

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 249, 252, 607 BGB, § 287 ZPO

- 1. Für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung ist die Wiederanlagerendite der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank, nicht dem PEX-Index des Verbands deutscher Hypothekenbanken und des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands zu entnehmen.**
- 2. Das Index-Portfolio des PEX bestünde nicht aus wirklich gehandelten, sondern aus 30 synthetischen Pfandbriefen. Den von Hypothekenbanken mitgeteilten Renditen liegen zu einem erheblichen Teil keine realen Umsätze zugrunde, sondern bloße Angebote, zu denen Hypothekenbanken Pfandbriefe verkaufen mochten. In solche Angebote fließen u.a. subjektive Einschätzungen und Wünsche ein. Deshalb sind Verzerrungen nicht ausgeschlossen. Der PEX-Index weise systembedingt zu niedrige Renditen aus, die bei der Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen zu überhöhten Forderungen an den Kreditnehmer führen.**

BGH, Urteil vom 30.11.2004, Az.: XI ZR 285/03

### **Tenor:**

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30. Juli 2003 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Höhe einer Vorfälligkeitsentschädigung wegen vorzeitiger Ablösung eines Realkredits. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Vertrag vom 11. Mai 1989 gewährte die beklagte Hypothekenbank der Rechtsvorgängerin der Klägerin ein grundpfandrechlich gesichertes Annuitätendarlehen über 8,3 Millionen DM zu 7,35% Zinsen bei 2% Tilgung ab 1. Juli 1994 fest bis zum 31. Mai 1999 zur Finanzierung einer gewerblichen Immobilie. Nachdem die Darlehensnehmerin das beliebene Objekt in den Jahren 1993/1994 verkauft hatte, und der im Zuge des Verkaufs mit der Ablösung und Löschung der Grundpfandrechte beauftragte Notar um Angabe des Ablösungsbetrages gebeten hatte, willigte die Beklagte in die vorzeitige Ablösung des Annuitätendarlehens gegen Zahlung einer von ihr auf 770.000 DM festgesetzten Vorfälligkeitsentschädigung ein. Am 4. Februar 1994 wurde das Darlehen einschließlich der Vorfälligkeitsentschädigung vereinbarungsgemäß zurückgeführt.

Im Jahre 1999 verlangte die Klägerin aus abgetretenem Recht die teilweise Rückzahlung der Vorfälligkeitsentschädigung. Daraufhin zahlte die Beklagte im März 2000 ohne Anerkennung einer Rechtspflicht einen Betrag von 34.330,90 DM zurück.

Die Klägerin begehrt die Zahlung weiterer 42.275,34 &euro;; die Beklagte im Wege der Widerklage die Rückzahlung von 16.475,82 &euro;. Während die Klägerin die für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung bedeutsame Wiederanlagerendite der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank entnimmt, hält die Beklagte eine Berechnung anhand des Pfandbriefindex PEX des Verbands deutscher Hypothekenbanken und des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands, aber auch der DGZF-Renditen der DGZ-Deka Bank Deutsche Kommunalbank für zulässig. Ferner beruft sie sich erstmals im Revisionsverfahren darauf, daß die streitige Vorfälligkeitsentschädigung mangels eines in den Vorinstanzen festgestellten Anspruchs der Darlehensnehmerin auf Einwilligung in die vorzeitige Kreditablösung nicht der gerichtlichen Angemessenheitskontrolle unterliege.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens bis auf einen Teil der beantragten Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die im zweiten Rechtszug erhobene Widerklage abgewiesen. Mit der -vom Berufungsgericht zugelassenen -Revision verfolgt sie ihre Anträge weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe aus abgetretenem Recht einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der zuviel geleisteten Vorfälligkeitsentschädigung im geltend gemachten Umfang. Als ihre Rechtsvorgängerin die beliebige Immobilie habe verkaufen wollen, sei die Beklagte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet gewesen, in eine vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages gegen Zahlung einer angemessenen, ihre finanziellen Nachteile ausgleichenden Vorfälligkeitsentschädigung einzuwilligen. Sofern die Bank unter solchen Umständen eine darüber hinausgehende Entschädigung durchsetze, sei sie um den Differenzbetrag ungerechtfertigt bereichert. So liege es hier.

Mit der Vorfälligkeitsentschädigung solle die Bank im wirtschaftlichen Ergebnis so gestellt werden, wie sie stünde, wenn das Darlehen für den vereinbarten Festschreibungszeitraum fortgeführt und mit Zinsen bedient worden wäre. Dies werde bei Zugrundelegung der PEX-Indexwerte nicht erreicht. Die börsentägliche PEX-Berechnung basiere auf Renditewerten, zu denen die meldenden Institute ihre jeweiligen Pfandbriefemissionen verkaufen würden, also nicht notwendigerweise auf tatsächlich durchgeführten Wertpapiergeschäften. Zudem bestehe das Indexportfolio nicht aus tatsächlich gehandelten Pfandbriefen, sondern aus 30 synthetischen Pfandbriefen mit Laufzeiten von ein bis zehn Jahren und drei Kuponklassen von 6%, 7,5% und 9%.

Im Gegensatz dazu beruhten die Renditen der Pfandbriefe, die in der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank genannt würden, auf Berechnungen echt börsennotierter Pfandbriefe. Zwar würden in der Statistik zumindest für den hier maßgeblichen Ablösezeitpunkt im Februar 1994 lediglich

Monatswerte ausgewiesen, während der PEX-Index taggenaue Werte nenne. Ein durchschnittlicher Monatswert reiche aber als Berechnungsfaktor aus, da er auf taggenauen Eingaben beruhe. Dabei sei zu bedenken, daß es bei der Berechnung einer fiktiven Wiederanlage letztendlich um eine mit einer gewissen Ungenauigkeit behaftete abstrakte Schadensermittlung nach § 287 ZPO gehe. Nach dem überzeugenden Sachverständigengutachten sei eine etwaige Ungenauigkeit jedenfalls unbedeutend und stehe in keinem Verhältnis zu den finanziellen Nachteilen, die sich für den betroffenen Darlehensnehmer aus einer Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung anhand der PEX-Indexwerte ergebe.

Da dem PEX-Index nicht immer tatsächliche Wertpapiergeschäfte zugrunde lägen, ergebe sich außerdem das Problem, daß nicht nur Marktkräfte, sondern auch subjektive Einschätzungen der meldenden Institute auf ihn einwirkten. Hinzu komme, daß auch die bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung erforderliche Transparenz beim PEX-Index nicht gewährleistet sei.

## II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft zu der Auffassung gelangt, die Beklagte sei zur Einwilligung in die vorzeitige Ablösung des Realkredits gegen eine angemessene Vorfälligkeitsentschädigung verpflichtet gewesen, ist unbegründet. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats hat der Kreditnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf vorzeitige Ablösung eines Realkredits, wenn diese für eine (beabsichtigte) Grundstücksveräußerung erforderlich ist (BGHZ 136, 161, 166 f.). Besondere Ausführungen zur Erforderlichkeit der Ablösung sind jedenfalls im Normalfall nicht notwendig, da es allgemein üblich ist, daß in einem Immobilienkaufvertrag die Verschaffung lastenfrees Eigentums vereinbart wird (Senatsurteil vom 3. Februar 2004 -XI ZR 398/02, WM 2004, 780, 781, zur Veröffentlichung in BGHZ 158, 11 ff. vorgesehen).

Da die Rechtsvorgängerin der Klägerin das belastete Grundstück unstreitig verkauft hat und da nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 3) und dem von ihr selbst vorgelegten Schreiben des Notars vom 25. Januar 1994 (BK 1) über die von der Verkäuferin im Zuge des Verkaufs gewünschte Ablösung der Grundschulden mit Hilfe des Kaufpreises davon auszugehen ist, daß der Verkauf lastenfrei erfolgt ist, liegt ein Anspruch der Rechtsvorgängerin der Klägerin auf vorzeitige Ablösung des Realkredits auf der Hand. Dementsprechend sind in den Vorinstanzen beide Parteien übereinstimmend zu Recht ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Rechtsvorgängerin einen solchen Anspruch hatte und die von der Beklagten festgelegte Vorfälligkeitsentschädigung daraufhin zu überprüfen ist, ob sie die mit der vorzeitigen Kreditablösung verbundenen finanziellen Nachteile der Beklagten übersteigt. Erstmals in der Revision zieht die Beklagte einen solchen Anspruch grundlos und ohne Berücksichtigung auch ihres eigenen Vorbringens in Zweifel.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die Kontrolle der Vorfälligkeitsentschädigung durchgeführt.

a) Die Rendite für die Wiederanlage der vorzeitig zurückgewährten Darlehensvaluta hat es zu Recht nicht dem PEX-Index, sondern der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank entnommen und auf dieser Grundlage einen Bereicherungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bejaht.

aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats unterliegt die Festsetzung der Vorfälligkeitsentschädigung durch die kreditgebende Bank einer gerichtlichen

Nachprüfung daraufhin, ob die Entschädigung die mit der vorzeitigen Kreditablösung verbundenen finanziellen Nachteile der Bank übersteigt, sofern ihrem Vertragspartner nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Anspruch auf vorzeitige Ablösung des Darlehens gegen eine angemessene Vorfälligkeitsentschädigung zustand (Senat BGHZ 136, 161, 166 ff.; Senatsurteile vom 1. Juli 1997 -XI ZR 197/96, WM 1997, 1799, 1800, vom 6. Mai 2003 -XI ZR 226/02, WM 2003, 1261, 1262 und vom 3. Februar 2004 -XI ZR 398/02, WM 2004, 780, 781). Zeigt sich dabei, daß die von der Bank in Rechnung gestellte Entschädigungssumme den durch die vorzeitige Ablösung des Darlehens entstandenen Schaden übersteigt, so ist der Differenzbetrag nach Bereicherungsrecht zurückzuzahlen (siehe Senat BGHZ aaO S. 167 und Senatsurteil vom 1. Juli 1997 -XI ZR 197/96, aaO).

bb) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 136, 161, 168 ff.; 146, 5, 10; BGH, Urteil vom 1. Juli 1997 -XI ZR 197/96, WM 1997, 1799, 1800) kann eine Bank den Schaden, der ihr durch die Nichtabnahme oder durch die vorzeitige Ablösung des Darlehens entsteht, sowohl nach der Aktiv-Aktiv-Methode als auch nach der Aktiv-Passiv-Methode berechnen. Bei der von der Beklagten gewählten Aktiv-Passiv-Methode stellt sich der finanzielle Nachteil des Darlehensgebers als Differenz zwischen den Zinsen, die der Darlehensnehmer bei Abnahme des Darlehens und vereinbarungsgemäßer Durchführung des Vertrages tatsächlich gezahlt hätte, und der Rendite dar, die sich aus einer laufzeitkongruenten Wiederanlage der freigewordenen Beträge in sicheren Kapitalmarktstiteln ergibt. Der Differenzbetrag ist um ersparte Risikound Verwaltungskosten zu vermindern und auf den Zeitpunkt der Leistung der Vorfälligkeitsentschädigung abzuzinsen (Senat BGHZ 136, 161, 171; 146, 5, 10 f.). Für die vergleichbare Berechnung einer Nichtabnahmeentschädigung nach der Aktiv-Passiv-Methode hat der erkennende Senat ferner ausgesprochen, daß die Schadensberechnung nach der Cash-Flow-Methode zu erfolgen hat und dabei die Rendite einer laufzeitkongruenten Wiederanlage in Hypothekenspfandbriefen zugrunde zu legen ist, die der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank entnommen werden kann (BGHZ 146, 5, 11 ff.).

Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht sachverständig beraten bei der Ermittlung des der Beklagten aus der vorzeitigen Ablösung des Annuitätendarlehens entstandenen Schadens gemäß § 287 ZPO ausgegangen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hat der erkennende Senat nur daraufhin zu überprüfen, ob die Ausübung des tatrichterlichen Ermessens bei der Ermittlung des Schadens auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentlicher Tatsachenvortrag der Parteien außer acht gelassen wurde (BGHZ 3, 162, 175 f.; 6, 62, 63; Senatsurteil vom 27. Januar 1998 -XI ZR 158/97, WM 1998, 495, 496). Einen solchen Rechtsfehler vermag die Revision mit ihrem Hinweis auf den PEX-Index schon deshalb nicht aufzuzeigen, weil dieser keine geeignete Grundlage für die Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen ist.

cc) Die von der Beklagten gewünschte Bestimmung der Wiederanlagerenditen nach dem PEX-Index ist nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Zum Teil wird der PEX-Index für eine zumindest genauso gut geeignete oder aussagekräftige Berechnungsgrundlage wie die Statistik der Deutschen Bundesbank erachtet und infolgedessen den Kreditinstituten ein unbeschränktes Wahlrecht zugestanden (Rösler/Wimmer/Lang, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen S. 167 Rdn. 21; Rösler BKR 2002, 644; Wimmer BKR 2004, 479 f.; vgl. auch OLG Schleswig BKR 2002, 642, 643 f.). Begründet wird dies vor allem damit, daß der PEX-Index taggenau sei, während die Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank jedenfalls für den hier maßgebenden Zeitraum im Februar 1994 lediglich Monatsdurchschnittsrenditen ausweise. Zudem sei die Zuordnung zu bestimmten Laufzeiten bei den PEX-Renditen genauer, weil sie auf ganzjährige Laufzeiten von ein bis zehn Jahren bezogen seien,

während die Statistik der Deutschen Bundesbank Laufzeitbänder von ein bis zwei Jahren, zwei bis drei Jahren usw. enthalte. Dagegen lehnt die Gegenmeinung (Tiffe VuR 2002, 403; Wehrt WM 2004, 401, 404) eine Berücksichtigung der PEX-Indexwerte mit den dem angefochtenen Berufungsurteil zugrunde liegenden Erwägungen ab. Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an.

(1)

Der PEX-Index gibt das Marktgeschehen einseitig aus der Sicht von Hypothekenbanken wie der Beklagten wieder. Das Indexportfolio des PEX besteht nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus wirklich gehandelten, sondern aus 30 synthetischen Pfandbriefen. Den von Hypothekenbanken mitgeteilten Renditen liegen zu einem erheblichen Teil keine realen Umsätze zugrunde, sondern bloße Angebote, zu denen Hypothekenbanken Pfandbriefe verkaufen möchten. In solche Angebote fließen nach den rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich auch auf die Lebenserfahrung stützen können, unter anderem subjektive Einschätzungen und Wünsche ein. Verzerrungen durch eine Meinungsführerschaft von ganz wenigen großen Hypothekenbanken sind, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, nicht völlig ausgeschlossen. Berücksichtigt werden überdies ausschließlich Briefrenditen emittierender Hypothekenbanken. Geldkurse, in denen sich auch die Vorstellungen von Pfandbriefkäufern widerspiegeln und bei denen die Renditen nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten ca. 0,10 bis 0,15 Prozentpunkte über den Emissionsrenditen liegen (GA II 227), bleiben von vornherein unbeachtet. Da Hypothekenbanken, die sich durch die Veräußerung von Pfandbriefen möglichst günstig refinanzieren wollen, verständlicherweise an hohen Verkaufskursen und dadurch bedingt möglichst geringen Renditen für die Käufer interessiert sind, weist der PEX-Index systembedingt zu niedrige Renditen aus, die bei der Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen zu überhöhten Forderungen an den Kreditnehmer führen.

(2)

Demgegenüber liefert die Statistik der Deutschen Bundesbank auf der Grundlage tatsächlich durchgeführter Wertpapiergeschäfte ein hinreichend repräsentatives Bild der Rückkaufrenditen von Pfandbriefen, die gerade von Hypothekenbanken erzielbar sind. Zwar wird von ihr nur der börsliche Handel erfaßt, während der außerbörsliche Handel unberücksichtigt bleibt. Dieses Spektrum reicht aber aus, um die Berechnung der Wiederanlagerrendite auf eine hinreichend solide Grundlage zu stellen. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Statistik der Deutschen Bundesbank für den hier maßgebenden Ablösezeitpunkt

(4. Februar 1994) lediglich Monatszinssätze ausweist. Eine größere als die im Rahmen der abstrakten Schadensermittlung gemäß §§ 249, 252 BGB und der notfalls zu Hilfe genommenen Schadensschätzung nach § 287 ZPO häufig auftretende Ungenauigkeit ist damit -wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat -nicht verbunden, zumal sich durch Interpolation der Monatszinssätze genauere Zwischenwerte ermitteln lassen. Davon abgesehen würde der sich aus einer verbleibenden Ungenauigkeit ergebende Nachteil gegenüber der prinzipiellen Ungeeignetheit der PEX-Indexwerte nicht ins Gewicht fallen.

b) Entgegen der Auffassung der Revision mußte das Berufungsgericht der Beklagten schließlich auch nicht das Recht zubilligen, die Wiederanlagerrendite anhand der DGFZ-Renditen der DGZ-Deka Bank Deutsche Kommunalbank zu berechnen. Dem Vorbringen der Beklagten ist nicht zu entnehmen, woraus sich die angebliche Geeignetheit dieser Renditen aus Pfandbriefen vor allem öffentlichrechtlicher Kreditinstitute für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung einer privaten

Hypothekenbank wie der Beklagten ergeben soll. Einen Systemvergleich mit der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank brauchte das Berufungsgericht daher nicht vorzunehmen.

III.

Die Revision der Beklagten war deshalb als unbegründet zurückzuweisen.