



Die Konnexitätsanforderungen des Bundesgerichtshofs - Auswirkungen auf die Aufklärungspflicht beratender Banken bei Swap-Verträgen

1. Ausgangssituation

- 1.1 Mit Urteil vom 22.03.2011¹ hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Zusammenhang mit der Beratung über den Abschluss von Swap-Verträgen eine Pflicht der beratenden Bank zur Aufklärung ihres Kunden über einen anfänglichen **negativen Marktwert** dieser Swap-Verträge begründet. Ein anfänglicher negativer Marktwert entsteht dadurch, dass die den Swap strukturierende Bank die Parameter des Swaps – und damit die Risiken – einseitig zu ihren Gunsten und zulasten des zu beratenden Kunden verändert. Der mit finanzmathematischen Berechnungsmodellen ermittelte Wert (Preis) des Swaps wird dadurch negativ. Der Bundesgerichtshof sieht darin eine schwerwiegende **Interessenkollision** der beratenden Bank, da sie dem Kunden ihr daraus resultierendes Eigeninteresse am Verkauf derartiger Swap-Geschäfte in pflichtwidriger Weise verheimlicht.

Ausgangspunkt für die Urteile des Bundesgerichtshofs waren sog. **toxische Swap-Produkte**². Diese Produkte waren von ihrer inneren Struktur häufig mit spekulativen, dem kommunalen Sektor ohnehin verbotenen, Optionsbestandteilen ausgestaltet. Durch in diese „Swaps“ zusätzlich einstrukturierte Hebelwirkungen vervielfältigte sich das von Kunden aufgrund der Beratung übernommene Risiko. Auch aufgrund ihrer undurchschaubaren Komplexität waren diese Produkte für Kunden, insbesondere kommunale Kunden, völlig ungeeignet.

Von toxischen Swap-Produkten abzugrenzen sind einfach strukturierte Zinsswaps (sog. Plain-Vanilla-Swaps). Mit ihnen kann man Zinsrisiken aus Darlehen oder Darlehensportfolien steuern, d.h. im Sinne des Gemeinderechts „sichern“ und „optimieren“.

- 1.2 Mit Urteil vom 20.01.2015³ hat der Bundesgerichtshof u.a. entschieden, dass aus dem anfänglichen negativen Marktwert eines „Swaps“ eine Aufklärungspflicht der Bank dann nicht abgeleitet werden kann, wenn nur eine übliche Gewinnmarge eingepreist wurde.
- 1.3 Mit Urteil vom 28.04.2015⁴ hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Pflicht zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert entfällt, wenn das Swap-Geschäft *in Verbindung* zu einem Grundgeschäft steht. Offen geblieben war, unter welchen Voraussetzungen eine solche Verknüpfung – „Konnexität“ – zwischen Derivat-Geschäft (Swap) und Grundgeschäft (Darlehen) angenommen werden kann.

¹ Az.: XI ZR 33/10; Ille-Entscheidung – openJur 2011,91599

² Zum Begriff die Fachinformation des Bundesverbandes öffentlicher Zinssteuerung 01/2016 „Gesetzliche Grundlagen für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen - Der Basisgrundsatz der Sicherheit“, Anm. 3.6.5

³ Az.: XI ZR 316/13 – openJur 2015,5944

⁴ Az.: XI ZR 378/13 – openJur 2015,11119

2. Das Urteil vom 22.03.2016

In dieser Entscheidung⁵ hat der Bundesgerichtshof die Kriterien definiert, nach denen eine Verknüpfung zwischen Grundgeschäft und Derivat zu überprüfen ist. Das Gericht bejaht eine *von der Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert befreiende* Verknüpfung - Konnexität - unter folgenden Voraussetzungen⁶:

- Ausgangs- und Bezugspunkt ist ein *bei der beratenden Bank* unterhaltener, bestehender oder zeitgleich abgeschlossener *Darlehensvertrag*.
- Der *Bezugsbetrag* des Zinssatz-Swapvertrags muss der Valuta des zugrunde liegenden Darlehensvertrags entsprechen oder darf diese Valuta jedenfalls nicht übersteigen. Sind im Darlehensvertrag Tilgungszahlungen vorgesehen, muss der zur Rückzahlung ausstehende Kreditbetrag dem Bezugsbetrag des Zinsswaps entsprechen.
- Die *Laufzeit* des Zinsswaps muss der Zinsbindung gleichstehen, jedenfalls darf die Laufzeit des Zinsswaps die Laufzeit des Darlehensvertrags nicht überschreiten.
- Die *Zahlungspflichten* der Swap-Bank aus dem Zinsswap müssen sich mit dem vom Kunden im zugrunde liegenden Darlehensvertrag übernommenen variablen oder festen Zinsen zumindest im Sinne einer partiellen Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken decken.
- Die jeweiligen Zahlungspflichten müssen zum *gleichen Stichtag* bestehen.

Keine Aufklärungspflicht der beratenden Bank über einen anfänglichen negativen Marktwert des „Swaps“ besteht folglich (nur) dann, wenn die Parteien, wirtschaftlich betrachtet, ein konkretes Kreditverhältnis abändern, indem sie zumindest partiell entweder ein variabel verzinsliches Darlehen in ein synthetisches Festzinsdarlehen oder ein Festzinsdarlehen in ein synthetisch variabel verzinsliches Darlehen umwandeln.

Das Entsetzen, das einen kommunalen Finanzmanager und auch kooperierende Finanzinstitute beim Studium dieser Voraussetzungen ergreifen kann, ist verständlich: Denn in der Praxis gibt es kaum Swap-Verträge, die diese Konnexitätsanforderungen erfüllen. Fehlende Konnexität führt nun allerdings nicht zur Nichtigkeit geschlossener Swap-Verträge, sondern sie lässt eine Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert zugunsten des Kunden entstehen. Die Befürchtung, dass alle Swap-Verträge beendet werden müssten, ist jedoch unbegründet. **Denn die Konnexität als Zulässigkeitsvoraussetzung für kommunale Derivatgeschäfte ist, wie nachfolgend ausgeführt wird, von diesem Urteil nicht betroffen.**

⁵ Az.: XI ZR 425/14 – openJur 2016,5724

⁶ Az.: XI ZR 425/14 – openJur 2016,5724, Rn. 34 ff

3. Die Folgen der Marktwert-Rechtsprechung für die kommunale Praxis

Den Kommunen ist der Begriff der „Konnexität“ in mehrfacher Hinsicht bekannt. So beschreibt bereits das Grundgesetz⁷ die sog. „Vollzugskonnexität“, wonach die „Ausgabenlast der Aufgabenlast folgt“. Bundesländer regeln den Begriff der „Konnexität“ im kommunalen Finanzausgleich in ihren Verfassungen⁸. „Konnexität“ als kommunalrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit derivativer Finanzgeschäfte ist, wenngleich weder in Bundes- noch in Landesgesetzen niedergelegt, allgemein anerkannt. *Mit den vorbeschriebenen bundes – oder landesrechtlichen Konnexitätsbestimmungen hat die „Aufklärungspflicht-Konnexität“ der Marktwert-Rechtsprechung keine Berührungspunkte.* Ausgangspunkt ist die gänzlich andere **Zielrichtung** der Rechtsprechung:

- In der Entscheidung vom 22.03.2016 befasst sich der Bundesgerichtshof nicht mit der Frage, ob oder unter welchen Prämissen ein derivatives Finanzinstrument gegen Gemeinderecht verstößt, ob es also „sichernd“⁹ oder „optimierend“¹⁰ wirkt, ob es den kommunalgesetzlichen Grundsatz der Risikominimierung¹¹ oder das kommunalrechtliche Verbot spekulativer Rechtsgeschäfte beachtet. Auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein derivatives Finanzgeschäft den (ungeschriebenen) Zulässigkeitsanforderungen an die kommunalrechtliche Konnexität entspricht, lässt das Gericht unbeantwortet.
- Vielmehr klärt der Bundesgerichtshof hier die in den vorangegangenen Urteilen offen gebliebene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine beratende Bank ihre Kunden bei einer konnexen Verknüpfung zwischen Grundgeschäft und Derivat über einen anfänglichen negativen Marktwert aufklären muss bzw. von dieser Aufklärungspflicht befreit ist.
- Die vom Bundesgerichtshof entwickelte „Aufklärungspflicht-Konnexität“ richtet sich – anders als die Konnexität als Zulässigkeitsvoraussetzung für kommunale Derivatgeschäfte, die sich an Kommunen wendet – ausschließlich an die beratende Bank.

4. Fazit

Die Marktwert-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelt die Voraussetzungen für die Befreiung einer beratenden Bank von ihrer Aufklärungspflicht bei einer „konnexen“ Verknüpfung zwischen Grundgeschäft und Derivat.

Die Marktwert-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richtet sich an die beratende Bank, nicht aber an die Kommune.

Die von der Marktwert-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geschaffene „Aufklärungspflicht-Konnexität“ berührt die kommunalrechtliche Konnexität als Voraussetzung für die Zulässigkeit kommunaler Derivatgeschäfte nicht.

Gez. Dr. Jochen Weck
Rössner Rechtsanwälte¹²

⁷ Art. 104a Abs. 1 GG

⁸ z.B. Art. 83 Abs. 3 und Abs. 7 BV

⁹ in Bayern Art. 74 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz GO

¹⁰ in Bayern Art. 61 abs. 2 GO i.V.m. Art. 74 Abs. 2, 2. Halbsatz GO

¹¹ in Bayern Art. 61 Abs. 3 GO

¹² Die Kanzlei hat die Gemeinde Hückeswagen in diesem Rechtsstreit vertreten