

2. Oktober 2001

## Infobrief 34/01

### Vorfälligkeitsentschädigung, Aufklärungsverschulden, Berechnungstermin

#### Sachverhalt

Immer wieder kommt es vor, dass Banken bei der Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen den Standpunkt vertreten, die Rechtsprechung des BGH sei nicht anwendbar, da die Ablösung des Kreditvertrages freiwillig geschehe. Vielmehr könne bis zu den Grenzen der Sittenwidrigkeit jeder Betrag frei vereinbart werden.

Ein weiteres Problem bei der Vorfälligkeit verdeutlicht folgendes Beispiel: Die Bank berechnet dem Kunden eine Vorfälligkeitsentschädigung von 30.000,- DM am Anfang eines Monats. Das Angebot erhält die Bank bis Ende des Monats verbindlich aufrecht. Der Kreditnehmer nimmt das Angebot an und löst den Kredit am Monatsende ab.

Bei einer Nachberechnung stellt sich folgendes heraus: Zu den Zinssätzen am Tag des Angebots war die Vorfälligkeitsentschädigung nach den Berechnungsvorgaben des BGH um 10.000,- DM zu hoch. Legt man jedoch die Zinssätze am tatsächlichen Ablösedatum am Monatsende zugrunde, hätte die Entschädigung aufgrund der Zinsentwicklung sogar noch um 5.000,- DM höher ausfallen können. Es stellt sich die Frage, ob der Kreditnehmer bei der Schadensberechnung auf die Zinssätze am Tag des Angebots bestehen kann oder es allein auf die Zinssätze des tatsächlichen Ablösetages ankommt.

#### Stellungnahme

##### *Fall 1: Aufhebungsentgelt und Aufklärungsverschulden*

Die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nach dem BGH-Urteil vom 7.11.2000 (NJW 2001, 509 = WM 2001, 20) umfasst bisher nur die Fälle, in denen dem Kreditnehmer ein berechtigtes Interesse zur vorzeitigen Rückzahlung zugestan-

den wird, wie etwa beim geplanten Verkauf des Objektes. Die Bank muss, die vorzeitige Rückzahlung akzeptieren, soweit Kündigungsrechte bestehen.

Fraglich ist jedoch, ob Banken in den Fällen, in denen dem Kreditnehmer kein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Rückzahlung zugestanden wird und die Banken die vorzeitige Rückzahlung nicht unbedingt akzeptieren müssen, den Preis der Vorfälligkeitsentschädigung frei aushandeln dürfen.

### **(1) Anspruch begrenzt auf Schadensersatz**

Dies wird in der Literatur und Praxis der Banken bejaht, führt jedoch zu einem merkwürdigen Ergebnis. Ein Verbraucher, der eine Kreditablösung braucht, hat keinen Markt für diese Ablösung mehr. Er kann sich nur mit einem einzigen Anbieter auseinandersetzen, der dieser Dienstleistung, nämlich die Befreiung von einem Kredit, anbietet. Dies entspricht nicht den Bedingungen, die das BGB der Abschlussfreiheit zugrundelegt. Vielmehr handelt es sich um einen typischen Kartellvertrag, wenn für eine Ware nur noch ein Anbieter besteht.

Kartellverträge werden unabhängig von den Fragen des Kartellrechts innerhalb des BGB nach den guten Sitten beurteilt. Anerkannt ist, dass bei solchen Konstellationen gem. § 826 BGB ein Schadenersatzanspruch wegen sittenwidriger Schädigung gegeben ist, wenn die Zwangssituation ausgenutzt wird. Eine Ausnutzung der Zwangssituation ist immer dann anzunehmen, wenn der Kreditgeber mehr als den Ausgleich seines Nachteils verlangt, den er aus der vorzeitigen Beendigung entstanden ist.

Ein anderer hier wesentlicher Gesichtspunkt ist der des Knebelungsvertrages, der gem. § 138 BGB zur Nichtigkeit führen kann. Hat ein Vertragspartner keine ausreichende Handlungsfreiheit mehr, so verstößt es gegen die guten Sitten, wenn diese Situation nicht nur herbeigeführt sondern auch ausgenutzt wird.

Die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nach dem BGH-Urteil vom 7.11.2000 (NJW 2001, 509 = WM 2001, 20) umfasst bisher nur die Fälle, in denen dem Kreditnehmer ein berechtigtes Interesse zur vorzeitigen Rückzahlung zugestanden wird, wie etwa beim geplanten Verkauf des Objektes. Die Bank muss, die vorzeitige Rückzahlung akzeptieren, soweit Kündigungsrechte bestehen.

In einem langfristig angelegten Kreditvertrag, der 10 Jahre unkündbar ist, kann man einen solchen Aspekt des Ausschlusses individueller wirtschaftlicher Handlungsfreiheit auf dem Markt sehen insbesondere. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Haus das wesentliche Vermögen darstellt. Das Versprechen eines Mehrerlöses ist die Ausnutzung einer solchen faktischen Knebelung. Solche Verträge sind daher nur insoweit hinnehmbar, wie sie dem Kreditnehmer gegen vollen Schadensersatz den Ausstieg ermöglichen. Mit dem Schadensersatz ist der Kreditnehmer in Deutschland ohnehin bereits genug bestraft.

Schließlich kommt auch eine Beurteilung nach § 315 BGB infrage. Der Ablösevertrag ist ohne den Kreditvertrag nicht denkbar und in ihm regelmäßig bereits angelegt, da Banken Ablösebegehren immer zustimmen und sich lediglich die Bestimmung der

Ablösesumme für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten. Insoweit enthält jeder Kreditvertrag die stillschweigende Abmachung, dass er einverständlich gegen Zahlung eines Entgelts vorzeitig beendet werden kann. Die Bestimmung dieses Entgelts erfolgt jedoch einseitig durch die Bank, was auch die Praxis bestätigt. Aushandlungsprozesse finden hier nicht mehr statt, weil der Kreditnehmer keinerlei Abschlussfreiheit hat. Für diese Interpretation spricht auch die Auffassung des BGH, der in der Zinsbindung eine eigene Leistung sieht, die neben der Laufzeit vereinbart wird. Die Bank möchte durch diese Zinsbindung entsprechende Zahlungen erreichen. Erreicht sie diese Zahlungen auf dem Wege der Vorfälligkeitsentschädigung, so hat sie alles bekommen, was ihr nach dem Vertrag zugesagt war. Ein darüber hinausgehendes Recht, Kreditnehmer als Geiseln an sich zu binden, gibt der Vertrag nicht her. Eine formale Vertragsposition auszunutzen, um ein erhöhtes Entgelt zu erpressen, würde den guten Sitten widersprechen.

Kann man also § 315 BGB auf die Vorfälligkeit anwenden, so ist die Ablösesumme nur zutreffend, wenn sie billigem Ermessen entspricht. Der bisherigen Argumentation folgend ist das aber nur der Fall, wenn die Bank die Zwangslage nicht zu einer den Schaden übertreffenden Leistung ausnutzt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die BGH-Rechtsprechung zum Kündigungsrecht nur das Recht der vorzeitigen Beendigung betrifft. Wer ein berechtigtes Interesse hat (wozu im Übrigen in allen Staaten immer der Objektverkauf gehört - die due-on-sale Klausel, wie sie in den USA vorgeschrieben ist sowie die französische Gesetzgebung haben dies ausdrücklich bestimmt), kann auf jeden Fall vorzeitig kündigen. Für die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung ergibt sich in den anderen Fällen daraus kein Anspruch auf eine darüber hinausgehende Bereicherung.

## **(2) Aufklärungsverschulden**

Sollte man diese Argumente nicht nachvollziehen, was angesichts der aktuellen Irrationalität in der Rechtsprechung des BGH einkalkuliert werden muss, dann bleibt zumindest die Frage offen, ob nicht ein Aufklärungsverschulden vorliegt.

In der Regel wird sich das Kreditinstitut im Sinne von *culpa in contrahendo* schadenersatzpflichtig machen, wenn sie dem Kreditnehmer suggeriert, sie würden nur den Schaden ersetzt verlangen, wie dieses bei einer Vorfälligkeitsentschädigung üblich sei (Heymann/Rösler ZIP 2001, 441 (445)). Schweigen reicht entgegen der Auffassung der oben genannten Autoren nicht aus, weil dem rechtsunkundigen Kreditnehmer nicht bewusst sein wird, dass das Kreditinstitut nicht nur den Schaden ersetzt sondern einen frei vereinbarten Preis verlangt. Der Kreditnehmer ist dann so zu stellen, wie er stünde, wenn das Kreditinstitut seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre. Es ist davon auszugehen, dass sich die Parteien auf den Preis der Vorfälligkeitsentschädigung nach den Kriterien des oben genannten BGH-Urteils geeinigt hätten, so dass der Schadenersatz auf Grundlage von c.i.c. nach den gleichen Maßstäben zu ermitteln ist wie die ungerechtfertigte Bereicherung

Ein Bankkunde rechnet grundsätzlich nicht damit, bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung nochmals über den Ausgleich der vorzeitigen Ablösung hinaus zur Kasse ge-

beten zu werden. Die Aufklärungspflicht der Kreditinstitute sollte daher entsprechend streng gesehen werden; dem Kreditnehmer muss bei vorzeitiger Rückzahlung deutlich gemacht werden, dass es sich nicht um eine Entschädigungszahlung sondern um einen gesonderten Vertrag handelt, bei dem ein erheblicher Spielraum vor allem zu Gunsten der Kreditinstitute besteht. Die üblichen Standardschreiben der Banken mit einer fest genannten Summe für die Ablösung lassen keinen Verhandlungsspielraum erkennen und reichen daher auf keinen Fall aus.

Im Übrigen erscheint es, wie oben gezeigt, grundsätzlich problematisch, der Bank mehr als eine Vorfälligkeitsentschädigung zuzugestehen, da das Kreditinstitut dadurch schon so gestellt wird, als wenn der Vertrag bis zum Ende der Laufzeit erfüllt worden wäre und das Erfüllungsinteresse des Kreditinstitutes aus dem ursprünglichen Vertrag damit erschöpft ist. Fraglich ist daher, ob auch nach dieser Auffassung bei erfolgter ordentlicher Aufklärung überhaupt noch Fälle übrig blieben, in denen es zur Vereinbarung einer Ablösesumme über dem Betrag einer Vorfälligkeitsentschädigung gekommen wäre.

### **Fall 2: Berechnungszeitpunkt**

Ausgegangen wird im Folgenden von einem berechtigten Grund zur vorzeitigen Rückzahlung wie durch den Verkauf der Immobilie. Gerichtsentscheidungen zu dieser Problematik sind nicht bekannt. Grundsätzlich ist bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den tatsächlichen Ablösezeitpunkt abzustellen, da es sich um einen Schadenersatz handelt. Ein Ansatz ist jedoch, das Angebot des Kreditinstitutes gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass es den Schaden auf Grundlage der Zinsen zum Tage des Angebotes berechnet und sich an dieses Angebot eine gewisse Zeit lang gebunden hält, unabhängig ob der Zinssatz fällt und der Schadenersatz möglicherweise größer ausfallen würde. In dem Angebot steckt dann ein Verzicht auf die Forderung eines höheren Schadenersatzes. Dem Kreditnehmer steht es dabei gleichzeitig frei, einen geringeren Schaden nachzuweisen, zum Beispiel aufgrund von zwischenzeitlich steigenden Zinsen.

Ein anderer Ansatz ist, dass sich das Kreditinstitut aufgrund eines Aufklärungsverschuldens schadenersatzpflichtig macht. Dann das Kreditinstitut hat mit seinem Angebot den Anschein erweckt, dass es lediglich den Schadenersatz auf Grundlage des Zinssatzes zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes verlangt und sich daran eine gewisse Frist gebunden hält. Es hat nicht darüber aufgeklärt, dass sich die Vorfälligkeitsentschädigung durch Zeitablauf möglicherweise zu Lasten des Kreditnehmers verändert und der Kreditnehmer dieses Risiko durch sofortige Rückzahlung ausschalten kann, weil die Vorfälligkeitsentschädigung auf Grundlage der Zinsen abgerechnet werden muss, die bei Abgabe des Angebotes vorherrschten. Dieses muss zumindest dann gelten, wenn das Kreditinstitut den Kreditnehmer nicht darauf hingewiesen hat, dass die konkrete Abrechnung erst bei Rückzahlung zu den dann bestehenden Zinssätzen erfolgt.

Beide Ansätze sind nicht einfach zu vertreten. Der zweite Ansatz wird in der Praxis oft daran scheitern, dass der Kreditnehmer den Kredit gar nicht früher hätte zurückzahlen können. Selbst wenn das möglich gewesen wäre, bleibt die Frage, ob der

Kreditnehmer bei entsprechender Aufklärung den Kredit auch früher zurückgezahlt hätte, da die Zinsentwicklung innerhalb der kurzen Zeitspanne zwischen Angebot und Rückzahlung in der Regel nicht vorhersehbar ist. Auch ist fraglich, ob das Kreditinstitut verpflichtet ist, den Kreditnehmer bei einem berechtigten Ablösewillen überhaupt auf die Zinsentwicklung und deren Folgen für die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung hinzuweisen. Dass sich die Schadensberechnung innerhalb eines Monats aufgrund der Zinsentwicklung ändern kann, reicht als Wissensvorsprung nicht aus. Der Fall ist auch nicht mit denen der Umschuldungen vergleichbar, da es hier um einen vom Kreditgeschäft losgelösten Verkauf der Immobilie durch den Kreditnehmer geht, dessen wirtschaftlicher Sinn sich dem Kreditinstitut in der Regel entziehen wird.

Der erste Ansatz stellt eine weite Auslegung von Schreiben der Kreditinstitute dar in dem sich das Kreditinstitut nicht nur an die im Schreiben genannte Summe binden wollte sondern darüber hinaus an die dahinter stehenden Abrechnungsmodalitäten. Allerdings stellt sich die Frage, wie die Schreiben der Kreditinstitute sonst ausgelegt werden sollten, soweit es um die Berechnung eines Schadenersatzes geht. Der normale Weg wäre, dass die Bank eine vorläufige Berechnung des Schadenersatzes vornimmt und auf die Unverbindlichkeit der Berechnung hinweist, weil diese erst zum tatsächlichen Ablösezeitpunkt mit den dann bestehenden Zinssätzen vorgenommen werden kann. Nimmt das Kreditinstitut nur eine Berechnung vor dem tatsächlichen Ablösezeitpunkt vor und hält sich daran gebunden, kann damit nicht gemeint sein, dass der Nachweis eines niedrigeren Schadens durch den Kreditnehmer (zum tatsächlichen Ablösezeitpunkt) abgeschnitten werden soll. Denn dieser steht dem Kreditnehmer in den genannten Fällen rechtlich zu. Daher kann ein verbindliches Angebot nur den Verzicht auf eine höhere Summe bedeuten. Dass sich das Kreditinstitut darüber hinaus nicht nur an den genannten Betrag, sondern an eine Schadenersatzberechnung zum Zeitpunkt seiner Erklärung binden wollte, kann nur im Einzelfall so gesehen werden. Dann müsste sich aus dem Schreiben des Kreditinstitutes ergeben, dass es den Schadenersatz auf Grundlage der Zinssätze zum Zeitpunkt der Erklärung berechnen will. Darin allein würde ein Verzicht auf einen höheren Schadenersatz durch die Zinsentwicklung bis zum Ablauf der Frist bestehen. Das Nennen eines Endbetrages allein reicht dazu nicht aus.

Die Berechnung des Schadenersatzes zum tatsächlichen Ablösezeitpunkt schafft zudem mehr Klarheit und dadurch auch mehr Rechtsfrieden, ist es auch im Einzelfall bedauerlich, dass ein Kreditnehmer trotz falscher Berechnung der Bank aufgrund der Zinsentwicklung bis zur Ablösung den Betrag dann doch zahlen muss. Eine Abrechnung zu den Zinssätzen zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung des Kreditinstitutes kommt daher nur in Einzelfällen in Betracht.