

RA WP StB FASSt Dr. Thomas Ditges*

28.07.2017

**ZUM NUTZUNGSERSATZANSPRUCH DES DARLEHENSNEHMERS ALS RECHTSFOLGE DES
WIDERRUFS DES VERBRAUCHERIMMOBILIARDARLEHENSVERTRAGS**

Übersicht

- I. Status quo
- II. Widerrufsfolgen
- III. Fruchtziehung aus dem Kapitaldienst
 1. Nutzungsersatz auf den Kapitaldienst dem Grunde nach
 2. Nutzungsersatz auf den Kapitaldienst der Höhe nach
 - a) Verzinsung
 - b) Vermutung
 - c) Banktypische Rendite
 - d) Bemessungsgrundlage
- IV. Leistungen nach Widerruf
- V. Kapitalertragsteuer

Die Beurteilung durch den Bundesgerichtshof steht aus. Die bisherige Rechtsprechung zur Bemessung des Anspruchs des Darlehensnehmers auf Ersatz der bankseits aus dem Kapitaldienst gezogenen Nutzungen bedarf rechtlicher Revision nach betriebswirtschaftlichen Vorgaben. Der Beitrag analysiert, was auszuschließen ist, und vermittelt Lösungen.

- I. Status quo

Gerne wären Teile gereifter Rechtsprechung die Geister wieder los. Die rief der BGH im Jahr 2012¹, als er begann neben den unklaren gesetzlichen Deutlichkeitserfordernissen gem. §§ 495, 355 BGB auch noch an die Gesetzlichkeitsfiktion des § 14 Abs. 1 BGB-

* Der Verfasser ist Partner der Kanzlei DITGES Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater in Bonn, www.ditges.de

¹ BGH, Urteil vom 15.08.2012 - VIII ZR 378/11

InfoV mechanistisch förmelnde Anforderungen des Abgleichs vollständiger inhaltlicher Entsprechung von Vorgabe und Umsetzung nach Art eines Algorithmus zu stellen², um nur noch ein Residuum formalisierten Vertrauens³ zu erschließen. Gegen manche Anläufe auch obergerichtlicher Rechtsprechung⁴ ist er dabei geblieben⁵. Zuvor hatte sich die Vertragspraxis redlich bemüht, die panikartige Nacht- und Nebelaktion des Gesetzgebers⁶ sowohl zur Berücksichtigung der Heininger-Entscheidung des EuGH⁷ als auch zur Konsolidierung verschiedener Belehrungszwecke zum Verbraucherdarlehen, zum Haustürgeschäft und zum verbundenen Geschäft⁸ zu kompensieren. Das betraf einerseits die Erfüllung der formellen und materiellen Deutlichkeitsanforderungen des Gesetzes, andererseits die Optimierung der erkennbar missglückten Umsetzung des Formulierungsmusters durch den gesetzlich ermächtigten Verordnungsgeber zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV. Das Ergebnis korrespondiert qualitativ mit dem Versagen des Gesetzgebers in unglaublicher Abfolge folgenschwerer Fehleinschätzung⁹ mit der Folge der in den Grenzen der sunset-Klausel¹⁰ nachhaltigen Erschließung des Widerrufsjokers zur Rückabwicklung von inzwischen bis zu 15 Jahre alten Verbraucherdarlehensverträgen¹¹, d. i. weit über alle bisher selbst für Fälle der Arglist bekannten Anfechtungsgrenzen (§ 124 Abs. 3 BGB) hinaus.

Ungeachtet der bundesweiten Prozesslawine mit gerichtlichen Eingängen wohl im sechsstelligen Zahlenbereich bleibt das Meiste offen und umstritten, beginnend mit prozessualen Fragen vom Feststellungsinteresse¹² bis zum Streitwert, führend über materiellrechtliche Fragen zur Deutlichkeit, insbesondere des Beginns der Widerrufsfrist und endend bei den Gründen des Erlöschens des Widerrufsrechts, etwa wegen subjektiven

² vgl. Schnauder, NJW 2015, 268 ff.

³ Schmidt-Kessel/Schäfer, WM 2013, 2024

⁴ exemplarisch OLG Bamberg, Urteil vom 25.06.2012 - 4 U 262/11

⁵ BGH, Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 564/15

⁶ vgl. Lechner, WM 2017, 689

⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.2001 - Rs. C - 481/99

⁸ vgl. Braunschmidt, NJW 2014, 1558

⁹ Lechner, WM 2015, 2165, 2173

¹⁰ Art. 229 § 38 Abs. 3 EGBGB; dazu Omlor, NJW 2016, 1265

¹¹ vgl. § 355 BGB i.d.F. ab 01.01.2002 mit sechs Änderungen

¹² dazu BGH, Urteil vom 24.01.2017 - XI ZR 183/15; Urteil vom 21.02.2017 - XI ZR 467/15; Urteil vom 14.03.2017 - XI ZR 442/16; Urteil vom 16.05.2017 - XI ZR 586/15; Ditges, Thomas, Das prozessuale Feststellungsinteresse zur Widerruflichkeit des Verbraucherdarlehens, ditges.infothek, 27.07.2016, <http://www.ditges.de/media/veroeffentlichungen/>

Missbrauchs des zweiwöchigen Übereilungsschutzes aus rein wirtschaftlichen Gründen¹³ oder wegen illoyaler Rechtsausübung objektiver Art in Form der Verwirkung¹⁴. Manches davon ist zwar nicht geklärt, aber jedenfalls vorläufig auch dann höchstrichterlich judiziert¹⁵, auch wenn Wirtschaft und Verbraucher das Vertrauen in die Rechtsprechung verlieren und die Verhältnisse vielfach zum Anlass nehmen, weiteren evtl. artifiziellen judikativen Überraschungen durch Einigung oft in letzter Sekunde zu entgehen. Selbst dieses Spektrum des Erledigten bleibt offen, dürften doch sämtliche angesprochenen Fragen - vom Fristbeginn nach der „frühestens“-Klausel bis hin zur illoyalen Rechtsausübung - eine verfassungsrechtliche Überprüfung verdienen¹⁶ und steht etwa zur richtlinienkonformen Auslegung¹⁷ von §§ 491 Abs. 1, 495 Abs. 1 BGB aF und 242 BGB mit der Folge des Ausschlusses des Widerrufsrechts bei Vollerfüllung¹⁸ die Vorlage an den EuGH gemäß Art. 264 AEUV aus.

II. Widerrufsfolgen

Ähnlich hilflos lässt die Rechtsprechung die Darlehensparteien hinsichtlich der Rechtsfolgen aus der Modulierung in ein Rückabwicklungsverhältnis nach Widerruf. Der Darlehensgeber hat gem. § 346 Abs. 1 Hs. 1 BGB Anspruch auf Herausgabe der Darlehensvaluta ohne Rücksicht auf Tilgung und gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und S. 2 BGB Anspruch auf Herausgabe von Wertersatz für die Gebrauchsvorteile an der überlassenen Darlehensvaluta. Der Wertersatzanspruch folgt aus dem marktüblichen Zins gemäß der MFI Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank für Wohnungsbaukredite an private Haushalte und in dessen Streubreite¹⁹ bei ergänzender Berücksichtigung individueller Parame-

¹³ vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 27.01.2016 - 17 U 16/15, Rn. 35; BGH, Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 564/15, Rn. 45 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.10.2015 - 6 U 148/14, Rn. 44; Urteil vom 18.04.2017 - 6 U 36/16, Rn. 47, aA OLG Hamburg, Urteil vom 02.04.2015 - 13 U 87/14, BeckRS 2015, 17033, Rn. 18 ff.

¹⁴ vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 501/15, Rn. 41; Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 564/15, Rn. 37; Urteil vom 11.10.2016 - XI ZR 482/15, Rn. 30 f.

¹⁵ Überblick bei Lechner, WM 2017, 689 ff., 737 ff.

¹⁶ vgl. Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605; OLG Hamburg aaO

¹⁷ gem. Art. 6 Abs. 2 Buchstabe c iVm Erwägungsgrund 24 Richtlinie 2002/65/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Ferndienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG

¹⁸ dazu LG Bonn, Urteil vom 13.02.2017 - 17 O 184/16; Urteil vom 29.08.2016 - 17 O 118/16, BeckRS 2016, 106403

¹⁹ BGH, Urteil vom 19.01.2016 - XI ZR 103/15, Rn. 18

ter dem Vertragszins²⁰. Dem stehen die Ansprüche des Darlehensnehmers auf Herausgabe des Kapitaldienstes aus Zins- und Tilgungsleistungen gem. § 346 Abs. 1 Hs. 1 BGB gegenüber und evtl. Ansprüche auf Ersatz der aus dem Kapitaldienst gezogenen Nutzungen gem. §§ 346 Abs. 1 Hs. 2 BGB im Umfang der Fruchtziehung gem. § 100 BGB.

III. Fruchtziehung aus dem Kapitaldienst

Anders als die Ermittlung des Wertersatzanspruchs des Darlehensgebers nach allgemeinen Zinsregeln macht die Ermittlung der Fruchtziehung aus der temporären Nutzungsüberlassung des Kapitaldienstes methodische und rechnerische Schwierigkeiten²¹, solange nicht die Regeln des Wertersatzes für die Gebrauchsüberlassung des Darlehens spiegelbildliche Anwendung finden. Letzteres scheitert an der Marktgängigkeit von Kundendarlehen an die Bank. Deren Erfolgsermittlung folgt den Grundsätzen betriebswirtschaftlicher Gewinnermittlung. Gewisse Entlegenheit für die judikative Praxis gibt Anlass für Überlegungen zu deren grundlegender Ausrichtung. Die führt zu Erkenntnissen teils der Unhaltbarkeit bisheriger Rechtsanwendung teils der Notwendigkeit systematisierender Orientierung.

1. Nutzungersatz auf den Kapitaldienst dem Grunde nach

Vorab fragt sich, ob ein Nutzungersatz im Rückabwicklungsverhältnis überhaupt in Betracht kommt, beinhaltet doch der Kapitaldienst lediglich die Rückführung der Nutzungsüberlassung und würde eine andere wirtschaftliche Zuordnung eine entsprechende wirtschaftliche Anpassung des wechselseitigen Zinsgefüges bedingen.

Teile der Rechtsprechung präkludieren den Nutzungersatz auf rückabzuwickelnden Kapitaldienst. Das Landgericht Stuttgart schloss den Nutzungersatz auf den Tilgungsdienst aus²², das Landgericht Bonn den Nutzungersatz auf Tilgungs- und Zinsdienst²³. Die Entscheidungen stützen sich auf eine Modifikation der Rücktrittsregeln. Diese sei veranlasst,

²⁰ vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2007 - XI ZR 324/06, Rn. 29

²¹ vgl. Piekenbrock/Rodi, WM 2015, 1085 ff.

²² Urteil vom 09.04.2015 - 12 O 239/14

²³ Urteil vom 19.05.2015 - 3 O 206/14

um der spezifischen Rückabwicklungssituation sachgerecht Rechnung zu tragen²⁴. Anders als bei üblichen Austauschverhältnissen sei die Pflichtenstruktur asymmetrisch, indem der Wert der kumulierten Zinsschuld des Darlehensnehmers hinter der Nebenpflicht zur Rückgewähr der Valuta zurückbleibe und der Darlehensgeber hinsichtlich der Valuta in Vorleistung trete, ohne dass die so ausgetauschten Leistungen planmäßig auf Dauer bei den Vertragspartnern verblieben. Eine Verpflichtung des Darlehensgebers zum Leisten von Nutzungsersatz auf den zurückzuführenden Kapitaldienst verändere das Synallagma zu Lasten des Darlehensgebers, welcher bei Widerruf schlechter gestellt werde als ohne. Trotz Abwendung der Rechtsprechung von diesen Überlegungen bleibt die Gedankenführung sachgerecht und methodisch vertretbar per Auslegung erschlossen. Anders betont der BGH im Streitwertbeschluss vom 12.01.2016²⁵ im Grundsatz die Erstattungspflicht des Darlehensgebers hinsichtlich der Nutzungen aus dem Kapitaldienst. Das freilich betreffe „*nur tatsächlich gezogene Nutzungen*“, ohne dass die Folgerechtsprechung diesen möglichen Hinweis auf § 302 BGB als Einschränkung versteht.

Auch die Folgeentscheidungen bleiben dazu ohne Aussage²⁶. Jüngst bekräftigt der Bankenschat den Nutzungstatbestand, allerdings in prozessrechtlicher Erledigung ohne Beantwortung der Frage nach der Bemessungsgrundlage einer Verzinsung²⁷.

U. E. kann die Auslegungsfähigkeit der gesetzlichen Vorgaben an das Rückabwicklungsverhältnis offen bleiben. Einer Modifikation der Rücktrittsregeln bedarf es nicht. Die Vorstellung, jede per Rücktritt zurückzuführende liquide Aus- oder Einzahlung müsse um eine Fruchtziehung anzureichern sein, ist betriebswirtschaftlich wie rechtlich unschlüssig. Es geht nicht punktuell um die Herausgabe fiktiver Verzinsung von Liquidität, sondern um die sachgerechte wirtschaftliche und zeitliche Zuordnung des tatsächlichen Nutzens aus der beiderseitigen Leistungsbeziehung. Der singuläre Nutzen aus der Überlassung des Kapitaldienstes an den Darlehensgeber entfällt bei einer Gesamtschau. Dem Kapitaldienst auf das Darlehen und dessen Nutzen einerseits sind andererseits statt der Konditionen des Vertrages die eines fiktiven Marktdarlehens für den Wertersatz des Dar-

²⁴ Anlehnung an OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 20.11.2012 - 13 U 122/12, Rn. 18

²⁵ BGH, Beschluss vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15

²⁶ vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2017 - XI ZR 564/15, Rn. 50 ff.

²⁷ aaO Rn. 27

lehensnehmers gegenüberzustellen, welches ihm die Valuta vollständig bis zum Widerruf zuweist. Neben der Tilgung wäre der Zins für das fiktive Darlehen kalkulatorisch endfällig, entsprechend vom Darlehensgeber vorauszuleisten. Der Wert der höheren Nutzbarkeit der Endfälligkeit kommt kalkulatorisch in der Verteuerung des Zinssatzes zum Ausdruck. Der Kapitalwert der Zinsdifferenz, d. i. der Unterschiedsbetrag zwischen dem Margenbarwert des nach vertraglichen Fälligkeiten zu verzinsenden Darlehens und dem Margenbarwert des fiktiv endfällig zu verzinsenden Darlehens, sollte den Nutzungersatzanspruch des Darlehensnehmers aus seinem temporären Kapitaldienst kompensieren. Für den Nachteilsausgleich stehen bei Berechnung die Regeln der Aufrechnung zur Verfügung.

2. Nutzungersatz auf den Kapitaldienst der Höhe nach

Wie selbstverständlich orientiert die Rechtsprechung den Nutzen per Zinsrechnung²⁸, ohne dass dies nennenswert in Frage gestellt wäre²⁹. Die aufwendige Diskussion um die Entlehnung des maßgeblichen Zinssatzes aus gesetzlichen Vorgaben, etwa allgemeinen Verzugsvorschriften gem. § 288 Abs. 1 BGB oder in partieller Sachnähe zum Verbraucherdarlehensrecht aus § 497 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.³⁰ führt auf einen wirtschaftlichen Nebenkriegsschauplatz, wenn die Bemessungsgrundlage der Fruchtziehung eine gegenüber der Summe des Kapitaldienstes reduzierte Größenordnung ausmacht. Die Regeln der ordentlichen Bankgeschäftsführung halten zum Nutzen keine konventionalisierten Methoden und Ergebnisse vor. § 302 BGB beschränkt die Herausgabepflicht auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen. Die Rechtsprechung reduziert sich auf eine selektive Betrachtung der Parameter Kapitaldienst als Bemessungsgrundlage und Zinssatz aus dem Recht der Schuldverhältnisse. Auch wenn ein richtiges Ergebnis der rechtlichen Betrachtung mangels unstreitiger Berechnungsmethodik nicht ohne weiteres greifbar ist, sollten unschlüssige zu eliminieren sein.

²⁸ BGH, Urteil vom 22.09.2015 - XI ZR 116/15, Rn. 7; vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15, Rn. 18 ff.; vom 25.04.2017 - XI ZR 573/15, Rn. 12

²⁹ dazu Ditges/Dendorfer-Ditges, BKR 2015, 361

³⁰ BGH, Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 564/15, Rn. 58

a) Verzinsung

Schon die Vorstellung von „Verzinsung“ führt irre. Ihr fehlt die Fruchtziehung (§§ 99, 100 BGB). Zinsen und Gebrauchsvorteile sind methodisch verschieden. Zinsen sind Bruttoerlös vor Bearbeitungsaufwand, Risiko, Provisionen etc. und nur teilweise Gewinn, gleichsam Umsatz. Zinsen setzen Kapital als Bemessungsgrundlage voraus, Fruchtziehung nicht. Fruchtziehung ist Erfolg oder Ergebnis aus dem Geschäftsvorfall i. S. von Gewinn. Die Unterschiedlichkeit der Parameter von Zinserlös und Gewinn gestattet auch keine Verschränkung der Betrachtungen im Sinne einer Vermischung von Umsatz- und Ertragselementen.

b) Vermutung

Nichts anderes geben die Regeln zur tatsächlichen Vermutung her. Danach wäre die Fruchtziehung anhand der Geschäfts-, Lebens- oder Gerichtserfahrung zu ermitteln. Dem steht die Anlehnung an irrealen Verhältnisse entgegen, dogmatisch zweckwidrig durch Festschreibung nicht bestehender Erfahrungstatsachen per missbräuchlichen Anlegens tatsächlicher Vermutung des Gegenteils von Erfahrungstatsachen und bezogen auf Umsatz statt Ertrag als Bemessungsgrundlage³¹. Schon teleologisch vermitteln die gesetzlichen Regeln zum Verzug nicht den Anspruch der Abbildung einer Fruchtziehung, weder im Einzelfall noch über die Summe der Jahre. Keine besseren Pauschalierungsvorstellungen ergeben andere gesetzliche Hilfestellungen zur Handhabung der Verzinsung, etwa 9 %ig ü.B. gem. § 288 Abs. 2 BGB, 4 %ig gem. § 246 BGB, 6 %ig gem. § 238 AO etc. Nichts Anderes erschließt außerhalb bloßer Ergebnisbehauptung höchstrichterliche Rechtsprechung³².

Für die Beurteilung des Nutzens anhand des Verzinsungsgedankens maßgeblich sind die Verhältnisse zur Zeit der Mittelverwendung, d. i. nicht der Zeitpunkt aus der Finanzierung des Darlehens durch den Darlehensgeber, sondern der Zeitraum ab Aufnahme des

³¹ dazu Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 347 Rn. 65 mwN

³² exemplarisch BGH, Urteil vom 12.07.2016 - XI ZR 564/15, Rn 58

Kapitaldienstes bis hin zum aktuellen Marktumfeld. Letzteres prägt seit dem Jahr 2009 die Niedrigzinsphase, für welche beispielsweise die Deutsche Bundesbank anlagespezifische Zinssätze mit Spitzenrefinanzierungsfazilitäten bis Frühjahr 2016 fallend auf 0,25 % p.a. ausweist³³.

Die durchschnittliche aktuelle nominale Kapitalrendite auf Tagesgeld liegt unter 0,1 % p.a., die Nettorealverzinsung nach Einbeziehung der Inflation darunter. 10-jährige deutsche Bundesanleihen rentierten im Jahr 2016 bei 0 % p.a. und darunter. Banken haben keinen strukturell besseren Kapitalertrag als andere Unternehmen. Die Vermutung wäre in Anwendung gewisser anerkannter Vorstellungen zur Richtigkeit oder Wahrscheinlichkeit des Bezugspunkts³⁴ schätzend am aktuellen und am historischen durchschnittlichen Kosten- und Leistungsumfeld zu orientieren. Ein Zinssatz in Höhe von 5 % oder bei Realkrediten 2,5 % ü.B. p.a. ergibt sich daraus seit langem nicht.

Die Rechtsprechung betont die Widerlegbarkeit der tatsächlichen Vermutung³⁵, ohne damit deren Ansatz zu rechtfertigen. Allein führt dessen vom Tiefstzins geprägter offenkundiger Mangel sogleich zur Widerlegung abseitiger Vermutungsergebnisse, ohne dass daran überhöhte Anforderungen nach Art der Zubilligung einer Wolkenkuckucksverzinsung zu stellen sind.

c) Banktypische Rendite

Zugleich sperren oder widerlegen die typischen Verhältnisse der Immobilienbank die Vermutung.

Ungeachtet des regelmäßigen Fehlens der Ausrichtung der Finanzbuchführung und der betriebswirtschaftlichen Erfolgsrechnung der Banken auf die Ermittlung des Nutzens temporären Kapitals dürfte eine Verpflichtung zur Offenlegung dieser internen Daten oder deren Grundlagen zum Zwecke der Ermittlung fehlen. Das wäre unzumutbar. Ähnlich

³³ Quelle: https://www.bundesbank.de/redaktion/de/downloads/statistiken/geld_und_kapitalmaerkte/zinssätze_renditen/S510TTEZBZINS.PDF?_blob=publicationfile

³⁴ vgl. Musielak, JA 2010, 561, 563

³⁵ exemplarisch BGH, Urteil vom 25.04.2017 - XI ZR 573/15, Rn. 18

wie hinsichtlich der Zulässigkeit abstrakter Schadensberechnung anhand marktüblicher Zinssätze ist die Bank nicht verpflichtet zu offenbaren, wie sie sich refinanziert und organisiert und wie sie Ausleihungen kalkuliert³⁶. Schlechthin resultiert das Ergebnis des Bankgeschäfts aus der Summe von Einzelgeschäftserfolgen³⁷, abhängig von einer Vielzahl unterschiedlichster Bedingungen wie Größe, Schwerpunkte, Geschäftsart etc. Im Ergebnis ist der Kalkulationsnutzen einfacher Geschäftsvorfälle kaum quantifizierbar. Wer dazu im Streit die prozessualen Darlegungs- und Beweislasten trägt, ist offen und verdient eine eigene Betrachtung.

Typisierend ist für die Bemessung des Nutzens anhand durchschnittlicher kalkulatorischer Ertrags- und Aufwandsverhältnisse von der fristenkongruenten Refinanzierung der ausgegebenen Darlehen hinsichtlich Zins und Tilgung auszugehen. Der Nutzen ergibt sich nicht isoliert, sondern sachgerecht kostenrechnerisch. Dem Ertrag aus dem Kapitaldienst des Darlehensnehmers steht der Aufwand der Bank für die Eindeckung durch Mittelbeschaffung oder Refinanzierung gegenüber. Dann bleibt für das Eigengeschäft die Bruttomarge, auch zu verstehen als Eigenumsatz, planmäßig finanziert aus Teilbeträgen des Kapitaldienstes des Darlehensnehmers, verkürzt darzustellen als Differenz zwischen Ausleihungs- und Refinanzierungszins. Für den Realkredit ergibt die längerfristige Orientierung der Geschäftserfahrung eine durchschnittliche Bruttomarge von 0,5 % p.a. Das wäre im Handel der Umsatz zwischen Aufwand für den Wareneinsatz und Ertrag aus dem Verkauf. Wenn daraus in grober kostenrechnerischer Orientierung drittelnweit paritätische Anteile von Verwaltungsaufwand (direkt zuzuordnende Kosten, Provisionen, Gemeinkosten, Overheads), Risiko und Nettoergebnis oder Gewinn angesetzt werden, beträgt die Nettomarge des Realkreditinstituts 0,17 %.

Denkbar wäre die Orientierung der Kapitalrendite als Nutzen an den Verhältnissen des konkreten historischen, widerrufenen Kredits. Auch wenn für die Ermittlung des Nutzens des Darlehensgebers aus der Fruchtziehung aus dem Kapitaldienst nicht die Mittelherkunft der Darlehensvaluta, sondern die Mittelverwendung der Annuitäten maßgeblich ist,

³⁶ vgl. BGH, Urteil vom 28.04.1988 - III ZR 57/87, NJW 1988, 1967, zu III. 3.

³⁷ vgl. Schierenbeck/Lister/Kirmße, Ertragsorientiertes Bankmanagement, 9. Aufl. 2014, 2. Kap. A. I. 2., S. 53 - 56

mag im Einzelfall die zeitnahe Investition in ein weiteres, gleichartiges Darlehen unterstellt werden können. Dann wären bei fristenkongruenter Refinanzierung die Bruttomarge und deren Aufteilung aus der Differenz zwischen Darlehens- und konkretem Refinanzierungszins zu entnehmen.

Bei der Ermittlung des Refinanzierungsaufwands wird dem Einzelkredit im Regelfall keine Einzeleindeckung gegenüberstehen, ebenso wenig eine Kontingent-Beschaffung. Stattdessen orientiert sich die banktägliche Kalkulation an Zahlungsströmen nach Art des Treasury-Management-Systems als Teilbereich der finanzwirtschaftlichen Organisation in Erfüllung von § 25 a KWG. Der Treasurer besorgt das Finanzmanagement der Bank einschließlich der Steuerung aller Ein- und Auszahlungsströme unter Beachtung der Liquiditäts-, Risiko- und Rentabilitätsziele. Unter täglicher Berücksichtigung der liquiden Geldein- und -ausgänge und der Fristigkeiten von Zins- und Liquiditätsbindungen ermittelt der Treasurer die Relationen von Finanzierung und Refinanzierung anhand des Transferpreis-Konzepts in marktgerechter Simulierung und unter aufsichtsbehördlicher Beobachtung. Der Treasurer greift auf Marktdaten zurück³⁸, um aus der Gesamtheit der Referenzzinssätze die Zinsstrukturkurve zu ermitteln, welche die Bewertung des Zahlungsstromgeschäfts mit dem Darlehensnehmer unter Einbeziehung der Zahlungsströme des Darlehens ergibt. So werden bei Abschluss des Darlehensvertrages alle Zahlungen ermittelt, die sich planmäßig aus den vereinbarten Konditionen bei ordnungsgemäßem Ablauf des Darlehens ergeben, typischerweise in strukturgerechter Anlehnung an ein Bündel von Finanztiteln wie Zerobondrenditen zinsähnlich laufzeitbezogener Art. Das Verrechnungssystem erschließt den Transferpreis für die gesamte Laufzeit des Kundendarlehens, um den Preis abzubilden, welchen die Bank mindestens vom Darlehensnehmer erhalten muss, um einen Verlust zu vermeiden. Ergänzend erfolgt der Ansatz der Bruttomarge mit den genannten Elementen, u. a. der Nettomarge als Nutzungsertrag. Das ist in der Perspektive der Rechtsprechung der Zinssatz der Verzinsung.

³⁸ z. B. Euribor als Referenzzins mit unterschiedlichen Laufzeiten

d) Bemessungsgrundlage

Bleibt die Frage nach dem Kapital als Grundwert eventueller Zinsrechnung.

Nicht in Betracht kommt der Kapitaldienst aus Zins und Tilgung des Darlehensnehmers. Das ist die dem Nutzen zugrunde liegende Ertragsquelle, nicht der i.S. § 302 BGB gezogene Nutzen. Zutreffende Bemessungsgrundlage ist nicht die Liquidität, sondern die daraus entwickelte Leistung, d. i. wiederum nur der nachhaltige Nutzen aus der temporären Liquidität, welchen der Bundesgerichtshof unter die *tatsächlich gezogenen* Nutzungen subsumiert haben könnte³⁹, ohne allerdings die Einschränkung auf den Wert zu verdeutlichen. Die Außerachtlassung der Eindeckung per Refinanzierung verstößt gegen die betriebswirtschaftlichen Denkgesetze, gleich ob das Kapital aus Einlagen oder aus Aufnahme von Schulden stammt. Der Bundesgerichtshof erkennt den Zusammenhang jedenfalls für das durchlaufend refinanzierte KfW-Förderdarlehen, welches nicht zum Ziehen bank-eigenen Nutzens bestimmt ist⁴⁰. Die Bruttozinsspanne oder Marge als Differenz zwischen den Konditionen der Eindeckung und denen der Ausleihung, insbesondere die zwischen ceteris paribus Aktiv- und Passivzins, beinhaltet neben Verwaltungsaufwand und Risiko das Nettoergebnis oder den Gewinn. Dessen Kapitalisierung als Deckungsbeitrag aus dem Kapitaldienst ist der Nutzen des Darlehensgebers aus dem Darlehen. Der Restbetrag aus Zins- und Tilgungsraten des Darlehensnehmers ist neben Aufwand des Darlehensgebers für Verwaltung und Risiko wirtschaftlich durchlaufender Posten. Als Kapital der Verzinsung oder als Bemessungsgrundlage des Nutzens kommt der Restbetrag nicht in Betracht. Zu verzinsendes Kapital ist vielmehr allein der nachhaltige Erfolgsanteil aus der Marge. Für die Fruchtziehung sind Bemessungsgrundlage also nicht etwa die rätierlich zugeflossenen Zins- und Tilgungsraten einschließlich der darin enthaltenen für Zins und Tilgung der Refinanzierung bestimmten Beträge, sondern der daraus für die Beklagte nachhaltig resultierende vermögenswerte Vorteil⁴¹. Das ist nicht die nach Abzug des Aufwands für die Refinanzierung als Umsatz bleibende Bruttomarge, auch nicht der nach

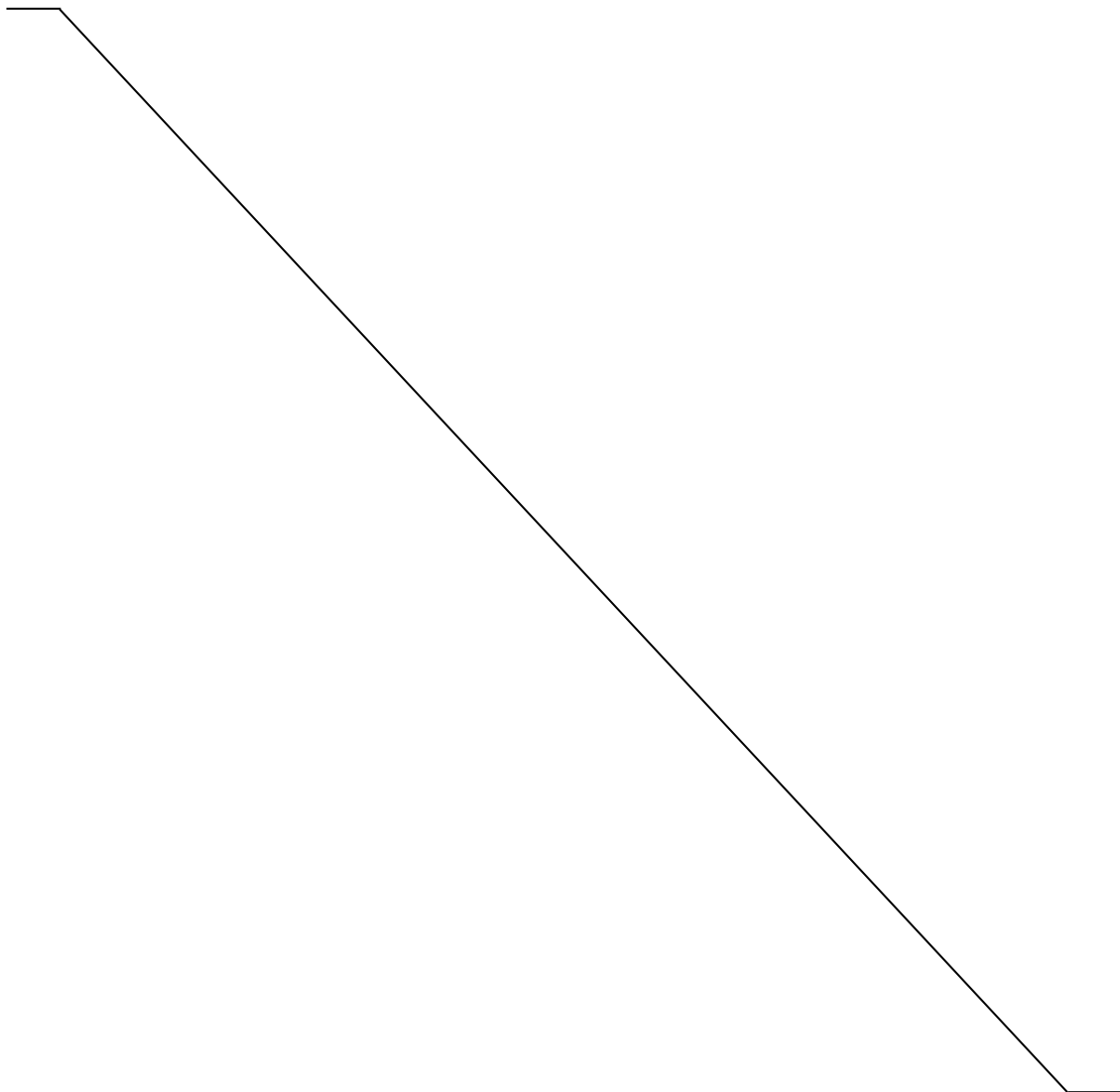
³⁹ BGH, Beschluss vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15, Rn. 18

⁴⁰ BGH, Urteil vom 25.04.2017 - XI ZR 537/15, Rn. 27

⁴¹ so LG Bonn, Urteil vom 25.10.2016 - 3 O 236/16, <http://www.ditges.de/media/urteile>; Urteil vom 30.01.2017 - 3 O 245/16

Abzug der kalkulatorischen Aufwandsanteile für Verwaltung und Risikokosten bleibende kalkulatorische Gewinn als Nettomarge, sondern der Vorteil aus deren - temporärer - Nutzung in der Zeit zwischen Kapitaldienst und Widerruf. Seitdem beansprucht nach herrschender Vorstellung den Kapitaldienst einschließlich Zins mit Brutto- und Nettomarge/Gewinn der Darlehensnehmer. Anderes erschließt sich auch nicht etwa aus der Betrachtung des Wertersatzes für die Gebrauchsüberlassung des Darlehens. Zum einen betrifft dieser nur den Teilbereich Zins und nicht den Tilgungsanteil der Annuität. Zum Zweiten ist der spätere Wertansatz schon nicht Gegenstand des tatsächlich historisch genutzten Kapitalzinses.

Die Zusammenhänge verdeutlicht das Schaubild:



A	B	C	D	E	F	G	
Kapitaldienst bis Widerruf	Brutto Marge	Kosten	Refinanzierung	durchlaufend	Rückgewähr nach Widerruf	Netto Marge auf Zeit	1
Zins	0,5 %	0,17 % Verwaltung				0,17 %	2
		0,17 % Risk					3
Tilgung			Zins				4
			Tilgung				5
						nachhaltiger Vorteil auf Zeit	5
						= € x	
						Bemessungsgrundlage	
						x	
						Zinsfuß = y	6
						0-2,5 % ü.B. p.a. resp. 0,17 %	
						= € z	
						Nutzen Darlehensgeber	7

Von dem vom Darlehensnehmer geleisteten Kapitaldienst (Spalte A) entfällt ein Teil auf den Kapitaldienst für die Refinanzierung (Spalte D), ein Rest auf die Bruttomarge (Spalte B), davon ein Teil auf die Kosten (Spalte C) und ein Drittel auf die Nettomarge (Spalte G Zeile 3), dies allerdings nur auf Zeit, nämlich die Spanne zwischen Leisten und Rückforderung des Kapitaldienstes per Widerruf. Der daraus bleibende Vorteil ist die Bemessungsgrundlage für die Verzinsung, welche in der Hypothekenbank wieder in gleichartigen Realkredit-Investments stattfindet.

Als Teilbetrag des Margenbarwerts des abgezinsten Umsatzes aus dem Anteil der Marge an den Zinsraten ergibt sich erfolgsbezogen der Nettomargenbarwert. Dessen Nutzen auf Zeit kann als Nutzungsmargenbarwert verstanden werden. Der betrifft die Zeit staffelmäßig seit Leisten der einzelnen Annuitäten bis zur Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses per Widerruf. Das ist die Bemessungsgrundlage i. S. Zeile 5 des Schaubilds für den herauszugebenden Nutzen und das Kapital für das Anlegen des abstrakt oder individuell zu ermittelnden Zinssatzes.

IV. Leistungen nach Widerruf

Soweit der Darlehensnehmer den Kapitaldienst nach Widerruf fortführt, gebühren ihm Rückforderungs- und Nutzungsersatzansprüche nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen⁴². Dafür kommt die Anwendung der Grundsätze aufgedrängter Bereicherung in Betracht.

Die eventuelle Aufrechnung gem. § 389 BGB wirkt auf den Zeitpunkt des Widerrufs zurück⁴³. Regelmäßige Folge ist der Schuldsaldo des Darlehensnehmers zu diesem Stichtag, weitere der Wertersatzanspruch des Darlehensgebers zur Gebrauchsüberlassung. An die Stelle der Bemessung nach dem aktuellen Marktzins tritt die nach dem Vertragszins, wenn die Leistungserstattung sich nicht nach Bereicherungsrecht gem. §§ 812 ff. richtet, sondern gemäß der Entstehung des Wertersatzanspruchs § 346 Abs. 2 BGB zugeordnet

⁴² BGH, Urteil vom 21.02.2017 - XI ZR 398/16, Rn. 3

⁴³ BGH, Urteil vom 12.001.2016 - XI ZR 366/15, Rn. 16

wird⁴⁴. Der Anspruch besteht nach Beendigung des Widerrufs bis zur Beendigung der Gebrauchsüberlassung durch die vollständige Rückführung der Valuta⁴⁵.

Ausgeschlossen ist der Wertersatz gem. § 301 BGB im Falle des Annahmeverzugs des Darlehensnehmers. Dafür gelten die strengen Anforderungen des § 294 BGB im Sinne der Anleistung, wegen Vorleistungspflicht unter Ausschluss der Beschränkung auf ein Zurückbehaltungsrecht.

V. Kapitalertragsteuer

Steuerlich ist zu berücksichtigen, dass jedweder Wert- und Nutzungersatz für den Darlehensnehmer brutto darzustellen ist. Nach Verwaltungsauffassung⁴⁶ ist der Nutzungersatz für die Kapitalüberlassung im Zusammenhang mit kapitalertragssteuerpflichtigen Erträgen seinerseits kapitalertragssteuerpflichtig. Hinzu kommt der Solidaritätszuschlag. Die Einbehaltungs- und Abführungspflicht der Bank als Ertragsschuldner steht der Beanspruchung des Bruttobetragtes nicht entgegen⁴⁷. Zur Klarstellung empfehlen sich die Geltendmachung bzw. die Beschränkung der Leistung erklärtermaßen als „brutto“, wengleich der Bundesgerichtshof die Aufteilung der Forderung in den Bereich der Erfüllung der Steuerpflicht des Darlehensnehmers unter Abführungspflicht der Bank und den Bereich des Nettoertrags des Darlehensnehmers auch ohne tenorierende Klarstellung für geboten zu halten scheint⁴⁸.

Zitiervorschlag:

Ditges, Thomas, Zum Nutzungersatzanspruch des Darlehensnehmers als Rechtsfolge des Widerrufs des Verbraucherimmobiliardarlehensvertrags, ditges.media, 28.07.2017, <http://www.ditges.de/media/veroeffentlichungen/>

⁴⁴ vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 18.04.2017 - 6 U 36/16; KG, Urteil vom 06.10.2016 - 8 U 228/15, Rn. 95; OLG Köln, Hinweis vom 03.02.2017 - 13 U 262/16, m. w. N.; LG Bonn, Urteil vom 11.07.2017 - 17 O 402/16

⁴⁵ OLG Stuttgart a.a.O., Rn. 120

⁴⁶ BMF-Schreiben vom 18.01.2016 - IV C 1 - S 2252/0810004:017 i. V. m. § 44 Abs. 1 S. 3 EStG, Tz. 151

⁴⁷ BGH, Urteil vom 25.04.2017 - XI ZR 573/15, Rn. 39 ff.; BGH, Urteil vom 25.04.2017 - XI ZR 108/16, Rn. 22

⁴⁸ BGH, Urteil vom 25.04.2017 - XI ZR 573/15, Rn. 39 bis 43