

**BKR**

# Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgeber:

Paul H. Assies

Dr. Heiko Beck

Dr. Helmut Bruchner

Prof. Dr. Petra Buck-Heeb

Dr. Jürgen Ellenberger

Dr. Markus Escher

Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

Prof. Dr. Mathias Habersack

Dr. Uwe Jahn

Ralf Josten

Prof. Dr. Jens Koch

Prof. Dr. Hans-Michael Krepold

Dr. Volker Lang

Prof. Dr. Katja Langenbacher

Klaus M. Löber

Dr. Rainer Metz

Dr. h. c. Gerd Nobbe

Prof. Dr. Andreas Pfingsten

Dr. Patrick Rösler

Prof. Dr. Frank A. Schäfer

Hartmut Strube

Dr. Hanno Teuber

Dr. Jürgen Vortmann

Dr. Wolfgang Weitnauer

Dr. Stefan Werner

Jun.-Prof. Dr. Claire Feldhusen

**„Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung****441**

Ekkehard Grunwald/Dr. Andreas Walter LL.M./Enno Zipse

**Negative Zinsen und kommunale Kredite – Unsichere Rechtslage für Kämmerer****450**

Carlos Phillip Landschein

**Die Direktkondition gegen den Überweisungsempfänger bei der Rückabwicklung von Fehlüberweisungen – Ein Schritt zur Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Zahlungsverkehrsraums?****457**

BGH, Urt. v. 12.7.2016 – XI ZR 564/15

**Zum Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrages****463**

BGH, Urt. v. 5.7.2016 – XI ZR 101/16

**Zur Wirksamkeit von Bearbeitungsgebühren beim KfW-Förderdarlehen****470**

BGH, Urt. v. 12.7.2016 – XI ZR 150/15

**Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Swap-Vertrages****482****bkr.beck.de**
**BKR**  
 Bank- und  
 Kapitalmarktrecht
**11/2016**

16. Jahrgang

Seite 441 bis 484, 21. November 2016



**Ekkehard Grunwald/Dr. Andreas Walter, LL. M./Enno Zipse<sup>1</sup>**

# Negative Zinsen und kommunale Kredite – Unsichere Rechtslage für Kämmerer

## I. Sachverhalt

### 1. Einleitung

Negative Zinsen führen im Rahmen von Zinssicherungsderivaten, wie etwa synthetischen Festzinskrediten, zu erheblichen rechtlichen Unsicherheiten. Insbesondere besteht die Gefahr, dass durch solche Unsicherheiten ungerechtfertigte Zahlungen getätigt werden. Im Rahmen der kommunalen Finanzverwaltung ist dabei nicht ausgeschlossen, dass solchen ungerechtfertigten Zahlungen, nachträglich rechtliche Relevanz zukommt. Gerade die Verantwortlichen – z. B. Kämmerer, Kämmereileiter – wären hiervon betroffen.

Einerseits könnten ungerechtfertigte Zahlungen einen Verstoß gegen die allgemeinen Haushaltsgrundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darstellen; andererseits besteht die Gefahr, dass die Verantwortlichen sich – neben anderen rechtlichen Konsequenzen – auch einer Untreuetathandlung nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar machen könnten.

---

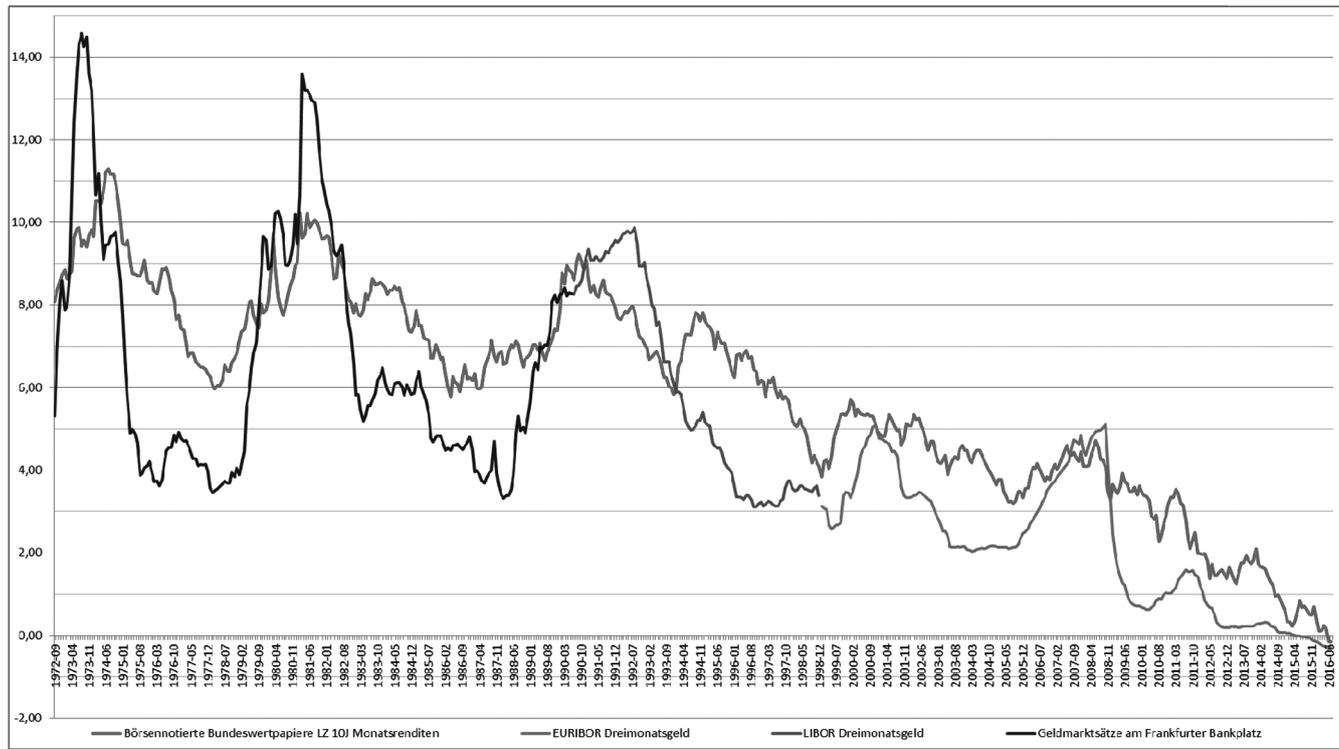
1) *Ekkehard Grunwald* ist Stadtkämmerer und Beigeordneter der Stadt Recklinghausen und Geschäftsführer der Stadtwerke Recklinghausen GmbH, Dr. *Andreas Walter* ist RA und Partner in der Anwaltssozietät Schalast in Frankfurt a. M., *Enno Zipse* ist RA in der Anwaltssozietät Schalast in Frankfurt a. M..

2. Zinsentwicklung

Seit Jahrzehnten können am Zinsmarkt in der Tendenz sinkende Zinsen beobachtet werden. Lediglich vereinzelt ergeben sich Marktsituationen mit extremen Ausschlägen nach oben, bspw. in den

Jahren 1980/81 und 1989/90. Verschärft wurde die negative Entwicklung des Zinsmarktes durch die Lehman-Pleite im September 2008 und die dadurch resultierende Finanzkrise. In diesem Zusammenhang senkte auch die EZB den Leitzins.

Abb. 1



Die negative Zinsentwicklung wird insbesondere deutlich, wenn man den Leitzins der EZB (Hauptrefinanzierungszins) z. Ztp. der Lehmann-Pleite dem Leitzins eines aktuellen Datums gegenüberstellt:

|                  |                          |                                    |
|------------------|--------------------------|------------------------------------|
| <b>Zeitpunkt</b> | Zeitpunkt Lehman-Pleite: | 16.3.2016:                         |
| <b>Leitzins</b>  | 4,25 % <sup>2</sup> .    | Herabsetzung von 0,05 % auf 0,00 % |

Nachfolgende Abbildung soll einen Überblick darüber geben, in welchem Monat bestimmte Zinssätze erstmalig bzw. im Durchschnitt<sup>3</sup> eine negative Notierung hatten:

| Zinssatz | Laufzeit | Jahr | Monat Niedrigster Zinssatz | Monat Durchschnitt |
|----------|----------|------|----------------------------|--------------------|
| EONIA    |          | 2014 | August -0,004              | Oktober -0,004     |
| Euribor  | 1-m      | 2015 | Januar -0,005              | März -0,010        |
|          | 3-m      | 2015 | April -0,005               | Mai -0,010         |
|          | 6-m      | 2015 | November -0,043            | November -0,015    |
|          | 12-m     | 2016 | Februar -0,024             | Februar -0,008     |

Eigene Darstellung

Diese Zinsentwicklung betrifft im Grundsatz alle kommunalen Kreditgeschäfte ferner auch Zinssicherungsderivate als sog. Finanzinstrumente und die dazugehörigen konnexen Grundgeschäfte<sup>4</sup>.

3. Kommunalkredite

Kommunalkredite sind zum großen Teil variabel verzinst. Vor dem Hintergrund der damit verbundenen Zinsänderungsrisiken sind verbreitet für einzelne Darlehen Zinssicherungen abgeschlossen worden. Diese Zinssicherungen erfolgten häufig über die Nutzung von sog. *synthetischen Festzinskrediten*. Synthetische Festzinskredite bestehen regelmäßig aus einem Darlehen (Grundgeschäft) und einem Swap-Geschäft (Zinssicherungsgeschäft). Da die beiden Geschäfte in Bezug zu einander abgeschlossen sind spricht man von *Konnexität* zwischen dem Grundgeschäft und dem Swap-Geschäft.

Bei dem Swap-Geschäft zahlt die Kommune einen festen Zinssatz an den Swap-Partner und empfängt im Gegenzug den im Rahmen des Darlehensvertrages vereinbarten variablen Zinssatz („Plain-Va-

2) siehe: <http://www.finanzen.net/leitzens/> – zuletzt aufgerufen 27.7.2016 18.05 h.

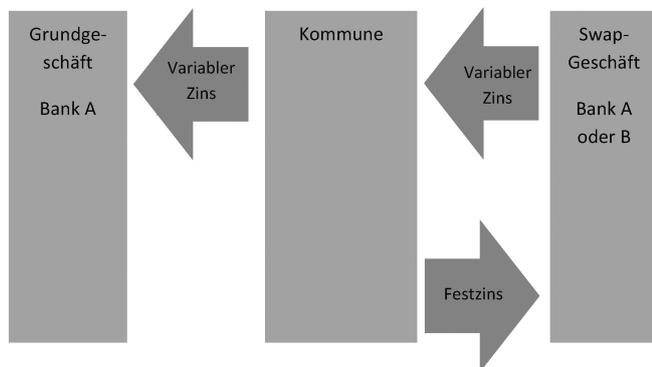
3) Siehe: [https://www.google.de/search?q=www.global-rates.com/zinssatze/euribor/euribor.aspx&ie=utf-8&oe=utf-8&gws\\_rd=cr&ei=EsiZV5WMDIWPgAakqa2ACA](https://www.google.de/search?q=www.global-rates.com/zinssatze/euribor/euribor.aspx&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=EsiZV5WMDIWPgAakqa2ACA) – zuletzt aufgerufen am 28.7.2016

4) Amtliche Statistiken über die Anzahl bzw. das Volumen z. B. von Zinssicherungsderivaten (insbes. Payer-Swaps) existieren nicht. Die Verfasser wissen jedoch, dass insbes. vor dem Lehman-Crash und dem damals kontinuierlichen Anstieg des EZB-Leitzinses viele Kommunen langjährige Zinssicherungsderivate abgeschlossen haben. Inwieweit Zinsoptimierungsgeschäfte nach dem Lehman-Crash vereinbart wurden, um die Zinslast dann wieder zu reduzieren, ist nicht einzuschätzen.

nilla-Swap“). Dabei handelt es sich um eine klassische Zinssicherung für Darlehen mit variabler Zinszahlung.

## Abb. 2

### Plain-Vanilla Swap



Der variable Vertragszins des Darlehens wird durch einen Referenz-Zinssatz zzgl. eines Aufschlags einer Kreditmarge bestimmt.

Beispiel:

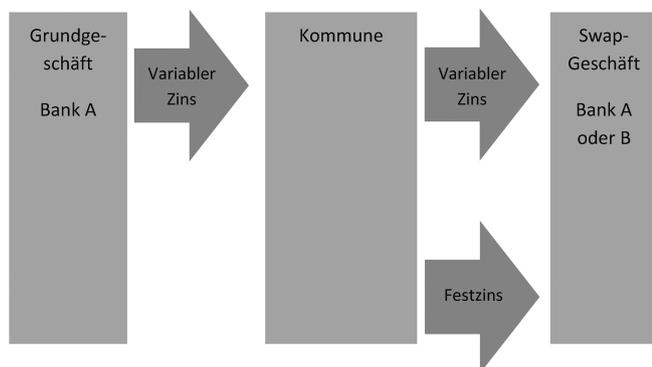
x-Monats EURIBOR (Referenzzins) + x Prozentpunkte (Kreditmarge)

Der Referenzzinssatz bei kommunalen Darlehensverträgen ist dabei regelmäßig der EURIBOR (Euro Inter Bank Offered Rate) oder der EONIA (Euro Over Night Index Average).

Die aktuelle Zinspolitik führt dazu, dass der EURIBOR negativ ist. Dabei stellt sich das Problem, dass sich die Zahlungsströme im Rahmen des Darlehens und des Zinssicherungsgeschäfts insgesamt umkehren müssten, um die Funktion als synthetischen Festzinskredit weiterhin zu erfüllen.

## Abb. 3

### Zinssicherung beim Plain-Vanilla Swap bei negativem Referenzzins

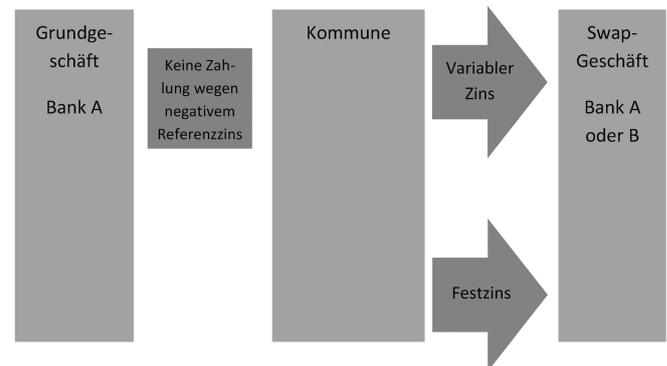


Indes unterscheidet sich in der Praxis das Vorgehen der Banken im Hinblick auf die Auswirkungen des negativen Referenzzinssatzes. Insbesondere werden Zahlungen der Banken zurückgehalten, soweit der Referenzzinssatz so negativ wird, dass die darlehensgebende Bank an die darlehensnehmende Kommune Zahlungen tätigen müsste.

Dadurch kommt es zu einer faktischen Störung der Zahlungsströme, da im Rahmen des Darlehens keine Zahlungen mehr fließen, jedoch im Rahmen des mit dem Grundgeschäft korrespondierenden Zinssicherungsgeschäfts Zahlungen, also der Festzins und zusätzlich der negative variable Referenzzins, angefordert werden. Die Zinssicherung wird durch die ausstehende Zahlung der darlehensgebenden Bank verhindert; denn für die Zahlung an den Swap-Partner fehlt die Deckung aus dem variablen Darlehen.

## Abb. 4

### Störung im Konditionengleichlauf bei negativem Referenzzins



Das Zurückhalten der Zinszahlungen der darlehensgebenden Bank führt letztlich dazu, dass die Kommune über den vereinbarten Festzins hinaus zusätzlich den negativen Referenzzinssatz zahlt. Eine Zinssicherung findet im Ergebnis nicht statt.

## 4. Problemstellung

Dadurch, dass bei einem negativen Referenzzins die zunächst beabsichtigte Zinssicherung im Ergebnis nicht stattfindet, kommt es in einigen Fällen zu einer erheblichen Mehrbelastung für die Kommunen. Denn zusätzlich zu dem vereinbarten Festzins zahlen sie den negativen Referenzzins.

Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass auf Grund rechtlicher Unsicherheit Zahlungen durch die jeweils zuständigen Personen getätigt werden, denen nachträglich rechtliche Relevanz zukommen könnte.

Einerseits könnten Zahlungen geleistet werden, die – sofern ungerechtfertigt – den Haushalt der Kommune nicht zu belasten haben und dürfen, da der Rechtsgrund hierfür fehlen könnte. Dies wäre ein Verstoß gegen die allgemeinen Hausgrundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Andererseits besteht die Gefahr, dass die Verantwortlichen – z. B. Kämmerer, Kämmererleiter – sich neben anderen rechtlichen Konsequenzen – auch einer Untreuetathandlung nach § 266 Abs. 1 Alt 2 StGB strafbar machen könnten. Denn die Pflicht zur Wahrnehmung städtischer Vermögensinteressen stellt nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>5</sup> eine Treuepflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB dar. Den im Hinblick auf ungerechtfertigte Zahlungen mitverantwortlichen Bankmitarbeitern könnte eine Beihilfehandlung zur Last gelegt werden.

Diese rechtlichen Unsicherheiten bedürfen daher der Klärung.

## II. Lösungsansätze

Durch einige Kommunen sind bereits einvernehmliche Lösungen mit den jeweiligen Banken gefunden worden, die die beabsichtigte Zinssicherung der Kommunen wieder herstellen<sup>6</sup>. Im Wesentlichen haben sich dabei drei Alternativen ergeben.

(i) Negativen Zinsen werden von der darlehensgebenden Bank ausgezahlt. Die Zahlungen an den Swap-Partner sind damit gedeckt.

5) St. Rspr. seit *BGH 1 StR 725/54 v. 29.3.1955 für Stadtkämmerer*; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 29. Aufl. 2014, § 266 Rz. 25; *Schünemann, Bernd* in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 266 Rz. 77, 121, 142.

6) So bspw. in dem vor dem LG Frankfurt a. M. unter dem Az. 2-10 O 508/15 geführten Verfahren einer Kommune und einer großen, deutschen Privatbank.

(ii) Das synthetische Festzinsdarlehen wird in ein „echtes“ Festzinsdarlehen umgewandelt. Das variable Darlehen und das Zinssicherungsgeschäft werden gegen ein festverzinsliches Darlehen getauscht.

(iii) Aus dem abgeschlossenen Zinssicherungsgeschäft werden keine negativen Zinsen angefordert. Da sowohl bei dem Darlehen als auch bei dem Zinssicherungsgeschäft keine negativen Zinsen angefordert werden, ist wieder ein Konditionengleichlauf zwischen den beiden Instrumenten des synthetischen Festzinsdarlehens hergestellt.

### III. Rechtliche Beurteilung

#### 1. Störung des Konditionengleichlaufs bei negativem Referenzzins

Es stellt sich zunächst die Frage, ob es bei einem negativen Referenzzinssatz im Rahmen von synthetischen Festzinsdarlehen aus rechtlicher Sicht zu einer Störung des Konditionengleichlaufs zwischen Grundgeschäft und Swapgeschäft kommt oder ob ein negativer Referenzzinssatz keine Auswirkung auf den Konditionengleichlauf des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts hat.

Problematisch ist dabei, dass die juristische Diskussion darüber, ob Negativzinsen als Zinsen im Rechtssinne anzusehen sind, noch am Anfang steht.

Überblick:

(i) Für die grundsätzliche Anerkennung einer negativen Verzinsung wird vorgetragen, dass

- der Zinsbegriff gerade gesetzlich nicht definiert ist und die bisher übliche Zinsdefinition noch auf ein Urteil des RG aus dem Jahr 1914<sup>7</sup> zurückzuführen ist, als die Währung noch auf dem Goldstandard beruhte. Dies spreche dafür, dass sinnvolle Schlüsse bzgl. des neuen Phänomens des Negativzinsens daraus schwerlich gezogen werden können<sup>8</sup>.
- es gerade kein unbekanntes Phänomen sei, dass derjenige eine Vergütung erhält, dem Kapital überlassen wird. Dies sei bspw. in der Branche der Vermögensverwalter üblich. Ferner sei auf das gebührenpflichtige Girokonto ohne Verzinsung hingewiesen<sup>9</sup>.
- der negative Zins der Einlagefazilität durch die EZB auf Grundlage ihres Rechts, die Leitzinssätze festzulegen, eingeführt worden sei. Europarechtlich sei Zins folglich auch als Negativzins denkbar. Es stünde im Widerspruch zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, wenn von der EZB geforderte Negativzinsen juristisch als Zins gälten, sonstige Negativzinsen jedoch nicht zulässig wären<sup>10</sup>.

(ii) Gegen die grundsätzliche Anerkennung einer negativen Verzinsung wird vorgetragen, dass

- Zins wirtschaftlich gesehen das Entgelt des Kapitalgebers für die Bereitstellung von Kapital ist<sup>11</sup>. Entsprechend ließe sich eine Zahlungspflicht des Darlehensgebers für die Kapitalüberlassung nur vereinzelt rechtfertigen, da sie dem Charakter des Zinses als Gegenleistung widersprechen würde<sup>12</sup>.
- es letztlich gleichgültig sein dürfte, wie man aus Gründen der Währungspolitik von Nationalbanken dekretierten Negativverzinsungen einordnet, soweit die anschließenden „Weitergaben“ der Negativverzinsung auf Vertrag beruhen. Der Umstand, dass sich Schuldner oder Gläubiger in einem Negativzinsumfeld befinden, schließe auch nicht aus, dass die Geldschuld, um die es geht, ihrerseits einer früher vereinbarten Positivverzinsung unterliegt<sup>13</sup>.
- die zentrale gesetzliche Folge des Verzugs gegen die Anerkennung einer negativen Verzinsung spreche. Verzugsfolge sei bei der Geldschuld die Verzinsung nach § 288 BGB, die den Schuldner durch einen Strafzins zur rechtzeitigen Zahlung anhalten will. Dass

der Gläubiger kraft Gesetzes eine zeitabhängige Verminderung seiner Forderung erleide, sei gerade nicht vorgesehen. Würde die Geldschuld im Verzug einer Degression unterliegen, müsste der Schuldner einen umso geringeren Betrag zahlen, je länger er die Zahlung hinauszögerte. Letztlich würde eine Anerkennung von negativen Verzugszinsen, etwa durch Zulassung eines Vorteilsausgleichs, die Möglichkeit der Aufdrängung einer Aufbewahrungsleistung des säumigen Schuldners an den Gläubiger bewirken. Gegen die Zulässigkeit eines etwaigen Vorteilsausgleichs im Zusammenhang mit der Anerkennung von negativen Zinsen spreche auch der Pauschalierungscharakter des § 288 BGB, der den Beweis eines geringeren Zinsschadens ausschließt<sup>14</sup>.

#### 1.1 Begrenzung des Zinses auf null bei variablen Darlehen<sup>15</sup>

Unabhängig von der noch jungen Diskussion über die generelle Zulässigkeit einer negativen Verzinsung stellt sich konkret die Frage, ob in den Fällen, in denen ein Darlehen in der Vergangenheit mit flexiblem Zins vereinbart und der Darlehenszins auf eine solche Weise bestimmt ist, dass sich während der Laufzeit ein Negativzins ergeben würde, sich aus den grundlegenden Prinzipien des Darlehensrechts eine Begrenzung für den Gesamtzinssatz oder dessen Einzelbestandteile auf null herleiten lässt oder ob eine negative Verzinsung in Betracht kommt. Anders gesagt, ob die Umkehr des Kapitalnehmers vom Zinsschuldner zum Entgeltgläubiger in Betracht kommt.

Nach einer Ansicht soll tendenziell die Marge als Mindestzinssatz gelten; allenfalls soll die Verzinsung infolge der Zinsklausel auf null abfallen<sup>16</sup>. Hintergrund sei, dass jede Vertragsqualifikation im Abschlusszeitpunkt aufgrund des vereinbarten Vertragsinhalts ein für alle Mal erfolgt. Der Umstand, dass sich das Leistungsprogramm aufgrund des einmal vereinbarten planmäßig oder unplanmäßig dynamisch entwickelt, ändere die typologische Qualifikation des Vertrages nicht mehr<sup>17</sup>. Dies hätte nämlich ggf. die plötzliche Geltung anderer dispositiven oder zwingenden Gesetzesrechts zur Folge. Parameter, die die Parteien für eine Positivverzinsung festgelegt haben, würden bei einer unveränderten Anwendung auf einen Negativzins ungewollten Effekt bekommen: Regelungen z. B. zur Zinsperiode, die den Kapitalempfänger begünstigen, würden sich bei Anwendung auf die Negativzinsforderung für ihn u. U. nachteilig auswirken<sup>18</sup>.

Nach einer anderen Ansicht soll, um gleichzeitig dem mathematisch-technischen Wortlaut der Zinsdefinition sowie den konzeptionellen Grenzen des Darlehensrechts (der Zins als Gegenleistung der Darlehensüberlassung) gerecht zu werden, eine Begrenzung des Gesamtzinses auf null regelmäßig interessengerecht sein<sup>19</sup>. Begründet wird dies damit, dass ansonsten die Marge erhalten bliebe und sich der Darlehensgeber aufgrund des negativen Referenzzinssatzes im Interbankenmarkt günstiger refinanzieren kann. Eine solche Be-

7) RGZ, 86, 399; 168, 284.

8) Langner/Müller, WM 2015, 1979, 2051.

9) Hingst/Neumann, BKR 2016, 959.

10) Langner/Müller, WM 2015, 1979 – 2051.

11) Tröger, NJW 2015, 657.

12) Storck/Reul, BB 2015, 115.

13) Ernst, ZfpW 2015 250.

14) Ernst, ZfpW 2015 250.

15) Eine Begrenzung des Zinses auf einen bestimmten Wert wird auch „Floor“ genannt.

16) Ernst, ZfpW 2015 250.

17) Ein Darlehensvertrag soll nicht etwa in einen Verwahrungsvertrag umqualifiziert werden.

18) Ernst, ZfpW 2015 250.

19) Storck/Reul, BB 2015, 115; Binder/Ettensberger, WM 2015, 2069.

grenzung würde theoretisch die Marge für den Darlehensgeber erhöhen; es ließe sich jedoch nicht begründen, weshalb die Marge des Darlehensgebers schützenswert sein soll<sup>20</sup>.

Überzeugend erscheint indes eine dritte Ansicht, nach welcher die Umkehr der Gesamtzinspflicht durchaus möglich ist und dies im Übrigen nicht dem Charakter des Zinses als Gegenleistung für die Darlehensüberlassung widerspricht<sup>21</sup>. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, welche Rolle dem Referenzzins zukommt. Dabei ist entscheidend, welche Rolle der Referenzzins im Rahmen der Zinskalkulation und der wirtschaftlichen Zinsfaktoren spielt. Bestandteile der Zinskalkulation sind regelmäßig die Refinanzierungskosten und der Gewinn<sup>22</sup>. Zu den wirtschaftlichen Zinsfaktoren zählen das Kreditrisiko, das Betriebsrisiko sowie das Marktrisiko. Dabei wird unter dem Marktrisiko die Gefahr eines Verlusts aus Wertschwankungen einer Position, die durch eine Veränderung der ihren Preis bestimmenden Faktoren ausgelöst wird, mithin das Geldwertrisiko, verstanden<sup>23</sup>.

Im Rahmen der Zinskalkulation ist der Referenzzins regelmäßig nicht mit den tatsächlichen Refinanzierungskosten gleichzusetzen<sup>24</sup>. Denn Refinanzierungskosten sind nicht nur die Kosten der für die Kreditvergabe notwendigen Fremdkapitalaufnahme, sondern auch die auf Grund bankaufsichtsrechtlicher Bestimmungen notwendigen rechnerischen Kosten der Eigenkapitalbindung<sup>25</sup>. Dass die Refinanzierungskosten nicht dem Referenzzins gleichzusetzen sind, ist insbesondere daraus ersichtlich, dass im Rahmen von Darlehensvergaben teilweise die Refinanzierungskosten maßgebend sein sollen, falls sie den Referenzzins übersteigen. Vielmehr wird durch den Referenzzins stets das Marktrisiko, also das Geldwertänderungsrisiko wiedergegeben. Dieses wird in einer Vielzahl von Darlehensverträgen als einzige Komponente separat bepreist<sup>26</sup>. Insoweit dürfte es sich bei dem jeweils vereinbarten Referenzzinssatz um Deflationsklauseln handeln. Grds. ist eine Auswirkung von Deflation auf Geldforderungen aufgrund des Nominalprinzips ausgeschlossen; die Bezugnahme auf einen Referenzzinssatz dürfte jedoch als eine Deflationsklausel i. S. einer Wertsicherungsklausel umgekehrter Richtung zu verstehen sein, wonach der Nominalbetrag der wiederkehrenden Geldleistung in Anpassung an den Geldwert schrumpft<sup>27</sup>.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass alle sonstigen für den Zins ausschlaggebenden Faktoren in der Marge pauschaliert werden. Entsprechend deckt die Marge neben dem Gewinn und den Betriebskosten (Kosten der Fremdkapitalaufnahme, Eigenkapitalbindung etc.) die um das Geldwertänderungsrisiko bereinigten Refinanzierungskosten ab<sup>28</sup>.

Soweit man zwischen der Geldwertrisikoübernahme als vertragliche Nebenleistung und der zinsmäßige Abgeltung des Darlehensbetrages ein Synallagma sieht, hat dies zur Folge, dass nicht die gesamte Zinszahlungspflicht zwingend beim Kapitalnehmer liegt. Denn soweit das Tragen des Geldwertänderungsrisikos vergütet wird, dürfte auch die Person des Gläubigers und des Schuldners der Zinskomponente des Referenzzinses wechseln<sup>29</sup>. In diesem Zusammenhang bleibt auch der Grundsatz gewahrt, dass Zins die synallagmatisch verknüpfte Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der Valuta ist<sup>30</sup>. Denn die Vergütung der Geldwertrisikoübertragung, also die Marge, steht durchwegs dem Darlehensgeber zu und bleibt in dieser Hinsicht tatsächlich positiv. Entsprechend ist der Ansicht, dass die Umkehr der Gesamtzinspflicht dem Charakter des Zinses als Gegenleistung für die Darlehensüberlassung widerspricht, in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen<sup>31</sup>. Zudem bleibt allein nach dieser Ansicht der von der Rechtsprechung<sup>32</sup> für Zinsanpassungsklauseln aufgestellte Grundsatz gewahrt, nach dem veränderte Refinanzierungsbedingungen in vollem Umfang an den Darlehensnehmer weitergegeben werden.

Unter Berücksichtigung des Vorstehenden hat auch eine Auslegung des § 488 BGB zu erfolgen. In § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB heißt es:

„Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen [...]“

Nach dem Wortlaut von § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB hat zunächst stets der Darlehensnehmer Zinsschuldner zu sein. Im Zivilrecht ist jedoch der Wortlaut lediglich der Anfang einer jeden Auslegung, und nicht wie etwa im strafrechtlichen Zusammenhang dessen Begrenzung<sup>33</sup>. Eine Auslegung hat darüber hinaus anhand des Auslegungskanons zu erfolgen. Entsprechend trifft allein der Wortlaut des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Aussage darüber, dass der Darlehensnehmer zwingend Zinsschuldner des Gesamtzinses zu sein hat. Vielmehr ist daraus lediglich herauszulesen, dass der Darlehensnehmer stets Schuldner einer bestimmten, für die Kapitalüberlassung zu zahlenden Zinskomponente ist. Im Rahmen von variablen Darlehensverträge, die auf einen Referenzzinssatz Bezug nehmen und darüber hinaus eine zusätzliche Kreditmarge enthalten, ist dies regelmäßig die Kreditmarge, die in jedem Fall, auch wenn der Gesamtzins negativ wird, von dem Darlehensnehmer als Entgelt für die Kapitalüberlassung gezahlt wird.

Im Übrigen ermöglicht regelmäßig auch die Ausgestaltung der Zinsklausel der variablen Darlehensverträge das Aufzehren der Kreditmarge durch einen negativen Referenzzins sowie einen Gesamtzins von unter null<sup>34</sup> und trägt entsprechend die vorgenannte Auslegung. In Abweichung von dem Gesetzeswortlaut lautet der Wortlaut von variablen Darlehensverträgen vielfach wie folgt:

„Der Kredit ist für den Zeitraum [...] mit dem 6-Monats-Euribor mit zzgl. [...] % zu verzinsen (variable Verzinsung).“

Letztlich bedarf es jedoch der genauen Untersuchung des Einzelfalls, ob die jeweilige Ausgestaltung des Darlehensvertrages eine negative Verzinsung zulässt.

## 1.2 Zinssicherungsgeschäft

Eine Begrenzung auf null beim Swap-Geschäft auf Grund eines negativen Referenzzinses dürfte regelmäßig ohne entsprechende Vereinbarung nicht vorliegen.

Der Derivatenmarkt ist seinem Hauptzweck nach auf den entgeltlichen Transfer von Risiken ausgerichtet, sei es zur Absicherung oder zur Spekulation. Dies gilt insbesondere für das Zinsswap-Geschäft. Der Kern dieser Geschäftsart besteht gerade darin, das Geldwertrisiko unter den Parteien zu verteilen. Dabei ist nicht nur der Risikotransfer, sondern grds. auch jede Begrenzung dieses Transfers nur gegen Entgelt zu erzielen. Ohne besondere Vergütung darf entsprechend auch kein standardmäßiger *zero floor* erwarten werden<sup>35</sup>.

20) *Storck/Reul*, BB 2015, 115.

21) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350 m. w. Nachw..

22) *Berger*, in: MünchKommBGB § 488 RdNr. 154.

23) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350.

24) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350.

25) *Berger*, in: MünchKommBGB § 488 RdNr. 154.

26) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350 m. w. Nachw.

27) Vgl. *Ernst* ZfpW 2015 250.

28) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350 m. w. Nachw.

29) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350.

30) *Berger*, in: MünchKommBGB § 488 RdNr. 156.

31) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350.

32) BGH, WM 2009, 1077.

33) Zum ganzen ausführlich *Vogenhauer*, in: Historisch kritischer Kommentar zum BGH, §§ 133–157, R. 44 ff. m. w. Nachw.

34) *Storck/Reul*, DB 2015, 115.

35) *Zellweger-Gutknecht*, ZfpW 2015, 350 m. w. Nachw.

Bereits Ende 1995 führten am Swap-Markt in Tokio verwendete Zinsformeln zu negativen Gesamtzinsen. In der Folge veröffentlichte die International Swaps and Derivatives Association (ISDA), die führende Handelsorganisation von Teilnehmern am Markt für außerbörslich gehandelte Derivate, einen Zusatz zu ihrem Rahmenvertrag, demzufolge die Parteien für künftige Geschäfte zwischen Negativzinsen einerseits und einem Nullzins (sog. *floor of zero percent*) andererseits wählen sollten. Darüber hinaus befindet sich inzwischen in section 6.4 der ISDA 2006 Definitions eine *default* Variante, nach welcher im Falle, dass Parteien eines Zinsderivats keine Wahl getroffen haben, die sog. *floating negative interest rate method* zu Anwendung kommt. Nach dieser schuldet im Falle eines negativen Referenzzinses nicht mehr der bisherige Zahler den darauf bezogenen variablen Zins (*floating leg*), sondern die Gegenpartei. Nur wenn die Parteien für die sog. *zero interest rate* optieren, hat ein negativer Referenzzins zur Folge, dass weder der bisherige Zahler noch die Gegenpartei künftig Zinsen aus dem *floating leg* leisten müssen<sup>36</sup>.

## 2. Zwischenergebnis

Eine Störung des Konditionengleichlaufs des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts dürfte in vielen Fällen ausscheiden. Denn es spricht viel dafür, dass sich im Rahmen von Darlehensverträgen ein negativer Gesamtzins ergibt, der von dem Darlehensgeber zu zahlen ist, soweit die Bezugnahme des Referenzzinssatzes in der Weise auszulegen ist, dass die darlehensgebende Bank das Geldwertrisiko trägt. Weiter besteht im Rahmen von Zinssicherungsgeschäften ohne entsprechende Vereinbarung keine Begrenzung des zu zahlenden variablen Zinssatzes, so dass trotz eines negativen Referenzzinses weiterhin ein Konditionengleichlauf zwischen Grundgeschäft und Swap-Geschäft stattfindet.

## 3. Ansprüche bei Störung von Zahlungsströmen

Soweit für den Darlehensvertrag eine Begrenzung der Zinszahlung auf null bestehen sollte, und so bei einem negativen Referenzzinssatz eine Störung des Konditionengleichlaufs des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts entsteht, stellt sich die Frage, ob und welche Ansprüche der jeweiligen Kommunen zustehen.

Obwohl keine von den Umständen des Einzelfalls losgelöste allgemeine Aussage getroffen werden kann, kommen regelmäßig die nachstehenden Ansprüche in Betracht.

### 3.1 Vertragsanpassung

In Betracht kommt ein Anspruch aus § 313 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gegen den Swap-Partner auf Vertragsanpassung.

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit (i) sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, (ii) sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und (iii) die Parteien den Vertrag, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, (iv) soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Nach § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

#### 3.1.1. Geschäftsgrundlage

Der Umstand bzw. die Vorstellung, dass ein Gleichlauf zwischen dem Zahlungsstrom des Grundgeschäfts und dem Zahlungsstrom des Zinsswaps stattfindet, müsste Vertragsgrundlage geworden

sein. Dass dies auch rechtliche Bewertungen beinhaltet, ist unschädlich, da § 313 Abs. 1 BGB rechtliche und tatsächliche „Umstände“ erfasst<sup>37</sup>. Ob ein entsprechender Umstand Vertragsgrundlage geworden ist, lässt sich zwar nicht pauschal beantworten und unterliegt einer Betrachtung des Einzelfalls; es sprechen jedoch gewichtige Gründe dafür, dass in einer Vielzahl von Zinsswaps entsprechendes zur Vertragsgrundlage wurde.

Nach der Rechtsprechung<sup>38</sup> wird eine Geschäftsgrundlage gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut<sup>39</sup>.

Hintergrund des Abschlusses von Zinsswaps, die als Zinssicherungsgeschäfte im Hinblick auf variabel verzinsliche Darlehen abgeschlossen werden, ist nicht die spekulative Übernahme einer offenen Risikoposition. Sie bezwecken allein den „Tausch“ einer variabel verzinslichen Mittelaufnahme in eine festverzinsliche Verschuldung unter gleichzeitigem Verzicht auf die Teilhabe an einer günstigen Entwicklung des Zinsniveaus<sup>40</sup>. Entsprechend hat ein Swap-Geschäft im Rahmen eines synthetischen Festzinsdarlehens den alleinigen Zweck einer Risikobegrenzung. Dieser alleinige Vertragszweck kann nur erreicht werden, soweit ein Gleichlauf zwischen den Zahlungsströmen des Grundgeschäfts und des Zinsswaps stattfindet.

Der Kern des Swap-Geschäfts besteht gerade darin, das Geldwertrisiko unter den Parteien zu verteilen. Entsprechend stehen im Rahmen eines Zinsswaps, der Umkehr der Zahlungsströme, vorbehaltlich einer anderslautenden Parteivereinbarung, nichts entgegen (siehe unter Ziff. 1.2). In diesem Zusammenhang dürfte Vertragsgrundlage geworden sein, dass zwischen dem Grundgeschäft und dem Swap-Geschäft stets ein Konditionengleichlauf stattfindet. Denn soweit dies nicht der Fall ist, entspricht das Swap-Geschäft als Zinssicherungsgeschäft nicht mehr seinem alleinigen Zweck. Dies wurde zwischen den Parteien nicht zum Vertragsinhalt erhoben, war aber erkennbar und entsprach im Übrigen der gemeinsamen Vorstellung der Parteien. Allein auf Grund dieses Umstandes bzw. der Fehlvorstellung wurde im Rahmen des Zinsswaps kein „Floor“ vereinbart.

#### 3.1.2. Schwerwiegende Veränderung/wesentliche Vorstellung

Der Umstand, dass der Referenzzins während der Vertragslaufzeit negativ wurde und es dadurch zu einer Störung des Konditionengleichlaufs zwischen dem Grundgeschäfts und dem Zinssicherungsgeschäft kommt, stellt eine schwerwiegende Veränderung bzw. eine wesentliche Vorstellung i. S. d. § 313 BGB dar.

Der veränderte Umstand bzw. die Fehlvorstellung (Grundlagenstörung) muss im Rahmen des § 313 Abs. 1 BGB so bedeutsam sein, dass unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen hätte<sup>41</sup>.

Der Umstand, dass der Referenzzins EURIBOR während der Vertragslaufzeit negativ wurde und es dadurch zu einer Störung des

36) Zellweger-Gutknecht, ZfpW 2015, 350 m. w. Nachw.

37) BGH, NJW 1958, 297.

38) BGH NJW 1987, 1629; 1993, 1641; 1995, 2028; 1997, 3371.

39) Finkenauer, in: MünchKommBGB § 313, RdNr. 24.

40) BGH, WM 2011, 682.

41) Finkenauer, in: MünchKommBGB § 313 RdNr. 58.

Konditionengleichlaufs zwischen dem Grundgeschäfts und dem Zinssicherungsgeschäft kommt, führt im Ergebnis dazu, dass der alleinige Zweck des Swap-Geschäfts – unter Verzicht auf die Teilhabe an einer günstigen Entwicklung des Zinsniveaus einen kalkulierbaren Zinssatz für das Grundgeschäft zu erhalten – nicht erfüllt werden kann. In Kontrast zu dem beabsichtigten Zweck der Risikobegrenzung ergibt sich durch die Veränderung der Umstände und der Fehlvorstellung ein im Ergebnis unkalkulierbarer Zinssatz, der theoretisch ein unbegrenztes Risiko begründet; diesem Risiko steht jedoch keine potentielle Chance gegenüber. Eine Partizipation an einer positiven Zinsentwicklung des EURIBOR ist ausgeschlossen. Allein die negative Zinsentwicklung des EURIBOR wird getragen. Mithin sprechen gewichtige Gründe dafür, dass ein Vertrag bei Kenntnis der Grundlagenstörung nicht zu Stande gekommen wäre.

### 3.1.3. Risikozuweisung/Vorhersehbarkeit

§ 313 Abs. 1 BGB macht insbesondere die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung zum Beurteilungsmaßstab. Letztlich ist jedoch die Frage entscheidend, wann das eingetretene Risiko noch als vertragskonform angesehen werden kann<sup>42</sup>. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob das eingetretene Risiko vorhersehbar war. Nach dem Wortlaut stellt § 313 Abs. 1 BGB auf die Voraussicht der Parteien ab, indes genügt die Vorhersehbarkeit der Störung, um grds. eine Grundlagenstörung zu verneinen<sup>43</sup>.

Mithin ist entscheidend, ob die Negativzinspolitik der EZB und die damit verbundene Störung des Konditionengleichlaufs zwischen Grundgeschäft und Swap-Geschäft z. Tzp. des Vertragsschlusses vorhersehbar waren.

Im Rahmen von Geldentwertungen ist zu beachten, dass zwar die schleichende Geldentwertung immer vorhersehbar ist, hingegen dies für eine Hyperinflation nicht der Fall ist<sup>44</sup>. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob im Rahmen der Vorhersehbarkeit Entwicklungen an fremden Märkten, etwa in der Schweiz und Japan oder nur Zinsentwicklungen an dem Geldmarkt, dem der variable Referenzsatz des Zinsswaps entstammt, berücksichtigt werden müssten. Letztlich dürfte dies zu verneinen sein, soweit eine entsprechende Entwicklung aus *ex ante*-Sicht ebenso rein theoretische Überlegungen waren wie der Eintritt einer Hyperinflation. Letztlich dürfte die Frage, ob Negativzinsen vorhersehbar waren, vom jeweiligen Einzelfall, insbesondere von dem jeweiligen Referenzzins und dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abhängen.

Entsprechendes gilt für die Vorhersehbarkeit im Hinblick auf den Konditionengleichlauf des Grundgeschäfts und des Swapgeschäfts, da etwaige Störungen ihre Ursache in der Negativzinspolitik der EZB haben.

### 3.1.4. Unzumutbarkeit

Das Festhalten an dem Zinsswap müsste für die Kommunen unzumutbar sein. Eine Grundlagenstörung, die ein unverändertes Festhalten am Vertrag unzumutbar macht, liegt vor, wenn sie objektiv ein beträchtliches Ausmaß erreicht hat und die Entwicklung auch nach den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss zu einer Inäquivalenz führt<sup>45</sup>. Ob im Einzelfall eine Unzumutbarkeit vorliegt, dürfte letztlich insbesondere davon abhängen, in welcher Höhe Zinsen im Verhältnis zu dem geplanten Festzinssatz gezahlt werden müssen. Ferner, ob Negativzinsen wie bislang eher als Ausschlag von Zinssätzen oder als Dauerzustand erscheinen.

## 3.2 Schadensersatz

Ferner kommen Ansprüche auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Abschluss von Swap-Geschäften nach § 280

Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB oder §§ 280 Abs. 1, 3, 282, 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Die Rechtsfolge ist auf Rückabwicklung der Swap-Geschäfte gerichtet.

### 3.2.1. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB kommt in Betracht, soweit zwischen dem Swap-Partner und der jeweiligen Kommune ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist.

Die Figur des selbständigen Beratervertrags findet bei einem Swap-Geschäft Anwendung, auch wenn keine bestimmte Geldsumme investiert wird<sup>46</sup>. Dieser kann ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden<sup>47</sup> und ist von dem Anlagevermittlungsvertrag abzugrenzen. Im Rahmen der Beratung sind alle objektiven Umstände zu würdigen<sup>48</sup>. Insbesondere muss über die wesentlichen Umstände richtig und vollständig aufgeklärt worden sein. Dabei müssen die vorgenommenen Bewertungen sowie die Empfehlung müssen (*ex ante* betrachtet) vertretbar gewesen sein<sup>49</sup>. Insoweit besteht eine Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung<sup>50</sup>.

Im Rahmen der anlegergerechten Beratung hat das Institut entsprechend dem Wissenstand der Erfahrung und den Anlagezielen des Kunden zu beraten<sup>51</sup>.

Unabhängig von der Erfüllung der Anforderungen an eine anlegergerechte Beratung, welche eine genaue Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls erfordert, stellt sich insbesondere die Frage nach der Geeignetheit der vertriebenen Zinsswaps zur Absicherung von Zinsrisiken aus dem Grundgeschäft. Denn die Zinssicherung war das alleinige Anlageziel der Kommunen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob der jeweiligen Kommune einen auf ihr variables Darlehen „maßgeschneiderter“ Swap zur Zinssicherung angeboten wurde. Weiter, ob über den Umstand, dass im Falle eines negativen Referenzzinssatzes es zu einer Störung des Konditionengleichlaufs des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts kommt, aufzuklären war. Dabei kommt es für die Frage, ob ein Haftungsrisiko besteht, auf das konkrete Marktumfeld im Zeitpunkt der Beratung an. Denn auch im Rahmen der objektgerechten Beratung sind ebenfalls nur solche Risiken aufklärungspflichtig, mit denen ernsthaft zu rechnen ist oder die jedenfalls nicht nur ganz entfernt liegen<sup>52</sup>. Entsprechendes dürfte auch für die Frage nach der Geeignetheit eines Produkts gelten, wenn zwar elementare Risiken die Geeignetheit in Frage stellen, die Risiken zur maßgeblichen Zeit aber nur theoretischer Art sind, also im wirtschaftlichen Umfeld faktisch nicht bestehen<sup>53</sup>.

Letztlich dürfte diese Frage, entsprechend der Beurteilung der Vorhersehbarkeit im Rahmen einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB zu beurteilen sein. Mithin dürfte es auch hier auf den jeweiligen Einzelfall insbesondere auf den jeweiligen Referenzzins und den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommen.

Maßgeblich für eine objektgerechte Beratung ist, dass sie sich hinsichtlich des Anlageobjektes auf diejenigen Eigenschaften und

42) BGH NJW 1992, 2690.

43) BGH NJW 1981, 1668.

44) *Finkenauer*, in: MünchKommBGB § 313 RdNr. 74.

45) BGH WM 1976 1034.

46) *Hanowski*, NZG 2011, 573.

47) *Siol*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski § 43 RdNr. 7.

48) BGH, Beschl. v. 11.9.2012 – XI ZR 476/11.

49) BGH, WM 2011, 682.

50) BGH, NJW 1993, 2433.

51) BGH, WM 2011, 682.

52) BGH, WM 2013, 1742.

53) *Findeisen*, WM 2016, 444.

Risiken bezieht, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können<sup>54</sup>.

Zwar wird in der Rechtsprechung zum Teil angenommen, dass über die mögliche Störung des Gleichlaufs von Swap und konnexem Grundgeschäft aufzuklären ist, nämlich, wenn der Swap durch Verlust der Koppelung des Grundgeschäfts oder der Störung des Gleichlaufs einen spekulativen Charakter unter Fortbestand aller Rechte und Pflichten erlangt<sup>55</sup>. Da im Rahmen der objektgerechten Beratung nur über solche Risiken aufzuklären ist, mit denen ernsthaft zu rechnen ist oder die jedenfalls nicht nur ganz entfernt liegen<sup>56</sup>, stellt sich hier die Frage, ob z. Ztp. der Beratung eine etwaige Störung des Konditionengleichlaufs des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts nur ein theoretisches fernliegendes Risiko war.

### 3.2.2. §§ 280 Abs. 1, 3, 282, 241 Abs. 2 BGB

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282, 241 Abs. 2 BGB kommt in Betracht, soweit im Rahmen des Vertriebs des Swap-Geschäft eine Anlagevermittlung stattgefunden hat. Eine Anlagevermittlung liegt vor, wenn auf das entsprechende Swapgeschäft verwiesen wurde, ohne dass eine eigene auf den Einzelfall bezogene Beratung zu Stande gekommen ist.

Im Rahmen der Anlagevermittlung kommt ein Auskunftsvertrag zustande. Im Rahmen des Auskunftsvertrages ist der Anlagevermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind<sup>57</sup>.

Es stellt sich wiederum die Frage nach der Geeignetheit des jeweils vertriebenen Zinsswaps zur Absicherung von Zinsrisiken aus dem Grundgeschäft; insbesondere, ob der jeweiligen Kommune einen auf ihr variables Darlehen, wenn auch nicht „maßgeschneiderter“ Swap, aber zumindest „maßkonfektionierter“ Swap zur Zinssicherung angeboten wurde. Dies wäre nur bei einem Swap-Geschäft der Fall, bei dem ein Konditionengleichlauf mit dem Grundgeschäft grds. gewährleistet ist. In diesem Zusammenhang stellt sich wiederum die Frage, ob das Erfordernis richtige und vollständige Informationen zur Verfügung zu stellen, auch den

Umstand erfasst, darüber zu informieren, dass im Falle von einem negativen Referenzzinssatz der Konditionengleichlauf zwischen dem Grundgeschäft und dem Zinssicherungsgeschäft gestört wird.

## IV. Fazit

Eine Störung des Konditionengleichlaufs des Grundgeschäfts und des Zinssicherungsgeschäfts dürfte in vielen Fällen ausscheiden. Denn es spricht viel dafür, dass sich im Rahmen von Darlehensverträgen ein negativer Gesamtzins ergibt, der von dem Darlehensgeber zu zahlen ist, soweit die Bezugnahme des Referenzzinssatzes in der Weise auszulegen ist, dass die darlehensgebende Bank das Geldwertrisiko trägt. Weiter besteht im Rahmen von Zinssicherungsgeschäften ohne entsprechende Vereinbarung keine Begrenzung des zu zahlenden variablen Zinssatzes, so dass trotz eines negativen Referenzzinses weiterhin ein Konditionengleichlauf zwischen Grundgeschäft und Swap-Geschäft stattfindet.

Soweit eine Störung des Konditionengleichlaufs zwischen dem Grundgeschäft und dem Zinssicherungsgeschäft vorliegt, kommen Ansprüche auf Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB oder Schadensersatz (Rückabwicklung) gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB oder §§ 280 Abs. 1, 3, 282, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.

Sollten die beteiligten Parteien, also darlehensgebende Bank, Swap Counterpart und Kommune sich nicht im Rahmen von Vergleichsgesprächen (selbstverständlich *arms lengths*) auf eine sinnvolle Lösung einigen können, scheint ein Schiedsverfahren, bspw. nach der Schiedsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V., ein gut gangbarer Weg zu sein, um die verschiedenen Interessen möglichst rasch, fair, geräuschlos und – vor allem – ohne allzu viel „zerschlagenem Porzellan“ in Einklang zu einer sinnvollen und zweckmäßigen Lösung zu bringen.

54) BGH, Urt. v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93.

55) OLG Dresden, Urt. v. 9.4.2015 – 8 U 532/14.

56) BGH, WM 2013, 1742.

57) BGH ZIP 2000, 355.