

Unser 'Bank-Recht intern'-Autorenteam:

RA Dr. Jan-David Jansing und RA Dr. Bernd Linnebacher, VOELKER & Partner mbB, Reutlingen

Kontakt: über bank@kmi-verlag.de oder unmittelbar info@voelker-gruppe.com

## Ein Angriff auf das Gewaltenteilungsprinzip: BaFin-Allgemeinverfügung

– von Dr. Jan-David Jansing und Dr. Bernd Linnebacher –

Am 21.06.2021 hat die BaFin eine **Allgemeinverfügung** erlassen und Banken verpflichtet, alle Verbraucher zu kontaktieren, mit denen sie **Prämienparverträge** abgeschlossen haben (auch gekündigte Verträge werden erfasst): Banken müssen Verbrauchern rechtliche Erläuterungen geben und gegenüber ihren Kunden eingestehen, die Verträge könnten fehlerhafte Zinsanpassungsklauseln enthalten (nachdem der BGH 2004 die bis dahin unbeanstandeten ermessensabhängigen Änderungsklauseln verworfen hatte), die zur Schließung der entstandenen Lücke im Vertrag eingeleiteten Maßnahmen seien u. U. nicht rechtmäßig und daraus könnten Nachberechnungs- und Nachzahlungsansprüche resultieren. Zugleich müssen Banken die 'unwiderrufliche Zusage' zu einer Nachberechnung der betroffenen Prämienparverträge machen (sofern der BGH verbindliche Berechnungsparameter hierfür in Zukunft vorgibt) oder ein individuelles Angebot für eine Vertragsanpassung unterbreiten.

Die BaFin sieht sich nach § 4 Abs. 1a **FinDAG** zur Missstandsaufsicht berufen, da Banken sich weigerten, die *"höchstrichterliche Rechtsprechung umzusetzen"*. Es bedarf nicht viel Fantasie, um sich vorzustellen, sie werde so auch auf andere Urteile reagieren, in denen die Wirksamkeit einzelner AGB verneint wird (z. B. das Urteil zur Unwirksamkeit des AGB-Änderungsmechanismus). Dabei soll die Missstandsaufsicht nicht nur dort greifen, wo die Rechtslage glasklar und eindeutig ist, sondern auch dort, wo nur mit einer komplexen juristischen Bewertung der Sach- und Rechtslage beurteilt werden kann, welche Rechtsfolgen sich aus der Verwendung unwirksamer AGB ergeben: Denn zur Schließung der durch die ungültige Zinsanpassungsklausel entstandenen Vertragslücke in den Prämienparverträgen bedarf es einer auf das konkrete Produkt, den individuellen Kunden und den jeweiligen Vertragsschlusszeitpunkt bezogenen *"ergänzenden Vertragsauslegung"* unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen zur Ermittlung des hypothetischen Willens von Bank und Kunde. Diese komplexe Aufgabe ist aber u. E. ausschließlich den Gerichten in jeweiligen Einzelverfahren vorbehalten und nicht der BaFin.

Dabei weiß die BaFin selbst, dass es gar keine verallgemeinerungsfähigen Maßstäbe der ergänzenden Vertragsauslegung gibt: Einerseits verweist sie auf ein angeblich aussagekräftiges Urteil des BGH von 2010 (welches aber ein völlig anderes Produkt mit viel weiterreichenden Kündigungsbeschränkungen und ein Zinsumfeld ohne Negativzinsen betraf), andererseits heißt es in der Verfügung, es 'stünde' bzgl. Prämienparverträgen eine höchstrichterliche Klärung der ergänzenden Vertragsauslegung 'noch aus'. Bekanntlich hat ja bereits das **OLG Dresden** im ersten Musterklageverfahren zu Prämienparverträgen festgestellt, die Neufestsetzung einer Zinsberechnungsformel könne nie Gegenstand eines Musterklageverfahren sein (sondern nur Gegenstand eines Individualprozesses), weil es an der nötigen Verallgemeinerungsfähigkeit der Berechnungsprämisse fehle. Und selbst wenn sich der BGH künftig äußert: Wer soll dann entscheiden, auf welche konkreten Produkte diese Entscheidung tatsächlich Anwendung findet? Wer soll kontrollieren, ob eine Nachberechnung in allen Punkten dem entspricht, was (Aus Sicht des Kunden? Aus Sicht der Bank? Aus Sicht der BaFin? Aus Sicht des BGH?) aus einem künftigen BGH-Urteil abzuleiten ist?

Ihr direkter Draht ...



**0211/6698-321**

Fax: 0211/6698-777

e-mail: bank@kmi-verlag.de

... für den vertraulichen Kontakt

### Impressum

**markt intern** Verlagsgruppe – **kapital-markt intern** Verlag GmbH, Grafenberger Allee 337a, D-40235 Düsseldorf. Tel.: +49 (0)211 6698 199, Fax: +49 (0)211 6698 777. www.kmi-verlag.de. Geschäftsführer: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber, Dipl.-Ing. Günter Weber. Gerichtsstand Düsseldorf. Handelsregister HRB 71651. Vervielfältigung nur mit Genehmigung des Verlages.

**Bank intern** Herausgeber: Dipl.-Ing. Günter Weber. Redaktionsdirektoren: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber. Chefredakteur: Rechtsanwalt Dr. Axel J. Prumm. Redaktionsbeirat: Dipl.-Ing. Dipl.-Oen. Erwin Hausen, Christian Prüßing M.A., Dipl.-Oec. Curt Jürgen Wulle. Druck: Theodor Gruda, www.gruda.de. ISSN 1615-522X

Zudem gibt es den von der BaFin angenommenen 'Missstand' gar nicht: Dieser soll darin bestehen, dass Kreditinstitute die für das Neukundengeschäft nach 2004 entwickelten Zinsberechnungsformeln auch bei Altverträgen angewandt und die Zinsen auf Basis einer Mischkalkulation (=Mischung aus kurz- und langfristigen Referenzzinssätzen wird zum Maßstab der Zinsänderung) und einer absoluten Marge (=Abstand zwischen Endkundenzins und Referenzzins in Höhe von XY Prozentpunkten wird beibehalten) angepasst hätten – anstatt sich nur an einem langfristigen Referenzzins und einer relativen Marge (=Endkundenzins entspricht XY % des Referenzzinses) zu orientieren. In dieser Verwendung der (auch aus Sicht der BaFin zulässigen!) Klauseln für das Neukundengeschäft auch bei den Altverträgen sieht die BaFin einen einseitigen "Eingriff in das Vertragsgefüge" – was aber falsch ist, da die Verträge nie geändert wurden und jeder Verbraucher stets alle Nachzahlungen fordern konnte, die aus seiner Sicht geschuldet sind, wenn man bei der 'ergänzenden Vertragsauslegung' von anderen, verbraucherfreundlicheren Prämissen ausgeht.

Auch ignoriert die Allgemeinverfügung praktische Probleme: Wenn für jeden Kunden eine Nachberechnung seit Vertragsbeginn durchgeführt werden soll, müssen alle Berechnungsparameter individuell bezogen auf den Vertragsabschlusszeitpunkt ermittelt werden. Dabei müssen u. U. Zeitreihen für die Zinsberechnung herangezogen werden, die es heute nicht mehr gibt und es müssen alle Zahlungsströme seit Vertragsbeginn rekonstruiert werden – was z. B. bei Verträgen aus den 1990er-Jahren mit variabler Rate oder Sonderzahlungsoptionen schon am fehlenden Datenbestand scheitert. Erfahrungen aus konkreten Kundenbeschwerden zeigen zudem, dass die Ermittlung des Verlaufs eines einzigen Vertrags eine(n) Bankmitarbeiter/in einen ganzen Arbeitstag lang bindet – und das Ergebnis allenfalls eine näherungsweise Betrachtung darstellt.

Hinzu kommen Unklarheiten in der Verfügung selbst: Wie sollen z. B. die Kunden konkret informiert werden? Soll das geforderte Änderungsangebot rückwirkend oder nur für die Zukunft gelten? Aus unserer Sicht ist bereits wegen solcher Rechtsunsicherheiten bei der geforderten Umsetzung der Allgemeinverfügung anzuraten, Widerspruch einzulegen – schon deshalb, weil dieser aufschiebende Wirkung hat und die Verfügung dann bis zum Verfahrensabschluss nicht beachtet werden muss.

Aktuell raten alle Verbände, nur pro forma Widerspruch einzulegen und wenige Muster-Widerspruchsverfahren durchzuführen. Dabei zeigt unsere Erfahrung, dass es viele Besonderheiten bei der konkreten Produktgestaltung gibt und manche Vertragstypen bei näherem Hinsehen aus dem Anwendungsbereich der Verfügung sogar herausfallen (z. B. Verträge ohne verpflichtende Anspannleistung, bei denen Kunden beliebig Einmalzahlungen oder änderbare Raten leisten können) bzw. die Frage der tatsächlichen Umsetzbarkeit der Allgemeinverfügung bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit bank-individuell beurteilt werden muss. Wollen Institute also den Ausgang bundesweiter Musterverfahren abwarten, muss gleichwohl schon jetzt sichergestellt werden, dass im Falle eines Obsiegens der BaFin solche Besonderheiten künftig weiter Berücksichtigung finden können (z. B. in einem eigenen Klageverfahren) und dass bis dahin Kundenbeschwerden ebenso wie etwaige Rückstellungen auf Basis einer fundierte(n), individuellen Betroffenheitsanalyse gesteuert werden.

Es sollten alle rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft werden, damit die BaFin sich mit der Allgemeinverfügung nicht durchsetzt: Sonst entscheiden künftig nicht mehr Gerichte in individuellen zivilrechtlichen Verfahren darüber, was Verbrauchern zusteht, sondern nur noch die Aufsichtsbehörden. Der Angriff auf das verfassungsrechtlich garantierte Gewaltenteilungsprinzip hat bereits begonnen.



Dr. Jan-David Jansing (li.) und Dr. Bernd Linnebacher (re.) von **VOELKER & Partner** (Reutlingen, Stuttgart, Balingen) vertreten ca. 40 % der Sparkassen und Volksbanken in Baden-Württemberg in allen bankrechtlichen Belangen.



In Europas größter Informationsdienst-Verlagsgruppe...

...erscheinen die wöchentlichen Branchenbriefe:

steuerberater intern  
immobilien intern  
umsatzsteuer intern  
Ihr Steuerberater  
steuertip GmbH intern  
EXCLUSIV (Schweiz)

Augenoptik  
Auto  
Taschkette  
Möbel  
Schmuck  
Elektrosach  
Unterhaltungselektronik  
Apotheke  
Sanitär  
Pflanzung  
Damenmode  
Möbel  
Fachhandel  
Büro  
Fachhandel  
Sport  
Fachhandel  
Elektro  
Fachhandel  
Werkzeuge  
Wäsche  
Stühle  
Handarbeiten  
Parfümerie  
Kosmetik  
Mittelstand  
Spielwaren  
Basteln  
Elektro  
Installation  
Desserts  
Eisenwaren  
Garten  
Münz  
Faschine  
Schuh  
Fachhandel  
Foto  
Fachhandel  
Tele  
kommunikation  
Modellbau

Bank intern  
kapitalmarkt intern  
finanztip  
versicherungstip  
investment intern  
inside track (USA)