

Fachanwältin für Strafrecht Juliane Kirchner, Augsburg*

Untreuerisiken beim Einsatz von Zinsswaps und Forward Rate Agreements durch Kommunen

Zahlreiche Kommunen setzen Derivate ein, um Zinsen zu sparen. Der Maßstab dafür, ob derartige Vertragsabschlüsse pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB sind, findet sich nach Ansicht der Verfasserin im Kommunalrecht. Den Kommunen werde durch das Selbstverwaltungsrecht ein weiter Handlungsspielraum eingeräumt. Dieser bestehe auch bei den unbestimmten Rechtsbegriffen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Vertreter der Kommunen können danach aufgrund der Vielfältigkeit wie Bedeutung der kommunalen Aufgaben und wegen ihres Zwecks, dem Allgemeinwohl zu dienen, bei Ermessensentscheidungen mehr Gründe als pflichtgemäß berücksichtigen, als dies bei einem privatwirtschaftlichen, auf Gewinn ausgerichteten Unternehmen der Fall ist. Innerhalb von Ermessensspielräumen getroffene Entscheidungen seien gerichtlich nicht überprüfbar und entwickelt erst dort strafrechtliche Relevanz, wo dieser Spielraum verlassen wird und zusätzlich eine gravierende Pflichtverletzung vorliegt.

Seit Mitte der neunziger Jahre setzen eine Vielzahl verschuldeter Kommunen¹ bundesweit² derivative Finanzinstrumente ein. Zu zivilrechtlichen und strafrechtlichen³ Verfahren kam es in den Fällen, in denen sich statt der erstrebten Verbesserung der Finanzsituation eine Verschlechterung ergab. Zu klären ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Derivaten zulässig ist (I.), um daraus folgernd zu erhellen, ab wann im unzulässigen Bereich ein Untreue-Vorwurf droht (II.).

I. Zulässigkeit des Einsatzes von Derivaten

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes von Derivaten durch Kommunen steht außer Frage.⁴ Hierbei dürfen zwei Ziele verfolgt werden: die Reduzierung der Zinshöhe sowie Planungssicherheit. Ein reines Gewinnstreben wird mangels kommunaler Aufgabenstellung als unzulässig bewertet.⁵ Der sachgerechte Einsatz von Derivaten entspricht dem Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, welche als oberste und gleichwertige⁶ Grundsätze das gesamte kommunale Haushaltsrecht beherrschen.⁷

1. Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

Sparsames Haushalten verlangt die Vermeidung unnötiger Ausgaben.⁸ Unnötig sind Ausgaben beispielsweise dann, wenn sie keine gemeindlichen Aufgaben erfüllen oder wenn ihnen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht.

Derivate, welche zur Reduzierung oder sicheren Planung von Zinslasten für Kommunalkredite beitragen, verfolgen gemeindliche Aufgaben. Ob ihnen ein entsprechender Gegenwert gegenübersteht, bedarf einer Marktanalyse aus ex-ante-Sicht. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der kommunale Entscheidungsträger einen weiteren Entscheidungsspielraum hat als ein Unternehmer. So hat der Bundesgerichtshof⁹ entschieden, dass der Vertreter der Gemeinde nicht stets pflichtwidrig handelt, wenn nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebotes gewählt wurde. Es können vielmehr im Interesse einer effektiven und qualitativ befrie-

digenden Aufgabenerfüllung auch Gesichtspunkte wie Mitarbeiterzufriedenheit, Motivation, Verantwortungsbewusstsein, Fortbildungsbereitschaft oder innerbetriebliche Harmonie zulässige Entscheidungskriterien sein. Im Einzelfall sind sämtliche vorgenannte Kriterien in die Abwägung mit einzustellen – unter Einbeziehung der Wechselwirkung mit den anderen.

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit verlangt nach dem bestmöglichen Verhältnis von Aufwand und Erfolg. Mit „so wenig wie möglich“ soll „so viel wie möglich“ erreicht werden.¹⁰ Dabei ist die billigste Maßnahme nicht zwingend die wirtschaftlichste. Es kommt auf die Gesamtschau an, bei der auch Folgekosten zu berücksichtigen sind.¹¹

* Die Verfasserin ist Verteidigerin in einem gegen Mitarbeiter einer bayerischen Gemeinde geführten Verfahren.

1 Genaue Zahlen existieren laut Angaben der Bankenverbände im Rahmen einer öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Bundestages am 6.4.2011 nicht. *Hubert Beckmann*, Vorstandsmitglied der WestLB, sprach von einer dreistelligen Kundenzahl. Er zitierte außerdem eine Untersuchung des Bundes der Steuerzahler, wonach in Nordrhein-Westfalen 40 Prozent (!) aller Kommunen Zinsderivate nutzen würden „und zwar ganz überwiegend mit positivem Effekt“; „www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/33941236_kw14_pa_finanzen“.

2 Dies ergibt sich aus den hierzu ergangenen Erlassen/Schreiben verschiedener Bundesländer: Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 8.11.1995 und 14.9.2009; Bekanntmachung des Innenministeriums Thüringen vom 22.1.2010; Schreiben des Ministeriums des Innern Rheinland-Pfalz vom 27.10.2003; Schreiben des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 17.3.2010; Erlass des Niedersächsischen Innenministeriums vom 8.1.1999 = Erlass des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 17.8.1998; Schreiben des Ministeriums des Innern, Saarland vom 12.11.1998; Bekanntmachung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 14.12.2007; Derivateerlass Sachsen-Anhalt vom 31.5.2005; Erlass des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 13.6.2002; Schreiben des Hessischen Ministeriums des Innern vom 8.4.1999; Derivate Erlass des Ministeriums des Innern Brandenburg vom 28.1.2000.

3 Bspw. LG Augsburg, Urt.v. 14.5.2012, 10 KLS 504 Js 107196/09.

4 So der Tenor sämtlicher Erlasse/Schreiben der Innenministerien vgl. Fn. 2.

5 *Bader/Wilkens*, wistra 2013, 83; vgl. SMI Bayern vom 14.9.2009, S.2. Es wird jedoch zu diskutieren sein, ob zusätzliche Derivategeschäfte, die in einem engen zeitlichen und organisatorischen Zusammenhang mit verlustreichen konnexen Geschäften stehen und diesen Verlust ausgleichen sollen, hierdurch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen und zulässig sind.

6 *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommentar zum Kommunalrecht in Bayern, Stand 15.10.2008, Art. 61, Seite 3 Pkt. 6.

7 *Mühlbauer/Stanglmayr/Zwick*, Kommentar zur Bayerischen Gemeindeordnung, Stand Juli 2008, Art. 61, Seite 5, Pkt. 6.1; diese Grundsätze finden sich bundesweit in sämtlichen Gemeindeordnungen.

8 Vgl. BayVGh, Urt. v. 27.5.1992, BayVBl 1992 628/630.

9 BGH, Urt. v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07.

10 *Widmann/Grasser/Glaser*, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung, Stand Oktober 2007, Seite 4 Pkt. 5: Die gemeindlichen Aufgaben sollen mit dem geringstmöglichen finanziellen Aufwand erfüllt werden (Minimalprinzip) und andererseits mit den vorhandenen Mitteln den größtmöglichen Erfolg erreichen (Maximalprinzip).

11 *Bauer/Böhle/Ecker*, Kommentar zur Bayerischen Gemeindeordnung, Stand März 2011, Art. 61, Rn. 15.

Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe.¹² Die Gemeinden haben bei deren Auslegung einen weiten Entscheidungsspielraum.¹³ Die Rechtsaufsichtsbehörde darf nur dann einschreiten, wenn die Gemeinde ihre Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt hat, ihr Handeln also mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar ist.¹⁴ Dies entspricht dem Maßstab für die Pflichtwidrigkeit des Handelns.¹⁵

2. Spekulationsverbot

Das kommunalrechtliche Spekulationsverbot ist nicht normiert, sondern wird aus den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit abgeleitet.¹⁶ Der Gemeinde ist hierdurch ein zusammenhangloses Streben nach Gewinnen gleich eines Spielers oder einer Bank untersagt.

Das Spekulationsverbot verbietet nicht per se spekulatives Verhalten. Jedes wirtschaftliche Handeln hängt mit Prognosen, also Spekulationen zusammen. So beinhaltet auch die Frage, ob ein Darlehen heute oder erst in 3 Wochen aufgenommen wird, die Prognose, ob heute oder in 3 Wochen bessere Konditionen dafür bestehen. Wenn es zulässig ist, feste Vereinbarungen durch variable zu ersetzen und die Entwicklung des flexiblen Werts von Marktschwankungen abhängt, so ist anzuerkennen, dass Risiko und Chance die beiden Seiten ein und derselben Medaille sind. Die Chance auf Gewinn wird durch das Risiko erkaufte. Dies zu Grunde gelegt ist der Begriff „Spekulationsverbot“ irreführend. Es darf spekuliert werden – unter der Voraussetzung, dass kein unnötiges Risiko eingegangen wird und ein Bezug zu gemeindlichen Aufgaben besteht.

Das Erfordernis des Bezugs zu gemeindlichen Aufgaben spiegelt sich in der Voraussetzung der Konnexität wider. Diese verlangt nach einem Zusammenhang zwischen Zins- und Grundgeschäft (Darlehen). Strenge Konnexität liegt vor, wenn Deckungsgleichheit eines speziellen Grund- wie Zinsgeschäfts sowohl der Höhe wie der Laufzeit nach besteht. Eine lockere Konnexität – z.B. durch ein Portfolio – genügt.¹⁷ Letztlich darf – bildlich gesprochen – die Fläche der abdeckenden Derivate nicht größer sein als die zu Grunde liegenden Geschäfte. Abweichende Lösungen sind nicht ausgeschlossen, soweit sie eine der Konnexität vergleichbare Risikoabsicherung gewährleisten.¹⁸

Gerade bei großen Kreditportfolios mit mehreren derivativen Finanzgeschäften mit unterschiedlich langen Laufzeiten kann sich aufgrund der dynamischen Marktentwicklungen Aktionsbedarf ergeben, der wiederum Folgen auslöst, die Anpassungen erforderlich machen. Hierbei kann es zu Veräußerungen (nur) von Grundgeschäften kommen. Selbst wenn dann keine strenge Konnexität des einzelnen Geschäfts besteht, liegt weiterhin zulässiges Handeln vor. Denn das Spekulationsverbot soll lediglich ein Korrektiv sein, um die Einhaltung der obersten Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu gewährleisten. Wenn eine sachgerechte – also den Geboten der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit entsprechende – Handelstätigkeit erfordert, dass nur das Grundgeschäft veräußert wird, darf das Spekulationsverbot nicht im Wege stehen.

3. Zinsswaps und Forward Rate Agreements

Falls erwartet werden konnte, dass sich durch den Abschluss eines Swaps oder Forward Rate Agreements bestehende Zahllasten für Zinsen verringern bzw. optimal gestalten lassen, entspricht deren Einsatz dem Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Für diese Beurteilung ist ein Ver-

ständnis für Sinn und Funktion der in Rede stehenden Finanzderivate erforderlich:

a) Swaps

Swaps sind Zinstauschverträge. Bei einem Zins-Swap vereinbaren die Vertragspartner einen Austausch von unterschiedlich gestalteten Zinszahlungen über einen bestimmten Zeitraum ohne Transfer des zugrunde liegenden Kapitals. In der Regel findet ein Tausch von festen und variablen Zinszahlungen statt. Die variablen Zinsen sind dabei an einen für alle Beteiligten nachvollziehbaren Referenzzinssatz (z.B. EURIBOR) mit festgelegter Laufzeit gekoppelt.

Zum Verständnis folgendes vereinfachtes Beispiel: Ein bestehender Zinssatz von 5 Prozent auf ein Darlehen der Gemeinde wird mit dem künftigen Zinssatz der nächsten 6 Monate getauscht. Fällt der künftige Zinssatz unter 5 Prozent, spart die verschuldete Gemeinde Geld. Denn dann bekommt sie die Differenz zwischen den 5 Prozent und dem niedrigeren Zinssatz vom Vertragspartner gezahlt. Steigt der Zinssatz über 5 Prozent, tritt ein entsprechender Verlust ein. Der Zahlungsausgleich erfolgt regelmäßig am Ende der Laufzeit des Swaps in einem Betrag.

b) Forward Rate Agreement (FRA)

Bei einem FRA vereinbaren zwei Parteien einen Zinssatz für einen in der Zukunft liegenden Zeitraum. Der Festzinssatz (FRA-Satz) wird auf Basis eines Referenzzinssatzes (z.B. EURIBOR) bestimmt. Ziel ist die Festlegung des „heutigen“ Zinssatzes.

Zum Verständnis folgendes vereinfachtes Beispiel: Die Gemeinde benötigt in einem Jahr ein Darlehen. Momentan würde sie dieses für günstige 2 Prozent Zinsen bekommen. Sie fixiert die Zinszahlung daher mit dem FRA auf 2 Prozent. Steigt der Referenzzins auf 3 Prozent, zahlt die Bank bzw. der Vertragspartner 1 Prozent Ausgleich an die Gemeinde. Fallen die Zinsen auf 1 Prozent, zahlt die Gemeinde 1 Prozent Ausgleich an die Bank.

Ein FRA verschafft Planungssicherheit. Gleichzeitig wirkt er bei steigenden Zinsen kostensparend. Bei fallenden Zinsen löst er dagegen Zahlpflichten aus. Dies kann als Preis für die Planungssicherheit gewertet werden.

Diese beiden Derivate-Formen und ihre nahen Verwandten¹⁹ sind grundsätzlich zum zulässigen Einsatz geeignet. Die Annahme der Zulässigkeit verstärkt sich in gleichem Maße, wie die folgenden weiteren Rahmenbedingungen erfüllt werden:

12 Prandl/Zimmermann/Büchner, Art. 61, S. 4, Pkt. 6; Mühlbauer/Stanglmayr/Zwick, Kommentar zum Bayerischen Kommunalverfassungsgesetz und Gemeinderecht, Stand Juli 2008, Art. 61, S. 6, Pkt. 6.1.

13 BVerfGE 78, 331: „Auch für die Kommunalaufsicht gilt, daß sie – wie jede Aufsicht – die Gemeinden in ihren Rechten zu schützen hat und so gehandhabt werden soll, daß Entschlußkraft und Verantwortungsfreude der Gemeinden nicht beeinträchtigt werden (...). Dies – und nicht etwa eine Art Vormundschaft – ist das sie dirigierende Prinzip“... „Soweit unbestimmte Rechtsbegriffe Spielräume belassen, eröffnen sich diese den Gemeinden, nicht der Aufsichtsbehörde“ (Rn. 33). Die Gründe werden darin gesehen, dass die Gemeinden eine größere Sachkunde und Erfahrung besitzen, den Problemen näher stehen und so eher die beste Lösung finden als ein Gericht.

14 Prandl/Zimmermann/Büchner, Art. 61, S. 4 Pkt. 6 m.w.N.

15 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2559/08 v. 23.6.2010, Rn. 127.

16 Gehrman/Lammers, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, KommJur 2011, 41 (43) m.w.N.

17 Gehrman/Lammers a.a.O. (Fn. 16); ansonsten würden erforderliche Handlungsspielräume zu sehr eingeengt.

18 Bekanntmachung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 14.12.2007, Rn. 35.

19 Swaption, Collar, Floor.

Die für den Abschluss dieser Geschäfte verantwortlichen Beschäftigten müssen möglichst genaue Kenntnisse über die Chancen, Risiken und Wirkweisen der Produkte sowie über die Finanzsituation der Gemeinde haben.²⁰

Die grundsätzliche Qualifikation der Sachbearbeiter muss durch ständige Marktbeobachtung ergänzt werden. Es sollte geregelt sein – bevor Anpassungsbedarf entsteht –, wie darauf zu reagieren ist, bzw. wer unter welchen Voraussetzungen und in welchem Rahmen dies darf. Die Kontroll- und Entscheidungsgremien (Rechtsaufsichtsbehörde, Stadtrat, Bürgermeister, etc.) müssen engmaschig informiert werden. In Betracht kommt die Festlegung einer Berichtspflicht zu bestimmten Zeitpunkten. Diese sollte ergänzt werden durch eine Informationspflicht nach marktänderungsbedingt erforderlich gewordenen Anpassungen.²¹

Sämtliche Vorgänge wie Abschlüsse und die entscheidenden Erwägungen, die zu ihnen und ihrer Form geführt haben, sollten dokumentiert werden. Nach persönlichen Gesprächen oder Telefonaten empfiehlt sich die Erstellung eines Protokolls mit den wesentlichen Inhalten, welches gekennzeichnet bzw. in sonstiger Form von den weiteren Gesprächsteilnehmern bestätigt werden sollte. Die gesamte Dokumentation sollte den Kontrollgremien und sämtlichen am Derivatehandel beteiligten Stellen der Gemeinde jederzeit zugänglich sein, um sich umfassend informieren zu können.

Die Gemeinde hat sicherzustellen, dass sie die erforderlichen Personal-Ressourcen an Quantität und Qualität aufzubieten in der Lage ist.²²

Werden diese Überwachungs- und Dokumentationspflichten nicht erfüllt, kann eine Verfügung dennoch den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Deren Einhaltung soll lediglich eine Absicherung und Unterstützung dafür sein, die „richtige“ Entscheidung zu finden. Bei Nichteinhaltung der Kriterien und Auswahl der falschen Entscheidung wird die Verantwortung jedoch schwerer von sich zu weisen sein.

II. Untreuerisiken

Strafrechtliche Relevanz entfalten die Geschäfte dann, wenn die Verluste nicht allein auf berechtigterweise anders eingeschätzten Marktentwicklungen beruhen, sondern schwere Pflichtverstöße außerhalb des Ermessensspielraumes erfolgen.

1. Tatbestandsalternativen

Beim Missbrauchstatbestand wird rechtliches Dürfen im Innenverhältnis im Rahmen rechtlichen Könnens im Außenverhältnis überschritten. Bei in Frage gestelltem Handeln von Seiten der Kommune dürfte diese Variante am häufigsten zur Diskussion stehen, da Beamte oder Mitarbeiter der öffentlichen Hand üblicherweise nur in dem Bereich Tätigkeiten entfalten, für den sie auch zuständig sind. Das rechtliche Können im Außenverhältnis ergibt sich aus der jeweiligen Organstellung.²³ Das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis ist im Einzelfall zu bestimmen.

Unzuständiges (und damit außerhalb einer Vermögensbetreuungspflicht liegendes) behördliches Tätigwerden kann den Treuebruchtatbestand erfüllen.

2. Pflichtwidrigkeit

Bader/Wilkens vertreten die Auffassung,²⁴ dass anders als bei Risikogeschäften in Unternehmen für kommunale Verant-

wortliche strenge(re) Reglementierungen gelten. Die Finanzhoheit der Gemeinden als Ausfluss der Selbstverwaltung finde enge Grenzen insbesondere in den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Gemeindeordnungen. Dem ist nicht zuzustimmen.

Unternehmen der Privatwirtschaft verfolgen das Ziel, möglichst hohen Gewinn zu erwirtschaften. Im Unterschied dazu dienen Kommunen dem Gemeinwohl. Ein wirtschaftlicher Gewinn wird nicht erstrebt. Mitarbeiter erhalten keine Gewinnbeteiligung. **Den wichtigen, der Allgemeinheit dienenden Aufgaben entspricht, dass das Grundrecht der kommunalen Selbstverwaltung der Kommune weite Handlungsspielräume verschafft. Diese dürfen nicht eingegrenzt werden** – wie *Bader/Wilkens* meinen, da ansonsten das Grundrecht ausgehöhlt werden würde. Denn für die Wahrnehmung sämtlicher hoheitlichen Aufgaben sind Finanzmittel erforderlich. Bei der Verwendung der Finanzmittel müssen die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit berücksichtigt werden. Deren Auslegung muss im Lichte und unter Beachtung der Reichweite des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung erfolgen, da dieses ansonsten eine unangemessene Einschränkung erführe.

Das Bundesverfassungsgericht²⁵ bestätigte, dass es eine vermögensrelevante Pflicht ist, den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 4 Abs. 4 SGB V²⁶ einzuhalten. Das Eingrenzungsgebot verlange bei der Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals jedoch zum einen, dass Verstöße *jenseits* der bestehenden Entscheidungsspielräume vorliegen. **Solange Entscheidungen also innerhalb des gewährten Ermessensspielraums liegen, sind sie mangels Pflichtwidrigkeit nicht strafwürdig – unabhängig davon welches Ergebnis folgt. Zum anderen wird verlangt, dass der jenseitige Verstoß evident und schwerwiegend ist. So sollen von Relevanz nur deutliche Verstöße sein können, die ohne Weiteres erkennbar sind.**

Bei den Begriffen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.²⁷ Dem Entscheidungsträger steht bei der erforderlichen Auslegung ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung.²⁸ Innerhalb dieses weiten Entscheidungsspielraumes besteht keine gerichtliche Überprüfbarkeit. Die Grenzen hierzu sind erst dann überschritten, wenn das Handeln der Gemeinde mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar ist.²⁹ Der Entscheidungsträger der Kommune ist verpflichtet, den angestrebten Nutzen gegenüber dem Risiko abzuwägen, keine sachfremden Erwägungen einzubeziehen

20 Bekanntmachung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 14.12.2007, Rn. 36; Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14.9.2009, S. 3.

21 Empfehlen würde sich eine Vorgabe hinsichtlich Summengröße o.ä., um einerseits unnötigen Arbeitsaufwand zu vermeiden und andererseits Kontrolle und Rechtssicherheit zu gewährleisten.

22 Interessant dürfte die Frage nach dem Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichen sein, wenn ein Beschluss des Gemeinderats, Derivategeschäfte abzuschließen, für eine ungeeignete Kommune ergeht.

23 Vgl. auch *Bader/Wilkens* wistra 2013, S. 83 (Fn. 5).

24 *Bader/Wilkens* a.a.O. S. 23 (Fn. 5).

25 BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., wistra 2010, 475, Rn. 127.

26 Es ist aufgrund der Übereinstimmung von Zweck und Begriff sowie im Sinne der Einheit der Rechtsordnung von einer Übertragbarkeit dieser Auffassung auf die kommunalrechtlichen gleichnamigen Grundsätze auszugehen.

27 Siehe oben Fn. 12.

28 *Gehrman/Lammers* a.a.O. (Fn. 16); s. Fn. 15, 28; BGH Urt. v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07.

29 *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Art. 61, S. 4, Pkt. 6; VGH a.a.O. (Fn. 6).

und das Risiko in einem vertretbaren Rahmen zu halten.³⁰ Dies muss aus einer ex-ante-Sicht beurteilt werden.³¹ **Werden diese Vorgaben eingehalten, ist das Swap- oder FRA-Geschäft – unabhängig von seinem Ausgang – nicht pflichtwidrig. Was kommunalrechtlich zulässig ist, kann strafrechtlich nicht verboten sein.**³²

Die andere Auffassung von *Bader/Wilkens* legt einen zu kleinen Ermessensspielraum der Gemeinden zu Grunde. Damit wird die Größe des sich aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht ergebenden Handlungsspielraums zu gering geschätzt und ausufernde Untreuestrafbarkeit bewirkt.

3. Nachteil

Die Pflichtverletzung muss zu einem Nachteil für das zu betreuende Vermögen geführt haben. Ein Nachteil wird dann angenommen, wenn die beanstandete Verfügung unmittelbar zu einer Minderung des Vermögens geführt hat. Hierbei wird auf einen Vorher-Nachher-Vergleich des gesamten Vermögens unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgestellt.³³ Es wird eine möglichst exakte Bestimmung der Nachteilshöhe verlangt; falls erforderlich sind Sachverständigengutachten einzuholen.³⁴ Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung.³⁵ Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses müssen Preis, Chance und Risiko in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass § 266 StGB nicht die Dispositionsbefugnis schützt.³⁶ Deshalb begründet nicht jeder Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften einen Vermögensnachteil. Bei Verfügungen über Haushaltsmittel muss vielmehr eigenständig und wirtschaftlich nachvollziehbar festgestellt werden, dass das Vermögen als Ganzes in einer bestimmten Höhe unter Berücksichtigung der durch die Verfügung erlangten Vermögensvermehrung vermindert ist.³⁷

Solange erwartet werden durfte, dass ein Swap oder FRA zu einer Verbesserung der Finanzlage führt³⁸ oder zu verhindern in der Lage ist, dass sie sich verschlechtert,³⁹ tritt – bei angemessenem Preis – durch einen solchen Abschluss kein Nachteil ein. Im Falle des FRA hat auch die Stabilisierung und damit die Versicherung gegen steigende Kosten ihren gerechtfertigten Preis – wie jede Versicherung gegen den Eintritt eines Schadens.

Bei der Feststellung der Nachteilshöhe ist *Bader/Wilkens* zuzustimmen, dass einzig und allein auf den Zeitpunkt des Ver-

tragsabschlusses abzustellen ist. Die künftige Entwicklung der Geschäfte ist lediglich als Strafzumessungskriterium zu behandeln.⁴⁰

4. Kausalität und objektive Zurechnung des Erfolgs

Untreue ist ein Erfolgsdelikt.⁴¹ Die pflichtwidrige Verfügung darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Nachteil entfiel.⁴² Ursächlichkeit besteht nur dann, wenn der Nachteil bei gehöriger Sorgfalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. An der objektiven Zurechenbarkeit kann es in den Fällen fehlen, wenn es auch bei Beachtung aller Sorgfaltsvorkehrungen zu der Verfügung hätte kommen dürfen.

III. Zusammenfassung

Die Gemeinden haben das Recht, Derivate in Form von Swaps und FRA's abzuschließen. Das kommunale Selbstverwaltungsrecht eröffnet ihnen hierbei einen weiten Ermessensspielraum. Innerhalb dieses Spielraums getroffene Entscheidungen sind gerichtlich nicht überprüfbar. Die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit schränken den Entscheidungsbereich nicht ein. Bei der Bewertung, ob diese eingehalten wurden, ist wiederum allein das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Maßstab und die Grenze. Erst wenn diese überschritten ist *und* ein gravierender Pflichtenverstoß vorliegt, wird strafwürdiges Terrain betreten. Bei der Berechnung der Höhe des Nachteils ist allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Spätere negative oder positive Entwicklungen wirken sich allein bei der Strafzumessung aus.

30 Bspw. durch die vorgeschlagenen Risikobegrenzungsmaßnahmen.

31 So für Risikogeschäfte: *Bittmann* NSTz 2011, 361 (363) m.w.N.

32 So auch *Gehrmann/Lammers* a.a.O. (Fn. 16).

33 BVerfG a.a.O. Rn. 118 m.w.N. (Fn. 25).

34 BVerfG a.a.O. Rn. 150 (Fn. 25).

35 *Bader/Wilkens* a.a.O. (Fn. 5).

36 BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 592/10, wistra 2011, 263, Rn. 11.

37 BGH a.a.O. (Fn. 36).

38 Bspw. durch geringere Zinszahlungen.

39 Z.B. durch steigende Zinsen.

40 *Bader/Wilkens* a.a.O. S. 84 (Fn. 5).

41 BVerfG a.a.O. Rn. 114 (Fn. 25); BGH a.a.O. (Fn. 36).

42 Äquivalenztheorie, *Fischer*, StGB, 60. Aufl., Vor 13 Rn. 21.