



Einschaltung externer Expertise beim Einsatz derivativer Finanzinstrumente

Problemstellung:

Die Mitwirkung externer (privater) Dienstleister bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben ist nicht ungewöhnlich. So schaltet das für Hoch- und Tiefbau zuständige Referat/ Dezernat meist private Bauunternehmen ein, als einzelne Leistungserbringer, als Generalunternehmer, weniger als Generalübernehmer. Der für Kultur zuständige Referent (Dezernent) wird nur selten Theater spielen, Opernarien schmettern oder Konzertinstrumente führen. Neben eigenen Bediensteten werden in nahezu allen kommunalen Aufgabenfeldern Externe beschäftigt.

Auch der kommunale Finanzbereich bedient sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Zins- und Schuldenmanagement, im Cash-Management und im Asset-Management der Kompetenz Dritter, allerdings in unterschiedlichem Umfang. Während ein **vollständiger Aufgabentransfer** faktisch nie vorkommt, ist eine **Teilauslagerung von Aufgaben** (Mitwirkung/ Begleitung) häufig, eine **Beratung** von Kommunen durch externe Dienstleister sogar regelmäßig vorzufinden.

1. Kein vollständiger Aufgabentransfer

Ein eigenständiges kommunales Finanzmanagement und eine kommunalinterne fachliche Expertise sind *conditio sine qua non* einer sich derivativer Finanzinstrumente bedienenden aktiven Zinssteuerung¹. Nach herrschender Auffassung dürfen zumindest Management- und Kontrollaufgaben nicht vollständig auf externe Dritte übertragen werden; **die wesentlichen Entscheidungen muss die Kommune selbst treffen**². Deshalb ist es mit Thüringen „*als unzulässig anzusehen, die Betreuung derartiger Verträge (vollständig) in die Hände von privaten Dritten oder Kreditinstituten zu legen*“³. Die dabei genannte Begründung, „*es handele sich um die Verwaltung öffentlicher Gelder und damit um eine hoheitliche Aufgabe*“ ist insoweit falsch, als das kommunale Finanzmanagement nicht hoheitliche, sondern **fiskalische Aufgabe** ist⁴. Festzuhalten bleibt, dass ein vollständiger Aufgabentransfer auf Externe erheblichen Bedenken begegnet.

2. Beratung

Unter einer **Beratung** ... wird im Allgemeinen eine **unverbindlich strukturierte Kommunikation** verstanden..., wobei ein Teilnehmer Informationen weitergibt, um damit das Wissen des Empfängers zu vergrößern. Ziel einer Beratung kann auch sein, den Adressaten zu einer bestimmten Handlung oder einem Unterlassen zu bewegen⁵. Beratungsleistungen in diesem Sinne erbringen Banken/ Finanzinstitute, Finanzdienstleister, Rechtsaufsichtsbehörden sowie Verbände, wenn auch mit unterschiedlichen Zielsetzungen.

¹ Allgemeine Meinung, vgl. BöZ, Fachinformation 01/2017 vom 25.03.2017 – Kommunalinterne Expertise beim Einsatz derivativer Finanzinstrumente m.w.N.

² Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 4; Baden-Württemberg, DerivateVwV v. 09.05.2016, Anm. 4.7

³ so Thüringen, Kreditbekanntmachung vom 22.01.2010, Anm. 12.1

⁴ Kopp, VwGO, Anm. 25 zu § 40 m.w.N.; Kewenig, Swap-Geschäfte der öffentlichen Hand in Deutschland, Wertpapiermitteilungen, Sonderbeilage Nr.2/1992 v. 11.04.1992, S. 4; BayStMWirtschaft v. 21.05.2014, S. 19; BöZ, Fachinformation 01/2016 – Basisgrundsatz der Sicherheit, Fn. 122 zu Anm. 3.6.3

⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Beratung>

a) **Banken, Finanzinstitute und Finanzdienstleister** bieten Fachberatungen an, meist durch Seminare und Broschüren⁶, aber auch persönliche Kundeninformationen. Bloße Beratung war und ist nicht verboten. Bei Derivatgeschäften wird sie sogar *dringend empfohlen*⁷. Soweit bei der Beratung durch die vorstehenden Institute deren Interesse am *Verkauf* von Produkten und von Dienstleistungen dominiert, haben Recht⁸ und Vernunft einer zulässigen Beratung deutliche Grenzen gesetzt:

- Sofern eine externe Beratung in Anspruch genommen wird, ist auf deren **Unabhängigkeit** (gegenüber Banken) zu achten⁹.
- Auch wenn das Postulat, eine Bank dürfe nicht zugleich als Berater und Produktlieferant auftreten, oft an der Realität vorbeigeht¹⁰, wird eine Beratung, die nur eigene **Finanz- und Anlageprodukte empfiehlt**, zur Begründung der Unabhängigkeit regelmäßig nicht ausreichen¹¹. Eigene (derivative) Finanz- und Anlageprodukte bieten in aller Regel nur Banken und Finanzinstitute an.
- Eine (ausschließliche) Beratung durch den **zukünftigen (Derivat-) Vertragspartner** erscheint angesichts des zumindest formalen Interessenkonflikts ebenfalls unangebracht¹². Vertragspartner wird regelmäßig die Bank/ das Finanzinstitut sein. Gleiches gilt, wenn Beratungsleistungen und Angebote für Zinsderivate von demselben Anbieter oder durch ein von ihm in wirtschaftlicher Abhängigkeit stehenden Unternehmen (z.B. durch Konzernverflechtung) erfolgt¹³.
- Soweit Berater Finanzprodukte **verkaufen** oder **vermitteln**, verfolgen sie auch eigene Interessen, die sich nicht automatisch mit denen der Kommune decken¹⁴. Derjenige, der an dem **Verkauf** von Derivaten an die Kommune ein Interesse hat, kann nicht zugleich Berater der Kommune sein¹⁵. Ein Berater, der Derivate im Namen und im Auftrag seines Mandanten ausschreibt, verkauft sie nicht. Da die Entscheidung über den Derivatabschluss als „wesentliche Entscheidung“ immer die Kommune treffen muss, wirkt der Berater auftragsgemäß am Beschaffungsprozess mit.
- Außerdem sollte stets darauf geachtet werden, dass die beratende Bank gegenüber der Kommune nicht ebenfalls als **Kontrahent** des *Sicherungsgeschäfts* auftritt¹⁶.

Berater, die nicht als Produktinteressenten (Verkäufer, Vermittler, Counterparty o.ä.) auftreten, sondern sich ausschließlich den Interessen der beratenen Kommune verpflichten, vermeiden **Interessenkollisionen** und eröffnen sich zudem die Möglichkeit zu einer „**beratenden Begleitung/ Mitwirkung**“ im Zins- und Schuldenmanagement der Kommunen.

⁶ Zinsmanagement mit modernen Finanzinstrumenten, Deutsche Bank, 1999; Zinsrisiko-Management, Hypo Vereinsbank, 2001; Basisinformationen über Finanzderivate, Bank-Verlag, 2008, u.a.m.

⁷ Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 2; Hessen, Richtlinien zu derivativen Finanzinstrumenten vom 18.02.2009, Nr. 10; Nordrhein-Westfalen, RdErl. v. 16.12.2014, Anm. 2.2.2; Sachsen-Anhalt, Hinweise v. 31.05.2005, Anm. 5

⁸ Verwaltungsvorschriften der Bundesländer

⁹ h.M., Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 2; Wambach/Etterer, Kommunales Schuldenmanagement mit Derivaten – Fluch oder Segen?, 2007, S. 4; Schwarting, Kommunales Kreditwesen, 2014, S. 174

¹⁰ Böckels/Hillebrand, Kämmerer in der Hightech-Krise, Financial Times Deutschland, 01-03.02.2008, S. 28

¹¹ Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 5; Deloitte, Modernes Zins- und Schuldenmanagement, 2010, S. 11 Wambach/Etterer, a.a.O., S. 4

¹² Matz, Der Einsatz von Zinsderivaten durch Kommunen, der gemeindehaushalt 10/2008, S. 217 ff, 221

¹³ Thüringen, KreditBek. a.a.O.

¹⁴ Bayern, Bek. v. 15.02.2012 zu Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen, S. 87 Ziff. 6.2

¹⁵ Wambach/Etterer, a.a.O., S. 4

¹⁶ Deloitte, a.a.O.

- b) **Rechtsaufsichtsbehörden** beschränken sich nach Maßgabe ihrer Aufgabenstellung auf rechtliche Beratung. Diese erfolgt grundsätzlich durch Verwaltungsvorschriften, die sog. Derivat- und/oder Krediterlasse¹⁷, vereinzelt durch Individualberatung¹⁸.
- c) **Organisationen** wie der Deutsche Städtetag¹⁹ und die Kommunale Gemeinschaftsstelle²⁰ bieten rechtliche und fachliche Beratung, beide primär durch schriftliche Informationen, seltener durch Schulungen und Seminare für kommunale Finanzmanager. Der **Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung** ist eine der wenigen (gemeinnützigen) Organisationen, die durch (schriftliche) Fachinformationen und (mündliche) Seminare berät und hilft, kommunale Finanzmanager auf ihre Aufgaben im Derivatmanagement zu schulen und fortzubilden.

3. Teilauslagerung von Aufgaben („Mitwirkung“)

Eine professionelle/ spezialisierte/ eingehende/ fachkundige und dokumentierte **Begleitung** durch einen verantwortungsvollen Partner ist ein wichtiger Erfolgsfaktor für die kommunale Zinssteuerung. Das gilt gerade bei Kommunen, die aufgrund der Größe ihres Kreditportfolios keinen eigenen Portfoliomanager beschäftigen oder geeignete Steuerungssysteme einsetzen können²¹.

3.1 Zulässigkeit einer Teilauslagerung von Aufgaben

Während die vollständige Aufgabenauslagerung des Zins- und Schuldenmanagements an externe Dritte erheblichen Bedenken begegnet, gilt das nach Auffassung der Rechtsaufsichtsbehörden, der Fachliteratur, aber auch der Rechtsprechung²² nicht für die Teilauslagerung von Aufgaben und/oder Tätigkeiten. Dabei muss der „Mitwirkende“ mindestens in gleicher Weise **unabhängig** sein wie der bloße Berater. Die **wesentlichen Entscheidungen sind auch hier von der Kommune zu treffen**.

3.2 Art und Umfang auslagerungsfähiger Aufgaben

Die Funktional- und Aufbauorganisation einer (auch kommunalen) Finanzabteilung/ Treasury gliedert sich üblicher Weise (aber nicht rechtlich verpflichtend) in die Bereiche ‚Leitung‘, ‚Handel‘, ‚Controlling‘, und ‚Abwicklung/ Kontrolle/ Rechnungswesen‘²³.

3.2.1 Der Fachbereich ‚Leitung‘

legt vor allem die **Rahmenbedingungen** der Zinssteuerung (z.B. Ziele, Risiken, Strategien, Kontrahenten, Risikomanagement und –steuerung) und ihre **Organisation** (z.B. Aufbau, Ablauf, Zuständigkeiten, Befugnisse) fest. Die Aufgabe ‚Leitung‘ obliegt dem Gemeinderat²⁴ oder dem Ober-/Bürgermeister bzw. der Person, die mit dieser Aufgabe betraut wurde. Sie ist **„wesentlich“** und nicht auslagerbar. Mitwirkung eines Externen (z.B. Entwurf von Richtlinien) hingegen ist zulässig.

3.2.2 Der Fachbereich ‚Handel‘

beobachtet und analysiert den **Markt** inkl. der von der ‚Leitung‘ zugelassenen Kontrahenten, erstellt **Handlungsvorschläge** an die ‚Leitung‘. Er bereitet Derivatgeschäfte vor, lässt sich erforderlichenfalls vor Geschäftsabschluss von einer fachkundigen Bank oder externen Dienst-

¹⁷ in Bayern z.B. IMS vom 08.11.1995 und vom 14.09.2009; KreditBek. des BayStMI vom 05.05.1983; Bek. vom 10.03.2010 und vom 15.02.2012 zu Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen

¹⁸ Mecklenburg-Vorpommern, IMS v. 13.06.2002: „In Zweifelsfällen wird empfohlen, rechtzeitig die Stellungnahme der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde einzuholen“; Sachsen-Anhalt, Hinweise v. 31.05.2005: „Bei Fragen im Umgang mit Derivaten stehen die Mitarbeiter des Kreditreferates ... zur Verfügung.“

¹⁹ z.B. Musterdienststanweisungen Derivate; Gemeindefinanzberichte

²⁰ KGSt-Berichte, zuletzt „management und Risikosteuerung kommunaler Schulden“, Bericht Nr. 7/2014

²¹ NRW, a.a.O.; Hessen, Richtlinien vom 18.02.2009, Nr. 10

²² OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014, Rdn. 99b, openJur 2014,19298

²³ hierzu Deutscher Städtetag, Musterdienststanweisung Derivate, Stand Juni 2015, Anm. 3.1 ff (DST/MDD)

²⁴ Kein Geschäft der laufenden Verwaltung u.a. in Bayern, IMS v. 11.08.1995, Anm. 8; Baden-Württemberg, DerivateVwV v. 09.05.2016, Anm. 4.6; Brandenburg, RdErl. v. 28.01.2000, Anm. IV.1

leisten beraten²⁵ und führt Vergaben durch, wertet Angebote aus und legt sie der ‚Leitung‘ zur Entscheidung vor. Des Weiteren dokumentiert und **überwacht** der Fachbereich ‚Handel‘ die Derivatgeschäfte auf Markt-, Bonitäts- und Liquiditätsrisiken²⁶. Diese Überwachung, die keine ‚Verwaltung‘ im üblichen Sinne ist, sondern ein *aktives Monitoring* voraussetzt, ist von außerordentlicher Bedeutung; sie kann - selbstverständlich unter Beachtung der Grundsätze einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung - auf externe Dritte übertragen werden²⁷. Die Entscheidungen, ob und mit welchen Modalitäten ein Kredit aufgenommen wird, welche Kontrahenten zu beteiligen, mit wem abgeschlossen wird, sind **„wesentlich“**. Andere Aufgaben und Tätigkeiten des Fachbereichs ‚Handel‘ dürfen auf externe Dienstleister delegiert und sogar ausgelagert werden.

3.2.3 Der Fachbereich ‚Abwicklung/ Kontrolle/ Rechnungswesen‘ führt die Derivatakten, überprüft das abgeschlossene Derivatgeschäft auf **Einhaltung bestehender rechtlicher Vorschriften**, interner Ermächtigungen, Risikobegrenzungen. Er erfasst die Derivatgeschäfte im Rechnungswesen, übermittelt die Daten ggf. an einen zur Mitwirkung bei Risikomanagement und Risikocontrolling beauftragten externen Dienstleister²⁸, erfasst und überwacht die Termine, sichert den Zahlungsdienst. Aufgaben und Befugnisse des Fachbereichs können weiträumig an externe Dienstleister ausgelagert bzw. delegiert werden²⁹.

3.2.4 Der Fachbereich ‚Controlling‘ („Steuerung“) unterstützt die ‚Leitung‘ bei den Aufgaben Risikomanagement und Risikosteuerung³⁰.

Risikomanagement ist die Gesamtheit der Prozesse, die der planmäßigen und zielgerichteten Analyse, Steuerung und Kontrolle der Risiken des kommunalen Schuldenportfolios gelten³¹. Im Fokus stehen, neben beispielsweise den Kontrahenten-, Betriebs-, Rechts- und Liquiditätsrisiken, vor allem die **Zinsänderungsrisiken**, d.h. die Auswirkungen, die durch Veränderungen des Marktzinses bei den im Portfolio befindlichen Instrumenten hinsichtlich Wert und/oder Cash flow eintreten. Im ersten Schritt **identifiziert** der Finanzmanager diese Risiken, in einem zweiten Schritt **quantifiziert** er sie. In einem letzten Schritt werden identifizierte und quantifizierte Risiken **gesteuert**. **Risikosteuerung** (Controlling) ist die Gesamtheit der Prozesse und Strukturen, die der Beeinflussung der Risiken gelten³². Die Steuerung erfolgt im Regelfall durch Limitierung³³, durch Sicherung bzw. durch Transfer der Risiken.

Einigkeit besteht insoweit, als die Einschaltung fachkundiger externer Finanzdienstleister beim Risikomanagement und beim –controlling grundsätzlich zulässig ist, dass Management- und Kontrollaufgaben jedoch *nicht vollständig* übertragen werden dürfen³⁴.

Hinweise, welche Aufgaben im Risikocontrolling „wesentlich“ sind, ergeben sich weder aus Gesetz noch aus den Verwaltungsvorschriften der Bundesländer. Anhaltspunkte bietet jedoch der Deutsche Städtetag in seiner Musterdienstanweisung Derivate:

a) Maßnahmen der **Risikoidentifikation** dürfen in Kooperation mit einem externen Dienstleister oder auch durch diesen allein erledigt werden. Der Auftrag wird normaler Weise das

²⁵ DST/MDD, Anm. 3.4

²⁶ DST/MDD, Anm. 3.2, 4.1 – 4.7

²⁷ Sachsen-Anhalt, Hinweise vom 31.05.2005, Anm. 5

²⁸ DST/MDD, Anm. 3.2

²⁹ unter Beachtung der Vorschriften des Haushaltsrechts, Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 2 (Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ist erforderlich)

³⁰ DST/MDD, Anm. 5

³¹ Gabler, Wirtschaftslexikon, 14. Auflage 2012, S. 1185

³² Gabler, a.a.O., S. 1186

³³ ausführlich DST/MDD Anm. 5.2 – 5.10

³⁴ Bayern, IMS v. 14.09.2009, S. 4

IT-gestützte, unverzichtbare Risiko-Management-System des Dienstleisters umfassen³⁵. Zur Identifikation benötigte Basisinformationen (Organisations-, Portfolio-, Finanzdaten, Risikotoleranzen usw.) liefert die Kommune.

- b) Maßnahmen der **Risikoquantifizierung** dürfen ebenfalls in Zusammenarbeit mit einem externen Dienstleister oder durch diesen allein erledigt werden. Auch dieser Auftrag wird sich auf das Risiko-Management-System des Externen erstrecken. Die *Entscheidung* über für die Quantifizierung der Risiken heranzuziehenden *Messmethodiken* (Cash-flow-at-Risk, Durchschnittszins, Duration, Value-at-Risk, Sensitivitätsanalysen, Stress-Szenarien etc.) ist „wesentlich“ und trifft, in der Regel auf Vorschlag des Fachbereichs ‚Controlling‘, die ‚Leitung‘.
- c) Entscheidungen über Maßnahmen der **Risikosteuerung**, wie z.B. Risikobegrenzung durch *Limite*³⁶, durch *Diversifizierung* des Portfolios, durch Einsatz oder Beendigung sicherer und optimierender Derivate, bleiben als „wesentliche“ der Kommune (‚Leitung‘) vorbehalten. Die Ausarbeitung von Vorschlägen, ihre Umsetzung und die Darstellung solcher Maßnahmen können in Kooperation mit dem Externen oder durch diesen allein erfolgen. Die *Risikoüberwachung*³⁷ darf auch bei Einschaltung externen Sachverständigen nicht vollständig aus der Hand gegeben werden. Das *Risikoberichtswesen* an die ‚Leitung‘ verantwortet stets der Fachbereich ‚Controlling‘, das Berichtswesen gegenüber Stadtspitze, Rechnungsprüfung und Aufsichtsbehörden, verantwortet - unabhängig davon, wer es erstellt oder nur daran mitwirkt - stets die ‚Leitung‘.

3.3 Ergebnis

- In der kommunalen Zinssteuerung ist die Zusammenarbeit mit einem externen Dienstleister bis hin zu einer **Teilauslagerung** von Aufgaben **zulässig**. Die Eigenverantwortung der Kommune beim Einsatz derivativer Finanzinstrumente bleibt bei Einschaltung externer Dienstleister bestehen. Auch (langfristige) Beraterverträge können eigenes Fachwissen der Kommune nicht ersetzen³⁸. Wesentliche Entscheidungen muss die Kommune treffen!
- Die **Gliederung** der aufbau- und ablauforganisatorischen Strukturen (Funktionstrennungsprinzip) ist sinnvoll, allerdings nicht verbindlich für Kommunen.
- Die Aufgaben sind **nach den örtlichen Gegebenheiten** getrennt wahrzunehmen. Örtliche Gegebenheiten resultieren aus der Größe des Portfolios, Zahl und Ausbildung der Mitarbeiter usw.. Die Einschaltung externer Dienstleister stärkt sowohl das 4-Augen-Prinzip als auch das Funktionstrennungsprinzip.
- Unverzichtbar aus unserer Sicht ist die **Trennung** der Fachbereiche ‚Handel‘ und ‚Abwicklung/ Kontrolle/ Rechnungswesen‘. Kernaufgabe des sog. „Back-Office“ ist die Kontrolle der Geschäfte des sog. „Front-Office“, des Fachbereichs ‚Handel‘.

³⁵ DST/MDD Anm. 5.11, 3.5

³⁶ DST/MDD Anm. 5.12 a) und d)

³⁷ Baden-Württemberg, DerivateVwV v. 09.05.2016, Anm. 4.7 mit Vorschlägen; DST/MDD, Anm. 3.2

³⁸ Bayern, IMS v. 08.11.1995, v. 14.09.2009 sowie Bek. v. 15.02.2012, a.a.O. S. 167 ff