

ARNO GOTTSCHALK | Bismarckstr. 35 | 28203 Bremen

An die Vorsitzende  
*Frau Ingrid Arndt-Brauer, MdB*

Finanzausschuss des Deutschen Bundestags

Platz der Republik 1  
**11011 Berlin**

Bremen, den 2. März 2017

## Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Ergänzung des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts im Bereich der Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und zur Änderung der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (Finanzaufsichtsrechts-ergänzungsgesetz)

### Kontakt:

Arno Gottschalk

Telefon: +49 421 70 40 70

E-Mail: [ag@arno-gottschalk.de](mailto:ag@arno-gottschalk.de)

## 1. § 18a KWG Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen

Durch die EU-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht sind bei der Kreditwürdigkeitsprüfung Pflichten für die Kreditinstitute kodifiziert worden, die von einem seriös arbeitenden Kreditinstitut schon vorher im eigenen Interesse zu beachten waren. Von daher hat die teils alarmistische Kritik an diesen gesetzlichen Neuregelungen überrascht. Die neue Qualität der Regelungen besteht allerdings darin, dass **die Verantwortung für eine kreditnehmergerechte Immobilienfinanzierung sehr viel stärker zu den Kreditinstituten hin verlagert wurde**. Diese stärkere Akzentsetzung zu einer verantwortungsvollen Kreditvergabe war und ist zu begrüßen, da der normale Verbraucher in der komplexen und für ihn zumeist singulären Frage der Finanzierung einer Wohnimmobilie tendenziell überfordert ist und insoweit eine bloße Adressierung des „mündigen Verbrauchers“ an den Realitäten des Marktes vorbeigehen würde.

Wenn damit die Kreditinstitute – als die „Profi-Seite“ des Marktes – in eine stärkere Haftungsverantwortung gestellt werden, so ist das angemessen und für sich betrachtet kein akzeptabler Grund für Klagen, Kritik und Änderungsbegehren. Mit der Aufstellung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen sollten daher tatsächlich nur **Konkretisierungen und Präzisierungen** vorgenommen werden, mit denen Unklarheiten aus den gesetzlichen Bestimmungen und damit verbundene Unwägbarkeiten bei späteren richterlichen Überprüfungen beseitigt werden. **Eine Aufweichung des Leitbildes einer kreditnehmergerechten Darlehensvergabe und der damit verbundenen Verantwortung und möglichen Sanktionierung der Kreditinstitute darf demgegenüber nicht erfolgen.**

## 2. § 48u Maßnahmen zur Begrenzung makroprudenzieller Risiken im Bereich der Darlehensvergabe zum Bau oder Erwerb von Wohnimmobilien

Das Kreditsystem ist Medium und Katalysator für mögliche „Blasen“-Bildungen in Immobilienmärkten und den damit verbundenen Gefährdungen des Finanzsystems insgesamt. Von daher ist die gesetzliche Etablierung von Maßnahmen zur Begrenzung dieser Risiken grundsätzlich zu begrüßen.

Ursprünglich war diese präventive Funktion augenscheinlich allein den neuen gesetzlichen Vorgaben für die verschärfte Kreditwürdigkeitsprüfung zugeordnet. Ein solcher Ansatz würde insbesondere auch deshalb zu kurz greifen, weil preisliche und/oder mengenmäßige Übertreibungen an den Immobilienmärkten nicht allein durch Fehlentwicklungen bei den Verbraucher-Darlehensverträgen hervorgerufen oder begünstigt werden. Insofern ist allerdings auch fragend anzumerken, ob die Regelungen des neuen § 48u nicht zu einseitig auf die Darlehensvergabe an Verbraucher ausgerichtet sind und nicht stärker auch die Risiken adressieren müssten, die von institutionellen Investoren und Spekulanten ausgehen. Unabhängig davon ist aber nochmals zu betonen, dass auch die Einführung zusätzlicher präventiver Instrumente nicht dazu führen darf, dass im Gegenzug die Anforderungen an die Kreditwürdigkeitsprüfung – weil sie in stabilitätspolitischer Hinsicht möglicherweise als nicht mehr so wichtig erscheinen – aufgeweicht werden.

Bei den jetzt vorgesehenen Maßnahmen sollten überdies zumindest drei Änderungen bzw. Differenzierungen vorgenommen werden:

- Erstens sollten die Maßnahmen auch **regional begrenzt** werden können. Denn mögliche Überhitzungen des Marktes dürften eher lokal und regional sowie insbesondere in den Großstädten auftreten. Im ländlichen Raum und strukturschwächeren Regionen sind demgegenüber preisliche Übertreibungen weniger zu befürchten. Gerade für diese Räume und Märkte wäre es deshalb kontraproduktiv, wenn auch sie durch allgemein greifende Dämpfungsmaßnahmen getroffen würden.
- Bei der Ausnahmeregelung für Maßnahmen, für die eine **soziale Wohnraumförderung** vorgesehen sind, sollte eine Präzisierung vorgenommen werden. In landesrechtlichen Fördermaßnahmen werden verstärkt quotalen Vorgaben für die Förderung des sozialen Wohnungsbaus im Rahmen umfangreicherer Neubauvorhaben gemacht. Bei solchen integrierten Projekten muss deshalb die Ausnahmeregelung für das Gesamtprojekt gelten, da andernfalls der geförderte und gewollte Teilneubau für soziale Zwecke gefährdet würde.
- Ausgenommen werden müssen auch Verbraucher-Darlehensverträge, mit denen **ausfallgefährdete Immobilienfinanzierungen durch neue Darlehen restrukturiert** werden, damit die Wohnimmobilie weiter gehalten werden kann. In der Regel ist dies nur über Tilgungsstreckungen möglich, sodass in solchen Fällen insbesondere die Maßnahmen nach § 48u, Abs. 2, Ziffer 2 (Laufzeitbegrenzung) und 3 (Mindestquote für Schuldendienst) sinnvolle Umschuldungen konterkarieren könnten.
- Bei Maßnahmen, die auf Relationen zum Einkommen der Darlehensnehmer abstellen, muss tatsächlich auf die **Schuldendienstfähigkeit** abgestellt werden und diese Größe hinreichend ausdifferenziert und präzisiert werden.

Anzumerken ist, dass die vorgesehenen makroprudenziellen Instrumente eine entsprechende **dauerhafte Datenerhebung** erfordern. Entgegen der seitens der Kreditwirtschaft zu hörenden Klagen ist das ausdrücklich zu begrüßen. Denn die verfügbaren und frei zugänglichen Statistiken zur Beschreibung des Marktes für Immobilienfinanzierungen bewegen sich in Deutschland – was ihre Ausdifferenzierung und Aussagekraft betrifft - bislang auf dem Niveau eines Entwicklungslandes. Angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung dieses Sektors ist dies insbesondere auch im Hinblick auf die wissenschaftliche Forschung, die Berichterstattung in den Medien und – nicht zuletzt - den Informationsstand des Gesetzgebers inakzeptabel.

### **3. Reform der Vorfälligkeitsentschädigung und ihre Weiterentwicklung zu einem symmetrischen Vorfälligkeitsausgleichs**

Fragen der Vorfälligkeitsentschädigung bei der außerordentlichen Kündigung von grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen werden in dem vorliegenden Entwurf des Finanzaufsichtsrechtsergänzungsgesetzes nicht adressiert. Dies mag dem Umstand geschuldet sein, dass die von BMF und BMJV eingerichtete **Experten-Arbeitsgruppe zur Vorfälligkeitsentschädigung** ihre Arbeit noch nicht abgeschlossen hat.

Nach Auffassung des Verfassers ist in dieser Arbeitsgruppe allerdings bereits klargeworden, dass es zumindest einer Verordnung bedarf, in denen die Methode zur Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigung konkretisiert und präzisiert wird.

Tatsächlich besteht die große Gefahr, dass die derzeitigen Regelungen – und Regelungslücken – zur Vorfälligkeitsentschädigung im deutschen Recht **einer möglichen Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof nicht standhalten würden**. Im Ergebnis könnte damit in der Zukunft eine Situation entstehen, in der die Rechtsgrundlage alle Vorfälligkeitsentschädigungen für nach dem 22. März 2016 abgeschlossenen Immobilier-Darlehensverträgen entfallen würde. Das wäre vergleichbar mit dem Problem, in das viele Kreditinstitute beim Widerruf von Darlehensverträgen geraten sind.

Das größte Manko der in Deutschland bislang praktizierten Berechnungsweisen zur Bemessung einer Vorfälligkeitsentschädigung besteht darin, dass beide Methoden – die teilweise verwandte Aktiv-Aktiv-Methode und die überwiegend praktizierte Aktiv-Methode – **nicht oder zumindest in wichtigen Details nicht extern überprüfbar sind**. (Siehe Anlage 1 bzw. [https://www.dropbox.com/s/f4adbiewzbt6vla/Zu den%20Berechnungsmethoden des Vorf%C3%A4lligkeitsausgleichs%20.pdf?dl=0](https://www.dropbox.com/s/f4adbiewzbt6vla/Zu_den%20Berechnungsmethoden_des_Vorf%C3%A4lligkeitsausgleichs%20.pdf?dl=0) ).

Eine externe Überprüfbarkeit muss aber gegeben sein, da ein Kreditinstitut nach den Bestimmungen der EU-Richtlinie auf keinen Fall mehr als die tatsächlichen Schäden / Kosten verlangen darf. Da diese Mängel der Aktiv-Aktiv- und der Aktiv-Passiv-Methode nur durch eine rigorose Offenlegung von internen Daten der Kreditinstitute zu beheben wären, spricht derzeit vieles dafür, dass es einer grundsätzlich anderen Berechnungsmethode bedarf, die ohne nicht-nachprüfbare Details praktikierbar ist.

Ein weiterer Kritikpunkt an der derzeitigen Regelung der Vorfälligkeitsentschädigung besteht darin, dass sie **asymmetrisch ausgestaltet ist und lediglich einen Nachteilsausgleich zugunsten der Kreditinstitute vorsieht**. Dieser finanzielle Nachteil realisiert sich allerdings nur bei einem Sinken des Zinsniveaus. Steigen die Zinsen – wie es in der Zukunft (irgendwann) mit Sicherheit wieder zu erwarten ist – dann ist eine vorzeitige Darlehensrückzahlung für die Kreditinstitute nicht nachteilig, sondern vorteilhaft. Denn die vorzeitig zurück geflossenen Darlehensgelder können zu einem höheren Zinssatz wieder ausgelegt werden. Nach der derzeitigen, rein schadensrechtlichen Betrachtungsweise, wäre dieser Vorteil für die Kreditinstitute unbeachtlich und könnte kein symmetrischer Ausgleich von Seiten der Darlehensnehmer verlangt werden. Je nachdem, wie lange und wie hoch die Zinsen wieder stiegen, würde das aber leistungslose „Windfall Profits“ in Höhe von Hunderten von Millionen, wenn nicht gar Milliarden Euro zugunsten der Kreditinstitute und zum Nachteil der Verbraucher bedeuten.

Einer solchen einseitigen Ausgestaltung des Vorfälligkeitsausgleichs begegnen nicht nur Bedenken hinsichtlich der Gerechtigkeit staatlicher Regelungen. Sie beruht vielmehr auf einem systematisch genährten falschen Verständnis, was ein Darlehensnehmer bei einem Darlehen mit Zinsfestschreibung dem Kreditinstitut vertraglich schuldet. Er schuldet ihm nicht – wie insgeheim unterstellt wird – die jederzeitige Rückzahlbarkeit des valutierenden Darlehensvertrages; wäre dem so – wie bei zinsvariablen Darlehen – gäbe es keinen Anspruch auf einen Vorfälligkeitsausgleich. Er schuldet dem Kreditinstitut vielmehr eine Serie von Ratenzahlungen einschließlich einer Schlussrate in Höhe des dann planmäßig valutierenden Restkapitals. Wenn ein Darlehensvertrag vorzeitig beendet wird, dann ent-

fällt also der planmäßige, vertraglich vereinbarte Strom von Zahlungen. Von daher muss dem Kreditinstitut eine Geldsumme gezahlt werden, mit der es – unter Berücksichtigung von Kostenersparnissen – den ausfallenden Zahlungsstrom durch eine Ersatzanlage auf den Cent genau reproduzieren kann. Dann wird das Kreditinstitut genauso gestellt, wie es bei einer planmäßigen Fortsetzung des Vertrages stehen würde. Der Bundesgerichtshof hat dieses Prinzip deshalb in seiner grundlegenden Rechtsprechung von 1997 als „**vorzeitige Vertragserfüllung**“ bezeichnet.

Dieses Prinzip der vorzeitigen Vertragserfüllung führt dazu, dass der Betrag, der zur Reproduktion des ausfallenden Zahlungsstroms benötigt wird, je nach Zinsniveau größer oder kleiner ausfällt – und über oder unter dem auf dem Darlehenskonto valutierendem Darlehens(rest)betrag liegen kann. Bei richtiger Berechnung entspricht er aber stets dem vertraglichen Erfüllungsanspruch des Kreditinstituts.

Finanzmathematisch ist das genau die Berechnungsweise, mit der Vorfälligkeitsentschädigungen berechnet werden. Von daher besteht auch unter Finanzmathematikern und -ökonomen wenig Dissens, **dass diese Berechnungsweise nicht nur bei sinkenden, sondern auch bei steigenden Marktzinsen anzuwenden ist**. Andernfalls würde es bei steigenden Zinsen ein einseitiges Geschenk und eine Vertragsübererfüllung zugunsten einer Marktseite geben – was an Finanzmärkten eindeutig eine Anomalie wäre.

Eine andere Sichtweise wird lediglich – und nicht überraschend – von den Kreditinstituten vorgetragen, die diesbezüglich auf Grundsätze des deutschen Schadensrechts verweisen. Unterstützt werden sie dabei bislang von den zuständigen Regierungsressorts (BMF und BMJV), deren Denken stark juristisch vorgeprägt ist, während finanzökonomische Betrachtungsweisen beim Vorfälligkeitsausgleich kaum zum Tragen kommen.

**Umso mehr ist der Gesetzgeber gefordert zu prüfen, ob er diese schadensrechtliche Betrachtungsweise für alternativlos hält oder andere kreditrechtliche Lösungen angemessener sind.** Mit Blick auf eine mögliche Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof sollte dabei auch berücksichtigt werden, dass in Dänemark ein solcher symmetrischer Vorfälligkeitsausgleich praktiziert wird – und es im Übrigen kaum ein anderes europäisches Land gibt, in dem die **Vorfälligkeitsregelungen so extrem einseitig an den Interessen der Kreditinstitute ausgerichtet sind wie in Deutschland**.

Abschließend sollen zu diesem Themenkomplex noch zwei Anmerkungen gemacht werden:

- Erstens: Der deutsche Gesetzgeber hat sich einer möglichen **Deckelung von Vorfälligkeitschäden**, die die EU-Richtlinie ausdrücklich erlaubt, nicht angeschlossen. Und zwar vornehmlich deshalb nicht, weil er befürchtet, dass damit das bewährte System von Immobilier-Darlehensverträgen mit langfristiger Zinsbindung unterminiert werden könnte. In dieser Hinsicht ist er vollumfänglich der Argumentation der Kreditinstitute gefolgt. **Er hat dabei aber übersehen, dass diese Argumentation nicht durch die Fakten gedeckt ist:** Es gibt in Deutschland bereits eine Deckelung von Vorfälligkeitsentschädigungen. Diese dürfen nämlich längstens für eine Zeit von 10 Jahren und sechs Monaten nach der vollständigen Auszahlung des Darlehens berechnet werden, auch wenn die Zinsbindung länger ist. Trotz dieser Deckelung (durch das gesetzliche Kündigungsrecht) gibt es Zinsfestschreibungen von 15, 20, 25 oder gar 30 Jahren

am Markt. Nach der gängigen Argumentation der Kreditinstitute dürfte es sie gar nicht geben. Auch wenn die Frage einer Deckelung jetzt nicht bearbeitet werden kann (und der Handlungsbedarf gegenwärtig für neu abgeschlossene Darlehensverträge nicht besteht), sollte der Gesetzgeber künftig prüfen, ob er seine diesbezügliche Entscheidung weiterhin auf einen solch offenkundig falschen Sachverhaltsvortrag stützen möchte. Tatsächlich ist die Frage der Deckelung von Vorfälligkeitsentschädigungen nur eine Frage der Kalkulation. Signifikante Verteuerungen der Darlehen bei einer moderaten Deckelung sind dabei nicht zu erwarten.

- Zweitens: Die Diskussion über Vorfälligkeitsentschädigungen wird auch dadurch behindert, dass **keine gesetzlich erhobenen Daten** zu diesem Thema vorliegen. Dies beeinträchtigt nicht nur die wissenschaftliche Bearbeitung. Es führt auch dazu, dass der Gesetzgeber immer wieder mit Regelungserfordernissen für einen Problembereich konfrontiert wird, dessen Dimensionen ihm nicht bekannt sein. Gerade angesichts der Größenordnung und der Bedeutung des Marktes für Immobilier-Darlehensverträgen – und nicht nur der Verbraucherdarlehen – ist das ein höchst unbefriedigender Zustand.

Arno Gottschalk

Bremen, den 2.3.2017

*Der Verfasser hat sich im Rahmen seiner Tätigkeit für die Verbraucherzentrale Bremen seit 1993 mit der Problematik der Vorfälligkeitsentschädigung befasst. Er hat die entsprechenden Überprüfungsprogramme der Verbraucherzentralen entwickelt, war an umfangreichen Auswertungen von Daten beteiligt und hat selbst Tausende Vorfälligkeitsentschädigungen überprüft. Desgleichen hat er im Rahmen seiner Beratungstätigkeit mehrere Tausend Verbraucherberatungen zur Immobilienfinanzierung durchgeführt. Er ist seit 2011 Abgeordneter der Bremischen Bürgerschaft Land und Stadt. In den vorstehenden Ausführungen vertritt er seine eigene Sichtweise.*

## Anlage 1:

### Zur Berechnungsmethode des Vorfälligkeitsausgleichs

#### Zusammenfassung

Die bislang in der Praxis verwendeten Methoden zur Berechnung eines Vorfälligkeitsausgleichs – der so genannte **Aktiv-Aktiv-Vergleich** und der so genannte **Aktiv-Passiv-Vergleich** – sind beide derzeit nicht in vollem Umfang kontrollfähig. Sie können deshalb zum Nachteil des Darlehensnehmers und zum Vorteil des Kreditinstituts ausgenutzt werden, ohne dass dies von den Darlehensnehmern nachgewiesen werden kann.

Aufgrund der mangelhaften Überprüfbarkeit stehen beide Methoden nicht im Einklang mit der EU-Richtlinie. Denn die Richtlinie verbietet einen über den tatsächlichen Schaden hinausgehenden Vorfälligkeitsausgleich. Derartige Forderungen müssen folglich in vollem Umfang kontrollfähig sein.

Fraglich ist zudem, ob die Kreditinstitute nach der Umsetzung der EU-Richtlinie zu Immobilien-Darlehensverträgen weiterhin im Rahmen der Vorfälligkeitsentschädigung einen entgangenen Gewinn geltend machen können.

#### Die Methoden zur Berechnung eines Vorfälligkeitsausgleichs

Bei der vorzeitigen Zurückzahlung eines Darlehens mit vereinbarter Zinsbindung wird unterstellt, dass die Kreditgeberin den empfangenen Betrag bis zum Zinsbindungsende bzw. bis zur erstmaligen ordentlichen Kündigung des Vertragsdarlehens erneut angelegt.

Die Frage ist dann jeweils: Welchen Betrag muss die Kreditgeberin erhalten, damit sie bei der Wiederanlage den ausfallenden Zahlungsstrom des Vertragsdarlehens exakt nachbilden kann?

Dabei sind zum einen alle vertraglich eingeräumten Sondertilgungsmöglichkeiten schadensmindernd zu berücksichtigen. Zum anderen sind auch die Verwaltungs- und Risikokosten, die durch die vorzeitige Rückzahlung künftig nicht mehr anfallen, heraus zu rechnen.

Für die eigentliche Berechnungsweise, die in finanzmathematisch exakter Weise zu erfolgen hat, werden von der deutschen Rechtsprechung bislang zwei Methoden akzeptiert:

- die Aktiv-Aktiv-Methode
- die Aktiv-Passiv-Methode
- 

Beide Methoden führen grundsätzlich zu annähernd dem gleichen Ergebnis,

- sofern sie finanzmathematisch richtig angewandt und
- mit korrekten und untereinander konsistenten Daten durchgeführt werden

Das hauptsächliche Problem liegt allerdings darin, dass die Daten, die in der Praxis verwendet werden, teilweise nicht nachprüfbar sind.

- a) Bei der **Aktiv-Aktiv-Methode** wird unterstellt, dass die Kreditgeberin den vorzeitig empfangenen Betrag wiederum als Immobiliendarlehen auslegt. Dies scheint die vergleichsweise einfachste Methode zu sein. Denn: Unterstellt man, dass die Risiko- und Verwaltungskosten der betreffenden Kreditgeberin stets gleich kalkuliert werden, so ist es nicht nötig, diese Kosten näher zu kennen.

Es reicht dann, den Vertragszins mit dem Wiederanlagezins zu vergleichen und über deren Differenz den so genannten „Zinsverschlechterungsschaden“ zu ermitteln, der – bei zwischenzeitlich gesunkenem Zinsniveau – durch eine Vorfälligkeitsentschädigung auszugleichen ist. Die Kreditgeberin braucht sich nach der Rechtsprechung des BGH allerdings die Gewinnmarge, die in dem neuen Darlehen (an einen Dritten) enthalten ist, nicht schadensmindernd anrechnen lassen. Sie kann diese deshalb herausrechnen und als zusätzlichen „Zinsmargenschaden“ gelten machen.

In der Praxis geschieht das regelmäßig so, dass für diesen Zinsmargenschaden ein Pauschalwert von 0,5 % p.a. angesetzt wird. So verfährt insbesondere auch die Deutsche Bank, die zu den (sehr wenigen) Banken zählt, die die Aktiv-Aktiv-Methode verwenden.

Um die Methode an einem einfachen Beispiel darzustellen:

*Ein endfälliges Darlehen mit einem Zinssatz von 5 % wird ein Jahr vor Ende der Zinsbindung zurückgezahlt. Die Ratenzahlung erfolgt jährlich. Die Bank hat das Darlehen ursprünglich mit einem Zinssatz von 4,25 % refinanziert und Risiko- und Verwaltungskosten von 0,25 % p.a. kalkuliert. Die erwartete Gewinnmarge liegt dementsprechend bei 0,5 % p.a.*

*Zum Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung kann das Kreditinstitut ein Immobiliendarlehen mit einjähriger Zinsbindung zu einem Zinssatz von 3 % vergeben.*

*Der Zinsverschlechterungsschaden des Kreditinstituts liegt dann bei 2 % p.a. (= 5% - 3%). Hinzu kommt ein Zinsmargenschaden von 0,5 % p.a.*

*Bei einer angenommenen Darlehensrestschuld von 100.000 Euro liegt der vom Darlehensnehmer zu zahlenden Vorfälligkeitsausgleich dann bei **2.500 Euro**. (Dieser Betrag wäre noch abzuzinsen, was hier aber – wo es um das Prinzip geht – unberücksichtigt bleiben soll.)*

Diese scheinbar einfache Methode weist allerdings zwei Schwächen auf:

- Zum einen kalkuliert ein Kreditinstitut nicht bei jedem Kunden und Darlehen die gleichen Risikokosten. Diese variieren vielmehr nach der Bonität des Kunden und dem unterstellten Wert der zur Kreditsicherung dienenden Immobilie. Von daher gewährleistet die Gegenüberstellung von zwei Immobiliendarlehenszinssätzen (Aktiv-Zinssätzen) keineswegs, dass damit automatisch die ersparten Risiko- (und Verwaltungskosten) in der richtigen Höhe berücksichtigt werden.
- Zum anderen – und das ist noch gravierender - gibt es keine autoritative Quelle, aus der sich zum Zwecke einer Forderungsüberprüfung die aktuellen Immobiliendarlehenszinssätze des betreffenden Kreditinstituts oder ersatzweise ein marktdurchschnittlicher Zinssatz entnommen werden können. Die von der Bundesbank erhobenen „Zinssätze für Wohnungsbaukredite an private Haushalte“ sind mit ihren Größenklassen ( 1 – 5 Jahre, 5 -10 Jahre und über 10 Jahre) viel zu groß bemessen für Interpolationen und differenzieren zudem nicht nach unterschiedlichen Beleihungsausläufen. Differenzierte Zinssätze nach Beleihungsausläufen sind lediglich über die fmh Finanzberatung GmbH, einen privaten Anbieter, erschließbar. Dabei handelt es sich jedoch um reine Angebotsszinssätze, die der BGH bei den PEX-Renditen für grundsätzlich nicht anwendungsfähig eingestuft hat.

In der Praxis verfahren die Kreditinstitute, die die Aktiv-Aktiv-Methode verwenden, daher so, dass sie anhand interner Daten auf Basis des aktuellen Zinsniveaus jeweils einen Zinssatz errechnen, der hinsichtlich der (restlichen) Zinsbindung sowie der Risiko- und Verwaltungskosten dem abzulösenden Vertragsdarlehen entsprechen soll. Ob diese Konstruktion eines individuell errechneten Wiederanlagezinses für ein Immobiliendarlehen richtig gerechnet wurde, lässt sich extern jedoch nicht überprüfen. Dies widerspricht sowohl der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, als auch den Vorgaben der EU-Wohnimmobilienkreditrichtlinie.

**Aufgrund der fehlenden Überprüfbarkeit ist die Aktiv-Aktiv-Methode daher derzeit gänzlich ungeeignet für die Überprüfung von Vorfälligkeitsentschädigungen.**

- b) Bei der in der Praxis am häufigsten verwendeten **Aktiv-Passiv-Methode** wird unterstellt, dass die vorzeitig zurückgezahlten Darlehensmittel (und der Vorfälligkeitsausgleich) in Form von Hypothekendarlehen wieder angelegt werden. Von einem Aktiv-Passiv-Vergleich wird deshalb gesprochen, weil einem Aktivzins (dem Zinssatz des vertraglichen Immobiliendarlehens) ein Zinssatz gegenübergestellt wird, zu dem die Banken (annahmegemäß) selbst Gelder aufnehmen, um Immobiliendarlehen mit fester Zinsbindung zu refinanzieren (Passivzins).

Durch die Differenz zwischen dem vertraglichen Darlehenszins und dem aktuellen Wiederanlagezins (bzw. Refinanzierungszins) werden dann praktisch beide Schadenskomponenten – der Zinsverschlechterungsschaden und der Zinsmargenschaden – in einer Größe und einem Rechenschritt erfasst. Zu dem ermittelten Schaden aus der Zinsdifferenz kann deshalb nicht zusätzlich ein Zinsmargenschaden addiert werden.

In der Differenz zwischen dem vertraglichen Darlehenszins und der unterstellten Wiederanlage in Bankschuldverschreibungen sind allerdings die Risiko- und Verwaltungskosten enthalten, die das Kreditinstitut in den Vertragszins einkalkuliert hat. Diese müssen deshalb gesondert herausgerechnet werden.

Auch dies sei an dem einfachen Beispiel veranschaulicht:

*Angenommen, der Zinssatz von Bankschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von einem Jahr liegt zum Zeitpunkt der vorzeitigen Darlehensrückzahlung bei 2,25 %. (Unterstellt man, dass das Kreditinstitut seine Marge und seine Kosten in der gleichen Weise kalkuliert, wie bei Abschluss des Vertragsdarlehens, so ist dieser Wert konsistent zu dem oben genannten Wiederanlagezins eines Immobiliendarlehens von 3 %)*

*Bei der Ersatzanlage in dieser Bankschuldverschreibung erleidet das Kreditinstitut dann einen Brutto-Schaden von 2,75 % (= 5% - 2,25%). Davon sind jedoch ersparte Risiko- und Verwaltungskosten von 0,25 % p.a. abzuziehen.*

*Netto bleibt dann ein Schaden von 2,5 % oder – bezogen auf einen Ablösebetrag von 100.000 Euro – von wiederum **2.500 Euro**.*

Bei den ersparten Risiko- und Verwaltungskosten liegt jedoch die wesentliche Schwäche der Aktiv-Passiv-Methode. Denn: In welchem Umfang die Kreditgeberin bei den einzelnen Darlehen solche Kosten einkalkuliert hat, gilt als ihr Geschäftsgeheimnis.

In der Praxis hat dies dazu geführt, dass die Kreditinstitute in der Regel nur sehr geringe Ersparnisse von 0,05 bis 0,1 Prozent p.a. bei den Risikokosten und von 2,5 bis 10 Euro bei den Verwaltungskosten einräumen. Alle Versuche, diese Frage über die Rechtsprechung in angemessener Weise zu klären und zu entscheiden, sind bislang an diesem Geschäftsgeheimnis gescheitert. Es gibt bislang keine abschließende höchstrichterliche Rechtsprechung dazu und alle vorliegenden Urteile – soweit sie nicht ausnahmsweise auf der Basis von Expertengutachten zu anderen und höheren Werten gelangen – gehen über Zitierungsketten im Kern auf ein anfängliches (und mittlerweile fast 20 Jahre altes) Urteil des OLG Schleswig zurück, dem selbst keine empirische Prüfung der Sachverhalte zugrunde lag.

Problematisch ist vor allem der standardisierte Ansatz von 0,05 – 0,1 % bei den ersparten Risikokosten. Dies gilt insbesondere für nachrangig besicherte Darlehen oder Darlehen, bei denen der (anfängliche) Kreditbetrag oberhalb von 60 Prozent des nachhaltigen Wertes der zur Besicherung des Darlehens dienenden Immobilie liegt. Solche Darlehen weisen regelmäßig einen Zinsaufschlag von 0,2 bis 0,5 % auf, mitunter auch noch mehr.

Dieser Zinsaufschlag ist entweder ein Risikoaufschlag. Dann müssten auch entsprechend höhere ersparte Risikokosten angesetzt werden. Oder der Zinsaufschlag resultiert daraus, dass die Bank den über die 60-Prozent-Grenze hinausgehenden Teil des Kredites selbst nur mit nachrangigen Schuldverschreibungen refinanzieren konnte. Dann dürften für die unterstellte Wiederanlage aber nicht einheitlich die üblicherweise aus der Bundesbankstatistik herangezogenen Renditen von Bankschuldverschreibungen angesetzt werden, sondern es müsste mit unterschiedlichen Renditen gerechnet werden: mit Renditen von erstrangigen Bankschuldverschreibungen für die Wiederanlage des Kreditbetrages, der innerhalb der 60-Prozent liegt, und mit Renditen von nachrangigen Schuldverschreibungen für den darüber hinaus gehenden Kreditbetrag.

Beides geschieht jedoch in der Praxis nicht.

**Insbesondere bei nachrangigen Darlehen und bei Darlehen mit höherem Beleihungsauslauf werden die Darlehensnehmer durch die Aktiv-Passiv-Methode daher bislang systematisch übervorteilt.**

Dieser Misstand könnte nur behoben werden, wenn die Kreditinstitute in kontrollfähiger Weise zu einer korrekten und vertragsindividuellen Berücksichtigung der Risiko- und Verwaltungskosten gezwungen würden.

- c) Neben der mangelnden Überprüfbarkeit beider Methoden ist umstritten, ob die Kreditinstitute nach der Umsetzung der EU-Richtlinie zu Immobilier-Darlehensverträgen weiterhin sowohl den **Zinsverschlechterungsschaden**, als auch den **Zinsmargenschaden** geltend machen können. Der Zinsverschlechterungsschaden bezeichnet den Schaden, der dadurch entsteht, dass das allgemeine Zinsniveau seit Vertragsabschluss gesunken ist und das Kreditinstitut bei der Neuauslegung vorzeitig zurückgeflüssener Darlehensmittel einen Nachteil erlangt. Dass dieser Schaden grundsätzlich auszugleichen ist, ist unstrittig.

Anders sieht es demgegenüber beim Zinsmargenschaden aus. Er umfasst im Wesentlichen den entgangenen Gewinn durch die vorzeitige Beendigung des Darlehens. Strittig ist zum einen, ob ein solcher entgangener Gewinn nach den Regelungen der EU-Richtlinie zu den zu ersetzenden Kosten zu rechnen ist. Strittig ist zum anderen aber auch, ob die Kreditinstitute tatsächlich solche Zinsmargenschäden erleiden.

Dies wäre der Fall, wenn die Darlehen vorzeitig aus einem frei verfügbaren Vermögen des Darlehensnehmers zurückgezahlt würden und dieser seine Immobilie behält. Oder wenn die Immobilie zerstört würde und es deshalb zum vorzeitigen Darlehensabbruch käme. Die Regelungen zur Vorfälligkeitsentschädigung betreffen aber im wesentlichen Fälle, in denen die Immobilie verkauft wird. In diesen Fällen ist es aber die Regel, dass auch der Käufer zur Finanzierung der Immobilie ein Darlehen aufnimmt. Falls das Darlehen bei dem selben Kreditinstitut aufgenommen wird, erleidet

dieses mit großer Wahrscheinlichkeit keinen Margenschaden. Denn das neue Darlehen, in das natürlich auch ein Gewinn einkalkuliert ist, kann nur infolge des vorzeitigen Verkaufs der Immobilie durch den früheren Darlehensnehmer vergeben werden. Schon hier tritt eine hohe Dunkelziffer von Margenschäden auf, die zu Unrecht geltend gemacht werden. Denn der Verkäufer der Immobilie, der eine Vorfälligkeitsentschädigung zahlen muss, erfährt regelmäßig nicht, dass sein Kreditinstitut auch den Käufer finanziert. Das aber wird vielfach der Fall sein, wenn der örtliche Markt für Immobilienfinanzierungen hochgradig oligopolistisch strukturiert ist – wie insbesondere im ländlichen Raum, wo sich das Angebot vor Ort oft auf die Sparkasse und/oder die Volks- und Raiffeisenbank konzentriert.

Selbst wenn Verkäufer und Käufer nicht von dem selben Kreditinstitut finanziert werden, werden die Kreditinstitute auf Dauer kaum Zinsmargenschäden erleiden. Im Zeitablauf ist vielmehr zu erwarten, dass ein Kreditinstitut in Höhe seines Marktanteils gleichermaßen von vorzeitigen Darlehensrückzahlungen betroffen ist wie es im Neugeschäft von der Finanzierung von vorzeitig verkauften Immobilien profitiert.

Der im Einzelfall möglicherweise verbleibende Schaden steht jedenfalls in keinem Verhältnis zu dem Vorteil, den der Sektor der Kreditinstitute durch die derzeitige Erstattung eines Zinsmargenschadens erlangt. Denn durch diese Praxis erlangt die Gruppe der Kreditinstitute insgesamt bei einer vorzeitigen Ablösung von Immobiliendarlehen stets zwei Mal die Marge: aus dem vorzeitig abgelösten Darlehen und aus dem zum Kauf der Immobilie neu abgeschlossenen Darlehen. Eine solche wunderbare Verdoppelung von Branchengewinnen auf Kosten der Verbraucher ist inakzeptabel. Soweit diesbezüglich auf hehre Grundsätze des Schadensrechts verwiesen wird, belegt dies lediglich, dass das überkommene Schadensrecht nicht das richtige Instrument zur angemessenen Problemlösung ist.

Arno Gottschalk  
Bremen, den 2.3.2017