Landgericht Görlitz, 1 O 159/04, 29.10.2004.

² Diskutiert hatten dies schon das OLG Frankfurt BKR 2002, 271, 273 sowie Scholz und Steppeler.

es hier aber nicht. Tilgungen und Kosten werden im Gesetz und in den Verträgen klar auseinander gehalten. Die Prämien sind also in ihrem Tilgungsanteil keine Kreditkosten.

Anders könnte es mit den Risikolebensversicherungsprämien sein, die als Teil der Prämie in der Kapitallebensversicherung enthalten sind. Der BGH lehnt dies ab, „auch wenn eine Risikolebensversicherung als in einer Kapitallebensversicherung mitenthalten gedacht werden kann.“ Dass die Kapitallebensversicherung zwei Produkte miteinander verbindet, wird ebenso wie der Umstand, dass die Tilgungsanteile keine Kreditkosten sind, ebenfalls bisher nicht infrage gestellt. So verkauften eine Zeit lang einige Versicherer sogar Lebensversicherungshypotheken ohne den Risikoschutz, bis das Aufsichtsamt diese Form reiner Spar-Kreditkombinationen als versicherungsfremd verbot und darin verbotene Bankgeschäfte sah.

Aber ist die Kapitallebensversicherung deshalb keine Versicherung mehr sondern „überwiegend ein Ansparvorgang“? Abgesehen davon, dass solche Einlagengeschäfte den Versicherern verboten wären, zeigt der Eintritt im Todesfall, dass es eine durchaus echte Risikolebensversicherung ist, die auch nicht unentgeltlich gewährt wird. Die Prämie existiert und ihre Höhe lässt sich auch im Vergleich mit dem konkurrierenden Angebot von degressiven Risikolebensversicherungen bei Annuitätendarlehen sowie der Restschuldversicherung im Ratenkredit abschätzen.

Dies allerdings streitet der BGH ab. Die Angabe scheide „schon mangels Praktikabilität aus.“ „Diese rein kalkulatorischen Anteile ... sind“, so der BGH, „den kreditgebenden Banken, die bei Abschluss des Kreditvertrages häufig nicht einmal die Versicherungsgesellschaft kennen, unbekannt. Die Annahme, die genannten kalkulatorischen Prämienanteile entsprächen der Höhe nach der Prämie für eine isolierte Risikolebensversicherung, ist durch nichts belegt.“ Es gibt jedoch die mit Annuitätendarlehen verbundenen Restschuldversicherungen. Sie sind degressiv, auf den Kredit bezogen und werden von Banken mitvermittelt, so dass sie in ihrer Leistungs- und Kostenstruktur mit der in der Lebensversicherungshypothek enthaltenen Risikolebensversicherung identisch sind. Würden sich ihre Preise nachhaltig von denen ihrer funktionalen Äquivalente bei Lebensversicherungshypotheken unterscheiden, so würde nach den Grundsätzen der Marktwirtschaft sich das Angebot so lange in dem profitableren Produkt konzentrieren, während die Nachfrage das günstigere Produkt wählen würde, bis der Wettbewerb die Preisunterschiede aufgehoben hätte.

Der Grund für diese verschiedenen Produkte, die es in Frankreich und Belgien praktisch nicht gibt, liegt nicht darin, dass mit ihnen ein besonderes Bedürfnis und ein besonderer Nachfragemarkt bedient werden muss. Abgesehen von der Steuerersparnis für einige wenige bietet das Annuitätendarlehen mit Restschuldversicherung exakt dieselbe Leistung wie eine Lebensversicherungshypothek an. In der Wucherrechtsprechung hatte dies der 3. Senat auch so gesehen.

Dass ähnlich wie bei den finanzierten Abzahlungsgeschäften auch bei der Lebensversicherungshypothek eine Verbindung zwischen beiden Verträgen besteht, ergibt sich ja nicht nur wirtschaftlich aus dem funktionellen Zusammenspiel für den Kunden sondern auch aus den Rahmenvereinbarungen, der Provisionszahlung, der Mitwirkung beim Abschluss, den von Bank

und Versicherer gemeinsam benutzten abgestimmten Formularen sowie der Tatsache, dass häufig beide Anbieter sogar gesellschaftsrechtlich verbunden sind.

Vorrangig ist jedoch die Frage, ob eine Angabepflicht besteht. Gesetz- und Verordnungsgeber schreiben ausdrücklich für solche Lebensversicherungen, deren Abschluss verpflichtend für den Kredit ist, vor, dass ihre Kosten als Kreditkosten in die Effektivzinsberechnung einzubeziehen seien. Eine Praktikabilitätsschranke enthält das Gesetz nicht und sie ist auch angesichts vorhandener transparenter Alternativprodukte nicht notwendig. Daher muss entschieden werden, ob die in der Kapitallebensversicherung auch nach Auffassung des Senats enthaltene Verpflichtung zur Zahlung einer Risikolebensversicherungsprämie zwingend mit der Kreditvergabe verbunden war.

Der Kredit ist vertraglich mit der Kapitallebensversicherung verbunden. Der Kunde kann diesen tilgungsfreien Kredit nur erhalten, wenn er beide Verträge abschließt. Die Kapitallebensversicherung kann er aus versicherungsaufsichtsrechtlichen Gründen wiederum nicht ohne die Risikolebensversicherung erhalten. Deren Abschluss ist also Rechtspflicht.

Die Einbeziehung ihrer Kosten wird auch erst durch den vorherigen Ausschluss der Berücksichtigung der Tilgungsanteile aus der Effektivzinsberechnung schwieriger. Sieht man beide Produkte als verbunden an, so schreiben Preisangabenverordnung und EU-Richtlinie keine Kostenaufspaltung vor sondern verlangen eine wachstumsorientierte Berechnungsweise. Der Effektivzinssatz ist danach der Zinssatz, der das Wachstum des gesamten Kapitals ausdrückt. Man braucht daher nur die beiderseitigen Zahlungen in der Zeit zu berücksichtigen. Der Computer ermittelt durch ein Annäherungsverfahren (Ausprobieren) den Zinssatz, mit dem die Zahlungen der Bank verzinst werden müssen, damit sie am Ende der Laufzeit mit den Einzahlungen gleich sind bzw. was dasselbe ist, den Zinssatz, mit dem die Zahlungen des Kreditnehmers abgezinst werden, damit sie den Nettowert der Zahlungen des Kreditgebers erreichen. Der Mathematiker braucht nur die zu berücksichtigenden Zahlungsströme, nicht ihre juristische Bezeichnung. Wenn der Kreditgeber festlegt, der Verbraucher habe nicht bereits monatlich einen Teil für die Tilgung aufgebracht sondern erst am Ende der Laufzeit die Tilgung mit einem Mal aus einem nicht näher interessierenden anderen Vorgang vorgenommen, dann berücksichtigt er andere Zahlungsströme und kommt auch zu einem anderen Ergebnis, nämlich dem nur auf den Festkredit bezogenen Effektivzinssatz.

Der BGH bezeichnet dies als „angemessenen Kompromiss“. Der Verbraucher werde nicht irreführt, weil der Verbraucher ja aus den übrigen Angaben ersehen könne, dass „ein derartiges Festdarlehen Nachteile habe“. Daraus könnte man schließen, dass der BGH dem Kreditnehmer in Zukunft Schadensersatzansprüche aus Aufklärungsverschulden zugestehen möchte, wenn nicht alle Nachteile dieser Konstruktion im einzelnen vorher bekannt waren. Dies würde dann allerdings die gesetzliche Sanktion bei Falschangabe des Effektivzinssatz nur auf anderem Wege erreichen. Ohne die Nachteile der Konstruktion würde der Kreditnehmer ein Annuitätendarlehen zum Zinssatz des Festkredites als Annuitätendarlehen erhalten haben. Die gesetzliche Sanktion der Zinsherabsetzung entspricht somit den Rechtsfolgen beim Aufklärungsverschulden in den §§311 Abs.2 Ziff. 1, 280, 249 Abs.1 BGB. Damit entsteht aber ein Widerspruch da-

zu, dass die Nachteile erkennbar sein müssen, die Angabe gerade in dem Parameter, der solche Wettbewerbsnachteile offen legen soll, dem Effektivzinssatz, wird dagegen nicht notwendig erachtet.

Das deutsche Preisangabenrecht ist hier weniger klar als der Anhang zu Art.1A der Richtlinie 87/104/EWG. Gleichwohl können die Ausführungen der Bund-Länder-Kommission Preisangabenverordnung, die diese Unklarheit i.S. der Kreditgeber lösen, die Zivilgerichte kaum binden. Verwaltungsbeamte sollen bei der Gesetzesinterpretation von Gerichten kontrollierbar sein. Gerade dies fehlt aber hier. Da die Effektivzinsangaben nur selten bzw. nie von Behörden kontrolliert werden, und bisher noch keine auf diesen Vorschriften beruhende Verwaltungsanordnung bekannt ist, gibt es auch noch keine Verfahren, die hier zu entsprechenden verwaltungsgerichtlichen Urteilen hätten führen können. Die Zivilgerichte stehen einer gerichtlich nicht kontrollierten Verwaltung gegenüber, ohne zur Kontrolle zuständig und berufen zu sein. Dies sollte ein Anreiz sein, eigenständig das Gesetz direkt auszulegen. Dies gilt insbesondere, als das BGB sich einer Verordnung unterstellt, die auf einer Ermächtigungsgrundlage beruht, die die Regelung im BGB gar nicht mitumfasst sondern rein öffentlich-rechtlich ausgerichtet ist. Ob diese Technik mit Art.80 GG vereinbar ist, muss bezweifelt werden. Erst recht gilt dies für die Ausführungsverordnung.

Die EU-Richtlinie kann man bei der Auslegung nicht ignorieren. Sie bezieht sich zwar nicht auf Baufinanzierungen. BGB und VKG beziehen sich jedoch umgekehrt auf die EU-Richtlinie. Da beide in dieser Frage nicht zwischen Baufinanzierung und Konsumentenkredit unterscheiden, müsste die Auslegung durch den BGH, die nur bei Verbraucherkrediten nicht aber bei Hypothekenkrediten denselben Paragraphen EU-konform und EU-indifferent auslegen möchte, einen identischen Wortlaut unterschiedlich interpretieren. Der deutsche Gesetzgeber hat aber aus eigener Kompetenz die entsprechenden Passagen der EU-Richtlinie für Hypothekenkredite angewandt. Daher kann zwar kein Verbraucher in dieser Frage ebenso wenig wie in der Frage von Haustürgeschäften bei Bürgschaften vor den Europäischen Gerichtshof gehen. Es ist jedoch deutsches Recht und damit auch das zu deutschem Recht gemachte und im Anwendungsbereich erweiterte EU-Recht anzuwenden.

Ist die Wucherrechtsprechung zu diesem Problem veraltet? Sie wird weiterhin von den Untergerichten auf Kombifinanzierungen angewandt, auch wenn der Senat selber dazu nicht Stellung genommen hat. In den Immobilienfondsfällen wäre dies durchaus möglich gewesen, weil dort das Problem selbst bei reinen Verbraucherkrediten offen lag. Dies ist nicht geschehen, so dass unklar bleibt, wie in diesen Fällen entschieden worden wäre. Bei der Restschuldversicherung hat der BGH zudem die Effektivzinsbestimmung auch im Rahmen der Wucherrechtsprechung an das neue Recht angepasst¹ und damit deutlich gemacht, dass die Effektivzinsberechnung nach §494 bzw. §4 VerbrKreditG identisch wie in §138 BGB vorzunehmen ist.

¹ BGHZ 111, 117, 122 mit damals zustimmender Reaktion auf die Beiträge von Reifner, Sittenwidrige Ratenkredite und Kapitallebensversicherung - Anm. zu OLG Hamburg und OLG Stuttgart, VuR 1986, 6ff und Rechtsprobleme des Versicherungskredits, ZIP 1988, 820f.

Auch die Urteile zur Gesamtbetragsangabe¹ lassen sich nicht einfach beiseite schieben. Zutreffend ist, dass bei Baufinanzierungen kein Gesamtbetrag anzugeben ist. Gesamtbetragsangabe und Effektivzins folgen aber nach dem Gesetz denselben Grundsätzen. Gemäß §6 Abs.2 S.1 PreisAngVO soll wie schon im Anhang zu Art. 1A der EU-Richtlinie vorgegeben der Effektivzins „ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers“ errechnet werden. §492 Abs.1 S.3 Ziff.2 BGB definiert den „Gesamtbetrag aller vom Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen“. Beide Formulierungen sind wortlautidentisch. Wenn daher nach der Meinung des Senats der Gesamtbetrag die umgeleiteten Tilgungsbeträge umfasst, dann muss auch der Effektivzinssatz diese Beträge mit umfassen. Beide Werte drücken die Gesamtbelastung aus einem Kredit aus. Der Effektive Jahreszins ist lediglich die bessere Form der Angabe der Gesamtbelastung, weil der Gesamtbetrag in zweifelhafter Weise die Zeitdimension außer Acht lässt. Der BGH stellt dem Kreditnehmer im Kombinationskredit daher nur den verbraucherpolitisch zweifelhaften Wert als Mittel zur Erkenntnis der Nachteile der Gesamtkonstruktion zur Verfügung. Der eigentliche Parameter, der effektive Jahreszinssatz, drückt weiterhin diese Nachteile nicht aus und führt damit zu unberechtigten Konkurrenzvorteilen dieser Produktanbieter.

Ganz ausgeschlossen werden die Zahlungen in die Kapitallebensversicherung ja ohnehin nicht, weil auch der BGH davon ausgeht, dass die Kapitallebensversicherung am Schluss den Kredit tilgt. Insofern wird sie doch in der Effektivzinsberechnung berücksichtigt, nur zu einem eher fiktiven Zahlungszeitpunkt, weil der Kunde nicht erst am Ende zahlt sondern häufig sogar in einer Rate Zinsen und Prämie an die Bank überweist. Die Rechtsprechung des Senats zu den Tilgungsverrechnungsklauseln moniert, wenn eine Tilgung fiktiv verzögert wird, soweit dies nicht klar und transparent ausgewiesen wurde. Hier hat der Senat zutreffend erkannt, dass der Effektivzinssatz, der diese künstliche Verzögerung nicht berücksichtigt, falsch ist. Da reicht es dann zur Transparenz nicht aus, wenn dort lediglich auf die Verzögerung hingewiesen wird.² Beim Kombinationskredit wird diese Rechtsprechung jedoch nicht angewandt.

Den Unangemessenheit einer fiktiven Hinauszögerung der Tilgung durch Wertstellungsklauseln hatte der BGH³ seinerzeit wie folgt begründet: „b) Die angegriffene Klausel ist auch inhaltlich unangemessen, weil den Kunden eine Zinspflicht für einen in Wahrheit nicht bestehenden Schuldsaldo auferlegt wird. Sie werden damit - der Sachlage zuwider - so behandelt, als nähmen sie einen zu verzinsenden Kredit in Anspruch, und müssen im Ergebnis ihr eigenes Kapital verzinsen. ... Fingierte Zinsrechnungsfaktoren können nur hingenommen werden, wenn dabei die Belange des Kunden in angemessener Weise - zum Beispiel durch Angabe des Effektivzinses (vgl. BGH, NJW 1988, 222 = WM 1988, 1780) - berücksichtigt werden.“

¹ BGHZ 149, 302, 306; WM 2004, 2306, 2307; 2004, 2436, 2437.

² Dazu ausführlich BGH NJW 1997, 1068.

³ BGH WM 1989, 126; erweitert in BGH NJW 1997, 2042; als irreführend bezeichnet auch in BGH NJW 2002, 3408.

Das neue Urteil führt zum gegenteiligen Ergebnis: der Kunde, der die vielen Nachteile erkennen kann, braucht keine korrekte Effektivzinsangabe mehr. Damit werden die Hoffnungen, die der Gesetzgeber in diesen Parameter zur Markttransparenz gesetzt hat, enttäuscht.

B.II Die Sanktionierung falscher Preisangabe gem. §494 Abs.3 BGB

Es ist nicht zu verkennen, dass der BGH Recht und wirtschaftliche Vernunft in Einklang bringen möchte. Unabhängig davon, ob man dies im Rahmen der Rechtsprechung als Folgenkontrolle für akzeptabel hält, muss jedoch akzeptiert werden, dass die Vermeidung überproportionaler Effekte für die Wirtschaft durch individuellen Verbraucherschutz anders als bei den Class Action und Tabakfällen in den USA mit ihren Milliardenschadenssummen, immer schon eine unausgesprochene Grundlage in der Rechtsprechung zum Verbraucherschutz hatte.

Dazu hatte sich schon der Vorgängersentat in der Wucherrechtsprechung bekannt, als „im Interesse des Rechtsfriedens“ die Verjährungsfrist für Wucherzinsen entgegen dem Gesetzeswortlaut und den Motiven auf 4 Jahre reduziert wurde.¹ Ähnlich war es bei der Tilgungsverrechnung. Hier erklärte der BGH die Verabschiedung des AGB-Gesetzes zur Geburtsstunde des Verbraucherschutzes und verhängte ein Rückwirkungsverbot. Im Unterschied zur aktuellen Entscheidung wurde dabei nicht das Recht selber sondern nur sein Anwendungsbereich in der Praxis begrenzt.

Die vorliegende Entscheidung stellt dagegen die wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Verbraucherschutzrecht² grundlegend infrage. Sie hat eine lange Tradition und ist für den Verbraucherschutz unverzichtbar. Von den Strohmann-Entscheidungen des Reichsgerichts³ über das „verhüllte Abzahlungsgeschäft“⁴ bis hin zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise wurde

¹ BGH Urteil vom 10.07.1986, AZ III ZR 133/85, NJW 1986, 2564; aA Reifner, DRiZ 1985, 56.

² "Wirtschaftliche Betrachtungsweise" BGH WM 1998, 2423; BGH NJW 1997, 504; OLG Celle NJW-RR 1997, 504 (Haustürwiderrufsgesetz); BGH NJW 1996, 2033 (VerbrKrG); BGH NJW 1995, 2925; OLG Hamm NJW-RR 1994, 107 (RabattG); BGH NJW 1993, 921 (§ 419 BGB); BGH EWiR 1087, 413 (Graf v. Westphalen) (§ 6 Abzahlungsgesetz); BGH NJW 1995, 2165 (ablehnend beim Zugewinnausgleich des BGB); "wertende Betrachtungsweise" BGH WM 1998, 1275; "überindividuell-generalisierenden, typisierenden Betrachtungsweise" (bei AGB) BGH NJW 1998, 894; 1995, 2553; 1993, 2369; "Objektiv-vernünftige Betrachtungsweise" BGH NJW-RR 1998, 571; BGH NJW 1995, 2357; "an Treu und Glauben ausgerichteter vernünftiger Betrachtungsweise" BGH WM 1997, 625; NJW 1997, 1003; 1005; 1996, 2088; "Zudem gewährleistet schon im Privatrecht § 242 BGB, dass der Richter sich nie mit einer formalen Betrachtungsweise begnügen darf." BGH NJW 1996, 1467; "natürliche Betrachtungsweise" BGH NJW-RR 1996, 826; BGH NJW 1995, 2103; "vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise" BGH NJW 1996, 2088 (Bürgschaft) "realistische Betrachtungsweise" BGH NJW 1994, 1726; 1993, 322.

³ RGZ 143, 24; JW 1931, 2719; 168, 328; Deutsches Recht 1941, 1726; auch Kammergericht JW 1931 75; zum ganzen Reifner, U. Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Luchterhand: Neuwied 1979 S. 148 – 290 mit Darstellung der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung; Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, Bad Homburg 1969, S. 343 ff.

⁴ v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, Berlin 1959 S.109.

damit die rechtliche Trennung in Kaufvertrag und Darlehensvertrag überwunden¹. Mit den gleichen Begrifflichkeiten wurde dann auch der Verbund zwischen Vermittlervertrag und Kreditvertrag² bzw. Kreditvertrag und Restschuldversicherungsvertrag³ in der Wucherrechtsprechung bewältigt. Bei den sog. Schrottimmobilienfällen hat der zweite Senat⁴ diese Form der Rechtsanwendung ebenso wie der Europäische Gerichtshof benutzt, um eine Umgehung des Widerrufsrechtes entgegenzutreten.

Lebensversicherungshypotheken und Bausparsofortfinanzierungen sind, und dies hat der BGH bei der Gesamtbetragsangabe zutreffend erkannt, wirtschaftlich verbundene Geschäfte, bei denen der Anlagevertrag dienende Funktion für den Kreditvertrag hat. Es sind *Baufinanzierungen* und sollten daher auch keinen Anlagezinssatz sondern einen „Kreditzinssatz“ haben. Umgekehrt kann man dann aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgern, dass finanzierte Immobilienanlagen zu spekulativen Zwecken nicht nach Kredit- sondern nach Anlagerecht zu beurteilen sind. Beide Ansätze folgen aus der im Verbraucherschutz notwendigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die das Umgehungsverbot des §502 BGB vorschreibt. Deshalb sollte dem Gesetz durchaus unterstellt werden, dass es den Verbrauchern den Zinssatz bereitstellen wollte, der alle ihre Kosten ausdrückt und ihren Kredit mit anderen Krediten vergleichbar macht.

Das Problem liegt eher in der Sanktion für bisher falsch angegebene Zinssätze. Der Gesetzgeber wollte mit §496 BGB (§6 VrbrKrdtG) erreichen, dass, wer falsche Zinsangaben macht, sich an dem günstigen Bild festhalten lassen muss. Es ist Ausdruck des *venire contra factum proprium*. Die Sanktion, der Verlust von Zinsanteilen, ähnelt dabei dem §817 S.2 BGB, dem das Reichsgericht lange Strafcharakter zuerkannt hat. Nach wie vor aber hat §817 BGB über den Bezug zu §138 Abs.1 BGB neben dem objektiven Verstoß noch eine subjektive Barriere. Das in Kauf nehmen des Sittenverstößes ist wesentlich. Auch §311 BGB verlangt über §276 BGB ein solches subjektives Element.

Nur bei der Falschangabe kommt es scheinbar nicht auf Verschulden oder Vorwerfbarkeit an, obwohl die Sanktionen gutgläubige Anbieter in Milliardenhöhe betreffen können. Eine sinnvolle Grenze der Anwendung wäre daher, wenn man die Anwendung der Sanktionen für die Falschangabe an das Wissenselement knüpft. So lange ohne Computer technisch eine integrierte Berechnung nicht möglich war, hätte selbst bei Vorliegen einer entsprechenden Verpflichtung der Verstoß keine Sanktion gerechtfertigt. Dies gilt auch für die Folgezeit, in der Aufsicht und An-

¹ Dazu insgesamt Reifner, U. „Wirtschaftliche Betrachtungsweise“ und verbundenes Geschäft – ein Beitrag zur Dogmatik der §§506 S.2, 358 BGB, in Festschrift Peter Derleder, (Hrsg. Gerd Winter, Rainer Metz,) Nomos: Baden-Baden 2005 S. 489-508 mit Auswertung des Begriffes in der Rechtsprechung.

² BGH NJW 1981, 1206 (1209); 2000, 2270.

³ BGH NJW 1990, 1844 (1845), BGH NJW 1982, 2433 (2434).

⁴ BGH Urteil vom 15.11.2004, AZ II ZR 375/02; BGH Urteil vom 14.06.2004, AZ II ZR 385/02; WM 2001, 1464; NJW 2001, 2718; NJW 1996, 57; 1988, 1320; WM 1988, 249; anders dagegen zuletzt BGH NJW 2004, 1376 (11. Senat).

bieter davon ausgehen konnten, dass eine integrierte Berechnung nicht erforderlich war. Erst mit dem Urteil zur Gesamtbetragsangabe wäre ein Zeitpunkt erreicht, in dem die Anbieter ähnlich wie bei der Tilgungsverrechnungsklausel hätten wissen müssen, dass sie die Verbindung beider Geschäfte nicht einfach in der Konditionenangabe ignorieren dürfen. Dies hätte dem Gesetz den Weg geebnet und die Wirtschaft nicht vor unlösbare Probleme gestellt. Das Urteil hat einen anderen Weg gewählt, bevor die Diskussion in der Rechtsprechung der Untergerichte überhaupt erst begonnen hatte. Es bleibt wohl dem Gesetzgeber überlassen, hier Klarheit zu schaffen. Art. 20 des Entwurfs der EU-Richtlinie von 2002 hat die Formulierung bereits vorbereitet. Wenn Brüssel sie zurückzieht, so hindert dies den nationalen Gesetzgeber keineswegs, einen effektiveren Verbraucherschutz zu regeln.