



Schäden aus „toxischen“ Swap-Geschäften - rechtliche Möglichkeiten

**Ratssitzung am 17.11.2011 in
Bergkamen**

Dr. Jochen Weck
Rössner Rechtsanwälte



Übersicht

- A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)**
- B. Übertragbarkeit auf den kommunalen Bereich**
- C. Weitere Ansprüche aus kommunalrechtliche Besonderheiten**
- D. Unwirksamkeit spekulativer Geschäfte**
- E. Sonstige Anspruchsgrundlagen**



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

1. Anknüpfungspunkt: anfänglicher negativer Marktwert
 - **Beratungsvertrag (ständige Rechtsprechung des BGH 1993)**
 - vom Berater „unfair“ bepreistes Produkt (Marge)
 - bewusst zu Lasten des Kunden strukturiert
 - daraus resultierender schwerwiegender Interessenkonflikt



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

Urteil des BGH vom 22.03.2010:

„Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarkts, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben.“



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

1. Anknüpfungspunkt: anfänglicher negativer Marktwert
 - Beratungsvertrag (ständige Rechtsprechung des BGH 1993)
 - **vom Berater „unfair“ bepreistes Produkt (Marge)**
 - bewusst zu Lasten des Kunden strukturiert
 - daraus resultierender schwerwiegender Interessenkonflikt



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

1. Anknüpfungspunkt: anfänglicher negativer Marktwert
 - Beratungsvertrag (ständige Rechtsprechung des BGH 1993)
 - vom Berater „unfair“ bepreistes Produkt (Marge)
 - **bewusst zu Lasten des Kunden strukturiert**
 - daraus resultierender schwerwiegender Interessenkonflikt



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

Urteil des BGH vom 22.03.2010:

„Danach musste die Beklagte die Klägerin über den von ihr bewusst strukturierten negativen Anfangswert des CMS Spread-Ladder-Swap-Vertrags aufklären.“



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

1. Anknüpfungspunkt: anfänglicher negativer Marktwert
 - Beratungsvertrag (ständige Rechtsprechung des BGH 1993)
 - vom Berater „unfair“ bepreistes Produkt (Marge)
 - bewusst zu Lasten des Kunden strukturiert
 - **daraus resultierender schwerwiegender Interessenkonflikt**



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

2. Aufklärungspflicht über schwerwiegenden Interessenkonflikt (zwei Fallgruppen)
 - Im Dreipersonenverhältnis: Den verdeckten Rückfluss aus offenen ausgewiesenen Provisionen (kick-backs)
 - Im Zweipersonenverhältnis: Den negativen Marktwert bei einer Zinswette
 - Produkt wird bewusst zulassen des Kunden strukturiert
 - Kunde kann diese Konstruktion nicht durchschauen
 - Kunde muss nicht damit rechnen, dass Bank neben seiner Zahlungspflicht noch zusätzlichen Gewinn erwirtschaftet



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

3. Vergleichbarkeit der Swaps

- WestLB hat Swaps zulasten der Kunden strukturiert
- Swaps hatten auch einen anfänglichen negativen Marktwert
- Instanzgerichte wenden BGH-Rechtsprechung bereits auf andere Swaps an

Fazit:

Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung auch gegenüber der WestLB



A. Urteil des BGH vom 22.03.2011 (Swap-Leitverfahren)

4. Wichtig: Kein Mitverschulden

Die Annahme eines Mitverschuldens stünde im Gegensatz zum Grundgedanken der Aufklärungs- und Beratungspflicht, nachdem der Anleger regelmäßig auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm erteilten Beratung vertrauen darf.

Die berufliche Qualifikation des Kunden allein reicht nicht aus, um Kenntnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit Finanztermingeschäften zu unterstellen, solange keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass er diese im Zusammenhang mit der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit tatsächlich erworben hat.“
(Urteil des BGH vom 22.03.2010)



B. Übertragbarkeit auf den kommunalen Bereich

1. Anforderungen an die Beratung immer einzelfallbezogen
2. Einstufung BaFin vom 25.06.2010:

„Für die Bundesanstalt möchte ich hiermit klarstellen, dass Gemeinden, Landkreise und kreisfreie Städte als Privatkunden im Sinne des § 31 Absatz 3 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) gelten. Kommunale Gebietskörperschaften sind keine „regionale Regierungen“ im Sinne des § 31 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 WpHG und somit auch nicht professionelle Kunden im Sinne des § 31 a Abs. 2 WpHG.“

3. Grundsätze der BGH-Rechtsprechung also übertragbar



C. Weitere Anspruchsgrundlagen aufgrund kommunalrechtlicher Besonderheiten

- Anlegergerechte Beratung: Pflicht zur Ermittlung des Kundenprofils
→ Ziel, Risikobereitschaft, Erfahrungen, wirtschaftliche Verhältnisse
- „Insoweit kommt es allein darauf an, dass die empfohlenen Geldanlagen dem Anlageziel der Klägerin nicht entsprachen und ihr daher gar nicht hätten angeboten werden dürfen.“
(Urteil des BGH vom 14.07.2009)

„Es ist gerade die Aufgabe des Anlageberaters, ausschließlich Produkte zu empfehlen, die mit den Anlagezielen des Kunden – Anlagezweck und Risikobereitschaft – tatsächlich übereinstimmen.“ (Urteil des BGH vom 22.03.2011)

Fazit:

Wegen des Empfehlungsverbots steht weitere Pflichtverletzung fest



D. Unwirksamkeit spekulativer Geschäfte

1. Grundlagen kommunaler Haushaltswirtschaft
2. Spekulationsverbot
3. Konnexität
4. Rechtsfolgen unzulässiger Swapgeschäfte
5. Anwendung der „ultra vires“ Doktrin – BGH, Urteil v. 28.02.1956



1. Grundlagen kommunaler Haushaltswirtschaft

- Kommunale Selbstverwaltung berechtigt zur Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen von Recht und Gesetz
- Finanzhoheit (Planung der Haushaltswirtschaft, sodass die stetige Erfüllung der Aufgaben gesichert ist; sparsam und wirtschaftlich)
- Finanzgeschäfte einer Kommune kein Selbstzweck, sondern zur Aufgabenerfüllung (Begrenzung des gemeindlichen Wirkungskreises)
- Der Einsatz von Derivaten kann aus Gründen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sinnvoll und geboten sein
- Der Einsatz spekulativer Derivate in der Haushaltswirtschaft ist zu unterlassen



2. Spekulationsverbot

Das Spekulationsverbot leitet sich ab aus:

- Stetige Erfüllung der Aufgaben (z. B. § 75 Abs. 1 Satz 1 GO NRW)
- Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (z. B. § 75 Abs. 2 GO NRW)
- Ausreichende Sicherheit (z. B. § 89 Abs. 2 Satz 2 GO NRW)
- Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Finanzspekulation
 - Treuhänderisch überlassene Finanzmittel dürfen nicht zur Erwirtschaftung separater Gewinne eingesetzt werden (kein konkreter Bezug zu spezifisch-örtlichen Angelegenheiten)
 - Spekulationsverbot begrenzt die Einsatzmöglichkeit von Derivaten

- **Fazit**

Wenn die Grenze „im Rahmen der Gesetze“ überschritten ist, handelt die Gemeinde nicht mehr innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises.



3. Abgrenzungskriterium: Konnexität

Zeitliche Konnexität

- Laufzeit des Swaps darf nicht über (Rest-) Laufzeit des abzusichernden Kredits hinausgehen

Sachliche Konnexität

- Währung und Bezugsbetrag müssen übereinstimmen

Inhaltliche Konnexität

- Basiswert des Derivats muss dem Grundgeschäft entsprechen



4. Rechtsfolgen unzulässiger Swaps

- Rechtsfähigkeit der Gemeinde auf dem Gebiet des Privatrechts besteht nur im Rahmen des ihr zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungskreises
- Nur in diesem Rahmen können Organe der Gemeinde wirksam Privatgeschäfte für Kommunen vornehmen
- Außerhalb ihres Funktionsbereichs liegende Handlungen („ultra vires“) sind nichtig (BGH, Urt. v. 28.02.1956)

- **Fazit**
Wenn der Abschluss eines Swaps gegen das Spekulationsverbot verstößt, ist damit die Grenze „im Rahmen der Gesetze“ überschritten; die Gemeinde handelt nicht mehr innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises. Ein Handeln außerhalb des eigenen Wirkungskreises löst keine Rechtsfolgen aus, es ist nichtig



5. Anwendung der „ultra-vires“ Doktrin – BGH, Urteil v. 28.02.1956 (I ZR 84/54)

- „Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind jedenfalls grundsätzlich nur im Rahmen des ihnen durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereichs zu einem rechtswirksamen Handeln befugt. Sie können nur innerhalb des durch ihre Zwecke und Aufgaben bestimmten, sachlich und räumlich beschränkten Lebenskreises handeln. Außerhalb ihres Funktionsbereichs liegende Handlungen entbehren schlechthin der Rechtswirksamkeit.“
- „Nehmen sie auf dem ihnen verschlossenen Gebiete Rechtsakte vor, so sind diese nichtig.“
- Bestätigung durch nachfolgende Entscheidungen (NotZ 3/69; I ZR 251/90)
- So auch OVG Münster (IV A 464/72) und OVG Lüneburg (8 LB 9/08)



E. Sonstige Anspruchsgrundlagen

1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung
2. Anfechtung wegen Irrtums
3. Sittenwidrigkeit