



## **BGH StR 296/16 - Urteil vom 21.02.2017**

### **Auswirkungen in der kommunalen Zinssteuerung**

#### **Sachverhalt:**

Zwischen 2005 und 2008 soll der Angeklagte S. u.a. 160 Wertpapiergeschäfte, zum Beispiel festverzinsliche Wertpapiere, Aktien, Aktien- bzw. Indexanleihen und Währungsoptionsgeschäfte, zum Teil hochspekulativer Art, getätigt und dadurch insgesamt Vermögen seines Dienstherrn in Höhe von rd. 82,6 Mio. € gefährdet haben. Er traf alle wichtigen finanziellen Entscheidungen einschließlich der Aktiengeschäfte und der Zinssicherungs- und Zinsoptimierungsgeschäfte.<sup>1</sup>

Das Landgericht hat den Angeklagten insoweit freigesprochen. Dem Bundesgerichtshof (BGH) war aufgrund der unzureichenden Feststellungen die Prüfung verwehrt, ob die von S. abgeschlossenen Finanzgeschäfte den kommunalrechtlichen Haushaltsgrundsätzen widersprachen. Deshalb hat er mit den für diese Fachinformation relevanten Entscheidungstenoren (Nr. 3 und 5) das Urteil aufgehoben und zur neuen Verhandlung an das Landgericht zurück verwiesen.<sup>2</sup>

#### **Hinweise und deren rechtliche Wertung**

Das Urteil des Bundesgerichtshofs folgt der herrschenden Meinung, das heißt den zahlreichen Gerichtsentscheidungen und Veröffentlichungen der Fachliteratur zu den angesprochenen Themen des kommunalen (Derivate-) Finanzrechts, und bringt von daher keine Überraschungen. Die vom Gericht genannten Hinweise weichen in keinem Fall von der durch den Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung in Fachinformationen und Schulungen vertretenen Auffassung ab, konterkarieren hingegen aufsichtsbehördliche Regelungen, die auch wir als rechts- und verfassungswidrig qualifizieren mussten.

#### **Soweit unsere Verbandsmitglieder die Zinssteuerung nach den in diesem Urteil aufgezeigten Maximen betreiben, besteht kein Grund zur Sorge.**

Der BGH hat im Urteil vom 21.02.2017 Gründe und Hinweise genannt, die das Ausgangsgericht beachten wird, die aber auch für die Mitglieder unseres Bundesverbandes und für die Rechtsaufsichtsbehörden der Bundesländer sehr beachtenswert sind. Zur besseren Vergleichbarkeit orientieren wir uns bei deren Würdigung an den „Bearbeiter-Leitsätzen“ vor dem Urteil.

---

<sup>1</sup> BGH– 1 StR 296/16 - Urteil vom 21.02.2017, hrr-strafrecht.de, Rn.21-28

<sup>2</sup> BGH, a.a.O., Rn. 48

## Leitsatz 2: Verstöße gegen haushaltsrechtliche Vorgaben und Prinzipien können eine Pflichtwidrigkeit i.S.d § 266 StGB darstellen<sup>3</sup>

a) Vorausgeschickt hat der Bundesgerichtshof, dass Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG und den jeweiligen Kommunalgesetzen befugt und angehalten sind, in Ausübung ihrer Selbstverwaltungsgarantie alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze selbst zu regeln, insbesondere ihre Finanzwirtschaft selbständig zu führen.

Er folgt damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, nach der Zins- und Schuldenmanagement, insbesondere auch der Einsatz von Derivaten aller Art zur Zinssicherung und zur Optimierung zum Kernbereich kommunaler Aufgaben gehören<sup>4</sup>. Diese (herrschende) Auffassung ist nicht neu. Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung vertritt sie<sup>5</sup>, und unsere Mitgliedskommunen, die ihr folgen, tun dies auch zu Recht.

b) Das Gericht weist dann darauf hin, dass Kommunalgesetze<sup>6</sup> die Grenzen der kommunalen Finanzwirtschaft festlegen, und benennt nachfolgend die gesetzlich normierten Grundsätze der Aufgabenerfüllung (Art. 61 Abs. 1 GO), der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 61 Abs. 2 GO), der Risikominimierung (Art. 61 Abs. 3 GO), der Sicherheit (Art. 74 Abs. 2 Satz 2, 1. Halbsatz GO) sowie der Optimierung (Art. 74 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz GO)<sup>7</sup>.

Zunächst ist festzuhalten, dass ausschließlich „Gesetze“ in die kommunale Finanzhoheit eingreifen dürfen, keinesfalls aber ministerielle Verwaltungsvorschriften (sog. Kredit- oder Derivatenerlasse). Sie können Gesetze auslegen, nicht aber uminterpretieren oder gar ersetzen. Hierauf weist unser Bundesverband beständig hin<sup>8</sup>.

Die Anwendung der gesetzlich verfassten Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie der Risikominimierung sind dem Grunde nach unstrittig (und auch in Beratungsverträgen unserer Mitglieder enthalten), ihre Anwendung hingegen nicht. Hier verliert manche kommunale Rechtsaufsicht den Maßstab der bloßen Auslegung von Gesetzen aus den Augen und versucht sich in rechts- und verfassungswidriger Weise als Gesetzgeber<sup>9</sup>.

Mit der herrschenden Meinung wendet nunmehr auch der BGH die Vermögensverwaltungsvorschriften der „Sicherheit“ und der „Optimierung“ des **Art. 74 Abs. 2 GO** ausdrücklich auf den Bereich der kommunalen Zinssteuerung an. Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung vertritt diese Auffassung seit jeher<sup>10</sup>.

c) Das Gericht bestätigt des Weiteren die Grundsätze des Spekulationsverbots und der Konnexität als Grenzen einer kommunalen Finanzwirtschaft<sup>11</sup>.

Es folgt damit der Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre. Das Spekulationsverbot leitet der BGH aus den Grundsätzen der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit ab. Die Konnexität als Rechtsvoraussetzung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten in Kommunen ist nicht normiert und kann deshalb nur in ihrer „lockeren“ **Ausprägung** dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. Unser Bundesverband folgt beiden „Hinweisen“ des BGH uneingeschränkt und seit langem.

<sup>3</sup> BGH, a.a.O., Rn. 54 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur

<sup>4</sup> BGH, a.a.O., Rn. 55; ebenso BGH, Urt. vom 28.04.2015 – XI ZR 378/13

<sup>5</sup> BÖZ, Fachinformation 08/2015 (Kommunale Finanzhoheit und Derivate) aktualisiert am 18.02.2016

<sup>6</sup> vorliegend die Bayer. Gemeindeordnung, wortgleich die Gemeindeordnungen anderer Bundesländer

<sup>7</sup> BGH, a.a.O., Rn. 57

<sup>8</sup> BÖZ, Fachinformation 08/2015 (Kommunale Finanzhoheit und Derivate) aktualisiert am 18.02.2016

<sup>9</sup> Beispiele finden sich in den Fachinformationen des Bundesverbandes öffentl. Zinssteuerung

<sup>10</sup> BÖZ, Fachinformation 01/2016 vom 20.02.2016 (Der Basisgrundsatz der Sicherheit) und vom 05.08.2016 (Der Basisgrundsatz der Wirtschaftlichkeit), mit weiteren Nachweisen aus Rspr. und Lit.

<sup>11</sup> BGH, a.a.O., Rn. 58

### Leitsatz 3: Grundsätze der Konnexität

a) Der Bundesgerichtshof bestätigt zunächst die „sachliche und zeitliche Konnexität“ als (ungeschriebene) Zulässigkeitsvoraussetzung für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen. Die „Betrags- und Laufzeitkongruenz“ steht hierbei ebenso im Fokus seiner Betrachtung wie die „Eignung zur Sicherung und/oder Optimierung“ der Grundgeschäfte (sog. Gegenläufigkeit der Risiken). Eine strenge Konnexität - wie sie nur eine Minderheit in der Fachliteratur vertritt, und wie sie der BGH ausschließlich bei Interessenkonflikten zwischen Bank und Kommune zugrunde legt<sup>12</sup> - verlangt das Gericht ausdrücklich nicht. Vielmehr bestätigt es mit der herrschenden Meinung die sog. „**lockere Konnexität**“ als zureichende Rechtsvoraussetzung<sup>13</sup>.

b). Das Gericht entscheidet sich mit der herrschenden Meinung auch in der Frage eines **Portfoliomanagements** für dessen Zulässigkeit, sofern ein nachweisbarer sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen den zugrunde liegenden Krediten und dem Derivat besteht<sup>14</sup>.

Unser Bundesverband und seine Mitglieder vertreten in den Fragen der Konnexität und der Zulässigkeit eines Portfoliomanagements die vom Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigte Rechtsauffassung! Abweichende Regelungen in ministeriellen Verwaltungsvorschriften disqualifizieren sich damit als rechtswidrig.

### Leitsatz 4: Zinsderivate für künftige Kreditgeschäfte sind unzulässig

Die Aussage, dass „zinsbezogene Finanzgeschäfte für erst künftig geplante, noch nicht abgeschlossene Kreditgeschäfte nicht in Betracht kommen“<sup>15</sup>, ist unbestrittene Ausprägung des Konnexitätsprinzips.

Solange ein Grundgeschäft nicht besteht, ist das Derivat als Leergeschäft weder zur Sicherung noch zur Optimierung der Zinsänderungsrisiken geeignet. Es erfüllt damit keine kommunale Aufgabe, verstößt gegen das Gebot konnexer und gegen das Verbot spekulativer Finanzgeschäfte. Unser Bundesverband und seine Mitglieder orientieren sich uneingeschränkt an dieser, auch von den kommunalen Spitzenverbänden<sup>16</sup> vertretenen, Auffassung.

### Leitsatz 5: Das Erfordernis der Konnexität gilt auch bei Sicherungs- und Optimierungsgeschäften

Unbestritten ist zunächst, dass die Restlaufzeit eines Kassen-/Kredits den maximalen Zeitraum für derivative Finanzgeschäfte bildet. Erfreulich ist zudem, dass erneut ein oberstes Gericht nicht nur den gesetzlich verfassten Zweck, Zinsänderungsrisiken abzusichern, bestätigt, sondern – anders als manche Rechtsaufsichtsbehörde - auch die **Zulässigkeit einer Optimierung** solcher Risiken.

Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung handelt ausschließlich nach den vorgenannten Konnexitätsanforderungen; ergänzend werden regelmäßig sogar Bewertungseinheiten im Sinne des § 254 HGB empfohlen. Soweit vereinzelt Länderministerien die Zulässigkeit von Optimierungsgeschäften verbieten<sup>17</sup>, sind sie aufgefordert, ihre rechts- und verfassungswidrigen Äußerungen zu berichtigen.

---

<sup>12</sup> Rspr. des BGH zum negativen anfänglichen Marktwert, z.B. Urteil vom 22. März 2016 - Az. XI ZR 425/14

<sup>13</sup> BGH, a.a.O., Rn. 60, 62

<sup>14</sup> BGH, a.a.O., Rn. 60

<sup>15</sup> BGH, a.a.O., Rn. 61

<sup>16</sup> Deutscher Städtetag, Muster-Dienstanweisung Derivate, Anm. 2.3

<sup>17</sup> z.B. Baden-Württemberg, Derivate VwV vom 09.05.2016, Anm. 3.2 und Brandenburg, Runderlass vom 07.10.2015, Anm. 6.1;

## Leitsatz 6: Unausgewogene Chance-Risiko-Profile sind spekulativ

Die kommunale Finanzautonomie lässt es zu, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen<sup>18</sup>. Die Empfehlung selbst eines hochkomplexen Swap-Vertrages kann objektgerecht sein, wenn die Gewinnchancen und damit die Werthaltigkeit des Swaps nicht nachhaltig durch übermäßige Kosten- und Gewinnbestandteile beeinträchtigt werden<sup>19</sup>.

Spekulation liegt in der Regel vor, wenn das Risiko eines Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und –erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird. Die Rechtsprechung verweist in zahlreichen Urteilen auf die Notwendigkeit eines ausgewogenen – symmetrischen - Chancen-Risiko-Profiles<sup>20</sup>. Asymmetrisch und risikobehaftet ist das Risikoprofil immer für den Verkäufer von Optionen<sup>21</sup>, z.B. von Zins-Caps, Zins-Collars, Swaptions, ferner bei gehebelten Finanzgeschäften und oft bei komplexen Strukturen. **Bei Standardswaps ist das Risiko niemals asymmetrisch**<sup>22</sup>.

Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung empfiehlt ausschließlich Standardderivate mit symmetrischer Risikostruktur, Mitglieder des Verbands nutzen Payer- und Receiver-Swaps, gelegentlich gekaufte Optionen. Diese sind völlig unbedenklich.

## Leitsatz 7: Informationsdefizite können einen Pflichtenverstoß begründen

**Fachliche Expertise** ist conditio sine qua non für alle Geschäfte, auch für Finanzgeschäfte und für Derivatgeschäfte. Die Ausführungen des Gerichts<sup>23</sup> decken sich mit Veröffentlichungen der Aufsichtsbehörden, der kommunalen Spitzenverbände und auch unseres Bundesverbandes. Die Mitglieder unseres Bundesverbandes werden explizit und ausführlich durch Fachinformationen und durch Fachseminare geschult.

## Leitsatz 8: Unzulässige Vermögensverwaltung durch Derivate?

Sachfremd ist der Abschluss von Finanzgeschäften zur Gewinnerzielung<sup>24</sup>. Diese Meinung ist ‚state of the art‘ in den Erlassen der Bundesländer und der Fachliteratur. Verboten ist der Kommune aber nicht die Vereinnahmung von Sicherungsergebnissen an sich. Spekulativ und verboten sind Finanzgeschäfte, die auf **separate** Gewinnerzielung ausgerichtet sind und die nicht in einem funktionalen Zusammenhang zum Kreditgeschäft stehen, die Anlage verfügbarer Mittel in Derivate und der Handel mit derivativen Produkten. Die Wortwahl „zur Gewinnerzielung“ weist zudem auf eine **subjektive Absicht** der Gewinnerzielung hin<sup>25</sup>. Unser Bundesverband richtet seine Anforderungen an die Zinssteuerung strikt an dieser Maxime aus.

## Leitsatz 9: Beachtung aufsichtsrechtlicher Anweisungen?

Haben die zur Aufsicht berufenen Stellen konkrete Anweisungen zu Art und Höhe des Geschäfts, Mindestkonditionen, Geschäftspartner etc. erteilt, dürfen diese nicht missachtet werden<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> vgl. z.-B. BGHZ 107, 92 ff

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 28.04.2015 –XI ZR 378/13 zu hoch-komplexen Invers-CMS-Stufen-Swaps, CHF-Plus-Swaps, Flexi-ESTe-Swaps, Flexi-StraBet-Swaps

<sup>20</sup> z.B. OLG Frankfurt, Urt. v. 04.08.2010 – 23 U 230/08; BGH, Urt. v. 22.03.2011, XI ZR 33/10; OLG Stuttgart, Urt. v. 01.02.2012 - 9 U 57/11; BGH, Urt. v. 20.01.2015 –XI ZR 316/13

<sup>21</sup> Wambach/ Etterer/ Stark, Kommunales Zins- und Schuldenmanagement, 2010, S. 85 ff; Gabler, Bank-Lexikon, 14. Auflage 2012, S. 93

<sup>22</sup> Allgem. Meinung; so bereits „Zinsmanagement mit modernen Finanzinstrumenten“, November 1999, S. 14;

<sup>23</sup> BGH, a.a.O., Rn. 64

<sup>24</sup> BGH, a.a.O., Rn. 65

<sup>25</sup> So schon Hengeler/Müller, Swap-Geschäfte mit deutschen Kommunen, vom 11.03.1994

<sup>26</sup> BGH, a.a.O., Rn. 66

Das Gericht fordert die Beachtung von „Anweisungen“. Hierbei setzt es selbstverständlich voraus, dass die aufsichtsbehördliche Anweisung **rechtmäßig und verfassungsmäßig** ist. Rechts- und /oder verfassungswidrige Anweisungen<sup>27</sup> müssen bzw. dürfen nicht befolgt werden.

Das Gericht fordert des Weiteren „**konkrete**“ Anweisungen. Soweit **Kredit- und Derivaterlasse** gemeint sind, entsprechen diese nicht durchgängig den Anforderungen des Verfassungs- und des Kommunalrechts. Sollte das Gericht auf **individuelle Anweisungen** abstellen, so erfolgt die „Beratung“ meist auf Basis der (teilweise rechtswidrigen) Verwaltungsvorschriften<sup>28</sup>. Erschwerend kommt hinzu, dass Aufsichtsbehörden oft nicht mit der erforderlichen fachlichen Expertise ausgestattet sind. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Amts- und Staatshaftungsansprüchen bei fehlerhafter Beratung durch Aufsichtsbehörden<sup>29</sup> ist die restriktive Haltung der Aufsichtsbehörden verständlich, wenngleich nicht hilfreich.

Das Management der vom Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung beratenen Mitglieder sollte sekundär in Abstimmung mit den geltenden Verwaltungsvorschriften des jeweiligen Bundeslandes, primär jedoch unter Beachtung der Vorgaben der einschlägigen Gesetze erfolgen.

### **Leitsatz 10: Umgehen der Aufsicht als Indiz für pflichtwidrige Entscheidungen?**

Ein Indiz für die Pflichtwidrigkeit einer Entscheidung ist das Umgehen der zur Aufsicht berufenen Stellen<sup>30</sup>. Der Aussage ist der Hinweis anzufügen, dass auch eine **Nichtbeachtung der Aufsicht** im Einzelfall gerechtfertigt sein kann. Dies kann zum Beispiel angenommen werden, wenn Aufsichtsbehörden sich einem Gespräch verweigern, wenn sie fachlichen Argumenten nicht oder nur mit Worthülsen antworten usw.<sup>31</sup>.

### **Leitsatz 12: Erlasse der Innenverwaltung als Pflichtenmaßstab?**

Für die Feststellung der subjektiven Pflichtwidrigkeit spielen ... auch die Erlasse der Innenverwaltung eine wesentliche Rolle, daneben aber auch die Entscheidungspraxis der Gerichte<sup>32</sup>.

Wie bereits erwähnt, begrenzen ausschließlich **Gesetze** die kommunale Finanzhoheit. **Gerichte** wiederum sind zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und ggf. ihrer Anwendung zuständig. Aufsichtsbehördliche Erlasse dürfen den Willen des Gesetzgebers nicht ersetzen und nicht konterkarieren, sondern nur „auslegen“. Tun sie das rechtskonform, sind sie zu beachten. Überschreiten Aufsichtsbehörden ihre Kompetenzen, empfehlen wir den von uns vertretenen Mitgliedern, die Überschreitung zu beanstanden, nötigenfalls vor Gericht. Unser Bundesverband unterstützt seine Mitglieder dabei in jeder Hinsicht.

### **Schlussbemerkung**

**Neben strafrechtlichen Folgen haben wegen Untreue verurteilte kommunale Finanzmanager ggf. mit disziplinarrechtlichen und zivilrechtlichen Konsequenzen zu rechnen. In unserem Frühjahrsseminar wird unser Verbandsmitglied, Herr Rechtsanwalt Dr. Weck<sup>33</sup>, zu diesem Thema referieren. Teilnahme wird ausdrücklich empfohlen.**

---

<sup>27</sup> die ggf. auch noch zu finanziellen Schäden bei der Kommune führen

<sup>28</sup> In diesem Sinne z.B. BayStMI, IMS vom 14.09.2009, letzter Satz

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 12.12.2002 – Az. III ZR 201/01

<sup>30</sup> BGH, a.a.O., Rn. 67

<sup>31</sup> Vorgänge dieser Art mussten wir bereits mehrfach erleben

<sup>32</sup> BGH, a.a.O., Rn. 78

<sup>33</sup> Roessner Rechtsanwälte, München