



## Gesetzliche Grundlagen für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen

### Teil 1 – Kommunale Finanzhoheit und Derivate

#### Einführung:

In Bayern wie auch in anderen Bundesländern wird der Einsatz derivativer Finanzinstrumente zur Sicherung und Optimierung von kommunalen Kreditportfolios bzw. von Teilen der Portfolios seit langem nicht nur zugelassen, sondern teilweise sogar empfohlen<sup>1</sup>. Dieses Selbstverständnis beim Einsatz von Derivaten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement wurde durch zwei Ereignisse der letzten Jahre beeinträchtigt:

So hat die Verwendung sog. „toxischer“ Produkte<sup>2</sup> bei Kommunen und kommunalen Unternehmen finanzielle Schäden erheblichen Ausmaßes<sup>3</sup> verursacht und in Folge zur Verunsicherung über die Tauglichkeit bestehender rechtlicher Leitlinien zum Derivateeinsatz in manchen Bundesländern geführt. In Folge wurden in Sachsen 2010<sup>4</sup> und Thüringen 2012<sup>5</sup> spekulative Finanzgeschäfte durch Landesgesetz bzw. Rechtsverordnung verboten. Die große Mehrheit der Bundesländer ist ihnen hierbei aber nicht gefolgt<sup>6</sup>, und das aus gutem Grund: Spekulative Finanzgeschäfte waren der kommunalen Ebene nämlich immer schon untersagt<sup>7</sup>.

Als Reaktion auf die Millionenverluste durch **Fremdwährungskredite** (und Fremdwährungskassenkredite) - ausgelöst durch die Entscheidung der Schweizer Nationalbank vom Januar 2015, die Koppelung des Franken an den schwächer gewordenen Euro aufzugeben – überlegten zwei Bundesländer, Kommunen solche Geschäfte *per Landesgesetz* zu verbieten bzw. sie zu beschränken<sup>8</sup>. Beide Gesetzgebungsverfahren sind mittlerweile abgeschlossen.

---

<sup>1</sup> vgl. insbesondere die hierzu ergangenen Bekanntmachungen („Derivaterlasse“) der meisten Bundesländer

<sup>2</sup> wie insbesondere CMS Spread Ladder Swaps. Eine Vielzahl weiterer „toxischer“ Derivate werden wir in den nachfolgenden Teilen dieser Fachinformation nennen

<sup>3</sup> z.B. Plenar-Protokoll vom 28.03.2012 der 32. Sitzung des Landtags von Baden-Württemberg. Unabhängig dafürten sie auch zu Haftungsprozessen gegen Vorstände und Geschäftsführer kommunaler Unternehmen sowie gegen Aufsichtsräte

<sup>4</sup> Verbot spekulativer Finanzgeschäfte gem. § 72 Abs. 2 Satz 2 GO-Sachsen. Definition in der Verwaltungsvorschrift Kommunale Haushaltswirtschaft (VwV KomHi) vom 20.12.2010, berichtigt 27.01.2011, dort A) II.1.c

<sup>5</sup> § 53 Abs. 2 Satz 2 und 3 Thüringer Kommunalordnung

<sup>6</sup> „Das Kind im Bade“, T. Schmidt, Der Neue Kämmerer 11/2012 S. 14; Brandenburg, Dr. 5/7329 v. 23.05.2013; Baden-Württemberg, Dr. 15/1813 (Protokoll v. 28.03.2012); Innenausschuss des Bay. Landtags am 04.10.2014

<sup>7</sup> vgl. hierzu sämtliche Derivaterlasse deutscher Bundesländer

<sup>8</sup> Entwurf eines „Gesetzes zur Erleichterung der Bürgerbeteiligung auf Gemeindeebene und zur Änderung kommunalrechtlicher Rechtsvorschriften“, eingebracht in den Hess. Landtag am 23.07.2015 (<https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/massvolle-anpassung-der-kommunalverfassung>); ferner Entwurf eines „Gesetzes zum Schutz nordrhein-westfälischer Kommunen vor Risiken aus Fremdwährungskrediten und spekulativen Finanzgeschäften“, Plenarprotokoll vom 19.03.2015, abgelehnt am 30.10.2015 (Dr. 16/10094)



Die Mehrheit der Bundesländer folgt dabei nicht, denn die dort vorhandenen Rechtsnormen, ergänzt durch Verwaltungserlasse der Landesministerien, waren und sind als Rechtsrahmen für den verantwortungsvollen Einsatz von Fremdwährungsgeschäften, auch in Gestalt von Derivaten, durchaus geeignet<sup>9</sup>.

Durch Heranziehen bestehender Rechtsnormen - teilweise in unmittelbarer, teilweise in mittelbarer oder analoger Anwendung - sowie anhand von Beispielen aus der Praxis, aus Literatur und aus der aktuellen Derivaterechtsprechung - wollen wir die aus dem Kommunalrecht resultierenden Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement aufzeigen. Dabei werden Sachverhalte nicht isoliert aus dem „derivativen“ Blickwinkel betrachtet, sondern immer auch Parallelen zum Management von Krediten herangezogen. Denn das kommunale Zins- und Schuldenmanagement, bestehend aus dem Management von Krediten und von Derivaten, ist aus Sicht der handelnden Bürgermeister, Landräte und Kämmerer<sup>10</sup> ein einheitliches System.

Der erste Teil der Fachinformation befasst sich mit dem verfassungsrechtlich gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltungsrecht („Kommunale Finanzhoheit“), der kommunalen Aufgabenstellung im Zins- und Schuldenmanagement, sowie mit seinen gesetzlichen Beschränkungen („kommunalgesetzlicher Regelungsrahmen“). Im zweiten und dritten Teil der Fachinformation wollen wir die zentralen Basisgrundsätze der „Sicherheit“ und der „Wirtschaftlichkeit“ analysieren. Die weiteren Teile der Fachinformation beschäftigen sich mit dem sich aus dem „Konnexitätsprinzip“, dem „Grundsatz der Risikominimierung bzw. Risikoadäquanz“ sowie dem „Spekulationsverbot“ ergebenden kommunalen Handlungsrahmen. Belegen werden wir unsere Ausführungen vor allem mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung, der einschlägigen Fachliteratur und den sachdienlichen Ausführungen der zuständigen Länderministerien.

---

<sup>9</sup> Statt vieler Ralf Jäger, Minister für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen, Plenarprotokoll vom 19.03.2015 S. 8277; auch Innenausschuss des Bayer. Landtags am 14.10.2014, bei Fn. 6

<sup>10</sup> Der Autor hat als Stadtdirektor in der Stadtkämmerei der bayerischen Landeshauptstadt München das dortige Treasury (Schulden-, Asset- und Cash-Management) über fast 15 Jahre geleitet



## 1. Kommunale Finanzhoheit: Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 11 Abs. 2 BV<sup>11</sup>

### 1.1 Inhalt und Reichweite der kommunalen Finanzhoheit. Zins- und Schuldenmanagement als kommunale Aufgabe

Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) und Art. 11 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung (BV) gewährleisten den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung<sup>12</sup> zu regeln. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung (Finanzhoheit)<sup>13</sup>.

Ausfluss dieses verfassungsrechtlich begründeten Selbstverwaltungsrechts ist u.a. die kommunale **Finanzhoheit als ein Kernbereich** des kommunalen „Wirkungskreises“. Sie gewährleistet das Recht der Kommunen auf eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft einschließlich eigener Haushaltsführung und Vermögensverwaltung. Dabei obliegt den Kommunen (und Landkreisen) als Teil ihrer Haushaltswirtschaft auch das **kommunale Schuldenmanagement**, zu dem sowohl die Befugnis der Gemeinde gehört, ein Darlehen zur Finanzierung der örtlichen Angelegenheiten aufzunehmen als auch die Befugnis, die Zinskonditionen eines Darlehens zu verändern<sup>14</sup>. **Schuldenmanagement gehört also zum Kernbereich der kommunalen Aufgaben**<sup>15</sup>.

Aus der kommunalen Finanzhoheit leitet sich aber nicht nur die Befugnis zur *Aufnahme* von Krediten und Kassenkrediten nach Maßgabe der Landesgesetze ab, sondern auch zur *Konditionsgestaltung* der übernommenen Schulden - wobei derivative Finanzinstrumente Teil der Konditionenvereinbarung sind<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> vgl. z.B. in Baden-Württemberg Art. 71 Abs. 1 Landesverfassung (LV)-BW; Hessen Art. 137 LV; Nordrhein-Westfalen Art. 78 LV; Niedersachsen Art. 49; Saarland Art. 119 LV

<sup>12</sup> vgl. in Bayern z.B. Nr. 6.2 der Bek. des StMI zu Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen vom 10.03.2010 (AllMBI. Nr. 3/2010 S. 87 ff), wo wiederholt auf die Eigenverantwortung der Kommune bei derivativen Finanzierungsinstrumenten hingewiesen wird

<sup>13</sup> vgl. (Verfassungs-) Rspr. und Lit., z.B. Schmidt-Assmann/Schoch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997; OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014 -13 U 128/13, openJur 2014, 19298 Rn. 35a

<sup>14</sup> OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014 – 13 U 128/13 – a.a.O., Rn. 35 (alle zu toxischen Produkten); LG Dortmund, Urt. 05.07.2013 – 6 O 85/12 – openJur 2013,31700 Rn. 331-340; so bereits G. Schwarz, Den Haushalt entlasten, DIFU 9.-11.12.2002, S. 10, 11, 17

<sup>15</sup> LG Wuppertal, Urt. v. 16.07.2008 – 3 O 33/08 – openJur 2011,59435 Rn. 85

<sup>16</sup> Landtag Rheinland-Pfalz, Kleine Anfrage „Kommunen in der Schuldenfalle: Zinsderivate“, Dr. 15/1141 vom 23.05.2007, bezeichnet diese Befugnis als „Annex- bzw. als Bedingungsgestaltungskompetenz“; Bayern, Bek. vom 08.11.1995 Anm. 5.3, 1. Absatz: „Modalitäten der Kreditaufnahme“; so schon Freiling, Mindestanforderungen an den Einsatz derivativer Finanzinstrumente durch die öffentliche Hand, IKDB 1998 S. 7



Die Kompetenz zur Gestaltung der Konditionen eines Kredits endet nämlich nicht bei Abschluss der Kreditvereinbarungen, sondern schließt die Befugnis ein, auch während der Laufzeit des Kredits noch neue oder geänderte Konditionen für den Kredit zu vereinbaren<sup>17</sup>. *Geschäfte mit Zinsderivaten zur Zinssicherung bzw. Optimierung der Zinsbelastung gehören grundsätzlich zum Aufgabenbereich der Gemeinde*<sup>18</sup>. Aus dem grundgesetzlichen Wirkungskreis von Art. 28 Abs. 2 GG und aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung<sup>19</sup> ergibt sich, dass die Gemeinden im Rahmen des kommunalen Wirkungskreises *unstreitig einfache Swapgeschäfte abschließen dürfen*<sup>20</sup>.

In seinen Abwägungsgründen zur Geltung von Ultra-Vires im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement hat der *Bundesgerichtshof*<sup>21</sup> ausgeführt, dass „die Vornahme von Finanzanlagen, zu denen auch der Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen der vorliegenden Art<sup>22</sup> gehört, vom gemeindlichen Wirkungskreis umfasst ist“. **Damit ist auch höchstrichterlich bestätigt, dass der Einsatz von Derivaten aller Art zur Zinssicherung und zur Optimierung kommunale Aufgabe ist.**

Die kommunale Finanzhoheit steht allerdings unter **Gesetzesvorbehalt**. Eingriffe sind möglich, dürfen aber nur durch Gesetze erfolgen. Der Begriff „Gesetze“ in Art. 28 Abs. 2 GG umfasst nicht nur Gesetze im förmlichen Sinn, sondern auch Rechtsverordnungen, die auf einer dem Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechenden Ermächtigung beruhen<sup>23</sup>. Gesetze im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG sind Bundes- und Landesgesetze sowie entsprechende Rechtsverordnungen.

---

<sup>17</sup> Allg. Meinung, z.B. Köhler, Die Zulässigkeit derivativer Finanzinstrumente in Unternehmen, Banken und Kommunen, 2012 S. 256; Schwarting, Kommunales Kreditwesen, 2014, S. 140; Roberts, Rechtliche Behandlung von Derivaten, 2012, S. 161 unter Bezugnahme auf Oster, Sonderfinanzierungen – Einsatz von Derivaten bei kommunalen Gebietskörperschaften, S. 18; vgl. auch Bay. Bek. vom 08.11.1995 Anm. 5.3, 2. Absatz; Prokop, Kommunales Finanzmanagement, 2010 S. 159

<sup>18</sup> h.M., vgl. OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014 -13 U 128/13 a.a.O. Rn. 39

<sup>19</sup> Das Urteil des LG Dortmund bezieht sich hier auf §§ 75 ff GO NRW

<sup>20</sup> LG Dortmund, Urt. v. 05.07.2013 – 6 O 85/12 a.a.O. Rn. 331-340. So schon RAe Hengeler-Müller, Swap-Geschäfte mitdeutschen Kommunen, Gutachten v. 11.03.1994 S. 17 ff; Weck, Stellungnahme v. 01.04.2011 S. 5 für die Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 06.04.2011. Angesichts des Umstandes, dass die Rspr. Derivate aller Art, einfache, komplexe, aber auch optionale Strukturen wie CMS Spread Ladder Swaps als „Swaps“ bezeichnet, darf angenommen werden, dass mit „einfachen Swaps“ die sog. Plain-Vanilla-Derivate (einfache Standard-Derivate) gemeint sind

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 28.04.2015 – XI ZR 378/13 – openJur 2015,11119 Rn. 82–85 u. Verw. auf Rspr. BVerfG

<sup>22</sup> Streitgegenständliche Derivate im Verfahren waren der Invers-CMS-Stufen-Swap, der CHF-Plus-Swap, der Flexi-ESStE-Swap und der Flexi-StraBet-Swap, also „toxische“ Produkte

<sup>23</sup> so schon BVerfG, Beschl. v. 24.06.1969, BVerfGE 26,228



## **1.2 Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit durch Bundesgesetze**

Kommunalrecht ist nach Maßgabe der Art. 70 ff Grundgesetz der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder zugeordnet. Die in Art. 109 Abs. 4 GG vorgesehene Kompetenz des Bundes, durch Gesetz gemeinsame Haushaltsgrundsätze für Bund und Länder festzulegen, würde ein an die Kommunen gerichtetes Verbot nur dann abdecken, wenn sich Bund und Länder gleiche Bedingungen auferlegten<sup>24</sup>. Das ist bislang nicht der Fall. Im Gegenteil ist der Einsatz derivativer Finanzinstrumente für Bund und Länder zulässig. *Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit durch Bundesgesetze (oder Rechtsverordnungen des Bundes) sind also nicht zu erwarten.* Nicht zuletzt das war ein Ergebnis aus der Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 6. April 2011.

## **1.3 Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit durch Landesgesetze**

In den Bundesländern regeln Landesgesetze<sup>25</sup> den Teil des kommunalen Zins- und Schuldenmanagements, den wir als „Kreditmanagement“ oder als „Kassenkreditmanagement“ bezeichnen. So finden sich allenthalben vergleichbare Grundsätze der Einnahmehbeschaffung, Gesamt- bzw. Höchstbeträge vorzusehender Kredit- bzw. Kassenkreditaufnahmen, Vorschriften für die Kreditaufnahme bei vorläufiger oder ordnungsgemäßer Haushaltsführung, zudem geschriebene allgemeine Haushaltsgrundsätze.

Bestimmungen, die den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement *expressis verbis* regeln, enthält die Mehrzahl der Landesgesetze nicht. In analoger Anwendung füllen aber zahlreiche Bestimmungen und Grundsätze diese vermeintliche Regelungslücke<sup>26</sup>. Eingriffe des Landesgesetzgebers in die kommunale Finanzhoheit wären denkbar durch ein generelles Verbot des Einsatzes von derivativen Finanzinstrumenten für die kommunale Ebene (1.3.1), ein Verbot einzelner derivativer Finanzinstrumente (1.3.2) oder eine Einschränkung (1.3.3) der kommunalen Finanzhoheit.

---

<sup>24</sup>Prof. Dr. Lehmann, Stellungnahme v. 05.04.2011 zur Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 06.04.2011, S. 1, 2

<sup>25</sup>Landesgesetze in diesem Sinn sind die Gemeindeordnungen, die Landkreisordnungen und die Bezirksordnungen der Bundesländer, in Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen die jeweilige Gemeindeordnung, in Niedersachsen das Kommunalverfassungsgesetz (KVG), im Saarland das Kommunalselfstverwaltungsgesetz (KSVG)

<sup>26</sup>vgl. nachfolgende Abschnitte, beginnend mit Abschnitt 2: Gesetzlicher Regelungsrahmen in Bayern



### 1.3.1 Zulässigkeit eines generellen Derivatverbots durch Landesgesetz?

Ein generelles Verbot des Einsatzes von Derivaten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement wäre zweifelsfrei ein übermäßiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung und würde dem (Verfassungs-) Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als weitere Ausprägung der kommunalen Finanzhoheit widersprechen<sup>27</sup>. Nach unserer Kenntnis hat weder der Deutsche Bundestag noch der Landtag eines deutschen Bundeslandes ein generelles Verbot von Derivaten ernsthaft in Betracht gezogen.

### 1.3.2 Zulässigkeit eines Verbots einzelner derivativer Finanzinstrumente durch Landesgesetz?

Ein Verbot des Abschlusses bestimmter einzelner Finanzmarktgeschäfte würde grundsätzlich in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingreifen. Ob ein derartiges Verbot des Landesgesetzgebers überhaupt verfassungskonform wäre, oder ob es einen unzulässigen Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Finanzhoheit darstellte, wäre jeweils anhand der Gesetze und der einschlägigen Rechtsprechung zu beurteilen.

Um verfassungsrechtlichen Anforderungen standzuhalten, müsste der Eingriff gerechtfertigt sein. Zweifelhaft dürfte bereits seine **Erforderlichkeit** sein, da Kommunen entsprechende Beschränkungen selbst einführen können<sup>28</sup> und müssen, zumindest in den Fällen, in denen Gerichte einzelne Finanzprodukte oder deren Verwendungszweck als rechtswidrig disqualifiziert haben. So dürfte ein Verbot toxischer Produkte durch Landesgesetz unstrittig zu rechtfertigen sein. Da derartige Produkte seit geraumer Zeit auf dem Markt nicht mehr angeboten werden, würde dieses Verbot allerdings ins Leere laufen.

Bedenken bestünden zudem gegen seine **Verhältnismäßigkeit**, weil auch andere Regelungen als ein Verbot – etwa ein gesetzlicher Genehmigungsvorbehalt<sup>29</sup> – genügen würden<sup>30</sup>. So hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung<sup>31</sup> ausgeführt, dass Grundrechte zwar „einer Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich“ seien, dass diese „jedoch einer gesetzlichen

---

<sup>27</sup> Gemeinsame Stellungnahme des Deutschen Städtetags, des Deutschen Landkreistags und des Deutschen Städte- und Gemeindebunds vom 01.04.2011 zur Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 06.04.2011; ebenso Nieding+Barth, Rechtsanwälte, Stellungnahme vom 31.03.2011 S. 4; zuletzt OLG Köln, Urteil v. 13.08.2014 – 13 U 128/13 – a.a.O. Rn. 35 ff

<sup>28</sup> und das vielfach auch getan haben, vgl. z.B. München, Finanzrichtlinie Schuldenmanagement vom 30.6.2006. Die vom Deutschen Städtetag veröffentlichte „Musterdienstanweisung Derivate“ (nachfolgend DST/MDD) enthält in vielen Positionen, insbesondere unter dem Abschnitt „Risikomanagement und Risikosteuerung“ Hinweise auf mögliche Selbstbeschränkungen (Limite)

<sup>29</sup> vgl. z.B. Art. 72 Abs. 2 BayGO, § 88 GO-BW, § 104 GO-Hessen, § 87 GO-NRW, § 93 KSVG Saarland

<sup>30</sup> Prof. Dr. Lehmann, a.a.O.; den Weg über „Vorlagepflichten“ und generell Empfehlungen statt Verboten gehen sinnvoller Weise und unter Beachtung des Oderwald-Urteils des BGH vom 12.12.2002 – III ZR 201/01 die meisten Derivatverlässe (vgl. z.B. Bayern, Hessen, Niedersachsen, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Saarland)

<sup>31</sup> BVerfG vom 11.08.2009, 2 BvR 941/08; BVerfGE 65,1 ff; BVerfGK 10,330



Grundlage bedürfe, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspreche und verhältnismäßig sei“, und „dass Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden müssten“.

Aktuell bestehen landesgesetzliche Verbote in Sachsen, in Thüringen und in Hessen<sup>32</sup>. Für Nordrhein-Westfalen hat der Landtag den ihm vorgelegten Gesetzentwurf abgelehnt<sup>33</sup>. Alle landesgesetzlichen Einschränkungen der kommunalen Finanzhoheit müssen sich u.a. an den vorstehenden rechtlichen Anforderungen messen lassen.

- ❖ In **Sachsen**<sup>34</sup> verbietet die Gemeindeordnung „spekulative Finanzgeschäfte“. Eine Definition dieser Geschäfte findet sich im Gesetz nicht. Dies wurde der Verwaltungsvorschrift Kommunale Haushaltswirtschaft – einer Rechtsverordnung – überlassen.
- ❖ In **Thüringen**<sup>35</sup> ist der „Abschluss von Spekulationsgeschäften, zu denen insbesondere Optionsgeschäfte, bei denen sich die Gemeinde unbeschränkten Haftungsrisiken aussetzen kann oder der Abschluss von Fremdwährungsgeschäften“ seit 2010 verboten“. Die erste Alternative – der Abschluss von Spekulationsgeschäften - war auch nach Thüringer Recht immer schon untersagt. Der Versuch, den Spekulationsbegriff durch Verweis auf (insbesondere) Optionsgeschäfte mit unbeschränkten Haftungsrisiken einzugrenzen, hilft begrenzt weiter. Das pauschale und unbegründete Verbot von *Fremdwährungsgeschäften*, also von Krediten und Kassenkrediten, aber auch von (sie sichernden) Derivaten, verstößt jedoch gegen die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit und ist aus unserer Sicht rechts- bzw. verfassungswidrig..

---

<sup>32</sup> GVBl. vom 29.12.2015 S. 618 ff. Das Gesetz trat am 1. Januar 2016 in Kraft.

<sup>33</sup> Landtags-Dr. 16/10094 vom 30.10.2010. Höchst informativ ist das Plenarprotokoll 16/81 vom 19.03.2015

<sup>34</sup> § 72 Abs. 2 Satz 2 GO-Sachsen. § 127 Abs. 1 Nr. 15 GO-Sachsen ermächtigt die Verwaltung, den Begriff „spekulativer Finanzgeschäfte“ zu definieren, was mit VwV geschehen ist – Anm. 1.4 dieser Fachinformation

<sup>35</sup> Art. 3 und 4 des „Gesetzes zur Änderung des Thüringer Finanzausgleichsgesetzes und anderer Gesetze“ vom 04.05.2010 zur Änderung der Thüringer Kommunalordnung und des Gesetzes über die kommunale Doppik



- ❖ In **Hessen**<sup>36</sup> hat der Landesgesetzgeber ein Verbot *spekulativer Finanzgeschäfte* in das Gemeinderecht eingefügt. Wiewohl spekulative Finanzgeschäfte auch in Hessen immer schon verboten waren, ist nun eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfolgt. In den Erläuterungen zu Art. 1 Nr. 9 des Gesetzesentwurfs wird darauf hingewiesen, dass *„Finanzgeschäfte, die regelmäßig auf den Verlauf künftiger Entwicklungen, die von der Gemeinde in keiner Weise beeinflusst werden können, abstellen, schon wegen dieses spekulativen Charakters ... unzulässig seien“*. Sollte diese Bestimmung auf den variablen Zins abzielen, so wäre den Kommunen künftig die Aufnahme von originären und synthetischen Krediten mit variablen Zinsbindungen, von Kassenkrediten, der Abschluss von Receiver-Swaps, Receiver-Swaptions und entsprechenden Forwards untersagt. Ein derart weit reichender Eingriff in die kommunale Finanzautonomie, der einem Verbot von Optimierungsgeschäften gleich käme und dem gemeinderechtlichen Gebot wirtschaftlichen Handelns widerspräche, wäre in hohem Maße rechts- bzw. verfassungswidrig. Bei verfassungskonformer Auslegung kann die geplante Bestimmung also nicht den variablen Zins meinen.
- ❖ In **Nordrhein-Westfalen**<sup>37</sup> wurde ebenfalls beantragt, ein Verbot *spekulativer Finanzgeschäfte* in das Gemeinderecht aufzunehmen. Als spekulativ definiert wurden dabei *„solche Finanzgeschäfte, die, ohne Geldanlage ... zu sein, objektiv auf die separate Gewinnerzielung ausgerichtet sind und nicht in einem funktionalen Zusammenhang zum Kreditgeschäft stehen sowie für die Gemeinden mit unüberschaubaren und unkalkulierbaren Risiken verbunden sind.“* Nach dem Wortlaut und in verfassungskonformer Auslegung bezieht sich die Erläuterung auf nicht-konexe Finanzmarktgeschäfte. Da nicht-konexe (derivative) Finanzmarktgeschäfte grundsätzlich unzulässig sind, ist die Formulierung tragbar, auch wenn der Begriff der „Unüberschaubarkeit“ weder rechtlich noch finanzmathematisch fassbar ist. In der Sitzung des Landtags am 19.03.2015 hat der zuständige Landesinnenminister die Nichtaufnahme eines Spekulationsverbots in das Landesrecht empfohlen mit den Worten: *„Sie fordern, Spekulationsfinanzierungen sollten grundsätzlich verboten werden. Herr ..., sie sind bereits verboten.“* Dem Antrag auf Aufnahme eines gesetzlichen Spekulationsverbots in die Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalens wurde nicht entsprochen.

---

<sup>36</sup> vgl. Fußnoten 8 und 32; jetzt § 92 Abs. 2 Satz 3 HessGO

<sup>37</sup> vgl. Fußnote 8



### 1.3.3 Zulässigkeit einer Einschränkung von Finanzmarktgeschäften durch Landesgesetz?

Auch eine Einschränkung bei der Verwendung einzelner Finanzmarktgeschäfte kann das kommunale Selbstverwaltungsrecht verletzen. Prüfungsmaßstab ist hier ebenfalls das Verfassungsrecht bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Rechtmäßige gesetzliche Einschränkungen der kommunalen Finanzhoheit finden sich in vielen Normen, die die Aufnahme und die Bewirtschaftung von Krediten<sup>38</sup> und von Kassenkrediten<sup>39</sup>, aber auch von kreditähnlichen Rechtsschäften<sup>40</sup> betreffen.

Gesetzliche Einschränkungen in Bezug auf derivative Finanzinstrumente bzw. auf Fremdwährungsgeschäfte planten 2015 die Länder *Hessen* und *Nordrhein-Westfalen*.

- ❖ **Hessen**<sup>41</sup> hat seine Kommunen verpflichtet, die *Kreditaufnahme grundsätzlich in Euro durchzuführen*. Diese Regelung ist rechts- und verfassungskonform. Zum einen ermöglichen die gesetzlichen Grundsätze der Sicherheit und der Wirtschaftlichkeit (durch Diversifizierung des Kreditbestandes) Fremdwährungsgeschäfte auch weiterhin. Zum anderen gestattet die Regel-Ausnahme-Formulierung („grundsätzlich“) durchaus Finanzmarktgeschäfte, die von der Kommune (oder von kommunalen Unternehmen) zur Absicherung oder zur Optimierung ihrer Kreditbestände bzw. ihrer Forderungen und Verpflichtungen Dritten gegenüber getätigt werden (müssen). Da der Anteil an Fremdwährungskrediten und – derivaten in den kommunalen Schuldenportfolios noch nie entscheidend war, ergibt sich auch kein übergeordnetes kommunales Interesse, Fremdwährungsgeschäfte ohne jede Einschränkung abzuschließen. Hingegen halten wir die Verpflichtung, „*bei Kreditaufnahme in anderen Währungen diese nur in Verbindung mit einem Währungssicherungsgeschäft*“ durchzuführen, für nicht erforderlich, für zu unbestimmt und deshalb für einen unverhältnismäßigen und nicht gerechtfertigten Eingriff in die kommunale Finanzhoheit. Der Hinweis in einem Verwaltungserlass auf eine verstärkte Prüfpflicht des Risikos oder auch eine evtl. gesetzliche Sollbestimmung würde aus unserer Sicht genügen.

---

<sup>38</sup>In Bayern z.B. Art. 62 GO: Nachrangigkeit der Kreditfinanzierung, Art. 71 GO: Beschränkung der Kredite auf Investitionen etc.; Verbot der Bestellung von Sicherheiten, vgl. auch Anm. 1.3

<sup>39</sup>In Bayern z.B. Art. 73 GO: Beschränkungen für Kassenkredite

<sup>40</sup>In Bayern Art. 72 GO

<sup>41</sup>„Gesetz zur Erleichterung der Bürgerbeteiligung auf Gemeindeebene und zur Änderung kommunalrechtlicher Rechtsvorschriften“, vgl. § 103 Abs. 1 Satz 3 HessGO



- ❖ Auch in **Nordrhein-Westfalen**<sup>42</sup> war beantragt, dass „*die Aufnahme von Krediten (und Kassenkrediten) künftig grundsätzlich nur in Euro erfolgen*“ darf, wobei „*die Aufsichtsbehörde Ausnahmen zulassen kann, wenn die Kreditaufnahme in fremder Währung in Verbindung mit einem angemessenen Sicherungsgeschäft erfolgt*“. Mit dieser Bestimmung wäre die kommunale Aufgabe „Zins- und Schuldenmanagement im Fremdwährungsbereich“ ohne ein belegbares Allgemeininteresse – und damit aus unserer Sicht rechts- und verfassungswidrig – letztendlich auf das Land übertragen worden. Dies bestätigte der zuständige Landesinnenminister mit der Aussage: „Das gesetzlich regeln zu wollen, greift in die mit Verfassungsrang ausgestattete kommunale Selbstverwaltung ein. Ein Zinsmanagement, ein Schuldenmanagement ... auf die Ebene der Kommunalaufsicht zu heben, wäre nicht nur ein Bürokratiemonster, sondern würde die Verantwortung von dort, wo sie eigentlich wahrgenommen werden soll, auf eine andere Ebene verlagern<sup>43</sup>.“ Seinem ablehnenden Petition wurde entsprochen.

#### **1.4 Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit durch Rechtsverordnungen des Landes**

In Bayern ermächtigt Art. 123 Abs. 1 Satz 1 GO<sup>44</sup> die zuständigen Staatsministerien, die kommunale Haushaltswirtschaft<sup>45</sup> durch Rechtsverordnungen zu regeln. Das ist geschehen durch Erlass der Kommunalhaushaltsverordnungen-Kameralistik und –Doppik, der Eigenbetriebsverordnung, der Kommunalwirtschaftlichen Prüfungsverordnung sowie der Verordnung über Kommunalunternehmen. Eine Rechtsverordnung betreffend das kommunale Zins- und Schuldenmanagement oder das kommunale Vermögensmanagement, zu deren Erlass die Bayerischen Ministerien wohl ermächtigt wären<sup>46</sup>, existiert in Bayern wie auch in den meisten Bundesländern nicht. Sinnvollerweise beschränkt man sich auf ministerielle Verwaltungserlasse.

---

<sup>42</sup>Entwurf eines „Gesetzes zum Schutz nordrhein-westfälischer Kommunen vor Risiken aus Fremdwährungskrediten und spekulativen Finanzgeschäften“, vgl. auch Fn. 8

<sup>43</sup>Ralf Jäger, a.a.O. Fn. 9

<sup>44</sup>Ebenso § 144 GO-BW; § 132 GO-Rheinl.-Pfalz; § 154 GO-Hessen; § 133 GO-NRW; § 222 KSVG-Saarland; § 178 KVG-Niedersachsen

<sup>45</sup>vgl. insoweit Art. 123 Abs. 1 Nr. 1-5, 7 ff BayGO; ferner Art. 109 Abs. 1 Landkreisordnung vom 06.01.1993

<sup>46</sup>Art. 123 Abs. 1 Nr. 6 BayGO: „die Geldanlagen und ihre Sicherung“. Ebenso § 144 Satz 1 Nr. 19 GO-BW; § 154 Abs. 3 Nr. 5 GO-Hessen; § 133 Abs. 1 Nr. 5 GO-NRW; § 222 Abs. 1 Nr. 8 KSVG-Saarland; § 178 Abs. 1 Nr. 7 KVG-Niedersachsen



- ❖ Eine Ausnahme besteht im Bundesland **Sachsen**. Dort regelt die Verwaltungsvorschrift Kommunale Haushaltswirtschaft vom 20.12.2010<sup>47</sup> - eine Rechtsverordnung - die „Risikobegrenzung im Finanzmanagement“ der sächsischen Kommunen. Sie verbietet<sup>48</sup> in pauschaler Weise und ohne jegliche Begründung „*die Aufnahme von Krediten oder den Abschluss kreditähnlicher Rechtsgeschäfte in Fremdwährungen*“. Sie bestimmt zudem<sup>49</sup>, dass „*alle anderen (außer Zinssicherungsgeschäften) derivativen Zinsgeschäfte (Zinsoptimierungsgeschäfte) gegen das Spekulationsverbot verstoßen und daher unzulässig sind.*“ Das sächsische Ministerium übersieht in beiden Fällen, dass es, auch in Form einer Rechtsverordnung, nur zum Erlass von Ausführungsvorschriften ermächtigt ist. Rechtsverordnungen müssen sich darauf beschränken, den *gesetzlichen Rahmen auszufüllen und dürfen keine darüber hinaus gehenden selbständigen Eingriffe enthalten*<sup>50</sup>. Eben das aber tut die Verwaltungsvorschrift in unzulässiger Weise. § 72 Abs. 2 Satz 2 SächsGO verbietet zwar ausdrücklich spekulative Finanzgeschäfte. Der Vorschrift ist aber weder ein Hinweis darauf zu entnehmen, dass Fremdwährungsgeschäfte generell spekulativ seien noch enthält sie ein pauschales Verbot kommunaler Fremdwährungsgeschäfte. Enthielte es ein solches, wäre es rechts- und verfassungswidrig. Auch das sächsische Gemeinderecht<sup>51</sup> fordert wirtschaftliches Handeln im Finanzbereich. Ohne rechtskonforme Optimierungsgeschäfte ist im Finanzbereich wirtschaftliches Handeln ausgeschlossen. Beide Bestimmungen in der Rechtsverordnung halten wir schon deshalb für rechts- und verfassungswidrig.

## 1.5 Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit durch Verwaltungserlasse

In Bayern<sup>52</sup> wie in den meisten Bundesländern regeln ministerielle Verwaltungsvorschriften – sog. Derivatverordnungen - den Vollzug der Gemeindeordnung, gerade auch für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten (Derivatmanagement). Bei diesen Erlassen handelt es sich um *interne Verwaltungsvorschriften*, die den Gemeinden bei der Eingehung von Derivatgeschäften durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften gezogenen Grenzen aufzeigen, *nicht aber um Rechtsnormen* im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG<sup>53</sup>. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit sie verbindlichen oder nur empfehlenden

---

<sup>47</sup> VwV KommHHWi vom 20.12.2010 i.d.F.v. 01.03.2012 – SächsABl. S. 336,355

<sup>48</sup> VwV a.a.O., Anm. A)II.1.c)

<sup>49</sup> VwV a.a.O., Anm. A)II.2

<sup>50</sup> So schon BayVGH, Urt. v. 10.12.1982, BayVBl. 1983,755; Urt. v. 11.08.1971, VGHE n.F. 24,140)

<sup>51</sup> vgl. z.B. § 72 Abs. 2 GO, § 89 Abs. 3 Satz 2, 2. Alt. GO

<sup>52</sup> IMS v. 08.11.1995 – IB4-1513.1-2; IMS v. 14.09.2009 – IB4-1513.1-2; Bek. zu Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen (z.B. v. 10.03.2010, AllIMBl. Nr. 3/2010 Ziff. 6.2; v. 15.02.2012, AllIMBl. Nr. 2/2012 Ziff. 3)

<sup>53</sup> Allgemeine Meinung, vgl. z.B. OLG Bamberg, Urt. v. 11.05.2009 – 4 U 92/08 juris unter Bezug auf LG Würzburg, Urt. v. 31.03.2008 – 62 O 661/07; ferner BGH, Urt. v. 28.04.2015 – XI ZR 378/13 openJur 2015,11119 Rdn. 90, 91



Charakter<sup>54</sup> haben, oder ob sie sich allein an die Rechtsaufsichtsbehörden wenden<sup>55</sup>. Wie Rechtsverordnungen können und sollen sie gesetzliche Bestimmungen erläutern und ausfüllen, *keinesfalls aber dürfen sie eigenständige Eingriffe in die kommunale Finanzhoheit vornehmen.*

Zur allgemeinen Möglichkeit, Grundrechte<sup>56</sup> durch Verwaltungserlasse einzuschränken, hat das Bundesverfassungsgericht<sup>57</sup> ausgeführt, dass „eine solche Rechtsauffassung verfehlt und unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar“ sei. Es „handele sich bei einem Erlass ... um eine Verwaltungsvorschrift und damit um eine verwaltungsinterne Anweisung. Derartige Regelungen ... stellen kein Gesetz ... dar und seien grundsätzlich Gegenstand, nicht Maßstab der richterlichen Kontrolle. Eine Verwaltungsvorschrift könne für sich auch keinen Eingriff in ein Grundrecht ... rechtfertigen, da es hierfür einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe“.

Die Sorge mancher Kommune, dass der Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten insgesamt oder von einzelnen Instrumenten durch Ministerialerlasse untersagt werden könnte, ist überwiegend also unberechtigt. Dass sie es nicht gänzlich ist, werden wir nachfolgend und anhand der einschlägigen Regelungen in mehreren Derivaterlassen belegen.

---

<sup>54</sup>In letzterem Sinne Lehmann, a.a.O., sowie Gehrmann/Lammers, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, Kommunaljurist 2011 S. 41 ff. Allerdings prägen die in den Verwaltungserlassen niedergelegten Grundsätze den Sorgfaltsmaßstab der kommunalen Finanzmanager. Sie haben daher sehr wohl Einfluss auf die Fragen der Haftung und der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Letztendlich geben sie – auch als Empfehlungen – den zu beachtenden Standard und Sorgfaltsmaßstab vor!

<sup>55</sup>OLG Bamberg, Urt. v. 11.05.2009 – 4 U 92/08 – juris Rn. 105

<sup>56</sup>Art. 28 Abs. 2 GG enthält das kommunale Grundrecht

<sup>57</sup>vgl. auch BVerfGE 78/214 <41>



## 2. Kommunalgesetzlicher Regelungsrahmen in Bayern

Die Bayer. Kommunalgesetze (GO und LKrO) erwähnen den Begriff „Derivate“<sup>58</sup> an keiner Stelle. Dennoch enthalten sie mehrere auf das Zins- und Schuldenmanagement unmittelbar, mittelbar oder analog anwendbare Bestimmungen und Grundsätze:

- Rechtsgrundlage für die **Sicherheit** von Finanzmarktgeschäften und damit Basisnorm für derivative *Sicherungsgeschäfte* bildet Art. 74 Abs. 2 Satz 2, 1. Halbsatz GO (Grundsatz der Sicherheit der Anlage: „Bei Geldanlagen ist auf eine ausreichende Sicherheit zu achten“)<sup>59</sup>.
- Rechtsgrundlage für die **Wirtschaftlichkeit** von Finanzmarktgeschäften und damit Basisnorm für derivative *Optimierungsgeschäfte* bilden Art. 61 Abs. 2 BayGO (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit: „Die Haushaltswirtschaft ist ... wirtschaftlich zu planen und zu führen“) und Art. 74 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz BayGO (sog. „Optimierungsgebot“: „Sie - die Geldanlagen - sollen einen angemessenen Ertrag bringen“)<sup>60</sup>.
- Der kommunalgesetzliche **Handlungsrahmen** (Ordnungsrahmen) für Sicherungsgeschäfte und für Optimierungsgeschäfte findet sich insbesondere im Gebot des *Handelns im kommunalen Aufgabenbereich* (z.B. in Art. 62 Abs. 2, 74 Abs. 1, 72 Abs. 2 BayGO), im Grundsatz der *Risikominimierung/ Risikoadäquanz* (Art. 61 Abs. 3 BayGO), im *Konnexitätsgebot* und im *Spekulationsverbot*.<sup>61</sup>

Die kommunalgesetzlichen Rahmenbedingungen werden für Bayern u.a. konkretisiert durch die „*Derivaterlasse*“ des Bayerischen Staatsministeriums des Innern<sup>62</sup>. In den meisten Bundesländern bestehen speziell für diese Länder geltende Vorschriften<sup>63</sup>, deren Gedanken aber auch für Bayern nicht sachfremd sein müssen und umgekehrt. Die vom Deutschen Städtetag 2011 veröffentlichte und 2015 überarbeitete „*Musterdienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement*“ versucht, die in den einzelnen Ländern vorgefundenen Regelungen in einen gemeinsamen Rahmen zu fassen.

---

<sup>58</sup> vgl. statt dessen zahllose Definitionen in Literatur und Rechtsprechung

<sup>59</sup> § 91 Abs. 2 Satz 2, 1. HS GO-BW; § 108 Abs. 2 Satz 2, 1. HS GO-Hessen; § 90 Abs. 2 Satz 2, 1. HS GO-NRW; § 95 Abs. 2 Satz 2, 1. HS KSVG-Saarland; § 124 Abs. 2 Satz 2, 1. HS KVG-Niedersachsen; § 78 Abs. 2 Satz 2, 1. HS GO-Rhl-Pf.

<sup>60</sup> § 91 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GO-BW; § 108 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GO-Hessen; § 90 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GO-NRW; § 95 Abs. 2 Satz 2, 2. HS KSVG-Saarland; § 124 Abs. 2 Satz 2, 2. HS KVG Niedersachsen; § 78 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GO-Rhl-Pf.

<sup>61</sup> Fundstellen der Länder werden wir zu den jeweiligen Abschnitten benennen

<sup>62</sup> Bekanntmachungen vom 08.11. 1995 (IB4-1513.1-2) und vom 14.09.2009 (IB4-1512.5-9)

<sup>63</sup> z.B. Baden-Württemberg, Erlass vom 17.08.1998; Hessen, Erlass vom 18.02.2009/ 31.07.2009; Niedersachsen, Erlass vom 22.10.2008; Nordrhein-Westfalen, Neu-Erlass vom 16.12.2014; Saarland, Erlasse vom 12.11.1998 und vom 01.09.2004



Hinzu treten den Ländern, in denen die kaufmännische Buchführung verpflichtend eingeführt wurde, Vorschriften des *Handelsrechts*, ggf. nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts. Für die Rechnungslegung der bayerischen Kommunen sind die handelsrechtlichen Vorschriften und die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung sinngemäß anwendbar, soweit in den Kommunalgesetzen oder aufgrund dieser Gesetze Regelungen nicht getroffen sind. Die Vorschriften gelten nicht nur für die Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der doppelten Buchführung, sondern sollten auch bei der Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Kameralistik Anwendung finden<sup>64</sup>.

Aus unserer Sicht herangezogen werden können – auf freiwilliger Basis<sup>65</sup> und sinngemäß – die Veröffentlichungen der *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin). Zu beachten sind nicht zuletzt die zahlreichen Urteile der letzten Jahre zu derivativen Finanzmarktprodukten.

Diese Fachinformation konzentriert sich auf die **gesetzlichen** Grundlagen des Einsatzes von Derivaten im Kommunalbereich.

*Eine Novellierung der Fachinformation 8 /2015 vom August 2015 wurde wegen der mittlerweile in Nordrhein-Westfalen und in Hessen abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren nötig. Wir bitten, die alte Fachinformation 8/2015 auszusondern und durch diese aktualisierte Fachinformation zu ersetzen.*

---

<sup>64</sup> Anm. I und II. 1.1.1 Bek. BayStMI (Bewertungsrichtlinie) vom 29.09.2008 (AllMBI. S. 558)

<sup>65</sup> die MaRisk gelten gemäß AT 2.1 ausdrücklich nur für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute i.S.v. § 1 Abs. 1b KWG bzw. § 53 Abs. 1 KWG