



Thüringer Innenministerium · PF 900131 · 99104 Erfurt

An
Landratsämter als Rechtsaufsichtsbehörden
- Kommunalaufsicht –

Thüringer Landesverwaltungsamt
als Rechtsaufsichtsbehörde

per Fax

Geschäftszeichen
33.22

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Telefon
0361/3793-703

Datum
09.01.2012

Rundschreiben R 33 - 2/2012

Derivative Zinsgeschäfte auf kommunaler Ebene

Anlage:

- Leitsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22. März 2011 (Gz. XI ZR 33/10)
- Schreiben der BaFin vom 25. Juni 2010 (Gz. WA 31 – Wp 2002 – 2007/0127)

1.

Viele Kommunen (einschließlich Landkreise) setzten in der Vergangenheit Zinsderivate ein, um ihr Zins- und Schuldenmanagement zu optimieren. Aufgrund der oftmals hochkomplex strukturierten und riskanten Produkte (CMS Spread Ladder Swap, CMS Memory Swap, Leveraged Swap u.a.) wurde dieses Ziel nicht immer erreicht – nicht zuletzt deswegen, weil die kommunalen Anleger die Struktur der ihnen angebotenen Produkte und die damit einhergehenden Risiken nicht einschätzen konnten. Hier stellt sich die Frage, ob die Banken ihre Kunden über die mit dem Finanzprodukt verbundenen Risiken immer in dem erforderlichen Umfang aufgeklärt haben. Mit Urteil vom 22. März 2011 – XI ZR 33/10 – hat der BGH die Anforderungen an die Beratungspflichten im Rahmen von Wertpapiergeschäften konkretisiert.

Nach Ansicht des BGH muss die Bank bei der Anlageberatung vor Abgabe der Empfehlung die Risikogeneignetheit des Kunden erfragen. Bei einem derart hochkomplex strukturierten und riskanten Produkt wie dem Zinsswap-Vertrag seien auch an die Risikodarstellung hohe Anforderungen zu stellen. So muss dem Kunden in verständlicher und nicht verharmlosender Art und Weise vor Augen geführt werden, dass das für ihn nach oben hin nicht begrenzte Verlustrisiko nicht nur ein „theoretisches“ ist, sondern abhängig von der Entwicklung der Zinsdifferenz real und ruinös sein kann. Die Aufklärung – so der BGH weiter – muss bei einem so spekulativen Produkt gewährleisten, dass der Kunde im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank. Nicht zuletzt ist die Beratungspflicht bereits dann verletzt, wenn die Bank nicht auf den zum Abschlusszeitpunkt für den Kunden negativen Marktwert des Vertrages hinweist. Als Anlageberaterin ist die Bank verpflichtet, die Interessen des Kunden zu wahren. Der bewusst „einstrukturierte“ negative Marktwert führt zu einem Interessenkonflikt, den sie nur auflösen kann, wenn sie den Kunden über diesen Wert aufklärt.

Die aufgestellten Anforderungen an die anleger- und anlagegerechte Beratung dürften grundsätzlich auf den kommunalen Bereich übertragbar sein. Kommunen gelten nämlich nach der Klarstellung der BaFin vom 25. Juni 2010 (Gz. WA 31 – Wp 2002 – 2007/0127) nicht als „professionelle Kunden“. Durch die BaFin wurde klarstellend ausgeführt, „... dass Gemeinden, Landkreise und kreisfreien Städte als Privatkunden im Sinne des § 31a Abs. 3 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)“ gelten. Kommunale Gebietskörperschaften sind keine „regionalen Regierungen“ im Sinne des § 31a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 WpHG und somit auch nicht professionelle Kunden im Sinne des § 31a Abs. 2 WpHG.“

Es sind daher keine niedrigeren Anforderungen an die Erfüllung der Beratungspflichten zu stellen (vgl. hierzu auch Urteil des OLG Koblenz vom 14. Januar 2010 – 6 U 170/09 – Rz. 64 – zitiert nach juris).

Sollten Kommunen komplex strukturierte Derivatgeschäfte (bspw. CMS Spread Ladder Swap, CMS Memory Swap, Leveraged Swap) abgeschlossen haben, aus denen zu ihren Lasten Zahlungsverpflichtungen entstanden sind, wird dringend empfohlen,

unter Einbeziehung kompetenter Beratung zu prüfen, ob Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Aufgrund der kurzen Verjährungsfristen bei Schadensersatzansprüchen wegen fahrlässiger Falschberatung sollte die rechtliche Prüfung unverzüglich durchgeführt werden. Dies schon deswegen, um sich nicht durch Untätigkeit trotz der bekannt gewordenen Entscheidung des BGH ggf. dem Vorwurf der Untreue durch Unterlassen auszusetzen.

Für Ansprüche, die in der Zeit vom 1. April 1998 bis zum Ablauf des 4. August 2009 entstanden sind (sog. Altfälle), hat § 37 a des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) weiterhin Geltung (vgl. § 43 WpHG). Nach dieser Vorschrift verjähren Schadensersatzansprüche wegen fahrlässiger Verletzung der Beratungspflichten nach drei Jahren, „von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist“. Der BGH hat in einer früheren Entscheidung (Urteil vom 8. März 2005 – Az. XI ZR 170/04) zu dieser Vorschrift den Zeitpunkt des Abschlusses des entsprechenden Wertpapiergeschäfts als Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs und damit Beginn der Verjährungsfrist angesehen.

Für Ansprüche, die nach dem 4. August 2009 entstanden sind (sog. Neufälle), gilt die dreijährige Verjährungsfrist des BGB (vgl. §§ 195, 199 BGB), wonach die Frist nicht vor Ablauf des Jahres zu laufen beginnt, in dem der Anspruchsinhaber Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt. Auch hier ist allerdings zu beachten, dass es für die Tatsachenkenntnis nicht erforderlich ist, dass der Gläubiger den Vorgang rechtlich zutreffend beurteilt.

2.

Aus gegebenem Anlass weise ich hierneben ausdrücklich auf die Regelungen nach Abschnitt IV Nummern 11 und 12 der Bekanntmachung über das Kreditwesen der Gemeinden und Landkreise hin (ThürStAnz 7/2010, S. 187, 194). Rahmen- und Einzelverträge für Finanztermingeschäfte sind anhand der dort genannten Vorgaben auszurichten (bspw. Absicherung des Kontrahentenausfallrisikos über entsprechende Marginvereinbarungen) und die Kommune muss in der Lage sein, die Rechtsgeschäfte selbständig zu beurteilen und zu überwachen. Andernfalls verbietet sich ein entsprechender Abschluss. Bei Verstößen gegen die Vorschrift ist durch die jeweils

zuständige Rechtsaufsichtsbehörde die Einleitung entsprechender Maßnahmen sicherzustellen.

Des Weiteren ist durch das Thüringer Landesverwaltungsamt als oberer Rechtsaufsichtsbehörde (§ 118 Abs. 2 ThürKO) gegenüber dem Thüringer Innenministerium als oberster Rechtsaufsichtsbehörde (§ 118 Abs. 3 ThürKO) jeweils bis zum 31.12. zu berichten, welche Kommunen in Thüringen Derivatgeschäfte abgeschlossen haben. Über abgeschlossene Derivatgeschäfte im Jahr 2011 ist bis zum 31. Januar 2012 zu berichten.

Dabei sind zunächst der Zeitpunkt des Abschlusses, die Art, der Umfang, die Laufzeit, die Entwicklung des Marktwertes (Stichtage: zum Zeitpunkt des Abschlusses, jeweils zum 1. der Folgemonate, Vortagsdatum der Berichtspflicht der Kommune gegenüber der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde) und die Sicherstellung der unter Abschnitt IV Nummer 11 und 12 genannten Voraussetzung sowie etwaige eingeleitete rechtsaufsichtliche Maßnahmen tabellarisch darzustellen.

3.

Ich bitte Sie, die Ihrer Aufsicht unterstehenden Kommunen über den Inhalt dieses Rundschreibens zu informieren. Für Eigenbetriebe und Zweckverbände gilt dies entsprechend.

Im Auftrag



Joachim Bender



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 33/10

Verkündet am:
22. März 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB § 280

WpHG § 31 Abs. 1 Nr. 2

- a) Eine Bank muss bei der Anlageberatung vor der Abgabe einer Empfehlung die Risikobereitschaft des Anlegers erfragen, es sei denn, diese ist ihr aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung oder dem bisherigen Anlageverhalten des Anlegers bereits bekannt. Die berufliche Qualifikation einer Mitarbeiterin des Anlegers als Diplom-Volkswirtin lässt für sich allein weder den Schluss auf deren Kenntnis von den spezifischen Risiken des CMS Spread Ladder Swap-Vertrages zu, noch kann allein aus etwaigen vorhandenen Vorkenntnissen auf die konkrete Risikobereitschaft des Anlegers geschlossen werden.
- b) Bei einem so hochkomplexen Anlageprodukt wie dem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag muss die Aufklärung gewährleisten, dass der Anleger im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank, weil ihm nur so eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber möglich ist, ob er die ihm angebotene Zinswette annehmen will.

- c) Bei einem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag muss die beratende Bank über den negativen Marktwert aufklären, den sie in die Formel zur Berechnung der variablen Zinszahlungspflicht des Anlegers einstrukturiert hat, weil dieser Ausdruck ihres schwerwiegenden Interessenkonflikts ist und die konkrete Gefahr begründet, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt.
- d) Eine Bank, die eigene Anlageprodukte empfiehlt, muss grundsätzlich nicht darüber aufklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt. Der insofern bestehende Interessenkonflikt ist derart offenkundig, dass auf ihn nicht gesondert hingewiesen werden muss, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu. Solche besonderen Umstände liegen beim CMS Spread Ladder Swap-Vertrag vor, weil dessen Risikostruktur von der Bank bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet worden ist, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anlagegeschäfts das Risiko verkaufen zu können, das der Kunde aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommen hat.

BGH, Urteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10 - OLG Frankfurt am Main
LG Hanau



BaFin | Postfach 50 01 54 | 60391 Frankfurt

An die Verbände der Finanzdienstleistungs-
unternehmen und der Kreditwirtschaft

25.06.2010

GZ: WA 31-Wp 2002-2007/0127 (Bitte stets angeben)

Kundeneinstufung von Gemeinden, Landkreisen und kreisfreien Städten
nach § 2 Abs. 1 Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisati-
onsverordnung (WpDVerOV)

Sehr geehrte Damen und Herren,

nach meinen Erkenntnissen bestehen bei den Kredit- und Finanzdienst-
leistungsinstituten Unsicherheiten hinsichtlich der Kundeneinstufung von
kommunalen Gebietskörperschaften.

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

Die in der Gesetzesbegründung vertretene weite Auffassung, die neben
den Ländern auch die Landkreise und Kommunen unter den Begriff „re-
gionale Regierungen“ subsumiert, weicht von der Auslegung der EU-
Kommission in ihren Fragen & Antworten zur MiFID vom 07.07.2007
(Question No. 83) ab. Gemäß Auslegung der EU-Kommission zählen
Gemeinden und Stadtverwaltungen nicht zu den „regionalen Regierun-
gen“. Im Hinblick auf eine europarechtskonforme Auslegung der Vor-
schriften hat die Auffassung der EU-Kommission Vorrang vor der Geset-
zesbegründung des nationalen Gesetzgebers. Zudem bestehen erhebliche
Zweifel, ob von jeder Gemeinde die Kenntnisse und Erfahrungen
eines professionellen Kunden oder einer geeigneten Gegenpartei im Sin-
ne des WpHG erwartet werden können.

Bitte informieren Sie Ihre Mitglieder über diese Klarstellung.

Wertpapieraufsicht |
Asset-Management

Hausanschrift:
Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt | Germany

Kontakt:
Frau Susanne Matlok
Referat WA 31
Fon +49 (0)2 28 41 08-3320
Fax +49 (0)2 28 41 08-123
poststelle@bafin.de
www.bafin.de

Zentrale:
Fon +49 (0)2 28 41 08-0
Fax +49 (0)2 28 41 08-123

Dienststtze:
53117 Bonn
Graurheindorfer Str. 108
Georg-von-Boeselager-Str. 25

60439 Frankfurt
Lurgiallee 12

Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht



Seite 2 | 2

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'G. Birnbaum', is written in dark ink.

G. Birnbaum