

RÖSSNER RECHTSANWÄLTE



**Schriftliche Stellungnahme zur
öffentlichen Anhörung zu Zins-Swap-Geschäften
Deutscher Banken mit Gemeinden und mittelständischen Unternehmen
vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestags
am 06.04.2011 in Berlin**

Zusammenfassung

Finanzderivate, wie z. B. Swaps, haben in der Finanzwelt bei einem richtigen Einsatz grundsätzlich ihre Berechtigung. Auswüchse bei Strukturierung und Vertrieb beseitigen diese Berechtigung nicht. Ein Verbot würde zu einer nicht sachgerechten Einschränkung im Finanzsektor führen.

Die Auswüchse können – wie das Urteil des BGH vom 22.03.2011 zeigt – teilweise nachträglich durch die Justiz aufgefangen werden. Da sich der BGH nicht von der Drohung mit einer zweiten Finanzkrise beeindrucken ließ, funktioniert auf dieser Ebene eine Regulierung.

Gleichwohl wäre es volkswirtschaftlich wünschenswert, wenn derartige Schäden überhaupt nicht erst entstünden. Im kommunalen Bereich wären Konkretisierungen des sog. Spekulationsverbots geeignet, dies zu bewirken. Die Erfahrung zeigt, dass Kommunen mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der damit verbundenen negativen Auswirkungen in der Öffentlichkeit und im politischen Bereich („Zockerei“) zurückhaltend sind.

Wünschenswert wäre eine Vereinbarung (Wohlverhaltensrichtlinie) zwischen den Spitzenverbänden der Banken und der Kommunen, die das Angebot und die Empfehlung spekulativer Derivate ausschließt.

1. Vorbemerkung

Seit dem Jahr 2003 entstehen vermehrt Schäden im Zusammenhang mit dem Abschluss von strukturierten Finanzderivaten, insbesondere Zins-Swap-Geschäften.

Ein Swap ist ein Finanzderivat, mit dem zwei Vertragspartner vertraglich definierte Zahlungsströme zu mehreren in der Zukunft liegenden Zeitpunkten austauschen. Swaps sind in der Regel nicht standardisiert (deswegen kein Börsenhandel), sondern werden zwischen den Vertragsparteien individuell ausgehandelt (sog. Over the counter-Geschäfte, OTC).

Bei den aktuell in der Öffentlichkeit diskutierten Swap-Geschäften handelt es sich überwiegend um sog. Zinsswaps. Ursprünglicher Grundgedanke derartiger Zinsswaps war, während der Laufzeit eines konkreten Darlehens dessen Konditionen zu verändern, ohne das Kreditverhältnis als solches anzutasten (zur Vermeidung von Vorfälligkeitsentschädigungen). Inhaltlich wurden bei derartigen Zinsswaps die Zahlungen so festgesetzt, dass eine Partei einen Festzinssatz über die Vertragslaufzeit zahlt und die andere Partei einen variablen Zinssatz, jeweils bezogen auf den festgelegten (allerdings nicht ausgetauschten) Nennbetrag des Swaps.

2. Veränderung der Swap-Struktur

Derartige Zinstauschgeschäfte wurden Ende der 90er Jahre unter Einsatz finanzmathematischer Bewertungsmodelle mit Strukturierungselementen, wie z. B. Hebelwirkungen, Leiterwirkungen, Floors u. ä., ergänzt. Durch die Verwendung derartiger Strukturierungselemente **verändert sich das Chancen-/Risikoverhältnis**.

Als Grundlage (sog. Basiswert bzw. underlying) wurden nicht Marktzinsbedingungen (Tausch eines festen gegen einen variablen Zinssatz) herangezogen, sondern von tatsächlichen Zinsen losgelöste Werte (z. B. beim Spread-Ladder-Swap der Deutschen Bank die Differenz zwischen 2- und 10-jährigen Swapsätzen). Damit werden diese Swaps von **tatsächlichen Marktzinsrisiken losgelöst**. Es werden synthetische Risiken geschaffen mit Verlustpotentialen in teilweise unbegrenzter Höhe.

Häufig wird durch die Strukturierung sogar der tatsächliche Swap-Charakter verändert. So liegt z. B. dem Spread-Ladder-Swap der Deutschen Bank als **wesentlicher Bestandteil eine Optionsstrategie** zugrunde. Es handelt sich nicht mehr um einen Zinstausch mit der Chance, an einem niedrigen Zinsniveau zu partizipieren. Die – **für einen Kunden nicht erkennbare** – Zielrichtung des Spread-Ladder-Swaps ist es, durch die Vereinnahmung von Optionsprämien über die Laufzeit einen von Marktzinsen losgelösten und damit isolierten Gewinn zu erzielen. **Derartige Swaps haben einen rein spekulativen Charakter**.

Durch die Verwendung der verschiedenen Strukturelemente kann das Chancen-/Risikoverhältnis eines Swaps nahezu beliebig verschoben werden. Ein ausgeglichener Swap hat einen anfänglichen Marktwert 0 (Fair value). Durch die Verschiebung des Chancen-/Risikoverhältnisses ändert sich der Marktwert des Swaps. Durch die Verwendung verschiedener Strukturierungselemente entsteht zulasten des Kunden und zugunsten der Bank ein unausgewogenes Chancen-/Risikoverhältnis. Der Marktwert des Swaps wird für die Bank positiv und für den Kunden spiegelbildlich negativ. Durch die Strukturierung zulasten des Kunden entsteht eine risikofreie Arbitrage-Möglichkeit auf Seiten der Bank. Die Bank kann ihre Chancen aus dem Swap an einen dritten Vertragspartner (im Interbankenmarkt) gegen Zahlung dieses Marktwertes verkaufen.

3. Konkreter Wissensvorsprung der Banken

Finanzderivate werden in den Strukturierungsabteilungen der Banken durch hoch spezialisierte Mitarbeiter, häufig Finanzmathematiker, unter Heranziehung aufwändiger computergestützter Bewertungsmodelle entwickelt und bepreist. Diese Modelle stellen die Grundlage für die Bewertung und die Handelbarkeit derartiger Produkte dar.

Kunden haben keinerlei Möglichkeit, derartige Bewertungen durchzuführen. Dies erfolgt ausschließlich durch die Banken. Dabei handelt es sich um wahrscheinlichkeitsgewichtete Berechnungen. Der sich daraus ergebende (Markt-)Wert ist der Preis des Derivats, zu dem es gehandelt wird. In diesen Preis fließen alle zukünftig zu leistenden Zahlungen des Geschäfts bis zu dessen Laufzeitende ein.

Im Ergebnis bedeutet ein negativer Marktwert die zum Bewertungszeitpunkt finanzmathematisch berechnete **Summe der Zahlungen, die der Kunde bis zum Laufzeitende an die Bank wird zahlen müssen.**

4. Konkrete Auswirkungen auf die Kundenbeziehung

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kommt zwischen Bank und Kunde stets ein – zumindest konkludent – geschlossener Beratungsvertrag zustande. Neben der **Pflicht der Bank zur Wahrung des Kundeninteresses** entstehen Beratungspflichten auf zwei Ebenen.

Auf einer ersten - kundenbezogenen - Ebene ist die Bank verpflichtet, das individuelle Kundenprofil zu ermitteln, also dessen Risikobereitschaft, dessen finanziellen Verhältnisse, seine Erfahrungen und Vorkenntnisse in Bezug auf die angebotenen Produkte sowie grundsätzlich das mit der Anlage verfolgte Ziel (sog. **anlegergerechte Beratung**). In einer zweiten - produktbezogenen - Ebene muss die Bank den Kunden über die produktspezifischen Gegebenheiten, die allgemeinen und die speziellen Risiken aufklären (**sog. objektgerechte Beratung**).

Durch diese Beratung soll der Kunde in die Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung zu treffen. Bei derartigen Produkten besteht aufgrund der Komplexität des Produkts eine gestörte Vertragsparität, ein „Ungleichgewicht“ im Wissen. Erst wenn dieses „Gleichgewicht“ geschaffen ist, trägt der Kunde das Risiko aus dem abgeschlossenen Geschäft.

5. Nutzen

Der Verkauf derartig strukturierter Produkte hat nur einen Nutzen für die das Produkt strukturierende Bank. Die Bank strukturiert im Ergebnis synthetische Risiken und verkauft diese mit hohen realen – teilweise sogar unbegrenzten – Verlustrisiken an ihre Kunden. Weil die Banken selbst die Struktur zulasten des Kunden modellieren, **schaffen Sie sich eine eigene risikofreie Arbitrage-Möglichkeit**. Nutzt die Bank diese Arbitrage-Möglichkeit aus, erwirtschaftet sie selbst einen risikofreien Gewinn. Der Kunde kann wegen der ihm fehlenden Erkenntnismöglichkeiten das ihm durch die Struktur übertragene höhere Risiko nicht erkennen und nicht selbst absichern. Das Risiko kann je nach Struktur existenzbedrohende Ausmaße haben.

Ein Nutzen für die Kunden ist nicht erkennbar. Vereinfacht ausgedrückt „wettet“ der Kunde gegen seine Bank - oder bei einem Verkauf der Chance - gegen den Erwerber, der jedenfalls immer gegen einen professionellen Marktteilnehmer ist. Der Tausch einer im Produkt enthaltenen geringen Chance gegen ein sehr hohes – sogar finanzmathematisch bewertbares – Risiko dürfte nur in Ausnahmefällen von Kunden gewollt sein. Realistischerweise wird kein Kunde glauben, bessere Informationen als „der Finanzmarkt“ zu haben.

6. Urteil des BGH vom 22.03.2011

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte in Deutschland hinsichtlich der daraus resultierenden Schadensersatzprozesse war uneinheitlich. Mit Urteil vom 22.03.2011 hat der Bundesgerichtshof erstmals ein Swap-Verfahren entschieden und die in diesem Verfahren beklagte Deutsche Bank vollumfänglich zum Schadensersatz verurteilt.

Der BGH hat im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung am 22.03.2011 bezogen auf den Spread-Ladder-Swap der Deutschen Bank einen schwerwiegenden Interessenkonflikt bescheinigt. Der BGH hat erkannt, dass die Deutsche Bank die Risikostruktur des Geschäfts bewusst zulasten des Kunden gestaltet hat, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrags das von ihr gestaltete Kundenrisiko gewinnbringend verkaufen zu können. Der BGH **schafft mit seinem Urteil vom 22.03.2011 die Basis für eine bessere Transparenz** beim Verkauf strukturierter Finanzderivate.

7. Fazit

Grundsätzlich gibt es einen hohen Bedarf zum Einsatz – auch strukturierter – Finanzderivate. Exzesse bei der Strukturierung sollten nicht – auch nicht im kommunalen Bereich – zu einem Verbot des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente führen.

Finanzderivate sind stets individuell nach ihrer konkreten Struktur, ihrer Einsatzmöglichkeit und ihrer Zielrichtung **differenziert zu betrachten**. Grundsätzlich ist die insofern differenzierte und fundierte Betrachtungsweise des BGH geeignet, unerwünschte Auswüchse zu verhindern. Das Manko eines Korrektivs durch die Rechtsprechung besteht allerdings in dessen lückenhafter Schutzwirkung. Der Eintritt von Schäden wird dadurch nicht verhindert, sondern die wirtschaftlichen Schäden werden ersetzt bzw. gemildert. Es bleiben Hürden (Verjährung von Schadensersatzansprüchen; fehlende finanzielle Mittel für Klageverfahren; grundsätzliche Unsicherheit wegen häufig fehlendem Verständnis auf der Ebene der Instanzgerichte).

Auf der Ebene der Gesetzgebung besteht im Hinblick auf Kommunen Handlungsbedarf. Die diversen Derivateerlasse der einzelnen Bundesländer bilden Anforderungen an den zulässigen Einsatz von Derivaten nicht ab, weil die angebotenen Produkte sich in ihrer Struktur radikal verändert haben.

Darüber hinaus wäre eine Vereinbarung zwischen der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und dem Bundesverband Deutscher Banken sinnvoll, nach der sich derartige Produkte anbietenden Banken verpflichten, keine spekulativen Derivate im kommunalen Bereich anzubieten.

Zum besseren Schutz der Kommunen vor dem Abschluss spekulativer Geschäfte wäre eine Konkretisierung des Spekulationsverbots und ausdrückliche gesetzliche Verankerung hilfreich. Die gesetzliche Verankerung würde über einen Verbotsgesetzcharakter auch Wirkungen für kommunale Versorgungsunternehmen in Privatrechtsform entfalten und diese damit in den Schutzbereich einbeziehen.

8. Kommunale Besonderheiten

Eine Gemeinde ist nach dem Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung für alle Angelegenheiten zuständig, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben. Dieser sog. eigene Wirkungskreis eröffnet den Gemeinden die Finanzhoheit zur eigenverantwortlichen Führung der kommunalen Haushaltswirtschaft.

Ein Handeln außerhalb des eigenen Wirkungskreises ist unzulässig. Auch im Rahmen der Finanzhoheit bestehen Beschränkungen, die sich aus dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ergeben.

Eine dieser Beschränkungen ist das sog. Spekulationsverbot. Danach dürfen Gemeinden die ihnen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben treuhänderisch überlassenen Finanzmittel nicht zur bloßen Vermögensvermehrung durch die Erwirtschaftung separater Gewinne einsetzen. Derartigen Geschäften fehlt der Bezug zu den spezifisch örtlichen Angelegenheiten.

Als Konsequenz der Überschreitung des Wirkungskreises wird derartigen Geschäften die Wirksamkeit abgesprochen. Einer Kommune wird insofern das rechtliche Können abgesprochen.

Da der Abschluss von Finanzderivaten durchaus einen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft haben kann, ist der Abschluss derartiger Geschäfte nicht grundsätzlich unzulässig. Es ist vielmehr ein innerer Zusammenhang zwischen dem abgeschlossenen Finanzderivat und z. B. einem (oder mehreren) konkreten Krediten einer Kommune erforderlich (sog. Konnexität).

Strukturierte Finanzderivate, wie z. B. ein Spread-Ladder-Swap, dienen der Erwirtschaftung separater Gewinne. Sie stehen in keinem gegenständlichen Bezug zu vorhandenen Finanzgeschäften der Kommune. Der Abschluss derartiger Finanzderivate entfaltet keine Wirksamkeit. **Sie sind nichtig.**

Diesbezüglich liegt (noch) keine höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH vor. Insofern ist die Rechtslage nicht abschließend geklärt. Zum besseren Schutz der Kommunen vor dem Abschluss spekulativer Geschäfte wäre eine Konkretisierung des Spekulationsverbots und ausdrückliche gesetzliche Verankerung hilfreich. Die gesetzliche Verankerung würde über einen Verbotsgesetzcharakter auch Wirkungen für kommunale Versorgungsunternehmen in Privatrechtsform entfalten und diese damit in den Schutzbereich einbeziehen.

9. Zum Fragenkatalog der Herren Scheelen (MdB), Dr. Alex Troost (MdB) und Dr. Gerhard Schick (MdB) vom 24.03.2011

Die Beantwortung des Fragenkatalogs vom 24.03.2011 liegt als Anlage 1 bei.

München, den 01.04.2011
gez. Dr. Jochen Weck
Rössner Rechtsanwälte, München



**Zum Fragenkatalog der Herren Scheelen (MdB), Dr. Alex Troost (MdB)
und Dr. Gerhard Schick (MdB) vom 24.03.2011**

Die Beantwortung folgt der Reihenfolge im Fragenkatalog.

1. Zinsderivatgeschäfte mit Kommunen

1.1. Bisherige Entwicklung

Frage 1: Nach unserer Erkenntnis gibt es keine Statistik über die Anzahl der Kommunen, die spekulative Derivatgeschäfte abgeschlossen haben. Insofern dürfte es auch keine **belastbaren** Angaben über die Größenordnungen der Geschäfte und die daraus resultierenden Verluste geben.

Frage 2: Auch diesbezüglich gibt es nach unserer Erkenntnis keine Zahlen über abgeschlossene Vergleiche. Zahlreiche Banken in Deutschland haben jeweils unterschiedliche Finanzprodukte angeboten und verkauft. Weder auf Bankenseite noch auf Seiten der Kommunen gibt es nach unserer Erkenntnis eine „Meldepflicht“. Da Schadensersatzprozesse von einer Vielzahl von Kanzleien in Deutschland geführt werden und es auch hier keine Vernetzung untereinander gibt, dürfte die Ermittlung **verlässlicher** Zahlen kaum möglich sein.

Frage 3: Insofern dürfte es auch keine Zahlen über die Verteilung auf die Bundesländer geben. Besonders betroffen scheint allerdings Nordrhein-Westfalen zu sein.

Jedes Bundesland hat – allerdings überwiegend lang zurück liegende – Derivateerlasse herausgegeben. Dabei handelt es sich allerdings nur um verwaltungsinterne Anordnungen, denen kein Verbotsgesetzcharakter zukommt. Die kommunale Finanzaufsicht ist in keinem Bundesland für die Genehmigung oder Prüfung von Derivatgeschäften zuständig.

Frage 4: Der Deutsche Städtetag hat eine sog. Musterdienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement am 28.06.2007 herausgegeben.

Frage 5: Nach unseren Erkenntnissen haben zumindest die WestLB, die LBBW, die HSH Nordbank und die Helaba spekulative Derivatgeschäfte angeboten.

Frage 6: Inwiefern Kommunalaufsichtsbehörden der Länder den gesamten Prozess beobachtet haben, entzieht sich unserer Kenntnis. Kommunale Aufsichtsbehörden haben keine Handhabe für die Genehmigung spekulativer Derivatgeschäfte. Spekulative Derivatgeschäfte sind unzulässig. Eine Genehmigung kann deswegen weder erteilt noch versagt werden. Derartige Geschäfte sind nicht genehmigungsfähig.

1.2. Rechtlicher Rahmen des kommunalen Schulden- und Zinsmanagements

Frage 1: Zinsderivatgeschäfte sind im kommunalen Bereich zulässig. Es ist allerdings zu differenzieren: Spekulative Zinsderivate sind unzulässig und nicht mit dem Spekulationsverbot zu vereinbaren mit der Folge der Nichtigkeit. Der Einsatz nicht spekulativer Zinsderivatgeschäfte kann sogar im Rahmen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der kommunalen Haushaltswirtschaft geboten sein. Das bisherige Abgrenzungskriterium ist die sog. Konnexität zwischen Zinsderivatgeschäft und Grundgeschäft.

Frage 2: Das Spekulationsverbot beschreibt ein Handeln ohne Bezug zur örtlichen Gemeinschaft außerhalb des Wirkungsbereiches der Gemeinde mit der Folge der Nichtigkeit spekulativer Geschäfte. Eine höchst richterliche Entscheidung speziell zu dieser Thematik steht noch aus. Die Derivateerlasse der einzelnen Bundesländer dagegen haben keinen Verbotsgesetzcharakter.

Frage 3: Bei den Verkaufsberatungen und Empfehlungen wurde dem besonderen Risikoprofil von Kommunen nicht Rechnung getragen. Insbesondere die Deutsche Bank hält Informationsbroschüren vor, die richtig und verständlich den Einsatz von Zinsderivaten im kommunalen Bereich beschreiben und auch auf das kommunale Spekulationsverbot hinweisen.

Offensichtlich hat der bei den Banken bestehende Verkaufsdruck dazu geführt, die bekannten kommunalen Risikoprofile nicht ausreichend zu beachten. Das Eigeninteresse der Banken am Verkauf der margenträchtigen Swaps überwog die zwingend gebotene Wahrung des Kundeninteresses.

Frage 4: Dazu ist uns keine Stellungnahme wegen fehlender Erkenntnisse über die interne Handhabung möglich.

Frage 5: Es besteht in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Nichtigkeit eines Handelns außerhalb des eigenen Wirkungsbereiches und mangels hinreichender Strukturen bei vielen Kommunen, die zur Einschätzung eines ausreichenden Grundgeschäftsbezugs eines Finanzinstruments ein dringender Regelungsbedarf. Die bisherige Praxis, in der Kommunen mangels eigener Strukturen auf die Beratung durch Banken zurückgegriffen haben, hat zu keinen Schadensfällen geführt.

1.3. Funktion von Zinsderivaten im kommunalen Schulden -und Zinsmanagement

Frage 1: Die Einführung eines Schulden- und Zinsmanagement in den Kommunen beinhaltet die Chance an einem niedrigen Marktzinsniveau zu partizipieren und bei einem hohen Marktzinsniveau Zinsobergrenzen zu schaffen.

Die Risiken liegen in einer fehlenden eigenen Expertise. Wird diese fehlende eigene Expertise durch die Beratung Dritter ersetzt, besteht die Gefahr, dass die Beratung nicht am Interesse der Kommunen ausgerichtet ist, sondern am eigenen Interesse des Beraters (insbesondere der beratenden Banken, die im eigenen Interesse Produkte verkaufen wollen/müssen).

Frage 2: Zunächst ist eine sog. Konnexität zwischen Zinsderivat und Grundgeschäft erforderlich. Es müssen weiterhin Chancen und Risiken des Derivats beziffert und Risiken begrenzt werden können.

Frage 3: Die Ursache für den Einsatz spekulativer Derivatgeschäfte der Kommunen liegt nach unserer Einschätzung in der vorsätzlichen, nämlich an finanziellen Eigeninteressen orientierten Falschberatung der die Produkte strukturierenden und eigeninitiativ anbietenden Banken. Da die spekulativen Zinsderivate unter dem Deckmantel einer „Zinsoptimierung“ angeboten wurden, schienen diese Derivate einen Bezug zur Haushaltswirtschaft zu haben und gerade für hoch verschuldete Kommunen (z. B. zur Haushaltskonsolidierung) interessant zu sein.

Frage 4: Nach unseren Erkenntnissen sind Finanzderivate in England bereits 1980 wegen Verstoß des ultra-vires-Grundsatzes für nichtig erklärt worden. In Italien läuft ein Strafverfahren gegen verschiedene Banken (z. B. auch die Deutsche Bank), die spekulative Produkte an Kommunen verkauft haben. In Griechenland sind Bußgelder gegen Banken verhängt worden, die spekulative Produkte an Kommunen verkauft haben.

2. Zinsderivatgeschäfte mit mittelständischen Unternehmen

2.1. Bisherige Entwicklung

Frage 1: Insofern verweisen wir auf die Antwort unter Ziffer 1/1.1./Frage 1.

Frage 2: Ob Kammern ein Informationsangebot über den Einsatz von spekulativen Derivaten zur Verfügung stellen, ist uns nicht bekannt.

Frage 3: Uns sind aus unserer Sachbearbeitung zwei Fälle bekannt, in denen mittelständische Unternehmen aufgrund von Verlusten mit spekulativen Zinsderivaten Insolvenz anmelden mussten.

Frage 4: Die WestLB, die LBBW, die HSH Nordbank und die Helaba haben spekulative Derivatgeschäfte auch mittelständischen Unternehmen angeboten.

2.2. Funktion von Zinsderivaten im Schulden- und Zinsmanagement von mittelständischen Unternehmen

Frage 1: Nach unserer Auffassung ist spekulativen Finanzderivaten grundsätzlich die Eignung für das Finanzmanagement eines Unternehmens abzuspreehen. Der Einsatz spekulativer Derivate ohne Risikobegrenzung und -beifferung stellt eine existenzielle Gefahr für jedes Unternehmen dar.

3. Geschäftspolitik der Banken bei Zinsderivatgeschäften

3.1. Bisherige Entwicklung

Frage 1: Auch diesbezüglich liegen nach unserer Erkenntnis keine konkreten Zahlen vor. Allerdings hatte ein Mitarbeiter der Deutschen Bank im Jahr 2005 die Aussage gemacht, der Spread-Ladder-Swap sei an 500 mittelständische Unternehmen und 200 Kommunen verkauft worden.

Frage 2: Insofern ist wohl auch kaum eine Aussage möglich, welchen Anteil spekulative Geschäfte hatten. Nach den bei uns eingehenden Mandatsanfragen haben wir allerdings den subjektiven Eindruck, dass der Anteil der spekulativen Geschäfte in den vergangenen Jahren gestiegen ist.

Frage 3: Uns ist bekannt, dass viele Banken Informationsveranstaltungen, Fortbildungsveranstaltungen und sogar Sponsoring von kommunalen Veranstaltungen und ähnliches betrieben haben.

Frage 4: Auch diesbezüglich gehen wir davon aus, dass keine konkreten Zahlen vorliegen.

Regelmäßig fand der Vertrieb der Swapgeschäfte über spezielle Verkaufsabteilungen statt (z. B. bei der Deutschen Bank die Abteilung *Capital Market Sales* oder die Abteilung *Öffentlicher Sektor*). Dies liegt darin begründet, dass die üblichen Kundenbetreuer selbst kaum in der Lage sind, über die Funktionsweise der angebotenen Swapgeschäfte zu beraten.

Frage 5: Profiteur war jedenfalls die das Produkt strukturierende und verkaufende Bank. Sie hat sich nach eigenen Angaben die für sich in das Produkt einstrukturierte hohe Chance am Finanzmarkt durch einen Dritten abkaufen lassen. Sollte dies zutreffen und die Bank die einstrukturierte Chancen nicht selbst behalten haben, wäre der „Käufer der Chance“ (regelmäßig ein professioneller Teilnehmer am Interbankenmarkt) der Profiteur.

Da die Banken die Produkte selbst strukturiert haben, sind sie nicht reiner Vermittler, auch wenn dies regelmäßig von den Banken behauptet wird. Es handelt sich um ein zweiseitiges Austauschgeschäft zwischen Bank und Kunde. Wie Banken mit den aus dem Geschäft resultierenden Chancen und Risiken umgehen, betrifft deren einseitiges Verwendungsrisiko. Insbesondere kann eine Bank die aus dem Geschäft resultierenden Risiken auch halten und mit Eigenkapital unterlegen.

Es besteht der begründete Verdacht, dass die Banken tatsächlich durch die Strukturierung derartiger Finanzderivate **eigene** in ihrem Handelsbuch **bereits bestehende** Risiken hedgen und damit **auf Kunden abwälzen**.

3.2. Bankaufsichtsrechtliche Fragen bei Zinsderivatgeschäften

Frage 1: Diesbezüglich liegen uns keinerlei Informationen vor.

Frage 2: Auch diesbezüglich ist uns keine konkrete Aussage möglich.

4. BGH-Urteil vom 22.03.2011

Frage 1: Da der BGH (jedenfalls in der mündlichen Verhandlung und der Pressemitteilung) unter anderem das Empfehlungsverbot derartig komplexer, zum Nachteil des Kunden strukturierter Produkte gegenüber risikoscheuen Anlegern hervorgehoben hat, dürften solche Produkte zukünftig Kommunen nicht mehr angeboten werden dürfen. Allerdings betrifft diese Frage die Haftung wegen fehlerhafter Anlageberatung. Um bereits einem Schaden vorzubeugen, sollten entsprechende klarstellende Verbote in die Gemeindeordnungen aufgenommen werden (dazu schon oben Antwort 5 zu 1.2.).

Frage 2: Aufgrund der klaren Festlegungen des BGH bereits im Rahmen der Urteilsverkündung am 22.03.2011 sind die Chancen für Städte und mittelständische Unternehmen, Schadensersatzansprüche gegenüber Banken geltend zu machen, deutlich gestiegen. Insbesondere die Anforderung des BGH zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert ist so eindeutig, dass in zahlreichen Fällen spekulativer Finanzinstrumente Schadensersatzansprüche durchsetzbar sein sollten. Aus unserer Praxis ist

uns kein Fall bekannt, in dem über den anfänglichen negativen Marktwert aufgeklärt wurde.

Im kommunalen Bereich hat darüber hinaus die Festlegung des BGH zum spekulativen Charakter eine zwingende Pflichtverletzung der Banken zur Folge. Letztmalig mit Urteil vom 14.07.2009 hat der BGH ein Empfehlungsverbot ausgesprochen, nach der eine Bank ein Produkt, das nicht zum Risikoprofil des Kunden passt, gar nicht erst empfehlen darf. Das Risikoprofil einer Kommune oder eines kommunalen Versorgungsunternehmens ist zwingend durch das bestehende Spekulationsverbot eingeschränkt. Diese Einschränkung ist nicht disponibel.

Rückabwicklungsansprüche sind nur möglich, wenn eine Nichtigkeit der Geschäfte selbst festgestellt wird. Bisher hat der BGH die geltend gemachte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder die Sittenwidrigkeit mit der Folge der Nichtigkeit abgelehnt.

Eine Entscheidung über die Nichtigkeit spekulativer Geschäfte wegen Überschreitung des Wirkungskreises steht – wie bereits dargestellt – noch aus. Insofern ist auch kein Rückschluss aus dem Urteil des BGH vom 22.03.2011 möglich.

München, 01.04.2011

gez. Dr. Jochen Weck,
Rössner Rechtsanwälte München