

FAKTENCHECK: Kommunale Derivateklagen

Sind Derivatgeschäfte mit Kommunen erlaubt?

Derivatgeschäfte werden von privaten und öffentlichen Unternehmen sowie Privatpersonen seit langer Zeit abgeschlossen. Auch Bund, Länder und Gemeinden schließen Derivatgeschäfte mit Banken ab.

Insbesondere für kommunale Derivatgeschäfte haben nahezu alle Bundesländer entsprechende Anweisungen in Form von Runderlassen herausgegeben. Diese konkretisieren die Regelungen zum Haushaltsrecht in den jeweiligen Gemeindeordnungen und enthalten für die Kommunen Vorgaben zum Einsatz von Swapgeschäften im Rahmen ihres Schuldenmanagements. Für das Bundesland NRW enthalten zahlreiche Runderlasse des Innenministeriums entsprechende Regelungen (Runderlasse vom 30. August 2004, 09. Oktober 2006, 04. September 2009, 13. Dezember 2010 und vom 06. Mai 2011).

Die Gemeindeprüfungsanstalt Nordrhein-Westfalen hat den Kommunen in NRW regelmäßig empfohlen, sich mit dem Abschluss von Derivatgeschäften im Rahmen des aktiven Schuldenmanagements zu beschäftigen, um so ihre Zinslasten zu reduzieren.

Fazit: Weder WestLB noch Kommune haben in der Vergangenheit im rechtsfreien Raum agiert. Derivatgeschäfte sind den Kommunen – unter Beachtung von Haushaltsrecht und Gemeindeordnung – grundsätzlich erlaubt. Vor diesem Hintergrund kam es seit den 2000er Jahren vermehrt zum Abschluss verschiedenster Derivate. Ziel war es stets, die Zinslast der Kommunen insgesamt zu senken.

Welchen Einschränkungen unterliegen kommunale Derivatgeschäfte?

Untersagt ist ein spekulativer Einsatz dieser Instrumente. Dabei ist nicht definiert, unter welchen Bedingungen Konstruktionen als spekulativ einzustufen sind. Diese Frage müsste also für jeden Einzelfall gesondert geklärt werden.

Die Tatsache, dass ein Swap-Geschäft Fremdwährungen einbezieht, ist für sich genommen kein Indiz für einen unzulässigen spekulativen Einsatz. Denn den Kommunen ist die Aufnahme von Fremdwährungskrediten durch Erlasse ausdrücklich gestattet. Und dies schließt den Abschluss entsprechender Derivate ein.

Nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und juristischer Literatur sind Swapgeschäfte überdies selbst dann rechtswirksam, wenn eine Kommune bei Abschluss dieser Geschäfte gegen einzelne für sie geltende Vorschriften - insbesondere das Spekulationsverbot - verstoßen hat. Auch aus den Runderlassen des Innenministeriums NRW lässt sich nichts anderes herleiten.

Fazit: Der Einsatz von Fremdwährungsprodukten ist den Kommunen grundsätzlich erlaubt und u. U. sogar angeraten. Derartige Swaps sind nicht per se als spekulativ zu bewerten. Selbst wenn im Einzelfall ein spekulativer Einsatz von Derivaten vorliegen sollte, führt dies nach weit überwiegender Meinung von Experten nicht dazu, dass entsprechende Geschäfte gegen die guten Sitten verstoßen und damit rechtsunwirksam sind. Einzelne Urteile, die zu einem derartigen Ergebnis gelangen, stehen insoweit im Gegensatz zur vorherrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung.

Warum haben viele Kommunen Geschäfte auf den Schweizer Franken abgeschlossen?

Kommunen haben mit den Derivatgeschäften das Ziel verfolgt, ihre Zinslast zu senken.

In diesem Zusammenhang haben sie auch Geschäfte abgeschlossen, die den CHF einbezogen, um vom seinerzeit günstigen Zinsniveau in der Schweiz zu profitieren. Mit diesen Geschäften stellten sich die Kommunen so, als ob sie ein Darlehen in Schweizer Franken zu den damals herrschenden niedrigen Zinsen in der Schweiz aufgenommen hätten (sog. synthetische Fremdwährungsdarlehen). Wie bei allen Fremdwährungsdarlehen war mit diesen Geschäften ein Wechselkursrisiko verbunden. Dieses Risiko hat die WestLB in umfangreichen Präsentationen erläutert und den Kommunen dazu auch alternative Berechnungen an die Hand gegeben.

Die Verbindung zum Schweizer Franken (CHF) wurde gewählt, weil nicht nur das dortige Zinsniveau sehr günstig war sondern sich gleichzeitig auch der Wechselkurs des Schweizer Franken zum Euro (EUR) über lange Zeiträume als vergleichsweise stabil erwiesen hatte. Er schwankte beispielsweise zwischen 1999 und 2010 zwischen 1,42 und 1,68 EUR/CHF, die Veränderung betrug somit maximal 18 Prozent. Im selben Zeitraum schwankte der EUR/USD-Wechselkurs zwischen 0,82 und 1,60 EUR/USD, die Schwankungsbreite lag also bei 95 Prozent .

Im Ergebnis konnten die Kommunen ihre Zinslast durch den Abschluss der Derivatgeschäfte über längere Zeiträume deutlich senken, in der Regel um etwa 1 Prozentpunkt per anno. Dies änderte sich mit der Finanzkrise: Sie führte zur Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro. In der Folge mussten die Kommunen höhere Zahlungen leisten, so dass der vorherige Zinsvorteil sich teils in einen Zinsnachteil verkehrte. Die Zahlungen der Kommunen erhöhten sich durch die Aufwertung des Schweizer Franken hinsichtlich der Zinsen und des Rückzahlungsbetrages.

Fazit: Der Umstand, dass die auf den Schweizer Franken bezogenen Geschäfte für die Kommunen negative Auswirkungen hatten, resultiert allein aus der Finanzkrise und dem Wertverlust des Euro. Diese Entwicklung war bei Abschluss der Geschäfte nicht vorauszusehen. Zu dem Zeitpunkt als das Gros der Geschäfte abgeschlossen wurde, rechnete eine weit überwiegende Zahl der Marktteilnehmer nicht mit einer signifikanten Aufwertung des Schweizer Franken. Nur vergleichsweise wenige Marktteilnehmer (mit typischerweise risikoreicheren Geschäftsmodellen) nahmen eine Gegenposition ein.

Wettet die Bank beim Derivatgeschäft gegen ihren Kunden?

In vielen Ausführungen zu Derivatgeschäften wird die Bank als wirtschaftlicher Wettgegner des Kunden begriffen. Diese Darstellung geht jedoch am wirtschaftlichen Charakter eines Swap Geschäftes vorbei. Denn: Die Bank baut keine spiegelbildliche Gegenposition zu der Position des Kunden auf. Die Bank profitiert daher auch nicht von eventuell eintretenden Verlusten des Kunden. Die Bank ermöglicht dem Kunden durch den Abschluss von Swapgeschäften den Zutritt zu bestimmten Kapitalmarktsegmenten (Währungsgeschäft; Zinsgeschäft). Sobald die Bank ein Swapgeschäft abschließt, schließt sie parallel regelmäßig ein oder mehrere Gegengeschäfte mit Gegenparteien im Markt ab (sog. Hedging). Mit diesen parallel laufenden Verträgen werden die Chancen und Risiken aus dem Ursprungsgeschäft zwischen Bank und Kunden an dritte Marktteilnehmer weitergereicht. Oftmals wird das Kundengeschäft dabei in einzelne wirtschaftliche Komponenten zerlegt, die jeweils einzeln oder zusammen mit anderen Risikopositionen mit Parteien im Markt gehandelt werden. So führt der Finanzmarkt letztlich eine Vielzahl verschiedener Risikopositionen zusammen, die ihren Ursprung jeweils in den unterschiedlichsten Gründen haben und sich keinesfalls allein aus einer unterschiedlichen Marktwerterwartung der Akteure herleiten. Das Bild der gegeneinander wettenden Marktteilnehmer beschreibt die Finanzmärkte daher nicht zutreffend.

Fazit: Die Rolle der Bank ist stets die eines Vermittlers. Die tatsächlich eintretenden Marktentwicklungen wirken sich für sie nicht aus. Daher kann die Bank die Ausgestaltung der Swaps ohne Einschränkungen an die Bedürfnisse des individuellen Anlegers anpassen. In der Regel hat sie sogar ein hohes Interesse, dass der Kunde aus dem Swapgeschäft einen Gewinn erzielt. Denn nur so kann sie ihn weiter als Kunden an sich binden

Befindet sich die Bank beim Abschluss von Swapgeschäften in einem Interessenkonflikt?

Die Rechtsprechung wirft den Banken vor, dass sie sich beim Abschluss von Swapgeschäften in einem Interessenkonflikt gegenüber ihrem Kunden befinden. Das mit dem Swapgeschäft verbundene Hedging hebt nach Meinung der Rechtsprechung diesen Interessengegensatz demnach nicht auf. Zumindest bei einigen bestimmten Swapgeschäften soll das Hedging den Interessenkonflikt vielmehr herbeiführen oder verstärken.

Angesichts der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ist diese Position in ihrer Allgemeinheit nicht nachvollziehbar: Die Bank stellt das Risiko aus dem Kundengeschäft durch ein oder mehrere Gegengeschäfte am Markt weitgehend glatt. Ein solches Verfahren wird von der Bank aufsichtsrechtlich gefordert. Denn die Bank soll gerade keine eigene Risikoposition behalten. Das notwendige Hedging ermöglicht der Bank zugleich, dem Kunden, unabhängig von ihrer eigenen Risikoposition als Bank, das gewünschte Produkt anzubieten.

Vor diesem Hintergrund kann das Interesse der Bank allein darin bestehen, das Geschäft zu vermitteln und durch diese Dienstleistung eine Marge zu erzielen. Dies kann jedoch nicht generell einen Interessenkonflikt herbeiführen, denn das Vergütungsinteresse der Bank ist selbstverständlich und besteht bei allen Geschäften, die sie tätigt. Dies ist jedem Kunden bekannt. Vor Abschluss der Swapgeschäfte ist dieses Margeninteresse der WestLB den Kunden außerdem offengelegt worden.

Fazit: Die Bank ist nicht primär Risikoträger, sondern Risikotransformator. Für diese Tätigkeit erhält sie – wie im Geschäftsleben üblich - eine Marge. Daraus generell einen Interessenkonflikt herzuleiten, ist angesichts der wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht nachvollziehbar.

Welchen Preis zahlt der Kunde für ein Derivatprodukt?

Grundsätzlich ist festzuhalten: Alle Finanzprodukte haben einen Preis. Wie bei anderen handelbaren Produkten auch, unterscheidet man am Markt Ankaufs- und Verkaufspreise. Beispiel: Fremdwährungen. Hier bezeichnet der sog. Geldkurs den Preis, zu dem ein Marktteilnehmer bereit ist, das Produkt zu erwerben (*Bank kauft vom Kunden US Dollar*). Der Briefkurs ist der Preis, zu dem ein Marktteilnehmer bereit ist, das Produkt zu veräußern (*Bank verkauft dem Kunden US-Dollar*). Der Unterschied zwischen dem höheren Verkaufskurs und dem niedrigen Ankaufskurs ist die Geld-/Brief Spanne. Diese Spanne ist zugleich die Handelsmarge der Bank. Die Handelsmarge setzt sich aus den Kosten der Bank zusammen und ihrem Verdienstaufschlag, der Verdienstmarge im engeren Sinne.

Aus Geld- und Briefkurs lässt sich ein Mittelkurs bestimmen. Das ist eine reine Rechengröße, die sich als arithmetisches Mittel aus An- und Verkaufspreis ergibt. Zum Mittelkurs kann jedoch keine Fremdwährung am Bankschalter erworben oder veräußert werden. Der Mittelkurs ist kein handelbarer Kurs. Jedes Produkt, das über einen Händler oder Mittler vermarktet wird, hat einen Preis, in den eine Handelsmarge eingerechnet ist.

Der Preis von Derivatgeschäften bildet sich aus der Erwartung des Marktes von zukünftigen Kursen bzw. Zinsen, an die die Zahlungen unter einem Swapgeschäft gekoppelt sind. Die Preise bilden sich anhand im Markt anerkannter und von den Marktparteien im Wesentlichen gleich verwendeten Bewertungsmodellen. Deswegen liegen die Preise insbesondere bei einfachen Produkten sehr nahe bei einander. Sie unterscheiden sich ggf. durch die unterschiedliche Handelsmarge, die die jeweilige Bank beim Verkauf des Produktes ansetzen.

Beim Swapvertrag ist die Handelsmarge in die für die Zahlungsströme maßgeblichen Zinssätze einkalkuliert, vergleichbar jedem Kreditgeschäft einer Bank. Die Handelsmarge besteht auch beim Swapgeschäft aus einem Anteil, der die Kosten der Bank deckt und ihrer Verdienstmarge. Die Kosten der Bank sind je nach Art des Swaps unterschiedlich. So muss die Bank für bestimmte Swaps mehr als ein Hedge-Geschäft abschließen, je nach Zahl der Gegengeschäfte wächst der

Aufwand. Zudem reicht die Bank zwar die Marktrisiken weiter, nicht aber das Bonitätsrisiko, das sich mit dem Kunden verknüpft. Bei komplexen Swaps muss sie ggfs. zusätzlich Liquiditätsrisiken berücksichtigen, weil es aufwändiger ist, im Markt geeignete Gegenparteien zu finden.

Wie im Einzel- oder im Großhandel weiß auch der Kunde einer Bank, dass in die Preise eine Handelsmarge einkalkuliert wurde. Deren absolute Höhe ist ihm gewöhnlich nicht bekannt. Ob die Handelsmarge angemessen ist, erschließt sich in der Regel aus Preisvergleichen am Markt. Auch Kommunen, die Swap-Geschäfte tätigen, stellen in der Regel vorab Preisvergleiche an.

Fazit: Bei Swapgeschäften berechnet die Bank ihren Kunden wie bei allen anderen Finanzprodukten eine Handelsmarge. Es gibt wie bei Devisengeschäften einen Ankaukurs und einen Verkaufskurs. Der Kunde bezahlt für das Produkt den Verkaufskurs. Die Differenz zum Ankaukurs bildet die Handelsmarge der Bank und diese steigt mit der Komplexität des Produktes. Denn die Handelsmarge setzt sich aus verschiedenen Komponenten zusammen. Sie taugt aber nicht als Indikator für das Marktrisiko, das sich – für die Bank oder den Kunden - mit dem Geschäft verknüpft. Das Wesen des Swapgeschäfts besteht vielmehr darin, dass die Bank ihrerseits kein Marktrisiko eingeht, indem sie dieses im Rahmen des Hedgings an Dritte weitergibt.

Was versteht man unter dem „anfänglichen negativen Marktwert“?

Der Begriff des „anfänglichen negativen Marktwertes“ ist ein Begriff aus der Rechtsprechung. In der Finanz- oder Betriebswirtschaft gibt es diesen Begriff nicht. Den Begriff hat der BGH in seinem sogenannten Ille-Urteil (Urteil vom 22.03.2011) geprägt. Der BGH bezieht sich dabei ausdrücklich auf eine extrem komplexe Swap-Variante („CMS-Spread-Ladder-Swap“).

Inhaltlich zielt der Begriff des „anfänglichen negativen Marktwertes“ dabei offenbar auf den Unterschied zwischen dem tatsächlich gehandelten Preis und dem rein rechnerisch ermittelten Mittelkurs ab. Er beschreibt damit den Umstand, dass der Käufer eines Finanz-Produkts, der dieses sofort nach dem Erwerb wieder veräußert, stets die zunächst gezahlte Handelsmarge verliert. Denn er findet nur einen Käufer, wenn er bereit ist einen Abschlag zumindest zum Mittelkurs hinzunehmen, damit sein Käufer das Produkt wiederum mit einer Marge weiter verkaufen kann. Gesteht er dem Käufer diese Marge nicht zu, wird er keinen Käufer finden.

Die Bank ist in der Lage, eine Handelsspanne zu erwirtschaften, weil sie dem Kunden ein Produkt verschafft, das er sich selbst nicht am Markt verschaffen kann. Wenn die Bank ein Produkt zum Verkaufspreis verkauft, dasselbe Produkt zum Ankaukurs ankauft, ist der Ankaukurs regelmäßig etwas niedriger, bzw. der Verkaufspreis etwas höher, als der nicht handelbare Mittelkurs. Das bedeutet aber keinesfalls, dass die verschiedenen Marktteilnehmer dem Produkt einen unterschiedlichen Marktwert beimessen. Der Marktteilnehmer, der der Bank das Produkt verkauft, hat keine andere Vorstellung von den zukünftigen Zahlungsströmen unter dem Swapgeschäft als die Bank oder der Kunde der Bank. Die Handelsspanne bildet sich nicht aufgrund unterschiedlicher Markterwartung der Parteien sondern aufgrund des Margeninteresses der das Geschäft vermittelnden Bank.

Fazit: Der „anfängliche negative Marktwert“ wurde in der Auseinandersetzung um eine extrem komplizierte Swap-Konstruktion entwickelt. Der Begriff blendet den Umstand aus, dass es in der Praxis beim Handel mit Finanzprodukten immer Differenzen zwischen An- und Verkaufswerten gibt – der Kunde also immer einen Verlust in Höhe der gezahlten Handelsmarge erzielt, wenn er ein gerade erworbenes Produkt unmittelbar weiter veräußern will. Bestes Beispiel hierfür ist der An- und Verkauf von Devisen. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als zweifelhaft, dass sich der Begriff undifferenziert auf alle Arten von Zinssicherungs- oder Zinsoptimierungsgeschäften anwenden lässt. Denn die Aussage, Produkte hätten für den Kunden einen „anfänglichen negativen Marktwert“ ist irreführend, wenn sie glauben macht, dem Kunden würde ein Produkt zu einem falschen oder „unfairen“ Preis verkauft, weil es ihm nicht zum Mittelkurs veräußert wurde.

Verletzt die Bank ihre Pflichten, wenn sie dem Kunden nicht den „anfänglichen negativen Marktwert“ des Swap-Geschäftes mitteilt?

Im Falle eines hochstrukturierten Swaps mit sehr komplexer Berechnungsformel und mit unbegrenztem Verlustrisiko („CMS-Spread-Ladder-Swap“) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Banken verpflichtet seien, ihre Kunden vor Vertragsabschluss über den anfänglichen negativen Marktwert des Derivates aufzuklären. Finde eine solche Aufklärung nicht statt, sei die Bank aufgrund fehlerhafter Anlageberatung haftbar (Marktwertrechtsprechung).

Eine entsprechende Verpflichtung kann nach sachgerechter Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus Sicht der EAA höchstens dann gelten, wenn der Kunde wegen der besonderen Komplexität oder Undurchsichtigkeit des Derivatgeschäftes seine Risiken und Chancen nicht sachgerecht beurteilen kann und in solchen speziellen Fällen auch nicht übersieht, in welchem Umfang die Komplexität des Swaps die Handelsmarge nach oben treibt. Eine derartige Betrachtung, die von einem rein-rechnerisch ermittelten Mittelkurs für ein Swap-Geschäft ausgeht, kann aber nicht für die Aufklärung im Rahmen dazu im Vergleich wesentlich einfacherer Zinssicherungsgeschäfte oder auch Zinsoptimierungsgeschäfte relevant sein.

Die WestLB hat, soweit der EAA die Fälle bekannt sind, im Rahmen der Information des Kunden stets mitgeteilt, dass der Abschluss von Derivatgeschäften nicht kostenlos, sondern eine bankübliche Marge in das Geschäft eingepreist sei. Dies erfolge ähnlich wie bei den Krediten, indem die Bank sich zu etwas günstigeren Konditionen am Markt eindecke als sie sie an die Kommune weitergibt. Dass die absolute Höhe einer solchen Marge dem Kunden nicht bekannt ist, ist gängige Praxis und wird durch Gerichte nicht in Frage gestellt. So ist beispielsweise keinem Kreditnehmer bekannt, zu welchem Zinssatz sich seine Bank refinanziert und wie hoch der Zinsvorteil der Bank bei einem Kreditgeschäft ausfällt.

Das Bestehen einer Marge bedeutet nicht, dass der Markt das Risiko des Produkts in Höhe der Marge negativ sieht oder das Produkt den „falschen“ oder „unfairen“ Preis hat. Über die mit einem Swapgeschäft verknüpften Marktrisiken hat die WestLB jeweils in umfangreichen Präsentationen aufgeklärt und zudem auch regelmäßig Informationsveranstaltungen für Vertreter von Kommunen angeboten. Die Auszahlungswirkung von Swaps lässt sich dabei einfach und schnell mit Hilfe von Szenariorechnern eindeutig nachvollziehen. Solche Szenariorechner wurden den Kunden vielfach zusätzlich zu den sonstigen Informationsmaterialien zur Verfügung gestellt.

Fazit: Ob die Beratung eines Kunden allen Anforderungen gerecht wurde, lässt sich beim Gros der Zinssicherungs- und optimierungsgeschäfte nur durch eine Prüfung im Einzelfall sachgerecht beurteilen. Das Konstrukt des „anfänglich negativen Marktwertes“ eignet sich nicht als Maßstab für eine generelle Beurteilung von Swapgeschäften, unabhängig von deren Komplexität. Wie bei allen Anlageentscheidungen ist auch bei Swapgeschäften eine eigene Markterwartung des Kunden notwendig. Jeder (institutionelle oder kommunale) Kunde, der einen Swap abschließt, war nach Darstellung der WestLB stets in der Lage, sich aufgrund für ihn verfügbarer und von der Bank tatsächlich zur Verfügung gestellter Informationen eine Meinung zu der Entwicklung des relevanten Zins- oder Wechselkurses zu bilden. Bei den ihr bekannten Fällen sieht die EAA keinen Grund an dieser Darstellung der WestLB zu zweifeln.

Hätten die betroffenen Kommunen die Derivategeschäfte nicht abgeschlossen, wenn sie von der Bank über den anfänglichen negativen Marktwert aufgeklärt wurden?

Grundlage eines jeden Schadensersatzanspruches eines Bankkunden ist ein belegbares Fehlverhalten der Bank. In den Swapverfahren geht es um die Frage, ob eine fehlerhafte Anlageberatung ursächlich für spätere Schäden auf Seiten des Kunden war. Juristisch ist dies die Frage nach der sogenannten Kausalität. Es kommt demnach in der Rechtsprechung darauf an, ob die betroffenen Kommunen die Derivatgeschäfte nicht abgeschlossen hätten, wenn sie von der Bank korrekt beraten worden wären. Im speziellen Fall der Swap-Geschäfte stellt sich somit auch

die Frage, ob die Kommunen sich anders entschieden hätten, wenn die Bank über den „anfänglichen negativen Marktwert“ aufgeklärt hätte.

Aus Sicht der EAA ist das eindeutig nicht der Fall: Den Kommunen war in den allermeisten Fällen nachweislich bekannt, dass die Bank eine Marge in die Derivatgeschäfte eingepreist hat. Den Kommunen wurde von der WestLB erläutert, wie sich die WestLB als Bank ihrerseits gegen die Risiken aus den Geschäften absicherte und dass sie durch eine entsprechende Konditionengestaltung ein Margeneinkommen erzielt. Dieses Margeneinkommen und damit genau der „anfängliche negative Marktwert“ war aus Sicht der EAA für die Anlageentscheidung des Anlegers im Gros der Fälle völlig irrelevant.

Fazit: Auch wenn der Kunde rein rechnerisch und gemessen an den theoretischen Risikomodellen leicht im Minus startet, ist dieses rechnerische Minus Ergebnis der Handelsmarge und für die Gewinn- und Verlustchancen des Kunden in dem Swap-Produkt praktisch unerheblich. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Struktur des Produktes dieses für den Kunden schlicht undurchschaubar macht.

Es gilt: Eine bankübliche Marge bewirkt nicht, dass das Produkt für den Kunden ein überwiegendes Verlustrisiko aufweist. Ausschlaggebend für die Erfolgchancen und Risiken des Produktes sind gesamtwirtschaftliche Entwicklungen, insbesondere die zukünftige Entwicklung von Zinsen und Währungskursen. Bei vielen anderen Finanzprodukten startet der Anleger wirtschaftlich betrachtet zunächst mit einem modellhaften Kostennachteil in Höhe der Marge der Bank, ohne dass das Produkt für den Kunden daher unbrauchbar wird (Kredit, Versicherungen, Fondsanlage). Die EAA hat zu diesem Fragenkreis auch ein Sachverständigengutachten vorgelegt. Die Ergebnisse dieses Gutachtens sowie die Beratungssituation im jeweiligen konkreten Einzelfall wurden von den unterinstanzlichen Gerichten in NRW für die Urteilsfindung in der Regel nicht herangezogen.

Welchen Schaden können die Kommunen geltend machen?

Die Kommunen greifen teilweise Swapgeschäfte an, die der Zinssicherung dienen und dazu führen, dass die Kommunen einen festen Zinssatz zahlen. In diesen Fällen ist zu berücksichtigen, dass die Kommunen ohne Abschluss des Swapgeschäfts alternativ einen Festzinskredit abgeschlossen hätten. In dieser Variante hätte sie eine ähnliche Zinsbelastung zu tragen.

Häufig konnte die Bank den Kommunen die Zahlung eines unter dem damaligen Zinsniveau liegenden Zinssatzes anbieten, da die Kommune der Bank im Gegenzug z.B. ein Options- oder Kündigungsrecht eingeräumt hat. Das wurde in das Geschäft eingepreist. Die Optionsprämie bezahlte die Bank sodann dadurch, dass sie der Kommune einen festen Zinssatz einräumte, der unter dem Marktzins für einen Festsatzkredit lag. In den allermeisten Fällen hat die Bank aufgrund der Marktentwicklung von ihrem Optionsrecht keinen Gebrauch gemacht. Die Kommunen haben ihrerseits zum Teil ganz erhebliche Ersparnisse realisiert.

Fazit: Bei einfachen Zinssicherungsgeschäften ist den Kommunen kein Schaden entstanden, sie würden heute wirtschaftlich genauso stehen wie ohne Abschluss des Swapgeschäfts. In vielen Fällen war der von ihnen durch den Swap vermittelte und gezahlte Zinssatz sogar niedriger als der Zinssatz, den die Kommunen zu gleicher Zeit für einen Kredit mit festem Zinssatz gezahlt hätten. Eine Kommune, die heute Klage erhebt und die Unwirksamkeit des Geschäfts geltend macht, muss sich diesen in der Vergangenheit erzielten Vorteil im Umkehrschluss anrechnen lassen.

Welche Haltung verfolgt die EAA in den Kommunalstreitigkeiten?

Aus Sicht der EAA ist die verbreitete Auffassung verfehlt, die die Bank als „Wettgegner“ des Kunden betrachtet. Der anfängliche negative Marktwert ist aus Sicht der EAA – von hochkomplexen Produkten abgesehen - nicht geeignet, um generell einen Interessenkonflikt zwischen Bank und Kunde zu begründen, wie dies in verschiedenen untergerichtlichen Urteilen bislang geschehen ist.

Die Gerichte haben es in den bisher entschiedenen Fällen nicht für notwendig befunden, über die konkrete Beratung im Einzelfall und Fragen der Ursächlichkeit Beweis zu erheben. Die Vertreter der Kommunen haben sich bislang in keinem Verfahren vor den Gerichten zur Sache äußern müssen.

Eine differenzierte Beurteilung der unterschiedlichen Swap-Produkte und der konkreten Umstände bei einzelnen Geschäften ist aus Sicht der EAA notwendig, um zu einer sachgerechten Beurteilung zu gelangen. Dabei ist grundsätzlich anzuerkennen, dass mit steigender Komplexität des Produktes die Anforderungen an Beratung und Transparenz steigen. Gleichzeitig muss die die Rolle der Kommune bzw. der dort handelnden Personen in Zukunft eingehender geprüft werden und stärkere rechtliche Bedeutung erlangen.

Die EAA beobachtet bundesweit durchaus Tendenzen einer differenzierteren Anwendung durch eine Abgrenzung insbesondere von Zinssicherungs- und Zinsoptimierungsgeschäften sowie komplexer und weniger komplexer Geschäfte. Derzeit sieht die EAA diese Tendenzen durch die jeweils entscheidenden Gerichte in NRW noch nicht hinreichend berücksichtigt. Aufgabe und Ziel der EAA ist es, das von der ehemaligen WestLB übernommene Portfolio und damit auch den Komplex der Kommunalklagen risikominimierend und wertschonend abzuwickeln und damit die Belastungen für den Steuerzahler so gering wie möglich zu halten.

Fazit: Die EAA strebt eine maßvolle Differenzierung zwischen verschiedenen Geschäften an, die auch der konkreten Beratungssituation angemessen Rechnung trägt. Die EAA fühlt sich verpflichtet, diese aus Ihrer Sicht vernünftige Sichtweise auch in den Gesprächen mit den Kommunen weiter zu verfolgen. Die EAA ist ausdrücklich an einer außergerichtlichen Lösung des Komplexes interessiert und führt dazu schon seit längerem intensive Gespräche.