



Zulässigkeit von kommunalen „Collaterals“ nach Bayerischem Recht

1. Ausgangslage

Bis zum Erlass von EMIR und von CCR (Basel III) war die Stellung von Sicherheiten (sog. Collaterals) für Derivatgeschäfte durch die öffentliche Hand (anders als im privaten Bereich) nicht üblich. Bund, Länder und Kommunen stellten grundsätzlich keine Collaterals.

Bund und Bundesländer vereinbaren mit ihren Finanzierungsbanken mittlerweile bedarfsweise und weitgehend beiderseitige Collaterals. Im jeweiligen Haushaltsgesetz (!) wird das Land ggf. ermächtigt, „Sicherheiten in Form verzinsten Barmittel zu stellen sowie entgegen zu nehmen.“ Dabei werden dem Land einseitig Freibeträge für den Gesamtwert aller Barwerte (z.B. Collateral erst bei Barwerten über 10 Mio. €) eingeräumt, aber auch Freibeträge zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwands (z.B. 1,0 Mio. € Mindesttransferbetrag). In ihrer Wirkung kommt die Ermächtigung zu Collaterals einer Erweiterung der Kassenkreditermächtigung gleich. Die Ein- und Auszahlungen im Collateral-Management werden im Haushaltsplan/ in der Haushaltsrechnung nicht abgebildet.

Kommunen haben bisher Collaterals weder gestellt noch entgegengenommen. Da das Grundgesetz das Kommunalrecht dem Landesgesetzgeber zuordnet, ist davon auszugehen, dass jedes Land eine eigene (nicht unbedingt von anderen Ländern unterschiedliche) Regelung hat oder begründen kann.

2. Gesetzliche Regelung in Bayern

2.1 Verbot einer Sicherung von Krediten (Art. 71 Abs. 6 BayGO)

„Die Gemeinde darf zur Sicherung des Kredits keine Sicherheiten bestellen. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn die Bestellung von Sicherheiten der Verkehrsübung entspricht“ (Art. 71 Abs. 6 BayGO).¹

Die Vorschrift adressiert dem Wortlaut nach Sicherheiten für **Kredite**, nicht aber für Derivate. Da die Bayerische Gemeindeordnung die Sicherung für Derivate nicht verbietet, könnte die Stellung von Collaterals durch Kommunen schon deshalb zulässig sein. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Gemeindeordnung Derivate an keiner Stelle expressis verbis erwähnt, weshalb die analoge Anwendung der Kreditbestimmungen auf Derivate anerkannt ist². Geht man davon aus, dass Derivate zwar keine Kredite sind, aber Rechtsgeschäfte, die aufgrund ihrer unverzichtbaren Bindung (Konnexität) an ein Grundgeschäft (Kredit) dessen Konditionen (synthetisch) ändern, so ist das Derivat als „Modalität des Kredits“ zu betrachten³. Eine Schließung der Gesetzeslücke durch analoge Anwendung von Art. 71 Abs. 6 BayGO auf Derivate, d.h. den durch das Derivat geänderten (synthetischen) Kredit, wäre damit logisch und gerechtfertigt.

¹ vgl. auch § 87 Abs. 6 GemO-BW; § 103 Abs. 8 HessGO; § 120 Abs. 7 NKomVG; § 86 Abs. 5 GO-NRW; § 103 Abs. 6 RhIPf-GO; § 92 Abs. 6 KSVG Saarl; § 85 Abs. 8 GO-Schl.Holst.

² wohl h.M., BÖZ, Fachinformation 01/2016 vom 20.02.2016, Der Basisgrundsatz der Sicherheit, Anm. 3.1

³ vgl. z.B. Bay. IMS vom 08.11.1995

Die Gestellung von Kreditsicherheiten ist bisher üblich in der Privatwirtschaft, aber auch bei öffentlichen Unternehmen, bei Bund und den Ländern. Im Kommunalbereich kann sie üblich werden mit der Folge, dass die Berufung auf Art. 71 Abs. 6 BayGO erleichtert wird.

2.2 Genehmigungsvorbehalt der Bestellung von Sicherheiten (Art. 72 Abs. 3 BayGO)

„Die Gemeinde bedarf zur Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter der Genehmigung (Art. 72 Abs. 3 BayGO). Die Genehmigung soll unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden; sie kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden (Art. 71 Abs. 2 Satz 2 BayGO). Sie ist in der Regel zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen“ (Art. 71 Abs. 2 Satz 3 BayGO)⁴.

Im Gegensatz zu Art. 71 Abs. 6 BayGO verbietet Art. 72 Abs. 3 BayGO die Bestellung von Sicherheiten keineswegs, sondern stellt sie unter Genehmigungsvorbehalt durch die jeweilige Rechtsaufsichtsbehörde.

2.2.1 Freistellung von einer Genehmigung

Eine Genehmigung ist bereits nicht erforderlich, wenn das kommunale Rechtsgeschäft von ihr *freigestellt* ist. Mit Verordnung vom 16.08.1995⁵ hat das Bayerische Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen *kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte* von der Genehmigung unter bestimmten, dort aufgeführten, Voraussetzungen frei gestellt. Die §§ 1 bis 3 der VO nennen die ‚Stundung von Zahlungsverpflichtungen‘, den ‚Abschluss von Leasingverträgen über bewegliche Gegenstände‘ sowie ‚Bürgschaften‘, ‚Gewährverträge‘ und ‚Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften, die ein *Einstehen* für fremde Schuld oder *für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände* zum Gegenstand haben‘. Für eine Freistellung kommen die Alternativen ‚Gewährverträge‘ (‚Haftung für ein Risiko‘, z.B. das Risiko der Zinsänderung⁶) und die letzte Alternative in Betracht, wobei in beiden Fällen eine Freistellung durch die Höchstbeträge in § 3 Nr. 1 der VO begrenzt wird.

2.2.2 Versagung einer Genehmigung bei fehlender dauernder Leistungsfähigkeit

Die *Genehmigung ist in der Regel zu versagen*, wenn die Verpflichtung aus dem Collateral mit der *dauernden Leistungsfähigkeit* der Gemeinde nicht im Einklang steht. Ausnahmen sind nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände zulässig. Es ist auch möglich, die Genehmigung nur für einen Teilbetrag (oder einen Teil) der Collaterals zu erteilen.

Vor Versagung der Genehmigung ist zu prüfen, ob die Gesamtgenehmigung unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden kann. Ausführungen zur ‚dauernden Leistungsfähigkeit‘ enthält die Bay. KreditBek. vom 05.05.1983 insbesondere in den Nr. 3.1 bis 3.6 sowie in Erläuterungen zu Nr. 3.3 – 3.6 der KreditBek. und zu 3.5 der KreditBek.

Ist die dauernde Leistungsfähigkeit einer Kommune nicht gefährdet, was bei den bayerischen Kommunen weitestgehend zutrifft, dann scheidet die Genehmigungsversagung nach Art. 71 Abs. 2 Satz 3 BayGO regelmäßig aus.

⁴ § 88 Abs. 1 GemO-BW; § 104 Abs. 1 HessGO; § 121 Abs. 1 NKomVG; § 87 Abs. 1 GO-NRW; § 104 Abs. 1 RhIPf-GO; § 93 Abs. 1 KSVG Saarl.; § 86 Abs. 1 GemO-Schl.Holst.

⁵ GVBl. S. 812

⁶ Bay. KreditBek. vom 05.05.1983, Nr. 9.2

2.2.3 Erteilung der Genehmigung bei geordneter Haushaltswirtschaft

Ist die *Haushaltswirtschaft* der zum Collateral verpflichteten Gemeinde *geordnet*, dann *soll die Genehmigung erteilt* werden. Sie kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden. Auf Nr. 3.7 bis 3.9 der Bay. KreditBek. sowie die dazu ergangenen Erläuterungen, dort zu Nr. 3.3 – 3.6 der KreditBek. wird verwiesen. Beim Gros der bayerischen Kommunen (Gemeinden und Landkreise) ist von einer geordneten Haushaltswirtschaft auszugehen mit der Folge, dass eine Genehmigung unter diesen Voraussetzungen grundsätzlich möglich ist.

3. Genehmigungsverfahren

Das Verfahren einer Collateral-Vereinbarung ist bankenseitig durch die Besicherungsverträge (z.B. Besicherungs-Anhang zur Clearing-Rahmenvereinbarung⁷) geregelt, seitens der Kommune nach Maßgabe der Bayer. Gemeindeordnung, der Kommunalen Haushaltsverordnung und der Bay. KreditBek. vom 05.08.1983, Nr. 7 und Nr. 9.2. Danach sind genehmigungspflichtige Geschäfte vom Gemeinderat zu beschließen und im Anschluss daran der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde mit den in der KreditBek. bezeichneten Unterlagen vorzulegen.

4. Schlussfolgerungen

Das Kreditsicherungsverbot des Art. 71 Abs. 6 BayGO steht Collateral-Vereinbarungen nur solange entgegen, als diese im Bereich der öffentlichen Hände unüblich sind. Bei Bund und Ländern sind Collateral-Vereinbarungen schon heute üblich, ebenso in der Privatwirtschaft. Im Hinblick auf die von der EU gesetzten Regeln werden Banken über kurz oder lang Collaterals auch von den Kommunen fordern – womit die von der Norm geforderte Verkehrüblichkeit erfüllt sein wird.

Geht man davon aus, dass Collaterals als Sicherheitsvereinbarungen Art. 72 BayGO unterfallen, dann sind Collateral-Vereinbarungen auch aktuell grundsätzlich zulässig, aber genehmigungsbedürftig.

- Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn das kommunale Rechtsgeschäft von ihr freigestellt ist. Die VO vom 16.08.1995 regelt Freistellungen abschließend.
- Die Genehmigung ist grundsätzlich zu versagen, wenn das Collateral (entscheidend ist der Collateral-Saldo) die dauernde Leistungsfähigkeit der Kommune beeinträchtigt. Ausnahmen, Bedingungen und Auflagen sind möglich.
- Die Genehmigung muss grundsätzlich erteilt werden, wenn die Haushaltswirtschaft der betroffenen Kommune geordnet ist.

Richard Sperl

⁷ Bank-Verlag Nr. 44056 (12/16) | 12.