



# infobrief 19/06

Freitag, 25. August 2006

MK

## Stichwörter

Bausparzwischenfinanzierung, Realkredit mit Tilgungsinstrument, Vorausdarlehen, Aufklärungspflichtverletzung, Beratungspflichtverletzung

## A Sachverhalt

Einem Ehepaar aus Sachsen-Anhalt wurde im Jahre 1997 zur Finanzierung einer Eigentumswohnung über einen Vertreter der Nordstern Versicherung eine Finanzierungs Kombination der AXA Bausparkasse (Colonia Bausparkasse) aus einem tilgungsfreien Vorausdarlehen über 110.000,00 DM und einem Bausparvertrag über die gleiche Summe vermittelt. Das Vorausdarlehen sollte bei Zuteilung des Bausparvertrags mit der Bausparsumme getilgt werden. Das Vorausdarlehen weist bei einem Auszahlungskurs von 99,5% und einem Nominalzinssatz von 6,20% einen effektiven Jahreszins in Höhe von 6,47% bei einer Festschreibungszeit von 8 Jahren aus. Die monatliche Belastung beträgt 569,00 DM. In den effektiven Jahreszins sind die Zahlungsströme bezüglich des Bausparvertrags nicht mit eingerechnet. Die Bausparsumme sollte zu 40% bei einem Guthabenzinssatz in Höhe von 2,5% angespart werden. Danach sollte ein Bauspardarlehen über 66.000,00 DM zu 4,5% Darlehenszins (nominal) und 5,69% (effektiv) ausgekehrt werden. Das in Finanzierungsfragen völlig unerfahrene Ehepaar hatte dem Vertreter zuvor deutlich gemacht, dass es die besonderen Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen wolle. Der Vermittler stellte im Gespräch einseitig nur die Vorteile der von ihm vorgeschlagenen Finanzierungs Kombination dar. Über andere Finanzierungsmöglichkeiten, etwa über ein annuitätisches Hypothekendarlehen, wurde nicht gesprochen. Die Verbraucher begehren als Schadensersatz eine Neuabrechnung des Vorausdarlehens unter Einbeziehung der Bausparraten als regelmäßige Tilgung im Gegenzug gegen die Auflösung ihres Bausparvertrags.

## B Stellungnahme

Das Thema Bausparzwischenfinanzierung war in der Vergangenheit bereits mehrfach Gegenstand von Infobriefen (vgl. hierzu die Infobriefe 16/95; 20/96; 10/97; 25/97 und zuletzt 06/2002/Beratungspflichten; 13/02/Gesamtbetragsangabe; 40/2002/Aufklärungspflichten; 37/04/Anspruchsgrundlagen; 13/05/Effektivzinsangabe).

## B.I Wirtschaftliche Bewertung/ Vergleich mit Annuitätendarlehen

Die wirtschaftlichen Zusammenhänge haben wir bereits in unserem Infobrief 37/2004 umfassend dargestellt. Hierauf sei verwiesen. Zur Beurteilung, ob eine solche Kombinationsfinanzie-

rung günstig ist, bietet sich die Ausrechnung eines Effektivzinssatzes an, der sowohl das Vorausdarlehen als auch den Bausparvertrag enthält. Die Ausrechnung ist mit Hilfe von Finanzcheck leicht möglich. In einem ersten Schritt werden sämtliche Zahlungsströme in einen Kredit eingebucht. Hierunter fällt der Darlehensauszahlungsbetrag aus dem Vorausdarlehen ebenso wie die Darlehensraten, die Sparraten für den Bausparvertrag und später die Rückzahlungsraten für das Bauspardarlehen. Zahlungsströme, die lediglich innerhalb der Tilgungskonstruktion verbleiben, wie z.B. die Tilgung des Vorausdarlehens mit dem Bausparvertrag, sind nicht zu berücksichtigen. Im zweiten Schritt setzt man die Restschuld zum Ende der der Finanzierung auf Null und bestimmt dann mit der Zielwertsuche den Nominalzins. Im dritten Schritt wird der Effektivzins errechnet.

Im gegebenen Beispiel beträgt der so ermittelte Gesamteffektivzinssatz 7,75% für eine Laufzeit von knapp 18 Jahren. Der Effektivzinssatz liegt somit um 1,28%-Punkte über dem angegebenen effektiven Jahreszins für das Vorausdarlehen und sogar um 2,06%-Punkte über dem angegebenen effektiven Jahreszins des Bauspardarlehen. Hiermit ist noch nicht gesagt, ob die Kombinationsfinanzierung im Verhältnis zu einer Finanzierung mit Hypothekendarlehen teuer oder günstig war. Das würde erst ein Vergleich mit den damals marktüblichen Konditionen zeigen. Der durchschnittliche effektive Jahreszins für Hypothekarkredite mit 10jähriger Laufzeit lag ausweislich der Bundesbankstatistik (Zeitreihe su0046) bei 6,83%. Ein unerfahrener Verbraucher wird irrtümlich die angegebenen Zinssätze mit den Zinssätzen für Annuitätendarlehen vergleichen, z.B. unter [www.biallo.de](http://www.biallo.de) oder [www.baugeld-vergleich.de](http://www.baugeld-vergleich.de), weil er die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht sieht. Damit erhalten die Bausparkassen einen Wettbewerbsvorteil um potentielle Darlehensnehmer.

## **B.II Rechtliche Beurteilung**

Auch bezüglich der Rechtslage wird zunächst auf den Infobrief 37/2004 verwiesen, der auch auf Kombinationsprodukte mit Kapitallebensversicherungen eingeht. In Bezug auf eine Bausparzwischenfinanzierung sind Ansprüche gegen die finanzierende Bank wegen falscher Angabe des effektiven Jahreszinses und Schadensersatzansprüche in Zusammenhang mit der schuldhaften Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten denkbar, wenn der Verbraucher bei Kenntnis der Kosten eine andere Finanzierungsform gewählt hätte und diese günstiger gewesen wäre.

### **B.II.a Fehlerhafte Effektivzinsangabe**

Hielten wir damals noch den Anspruch für *durchsetzbar*, den angegebene Zins um die Differenz herabzusetzen, die zwischen rechnerisch richtigem Effektivzins und angegebenem Effektivzins besteht (vgl. hierzu Infobrief 37/2004 unter B.III.b), hat die Rechtsprechung, d.h. der Bankrechtssenat des BGH, in seiner Entscheidung vom 18.1.2005 (BGHZ 162, 20 = MDR 2005, 642) solche Ansprüche bei Kombinationsfinanzierungen mit Kapitallebensversicherungen verneint (vgl. hierzu mit ausführlicher Kritik iff Infobrief 13/2005). Damit sind in Deutschland zurzeit bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen zu niedriger Effektivzinsangabe nicht durchsetz-

bar. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, hier Klarheit zu schaffen und eine verbraucherfreundliche Lösung zu normieren.

Wir berichten in unserem Infobrief 20/2006 über die Vorstellungen der Bausparkassen zum Effektivzins und ihren Versuch, die eigene, antiquierte Praxis zu etablieren.

## **B.II.b Schadensersatzansprüche**

Ein Aufklärungs- und Beratungsverschulden kann aufgrund einer Nebenpflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB im Rahmen eines gesonderten Beratungsvertrages bzw. des Verschuldens bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*, jetzt geregelt in § 311 BGB) vorliegen.

Voraussetzung für einen solchen Schadensersatzanspruch ist das Bestehen einer Aufklärungs- bzw. Beratungspflicht, die Verletzung dieser Pflicht, ein dadurch verursachter Schaden und ein der Bank zurechenbares Verschulden.

### **B.II.b.1 Pflichtverletzung**

Zu unterscheiden ist zwischen einer vertraglichen Pflichtverletzung aus einem eigenständigen Beratungsvertrag oder einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung des Darlehensvertrags (§§ 280 Abs. 1 i.V.m. 311 BGB).

In der Rechtsprechung und Literatur werden Aufklärungs- und Beratungspflichten teilweise gemeinsam abgehandelt, egal, ob es sich um einen eigenständigen Beratungsvertrag handelt oder um einen Darlehensvertrag (so *Vortmann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, Rn 22ff.). Gemeinsam ist beiden Verträgen, dass zwischen (Haupt-)Leistungspflichten und vertraglichen Nebenpflichten zu unterscheiden ist. Aufklärungspflichten werden üblicherweise den vertraglichen Nebenpflichten zugerechnet. Anders als Hauptleistungspflichten sind sie nicht eigenständig einklagbar (kein Primäranspruch auf Erfüllung), sondern werden erst bei ihrer Verletzung im Zusammenhang mit Sekundäransprüchen, d.h. bei Schadensersatzansprüchen, relevant. Sie resultieren aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis und werden aus § 242 BGB hergeleitet (vgl. *Vortmann*, a.a.O., RN 22). Insofern ist es dogmatisch zweifelhaft, Aufklärungspflichten bei einem eigenständigen Beratungsvertrag den Nebenpflichten zuzurechnen, wie es z.B. der BGH in seiner Entscheidung vom 17.01.2005, XI ZR 17/04, S. 14, praktiziert. Denn man kann durchaus die Meinung vertreten, dass der Beratende dem zu Beratenden auch die Aufklärung über wesentliche Nachteile einer Finanzierungsform schuldet, also der Ratsuchende gerade einen Anspruch auf diese Informationen hat und diese gegebenenfalls auch klagweise geltend machen können soll. Denn er begibt sich ja gerade in die Beratungssituation, um sich fit für eine Entscheidung machen zu lassen, damit erst gar keine Schäden entstehen. Die Zuordnung der Pflicht zu den Haupt- oder den Nebenpflichten hat Auswirkungen auf die Beweislage, wie weiter unten gezeigt werden wird.

### **Eigenständiger Beratungsvertrag**

Nach Ansicht der Rechtsprechung muss die finanzierende Bank nicht von sich aus eine Finanzierungsberatung durchführen. Ein Finanzierungsberatungsvertrag kommt aber konkludent zustande, wenn sich der Verbraucher an die Bank wendet, um sich über verschiedene Finanzierungsmodelle beraten zu lassen (*Vortmann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 8. Auflage 2006, RZ 20). Ein solcher Vertrag kommt auch immer dann zustande, wenn die Bank den Verbraucher tatsächlich über die Zweckmäßigkeit der in Aussicht genommenen Finanzierung informiert. Tritt die Bank als Beraterin auf, bzw. bietet die Bank oder ihr Erfüllungsgehilfe eine Beratung an, so hat sie eine kunden- und objektgerechte Beratung („Bond“-Entscheidung des BGH NJW 1993, 2433) durchzuführen und schon deshalb auch den Kunden über die spezifischen Besonderheiten einer Finanzierung aufzuklären. (OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2004, Az.: 31 U 63/04, RZ 50).

Der BGH rechnet hierzu in seiner oben zitierten Entscheidung vom 17.01.2005, XI ZR 17/04, die eine Kombinationsfinanzierung mit einer Kapitallebensversicherung betrifft, ausdrücklich auch die Aufklärung über höhere Vorfälligkeitsentschädigung bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrages infolge Kündigung und den Umstand, dass für einen Festkredit insgesamt mehr Zinsen zu zahlen sind als für ein Annuitätendarlehen. Die Nachteile sind bei der geschilderten Bausparzwischenfinanzierung identisch. Weiter ist auch auf die insgesamt höheren Kosten wegen der Tilgungskonstruktion hinzuweisen sein.

Gab es also eine Beratungssituation, wie sie etwa bei dem durch den BGH entschiedenen Fall vorlag, und wurden die Nachteile der Bausparzwischenfinanzierung nicht genannt, dann ist es wahrscheinlich, dass die Gerichte eine Pflichtverletzung annehmen werden.

### **Aufklärungspflichten**

Die finanzierende Bank ist nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nicht verpflichtet, einen Darlehensnehmer über die Gefahren, Risiken und die Zweckmäßigkeit einer in Aussicht genommenen Finanzierung im Vergleich zu anderen Finanzierungsformen aufzuklären (BGH NJW 2003, 2529). Die Meinung der jüngeren Rechtsprechung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass es bei einer Bausparzwischenfinanzierung ausreicht, den Verbrauchern auf den Vertragsurkunden die einzelnen mit der Finanzierung verbundenen Belastungen darzustellen. Dazu gehören der Darlehensbetrag, der nominale Zinssatz, der anfängliche effektive Jahreszins, die Zinsbindung, der Nettokreditbetrag, die Abschlussgebühr, die monatliche Zinsrate und die monatlichen Sparraten für den Bausparvertrag. Der Verbraucher soll daraus selbst beurteilen, ob er die angebotene Finanzierungsform für zweckmäßig erachtet oder nicht. Ein Hinweis auf andere Finanzierungsformen soll nicht geschuldet sein. (OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2004, Az.: 31 U 63/04; Urteil vom 27.01.2003, Az.: 5 U 178/01; LG Karlsruhe, Urteil vom 16.08.2001, Az.: 5 O 30/01). Das Urteil des BGH vom 18.01.2005, XI ZR 17/04 hat hier nichts Neues gebracht, da es lediglich den Inhalt von Pflichten bei einem Finanzierungsberatungsvertrag betrifft.

Die Bank muss den Kunden aber dann aufklären, wenn sie eine schwer durchschaubare Finanzierungsstruktur wählt, deren spezifische Nachteile der Kunde nicht ohne weiteres versteht. (*Schimanski/ Bunte/ Lwowski*, § 44 Rn 41). Hier unterscheidet die Rechtsprechung teilweise zwischen einer Bausparsofortfinanzierung (Finanzierung der Mindestansparsumme eines Bausparvertrags mit einem Darlehen) und einer Bausparzwischenfinanzierung (endfälliges Vorausdarlehen ohne regelmäßige Tilgung und gleichzeitige Ansparung eines Bausparvertrags.) In ersterem Fall soll eine Aufklärungspflicht der Bank über die spezifischen Nachteile der gewählten Finanzierung gegeben sein (OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2004, Az.: 31 U 63/04, RZ 41 in Anlehnung an *Mayen*, WM 1995, 913ff.), in letzteren Fällen sollen Aufklärungspflichten nicht bestehen, denn „eine Finanzierung über zwischenfinanzierte Bausparverträge ist weder ungewöhnlich noch neu, sie ist so alt wie die Existenz der Bausparkassen im Lande.“ (LG Karlsruhe, Urteil vom 16.08.2001, Az.: 5 O 30/01).

Wir teilen diese Ansicht nicht, da es auch bei der Bausparzwischenfinanzierung spezifische Risiken bei vorzeitigem Abbruch der Finanzierung und wie oben dargestellt Nachteile wegen des Zinseffekts gibt.

Vor dem Hintergrund der bisherigen neueren Rechtsprechung ist, wenn kein Finanzierungsberatungsvertrag anzunehmen ist, das Prozessrisiko, Ansprüche aus Aufklärungspflichtverletzungen bei Bausparzwischenfinanzierungen nicht durchsetzen zu können, hoch.

### **Pflichtverletzung**

Die Pflichtverletzung besteht in der mangelnden Aufklärung über die geschilderten Umstände bzw. in der einseitigen Betonung der Vorteile der Bausparzwischenfinanzierung.

## **B.II.b.2 Schaden und Kausalität**

Bejaht man eine Pflichtverletzung, so ist der Differenzschaden auszuweisen, d.h. der Verbraucher hat die Differenz zwischen seinem jetzigen Vermögensstand und demjenigen darzustellen, der bestünde, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre weil er eine andere Finanzierungsform gewählt hätte (KG Berlin, Urteil vom 8.11.2005, Az.: 4 U 175/04, ZfIR 2006, 136). Die Schadensberechnung haben wir in unserem Infobrief 37/2004, dort unter B.II. ausführlich dargestellt.

## **B.II.b.3 Verschulden**

Die Bank muss gem. §§ 276 Abs. 1 BGB, 347 HGB für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einstehen. Interessant sind hier die Fälle, in denen die Vertragsvorbereitung und der Vertragsabschluss nicht bei der Bank selbst, sondern über einen Dritten, oft einen Vermittler, stattfinden. Der Vermittler ist dann als Erfüllungsgehilfe der Bank im Sinne des § 278 BGB anzusehen, wenn er als Vertreter der Bank oder Verhandlungs- und Abschlussgehilfe tätig wird. (*Vortmann*, a.a.O., Rn 33). Hierzu können auch selbständige Vermittlungsunternehmen und Makler rechnen.

Der BGH führt hierzu aus:

*„Die selbständige Stellung des Maklers steht seiner Einordnung als Erfüllungsgehilfe nicht grundsätzlich entgegen: Übernimmt er mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, so wird er in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist daher zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten“. (BGH NJW-RR 1997, 116)*

Weiter führt der BGH aus:

*„Der Beklagten musste klar sein, dass dem Darlehensantrag für eine Grunderwerbsfinanzierung durch eine Privatperson in aller Regel eingehende Gespräche voranzutreiben pflegen, bei denen der Vermittler nicht nur die Wünsche und Möglichkeiten des Kunden ermitteln, sondern ihm auch die Angebote der Finanzierungsinstitute nahe bringen und seine Fragen zu deren Vertragsinhalten an deren Stelle beantworten muss. Gerade bei der hier angebotenen speziellen Finanzierungsmethode – Verbindung von Vorausdarlehen und Bausparverträgen – besteht für den Kunden ein erheblicher Aufklärungs- und Beratungsbedarf. Es kann nicht gebilligt werden, dass sich die Beklagte der Verantwortung für die persönlichen Vertragsverhandlungen durch die Einschaltung einer selbständigen Vermittlungsfirma völlig entzieht. Sie musste auch damit rechnen, dass diese Vermittlungsfirma nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzt, sondern auch andere Makler als Untervertreter tätig werden lässt. Auch deren Verhalten bei den Darlehensverhandlungen muss sich die Beklagte gem. § 278 BGB zurechnen lassen.“ (BGH a.a.O.; ähnlich BGH NJW 1998, 2898).*

Inhaltlich muss sich eine Bank das Verhalten eines Kredit- oder Anlagevermittlers aber nur zurechnen lassen, wenn und soweit der Vermittler bei der Anbahnung und dem Abschluss des Darlehensvertrags in dem Pflichtenkreis der Bank tätig wird. (OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2004, Az.: 31 U 63/04, RZ 45). Dies wird bei Aufklärungspflichten der Banken im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung stets der Fall sein. Aber auch eine tatsächlich erfolgte Finanzierungsberatung wird man dem Pflichtenkreis der Bank zurechnen müssen (BGH NJW-RR 1997, 116; KG Berlin, Urteil vom 8.11.2005, Az.: 4 U 175/04, ZfIR 2006, 136), es sei denn, die Beratung geschieht ohne Wissen und Wollen der Bank.

## **B.II.b.4 Beweislast**

Wer eine Pflichtverletzung der Bank behauptet, muss darlegen und beweisen, dass die Bank Aufklärungspflichten traf und dass sie diese verletzt hat (BGH NJW 2000, 3558). Die Bank hingegen hat das Fehlen ihres eigenen Verschuldens bzw. ihrer Erfüllungsgehilfen zu beweisen (BGH NJW 1972, 1201). Während Aufklärungspflichten als Nebenpflichten die Ausnahme darstellen, und daher der Verbraucher ihr Bestehen und ihre Verletzung beweisen muss, besteht beim Beratungsvertrag eine Pflicht zur kunden- und objektgerechten Beratung durch die Bank. Diese Erfüllungspflicht der Bank muss die Bank vor Gericht beweisen. Kann der Verbraucher den (konkludenten) Abschluss eines Beratungsvertrags beweisen; dann spricht der erste Anschein einer objektiven Falschfinanzierung für eine Verletzung der Erfüllungspflicht. In solchen Fällen müsste also die Bank beweisen, dass die Beratung vollständig und mit Hinweis auf spezifische Nachteile durchgeführt worden ist und sich der Kunde entgegen der Beratung der Bank für eine für ihn nachteilige Finanzierungsvariante entschieden hat. Diese Ansicht wird von der Rechtsprechung aber im Kreditbereich bisher selten herausgearbeitet. Vielmehr wird ohne nä-

here Erläuterung oft auf eine Aufklärungspflichtverletzung verwiesen. Die Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund eines Beratungs- bzw. Aufklärungsverschuldens ist im Kreditbereich insgesamt aufgrund der zurückhaltenden Rechtsprechung und der oft dürftigen Beweislage aus Anwaltssicht problematisch (*Tiffe*, Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen, 2006, S. 320 ff.).

### **B.III Folgen für die Praxis**

In dem beschriebenen Fall kommen gegenüber der Bank nur Ansprüche wegen einer schuldhaften Verletzung von Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten in Betracht. Die Rechtsprechung ist in der Annahme von Aufklärungspflichten im Rahmen des Abschlusses eines Darlehensvertrags bei Kombifinanzierungen aber noch zu restriktiv. Wenn tatsächlich eine Baufinanzierungsberatung stattgefunden hat, stehen die Chancen besser, dass die Gerichte eine Pflichtverletzung annehmen. Aber selbst dann besteht immer noch ein erhebliches Prozessrisiko für die Betroffenen, da sie das Vorliegen einer Beratungssituation beweisen müssen. Gelingt es jedoch den betroffenen Verbrauchern, zu beweisen, dass eine Baufinanzierungsberatung stattgefunden hat, in der nicht über die spezifischen Risiken einer Bausparzwischenfinanzierung aufgeklärt worden ist bzw. Alternativen nicht dargestellt worden sind, dann ist davon auszugehen, dass die Gerichte eine Pflichtverletzung annehmen werden. Die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen ist dann wahrscheinlicher.