

Dienstag, 4. Februar 2003

Stichwörter

Vorfälligkeitsentschädigung, PEX-Index (Anschluss an Servicebrief 23/02), KAPO-Programm

A. Sachverhalt

In einem Prozess vor dem Landgericht Stuttgart gegen die Würtemb. Hypothekenbank AG geht es um die Nutzung des PEX Index bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung. Der PEX wird von den Hypothekenbanken verteidigt. Er kommt zu für die Verbraucher schlechteren Ergebnissen als die Nutzung der Pfandbriefindizes, die die Deutsche Bundesbank veröffentlicht. Wir hatten in Infobrief 23/02 hierzu bereits ausführlich mit Zahlenmaterial Stellung genommen. Im folgenden werden noch einige Überlegungen zum Schadensersatzrecht gebracht.

B. Stellungnahme

1. Anforderungen an abstrakte Schadensberechnungen

Es gehört zur ständigen Rechtsprechung, dass Schadensberechnungen nachvollziehbar sein müssen. Paradigma hierfür kann die Rechtsprechung zur Verzugsschadensberechnung bei Zinserträgen sein, wo alle wesentlichen Gedanken der Vorfälligkeitsentschädigung in den 70er Jahren ausführlich diskutiert, durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in eine brauchbare Formel gebracht und schliesslich vom Gesetzgeber umgesetzt wurden. Danach gilt, dass entweder ein Schaden konkret oder abstrakt zu berechnen ist. Konkrete Berechnungen müssen die Anbieter selber vorlegen. Dabei müssen sie ihr konkretes Anlageverhalten offenlegen und nachweisen, inwieweit bestimmte zurückgeflossene Beträge auch tatsächlich angelegt worden sind. Da Geld ununterscheidbar ist, können sie dabei nicht behaupten, dass ein bestimmtes Geldquantum nur in einem bestimmten Segment angelegt wurde.

So wurde zum Beispiel damals von den Teilzahlungsbanken in der Verzugszinsfrage behauptet, sie hätten die nicht zurückgeflossenen Gelder wieder in den hochverzinslichen Ratenkrediten angelegt. Dies hat die Rechtsprechung zurückgewiesen und darauf hingewiesen, dass dies nach ihrem durchschnittlichen Anlageportfolio zu berechnen sei. Keine Bank habe lediglich eine Anlagemöglichkeit sondern könne streuen und

* Dieser Infobrief wurde irrtümlich als Ausgabe 42/03 veröffentlicht.

werde daher ihre Anlagen so streuen, wie es ihren Gewinnchancen am besten entspricht.

Bei der Vorfälligkeitsentschädigung geht es um die selbe Frage. Auch die Banken behaupten nicht, dass ihnen der geltend gemachte Schaden auch konkret entstanden sei. Hierzu werden keine Berechnungen vorgelegt oder etwa Anlagestruktur und Refinanzierung offengelegt. Sie wählen immer eine abstrakte Schadensberechnung. Das besondere der abstrakten Schadensberechnung ist aber, dass sie sich an Marktdaten orientiert und den Anbietern von Krediten sowohl in der Verzugszinsfrage wie auch in der Vorfälligkeitsentschädigung die wesentliche Erleichterung zubilligt, die sonst nur beim Prima-facie-Beweis unter ganz besonderen Umständen den Geschädigten gewährt wird, einen wahrscheinlichen Schaden als wirklichen Schaden auszuweisen.

Diese abstrakte Schadensberechnung, die man durchaus im Hinblick auf §249 BGB und das Prinzip des wirtschaftlich tatsächlichen Schadens für problematisch halten kann, setzt aber zumindest voraus, dass die dabei benutzten Daten objektiv festgestellt und von Sachverständigen entsprechend nachvollziehbar sind und das, wie es §309 Ziff. 5a BGB vorsieht, zumindest „den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden“ in etwa trifft. Diese Objektivität hat die Rechtsprechung niemals bei Zahlen angenommen, die die Anbieter selber generieren und zur Verfügung stellen. Vielmehr wird hierbei ganz regelmässig auf das statistische Bundesamt oder in Kapitalfragen die Bundesbank zurückgegriffen. Auch die Deutsche Börse oder ein anderer unabhängiger Anbieter von Börsenhandelssystemen wäre eine Anbieter-unabhängige Einrichtung, die hier genügend Objektivität versprechen würde.

Da Daten der deutschen Bundesbank sowie des statistischen Bundesamtes nach den Kriterien wissenschaftlicher Datenerhebung immer reale Daten sind, die nach anerkannten statistischen Verfahren insgesamt am Markt erhoben werden, hat die Rechtsprechung auch kein Problem darin gesehen, etwa an den Durchschnitts-Zinssätzen für Ratenkredite die Wucherrechtsprechung zu orientieren oder aber bei den Verzugszinssätzen entsprechend dem empirisch nachweisbaren Portfolio einer Bank aus den verschiedenen Anlagezinssätzen aus der Bundesbankstatistik einen gewichteten Durchschnitt zu bilden. In diesen Verfahren waren immer zwei Kriterien erfüllt: Den Durchschnittswerten am Markt lagen real gewonnene Zinssätze von tatsächlichen Anlegern zugrunde, die entsprechend ihrem tatsächlichen quantitativen Vorkommen gewichtet waren. Ausserdem wurden diese Zinssätze nach den anerkannten Verfahren der Statistik repräsentativ gebildet und nicht manipuliert. Schliesslich mussten sich diese Durchschnitts-Zinssätze auch im direkten Vergleich der Zinssätze am Markt bewähren. Diese Verfahren sind international einheitlich und üblich.

2. Der PEX als Maßstab des abstrakten Schadens?

Der PEX genügt diesen Kriterien nicht. Er ist ein einseitig von der Anbieterseite erstellter Index, der auf fiktiven Daten beruht, im wesentlichen Wunschvorstellungen ein-

zelen Anbieter über die Plazierung am Markt verarbeitet und mit einer Scheingenaugigkeit arbeitet. Er erfüllt daher nicht die Kriterien der Objektivität, des Tatsachenbezugs von Durchschnittswerten und damit der Schadensgenauigkeit und auch nicht dem Kriterium der Nachvollziehbarkeit, da er auf interne Vorgänge der Anbeiterseite, die von ihnen alleine beherrscht werden, zurückgreift.

Hierzu kann im Einzelnen auf die Stellungnahme von Munsberg, „Der Pfandbriefindex PEX - Spiegel des deutschen Pfandbriefmarktes“ hingewiesen werden. So heisst es dort auf Seite 103 „Naturgemäss lässt sich ein Rentenindex-Portfolio aus fiktiven Wertpapieren in der Anlagepraxis nicht nachbilden – ein Mangel der von den PEX-Architekten angesichts der Vorteile des National Bond-Ansatzes bewusst in Kauf genommen wurde.“ Weiter heisst es dann „dass sämtliche international etablierten Renditen Indizes wie z.B. die von Salomon oder GP Morgan mit realen Index-Portfolios arbeiten.“ Daher wird dem PEX-Index auch keine Chance für eine grenzüberschreitender Nutzung eingeräumt. Weiter wird darauf hingewiesen, (S. 104) dass er sich auf Angaben der Kreditinstitute über Absichten des Verkaufs stützt und „dass nicht durchweg Marktkräfte die Richtung des PEX bewegen, sondern auch subjektive Einschätzungen der meldenden Institute Berücksichtigung finden.“

Dass zur Korrektur des PEX angewandte Mittel, nur die „mittleren 50% der gemeldeten Renditen“ zu nutzen, ist in statistischen Verfahren unüblich. Insbesondere die Bundesbank lässt nur die sogenannte Ausreisser-Quote der oberen 5% und unteren 5% zur Korrektur statistischer Durchschnittswerte unbeachtet. Der Hinweis bei Munsberg, dass es sich beim PEX um einen „von führenden Marktteilnehmern manipulierbaren“ Index handelt, legt die Vermutung nahe, dass in dem sehr stark übereinstimmenden Hypothekenmarkt, wie er insbesondere bei der gemeinsamen Nutzung von EDV-Programmen zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung wie dem Programm KAPO oder auch der durch den Hypothekenverband aktiv vereinheitlichten Berechnung zur Vorfälligkeitsentschädigung besteht, der PEX von den Marktführern in kartellbildender Weise eingebracht wird.

Dass der Coupon-Effekt nicht berücksichtigt wird, obwohl er real existiert und 1% Schwankungen impliziert, die nicht gleichmässig über alle Perioden sind, macht den PEX weiter wenig sinnvoll.

Insgesamt zieht sich durch die gesamten Erwägungen zum PEX immer wieder die Erwägung, dass der Pfandbriefmarkt kein liquider Markt ist. In solchen Marktsegmenten ist aber eine Marktpreisbildung nach Durchschnittswerten kaum möglich.

Es widerspricht statistischen Verfahren, dass die Absatzmengen verschiedener Pfandbriefe über Jahre hinweg im PEX gleichgewichtig abgebildet werden, obwohl sie sich real dauernd verschieben

3. PEX allein für Vorfälligkeitsentschädigungen?

Der PEX wurde im Jahre 1995 von den Hypothekenbanken und insbesondere ihren führenden Instituten entwickelt. International ist er nicht verwendbar, er hat auch keine Funktion im Futures-Markt, weil (S. 109) im Sekundär-Markt keine Liquidität und keine Transparenz herrscht und daher niemand auf fiktive Werte spekulieren wird. Dass auf den PEX Optionsscheine gezogen werden, ist bisher nicht bekannt, so dass der Sinn des PEX eigentlich nur darin bestehen könnte, die Schwankungen zwischen den Jahren nachzuvollziehen und sie mit den Schwankungen anderer Indices zu vergleichen. Der PEX ist damit eine rein relative Angabe, für die jedoch offensichtlich bisher keine Notwendigkeit bestand.

Seine Erscheinung im Jahre 1995 legt es nahe, dass im Hypothekenmarkt ähnliches passiert ist, wie seinerseits im Teilzahlungsbanken-Markt. Dort hatten auch die Teilzahlungsbanken bei der Wucherrechtsprechung versucht, der Wuchergrenze beim doppelten des von der Bundesbank ausgewiesenen Ratenkreditzinssatzes einen eingenen an einem sogenannten Sondermarkt orientierten Durchschnitts-Ratenkreditzinssatz gegenüber zu stellen, der dann regelmässig in der Fachzeitschrift FLF veröffentlicht wurde. Die Gerichte haben damals diesen höheren Zinssatz ignoriert, der die Wuchergrenze für Teilzahlungskredite höher setzen sollte. Der BGH hat ihn ausdrücklich abgelehnt und orientiert sich bis heute am Bundesbankzinssatz.

Wenn daher in dem Aufsatz von Munsberg steht „da im PEX und seinen Subindizes die direkten Refinanzierungskosten der Pfandbriefinstitute zum Ausdruck kommen, bietet sich auch sein Einsatz im Hypothekendarlehensgeschäft an“, so liegt die Vermutung nahe, dass er gerade im Hinblick auf die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung geschaffen wurde. Da er offensichtlich auch zu für die Hypothekenbanken günstigeren Ergebnissen kommt, dürfte die entsprechende Zielsetzung sich auch ausgewirkt haben.

Dass die Hypothekenbanken selber den PEX benutzen, um darauf ihre variablen Konditionen zu stützen, ist bisher in der Praxis nicht nachzuweisen. Hier werden vielmehr objektive an Tatsachen orientierte Indizes benutzt, woraus hervor geht, dass die Hypothekenbanken insofern auch ihrem eigenen Index wenig Vertrauen entgegenbringen.

4. Kartellbildung durch das KAPO-Programm

Bedenklich ist auch die brancheneinheitliche Verwendung des „KAPO-Programms“, bei dem die Rechtsmeinung der Anbieter in einem EDV-Programm verobjektiviert wurde, dass wesentliche Voraussetzungen unsichtbar macht, gleichwohl aber durch seine einheitliche Verwendung den Gerichten wie Verbrauchern wie eine technische Vorgabe erscheinen mag. Grundsätzlich gilt nämlich, dass es vollständig gleichgültig ist, ob die Entschädigung mit Computern und irgendwie benannten Programmen oder mit dem Kopf berechnet ist. Berechnungen müssen richtig sein. Ein Programm rechnet aber niemals richtig sondern nur so, wie es programmiert wurde. Das Verstecken hinter Computerpro-

grammen ist eine bewußte Entmündigung der Verbraucher ebenso wie der Gerichte. Ihr Name dürfte an sich nur erwähnt werden, wenn deutlich ist, dass sie auf jeden Fall falsch rechnen. Dies war auch früher so, hat sich allerdings mit dem neuen BGH-Bankensenat geändert.

Der Bundesgerichtshof (WM 2001, 20 = NJW 2001, 509) hat nämlich diese Kartellbildung gestützt, als er ausführte, dass das „sogenannte KAPO-Programm grundsätzlich zur Berechnung einer Nichtabnahme- bzw. Vorfälligkeitsentschädigung geeignet ist“, gleichzeitig aber darauf hinwies, dass im zu entscheidenden Fall die Bank unter Nutzung dieses Programmes zu einem falschen Ergebnis gekommen war. Da die Handhabung im Zweifel durch die Programmierer vorgegeben und mit den Auftraggebern abgesprochen sind, ist die Aussage des BGH in sich unschlüssig.

Merkwürdig ist, dass er damit ohne Not ein nur mit dem Namen bezeichnetes EDV-Programm für grundsätzlich geeignet hält, rechtlich korrekt zu berechnen. Immerhin verweist der BGH noch selber darauf, dass „die Grundlagen der angewandten Computerprogramme so deutlich zu machen (sind), dass eine Überprüfung möglich ist“, was er bei dem KAPO Programm für immer noch nicht gegeben hielt. An seine Entscheidung des zweiten Senats aus dem Jahre 1993 (II ZR 194/92) hat er sich dabei nicht erinnert. Dort hieß es immerhin: „4. Die Berechnung des Nichtabnahmeschadens anhand eines Computerprogramms (KAPO-Programm), das die fiktiven Einnahmen aus einer fristenkongruenten Ersatzanlage ermittelt, kann nicht überzeugen.“

Computerprogramme sind kein Beweis für die Richtigkeit einer Berechnung, auch wenn sie einheitlich von der Branche entwickelt und verwendet werden. Da ein solches Programm jederzeit geändert werden kann, ist es grob fahrlässig vom höchsten deutschen Gericht, jetzt solche Freibriefe auszustellen, die dann für Kartellbildung genutzt werden können und Untergerichten präsentiert werden.

Dass das KAPO-Programm einen solchen Weg versucht hat, zeigen auch die Stellungnahmen des OLG München (VuR 7/98, 232 = WM 1998, 1484) „Die von der Bank vorgelegten Berechnungen der Vorfälligkeitsentschädigung nach dem sogenannten KAPO-Programm weisen inhaltliche Fehler auf und entsprechen nicht den Vorgaben der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1.7.1997“ sowie des OLG Zweibrücken (WM 1996, 621): „4. Die Berechnung des Nichtabnahmeschadens anhand eines Computerprogramms (KAPO-Programm), das die fiktiven Einnahmen aus einer fristenkongruenten Ersatzanlage ermittelt, kann nicht überzeugen, wenn ...“

5. Ergebnis

Die Rechtsprechung trägt bei der abstrakten Schadensberechnung im Kapitalmarkt die Verantwortung für die Objektivität der dabei verwendeten Daten und Rechenmethoden. Dies gilt für die Wucherrechtsprechung, bei denen es um Durchschnittszinssätze geht, dies gilt auch für die Verzugszinsberechnung, soweit sie nicht wie im Verbraucherkredit

vom Gesetzgeber an den Bundesbankdiskontsatz gekoppelt wurde, dies gilt seit neuestem auch für die Orientierung variabler Zinssätze an objektiven Marktindizes, die nicht manipulierbar sind (Vergleiche hierzu auch den Entwurf der neuen EU-Richtlinie der dies für alle europäischen Staaten entsprechend den Modellen in den meisten anderen Staaten bereits vorschreibt) und muss auch für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung gelten.

Die Beurteilung eines Computerprogrammes insbesondere noch dann, wenn es kartellartig von der Anbieterseite benutzt und in ihm Rechtsansichten scheinbar fest und teilweise unerkennbar programmiert sind, obliegt der Rechtsprechung nur insoweit, wie es eindeutig falsch rechnet. Schadensberechnung ist keine Technik sondern eine Logik. Die Verbraucher sollten dies vor Gericht geltend machen, bis das höchste deutsche Zivilgericht damit aufhört, die Praxis der Kreditgeber gutachtlich zu begleiten. (UR)