



institut für
finanzdienstleistungen e.V.

Deregulierung des Verbraucherkredites - Richtige Antwort zur Kreditkrise?

Stellungnahme zum "Gesetz zur Umsetzung der Verbrauchkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht"

Öffentliche Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Justiz

am 23. März 2009 14.00 Uhr

Prof. Dr. Udo Reifner, institut für finanzdienstleistungen e.V.

Zusammenfassung

1. Der aktuelle Gesetzentwurf ersetzt den Verbraucherschutz gegenüber Überschuldung und Übervorteilung durch eine Verbraucherinformationsflut. Die darin gegebenen Definitionen werden mitten in der Kreditkrise bei Wucher, Verzug, Kündigung, Vorfälligkeit und Umschuldung den zivilrechtlichen Schuldnerschutz wesentlich aushöhlen und damit mehr notleidende Kredite produzieren.
2. Die Konsumentenkreditrichtlinie ist in einem zweifelhaften Verfahren zustande gekommen. Sie verstößt mit ihrem Verbot verbesserten Verbraucherschutzes auf nationaler Ebene gegen den EU-Vertrag. Die wortwörtliche Übernahme dieser rechtsfernen ausufernden Formulierungen ins Zivilrecht beschädigt Rechtssicherheit, Verständlichkeit und Struktur des deutschen Zivilrechts.
3. Die beiden für Verbraucher wichtigsten Informationen sind zudem unbrauchbar. Der für den Marktvergleich (und die Wuchergrenze) wichtige effektive Jahreszinssatz deckt nur noch 50 % der Kreditkosten und zudem kaum noch 50 % der Verträge in der Praxis. Der für die Realisierung der konkreten Belastung wichtige Tilgungsplan wird nur auf Antrag und erst nach Vertragsschluss erstellt.
4. Der Entwurf lädt offensiv zur Umgehung ein. Er definiert gezügelte Verzugskosten in frei vereinbarte „Überschreitungsziinsen“ um, prämiert Kettenumschuldungen durch Einführung einer (limitierten) Vorfälligkeitsentschädigung bei Ratenkrediten und befördert bei Umschuldungen in den ersten 9 Monaten doppelte Zinszahlungen. Bei Immobiliendarlehen soll keine Begrenzung gelten. Leasing ist nur Kredit, wenn es im Vertrag so bestimmt ist. Kreditkartenkredite, revolvingierende sowie kleine Kredite, die in der Überschuldung eine entscheidende Rolle spielen, werden begünstigt. Leichtfertige Verschuldung auf Mausclick und sogar Phishing wird nun auch für die Kreditaufnahme denkbar, obwohl die Richtlinie dies nicht vorschreibt.
5. Die aufgrund der aktuellen Rechtsprechung zu erwartenden verheerenden Auswirkungen auf den Überschuldungsschutz in Deutschland können nur in Grenzen gehalten werden, wenn der Bundestag diese in der Richtlinie bewusst den Ländern überlassene Lücke schließt. Dabei sollten Vorschläge der SPD und des Bundesrates aus den 70ziger Jahren aufgegriffen und ein neuer kreditspezifischer Absatz 3 in § 138 BGB eingefügt werden.

1. Die Umsetzung dieser Deregulierungsrichtlinie aus dem Jahre 2005 wird die nächste Krise vorbereiten.

(1) Seit 1974¹ hat der Sachverständige sich auf deutscher und europäischer Ebene dafür eingesetzt, an die Stelle eines für die Finanzindustrie frei gestaltbaren Verschuldungs- und Überschuldungssystems nach anglo-amerikanischem Vorbild ein **in der Tradition der kontinentalen Zivilrechtsländer stehendes System verantwortlicher Kreditvergabe an Verbraucher** zu gestalten. Es sollte historisches Wissen über die Gefahren des Wuchers nutzen. Das ist mit der Richtlinie 87/102/EWG sowie dem Raum, den sie für die materiellen Regeln im Verbrauchercreditgesetz von 1991 schaffte, noch passabel gelungen. Es gilt auch noch für die Richtlinienergänzungen 1998 und 2000. In der Zwischenzeit hat das iff zusammen mit NGOs in über 40 Ländern die *sieben Prinzipien verantwortlicher Kreditvergabe*² als Maßstab entwickelt. Die Richtlinie 48/2008/EG sowie der vorliegende Umsetzungsentwurf verstoßen nun gegen jedes dieser Prinzipien einschließlich der Unterprinzipien in fundamentaler Weise. Sie hinterlassen aus Sicht des Experten einen Scherbenhaufen hinsichtlich der Bemühungen um mehr Verantwortung im Kredit. Dies passiert zu einem Zeitpunkt, zu dem sich, nicht nur für die USA und Großbritannien, alle unsere Vorhersagen und Befürchtungen bezüglich der Gefahren eines wucherischen ungezügelten Kreditmarktes bei Verbrauchern weit schlimmer als vorhergesagt realisiert haben.

(2) Die Neuregelungen werden eine Form der **endlosen, uferlosen und sinnlosen wirtschaftssprachlichen Verbraucherinformationsgesetzgebung** in deutsches Recht übernehmen und dabei die materiellen Regeln des Schuldnerschutzes ablösen, die bisher vor Überschuldung bewahrten (siehe dazu unter 2). Von einem frei definierbaren Wucherzinssatz über die Deregulierung von Kreditverkäufen, Internetkrediten bis hin zur Entfesselung der Kreditkartenkredite wird in Zukunft in Deutschland das Kreditrecht dieselbe Funktion wie der Wust an Kreditvorschriften in den USA und England haben: Es wird eine Spielwiese für Juristen ohne soziale und wirtschaftspolitische Relevanz sein. Probleme werden "gelöst", indem über sie informiert werden soll oder aber indem sie "umdefiniert" werden. Aus Wucher wird eine Zusatzdienstleistung, aus Verzug wird Überschreitung, aus Kredit wird Leasing und Miete etc. . Auf diese Weise erlaubt man Kredite auf Mausclick, finanzierte Schrottimmobiliien an der Haustür, Revolving-Kreditsysteme, Überziehungsprovisionen, Kettenkredite, Churning, Flipping, sozial diskriminierende Preisgestaltung, lebenslange Verschuldungen durch Kredite mit ungetilgter Endschuld.

(3) Da es sich um eine **Maximalharmonisierungsrichtlinie** handelt, die unter Verstoß gegen **Art. 153 (129a) EVG**³ den Nationalstaaten - ohne selbst Verbraucherschutz zu bieten - Verbesserungen verbietet, was keiner der Beteiligten vor dem Europäischen Gerichtshof bzw. dem Bundesverfassungsgericht geltend machen bereit z sein scheint, wird der Aufwand, alternative Regelungen vorzuschlagen, unzumutbar. Das Argument, die Richtlinie

¹ Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit, Mohr (Siebeck) Tübingen 1976

² Siehe Anhang I sowie <http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=2519>; ferner die Veröffentlichungen aus den letzten beiden Jahren: reifner, „A Call to Arms“- For Regulation of Consumer Lending in: Whitford, B./Ramsay, I./Niemi-Kiesiläinen, J. (eds). Consumer Credit, Debt and Bankruptcy: Comparative and International Perspectives Hart Pub. UK 2009 Chapter 6; Reifner/Granger, Crédit à la Consommation et endettement des particuliers: une Europe harmonisée par une directive inutile ? in : Association d'Économie Financière (ed) Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde (mit B. Granger), Paris 2008, pp 247-260; ders. Responsible Credit in the EU – National Law, the new EU-Directive and Beyond, in: Delia, E.P. (ed) Evolving Legislation on Consumer Credit and Trade Practices : Stimulus or Drag on Economic Activity? APS Bank Publication Malta 2007 pp 53-98; ders. La Responsabilité du Prêteur en Europe, in: Institut National de la Consommation, INC Hebdo N° 1451 29 octobre – 4 novembre 2007, pp 13-15; European Coalition for Responsible Credit – Principles of Responsible Credit, in Twigg-Flessner, Chr./Parry, D./Howells, G./Nordhausen, A. The Yearbook of consumer Law 2008, Aldershot: Ashgate p.419-427; Responsible Credit in the EU (mit italienischer Zusammenfassung von Luisa Crisigiovanni) in: Consumatori, Diritti e Mercato 2/2006, 7-26; Verantwortungsvolle Kreditvergabe im europäischen Recht, in: Luc Thévenoz et Norbert Reich, Droit de la consommation Konsumentenrecht Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder Nomos Baden-Baden, Schulthess§ 2006 pp 383 – 404

sei abschließend, ist ebenso formal wie beliebig. Bei der Freigabe der Kreditkartenkredite im Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz wurde bereits so argumentiert. Das deutsche Parlament hat in Bezug auf die Rechtssetzung in Brüssel kaum mehr als notarielle Funktionen. Mit der wortgetreuen Übernahme ist dies auch gar nicht mehr versucht worden, wobei nicht einmal der in Brüssel für den Verbraucherschutz erstrittene Spielraum etwa bei der Schriftform genutzt wurde.

(4) Der materielle Verbraucherschutz gegenüber Wucher und unverantwortlicher Kreditvergabe muss angesichts der verheerenden Wirkungen der Deregulierung für die aktuelle Krise gefestigt werden. Dabei muss an die wirkungsvolle Rechtsprechung des 3. Senats des Bundesgerichtshofs aus den 1980er Jahren angeknüpft werden, wo über § 138 Abs.1 BGB überhöhte Zinsen, aufgezwungene Zusatzprodukte, überhöhte Verzugszinsen und Kettenumschuldungen klare Grenzen erhielten. Diese Rechtsprechung nahm **Initiativen des Bundesrates und der SPD aus den Jahren 1973 bis 1976** auf, die eine gesetzliche Regelung mit einem neuen § 138 Abs.3 BGB vorschlugen, die durch diese Rechtsprechung überflüssig wurde. Durch den Paradigmenwechsel im Verbraucherschutz vom Schutz zur Information und der Deregulierung des Bankrechts wurde diese Rechtsprechung umgangen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, hier das Recht wieder herzustellen. Daher wird eine Klarstellung zur Sittenwidrigkeit von Verbraucherdarlehen im Gesetz vorgeschlagen, mit dem die größten Praktiken des Cross-Sellings, versteckter Innenprovisionen, des Churnings, Flippings sowie des Missbrauchs von Verzugsituationen für wucherische Überschreitungszinsen kontrollierbar würden.

2. Die Richtlinie ist in einem einer Demokratie unwürdigen Verfahren zustande gekommen.

(5) Nach 15jährigen Vorarbeiten, unter Mitwirkung von Verbraucherschutz- und Kreditexperten gestützt durch eine Reihe von Forschungsprojekten vor allem des *iff* im Auftrag der Kommission,⁴ legte diese im Jahre **2002 eine Neufassung der Konsumentenkreditrichtlinie**⁵ vor, die den Verbraucher- und Überschuldungsschutz sowie die verantwortliche Kreditvergabe als Ziele ausdrücklich aufnahm und mit großer Sachkenntnis Regelungen vorschlug, in denen eine Vielzahl der aktuellen Probleme im Subprime Markt verhindert worden wären.

(6) Dieser Entwurf stieß auf empörte Ablehnung der Konsumkreditbanken und entfachte dort heftige

³ Vgl. jetzt Art 169 (ehemals 153 EGV ehemals 129a) (Verbraucherschutz): "(1) Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Union einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen. 6655/08 FR/lu 163 DE ... (4) Die nach Absatz 3 beschlossenen Maßnahmen hindern die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Diese Maßnahmen müssen mit den Verträgen vereinbar sein. Sie werden der Kommission mitgeteilt."

⁴ Haane/Domont-Naert/Reifner: *La mise en oeuvre de la directive CEE/87/102 sur le credit à la consommation dans les états membres*, 1991. *The costs of consumer credit in the EC*, Vertrag B5-1040/92/00629 (August 1993); *Overindebtedness of consumers in the EC member states: facts and search for Solutions* Vertrag B5-1040/91/011384 (September 1992); *Etude sur la mise en oeuvre de la clause minimale prévue dans le droit communautaire en faveur des consommateurs*, Vertrag A0/2600/93/006846 (August 1994); *Evaluation de la Loi Neiertz sur le traitement du surendettement des ménages*, Vertrag B5-1000/94/001661 (November 1994); *Effects and Problems of Credit Card Debts. A Joint Effort of European Consumer Organisations to Evaluate Facts and Developments in the Credit Card Market*. General Report to the DG XXIV Consumer Policy of the European Commission, 1996; ferner Gutachten Instituts für Finanzdienstleistungen e.V. *Die EG-Richtlinien zum Verbraucherkredit - Verbraucherschutz im Kreditrecht* 30. April 1996 (im Auftrag der AgV); Reifner/Servagnat *Etude sur le Rôle et les Activités des Intermédiaires de Crédit à la Consommation en Allemagne*, im Auftrag der EU-Kommission zusammen mit CDC Louvain-la-Neuve 30 April 1996; Reifner/Wüst/Haidar/Bonhomme, *Harmonisation of Cost Elements of the Annual Percentage Rate of Charge, APR* Project No.: AO-2600/97/000169 1998;

⁵ Vgl. dazu Reifner *Gutachten und Alternativentwurf zum Neuentwurf der Konsumentenkreditrichtlinie 2002* (deutsche Übersetzung) im Auftrag des vzbv 2005 (siehe FN 6)

Aktivitäten. Er wurde dann durch den Vorsitzenden des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz im EP, den CSU-Abgeordneten Wuermeling,⁶ zunächst im Europaparlament sogar boykottiert. Nach Aufforderung durch das Plenum, die rechtswidrige Nichtbefassung aufzugeben, wurde in einer Eilaktion innerhalb von 3 Monaten ein in hunderte von Abänderungsanträgen gekleideter vollständig neuer Entwurf im Jahre 2004 quasi "aus der Tasche gezogen", der deutlich interessengebunden war und kaum im Parlament selbst gefertigt sein konnte. Verbraucherschutz und Überschuldungsprävention ebenso wie das Prinzip verantwortlicher Kreditvergabe wurden eliminiert und eine **Deregulierung mit Maximalharmonisierung** verbunden. Nach anglo-amerikanischem Vorbild sollten unzählige mehrfach präsentierte Verbraucherinformationen die nationalstaatlichen Grenzziehungen für Wucher, Täuschung, Fesselung und Zusatzkosten zu Warnhinweise und Überlegungsfristen abmildern. Dieses System hatte in den USA und England bereits den Verbraucherschutz abgelöst und keinerlei positive Marktwirkungen gezeitigt, sondern die dortige verheerende Subprimekreditvergabe wesentlich ermöglicht. Statt durch Verbraucherschutz sollte jetzt den finanzschwachen Verbrauchern, die zu meist durch bestehende Kredite bei der Kreditaufnahme in ihrer Wahl erheblich eingeschränkt sind, "geholfen" werden in Form von Information und Bedenkzeit das "richtige Produkt" auszuwählen. Man könnte zynisch ausgedrückt davon sprechen, dass die von Kredit abhängigen Verbraucher jetzt das Recht haben sollen, darüber informiert zu werden, dass sie keine Rechte hatten. Das *iff* hat hierzu, zusammen mit den Verbraucherverbänden und international mit der Koalition für Verantwortung im Kredit, ausführlich Stellung genommen und Alternativen vorgelegt.⁷

(7) Nachdem die Fachleute in der Kommission, die den ersten Entwurf verantwortet hatten, im Wesentlichen von der weiteren Behandlung entbunden waren, legte dann eine andere EU-Kommission einen "Kompromiss" vor, der tatsächlich den eigenen Entwurf vollständig zurückzog und stattdessen den **Wuermeling-Entwurf übernahm** und dem neu gewählten Parlament präsentierte. Obwohl sich dieses Parlament mit dem ersten Entwurf gar nicht befasst hatte, wurde nunmehr in Eile über eine in der Sache ganz neue Richtlinie - parlamentsrechtlich zweifelhaft - sofort in zweiter Lesung befunden, wobei wieder eine deutsche Führungsrolle (Ausschussvorsitzender Lechner (CSU)) bestand, während der Abg. Wuermeling als Staatssekretär im deutschen Wirtschaftsministerium das weitere Verfahren im Ministerrat begleiten konnte.

(8) Die **Verbraucherverbände, die Europäische Koalition für Verantwortung im Kredit** und viele Sachverständige haben in Anhörungen im Europaparlament und gegenüber der Kommission immer

⁶ Herr Wuermeling war wegen seines Engagements für die Softwareindustrie und die im Bundestag abgelehnte Softwarepatentrichtlinie in der Kritik. Er ist inzwischen als Lobbyist im Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft tätig. Vorher war er langjähriger Mitarbeiter bei EU-Kommissar Schmidhuber, der heute in einer Bankenrechtssozietät arbeitet.

⁷ Die Website des ECRC zur EU-Richtlinie enthält alle Entwürfe und Zwischenentwürfe der Kommission (<http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1915>), und dazu die folgenden Stellungnahmen sowie den Alternativentwurf zum 2002er Entwurf ebenso wie zur aktuellen Richtlinie: Verbraucherkreditrichtlinie 2. Lesung - ECRC/iff Stellungnahme (12. Dez 2007, auf englisch); Verbraucherkreditrichtlinie im Parlament - ECRC/iff Stellungnahme (Nov 2007, auf deutsch); *Comments on the Draft CCD Recommendation for Second Reading - Comments by vzbv* (9 Nov 2007, in englisch) *EU-Verbraucherkreditrichtlinienentwurf 2007: Auszüge und kritische Anmerkungen* (März 2007, in englisch); *Prinzipien "Verantwortlicher Kreditvergabe"* (iff); *EU-Verbraucherkreditrichtlinienentwurf 2005: Kritische Einführung und ausgewählte Auszüge; Entwurf von Parlament und Kommission 2004 und Alternativentwurf der Verbraucherverbände*

wieder darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie praktisch die unter der veralteten Richtlinie 87/102/EWG möglich gewordenen Auswüchse sogar noch legalisiert und auch gegen Art. 157 EVG verstößt, weil sie das Niveau des nationalen Verbraucherschutz z. B. dadurch verschlechtert, dass sie das Verbot, Entschuldung ("Vorfalligkeit") kostenpflichtig zu machen ebenso abschafft wie den Schutz der Gesetzesumgehung beim Finanzierungsleasing. Die Verniedlichung des Effektiven Jahreszinssatzes zu einem irreführenden Preis, der nur einen Bruchteil der Kosten wiedergibt (unberücksichtigt bleiben Risk-based-Pricing, Umleitung von Zinskosten als Innenprovisionen auf ein Versicherungsprodukt, Kombinationskredite mit umgeleiteter Tilgung, Finanzkredite mit Überbürdung von Risikokosten über das finanzierte Anlageprodukt, Verstecken von Kreditkosten im Folgekredit bei Kettenumschuldungen, Kredite mit offenen Ende etc.), war bereits in zwei Studien in 5 bzw. 16 Ländern für die Kommission in den Jahren 1999 und 2002 dargelegt worden. Diese offiziellen Dokumente wurden rechtzeitig 2002 vom Netz genommen und aus den Referenzen in der Begründung entfernt. Ausweglose Kredite mit offener Endschuld, Fesselungskredite durch Koppelung an praktisch unkündbare Produkte, Kreditkartenkredite mit Flipping und Churning-Effekten, Umwandlung von Verzugszinsen in wucherische Überziehungsprovisionen, Freistellung vieler besonders ungünstiger Konstruktionen, Freigabe des Internets für Kredite auf Mausclick sind nun das Gegenteil von dem, was als verantwortliche Kreditvergabe im ersten Entwurf enthalten war und geregelt werden sollte.

(9) Nach der **finnischen** bemühte sich insbesondere die **österreichische Präsidenschaft**, wenigstens ein Minimum an Verbraucherschutz, etwa durch Berücksichtigung der Kostenverlagerung auf Koppelungsprodukte ("**faktischer Zwang**"), im Ministerrat durchzusetzen, scheiterte aber an der Kooperation des deutschen Justizministeriums mit dem englischen **Department of Trade and Industry**. Das DTI verteidigte mit der Richtlinie das englische Konsumkreditsystems, indem mit direkten Wucherkrediten (Durchschnittszinssatz bei Providential mit 7 Mrd. € Kredit ist 200 % p. a.) oder mittelbar über Finance Companies führende Konsumkreditbanken wie RBS und Northern Rock erst die Verbraucher und dann sich selbst quasi zugrunde richteten. Das DTI lehnt weiterhin jede materielle Kreditregulierung mit dem Argument ab, sie würde den Zugang der Armen zu Bankkrediten erschweren. Das Argument wirkt zynisch, da gerade in Großbritannien die den Wucherern ausgelieferten unteren Schichten kollektiv keinen Zugang mehr zu Bankkrediten und Bankkonten (17 %) haben, während Länder wie Schweden hier überhaupt kein Problem aufgrund eines hohen Verbraucherschutzes haben.

Die **deutsche Präsidenschaft** drückte diesen Entwurf in großer Eile wider Erwarten im Wesentlichen so durch, wie er von der neuen Kommission und dem Europaparlament kam, obwohl der **alte Rechtszustand für die Verbraucher besser** ist als die Neuregelung. Zwar wurden im Ministerrat kleinere Korrekturen an der neu zugemuteten Vorfalligkeitsentschädigung vorgenommen, ansonsten aber die Richtlinie ohne vorherige Befassung durch das deutsche Parlament, - ein Vorgehen, das die CSU ansonsten grundsätzlich durchgesetzt hat, - und ohne Eingehen auf die Kritik vonseiten des Verbraucherschutzes und der Schuldnerberater verabschiedet. Dies wurde von der Regierung in der Presse sogar noch als Sieg des Verbraucherschutzes deklariert, bei dem wahrheitswidrig der Effektivzins als europäinheitlicher Parameter gelobt wurde.

(10) Der vorliegende Gesetzentwurf stellt ebenso wie der Wuermeling-Entwurf das Europaparlament nunmehr auch das Deutsche Parlament vor vollendete Tatsachen. Der Maximalharmonisierungsansatz degradiert das Parlament zum ausführenden **Verordnungsgeber** der Regierung, der über Brüssel seinen Entwurf durchgesetzt hat. Der Gesetzentwurf setzt eine Richtlinie um, die auf dem neo-liberalen

Höhepunkt der Deregulierungspolitik im Banksektor mit der Erweiterung der Abgabe von Parlamentsfunktionen an eine Expertenkommission im Lamfalussy-Gesetzgebungsprozess auf Verbrauchergeschäfte begann, durch die Einführung der Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung, der Heimatlandkontrolle und der Maximalharmonisierung beispielsweise im Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen, der Freigabe der Kreditvergabe durch Nichtbanken, über Kreditkarten in der Zahlungsverkehrsrichtlinie, den Post-Financial-Services-Action-Plan, der die Abschaffung nationaler Wucherkontrollen propagiert etc. sowie der Freigabe der Investmentfonds für zweifelhafte Produkte in der OGAV-Richtlinie steht. Er steht konträr zu den Beteuerungen der Regierung, man wolle das finanzielle Desaster im Banksektor mit einer Rückkehr rechtlicher Verantwortung in den Finanzbereich begleiten. Während Kosmetik an Managergehältern erkennbar ist, geht die eigentliche Deregulierung mit dem Argument des Umsetzungsdruckes weiter. .

3. Die Reform wird den Verbraucherschutz gegen Überschuldung und Wucher nachhaltig beschädigen.

(11) Die Gesetzesreform wird den deutschen Verbraucherschutz zu einem Papiermonster entwickeln.

Während das Verbraucher Kreditgesetz vom 17.12.1990 in 19 Paragraphen gut strukturiert die wichtigsten materiellen wie informationellen Fragen einschließlich von Widerruf und Kreditvermittlung verständlich auf knapp 9 Seiten regelte, schafft es dieses Gesetz, verstreut auf vier ganz verschiedene Plätze in drei Gesetzen, die den meisten nicht geläufig sind (§§ 355 ff.; 488 ff.; 655a ff.; Art. 247 §§ 1-17 EG-BGB; §6 PreisAngVO) den Gesetzestext auf 24 dicht beschriebene Seiten zu erweitern und eine angloamerikanische Regelungsform in Deutschland einzuführen, die (zufällige aktuelle) Produkte und nicht Funktionen regelt und keine Abstraktion und Prinzipien mehr erkennen lässt, sodass ein Rechtsbewusstsein sich nicht entwickeln kann. Das folgende Beispiel zeigt rein technisch, wie der Entwurf vorgeht.

Beispiel: § 493 bezieht sich auf das Problem der Zinsanpassung, das die Rechtsprechung in Deutschland seit Längerem zufriedenstellend mit § 315 BGB gelöst hat, indem davon ausgegangen wird, dass bei Zinsanpassung der Abstand zu einem objektiven Marktdurchschnittszinssatz (Referenzzinssatz) erhalten bleiben soll, wozu in gleichen Abständen (Anpassungsintervall) jeweils nach einer Mindestveränderung (Anpassungsmarge) die Anpassung zu erfolgen hat. Dieses Problem der Angabe variabler Zinssätze findet sich jetzt in den Informationspflichten in nicht weniger als 11 Vorschriften geregelt: §§ 489 Abs.5 BGB, 493 Abs.2-4, 504 Abs. 1 BGB sowie Art. 247 §§ 3 Abs.4; 8 Abs.2; 10 Abs.2; 14 Abs.1 u. 2; 15 Abs. 1 u. 2; 16 Nr. 6; 17 Abs.1 Nr. 1 u. Abs. 2 Nr. 3 EG-BGB. Allein der zentrale § 493 BGB ist ein bürokratisches Wortungetüm geworden. Er lautet:

Regierungsentwurf: § 493 Informationen während des Vertragsverhältnisses

(1) Ist in einem Verbraucherdarlehensvertrag der Sollzinssatz gebunden und endet die Sollzinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit, unterrichtet der Darlehensgeber den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Ende der Sollzinsbindung darüber, ob er zu einer neuen Sollzinsbindungsabrede bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber hierzu bereit, muss die Unterrichtung den zum Zeitpunkt der Unterrichtung vom Darlehensgeber angebotenen Sollzinssatz enthalten.

(2) Der Darlehensgeber unterrichtet den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor

Beendigung eines Verbraucherdarlehensvertrags darüber, ob er zur Fortführung des Darlehensverhältnisses bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber zur Fortführung bereit, muss die Unterrichtung die zum Zeitpunkt der Unterrichtung gültigen Pflichtangaben gemäß § 491a Abs. 1 enthalten.

(3) Die Anpassung des Sollzinssatzes eines Verbraucherdarlehensvertrags mit veränderlichem Sollzinssatz wird erst wirksam, nachdem der Darlehensgeber den Darlehensnehmer über die Einzelheiten unterrichtet hat, die sich aus Artikel 247 § 15 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergeben. Abweichende Vereinbarungen über die Wirksamkeit sind im Rahmen des Artikels 247 § 15 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zulässig.

(4) Wurden Forderungen aus dem Darlehensvertrag abgetreten, treffen die Pflichten aus den Absätzen 1 bis 3 auch den neuen Gläubiger, wenn nicht der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt.“

An seiner Stelle würde der folgende Passus seinen Inhalt vollständig enthalten und ausreichen. Ähnliches ließe sich mit dem gesamten Gesetzentwurf und seinen dauernden Wiederholungen machen.

Alternativer Formulierungsvorschlag: § 493 Zinsanpassung *Der Darlehensgeber oder wer an seine Stelle tritt hat für den Fall, dass der Vertrag fortgeführt werden soll oder muss, spätestens drei Monate vor Ablauf einer Zinsbindung unter Beachtung des § 491a Abs.1 BGB den neuen Sollzinssatz und dessen Zinsbindungsfrist sowie die gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen seiner Veränderung anzugeben.*

(12) **(Die wichtigsten Informationen fehlen)** Die Informationspflichten (und aus mehr besteht das Gesetz nicht) gehen im Wesentlichen nicht über die bisherige Rechtslage hinaus und verkennen die Probleme grundlegend.

Verbraucher brauchen vor allem zwei Informationen: a) Kenntnisse über ihre tatsächliche Belastung im Verhältnis zur zukünftigen Liquidität sowie b) über den vollständigen Preis ihres Produktes im Verhältnis zu vergleichbaren Produkten. Es versteht sich von selbst, dass bei beiden Informationen die wichtigste Information die Zeit ist, d. h. wann eine Zahlung fällig ist und für wie lange Zahlungen zu erfolgen haben. Beides verkennt das Gesetz grundlegend, indem es den Verbraucher mit zeitlosen und sinnlosen Euroangaben vollstopft und den irreführenden *Gesamtbetrag* inflationär verstreut (E-Art. 247 §§ 3 Abs. 1 Ziff. 8, Abs.2; Abs. 3; 6 Abs.3; 11 Abs. 2 Ziff. 1EG-BGB, E-§ 494 Abs.2; 495 Abs.3; 507 Abs. 1 u. 2; 495 Abs.2 BG; E-§ 6a Abs. 2 Ziff. 3 PreisAngVO) in den Mittelpunkt rückt. Dieser Begriff missachtet die Dimension der Zeit und täuscht über die wirkliche Belastung, die sich im Liquiditätsabfluss (Cash flow) und nicht in der Gesamtschuld niederschlägt. Sie verdrängt Tilgungsplan und Effektivzins durch eine Nonsense-Information (vgl. dagegen richtig §§ 17, 18 Insolvenzordnung "Zahlungsunfähigkeit": "wenn er nicht in der Lage ist, die *fälligen* Zahlungspflichten zu erfüllen." Das aber sagt der Tilgungsplan und nicht die Gesamtsumme).

a) Der vorvertragliche **Tilgungsplan** (Ziff. 14) "soll" nur "repräsentativ" (für die Vergabepaxis oder für die Konditionen?) und nicht individuell angepasst gegeben werden und zwar "lediglich illustrativ". Er braucht auch nicht die tatsächlich für diesen Verbraucher zu erwartenden Belastungen zu enthalten, da verbundene Produkte nicht einbezogen sind und nach den erlaubten Risk-based-pricing-Raten bis zu viermal höher sein können als in diesem Plan. § 492 Abs. 3 S. 2 BGB

lässt den echten Tilgungsplan nur als Möglichkeit *auf Anfrage nach Vertragsschluss* aushändigen. Da nützt er nichts mehr und wird auch in der Praxis nicht eingefordert werden. Außerdem bestimmt Art. 247 § 14 EG-BGB, dass er nicht die wirklichen Zahlungen sondern nur die Zahlungen *auf das Darlehen* enthalten muss. Zahlungen auf Versicherungen oder verbundene Produkte, die ebenso die Liquidität belasten, bleiben somit unberücksichtigt. Der Plan ist damit extrem irreführend und sollte von Verbrauchern nicht angefordert werden. Verbraucherzentralen können dort realistischere Pläne auswerfen. Das *iff* bereitet eine entsprechende Selbsthilfemöglichkeit im Internet vor.

b) Der im Entwurf benutzte **effektive Jahreszinssatz** ist unbrauchbar und in hohem Maße irreführend, weil er die bestehenden Umgehungen festschreibt und gerade bei den schwächsten Verbrauchern kaum mehr als die Hälfte ihrer Belastung ausdrückt. Die Gerichte wenden diesen amputierten Effektivzinssatz inzwischen auf den Wucher an, sodass seit Jahren kein Wucherurteil mehr ergangen ist. Im Einzelnen geht es um folgende Methoden:⁸

- ➔ die Methode, den Effektivzinssatz erst mitzuteilen, nachdem alle Unterlagen beigebracht und der Kredit beantragt wurde ("**riskoadjustiertes Preissystem**"),
- ➔ wesentliche Teile der Kreditkosten in einer finanzierten Restschuldversicherungsprämie sowie deren Finanzierungskosten zu verstecken und als **Kick-back-Provision von 60 %** von der Versicherung zurück zu holen,
- ➔ hochverzinsliches Kreditkapital durch niedrig verzinsliche Ansparbeträge bestehen zu lassen (**Kombi-Kredite**),
- ➔ durch ungünstige Abrechnung gekündigter Kredite bei **Kettenumschuldungen** Kosten des Vorkredites als Nettokapital im Folgekredit zu verstecken. (Art.247 §§3, 6 Abs. 3 EG-BGB)
- ➔ Kreditraten aus einem überzogenen Girokonto zu begleichen und damit doppelt zu verzinsen (**Zinseszins**),
- ➔ das hochpreisige **Kreditgeschäft auf das unregulierte Girokonto** zu verlagern, wodurch die sozial Schwächeren mit Überschreitungszinsen nun offiziell höher belastet werden dürfen und trotz einer bereits nach drei Monaten erfolgenden Zinsverrechnung (das Gesetz sieht 1 Jahr als Regelfall vor) und dessen Zinseszinswirkungen auf die Angabe eines Effektivzinssatzes zu verzichten. (Art. 247 §10 Abs.3 EG-BGB.)

(13) (**Mehr Bürokratie/Informationsüberflutung**) Die Verschärfung der Informationspflichten für die Anbieter führt zu mehr Bürokratie, zu vierfach sich wiederholender Information (Werbung, vorvertragliche Information, Information im Vertrag und im Euro-Informationsblatt) mit unsinnigen Details, die bei den Verbrauchern den Eindruck bestärken, dass sie sich überhaupt nichts davon anzusehen brauchen. (Informationsoverload). Die Paragraphen sind zudem in einer solch bürokratischen Sprache gefasst, dass ganze Generationen von Juristen daran interpretieren müssen und die Gerichte von den wesentlichen Fragen des Verbraucherschutzes zugunsten einer Formaljuristerei abgehalten werden. Mit etwas mehr Sorgfalt hätte der Text der Gesetzgebung auf höchstens ein Viertel reduziert werden können.

⁸ Vgl. hierzu die beigelegten Aufsätze Reifner, Die neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten, BKR 2009, 51-64; ders, Die Restschuldversicherung im Ratenkredit WM 2008, 2329-2339

(14) Das Gesetz wird die die Verbraucher **materiell schützenden und den Markt regulierenden Vorschriften** des BGB vor allem im **Schuldnerschutz entscheidend schwächen**.

(15) (**Wucher**) Die Oberlandesgerichte in Oldenburg und Köln haben gerade erst ausgeführt, dass sie sich bei der Beurteilung des Wuchers - mangels konkreter Regelungen beim Wucher selbst - an den Zinssatz gebunden fühlen, den das Preisangabenrecht vorgibt. Dies ist zwar angesichts der vollständig anderen Funktion beider Gesetze rechtlich kaum nachvollziehbar, jedoch aktuelle Rechtsprechung. Mit der Neuregelung werden nun tatsächliche Wucherzinssätze von 30 % praktisch nur als Zinssätze von 14 % zur Kenntnis genommen, weil wesentliche Kostenelemente nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.⁹ Die Vorschriften im Richtlinienentwurf 2002 zur Berücksichtigung der Verluste aus Koppelungsprodukten ebenso wie zur Umschuldung wurden bekanntlich gestrichen.

(16) (**Girokontoüberschreitung**) Die Banken haben eine ihnen von der Rechtsprechung angebotene Lücke extensiv genutzt und "erlauben" jetzt im Kontokorrent zu Zinssätzen von über 20 % p. a. den Kreditnehmern, die sich überschuldet haben, eine "Überschreitung". Wo früher der gesetzliche Verzugszinssatz bei 7 % schützte, darf heute der Verbraucher heute weit über 20 % bezahlen. Der Gesetzesentwurf ebenso wie die Richtlinie legitimieren dies dadurch, dass er nur noch anzugeben ist. Der Entwurf erkennt in der Begründung selbst, dass "Innerstaatliche Schutzvorschriften ... anwendbar bleiben" und weist auch auf die wucherverdächtigen Zinssätze hier hin ("kostenträchtigste Version eines Darlehensvertrags") und, dass es um die Schwächsten geht. ("besonders schutzbedürftig", "oftmals bei wirtschaftlich schwächeren Personen der Fall" (S.147)) . Er meint auch, "die §§ 497 (Verzug) und 498 (Kündigung bei Verzug) sind daher entsprechend der bisherigen Rechtslage grundsätzlich anzuwenden". Dies ist aber unzutreffend. Der BGH, der es in alter Besetzung für Verzug hielt, hat den Banken grünes Licht für freie Zinsvereinbarungen gegeben, von denen sie inzwischen in extremer Weise Gebrauch machen. Der gesamte Schuldnerschutz im Verzug ist inzwischen ausgehebelt, weil Raten ohne Rücksicht auf Deckung rücksichtslos ins Debet des Kontos und mit extremen Zinseszinsen belastet werden. Es gehört daher schon gehörige Realitätsverleugnung dazu, so etwas zu schreiben.

(17) (**Kreditverkäufe**) Während nach deutschem Recht Verkäufe von notleidenden Kreditverträgen gegen § 415 Abs.1 BGB¹⁰ verstoßen, verlangt die EU-Richtlinie bei solchen Verkäufen nur eine Information. Der Reg.Entwurf spricht zwar hier nur von Informationen bei Abtretungen (E-§ 493 Abs. 4 BGB), impliziert aber, dass darin das "Servicing" auf einen anderen Dritten übertragen werden kann. Da das Servicing aber Ausdruck einer nicht übertragbaren Verpflichtung des Kreditgebers ist, wird damit § 415 Abs.3 BGB und die selbst von der Bundesregierung geteilte Meinung seiner Geltung bei Kreditverkäufen unterlaufen. In Ziff. 17 der Europäischen Standardinformation versteckt findet sich der Passus: "Der Darlehensgeber kann das Vertragsverhältnis ohne Ihre Zustimmung auf andere Personen übertragen, z. B. bei einer Umstrukturierung des Geschäfts", der das genaue Gegenteil zu § 415 BGB beinhaltet und kaum den einen praktischen Fall der HRE meinen kann, wo das Umwandlungsgesetz eine Rolle spielte. In Art. 247 §9 EG-BGB wird dies noch einmal unterstrichen. Dazu heißt es auf S. 217: "Nach Absatz 1 Satz 2 muss die vorvertragliche Information außerdem einen deutlichen Hinweis darauf enthalten, ob Forderungen aus dem Darlehensvertrag abgetreten werden können *oder das Vertragsverhältnis ohne Zustimmung des Darlehensnehmers übertragen werden kann.*"

⁹ Siehe vorstehende Fußnote

¹⁰ Dazu ausführlich Reifner, Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen, BKR 2008, 142- 153

(18) **(Finanzierungsleasing)** Es ist zu befürchten, dass gerade im Gebrauchtwagengeschäft die durch §506 Abs.2 E-BGB gerissene neue Lücke bei den aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossenen Leasinggeschäften zu besonders groben Gestaltungen benutzt wird. Auch in Bankenkreisen bestehen entsprechende Befürchtungen bezüglich einer unsauberen Konkurrenz. Bisher hatte die Rechtsprechung, was die Regierung verkennt, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angelegt und darauf abgestellt, ob faktisch ein Kreditverhältnis besteht, weil der Gegenstand mit Zinsen "abbezahlt" wurde. Das Gesetz stellt jetzt allein noch auf den Vertragstext des Leasinggebers ab und schafft damit einfache Umgehungsmöglichkeiten, indem die Verträge so gestaltet werden, dass kein Andienungsrecht mehr gewährt wird. Der Entwurf erkennt diese Gefahr zwar selbst und begründet seine Gleichstellung mit einer Restwertgarantie damit, dass "nicht auszuschließen (ist), dass in Finanzierungsleasingverträgen künftig auf ein Andienungsrecht mit der Folge verzichtet wird, dass die Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 491 ff. keine Anwendung fänden." Dies gilt aber genauso für die Restwertgarantie. Ihre Einbeziehung ist daher ein untaugliches Mittel für den angestrebten Zweck.

(19) **(Vorfälligkeitsentschädigung und Umschuldungskaroussel)** Die neu eingeführte Kostenpflichtigkeit der Vorfälligkeit bei Ratenkrediten in E-§ 502 BGB wird in der Praxis zu einem Anreizsystem für noch mehr Umschuldungen führen, die jetzt schon die Geisel der Überschuldung sind. In Kettenkrediten kann jetzt eine Bank, die bei kleinstem Zusatzkreditbedarf die Umschuldung zur Bedingung macht, vom Kreditnehmer immer wieder erneute Gebühren verlangen, weil diese Umschuldungen, die ja gar nicht zur Entschuldung sondern zu weit überhöhten Verschuldung führen sollen, mit dem Verbraucherschutzparagrafen des § 489 Abs. 1 Ziff. 2 BGB bewirkt, der nun über § 502 BGB eine weitere Gewinnsteigerung erlaubt.

(20) **(Kündigung erst nach "9 Monaten" statt "jederzeit")** Während hier wortgetreu umgesetzt wird, versäumt es der Entwurf die rechtswidrig einschränkende Umsetzung des Kündigungsrechtes im geltenden Recht zu korrigieren, wo in Deutschland gem. § 489 Abs. 1 Ziff. 2 BGB ein Kündigungsverbot in den ersten 9 Monaten besteht, das in der Richtlinien nicht vorgesehen ist. Artikel 16 der Richtlinie bestimmt nämlich: "(1) Der Verbraucher ist berechtigt, seine Verbindlichkeiten aus einem Kreditvertrag *jederzeit* ganz oder teilweise zu erfüllen." Dagegen verstößt das deutsche Recht. In der Praxis hat das dazu geführt, dass bei externer Umschuldung der Verbraucher parallel für zwei Kredite zu zahlen hatte, weil er aus dem Vorkredit nicht vorher herauskam. Die Vorfälligkeitsentschädigung ist damit in Deutschland erheblich höher als in anderen Ländern, weil der Bank noch 9 Monate lang Zinsen trotz Kündigung zustehen.

(21) **(Immobilienkredite/Vorfälligkeitsentschädigung)** Der Ansatz des deutschen Rechts, die Immobilienkredite, die die Richtlinie nach wie vor nicht erfasst (Art. 2,2 (a) und (b) RiLi 2008/48/EG), einzubeziehen, hat sich bewährt. Sie sollte auch auf den Verzug (§ 497 BGB) erstreckt werden. § 503 BGB sollte auch die Ausnahme für die Vorfälligkeitsentschädigung (§ 502 BGB) streichen. Die Vorfälligkeitsentschädigungen im Hypothekenkredit sind in Deutschland bis zum Vierfachen höher als in den anderen EU-Staaten. Sie sind zu einem kartellartigen Mittel der Erpressung geworden, das diejenigen extrem belastet, die durch Umzug oder Zahlungsprobleme umfinanzieren müssen.¹¹

(22) **(Internetkredite auf Mausclick, Phishing bei Krediten?)** Der Kredit auf Mausclick soll erlaubt

¹¹ Vgl dazu jetzt ausführlich Reifner, Die Entschädigung für vorfällige Hypothekenkredite, ZBB 2009 (erscheint demnächst)

werden. § 492 Abs.1 S.2 BGB werden gestrichen und damit § 126a BGB freie Bahn eingeräumt. Bei der Bürgschaft zögert man wohl noch. § 766 S.2 BGB bleibt unberührt. Das bedeutet aber, dass die gleichwertige Sicherungsgesamtschuld, die ja willkürlich statt der Bürgschaft benutzt wird, in Zukunft per Mausclick erfolgt, die Bürgschaft aber weiter die Schriftform erfordert. Die Internet-Banken werden daher auf die weit schlechtere Sicherungsgesamtschuld ausweichen.

Die Begründung behauptet fälschlich, dies würde die Richtlinie verlangen, verweist aber selbst darauf, dass Artikel 10 Abs. 1 Satz 3 der Richtlinie es den Mitgliedsstaaten frei stellt, so wie es in Brüssel durchgesetzt werden konnte. Nun konstruiert die Begründung aber über den in allen Richtlinien üblichen "Verweis auf Gemeinschaftsrecht", dass die bereits im Jahr 2000 erlassene E-Commerce-Richtlinie in Art. 9 die elektronische Form vorschreibe. Diese Begründung ist abenteuerlich, weil die E-Commerce-Richtlinie die Schutzbedürfnisse gegen Überschuldung bei Bürgschaft und Krediten nicht antasten wollte, auch bisher duldet und nur allgemein eine Absichtserklärung enthielt, die aber die nationale Kultur des Schuldnerschutzes nicht antasten wollte. Ein Abbau von schuldnerschützenden Vorschriften bei Kredit und Bürgschaft, bei denen die Rechtsprechung gerade die Warnfunktion hervorgehoben hat, ist mit der Bürgschafts- und Gesamtschuldentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar. Es gehört zum kulturellen Erbe, dass leichtfertige Überschuldung im Recht mit Warnfunktionen belegt wird. Länder wie Irland oder Frankreich haben sogar noch Pflichten, eigenhändig zu schreiben, dass man sich der der Schuldübernahme bewusst ist.

Zwar meidet die Praxis etwa in den Niederlanden, wo dies seit Längerem möglich ist, zur Zeit die elektronische Signatur noch. Im Zusammenhang mit der Freigabe der Kreditkartenkredite ist aber davon auszugehen, dass besonders dubiose Anbieter diese neue Lücke nutzen werden. Da die Vorkehrungen der elektronischen Signatur, wie wir aus den Problemen bei der elektronischen Kontoführung ("Phishing") kennen, alle durch Dritte handhabbar sind und kriminell missbraucht werden, wird es in Zukunft nicht nur Urheberprobleme sondern auch Kredite aus Not und Leichtsin in vermehrtem Maße geben. Dies ist nicht zu verantworten.

4. Mit einer gesetzlichen Regelung des Kreditwuchers könnte das Gesetz für den Verbraucher- und Schuldnerschutz positiv wirken.

(23) **(Nationale Regelung zur verantwortlichen Kreditvergabe möglich)** Die Richtlinie überlässt nach wie vor den materiellen Verbraucher- und Schuldnerschutz, dessen Ziele aus Art. 1 des ersten Entwurfs gestrichen wurden, wie Wucher, Umschuldungen, Kombi- und Kettenkredite dem nationalen Gesetzgeber. Im Entwurf 2002 waren hierzu noch viele gute Vorschriften enthalten, die aber im Zuge der neo-liberalen Deregulierungseuphorie gestrichen wurden. ("Verantwortliche Kreditvergabe", "Beratung", "Kettenkredite" "Verbot der open end Kredite". "Einbeziehung aller Kosten von Produkten, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des DV verkauft wurden", Überziehung etc..)

(24) **(Wucherregelung nötig)** Eine solche Regelung ist aber auch notwendig, weil das Informationsrecht das Schutzrecht aushöhlen und unbrauchbar machen wird. Nach der aktuellen Rechtsprechung (OLG Oldenburg; Köln; Hamm 2008/2009; BGH) wenden immer mehr Gerichte das Preisangabenrecht auch auf den materiellen Schuldnerschutz an und machen ihn damit stumpf. Anders als in anderen Ländern der Euro-Zone hat Deutschland keine speziellen Schuldnerschutzvorschriften im Kredit entwickelt. Die Rechtsprechung behilft sich mit den Generalklauseln der guten Sitten (Wucher) und Treu und Glauben (Beratungsverschulden). Das hat 10 Jahre lang funktioniert. Seit 1998 gibt es prak-

tisch kein wirksames materielles Verbraucherschutzrecht mehr. Es ist daher dringend erforderlich, dass der Gesetzgeber den Gerichten deutlich macht, dass er angesichts der Kreditkrise nicht nur Verbraucherinformation sondern bindende Schutzregeln verlangt, die eine verantwortliche Kreditvergabe nicht nur nahe legen sondern auch erzwingen. Dies kann nur dadurch erfolgen, dass die bisher unkodifizierte Rechtsprechung hierzu gesetzlichen Niederschlag findet.

(25) (**Elemente eines gesetzlichen Kreditwucherverbotes**) Es sollte in die Reform in Anlehnung an den mehrfach im Bundestag von SPD, dem Land Hessen und dem Bundesrat eingebrachten Entwurf eines **§ 138 Abs.3 BGB** den Wucherzinssatz speziell definieren, sodass deutlich wird, dass die die gesetzliche Umgehung sanktionierende Definition in § 492 BGB, §6 PreisAngVO nicht auch noch die Wuchergrenzen zerstört. Diese Regelung sollte den Gedanken verwirklichen, dass es

- auf die tatsächliche **Belastungszumutung** beim Wucher ankommt,
- die **nicht** umdefiniert und **umgangen** werden kann,
- sich an den **aktuellen Problemen** orientiert
- und **effektive Grenzen** für Ausbeutung und Überschuldung aufzeigt.

Diese Grundsätze sind in der geltenden Rechtsprechung zu §138 Abs.1 BGB bereits enthalten und nicht neu, nur eben nicht effektiv, weil der 11. Senat im Gegensatz zum 3. Senat ohne Aufgabe dieser Grundsätze sie fälschlich für undurchführbar („kann nicht berechnet werden“) erklärt hat. So verlangt der BGH ein auffälliges Missverhältnis sowie sonstige belastende Bedingungen und vermutet den subjektiven Tatbestand.¹² Der BGH hat in seiner Rechtsprechung in den 80er Jahren die Tatsache der Umschuldung und des Kettenkredits bereits im Wucher berücksichtigt. Ebenfalls hat er bei Kombikrediten andere Maßstäbe angelegt und bei der Restschuldversicherungen die Berücksichtigung der Hälfte einer angemessenen Restschuldversicherungsprämie postuliert. Die Oberlandesgerichte werden zur Zeit selektiv von den Banken angerufen. Droht ihnen eine strikte Anwendung dieser Grundsätze, wie bei dem OLG Hamburg und Schleswig oder den Landgerichten Freiburg und Berlin, so wird ein Urteil verhindert. Demgegenüber wurden die Prozesse bei den OLGs in Hamm, Oldenburg, Köln und München jeweils bis zum verbraucherschädigenden Urteil durchgeführt. Es herrscht hier große Rechtsunsicherheit. Deshalb ist es notwendig in einem Paragrafen

- pauschal alle Kosten, die anlässlich des Kredites gezahlt werden müssen, bei der Berechnung des Wuchers einzubeziehen.
- die "sonstigen belastenden Bedingungen", die als "besonders drückend" anzusehen sind, beispielhaft aufzuzählen.

Dabei müssen die besonders gefährlichen und zu vielen Kreditausfällen führenden Konstruktionen wie „Sparen auf Kredit“ (Kapitallebensversicherungskredite, finanzierte Kapitalanlagen in Schrottimmobilen, Junkbonds oder Beteiligung zur angeblichen Altersvorsorge), die nur Schulden übrig lassen, erfasst werden. Auch das Finanzierungsleasing muss wie auch in der bisherigen Rechtsprechung dem Wucherverbot unterliegen.

¹² Im Einzelnen ausführlich Reifner BKR 2009, 142 ff

(26) Der Paragraf zum Kreditwucher hat folgenden Wortlaut:

E-§ 138 Abs.3 BGB (Kreditwucher) „¹Bei Geschäften i.S. der §§ 491-506 BGB wird vermutet, dass ein Unternehmer (Kreditgeber) sich in **sittenwidriger** Weise der Einsicht verschlossen hat, dass sich der Kreditnehmer auf die Bedingungen nur auf Grund seiner schwächeren Situation eingelassen hat, wenn ein auffälliges Missverhältnis vorliegt.

²Von einem solchen **Missverhältnis** ist auszugehen, wenn die effektive Belastung des Kreditnehmers, ausgedrückt in einem Jahreszinssatz, der auf der Grundlage aller anlässlich der Kreditvergabe erfolgten Zahlungsströme, mathematisch exakt berechnet wird, die von der Deutschen Bundesbank monatlich für die Kreditarten der §§ 498, 493, 492 Abs.1a S.2 und 507 BGB gesondert festgestellten doppelten, bei Immobiliarkrediten anderthalbfachen, Durchschnittszinssätze oder aber 24 % p. a. absolut überschreitet.

³Die **Berechnung** erfolgt nach den im Anhang zu § 6 sowie in § 6 Abs.5 Preisangabenverordnung angegebenen Bedingungen.

⁴Es sind **alle Zahlungen des Kreditnehmers** einzubeziehen, die ihn aus den bei Abschluss des Darlehens- oder Teilzahlungsvertrages im Zusammenhang mit der Kreditgewährung übernommenen Verpflichtungen belasten.

⁵Die Umleitung von **Tilgungsleistungen** in Anlageprodukte ist zu berücksichtigen.

⁶Bei **Umschuldungen** (§ 655c S.2 BGB) sind unabhängig von der Feststellung in jedem einzelnen Vertrag zusätzlich die Zahlungen aus allen Verträgen mit demselben Kreditgeber sowie diejenigen Verträge mit dem Vorkreditgeber einzubeziehen, deren Ablösung mit Wissen des neuen Kreditgebers erfolgt ist.“

Begründung**(27) (Der Entwurf fußt auf dem SPD- und Bundesratsentwurf von 1997)**

Der Paragraf nimmt den Gesetzentwurf des Bundesrates vom 11.03.1977, der auf **Initiative des SPD-geführten Landes Hessen (BRat Drucks 54/77)**, auf, der damit begründet wurde, dass

„in immer stärkerem Umfange Personen, die mit Kreditgeschäften wenig oder keine Erfahrung besitzen, Darlehen oder Stundungen vermittelt oder gewährt (werden), bei denen die Summe der Leistungen des Kreditnehmers unter Einschluss aller Nebenleistungen Zinssätze erreicht oder überschreitet, die als wucherisch anzusehen sind und daher von der Rechtsordnung missbilligt werden müssen.“

Der Gesetzesentwurf lautete:

In § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Nichtig ist ferner ein Rechtsgeschäft, durch das jemand sich oder einem Dritten für ein Darlehen oder dessen Vermittlung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Dem Darlehen stehen die Stundung einer Geldforderung und andere zweiseitige Rechtsgeschäfte gleich, die denselben wirtschaftlichen Zweck dienen.“

(28) (Der jetzige Entwurf spiegelt die geltende Rechtslage zum Kreditwucher)

Der Paragraf fasst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von Verbraucherkrediten aller Art zusammen, die das Doppelte des Üblichen, die Einbeziehung von Nebenleistungen, die Berücksichtigung von Umschuldungen sowie die Kombination mit Anlageprodukten in vielen Urteilen umfasst.

Die Rechtslage ist in dem beigelegten Aufsatz zur „Neuen Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten“ (BKR

2009, 142 ff) ausführlich dargelegt.

(29) (Die gesetzliche Regelung ist zur Überwindung der Kreditkrise dringend erforderlich.)

Die geltende Rechtslage nach der BGH Rechtsprechung ist praktisch außer Kraft gesetzt. Die Praxis hat in einem Ausmaß wucherische Konstruktionen hervorgebracht, die von den Gerichten nicht als solche erkannt werden, dass nunmehr immer mehr Verbraucher in Überschuldung geraten. Die Verdoppelung der Schulden ohne zusätzliche Kreditaufnahme in wenigen Jahren ist, wie der Aufsatz aufzeigt, heute keine Seltenheit mehr. Die Folge ist ein Ansteigen der notleidenden Kredite, die wiederum das in den Banken schlummernde Risikopotenzial entscheidend erhöhen. In den USA hat dies die Subprime Krise ausgelöst. In Deutschland dürfte die Schieflage der HypoReal Estate und ihre Kreditwürdigkeit in hohem Maße neben dem Depfa-Engagement darauf zurückzuführen sein, dass sie entsprechende Kredite der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank aus den 90er Jahren übernommen hatte und es ihr nicht gelang, diese Kredite in ihrem nur vorübergehenden Verkauf an Lone Star endgültig aus den Bilanzen entfernen zu können.

In dem bezeichneten Aufsatz wird anhand praktischer Beispiele von wucherischen Krediten aufgezeigt, dass diese Rechtsprechung durch ihre systemfremde Anlehnung an das Preisangabenrecht und das Informationsmodell im Verbraucherschutz ihre Wirkungen aufgegeben hat. In zunehmendem Maße beherrscht der Rechtsgrundsatz des Common Law auch das Zivilrecht, dass Wucher nur noch das ist, was Verbraucher nicht „freiwillig“ unterschrieben haben. Der Freiwilligkeitsgrundsatz, wie er den gesamten aktuellen Gesetzentwurf durchzieht und zu der Informationsflut und dem Fokus auf dem Widerrufsrecht geführt hat, pervertiert die Erfahrungen des Kreditrechts, wo angesichts der Tatsache, dass weit über 50 % der Kreditaufnahmen innerhalb bestehender Verschuldung und unter hohem faktischen Zwang zur Vorfinanzierung in einem kartellartig abgesprochenen Markt erfolgen.

Anhang I: ECRC Prinzipien verantwortlicher Kreditvergabe

- P1 Zugang zu verantwortlichem und sozial angepasstem Kredit muss Allen offen stehen.**
- Kredit ist eine lebensnotwendige Leistung für die Teilhabe in der Gesellschaft.
 - Banken dürfen nicht diskriminieren.
 - Verbrauchercredit und Existenzgründerkredite bedürfen der Aufsicht.
- P2: Kreditverträge müssen transparent sein und vom Nutzer verstanden werden.**
- Es darf im Wettbewerb nur einen Preis für die gesamte Nutzung geben.
 - Kreditnehmer brauchen einen standardisierten Zahlungsplan.
 - Verbraucher sollten ausreichend Zeit zur Entscheidungsfindung haben.
 - Freier Zugang zu unabhängiger Kredit- und Schuldnerberatung.
 - Finanzielle Allgemeinbildung bildet beide Seiten.
- P3: Kreditvergabe sollte über die gesamte Kreditlaufzeit fair, verantwortlich und vorsichtig erfolgen.**
- Kredite müssen für die Nutzer produktiv sein.
 - Verantwortliche Kreditvergabe erfordert Information, Beratung und Haftung.
 - Kein Kreditgeber sollte das Recht haben, die Schwäche, Not, Unerfahrenheit oder Arglosigkeit des Kreditgebers auszunutzen.
 - Vorzeitige Rückzahlung von Krediten muss zu jeder Zeit ohne strafähnliche Zusatzkosten möglich sein.
 - Umschuldungen und Zusatzkredite sollten zu keinem Schaden führen.
- P4: Die Anpassung von Kreditbeziehungen an veränderte Lebensumstände sollte Vorrang vor Kreditkündigung und Insolvenz haben.**
- Es besteht ein dringendes Bedürfnis nach einem Kündigungsschutzrecht bei Verbraucher Krediten.
 - Kosten im Falle der Zahlungsstörungen sollten adäquat sein und nur den wirklichen Schaden kompensieren.
- P5: Verbraucherschutzgesetzgebung muss effektiv sein.**
- Der Anwendungsbereich einer Richtlinie muss alle Verbraucher umfassen.
 - Jede gewerbliche Kreditvergabe muss unabhängig von ihrer Rechtsform erfasst sein.
 - Der gesamte Prozess der Kreditabwicklung, so wie er sich aus Nutzersicht darstellt, muss erfasst werden.
 - Regulierung sollte Anreize dafür geben, auf die sozialen und ökonomischen Wirkungen der Kreditvergabe zu achten.
- P6: Private Überschuldung sollte als öffentliches Problem angesehen werden.**
- Gewinnerorientierte Systeme bieten in der Regel keine angemessenen Lösungen, um Überschuldeten zu helfen.
 - Verbraucher sollten das Recht auf Entschuldung haben.
 - Verbraucherinsolvenzverfahren sollten zur Wiedereingliederung und nicht zur Bestrafung genutzt werden.
- P7: Kreditnehmer müssen angemessene Mittel haben, um ihre Rechte zu vertreten und ihre Probleme frei äußern zu können.**
- Es sollte angemessene individuelle wie kollektive rechtliche Verfahren geben, um Kreditnehmerrechte durchzusetzen.
 - Eine kritische Öffentlichkeit ist der Grundstock für die Entwicklung einer fairen und verantwortlichen Kreditvergabe.

Anhang II: Neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten? BKR 2009, 142 ff

Anhang III: Vorfälligkeitsentschädigung bei Hypothekenkrediten (2009) (uv Manuskript)

(pdf File nur für den internen Gebrauch)

Die neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten

Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten („Sozialwucher“) hat vor einem Vierteljahrhundert Deutschland in die Zivilrechtsnationen eingeordnet, die das Misstrauen gegenüber den sozialen Risiken von Kredit und Wucher in Zinsobergrenzen für die Ausübung marktwirtschaftlicher Vertragsfreiheit eingebettet haben. Die Rechtsprechung hat dazu ein flexibles System zur Kontrolle dafür geschaffen, dass Geldnot oder auch Geldnaivität ärmerer Kreditsuchender nur innerhalb äußerer Grenzen von Zumutbarkeit und Wettbewerb zur Gewinnmaximierung genutzt werden konnten. Die in diesem Aufsatz gezogene Bilanz¹ lässt vermuten, dass die von der Rechtsprechung gelassenen Lücken bei der Gewinnverlagerung vom Darlehensvertrag in die Restschuldversicherung und die Umschuldungen eine solche Bedeutung erlangt haben, dass sie neu diskutiert werden müssen. Der Aufsatz diskutiert das der Rechtsprechung zugrunde liegende Konzept und macht Vorschläge, wie die Probleme insbesondere in der mathematischen Umsetzung zu beheben sind.

I. Das „Doppelte vom Üblichen“

1. Preisregulierung und Sozialwucher

Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten hat nach Abschaffung der administrativen Zinsobergrenzen im Jahre 1963 mit Beginn der 1980ziger Jahre die unbegrenzte Zinsnahme für Kredite, die selber keinen unmittelbar messbaren Geldgewinn hervorbringen (Verbraucherkredite), in Grenzen gefasst. Während das englische System Zinssätze von bis zu 800% pA als Ausdruck individueller Vertragsfreiheit hinnimmt², orientieren sich Frankreich, die Schweiz, Belgien, die Niederlande, Italien, Polen und de facto auch die skandinavischen Staaten³ am Modell der geschützten „Grundbedürfnisse“⁴, bei denen administrative Preisobergrenzen sicherstellen, dass sich über den Marktmechanismus Not nicht in ungezügelten Preisen manifestiert. In Deutschland hat nicht der administrative Staat sondern die Rechtsprechung das Problem geregelt und das Jahrtausende alte Wucherprinzip⁵ an moderne Verhältnisse angepasst. Mit der Regel, dass das „Doppelte vom Üblichen“ die unwiderlegbare Vermutung einer sittenwidrigen Ausnutzung struktureller Marktschwäche der Verbraucher in sich trage⁶, wurde die Vertragsfreiheit im

¹ Vgl. dazu die Beiträge des Verfassers Reifner DB 1984, 2184; JZ 1984, 637; DRiZ 1985, 54; BB1985, 87

² Zum englischen System <http://edmi.parliament.uk/EDMi/EDMDetails.aspx?EDMID=29412>

³ Überblick über die europäische Situation in Reifner, U; Niemi-Kiesilainen, J.; Huls, N.; Springeneer, H. Study of the Legislation relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States - Contract Reference No. B5-1000/ 2003 (elektronisches Dokument <http://www.responsible-credit.net/media.php?t=media&f=file&id=1886>); für die USA vgl. "Protecting Consumers from Unreasonable Credit Rates Act of 2008" Senator Durbin Vorschlag, (<http://blogs.creditcards.com/Protecting%20Consumers%20from%20Unreasonable%20Credit%20Rates%20Act.pdf>); Wuchergrenzen betragen in Südkorea 50%. In Japan soll der doppelte Ansatz (15-20% und 29%) nach dem vorschlag der Finanzbehörde auf 15-20% vereinheitlicht werden. (FIS <38520>) Ecuador hat gerade Wuchergrenzen eingeführt und die Weltbankvertreter des Landes verwiesen. (FIS <39920>). Vergleich von Zinsobergrenzen in Deutschland, Frankreich, Südkorea, Japan, Kanada, Australien uner <http://www.responsible-credit.net/media.php?t=media&f=file&id=2222>. Weitere Informationen zu Wuchergrenzen und der aktuellen Diskussion unter <http://www.responsible-credit.net/index.php?id=2040>; Für Australien Australia's CCCL background paper: "High Cost Loans: A case for setting maximum interest rates?" (<http://www.responsible-credit.net/media.php?t=media&f=file&id=2173>).

⁴ Historisch eingeführt durch die französische Revolution mit Gesetz über maximale Preise (loi du maximum général) vom 4. Mai 1793 für lebensnotwendige Güter und für Mindestlöhne. "Goods and Services of First Necessity" wie Telefon, Wasser, Strom und Rundfunk werden zur Zeit in der EU-Mehrwertsteuerreform definiert

⁵ Vgl. dazu 2. Buch Moses, Kapitel 22 Vers. 24 "Wenn du Geld leihst einem aus meinem Volk, der arm ist bei dir, sollst du ihn nicht zu Schaden bringen und keinen Wucher an ihm treiben." Aristoteles, Hauptwerke, Stuttgart: Kröner, 1977 S. 300: "Wuchergewerbe, das aus guten Gründen verhasst ist, da es seinen Erwerb aus dem Gelde selbst zieht und nicht aus den Dingen, zu deren Vertrieb das Geld eingeführt wurde"

⁶ std. Rspr. BGH NJW NJW 1986, 2564; 1988, 1659; 1995, 1019; 1991, 834; Erman-Palm, BGB 12.A. 2008 §138

Verbraucherdarlehen in die international üblichen Grenzen⁷ als erträglich empfundenen Gewinnstrebens eingebettet. An die Stelle des Vorwurfs verwerflicher Ausbeutung einer dem Kreditgeber individuell bewussten Notlage oder Schwäche (§138 Abs.2 BGB)⁸ trat der Tatbestand des „Sozialwuchers“ in §138 Abs.1 BGB, bei dem die systematische Nutzung von Marktversagen bei Verbraucherkrediten, wie sie sich bei Teilzahlungsbanken in der Vorenthaltung der Marktzinssenkungen an Neukunden ab 1976⁹ gezeigt hatte, dem Vorwurf begegnete, es spreche eine unwiderlegbare Vermutung dafür, dass sich die Bank in vorwerfbarer Weise der Einsicht verschlossen habe, dass sich der Verbraucher nur auf Grund seiner Schwäche auf einen objektiv im Missverhältnis stehenden Darlehenspreis eingelassen habe.¹⁰

Diese Rechtsprechung repräsentiert eine spezifische Sichtweise von Marktwirtschaft, bei der nicht die Fairness der Kreditvergabe allein sondern auch der verantwortbare Erfolg zum rechtlichen Maßstab einer Transaktion gemacht wird. Anders als im englischen Recht, das im fair zustande gekommenen Wucherpreis die Bestätigung dafür sieht, dass die Vertragsfreiheit auch das Recht umfasst, wucherische Kredite aufzunehmen, gibt das deutsche Recht zumindest dem Verbraucher ex post die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass ein solcher Vertrag „nicht gewollt“ war und ihm keine Vertragsfreiheit zur Verfügung stand. Diese Abgrenzung sozialer von freier Marktwirtschaft im Sozialwucher wurde vom Bundesverfassungsgericht in seiner Bestätigung der Ratenkreditrechtsprechung¹¹ und später in der viel diskutierten Bürgschaftsentscheidung zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer solchen Rechtsprechung¹² zum Teil des Sozialstaatsprinzips erhoben.

Die grundsätzlichen Differenzen zwischen beiden Anschauungen bestehen allerdings fort. Die englische Financial Services Authority hat erst kürzlich¹³ in einer empirischen Studie zur ökonomischen Wirkung von Wuchergrenzen in Deutschland und Frankreich¹⁴ die Auffassung vertreten, der Markt könne seine Versorgungsfunktion mit Krediten gerade bei ärmeren und kreditunwürdigeren Schichten nur erfüllen, wenn den Anbietern die Freiheit gegeben werde, die Preise zu verlangen, die sie durchsetzen könnten bzw. die sie benötigten. Das, was David Caplovitz mit seinem Buchtitel „The poor pay more“, 1963 zum Ausdruck brachte, dass der Markt im Kredit sozial diskriminierend wirken kann, wird hier als hinzunehmende Schattenseite angesehen. Auch der wegen seines Engagements für die Armen mit dem Nobelpreis gewürdigte Mohammed Yunus sieht 30% pA Zinssatz für eine zeitliche Vorverlagerung von Kaufkraft als notwendig an, weil anders die Armen von Kredit abgeschnitten und die Arbeitskraft ungenutzt bliebe.¹⁵ Die europäische Union hat in der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG die Pflichten der Anbieter auf Verbraucherinformation und Entscheidungshilfe begrenzt und es den Mitgliedstaaten (vorerst

Rdn. 96 ff; Goedefroid, Verbraucherkreditverträge, 3. Aufl. 2008 Rdn. 335 ff; Derleder/Knops/Bamberger-Artz, Handbuch zum Deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 Rdn. 2 ff; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach, Bankrechtshandbuch, Bd. 1 3. Aufl. 2007 §82 Rdn. 11 ff; Bülow, Sittenwidriger Konsumentenkredit, 3. Aufl. 1997; Reifner, Handbuch des Kreditrechts, 1991 S. 113 ff

⁷ Die administrativen Wuchergrenzen in Frankreich (ähnlich Italien, Holland, Belgien) liegen um ein Drittel über den Durchschnittzinssätzen, die die französische Zentralbank feststellt (Art. L.313-3 Code de la Consommation). Die Höchstzinssätze liegen aktuell (2008) bei 9,86% pA für Ratenkredite und 20% für Überziehungskredite und Kleinkredite. (http://www.banque-france.fr/fr/poli_mone/taux/credit/usure.htm)

⁸ Zu den Formulierungen in den anderen Rechtsordnungen vgl. oben Reifner et al. (FN 3)

⁹ Der Schwerpunktzinssatz für Ratenkredite verminderte sich von 0,52% pM (entspr. 13% pA) im Januar 1975 auf 0,3% pM im Mai 1979 (8%), während die Teilzahlungsbanken gleichmäßig 18% und mehr verlangten. Der Zinssatz stieg anschließend Ende 1981 bis auf 17% pA. (Quelle: Monatsberichte der Deutschen Bundesbank)

¹⁰ BGH NJW 1987, 181 unter I.3.; stdg Rspr. Artz Rdn 23 (FN 6)

¹¹ BVerfG NJW 1984, 2345; Reifner/Siederer NJW 84, 2313; v. Hippel, Verbraucherschutz, S.219

¹² BVerfG WM 1996, 948 = NJW 1996, 2021; WM 1994, 1837 = NJW 1994, 2749; WM 1993, 2199 = NJW 1994, 36

¹³ Siehe Kritische Analyse der Studie bei Reifner, Comment on the DTI Study (<http://www.responsible-credit.net/media.php?t=media&f=file&id=1633>)

¹⁴ Der die USA betreffende Teil ist unbrauchbar, da dort praktisch Wuchergrenzen im dominierenden Bereich der Kreditkarten nicht mehr effektiv sind..

¹⁵ Siehe jetzt auch den kritischen Artikel „Bankiers der Armen“ Der Spiegel Nr.33/11.8.2008 S.54 ff

noch)¹⁶ freigestellt, ihren sozialen Verbraucherschutz und hier ausdrücklich die Wuchergrenzen beizubehalten.¹⁷

Der Entwurf eines Common Frame of Reference für ein europäisches Vertragsgesetzbuch spart bisher noch das Darlehensrecht aus und orientiert sich im Allgemeinen Teil am formal durchgesetzten Parteiwillen sowie den „reasonable expectations“.¹⁸ Die im deutschen und französischen Recht verankerten Verantwortungsprinzipien der guten Sitten (*bonnes moeurs*) oder des gesetzlichen Verbots bzw. des *ordre public* sind ins nationale Recht verwiesen, das Grundprinzipien und zivilrechtlich wirksame Verbote (II.-7:301-304) erlassen kann, die der Richter jedoch anders als in §138 BGB abmildern oder sanktionslos stellen darf. (II.-7:302)

2. Gerechter Preis oder Zumutbarkeitsgrenze für Diskriminierung?

Konsumkreditbanken¹⁹ sehen in einer staatsfreien Marktpreisbildung die Gewähr für eine optimale Kreditversorgung. Mit der Praxis einer risikoadjustierten Kreditpreisbildung im Einzelfall, bei dem der Kunde nach seinem Scorewert immer häufiger²⁰ den Preis des Kredits erst nach Antrag erfährt, wird die Theorie, dass jede Kundengruppe einen anderen und die ärmeren einen höheren Preis für die gleiche Kapitalnutzung zu zahlen haben, zur Erklärung von Wucher als risikoadjustiertem Preis. Damit kann zwar betriebswirtschaftlich eine Verbesserung des Kundenportfolios erreicht werden. Es erscheint aber unter dem Gesichtspunkt individueller Vorwerfbarkeit wenig „gerecht“, dass die 90% vertragstreuen ärmeren Kunden allein die Kosten der ihnen als Gruppe zugerechneten übrigen 10% Ärmern tragen, während die Reichen entlastet werden und das, obwohl zwischen Armut und Ratenverzug nur ein statistischer Zusammenhang nicht jedoch eine Kausalität besteht.²¹

Angesichts der weltweiten Kreditkrise, bei der die Überschuldung amerikanischer Verbraucher durch unregelte überteuerte Kredite („subprime crisis“) den Konkurs deutscher Landesbanken, die diese Risiken verbrieft erworben hatten, möglich machte, für die dann der Staat aufzukommen hatte, mehren sich jedoch auch im Bankensektor Stimmen, wonach der Staat auch präventiv Verantwortung dafür zu übernehmen hat, dass solche verkäuflichen Risiken gar nicht erst in diesem Ausmaß entstehen können.²²

Bei aller Ökonomisierung der Rechtsdiskussion²³, die sich im Entwurf für eine europäisches

¹⁶ Im Post FSAP Dokument der von der Kommission eingesetzten Banking Group (Expert Group on Banking, Financial Services Action Plan: Progress and Prospects, Mai 2004 Rdn. 48) heißt es: "Harmonisation should apply only to items deemed important for integration (e.g. information requirements, Annual Percentage Rate of Charge, early repayment, **removal of legal caps of usury**, access to databases, cross-border accounts, custodian services or cash pooling). (http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/stocktaking/report-bank_en.pdf) Kritisch dazu FinUse Committee, Financial Services, Consumers and Small Business - A User Perspective on the Reports on Banking, Asset Management, Securities and Insurance of the Post FSAP Stocktaking Groups, Financial User Committee der EU-Kommission 2006 <FIS 35623>

¹⁷ So Erwägungen Nr. 9 RiLi 2008/48/EG. Im Vorentwurf war der Wuchertatbestand noch ausdrücklich unter den Beispielen aufgeführt. Jetzt heißt es ohne Änderung, dass dort, wo keine Harmonisierung erfolgte, die Mitgliedstaaten frei bleiben.

¹⁸ Draft Common Frame of Reference (v.Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsgb) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2008 S.16 Introduction 30) Kritisch dazu Stürmer aaO S.89 ff

¹⁹ Dazu die Stellungnahmen von Cetelem, das auch den Europäischen Banken Round Table leitet: *Crédit et Exclusion* - Audience No 30 LaSer Cofinoga mit Übersetzung und Kritik <http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1976&viewid=37709>

²⁰ Einen Überblick über die Banken mit einheitlichem Preis wie die Sparkassen, ING-Diba und risikoadjustiertem Preis wie Citibank, RBS, Creditplus gibt Stiftung Warentest "Ratenkredit - Böses Spiel der Banken" 21.2.2006 (<http://www.test.de/themen/geldanlage-banken/test/-Ratenkredit/1345795/1345795/1349600/>)

²¹ Es ist ebenso unzulässig, die Bewohner eines Viertels, aus dem statistisch erwiesen viele Eigentumsdelikte verübt werden, in einem deliktsrechtlichen Prozess zur anteiligen Schadenstragung heranzuziehen, weil die Täter (noch) nicht bekannt sind. §840 BGB regelt daher nur die Rechtsfolge, ersetzt jedoch nicht die Prüfung der Einzelverantwortlichkeit. Erman-Hecker/Schiemann, BGB, 2008 §840 Rdn. 4

²² Zu den unterschiedlichen Reaktionen der Bankaufsichten in den USA und Europa vgl. Reifner BKR 2008, 142, 143 Fn 16

²³ Die Fragestellung ist verfehlt. Arme brauchen Kredit aber zu denselben Bedingungen wie die Reichen. Es ist

Vertragsgesetzbuch in dem Effizienzstreben als neuem Grundprinzip des Rechts niederschlägt,²⁴ bleibt die Funktionsteilung zwischen Recht und Wirtschaft erhalten. Die Frage, ob und inwieweit Wucher zulässig ist, ist am Maßstab der Gerechtigkeit und nicht der Effizienz zu messen. Erst danach kann unter mehreren rechtlichen Lösungen die wirtschaftlich effizientere den Vorzug erhalten. Zinssätze können daher die Grenze der rechtlich zulässigen Gerechtigkeit überschreiten, auch wenn ihre Regelung ineffizient erscheint.

Die Grundsätze über die Bestimmung der Wuchergrenze, wie sie in der einhellig gebilligten Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten niedergelegt ist, sind daher nach wie vor umzusetzen. Sie stehen allerdings unter der Einschränkung, dass es grundsätzlich dem Markt und nicht dem Gesetz überlassen ist, den „gerechten Preis“ auch im Verbraucherdarlehen zu bestimmen. Bei aller Kritik am risk adjusted pricing gibt es daher keine zivilrechtliche Möglichkeit, den Armen den Zugang zu Krediten gleicher Preisklasse wie den Reichen staatlich zu garantieren. Bei der Wuchergrenze geht es aber nicht um den Preis selber sondern um eine großzügig („beim Doppelten“)²⁵ bemessene *rechtliche* Preisobergrenze, innerhalb der sich der Preis nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage bilden kann. Der Wucherzinssatz bestimmt nur die Grenze der Zumutbarkeit, die die Zulassung marktmäßiger sozialer Diskriminierung im Interesse von Freiheit und Effizienz einer Marktwirtschaft den Ärmern aufbürdet. Niemand wird allerdings gezwungen, sich solche Rechte auch vor Gericht zu berufen.

3.Sondermarkt und risikoadjustierte Preisbildung

Schon zu Beginn der Rechtsprechung zu den sittenwidrigen Ratenkrediten war eingewandt worden, dass auch die Wuchergrenze durch Anpassung des Marktdurchschnittszinssatzes schichtenspezifisch zu fassen sei, weil Teilzahlungsbanken einen „Sondermarkt“ bedienen, auf dem höhere Preise notwendig und etabliert seien. Die Rechtsprechung hat damals einen Sondermarkt der Teilzahlungsbanken abgelehnt und damit eine für alle Verbraucher einheitliche Ratenkreditgrenze ihrem Wucherbegriff zugrunde gelegt.²⁶ Sie hat dies aber empirisch begründet, weil der BGH keinen Sondermarkt erkennen wollte, was angesichts der Vielzahl von Studien über Kredite für ärmere Schichten eher verwundert. Aber auch wenn ein Sondermarkt existiert, bleibt i.S. des §138 Abs.1 BGB im Lichte des Sozialstaatsprinzips die Frage, ob nicht die staatlich festgesetzte

zutreffend, dass die Arbeitskraft der meisten Menschen dieser Erde ohne Kapitaleinsatz brach liegen würde. Kapitaleinsatz ist für die meisten nur über Kredit oder Arbeit für andere erreichbar. Die Arbeitskraft Arbeitsloser und Armer hat jedoch häufig eine so geringe Produktivität, dass 30% pA Zinsen nicht aus dem Gewinn sondern aus der Substanz bezahlt werden müssen. Die Armen werden daher durch Kredit (auch) ärmer. Zudem kommen die großen Unterschiede in der Bezahlung von Mutterschaft oder Müllbeseitigung und Management nicht aus dem geringen Wert, der größeren Entbehrlichkeit oder gar der geringeren Mühe solcher Tätigkeiten für die Gesellschaft sondern aus ihrer leichteren Substituierbarkeit durch andere, was beim Management oder Schlagerstar nicht der Fall ist. Dass dadurch relativ seltene Fähigkeiten der Menschen höher bezahlt werden als relativ häufige ist zwar produktiv aber auch ungerecht. Kollektiv ist die Arbeit der Besserbezahlten nicht mehr Wert als die der durchschnittlich Verdienenden. Beide brauchen sich gegenseitig. Belastet man die Armen wegen der relativen Geringschätzung ökonomisch für die Armut, so werden sie in der Armutsspirale gefangen. Daher führen auch sozial gut gemeinte Hochpreiskredite im Microlending in der Regel nur zur Verdeckung von Arbeitslosigkeit nicht aber zu strukturellen Verbesserungen.

²⁴ v. Bar, Clive, Schulte-Nölke (Hrsgb) Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition München 2008, Introduction Rdn. 22 more ‘formal’ aims: Rationality, Legal Certainty, Predictability, Efficiency.

²⁵ Die Grenze bei 30% über dem Markt in Frankreich und bei aktuell 9% im Ratenkredit ist hier schon problematischer.

²⁶ BGH NJW 1981, 1206; NJW 1983, 1420; LG Bonn, Urteil vom 10.05.2007, AZ 3 O 396/05; ganz hM MuKo-Mayer-Maly/Armbrüster §138 Rdn. 119; Artz aaO §26 Rdn. 13; Bülow, Sittenwidriger Konsumentenkredit, Rdn. 22 ff

Zinsobergrenze frei von sozialer Differenzierung sein müsste. Im Arbeits²⁷- und Wohnraummietrecht²⁸ wird der allgemeine Vergleichsmaßstab beim Wucher unter ausdrücklicher Ablehnung von Sondermärkten auch in dieser Weise begründet. Die administrativen Preisobergrenzen in Frankreich, den Benelux-Staaten, der Schweiz und Polen kennen ebenfalls keine sozialen Differenzierungen nach Kreditwürdigkeit. Sie lassen wie in Deutschland nur produktspezifische (Konsumkredit, Überziehungskredit, Hypothekenkredit) Unterschiede im Referenzzinssatz oder in der Höhe der Überschreitung zu. Daher dürfte sich die Ablehnung sozial oder riskospezifischer Wuchergrenzen in Deutschland aus dem verfassungsrechtlichen Auftrag ableiten, wonach der Mangel an Vermögen eher Grund für mehr als für weniger Rücksichtnahme der Gerichte impliziert, wie es das Bundesverfassungsgericht und ihm folgend der BGH bei der sittenwidrigen Überforderung von Bürgen auch gesehen hat.

Danach ist ein ratenweise rückzahlbares Teilzahlungsdarlehen i.S. des §498 BGB dann sittenwidrig, wenn seine im Effektivzinssatz zum Ausdruck gekommene zusätzliche Gesamtbelastung das Doppelte vom *allgemein Üblichen* erreicht.

4. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Die Notwendigkeit „zusätzlicher belastende Bedingungen“ in Form etwa rechtswidriger AGB besteht heute nicht mehr. Sie war historisch dem Umstand geschuldet, dass sich Teile der Gesamtbelastung wie etwa ein überhöhter Verzugszinssatz oder zusätzliche Gebühren im Kleingedruckten oder in der Umschuldung versteckten und im Effektivzinssatz nicht zum Ausdruck kamen. Die Rechtsprechung hat daher bei solchen Konstruktionen auch eine Überschreitung von weniger als 100% ausreichen lassen. Nachdem Verzugszins und Kleingedrucktes weitgehend separat durch AGB-Recht und Kündigungsschutzregeln geordnet wurden, gilt daher die 100% Grenze in der Regel ohne Abschlag aber auch umgekehrt ohne zusätzliche Erfordernisse belastender Bedingungen, die bei solchen Preisen zu unterstellen sind.

Nachdem der Wucherzinssatz selber mit dem doppelten des Üblichen am durchschnittlichen Ratenkreditzinssatz gemessen quasi administrativ durch die Statistiken der Deutschen Bundesbank und nunmehr der EZB²⁹ vorgegeben werden, hat sich die Diskussion über Marktfreiheit und Wucher auf die Frage verlagert, welche Art von Verbraucherdarlehen überhaupt mit dem Ratenkredit vergleichbar seien und welcher Zinssatz die zum Vergleich taugliche Gesamtbelastung zum Ausdruck bringt. Dabei hängt in subjektiver Hinsicht das wucherische Ergebnis nicht von Bildungsstand und Fairness des Verfahrens ab.³⁰ Auch Veränderungen des Produktes führen nicht zur Unanwendbarkeit, wenn das gleiche Ergebnis auf andere Weise erreicht wird. Dazu gehört etwa die Nutzung des Finanzierungsleasings³¹ oder die Aufteilung des Vertragsabschlusses auf Bank und Vermittler.³² Bei der Verlagerung des Servicing auf ein Inkassounternehmen bleibt die Überwälzung der Gebühren begrenzt.³³ Einbezogen wurden ferner die auf Girokonto oder Mitgliedsschaften verlagerten Kosten, die nicht unter §6 Abs.3 Ziff. 3 und 4 PreisAngVO fallen.

²⁷ Das ist bei wucherischen Löhnen im Arbeitsrecht anerkannt: BAG 5 AZR 151/88v. 22.03.1989, BAG AP Nr.30 zu § 138 BGB; LAG Berlin NZA RR 98, 392). Das Arbeitsgericht Bremen, (Urt. v. 30.08.2000 5 Ca 5152,5198/00) bezieht sich hier ausdrücklich auf die Ablehnung der Sondermarkttheorie im Ratenkredit. Dasselbe gilt auch beim strafrechtlichen Wucher (BGH DB 97,1670). Dabei gilt im Arbeits- und Mietrecht nicht die 100% Grenze sondern eine 30% Grenze (LAG Düsseldorf DB 1978,185; BGH DB 1997,1670)

²⁸ BGH NJW 2005, 2156

²⁹ str. dafür Reifner VuR 2005, 370, 373; LG Bonn Urt. v. 10.5.2007 - 3 O 396/05; für eine Simulation des entfallenen Durchschnittszinssatzes für den deutschen Markt allerdings relativ willkürlich durch Abzug von 3% Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach §82 Rdn 24. Wenn der Wucherzinssatz marktbezogen definiert wird, ist es konsequent auch Deutschland nicht mehr als Sondermarkt mit überhöhten Zinssätzen zu akzeptieren.

³⁰ BGH NJW 1987, 183; 1991, 834; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach §82 Rdn 60

³¹ BGH NJW 1995, 1146; WM 1995, 490 = NJW 1995, 1019; OLG Hamm NJW-RR 1994, 1467; OLG Ffm NJW-RR 1993, 1133

³² BGH NJW 1991, 1810; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach §82 Rdn 18; Derleder/Knops/Bamberger-Artz aaO Rdn 9

³³ Zur Begrenzung der Inkassokosten OLG Dresden DGVZ 1994, 167; LG Hamburg NJW-RR 2001, 1266

Die durch Umleitung der Tilgungsbeiträge auf ein Ansparprodukt wie Kapitallebensversicherung, Bausparvertrag oder Investmentfonds verlagerten Kosten, wodurch ein höher verzinslicher Kreditbetrag durch einen niedriger verzinslichen Anlagebetrag aufrecht erhalten bleibt, zählen nach der Rechtsprechung zum Gesamtbetrag und damit implizit zu den anzugebende Gesamtkosten.³⁴ Bei der Methodik ist eine finanzmathematisch korrekte Zinsberechnungsart zu wählen.³⁵

Aus der zitierten Rechtsprechung kann man daher den Grundsatz entnehmen, dass der mit dem Wucherzinssatz zu vergleichende Vertragszinssatz der finanzmathematisch nach der Wachstumsfunktion korrekt berechnete Effektivzinssatz ist, der sich aus den Auszahlungen der Bank im Verhältnis aller Zahlungen des Kunden ergeben, die dieser insgesamt veranlasst durch das aufgenommene Darlehen für dessen Gewährung aufwenden muss. Dabei kommt es nicht darauf an, auf wie viele Verträge die Kreditfunktion aufgeteilt ist, ob der Darlehensvertrag mit einem Vermittlervertrag, einem Sparvertrag, einem Kontoführungsvertrag, einem Inkasso Verhältnis oder mit weiteren Darlehensverträgen, die ihn fortsetzen oder ergänzen, zu einem Geschäft verbunden ist. Im Zweifel sind alle Zahlungen aus allen verbundenen Verträgen in einem einheitlichen Zinssatz auszudrücken, der die „Gleichheit der Gegenwartswerte“ herbeiführt, was einfacher ausgedrückt bedeutet, dass zu den Zahlungen des Kreditgebers an den Kunden nach einem einheitlichen Zinssatz berechnet so viele Zinsen hinzugefügt werden, dass sie zusammen mit den Zahlungen des Kreditgebers der Summe der Zahlungen des Darlehensnehmers entsprechen.

Die Wuchergrenze ist im Interesse des Rechtsfriedens als äußerste Toleranzgrenzen sozialer Diskriminierung so, wie die Rechtsprechung sie definiert hat, hinzunehmen, bis der Gesetzgeber sie im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen präzisiert.³⁶

5. Die neue Sittenwidrigkeit: Restschuldversicherung und Umschuldung

Die Rechtsprechung hat bei der Anwendung dieser Grundsätze in zwei Fragen aber keine Klarheit herstellen können: der Frage der Behandlung der mit dem Kredit verbundenen Restschuldversicherungen sowie der Frage der sukzessiven Umschuldung von Krediten.

Würde nämlich die im voraus finanzierte überhöhte Restschuldversicherungsprämie in die Berechnung des im Rahmen des §138 Abs.1 BGB erforderlichen Marktvergleichs einbezogen, so erhöhte sich der Effektivzinssatz insbesondere bei besonders günstig ausgewiesenen Ratenkrediten teilweise auf das Doppelte, im übrigen um ca. 3 bis 10% pA. und würde damit teilweise das Doppelte des Üblichen erreichen.³⁷ Werden solche Darlehen noch mehrfach innerhalb kurzer Zeit umgeschuldet („Kettenkredite“), eine Praxis die die Gerichte immer wieder beschäftigt hat³⁸,

³⁴ Einbeziehung der verlagerten Kosten in die Gesamtkosten BGH WM 2008, 681 Rdn 14; BGHZ 149, 302, 307 f.; 159, 270, 277; BGHZ 167, 239, 243 f., Tz. 13; BGHZ 167, 252, 262, Tz. 25; WM 2004, 2306, 2307; 2436; NJW 1990, 1845; 1988, 1318, 1319; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach §82 Rdn 82; allerdings zieht der BGH (Urt. v. 20. 11. 2007 XI ZR 259/06; Urt. v. 18.01.2005, AZ XI ZR 17/04) daraus nicht den Schluss, dass ein einheitlicher Zinssatz anzugeben ist. Da er diesen Effektivzinssatz aber bei der Wucherprüfung zugrunde legt ergibt sich das Paradox, dass die anerkannten Gesamtkosten bei der Wucherprüfung nicht berücksichtigt werden. Die Argumente zur mathematischen Unmöglichkeit und zum Unwissen sind schwer nachvollziehbar. Vgl. den Kommentar Reifner <FIS 40758>

³⁵ BGH NJW 1991, 832, 834; 1988, 1661; 1987, 2220, 2221; ganz hM Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach §82 Rdn 26; Ebenso Anhang II RiLi 2008/48/EG zur Effektivzinzberechnung

³⁶ Hierzu gab es den Entwurf der SPD über das Land Hessen zu §138 BGB BR Druck 586/73 v. 30.11.1973, der zwei mal wieder eingebracht wurde mit BR Drucks. 54/77 und 201/83, der den Tatbestand verobjektivierte.

³⁷ Nachweise im einzelnen bei Reifner WM 2008, 2329; Office of Fair Trading, Payment protection insurance market study: emerging issues August 2006 (<http://www.responsible-credit.net/media.php?t=media&f=file&id=2223>)

³⁸ Vgl. in zeitlicher Reihenfolge die Kettenkredite in OLG Celle NJW 1995, 3258; OLG Köln NJW-RR 1991, 1456; OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1988, AZ 11 W 36/88; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.07.1988, AZ 24 U 73/88; OLG Schleswig, Urteil vom 26.05.1988, AZ 2 U 21/81; OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 107; 13 LG München I, Urteil vom 07.04.1988, AZ 6 O 1281/86; OLG Hamm, Urteil vom 09.03.1988, AZ 11 W 30/87; BGH NJW-RR 1988, 363 = ZIP 1988, 226; NJW 1988, 696 = BB 1987, 2262; OLG Celle, Urteil vom 01.07.1987, AZ 3 U 237/86; LG Mönchengladbach VuR 1987, 256; LG Bochum VuR 1987, 317; LG Hannover, Urteil vom 16.02.1994, AZ 7 O 170/93; OLG Hamm NJW-RR 1988, 55-57; BGH NJW-RR 1987, 679; ZIP 1987, 357 = NJW 1987, 944 = JR 1987,

verfallen zusätzlich zu Verlusten bei Zinsrückrechnung und Bearbeitungsgebühr und durch erhöhtes Zinsniveau bei jeder Ablösung eines Altkredites noch die hohen Restschuldversicherungsprovisionen und verbleiben, im Effektivzins unsichtbar, bei der Bank. Dadurch ergeben sich bei einer einfachen Barwertberechnung aller Ein- und Auszahlungen auf alle Kredite Zinssätze von bis zu 30% pA effektiv, auch wenn die Effektivzinssätze der Einzelkredite ohne Restschuldversicherung bei 14-16% pA oder incl. Restschuldversicherung um 21% pA lagen. Damit sind im Verhältnis zum aktuellen Referenzzinssatz von 6,91% pA (Euroraum) bzw. 5,52% pA (Deutschland)³⁹ erheblich gravierendere Überschreitungen vorhanden, als wie dies durch die Beibehaltung eines Zinsniveaus von 16-18% pA Ende der 1970ziger Jahre im Verhältnis zum abgesunkenen Marktzinsniveau von damals 8% pA in Erscheinung trat.⁴⁰ Die bereits Tod gesagten⁴¹ sittenwidrigen Ratenkredite könnten somit lediglich rechtlich unerfasst fort existieren.

Zu fragen ist daher, warum die Rechtsprechung dies nicht mathematisch umsetzt, da auch die Lehre diese in der Presse kritisierten⁴² Ergebnisse hinnimmt. Dabei sollte nicht übersehen werden, dass das Problem selber heute nicht mehr auf die moralische Ablehnung stößt, wie sie traditionell beim Kreditwucher herrschte.⁴³ Hat sich nämlich das Vorverständnis des Verbraucher- und Schuldnerschutzes hinter §138 BGB verschoben, so werden "Lösungen" eher als neue Probleme erfasst werden. So könnte die Nicht-Berücksichtigung der Restschuldversicherungsprämie sich heute nicht wegen der geltend gemachten rechnerischen Schwierigkeiten sondern daraus erklären, dass sie dem modernen Informationsmodell im Verbraucherschutzmodell in der Rechtsprechung nicht mehr entsprechen würde.

II. Restschuldversicherungsprovisionen

Für die Einordnung der Restschuldversicherungsprämie spielen dabei die historischen Ansätze zur Sittenwidrigkeit eine entscheidende Rolle. Das OLG Stuttgart⁴⁴ hatte mit der *laesio enormis* und dem Rechtsgedanken des §311b Abs.2 BGB den Grund der Sittenwidrigkeit in der „wissentlichen Überschuldung“ eines Verbrauchers gesehen. Der BGH⁴⁵ legte dagegen die Marktwidrigkeit der Kreditvergabe zu Grunde, bei der es einer Bank unter Ausnutzung von Informationsdefiziten und Unerfahrenheit gelingt, systematisch den doppelten Zinsertrags im Ratenkredit zu erzielen. Da die BGH-Rechtsprechung inzwischen einhellige Zustimmung erfahren dagegen die Rechtsprechung des OLG Stuttgart isoliert dasteht, wäre die (Nicht-)Berücksichtigung der Restschuldversicherungsprämie nach dem Freiwilligkeits- und Fairness-Ansatz zu begründen,⁴⁶ der dem §492 BGB zugrunde liegt.

500; OLG Celle, Urteil vom 01.10.1986, AZ 3 U 14/86; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 108; OLG Hamm, Urteil vom 11.04.1986, AZ 11 U 254/85; OLG Celle VuR 1988, 320; OLG Celle VuR 1987, 16; OLG Hamburg VuR 1986, 28; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.04.1992, AZ 24 U 99/91; OLG Köln, NJW-RR 1991, 1456; BGH ZIP 1990, 501=FLF 1991, 65 = NJW 1990, 1597; LG Siegen, Urteil vom 30.11.1989, AZ 5 O 360/87; OLG Koblenz WM 1990, 1911 = BB 1990, 2070; OLG Celle, VuR 1989, 76; LG Düsseldorf, Urteil vom 13.12.1988, AZ 22 T 47/88

³⁹ EZB Statistik nach Deutscher Bundesbank http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_eszb_indikatoransicht.php?liste=www_interest_rates_12

⁴⁰ Siehe oben FN 9

⁴¹ Erman-Palm, BGB, 12. Aufl. 2008 §138 Rdn. 96; ähnlich Derleder/Knops/Bamberger-Artz, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 Rdn 4

⁴² Einen Überblick der Probleme geben Reifner Bank und Markt 2006, 28; Knobloch VuR 2008, 91 ff; Knops VersR 2006, 1455 ff; Metz BKR 2007, 401 ff

⁴³ Stürmer, Markt und Wettbewerb über alles? München: Beck 2007

⁴⁴ OLG Stuttgart NJW 1979, 2409; NJW-RR 1992, 179 = WM 1992, 864; besonders deutlich in OLG Stuttgart NJW 1988, 833

⁴⁵ BGH NJW 1981, 1206 (Revisionsentscheidung zu dem Urteil des OLG Stuttgart NJW 1979, 2409)

⁴⁶ So die hM BGH NJW 1990, 1048; 2807; 1989, 3217; Erman-Palm §138 96. Nach Metz BKR 2007, 401, 402 hat eine Berücksichtigung der Prämie bei den Kosten des sittenwidrigen Kredits in der Rechtsprechung keine Chance. Er gibt einem Anspruch aus Aufklärungsverschulden wegen Verschweigens produktspezifischer Nachteile oder Interessenkollision mehr Aussicht auf Erfolg. (aaO S.403) Die Rechtsprechung zum Kapitallebensversicherungskredit hat dies aber widerlegt, weil zwar im Grundsatz Aufklärungsbedarf bejaht wurde, im Einzelfall dies aber praktisch nie zu Sanktionen führte. (BGH NJW 2005, 985; Knops AcP 206, 867; Derleder/Knops/Bamberger-Reifner, Handbuch aaO §11 Rdn 163 ff; ders ZBB 1999, 349 ff; ZIP 1988, 817 ff;

1. Einbeziehung der RSV-Prämie nach dem Marktwidrigkeits- und dem Überschuldungsansatz

Im Sinne der Marktwidrigkeit überschneidet sich dann die Definition des §§492 Abs.2 BGB, 6 PreisAngVO mit der Definition des Wucherzinssatzes in §138 Abs.1 BGB.⁴⁷ Vergleichbar sind danach allein die Darlehen ohne Restschuldversicherung, es sei denn, der logisch an sich unmögliche Fall⁴⁸ sei eingetreten, dass der Kreditgeber den Kreditnehmer rechtlich zum Abschluss gezwungen habe und damit ihm nur ein versichertes Darlehen verkaufte. Ginge es dagegen allein um Überschuldungsprävention, so wären dagegen alle Belastungen zu berücksichtigen, die der Kreditgeber dem von Überschuldung gefährdeten Kreditnehmer zumutet.

a) Marktwidrigkeit (Fairness) als Wucher

Bei der Marktwidrigkeit ergibt sich die Sittenwidrigkeit aus der Ausnutzung mangelnder Vertragsfreiheit. Nicht das Ergebnis, die Überschuldung, ist das Problem, sondern der durch Verschleierung und Koppelung der Leistungen am Wettbewerb vorbei erreichte ungerechtfertigte Vorteil gegenüber Kunde und Konkurrenten.

Der Bundesgerichtshof hat sich trotz seines expliziten marktorientierten Ansatzes bei der Restschuldversicherung nicht eindeutig entschieden.⁴⁹ Er verlangt zum einen auf der Grundlage seines Marktwidrigkeitsansatzes, dass die Entscheidung des Verbrauchers, zusätzlich eine Restschuldversicherung abzuschließen, nicht zu 100% als zusätzliche Belastung im Sinne des Wuchers anzusehen ist. Ratenkredite mit und ohne Restschuldversicherungen seien nicht miteinander vergleichbar. Man müsse daher dem sittenwidrigen Ratenkredit mit Restschuldversicherung einen entsprechenden durchschnittlichen Ratenkredit mit Restschuldversicherung gegenüberstellen.

Damit folgt er im Grundsatz zunächst dem anglo-amerikanischen (eher protestantischen) Fairness-Prinzip und wendet in Konsequenz zu seiner ursprünglichen Ablehnung der *laesio enormis* das kontinentaleuropäische (eher katholische) Verantwortlichkeitsprinzip nicht an.⁵⁰ Ein unerträgliches Ergebnis kann nach der Fairness-Doktrin gerechtfertigt sein, weil es *fair* zustande kam, gleichwohl kann die Erreichung dieses Ergebnisses aber *unverantwortlich* sein. Auf europäischer Ebene hat die Diskussion um die Konsumentenkreditrichtlinie die Ambivalenz deutlich gemacht. Die ausdrückliche Verankerung des Prinzips verantwortlicher Kreditvergabe in Art. 9 des ersten Entwurfs 2002⁵¹ ebenso wie noch in Art. 5 Abs.1 des zweiten Entwurfs 2004/2005⁵² schien dem im französischsprachigen Raum geprägten Verantwortlichkeitsprinzip, das in Frankreich⁵³, der Schweiz und Belgien mit dem Verbot einer die Überschuldung fördernden Kreditvergabe Grundlage ist⁵⁴, zunächst den Vorrang einzuräumen.⁵⁵ Tatsächlich aber reduzierte bereits der zweite

⁴⁷ So dann auch Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach Bankrechts- Handbuch 3. Aufl. 2007 §82 Rdn 20; Erman-Palm BGB 12. Aufl. 2008 §138 Rdn 96; OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2007, AZ 1-31 W 38/07 unter 2 a) <FIS 40829>

⁴⁸ Dazu ausführlich Reifner WM 2008, 2329

⁴⁹ BGH NJW 1981, 1206 ff; 1980, 2301, 2076, 2074;

⁵⁰ Ausführlich Reifner, Verantwortungsvolle Kreditvergabe im europäischen Recht, in: Luc Thévenoz et Norbert Reich, Droit de la consommation Konsumentenrecht Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder Nomos Baden-Baden, Schulthess§ 2006 383 ff

⁵¹ „Schließt ein Kreditgeber einen Kredit- oder Sicherungsvertrag ab oder erhöht er den Gesamtkreditbetrag oder den garantierten Betrag, so wird angenommen, dass er zuvor unter Ausnutzung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Verbraucher und gegebenenfalls der Garant vernünftigerweise in der Lage sein werden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.“

⁵² „Der Kreditgeber und gegebenenfalls der Kreditvermittler bekennen sich zum Grundsatz der verantwortlichen Kreditvergabe. Deshalb erfüllen der Kreditgeber und ggf. der Kreditvermittler ihre Verpflichtungen zur vorvertraglichen Unterrichtung und der Kreditgeber seine Verpflichtung zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers auf der Grundlage der von diesem erteilten genauen Informationen und gegebenenfalls anhand von Auskünften aus der in Frage kommenden Datenbank.“

⁵³ Mitterand's Forderung nach der Responsabilisation de l'économie liegt auch den Gesetzen vom 10.1.1978 und vom 13.7.1979 über das Recht der Richter zur Vertragskorrektur bei Überschuldung zugrunde.

⁵⁴ Dazu ausführlich Reifner aaO (FN 36)

⁵⁵ Zur Kritik daran vgl. Frank, W. Bessere Kreditkonditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung? ZBB 2003,

(Gegen-)Entwurf 2004 die Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen des Fairness-Prinzips auf einen Zwang zur Auswertung der über die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers vorhandenen verfügbaren Informationen.⁵⁶ Die Kreditvergabe selber und der dabei auferlegte Zinssatz sollten bei der Verantwortlichkeit keine Rolle spielen. In deutlicher Ablehnung der „Sieben Prinzipien verantwortlicher Kreditvergabe“⁵⁷ der Europäischen Koalition für Verantwortung im Kredit wurde das Prinzip dann ganz aus der Richtlinie entfernt und durch die Pflicht in Artikel 8 RiLi 2008/48/EG „zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers“ durch Datenabfrage ersetzt. Das Europarecht bekennt sich damit zum Fairness-Prinzip der Marktwidrigkeit und kennt keine Verantwortlichkeit der Anbieter für die erzielten sozialen Ergebnisse. Da die Richtlinie (Ziff. 9 der Erwägungsgründe) den Bereich des materiellen Schuldnerschutzes allgemein und in den Vorentwürfen noch ausdrücklich in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten verweist, bleibt der Wuchertatbestand allerdings weiterhin in der nationalen Kompetenz und kann daher auch nicht mit Hinweis auf das EU-Recht durch das Preisangaberecht ausgefüllt werden.⁵⁸

b)Überschuldung als Wucher

Der Überschuldungsansatz wird auch im nationalen Recht theoretisch ganz überwiegend abgelehnt.⁵⁹ Die herrschende Meinung gibt damit jedoch ihre eigene Praxis nicht vollständig wieder. So weicht die nach wie vor gültige Zuordnung der anderen Hälfte der Restschuldversicherungsprämie beim Bereicherungsausgleich zum Vermögen der Bank deutlich von den Gedanken der Marktwidrigkeit ab und wendet eine objektive Belastungszuordnung an. Die Bank sichere sich objektiv gegen Kreditausfälle ab.⁶⁰

Danach müsste, und dies hat die Rechtsprechung nie in Abrede gestellt, lediglich mathematisch nicht umsetzen können, diese Verteilung auch im Effektivzinssatz nach §138 Abs.1 BGB zum Ausdruck kommen, der sich damit vom informationspolitischen Effektivzinssatz des §492 Abs.2 BGB deutlich unterscheiden müsste. Eine Analyse der übrigen Elemente der Sittenwidrigkeitsprüfung weist diese Ambivalenz auch als durchgängigen Doppelansatz auf.

So hat der BGH von Anfang an die Marktwidrigkeit⁶¹ nicht aus dem Prozess der Kreditvergabe sondern aus dem sittenwidrigen Ergebnis abgeleitet. Der Gegenbeweis, dass ein überhöhter Preis marktgerecht zustande gekommen sei, ist anders als im englischen Recht den Anbietern in

334-342; Riesenhuber, K. Information – Beratung – Fürsorge, ZBB 2003, 325 – 334; Rohe, M. Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? BKR 2003, 267 – 273; Danco, A. Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie, WM 2003, 853, 856 f

⁵⁶ Eine Prüfung der Vermögensverhältnisse des Bankkunden verlangen schon 31 Abs.2 Ziff. 1 WpHG; Art. 28 und 29 des Niederländischen Konsumentenkreditgesetzes;

⁵⁷ Abgedruckt in bank und markt 6-2008, S. 14 "Prinzipien zum verantwortlichen Kredit"; Association d'Économie Financière (ed) Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, Paris 2008, pp 258-259 "Sept Principes pour le prêt responsable"; Twigg-Flessner, Chr./Parry, D./Howells, G./Nordhausen, A. The Yearbook of consumer Law 2008, Aldershot: Ashgate 2007 pp 419 ff "European Coalition for Responsible Credit – Principles of Responsible Credit". Reifner „Responsible Credit“ in Diritti e Mercato 2/2006, 7-26. Vollständiger Text mit Erläuterung mehreren Sprachen unter www.verantwortliche-kreditvergabe.nett/index.php?id=1976&viewid=41357

⁵⁸ Er wird dort in die "Principles recognised as fundamental in the laws of the Member States" II.-7:301 verwiesen. (v.Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsgb) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2008 S. 134

⁵⁹ BGH NJW 1989, 1666; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 578; OLG Celle NJW-RR 1989, 1135; OLG Hamm WM 1988, 1266; OLG Stuttgart WM 2003, 343 ff; OLG Frankfurt/Main WM 1998, 337,339; OLG Köln WM 1994, 197, 201; OLG Hamm BB 1992, 2177; Gaßner NJW 1988, 1131; Palandt-Heinrichs BGB §138 Rdn 36; aA Schimansky/Bunte/Lwowsky-Gundlach Bankrechts- Handbuch 3. Aufl. 2007 §82 Rdn. 91 ff; Derleder/Knops/Bamberger-Artz Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 Rdn. 38; LG Hanau, Urteil vom 01.09.1988, AZ 7 O 779/88 <FIS 21196>; LG Lübeck NJW 1987, 959 ff.; OLG Bamberg, NJW-RR 1984, 1334, 1335; LG Münster NJW 1990, 1669; OLG Stuttgart NJW 1979, 2409; NJW-RR 1992, 179 = WM 1992, 864; besonders deutlich in OLG Stuttgart NJW 1988, 833

⁶⁰ BGH NJW-RR 1987, 679. BGH NJW 1988, 1661 hält daran für die Abwicklung fest.

⁶¹ Anders die englische (extortionate credit) Rechtsprechung (unconscionability), wo Wucher immer noch das subjektiv bössartige Ausnutzen der Notlage i.S. des §138 Abs.2 BGB bedeutet und es daher keine Wucherkontrolle für Zinssätze über 800% pA gibt. (Vgl. zu den USA Countryman, Improvident Credit Extension: A New Legal Concept Aborning?, 27 ME. L. REV. 1 (1975))

Deutschland verwehrt. Ein Sondermarkt wurde abgelehnt⁶², obwohl die Teilzahlungsbanken zu Recht darauf verwiesen, dass ihre Klientel aufwändiger zu bedienen seien, bei gleichem Aufwand geringere Summen pro Person umgesetzt würden und insgesamt risikoreicher seien.⁶³ Mit dem Risiko adjustierten Preissystem wird heute in der Betriebswirtschaftslehre behauptet, es sei nach Verabschiedung von Basel II mit seiner Forderung risikogerechter Preisgestaltung geradezu eine Verpflichtung der Banken, ärmeren Kundenschichten höhere Preise abzuverlangen. Wenn Rechtsprechung und Lehre gleichwohl an der unwiderlegbaren Vermutung des Wuchers bei dem Doppelten des Üblichen festhalten, so kann dies eigentlich nur mit dem Überschuldungsansatz gerechtfertigt werden, bei dem es nicht darauf ankommt, warum und wie ein Kreditnehmer bewuchert wurde sondern nur, dass der Wuchereffekt bei Verbrauchern eintrat, die erheblich mehr zahlen mussten als durchschnittliche Verbraucher. Daran hat sich im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung beim Darlehen nichts geändert.⁶⁴

Die These vom Doppelten des Üblichen wurde im übrigen für Hochzinsphasen durch eine absolute Grenze von 12% pA über dem Durchschnitt ergänzt⁶⁵, weil 12% mehr auch in den Augen des BGH unabhängig von der Frage des im Verhältnis zum Markt relativ fairen Zustandekommens *zu viel* ist. Der BGH führt darin die niemals explizit aufgegebenen älteren Wucherrechtsprechung fort, die mit absoluten Grenzen wie z.B. 30% pA operiert hatte.

Dieser Ansatz ist über die Bürgschaftsfrage auch in die Beurteilung des Verbraucherdarlehns eingeflossen⁶⁶, da dessen Grundsätze auch bei gesamtschuldnerischer sittenwidrigen Mithaftung von Familienangehörigen, also im Darlehensvertrag selber, angewandt werden.⁶⁷ Bei familiären Banden wird eine unwiderlegliche Vermutung zugrunde gelegt, dass die familiäre oder anderweitige persönliche Abhängigkeit zur Ausnutzung einer marktwidrigen Zwangslage einlädt, was allerdings nur ausreicht, wenn zusätzlich mit einer relativen Vermögenslosigkeit des Bürgen im Verhältnis zur Höhe der Bürgschaft das Kriterium der sittenwidrigen Überschuldung vorliegt. Da der Erstkreditnehmer im Wucher dem Bürgen insoweit vergleichbar ist, als auch er Schulden übernimmt, für die es keine angemessene Gegenleistung gibt, muss die Bürgschaftsrechtsprechung auch für die Frage der die Überschuldung entscheidend provozierenden übersteuerten Restschuldversicherungen berücksichtigt werden. Ebenso wenig wie beim Bürgen die Schuld nicht danach aufgeteilt werden kann, welcher Teil der Schuld ihm evtl. auch einen Nutzen gebracht hat, ebenso wenig käme es an sich per Saldo darauf an, ob der Gegenwert der Restschuldversicherung objektiv das Vermögen des Kreditnehmers oder vornehmlich das der Bank bereichert hat. Für die Überschuldung spielt der mögliche Nutzen keine Rolle. Dem Argument, dass damit die Marktwirtschaft lädiert und der mündige Verbraucher unter Vormundschaft gestellt wird, ist entgegen zuhalten, dass es nur um sehr weit gesteckte Grenzen beim Doppelten eines erreichbaren Preises geht, also quasi um die Frage, ob ein VW-Polo mit einem Listenpreis von 30.000 € noch für 60.000 € rechtmäßig verkauft werden kann, während man bei einer Verteuerung auf 50.000 € zwar

⁶² BGH NJW 1981, 1206 unter II 4b)

⁶³ Auf einen risikoadjustierten Wucherzinssatz stellt dann auch OLG Dresden, Urteil vom 21.04.1999, AZ 11 U 2615/98 ab, das sich hier fälschlich auf BGH NJW 1982, 2767 f.NJW-RR 1990, 1199 beruft. Ähnlich bereits Canaris ZIP 1980, 715 f. Ausdrücklich ablehnend bei der Restschuldversicherung älterer und damit risikoreicherer Kunden BGH NJW-RR 1987, 679.

⁶⁴ BGH NJW 1989, 1655, 1666; OLG Düsseldorf ZBB 1996, 147 (????)

⁶⁵ BGH NJW 1990, 1595, 1596; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach Bankrechts- Handbuch 3. Aufl. 2007 §82 Rdn 29;

⁶⁶ BGH WM 2003, 2379 = BKR 2003, 976 = NJW 2004, 161. Zusammenfassung der Rechtsprechung im Vorlagebeschluss vom 29.06.1999, AZ XI ZR 10/98, WM 1999, 1556 = NJW-RR 1999, 2584 = NJW 2000, 1185; Ferner OLG Celle, Beschluss vom 28.10.2005, AZ 3 U 137/05; NJW 2004, 2598 = WM 2004, 1957; BGH Urt. v. 23.03.2004, AZ XI ZR 114/03; OLG Bamberg BKR 2003, 640; NJW-RR 2002, 264; BGH WM 1998, 2366 = NJW 1999, 135 = NJW-RR 1999, 697 = VuR 1999, 57; OLG Bamberg NJW-RR 1998, 772; OLG Köln WM 1997, 1095; OLG Düsseldorf WM 1995, 1530; BGH DB 1989, 1231 = NJW 1989, 1665 = WM 1989,

⁶⁷ Ebenso Schimansky/Bunte/Lwowski-Grundlach Bankrechts- Handbuch 3. Aufl. 2007 §82 Rdn 91 ff; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rdn 867 ff; Derleder/Knops/Bamberger-Artz Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 Rdn. 38; Bülow, Sittenwidriger Konsumentenkredit, 1997 Rn 214 ff ordnen auch die Mithaftung den Kreditsicherheiten und nicht den Darlehensverträgen selber zu.

moralisch verwerfliches Handeln, nicht jedoch die rechtliche Grenze der Vertragsfreiheit sehen würde. Grenzenlose Vertragsfreiheit gibt es und kann es in der Marktwirtschaft auch niemals geben, weil nicht nur Gemeinschaftsgüter wie Frieden, Umwelt und Erziehung geschützt sondern auch Ausbeutung und Wucher ihre Grenzen finden müssen. Marktwirtschaft muss sich beweisen. Ihre Existenz ist, wie die Diskussion um Menschenrechte in Marktwirtschaften zeigt, nicht schon selber ein Beweis für die Freiheit des Individuums.

Auch nach hM kann daher die Berechnung des Gesamtbelastungssatzes in §138 Abs.1 BGB nicht allein nach den Kriterien der Effektivzinsangabe in §492 BGB erfolgen. Die objektive Wuchergrenze muss für alle Kosten des Kredites gelten, die den Kunden allein deshalb einseitig belasten, weil er dieses Darlehen in Anspruch genommen hat. Vergleichsmaßstab muss ein durchschnittliches Darlehen sein, das dasselbe Kapital in derselben Zeit verschafft hätte.

c)Ergebnis

Nach dem Konzept der Überschuldungsprävention muss die Restschuldversicherungsprämie einschließlich ihrer Finanzierungskosten vollständig in die Wucherprüfung allein innerhalb der Kosten des Wucherkredites berücksichtigt werden. Verfolgt man einen gemischten Ansatz zwischen Marktwidrigkeit und Zumutbarkeitsgrenze so ist eine hälftige Berücksichtigung vertretbar. Allerdings sind solche Kosten, die allein der Bank zufließen wie die weit überhöhten Anteile einer versteckten Innenprovision ebenso wie die auf die RSV insgesamt entfallenden Finanzierungskosten für eine üblicherweise nicht im voraus geschuldete Versicherungsprämie als versteckte Kreditkosten über §502 BGB vor der Teilung abzuziehen und dem Effektivzinssatz als Kreditkosten ohne Teilung zuzurechnen.

2.Umsetzung der hälftigen Einbeziehung in das auffällige Missverhältnis

Wenn man der hM folgt wird das mathematisch in Anlehnung an die Preisauszeichnung erreichte Ergebnis der Nichtbeachtung der Prämie beim auffälligen Missverhältnis den eigenen Prämissen nicht gerecht. Grund sind fehlerhafte mathematische Überlegungen.

Danach sind drei Grundsätze bzgl. der Wucherprüfung mit Restschuldversicherungen mathematisch umzusetzen:

1. Die Wuchergrenze liegt beim Doppelten des Üblichen.⁶⁸
2. Der Darlehensvertrag mit Restschuldversicherung kann nur mit einem Darlehensvertrag vom gleichen Typ, d.h einem durchschnittlichen Ratenkredit mit Restschuldversicherung verglichen werden.⁶⁹
3. Die Restschuldversicherungsprämie ist hälftig dem Verbraucher und hälftig dem Kreditgeber zuzuordnen.⁷⁰

Die zitierte Rechtsprechung hat dies mit der 100% Grenze, dem Zuschlag der Restschuldversicherungsprämie auch beim Vergleichskredit⁷¹ sowie der hälftigen Addition der Restschuldversicherungsprämie bei Darlehen und Vergleichskredit oder durch Weglassen umzusetzen versucht.

a)Auffälliges Missverhältnis

So ist sie selber auf ein für sie merkwürdiges Phänomen gestoßen, wonach an sich wucherische Ratenkredite durch eine ebenfalls wucherische Restschuldversicherung selbst, wenn man sie auch noch zur Hälfte dem Kreditgeber zuordnet, gerade wegen der Mehrbelastung nicht mehr wucherisch

⁶⁸ BGH WM 2007, S. 2841 – 2842 Rdn. 16; BGHZ 146, 298, 305; BGHZ 160, 8, 14; NJW 1992, 899, 900; 1995, 2635, 2636; 2000, 1487, 1488; 2002, 429, 430; 3165, 3166; Palandt-Heinrichs, BGB §138 Rdn 67

⁶⁹ BGH NJW 1988, 818 ; BGHZ 80, 153 (169 f.) = NJW 1987, 1206 = LM 138 (Bc) BGB Nr. 31; NJW 1982, 2433 = LM § 138 (Bc) BGB Nr. 32

⁷⁰ BGH NJW 1988, 1659; BGHZ 99, 333, 336; BGH NJW-RR 1989, 1321, 1322; Palandt-Heinrichs §138 Rdn. 26; MüKo-Mayer-Maly/Armbüster, §138 Rdn 119; Bülow, Sittenwidriger Konsumratenkredit, Rn. 82; Derleder/Knops/Bamberger-Artz Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 Rdn. 10; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach Bankrechts- Handbuch 3. Aufl. 2007 §82 Rdn. 20;

⁷¹ OLG Schleswig, Urteil vom 19.05.1988, AZ 2 U 62/87

erschienen. Statt aus diesem Ergebnis Rückschlüsse auf die mathematischen und logischen Umsetzungsfehler zu ziehen, auf die bereits frühzeitig hingewiesen wurde⁷², hat sie kurzerhand eine Berücksichtigung der Restschuldversicherung ganz ausgeschlossen⁷³, worin ihr bis heute die hM kritiklos folgt.

Der Wuchervergleich wird als Verhältnis der Kosten des Vertragskredits (Zähler) zu den Kosten des Marktkredits (Nenner) errechnet, der beim Wucher das Verhältnis $2/1 = 2 = 200\%$ oder 100% über 100% Überschreitung des Zählers über den Nenner erreicht. Addiert man nun die RSV bei Vertrags- sowie Vergleichskreditkosten, so wird eine gleiche Zahl (z.B. 0,5) in Zähler und Nenner (für die Restschuldversicherungsprämie) hinzu gezählt. Das Ergebnis muss dann geringer als der vorherige Bruch sein, weil $(2+0,5)/(1+0,5) = 2,5/1,5 = 1,66$. Statt 100% erhält man nur noch 66% Überschreitung des Zählers über die 100% des Nenners. In der Grundschule wird dieser Fehler mit einem wenig schmeichelhaften Merksatz belegt.⁷⁴

Um dagegen das Postulat des Doppelten vom Üblichen mathematisch korrekt umzusetzen, muss man die 100% Grenze (= Vertragszins/Marktzins in % – 100%) benutzen, um das Doppelte zu markieren. Es sind dann aber nicht 100% mehr als 100% sondern $2*100\%$. Dies ist in der Mathematik ein wichtiger Unterschied.

Man kann nämlich nicht den Vergleichszinssatz manipulieren, ohne damit zugleich das Doppelte von dem zu erreichen, was man eigentlich wollte. Der Vergleichszinssatz selber gibt ja nicht die Wuchergrenze an. Vielmehr ist der Wucherzinssatz der effektive Jahreszinssatz eines Kredites, der doppelt so teuer ist wie ein durchschnittlicher üblicher Kredit. Ist der Marktzinssatz also 11% pA so ist der Vergleichseffektivzinssatz 22% . Wird in der Berechnung nun eine Addition (100% (Vergleichszinssatz) + 100% (Wuchermarge)) statt eine Relation des Doppelten ($200/100$) suggeriert, so führt dies leicht zu Fehlern bei der weiteren Umsetzung, auch wenn dies beim einfachen Zinsvergleich nicht auffällt, weil in Zähler und Nenner nur ein Zinssatz steht. $22/11$ ist dann 100% Überschreitung. 25% pA Vertragszins/ 11% pA Vergleichszins bedeutet dann eine Überschreitung von 127% .⁷⁵

Hat der wucherische Vertragskredit einen Effektivzinssatz von 25% pA incl. Restschuldversicherungsprämien und soll der Vergleichskredit ebenfalls mit einer Restschuldversicherung belegt werden, so muss sie dem Vergleichskredit, also dem Kredit von 22% , als Kosten zugeschlagen werden. Der würde dann, wenn man dieselbe RSV nehmen würde, ebenfalls bei 25% pA liegen. Würde man ihn dagegen dem noch nicht verdoppelten Marktzins voll zuschlagen, würde der Wucherzinssatz auf 28% pA klettern, einem extrem überhöhten Wucherkredit, den es in der Praxis gar nicht gibt. Die Überschreitung wäre nur noch $25/14 = 78,6\%$ und der Kreditgeber durch die Einbeziehung der RSV vom Wuchervorwurf befreit. Um den Effekt der Verdoppelung zu vermeiden, darf er also dem Vertragszins nur zur Hälfte zugeschlagen werden. In diesem Fall bleibt die RSV neutral weil $25/12,5 = 2$ und damit weiterhin 100% Überschreitung anzeigt.

Wird die RSV, wie es die hM suggeriert, bereits dem Marktdurchschnittskredit zugeschlagen, so wird sie also doppelt zugeschlagen. Ein Kredit mit Restschuldversicherung wäre daher nur dann sittenwidrig, wenn neben dem Kredit auch die Restschuldversicherung doppelt so teuer wäre wie

⁷² Reifner, Handbuch des Kreditrechts, 1991 §20 Rdn 67ff; ders. Die Sittenwidrigkeit von Konsumratenkrediten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DB 1984, 2178ff; ders. Die Kosten des sittenwidrigen Kredits, NJW 1988, 1948 ff. Die Tatsache, dass eine große Masse von Sachverständigen aus Finanzmathematik und Bankrecht jahrzehntelang solche Probleme ignoriert, ist schwer verständlich. Sie könnte auf einen Paradigmenwechsel im Bankrecht hindeuten, wonach es i.S. Der der Normativität des Faktischen nicht mehr darum geht, bankrechtliche Gestaltungen der Praxis einer rechtsdogmatischen Kontrolle zu unterziehen sondern sie als rechtsdogmatisch integrierbar auszuweisen.

⁷³ BGH Urteil NJW 1988, 1661 = EWiR § 138 BGB 11/88, 431 (Emmerich); OLG Hamburg, Urteil vom 19.06.1992, AZ 11 U 166/90; OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2007, AZ 1-31 W 38/07

⁷⁴ Er lautet: „Differenzen und Summe kürzen nur die Dummen!“

⁷⁵ Würde man es auf die Basis eines Wucherzinssatzes von 22% beziehen, dann wäre die Überschreitung nur $113,5\%$ aber dafür am eigentlichen Referenzzinssatz, dem Wucherzinssatz, orientiert.

die RSV im Vertragskredit. Das aber kann sie nach hM nicht sein, weil man ja die Kosten der RSV dem Vertragskredit entnimmt und dem Vergleichskredit zuschlägt, so dass, falls die RSV ihrerseits wucherisch ist, der Wucherkredit beim Doppelten des Wuchers liegt.

Das ist ein sicherlich ungewolltes Ergebnis. Daher kann die RSV-Prämie dem Vergleichskredit vor seiner Verdoppelung nur zu 50% zugeordnet werden.

Die Rechtsprechung will nun aber die RSV-Prämie nur zur Hälfte dem Kunden zuschreiben und hat dies auch in ständiger Rechtsprechung in der Weise praktiziert, dass sie beim Bereicherungsausgleich der Bank nur die Hälfte dieser Prämie zuerkannte. Beim Effektivzinsvergleich beging sie dann in ihren Überlegungen aber denselben Fehler wie zuvor nur eben noch ein zweites Mal. Sie addierte beim Vergleichskredit die Hälfte und beim Vertragskredit die Hälfte der Kosten. Dies führte wieder zur Addition der gleichen Zahl in Zähler und Nenner.

Damit verteilte sie aber nicht die Prämie sondern nahm sie zur Hälfte aus der Betrachtung, weil in beiden Krediten nur noch die Hälfte jeweils vor kam, wodurch bei Verdoppelung der erstaunliche Effekt eintrat. Die andere Hälfte war verschwunden. In unserer Rechnung wird dadurch aus $(22\% + 1,5\%)/(11\% + 1,5\%) = 1,88$ entspr. 88% Überschreitung über 100%. Zwar wird dadurch die Wirkung des ersten Fehlers reduziert aber erstens niemals vollständig und zweitens nur durch einen zweiten Fehler. Die Zuschreibung der RSV zur Hälfte an den Kreditgeber führte damit ebenfalls zur Reduktion des Wuchervorwurfs durch wucherische Koppelung mit einer Restschuldversicherung.

Um die dritte Prämisse umzusetzen muss daher nur die Hälfte der halben Prämie beim Vergleichskredit angesetzt werden. Dadurch würde deutlich, dass die Hälfte der Prämie als normaler Preis auch beim Marktkredit anerkannt wird. Der Effektivzinssatz des Vertragskredits muss weiter die vollen Kosten incl der Restschuldversicherungsprämie enthalten.⁷⁶ In unserem Beispiel würde somit der Vergleichseffektivzinssatz von 11% um $\frac{1}{2} * 3\%$ (RSV) erhöht bei 12,5% pA liegen. Die Überschreitung mit RSV läge dann nicht mehr bei 100% sondern entsprechend der zusätzlichen Belastung bei $25/12,5 = 2,128$ bzw. 112,8%.

Das Verwirrspiel würde ein Ende haben, wenn die Rechtsprechung zunächst durch Verdoppelung des Marktzinssatzes den gültigen Wucherzinssatz festlegen würde.⁷⁷ Danach müsste geprüft werden, ob der Vertragszinssatz diesen Zinssatz oder einen evtl. mit Nebenleistungen versehenen Zinssatz überschreitet.

b) Zu berücksichtigende Restschuldversicherungskosten

Hat man die Lösung, wie die RSV zu berücksichtigen ist, so ist weiter zu fragen, welche RSV gemeint ist. Da, wie festgestellt, die vertragliche RSV wucherisch sein kann, ist es kaum gerechtfertigt, sie auch noch als Maßstab für den Wucher anzusetzen. Bei Restschuldversicherungen gibt es aber keine Marktpreisbildung, weil sie nur als Zusatzprodukte von Banken kartellartig verkauft werden. Daher muss wie im Kartellrecht üblich mit einem Als-Ob-Marktpreis gerechnet werden. Das Produkt ist jedoch als solches in der Risikolebensversicherung ebenso wie bei Berufsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit frei zugänglich und unabhängig vom Kredit erhältlich. Man kann daher auf seinen Preis zurückgreifen, auch wenn dort nicht eine fallende Kreditsumme sondern ein fester Betrag gesichert wird. Diese Versicherungen enthalten bereits Verwaltungskosten und Provision. Mehr brauchen auch Banken als Vermittler und Abwickler nicht. Allerdings wird eingewandt, in der RSV würde im Unterschied zur Risikoleben auf die Gesundheitsprüfung verzichtet, was das Risiko erhöhe. Da die Fallzahlen in der RSV aber unterhalb des allgemeinen Versterbensrisiko liegen, was sich mit der Selektion von Kreditnehmern als Gruppe erklärt, weil

⁷⁶ Eine dritte Variante, wonach man versucht, die hälftige Verteilung der Restschuldversicherungsprämie auf Nettokapital und Kosten dadurch zu verteilen, dass man bei den Kosten nur die Hälfte der RSV, dafür die andere Hälfte beim Nettokapital zuschlägt und dafür dann den Vergleichskredit ohne Manipulation belässt, verstößt gegen dieselbe Regel, dass durch Addition in Zähler und Nenner Brüche willkürlich verzerrt werden.

⁷⁷ In den umliegenden Staaten nimmt ihr diese Bestimmung der Ordnungsgeber ab, so wie es in Deutschland bereits für den Basiszinssatz gilt.

todkranke wohl seltener Ratenkredite aufnehmen können und hierfür kreditwürdig sind⁷⁸, wäre es Aufgabe der Versicherer im Einzelfall ihre Ausschüttungszahlen im Verhältnis zum Prämienaufkommen offen zu legen. Bei der Verzugszinsbestimmung wurde dies vom BGH verlangt, worauf die überzogenen Kostenbehauptungen verstummten.⁷⁹

So ist für einen 45jährigen Mann eine Risikolebensversicherung über 100.000 € auf 5 Jahre monatlich für 10,92 €, bei jährlicher Zahlungsweise für 125,08 € erhältlich. Der Kreditnehmer würde somit ratenweise 625,40 € für 5 Jahre bei 100.000 € Versicherungsschutz zahlen. Bei dem oben beschriebenen Ratenkredit über 10.000 € würde dies 1/10 der Kosten (62,40 €) bedeuten. Dabei wäre weiter zu berücksichtigen, dass der Kredit abgezahlt wird und damit im Durchschnitt nur zur Hälfte besichert werden muss. Es verbleibt dann noch eine Prämie von 31,20 € für eine Person, deren Restschuldversicherungskosten für denselben Schutz mit 932 € angegeben haben. Der Schaden ist daher 900 €. ⁸⁰

Man wird daher eine angemessenen Restschuldversicherungsprämie jeweils auf 1000 € Ratenkredit pro Laufzeitmonat bei einem 30jährigen Mann auf maximal 20c pro 1000€ Kreditsumme pro Monat ansetzen können, indem man die Kosten einer monatlichen Prämie für eine Risikolebensversicherung für diese Altersgruppe auf 10 Jahre (120 Monate) über 100.000 € erfragt und sie dann im Verhältnis Bruttokreditsumme/100.000 herabsetzt sowie wegen der Degression durch 2 teilt. Nun muss lediglich dieser Betrag mit der Kreditlaufzeit sowie dem Bruttokredit/1000 multipliziert werden. Da es bei der Wucherprüfung nicht auf Centbeträge ankommt, reicht eine grobe Schätzung.

Bleibt zu entscheiden, ob beim Vergleichskredit auch ein Viertel der Finanzierungskosten für die RSV anzusetzen sind, wie die Rechtsprechung annimmt.⁸¹ Dies bedeutet aber, dass man bei Risikolebensversicherungen es als üblich annähme, dass die Prämien im voraus zu bezahlen sind. Die hier zum Vergleich empfohlenen Prämien stammen aber ausnahmslos aus pro rata tempore gezahlten Versicherungskosten. Auch im Hypothekenkredit sind solche Prämien nicht im voraus zu bezahlen. Die Vorauszahlungspflicht ebenso wie die überhöhten Provisionen können nur als Ausdruck der Marktferne angesehen werden. Solche Prämien darf die Rechtsprechung nicht zum Ausgangspunkt eines Maßstabes machen, der i.S. des §138 Abs.1 BGB die „guten Sitten“ repräsentieren soll, nachdem in der Wirtschaftsprozesse einhellige Kritik an diesen Produkten geübt wird.⁸²

Sollte die Rechtsprechung gleichwohl dazu neigen, eine der üblichen günstigeren Restschuldversicherungen zum Maßstab zu nehmen, so hat sie bei einer Mindestprovision von 15% selbst im Sparkassenbereich zu entscheiden, ob die Regel der hälftigen Verteilung eigentlich auch auf diese 15% Anwendung findet. Dass deren Nutzen der Bank ganz zufließt ist unbestreitbar. Deshalb müsste bei den Vergleichsversicherungen die Provisionshöhen geklärt werden. Dass auch der Hypothekenkreditmarkt mit weniger auffälligen und vor allem nicht im voraus zu zahlenden Restschuldversicherungen keinen geeigneten Maßstab bietet, haben Tests von Verbraucherverbänden in Deutschland und vor allem in Frankreich ergeben, die auch hier extreme Differenzen fanden.

3.Kollusives Verhalten und Erstattungsverzicht (§§138 und 655 BGB)

Es könnte noch ein weiterer Grund der Sittenwidrigkeit bestehen. Die Versicherung arbeitet bei der Bestimmung des Produktes ebenso wie bei der Prämienhöhe mit der Bank zum Nachteil der Verbraucher zusammen, um aus dem Kredit einen weiteren dem Verbraucher verborgenen Vorteil zu

⁷⁸ Dazu die Angaben in Reifner WM 2008, 2329

⁷⁹ BGH NJW 88,1967;1974, 895; Reifner, Der Verzugsschaden der Banken im Konsumentenkredit, ZIP 1987, 545 ff

⁸⁰ Es wurde der auf dem Internet verfügbare Rechner unter http://www.versicherung-vergleiche.de/risikolebensversicherung/rlv_extern.php?seite=tarifrechner.htm verwendet .

⁸¹ So BGH NJW 1988, 1661

⁸² F.A.Z., 12.10.2006, Nr. 237 / Seite 22; Handelsblatt Weblog v. 29.1.2007: Böse Restschuldversicherung?: "Leider bietet diese Versicherung heute ein Beispiel dafür, wie man ein gutes Produkt gründlich verpfuschen kann."

ziehen.⁸³ Kollusiv und damit sittenwidrig ist ein Verhalten, bei dem Rechte und Ansprüche Dritter durch rechtsgeschäftliches Zusammenwirken zweier Partner bewußt beeinträchtigt werden sollen.⁸⁴ Dass Bank und Versicherer im Rahmenvertrag nicht nur eine weit überhöhte Provision vereinbaren sondern auch sonst für den Verbraucher ungünstige und drückende Bedingungen festlegen, geschieht, weil keiner von beiden die Vorteile, die der Bank zufließen, bezahlen muss. Vielmehr soll der Verbraucher die ganze Last tragen. Solche Bestimmungen im Rahmenvertrag könnten somit sittenwidrig und damit nichtig sein.

Die Versicherung ist daher nicht verpflichtet, die Innenprovision an die Bank abzuführen. Damit entfällt auch die Grundlage für die Finanzierung durch die Bank. Da die Bank zudem an der Kollusion mitgewirkt hat, trifft sie ebenso der Vorwurf des sittenwidrigen Verhaltens.

Der Verbraucher könnte also seine Leistungen gem. §812 BGB zurückfordern bzw. die Bereicherungseinrede gem. §814 BGB erheben. Bank und Versicherer stehen wegen §817 S.2 BGB keine Ansprüche auf Nutzungsentschädigung für den Versicherungsschutz zu, während der Verbraucher ähnlich wie bei Sittenwidrigkeit von Krediten das Kapital für den vereinbarten Zeitraum in Anspruch nehmen kann.

Da das Verhalten der Bank zugleich eine Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme auf die Interessen des Partners gem. §§241 S.2, 311 BGB ist, steht dem Verbraucher gem. §280 BGB bzw. §826 BGB ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, als ob ihm dieses Produkt nicht verkauft wurde. Er kann damit die Differenz der Kosten zwischen einer für solche Zwecke zur Sicherheit abgetretenen Risikolebensversicherung und den Kosten der RSV incl. Der Finanzierungskosten verlangen.

Selbst wenn man zu Lasten der Bank keine Kollusion annimmt, ist doch zu beachten, dass der Versicherer gem. §655 BGB einen Anspruch auf Herabsetzung des Maklerlohns hätte, weil eine Provision von 50%, bei der der Versicherer der Bank zugleich umgekehrt einen Kredit für die Finanzierung der Prämien vermittelt, sowie die Tatsache, dass die Bank keine Kunden gewinnt sondern hier nur einen bestehenden Kunden exklusiv „verkauft“, als „unverhältnismäßig hoher Maklerlohn“ i.S. dieser Vorschrift anzusehen ist.⁸⁵ Es verstößt aber gegen das Prinzip des *venire contra factum proprium*, wenn die Versicherung einen solchen Anspruch gegenüber trotz der eigenen Entlastungsmöglichkeit gegenüber dem Kunden geltend macht.

III. Umschuldungen

Eine andere Form der Verschiebung von Kreditkosten auf einen anderen Vertrag stellen Umschuldungen dar. Hier werden ein oder mehrere Kredite bei derselben Bank („interne Umschuldung“) oder von anderen Kreditgebern („externe Umschuldung“) vor der Fälligkeit auf Anraten oder Anforderung des Kreditgebers vom Kreditnehmer unter Nutzung seines gesetzlichen Kündigungsrechts nach §490 BGB gekündigt, um einen neuen zumeist konsolidierten Kredit bei diesem Kreditgeber abzuschließen. Anlass ist zumeist ein Zahlungsproblem, zu hohe Raten, ein Ratenrückstand, der Bedarf an Zusatzkredit durch neue Ausgaben oder aber der Druck aus einem kurzfristigen Kredit wie einer notorischen Überziehung des Girokontos über das Limit hinaus besteht. Da auf einem solchen Konto eine erhöhte Überziehungsprovision zu zahlen ist und die Bank evtl. weitere für den monatlichen Ausgleich⁸⁶ notwendige Überziehungen ablehnt, kommt das

⁸³ Auf die Interessenkollision weist auch Metz BKR 2007, 410, 403 hin verlangt aber nur deren Offenlegung.

⁸⁴ Erman-Palm, BGB 12. Aufl. 2008 §138 Rdn 129; BGH NJW 1995, 1668

⁸⁵ Zur Frage der Sittenwidrigkeit eines Maklerhonorars von 30% vgl. BGH NJW-RR 2003, 699 = WM 2003, 2056

⁸⁶ Der Überziehungskredit dient dem Ausgleich zwischen Ausgabenschwankungen innerhalb von Dreimonatszyklen, bei denen höhere Ausgaben (Beispiel jährliche Versicherungsbeiträge oder aber Reparaturkosten) anfallen, die mit dem aktuellen Monatseinkommen nicht gedeckt werden können. Insbesondere leben viele Verbraucher unterer Einkommen häufig am Limit und haben Schwierigkeiten, gegen Ende des Monats noch Ausgaben zu tätigen. Die die Hamburger Tafel meldet z.B., dass gegen Ende des Monats viele Kinder kein Frühstück mehr bekommen. Bei unabweisbaren Ausgaben dient dann der Überziehungskredit als erschwinglicher Notanker. In England, wo der Überziehungskredit kaum angeboten wird, verdienen die darauf reagierenden kurzfristigen Payday Loans

Angebot einer Bereinigung durch Umschuldung als Rettung. Teilweise erhalten Kreditnehmer systematisch Schreiben ihrer Bank, in denen ihnen überschaubare Beträge als Zusatzkredit mit dem Argument angeboten werden, sie „hätten wieder 2000 € frei“. Greift der Kunde dann zu, so willigt er in eine Umschuldung ein. Ob dabei der neue Kredit nur kleinere Raten bei längerer Laufzeit, Auszahlungen zur Ablösung der Vorkredite oder Zusatzkredite („Barauszahlungen“) neben der Ablösung des Vorkredits verspricht, in jedem Fall wird ein alter Kredit scheinbar freiwillig auf Grund eines Verbraucherschutzrechtes gekündigt und abgerechnet.

Bei dieser Abrechnung erzielt die Bank erhebliche Gewinne, die weder im Vorkredit noch im Nachkredit sondern nur in der Abrechnung ausgewiesen sind. Die Rechtsprechung hat das Problem gesehen und vier Grundsätze für die Umschuldung aufgestellt:

Die ersten beiden betreffen die in den 1980ziger Jahren noch aktuellen Versuche, über Umschuldungen sittenwidrige Vorkredite „weiß zu waschen“. Danach gilt, dass (a) durch eine Umschuldung der rechtswidrig erlangte Zinsvorteil aus einem sittenwidrigen Vorkredit nicht durch abstraktes Anerkenntnis im Nettobetrag des Nachkredits versteckt („Trick der Abstraktion“)⁸⁷ rechtmäßig werden kann. Ferner gilt, dass (b) ein sittenwidriger Vorkredit auch als Grund für den Abschluss eines Nachkredits anerkannt wird und damit durch „Ansteckung“ („Ansteckungstheorie“) auch diesen an sich ordentlichen Kredit angreifbar werden lässt.⁸⁸

Die weiteren Grundsätze beziehen sich auf die Umschuldung selber. Die hM nimmt an, dass die Umschuldungsverluste selber weder im Effektivzinssatz des Vorkredites, der ja nur Vertragsabschluss- aber keine Vertragsbeendigungskosten enthalten darf,⁸⁹ noch im Effektivzinssatz des Nachkredites, bei dem die Kosten des Vorkredites als Ablösebeträge Nettodarlehensbeträge und keine Kosten mehr sind, erkennbar sein dürfen.

Dem widerspricht aber (c) der Grundsatz der Rechtsprechung, dass das Recht des Verbrauchers zu einer Kündigung nicht durch wirtschaftliche Nachteile erschwert werden darf.⁹⁰ Ferner gilt (d), dass der Kreditgeber die Umschuldung des Verbrauchers nicht zur Erlangung eines bewussten Vorteils missbrauchen darf.⁹¹

Der zuletzt genannte Grundsatz wurde für ein heute irrelevantes Spezialproblem, nämlich die eigennützige externe Umschuldung über einen Makler, der damit die Provision für den Zusatzkredit aufbessert, gesetzlich in §655c S.2 BGB geregelt worden. Hier entfällt die Maklercourtage, wenn die Konditionen des Folgekredites schlechter sind. Für Banken gibt es nichts Vergleichbares.

Die beiden zuletzt genannten Grundsätze der Rechtsprechung sind niemals effektiv geworden. Grund sind auch hier eher rechnerische Probleme bei der Analyse der Umschuldungsgewinne der Bank.⁹²

(Zahltagkredite) bis zu 800% pA Zinsen.

⁸⁷ BGH NJW 1987, 944, 945 (Saldo kein Anerkenntnis) mit Verweis auf Derleder, JZ 1983, 84; Canaris, WM 1986, 1453; BGH NJW 1988, 1659 (Schuldanerkenntnis nur parallel und ohne Einwendungsausschluss)

⁸⁸ BGH NJW NJW 1990, 1597; 1987, 944 = ZIP 1990, 501 = FLF 1991, 65; NJW-RR 1988, 363 = ZIP 1988, 226; ZIP 1987, 1525 = NJW 1988, 696 = BB 1987, 2262; NJW-RR 1987, 679; ZIP 1987, 357 = NJW 1987, 944 = JR 1987, 500; OLG Köln NJW-RR 1991, 1456; Derleder JZ 1983, 84; Derleder/Knops/Bamberger-Eckardt §27 Rdn. 23 ff; anders dagegen OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 107, das schon früh erkannte, dass das Problem die Umschuldung selber und nicht der sittenwidrige Vorkredit ist. Reifner Anm. zu BGH v. 12.2.87, VuR 1987, 148; Anm. zu OLG Köln Urt. v. 18.5.1988 VuR 1988, 312;

⁸⁹ Art. 19 Abs. 2 RiLi 2008/48/EG

⁹⁰ stdg. Rspr. BGH WM 1990, 138; BB 1990, 228 = ZIP 1990, 1054; Urt. v. 16.03.1993, AZ XI ZR 189/92

⁹¹ BGH NJW 1990, 1597; WM 1991, 271 = NJW-RR 1991, 501 = ZIP 1991 (externe Umschuldung); NJW 1988, 818 (819); 1990, 1048 (1049); 1990, 1597 (1598); OLG Düsseldorf 26.07.1988, AZ 24 U 73/88; OLG Ffm NJW 1992, 1008 (Bürgschaft für Umschuldung); AG Hamburg, Urt. v. 27.07.1992, AZ 508 C 635/91; OLG Schleswig VuR 1992, 85

⁹² Beispiel hierfür ist jüngst das OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2007, AZ 1-31 W 38/07 unter 2 b), das zwar noch erkennt, dass der Verbraucheranwalt Fehler in seiner Berechnung der umschuldungsbedingten Zusatzkosten hat, selber aber auf das Rechnen verzichtet. Da die Umschuldungsverluste „für sich allein“ nicht zur Sittrenwidrigkeit führen, müssen sie auch nicht berechnet werden.

1. Umschuldungsgewinne

Die Hauptbelastung kommt aus den Zusatzkosten der Kündigung. Ähnlich wie bei der RSV-Prämie wird sie für die Verbraucher aber nicht erkennbar, weil auch sie kurzfristig dadurch erträglich gestaltet wird, dass alle Kosten im Nachkredit mitfinanziert werden und durch Verschieben der Schulden in die Zukunft mit einer Laufzeitverlängerung zunächst nicht auffallen. Erst der wirtschaftliche Zusammenbruch in der Insolvenz, bei dem 30% der Schuld Folge konsumtiver Kreditaufnahme, 70% aber Folge der durch Umschuldungen extrem erhöhten Kreditkosten sein können, macht das Problem deutlich.

Das Problem besteht darin, dass die Gerichten bei der Diskussion der Details den wirtschaftlichen Gesamteffekt, den §138 BGB meint, aus dem Auge verloren hat.

a) Rückkaufswerte statt Rückrechnung bei der RSV

Die Gewinne aus einer finanzierten Restschuldversicherungsprämie mit extrem hoher kick-back Innenprovision werden durch Umschuldungen ausgebaut. Bei vorzeitiger Beendigung eines Kredites wird der Kunde nämlich gezwungen, auch seine Restschuldversicherung zu kündigen. Dabei findet anders als in den USA, wo die pro rata tempore gezahlten Prämien auch entsprechend nach der 78er Methode⁹³ zeitanteilig für die Restlaufzeit zurückzuerstatten ist, eine von den Kapitallebensversicherungen bekannte Praxis Anwendung, wonach ein sog. „Rückkaufswert“ an die Stelle der Rückerstattung der unverbrauchten Prämien tritt. Dieser Rückkaufswert ist aber der um die überhöhten Innenprovisionen gekürzte Restwert. Da die Provisionen nicht offen gelegt werden, erscheinen die Erstattungsbeträge als Tabellenwerte oder durch eine unverständliche Formel bestimmt.

Auf jeden Fall verbleibt bei Kündigung bereits nach einem Monat Laufzeit der größte Teil wenn nicht sogar die gesamte Provision bei der Bank, die sie aus Sicht der Versicherer ja schon vereinnahmt hat, auch wenn sie sie sich quasi selber finanziert hat und der Kunde daran abbezahlt.

Bei der Kapitallebensversicherung hat der Gesetzgeber Provisionverluste bei vorzeitiger Beendigung von nur 3,5% durch Begrenzung in §§39, 169 VVG eingedämmt.

Schuldet eine Bank häufig um, so verdient sie mit jeder Umschuldung eine Provision. Die Provision wird dann im Ablösebetrag des Nachfolgekredits wieder neu finanziert, so dass der Verlust nicht ins Auge springt. Zudem weisen die Kreditgeber nicht die aufgebrauchte Prämie sondern nur den „Erstattungsbetrag“ aus. Theoretisch kann damit eine Bank, deren RSV-Prämie 50% Provision enthält, bei einer viermaligen Umschuldung in den ersten beiden Jahren der Laufzeit für denselben Kredit einen Zusatzgewinn durch einbehaltene Provisionen erreichen, die beim doppelten der gesamten Versicherungskosten, und wo diese die Höhe der Kreditkosten erreicht, beim Doppelten der Kreditkosten liegt. Ein weiterer Gewinn ergibt sich daraus, dass jede neue RSV wegen des gestiegenen Lebensalters des Kunden mit einer höheren Prämie abgeschlossen wird. Da die Prämien dabei nicht linear sondern vor allem im Alter zwischen 40 und 45 Jahren aus versicherungsmathematisch unerklärlichen Gründen sprunghaft bis hin zur Verdoppelung steigt, führt eine Umschuldungskette in dieser Zeit zu exponentiell steigenden Mehrerlösen. Da die Mehrerlöse ja nicht aus Barzahlungen sondern wiederum aus Kreditaufnahmen bei eben dieser Bank resultieren, können sie auch noch gewinnbringend finanziert werden.

Erst durch die durch eine Vielzahl von Manipulationen für die Verbraucher undurchdringliche Vervielfachung der RSV-Provisionen wird die Restschuldversicherung zum eigentlichen Instrument der neuen Sittenwidrigkeit.⁹⁴ Zur Illustration soll eine reale Kreditkette eines namhaften Ratenkreditspezialisten dargestellt werden.

⁹³ Dazu unten FN 99

⁹⁴ Bei der Effektivzinsberechnung eines in 4 Jahren bei einer Bank vier mal umgeschuldeten Ratenkredites ergab sich durch die Restschuldversicherungskosten, dass der durchschnittliche angegebene Effektivzinssatz von 16% letztlich tatsächlich bei 31% und damit deutlich über der Wuchergrenze lag.

	1. Kredit	2. Kredit	3. Kredit	Gesamt
Abschlussdatum	10.01.2002	19.03.2002	10.06.2002	
Barauszahlungen	10.600,00 €	5.500,00 €	10.000,00 €	26.100,00 €
aufsummiert	10.600,00 €	16.100,00 €	26.100,00 €	26.100,00 €
Versicherungsprämie	1.212,00 €	2.477,80 €	6.948,10 €	7.403,22 €
incl. Finanzierung	1.441,18 €	3.214,27 €	10.947,15 €	14.428,97 €
Effektivzins (lt. Vertrag)	12,07%	14,46%	15,05%	12-15%
Effektivzins (incl. Vers)	20,50%	22,50%	23,50%	33,07%
Zinsen + BearbeitungsG	2.233,56 €	5.627,49 €	19.447,43 €	
Gesamtkosten	3.445,56 €	8.105,29 €	26.395,53 €	31.794,99 €
Finanzierungsbetrag	11.812,00 €	18.933,19 €	33.788,68 €	
Gesamtschuld	14.044,97 €	24.559,81 €	53.235,41 €	59.590,26 €
Kosten zu Ertrag	33%	50%	101%	122%

Rechtlich steht der Kreditgeber, der hieraus Gewinn zielt und die Konstruktionen den Versicherern abverlangt, allerdings als Dritter dar, der bei Kreditkündigung nur als Gehilfe des Versicherers erscheint. Demgegenüber müsste sich der Kunde an den Versicherer halten, der aber selber über den Vorteil der Altersprogression hinaus keine Zusatzgewinne erzielt und daher makellos dasteht. Der Ansatz der Rechtsprechung, den Zusatzgewinn über einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. wegen schädigender und eigennütziger Falschberatung abzuschöpfen, ist bisher wohl daran gescheitert, dass die Verhältnisse zu komplex erscheinen. Damit wird das Schädigungsverbot bei Umschuldungen sowie die Kostenfreiheit der Ausübung von Kündigungsrechten obsolet. Dies kann man dann damit rechtfertigen, dass der Kunde die Informationen den Kreditverträgen hätte entnehmen können. Umschuldungsverluste gehörten eben in der Sittenwidrigkeitsprüfung weder zu den Kosten des Vor- noch des Nachkredits bzw. der Verbraucher habe selber durch Kündigung diese Nachteile bewusst in Kauf genommen.

b)Verfall der Bearbeitungsgebühr

Bei der Bearbeitungsgebühr hat die Rechtsprechung von je her den gesamten Verfall bei Kündigung akzeptiert. Sie soll nicht anteilig erstattet werden, weil sie einem bereits erbrachten Aufwand gegenüberstünde.⁹⁵ Diese Annahme ist problematisch. So gibt es Banken, die darauf verzichten und wie im Hypothekenkredit, wo es mehr Markt und überwiegend keine Bearbeitungsgebühr mehr gibt, das Servicing als Teil der Zinskosten betrachten. Bei einigen Banken beträgt sie 1%, überwiegend 2% und bei typischen Umschuldungsbanken 3 und mehr Prozent. Irrational ist auch die Annahme, solche Kosten könnten wie eine Provision durch einen Prozentsatz vom Nettokredit dargestellt werden. Beim Disagio⁹⁶ ebenso wie bei den Verzugszinsen⁹⁷ hat die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass variable Kosten nicht fix dargestellt werden dürfen. Die Umkehrung, dass fixe Kosten nicht variabel dargestellt werden dürfen, wird bisher nicht gezogen. So soll dann die Bearbeitung eines umgeschuldeten Kredites von 30.000 € die Bank bei 3% Bearbeitungsgebühr

⁹⁵ Erman-Saenger BGB §498 Rdn. 39; impliziter Ausgangspunkt in der Rechtsprechung zur Disagio-Rückerstattung z.B. BGH NJW 1996, 3337

⁹⁶ BGH NJW 2000, 2816; 1998, 1062; 1995, 2778

⁹⁷ BGH NJW 1986, 376 = ZIP 1985, 466 = WM 1985, 473

900 € kosten, während der Kredit von 1000 € im Widerspruch zu den betriebswirtschaftlichen Angaben, die hier intern Stückpreise statt Volumenpreise annehmen, nur noch 30 € kosten soll.

Wegen der mangelnden Erstattung pro rata tempore kann durch viermalige Umschuldung eines Kredites innerhalb von zwei Jahren auf diese Weise die Bearbeitungsgebühr auf 10% vom Finanzierungsbetrag gesteigert werden. Immerhin gibt es Banken, die auf die öffentliche Kritik hier in der Weise reagiert haben, dass sie dieses Recht nicht ausschöpfen sondern den Kunden bei Umschuldung eine neue Bearbeitungsgebühr nur auf den Zusatzbetrag berechnen. Der Zusatzbetrag enthält aber häufig auch schon Bearbeitungsgebühr bei externer Ablösung oder Laufzeitverlängerung. Inzwischen sind gerade die Umschuldungsbanken dazu übergegangen, die Bearbeitungsgebühr nicht mehr allein dem Bruttokredit zuzuschlagen, was impliziert, dass sie erst anteilig in jedem Monat mit gleichem Betrag fällig werden. Vielmehr wird sie nun im voraus geltend gemacht und wie die RSV ebenfalls finanziert, was weitere Gewinne aus dem Zusatzbetrag ermöglicht. Dadurch sind diese Bearbeitungsgebühren von den angegebenen 3% für den Kunden unsichtbar durch Vorauszahlungsverpflichtung auf 6% gestiegen. Hierzu gibt es den eher skurrilen Praxisfall, dass bei einer Bank, deren Mathematiker die Unsinnigkeit einer vom Nominalzins getrennten Servicinggebühr nicht mitmachen wollten und daher eine einfache und klare Zinsberechnung ohne Vorabbelastung mit Bearbeitungsgebühren anwandte, die Rechtsabteilung in die AGB aber hineinschrieb, die Zinsen enthielten doch 3% Bearbeitungsgebühr, so dass diese 3% bei Kündigung von den rückzuerstattenden Zinsen abgezogen werden können, was wohl rechtlich kaum haltbar ist, weil als Zinsen definierte Kosten nach §§492 Abs.1 S.4 Ziff. 4 BGB nicht in Bearbeitungsgebühren umdefinierbar sind.

c) Verkürzte Zinsrückerstattung

Eher zu vernachlässigen ist die von Rechtsprechung und Lehre gebilligte Praxis, die Zinsen nach einer anderen Formel zu erstatten als wie sie berechnet wurden. Die 78er Methode wendet die von der Rechtsprechung als mathematisch inkorrekt zurückgewiesene⁹⁸ sog. Uniformmethode an, die einst benutzt wurde, als Banken noch keine Computer hatten. Die 78er Formel beruht ebenso wie die Uniformmethode auf der Idee, dass man degressive Kapitalstände entsprechend der Laufzeit überschlägig in Anteile zerlegen kann, wobei das Kapital am Anfang der Laufzeit in so viele Anteile zerlegt wird, wie die Laufzeit beträgt, während im letzten Monat nur noch ein Anteil zu verzinsen ist. Addiert man nun die Anteile vom Schluss her bis zum Kündigungstermin nach dem Prinzip der Fakultätenrechnung⁹⁹ und setzt sie ins Verhältnis zu allen Anteilen, so erhält man einen Wert, der den auf die Restlaufzeit entfallenden Zinsanteil nahe kommt. Da in der Bank die Computerprogramme, die die Zinsen errechnen, auch die jeweilige Restschuld immer mit errechnen, kommt es zu der den EDV-Spezialisten befremdlichen Praxis, dass ihnen die Juristen aufgeben, drei Mal verschieden dieselben Zinsen zu programmieren: finanzmathematisch für den Effektivzins, linear für den Zinsbetrag und uniform für den Zinsrückzahlungsbetrag.

Die Formel verfälscht, was der BGH¹⁰⁰ erkannt hat, lange Laufzeiten zuungunsten des Verbrauchers.

Da fast jede Bank die einfache 78er Formel anders einkleidet und darstellt¹⁰¹ ist sie für die Juristen und auch die Bankvorstände trotz ihrer einfachen Kopfrechnung oft undurchdringlich. Einige Banken haben sie auch noch zu einer quadratischen Formel¹⁰² verfälscht, wobei leicht einsichtig ist, dass

⁹⁸ stdg. Rspr. BGH NJW 1988, 818; 1318; 1661; NJW-RR 1988, 363 = ZIP 1988, 226; WM 1995, 495 = NJW 1995, 1146; WM 1995, 490 = NJW 1995, 1019; LG Bonn, Urteil vom 10.05.2007, AZ 3 O 396/05; OLG Köln NJW-RR 1997, 1549; OLG Hamm, Urteil vom 30.11.1988, AZ 11 U 99/88

⁹⁹ Die Fakultätsrechnung addiert z.B. bei der Laufzeit von einem Jahr (geschrieben „12!“) vom letzten Monat an $1+2+3+4+5+6+7+8+9+10+11+12 = 78$. Wird der Kredit nach 6 Monaten fällig, so sind es dann nur 21 Anteile bis zum Schluss. Daher sind 21/78 Anteile von den Kreditkosten zu erstatten. Man muss das nicht im Kopf addieren sondern kann auch die Formel $n(n+1)/2$ anwenden. Daraus ergibt sich $12*(12+1)/2 = 78$ bzw. $6*(6+1)/2 = 21$.

¹⁰⁰ Nchw. oben FN 98

¹⁰¹ Beliebt sind dabei komplexe Strukturen, in denen die Zinskosten noch einmal aus den Gebührensätzen errechnet werden.

¹⁰² Aus $(n+1)*n$ entsprechend $(RLZ * (RLZ+1)) / ((LZ * (LZ+1))$ wird dort in Zähler und Nenner n^2 entsprechend RLZ^2/LZ^2

damit durch Verminderung von Zähler und Nenner um denselben absoluten Wert "1" der Erstattungsanspruch noch einmal gemindert wird.¹⁰³

d) Progressive Zinserhöhung

Die Praxis, durch mehrfache Umschuldung bei steigendem Marktzinsniveau das im Vorkredit eingepreiste Zinsänderungsrisiko nachträglich doch wieder auf den Kreditnehmer abzuwälzen, zeigt sich in der Zinsstatistik Deutschlands, wo anders als in den umliegenden Ländern trotz langfristiger Zinsbindungen die durchschnittlichen Zinssätze laufender Verträge sich bei steigendem Marktzins parallel nach oben, nicht jedoch bei fallendem Niveau entsprechend nach unten entwickeln.¹⁰⁴ Das Problem war besonders relevant in den 1980ziger Jahren und könnte nach einer langen Periode fallender Zinsen aktuell wieder relevanter werden. Allerdings sind diese Kosten so offen, dass auch die Rechtsprechung in den wenigen Umschuldungsentscheidungen auf diesen Nachteil eingegangen ist.¹⁰⁵

Eine neue Dimension erhält das Problem aber durch das risikoadjustierte Preissystem. Da der Kreditnehmer durch die Umschuldung in aller Regel Kreditwürdigkeit und Scorewerte eingebüßt hat, wird der Folgekredit mit dem Argument des gewachsenen Risikos für ihn teurer. Der Vorteil eines besseren Scorewertes aus dem Vorkredit wird damit nachträglich revidiert. Es setzt dann eine Teuerungsspirale ein, bei dem die Schuld immer höher verzinslicher wird, mit höherer Schuldenlast die Kreditwürdigkeit sinkt und weitere Zinssteigerungen die natürliche Folge sind.

Ein weiteres Problem kommt auf den deutschen Markt mit Kreditkartenkrediten zu, die nicht mehr den Überziehungskredit nutzen sondern eigenständige Ratenkredite vergeben. Durch Nutzung verschiedener Kreditkarten und dem Ausgleich des einen Kreditsaldos mit dem anderen Kredit („Kreditkartenreiterei“ bzw. Flipping) werden auch die Verzugszinsgrenzen umgangen, da die Zinsen aus dem einen Vertrag mit dem verzinslichen Kredit aus dem anderen Vertrag bezahlt werden. Solche Kreditkartenreiterei ist aktuell eines der Grundprobleme der Subprime Krise in den USA. Da auch jetzt schon bei allen Umschuldungen aufgelaufene Zinsen, mit denen der Kunde in Verzug war, mit den neuen hohen Vertragszinssätzen statt den gesetzlichen 4% pA der §§ 494 Abs. 2, 246 BGB verzinst werden, wird der Schutz des Verbrauchers im Verzug durch die Umschuldungspraxis außer Kraft gesetzt.

2. Sittenwidrige Umschuldungssysteme und Art. 16 RiLi 2008/48/EG

Die den Verbrauchern mit den vorstehenden Konstruktionen zugemuteten zusätzlichen Belastungen werden erst durch ihre Summe zu einer unrechtmäßigen Belastung. Um diese Praxis rechtlicher Kontrolle zu unterwerfen sind drei Wege denkbar: (1) die strikte Anwendung des geltenden Rechts durch Aufgabe von Tatsachenfiktionen über Zins, Gebühren und Prämien, (2) die klare Definition der Restschuld ("Kredit") in Art. 16 RiLi 2008/48/EG und damit die Beschränkung der Zusatzbelastungen auf die dort definierte Vorfälligkeitsentschädigung und (3) eine Sittenwidrigkeitskontrolle einer gesamten Kreditkette, bei der die Umschuldungskosten ebenso wie alle sonstigen Kreditkosten Berücksichtigung finden.

a) Einzelbeurteilung

Eine strikte Anwendung des geltenden Rechts würde die Bearbeitungsgebühr als versteckten Zins erkennen, mit den an anderer Stelle geschilderten Mitteln das System der Innenprovisionen bei Restschuldversicherungen regulieren, die Feststellung der Restschuld auf die vertraglich vereinbarte Berechnungsweise begrenzen und rein umschuldungsbedingte Zinserhöhungen wie die variable Zinsgestaltung an §315 BGB messen. Angesichts der herrschenden Rechtsprechung zur Zulassung aller dieser Umgehungen der von ihr aufgestellten Grundsätze, ist allerdings nicht zu vermuten, dass dieser Weg eine Chance hat. Damit bleiben so viele Anreize zu Kettenumschuldungen bestehen,

¹⁰³ $4 \cdot 5/10 \cdot 11 > 4 \cdot 4/10 \cdot 10$ ($0,18 > 0,16$)

¹⁰⁴ Am Beispiel des Hypothekenkredits: Reifner ZBB 2009 (im Erscheinen)

¹⁰⁵ Nchw. FN 88

dass ein System von Zusatzkrediten und Vertragsanpassungen, bei denen die Konsolidierung wie sonst auch bei Schulden aus verschiedenen Leistungen im Abrechnungssystem und nicht in der Vertragsvereinheitlichung erfolgt, wenig Chancen haben wird. Die Anreize zur wiederkehrenden Zerstörung bestehender Kreditverhältnisse durch wiederholten Neuaufbau mit einer Vielzahl juristischer Feinheiten, Klauseln und Rechenmethoden bleiben erhalten.

b) Art. RiLi 2008/48/EG

Dies könnte sich nach Umsetzung von Art. 16 der RiLi 2008/48/EG grundlegend ändern. Danach wird der Grundsatz, dass gesetzliche Kündigungsrechte der Verbraucher nicht mit wirtschaftlichen Nachteilen versehen werden dürfen, zugunsten einer klar umrissenen gesetzlichen Vorfälligkeitsentschädigung durchbrochen. Daraus ergibt sich aber ebenso, wie dies bei der gesetzlichen Regelung der Verzugszinsen der Fall war, neben denen die Rechtsprechung keinerlei weitere Kosten mehr zuließ, dass auch hier keine weiteren Kosten entstehen dürfen. Das bedeutet, dass die aktuell als verfallene Einmalkosten deklarierten Kosten auf die Laufzeit verteilt werden müssen. Die Verteilung folgt dabei der Aufteilung durch den effektiven Jahreszinssatz. Der mit diesem Zinssatz erreichte Tilgungsplan weist die ohne Kosten zu Beginn jedes Monats noch ausstehende Restschuld auf. Allein diese Restschuld kann der Kreditgeber danach fordern und hierzu den Zuschlag einer Vorfälligkeitsentschädigung berechnen.

c) Sittenwidrige Kettenkreditsysteme

Bei Kettenkrediten, bei denen die Vergabe eines Zusatzkredites oder eine Ratenherabsetzung bzw. die Bewältigung von Rückständen dazu führt, dass Vorkredite abgelöst oder ein bestehender Kredit umgeschuldet wird, hat sich die Rechtsprechung schwer getan, diese zusätzliche Belastung im Kredit in ihre Betrachtung des auffälligen Missverhältnisses einzubeziehen.¹⁰⁶ Die dabei verwandten Konstruktionen einer „Ansteckung“ durch die Sittenwidrigkeit von Vorkrediten, der Zuschlag der Umschuldungsverluste zum Nachkredit oder die Berücksichtigung als sonstige drückende Bedingung, die dann auch eine Überschreitung unter 100% genügen ließ, haben sich in der Praxis als unergiebig erwiesen. Die Umschuldungspraxis zur Erzielung von Zusatzgewinnen ist deshalb außer Kontrolle geraten.

Objektiv ergibt sich mit der hier beschriebenen Methode ein einfaches rechnerisches Mittel, alle Zusatzkosten in Betracht zu ziehen. Da § 138 Abs.1 BGB eine wirtschaftliche Betrachtung der Belastung verlangt kommt es bei der Feststellung, ob das Doppelte des Üblichen erreicht ist, auf die rechtliche Aufteilung der Kosten auf mehrere Verträge nicht an, wenn insgesamt das Ergebnis eines Kredites mit jeweiligen Auszahlungen und Anpassungen erreicht wird. Da, wie oben gezeigt, auch die Restschuldversicherungskosten vollständig miteinzubeziehen sind, weil das Problem der hälftigen Berücksichtigung nur beim Vergleichskredit gelöst werden kann, sind alle Ein- und Auszahlungen in ein Konto zu buchen, wobei die Erstattung der Prämien ebenso wie Barauszahlungen und Ablösungsbeträge an Dritte als Auszahlungen anzusehen ist. Auf Seiten des Verbrauchers werden alle nach den Verträgen bis zur jeweiligen Beendigung vorgesehenen Ratenzahlungen als Einzahlungen erfasst. Demgegenüber werden interne Umbuchungen zwischen den Krediten nicht erfasst, weil sie nur nominellen Charakter in Bezug auf das Gesamtkreditverhältnis haben.

Wird dieses Konto in ein Tabellenkalkulationsprogramm oder eine entsprechend eingerichtete Spezialsoftware eingebucht¹⁰⁷, so ist mit der Zielwertsuche derjenige Zinssatz festzustellen, der mit der Formel: $[\text{Neuer Kapitalstand} = ((1+i)^t * \text{vorheriger Kapitalstand})]$ jedes gebuchte Saldo um einen solchen Zinsbetrag erhöht, dass am Ende der Gesamtlaufzeit Einzahlungen und Auszahlungen + Zinsen sich gleich kommen.¹⁰⁸ Dieser Gesamtbelastungssatz muss nunmehr mit einem adäquaten Referenzzinssatz verglichen werden. Dieser Referenzzinssatz muss für die gesamte Laufzeit typisch sein. In aller Regel wird dies angesichts der nur geringen Bewegungen des Marktzinssatzes der ursprüngliche Marktzinssatz zum Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Kredites der Kette sein. Hat

¹⁰⁶ Nchw der Rspr. oben FN 78

¹⁰⁷ Infrage kommen MS-Excel, Calculator von Open Office, iff-finanzcheck etc.

¹⁰⁸ Das insitut für finanzdienstleistungen hat hierfür das Programm iff-finanzcheck.de entwickelt, dass bei den Verbraucherzentralen verfügbar ist und Gerichten auf Anfrage kostenfrei zur Verfügung gestellt wird.

sich allerdings der Marktzinssatz entscheidend verändert, so sollte der Nachweis für beide Seiten möglich sein, dass er höher oder geringer war. Dabei kann entweder der Durchschnitt der jeweils bei Neuabschluss des nächsten Kredites geltenden Marktzinssatzes gebildet werden. Es kann aber auch noch genauer ein gewichteter Durchschnitt der Marktzinssätze entsprechend dem Anteil der Auszahlungen an den Verbraucher bei Neuabschluss im Verhältnis zur gesamten Auszahlungssumme gebildet werden. Waren bei vier Umschuldungen die Marktzinssätze 10%, 11%, 11,5% und 12% pA und wurden im ersten Vertrag 10.000 € und in den drei Folgeverträgen jeweils zusätzlich 1.000 € ausgezahlt, so würde der Referenzzinssatz ($10.000/13.000 * 10\% + 1.000/13.000 * 11\% + 1.000/13.000 * 11,5\% + 1.000/13.000 * 12\%$) = 10,35% pA und damit die Wuchergrenze 20,7% pA betragen. Enthielt der Gesamtbelastungssatz Restschuldversicherungsprämien, so ist der Wucherzinssatz um die Hälfte einer üblichen Restschuldversicherungsprämie ausgedrückt in einem Effektivzinssatz zu erhöhen. Da die Prämie einer angepassten Risikolebensversicherung eines 40Jährigen Mannes z.B. 0,5% pA ausmacht, wäre damit ein Wucherzinssatz von 21,2% pA zum Vergleich des Gesamtbelastungssatzes heranzuziehen.

Mit dieser Berechnung wird allerdings nur das objektiv auffällige Missverhältnis dargestellt. Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsprechung nicht auf die Ausnutzung marktwirtschaftlicher Schwäche verzichtet, sondern sie bei einem einheitlichen Vertrag bei Vertragsschluss nur unwiderleglich vermutet, ist es fraglich, ob diese Vermutung auch bei einer Kreditkette für die gesamte bei Vertragsschluss evtl. noch nicht absehbare Kette gilt.

In der Tat kann dieser Vorwurf nicht ohne weiteres gemacht werden. Es ist durchaus denkbar, dass der Verbraucher über alle Umschuldungsnachteile aufgeklärt wurde, ihm rechtzeitig eine Berechnung der Verluste gegeben und ihm auch die Alternative von Kreditanpassung und Weiterführung angeboten wurde. Insbesondere bei externer Umschuldung ist es denkbar, dass der Verbraucher die Verluste in Kauf genommen hat, um nur noch einen Kreditgeber zu haben. Die Vermutung für eine sittenwidrige Übervorteilung tritt daher nur ein, wenn weitere Indizien darauf hindeuten, dass das Kettenkreditsystem bewusst eingesetzt wurde, um zusätzliche Gewinne zu erzielen. Dies gilt dann, wenn über die Nachteile nicht aufgeklärt wurde, hohe nicht erstattete Bearbeitungsgebühren und insbesondere Restschuldversicherungen verkauft wurden, die die hier gezeigten Merkmale hoher Verluste zugunsten der Bank haben. Wurde die Umschuldung als Vorteilhaft hingestellt oder sogar mit einer Aufforderung zur Zusatzkreditaufnahme angeboten oder auf nicht vorhandene Vorteile einer Ablösung externer Schulden verwiesen, so liegt die systematische Benachteiligung nahe. Eine Nachfrage bei Verbraucherzentralen kann im übrigen auch dem Gericht schnell deutlich machen, welche Banken das Kettenkreditsystem systematisch betreiben.

Insoweit haben die Gerichte als Korrektiv einer rein objektiven Wucherbetrachtung die Möglichkeit, auf das Vorbringen der Parteien zum subjektiven Tatbestand besonders einzugehen. Der rechtspolitische Vorteil bestünde darin, dass die Verbraucherverbände und Presse sich verstärkt den Hintergründen solcher Systeme zuwenden und die Verbraucher darüber adäquat informieren würden.

3.Ergebnis

Es spricht vieles dafür die Restschuldversicherung beim Wuchervergleich als Kosten des Kredites so zu berücksichtigen, wie sie den Kreditnehmer belastet. §138 Abs.1 BGB wird in der Rechtsprechung weitgehend als ergebnisorientierte („verantwortliche Kreditvergabe“) und nicht nur als prozessorientierte („faire Kreditvergabe“) begriffen.

Aber auch wenn man den Fairnessansatz marktwidrigen Verhaltens in §138 Abs.1 BGB zur Geltung bringt und gleiche Produkte bei hälftiger Kostenzuordnung vergleichen will, so ist dies mathematisch korrekt nur in der Weise möglich, dass der effektive Jahreszinssatz des Vertragskredites incl. aller Kosten der Restschuldversicherung mit einem um ¼ der Kosten einer vergleichbaren Risikolebensversicherung erhöhten Vergleichskreditzinssatzes verglichen wird. Vergleichbar ist eine solche Versicherung, wenn sie auf die gleiche Laufzeit sowie eine

Versicherungssumme proportional reduziert wird, die die Hälfte der Bruttokreditsumme ausmacht. Finanzierungskosten sind nicht zu berücksichtigen.

Kettenkredite sind wie ein fortlaufender Kredit mit Aus- und Einzahlungen zu behandeln, wobei die Vermutung der Ausbeutung widerleglich ist.