



## **Kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit - Grundpfeiler der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie**

### **Vorwort:**

Der Kampf der Kommunen um die Anerkennung der Zulässigkeit des Einsatzes von derivativen Finanzinstrumenten, die der Sicherung oder der Optimierung von Krediten dienen, ist gewonnen! Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der Oberlandesgerichte und der Landgerichte hat den für Gemeinden, Landkreise und Bezirke (Kommunen) geltenden Rechtsrahmen unmissverständlich kommuniziert<sup>1</sup>.

Die kommunalen Prüfungsbehörden haben die Rechtslage offensichtlich zur Kenntnis genommen. Beanstandungen betreffend den Einsatz derivativer Finanzinstrumente durch unsere Verbandsmitglieder stellt der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung nicht mehr fest.

Die Mehrzahl der Rechtsaufsichtsbehörden der Bundesländer hat den kommunalen Rechtsrahmen für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten schon in der Vergangenheit korrekt angewandt. Einige der Aufsichtsbehörden, die bereits in der Vergangenheit den Blick in das auch für sie geltende Gesetz unterlassen haben, haben die Entscheidungen der Rechtsprechung nicht nachvollzogen, ihre Kredit- oder Derivatenerlasse nicht entsprechend korrigiert. Das ist für sie beschämend. Für die Kommunen der betroffenen Bundesländer ist diese Ignoranz unschädlich: Rechtswidrige Vorschriften in (ministeriellen) Kredit- und Derivatenerlassen können und müssen unbeachtet bleiben. Sollten Rechtsaufsichtsbehörden etwaige Maßnahmen gegen Kommunen auf sie stützen, ist der Gang der beschwerten Kommune zu den Gerichten möglich, eventuell sogar verpflichtend – und weitestgehend risikofrei.

Der Kampf um die Zulässigkeit von Sicherungs- und Optimierungsderivaten im Kommunalbereich ist, wie gesagt, gewonnen. Da kommunale Kredittitel aktuell faktisch „für nichts“ zu haben sind, scheint die Welt des kommunalen Zins- und Schuldenmanagements in Ordnung. Es scheint aber nur so. Nur unbelehrbare Optimisten glauben, dass die von den Zentralbanken herbeigeführte unnatürliche Zinssituation sich dauerhaft verfestigen wird. Und nur Ignoranten glauben, dass die zusätzlichen Auswirkungen der Corona-Krise auf Wirtschaft und Staatsfinanzen<sup>2</sup> ohne Turbulenzen zu bereinigen sind. Auf diese Turbulenzen gilt es sich vorzubereiten,

---

<sup>1</sup> vgl. die einschlägige Literatur und Rechtsprechung in Sperl, Rechtliche Grundlagen für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen, 1. Auflage 2019, nachfolgend zitiert „Sperl“

<sup>2</sup> vgl. „Corona berührt auch die Finanzstabilität“, Börsen-Zeitung v. 08.07.2020, S. 3 und „Coronakrise treibt die implizite Staatsschuld“, Börsen-Zeitung wie vor, S. 4

und das nicht nur durch instrumentelle, sondern auch institutionelle Maßnahmen. Das berührt die Frage, wie Kommunen vorsorgen, wie sie ihre fachlich/sachliche Organisation optimieren.

## **1. Allgemeines zur Organisation des kommunalen Zins- und Schuldenmanagements/der kommunalen Zinssteuerung**

Da Kommunen seit jeher schuldenfinanziert arbeiten, haben sie traditionell eine fachgerechte Organisation, unterschiedlich in Details von Bundesland zu Bundesland, teils von Kommune zu Kommune, insgesamt aber erprobt. Diese Organisation ist auf Kredite und Kassenkredite, auf deren passive (Schuldenverwaltung) oder aktive (Schuldenmanagement) Verwaltung von der Aufnahme bis zu ihrer ordentlichen oder außerordentlichen Tilgung ausgerichtet. Mit dieser „Kredit“-Organisation befassen sich diese Fachinformation und die folgenden nur am Rande und insoweit, als es für das Verständnis einer optimierten Organisation der Zinssteuerung unter Einsatz von Zinsderivaten unverzichtbar ist.

Zur Organisation eines kommunalen Derivatemanagements finden sich keine speziellen Vorschriften in den einschlägigen Gesetzen des Bundes und der Bundesländer. Das ist nachvollziehbar, denn das rechtlich unbedenkliche kommunale Zins- und Schuldenmanagement (Zinssteuerung) beschäftigt sich ausschließlich mit Krediten und Kassenkrediten: Es wandelt – insbesondere wenn Kredite aufgrund der Zinsentwicklung nicht mehr den Anforderungen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit genügen – Kredite mit originärer Zinsbindung in synthetische Kredite und/oder synthetische Kredite in Kredite mit originärer Zinsbindung – sichert und/oder optimiert sie also mit Hilfe von (einfachen) Zinsderivaten wie zum Beispiel Payer- und Receiver-Swaps, (gekauften) Zins-Caps, Zins-Collars und Swap-Optionen. Für das Handling von Krediten enthält das Kommunalrecht jedoch zahlreiche Vorschriften<sup>3</sup>. Dabei unterscheidet das Kommunalrecht nicht zwischen originären und synthetischen Krediten.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das von Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Kommunen. Der Bundesverband hat sich mehrfach und intensiv mit der durch Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz gewährleisteten kommunalen Finanzhoheit befasst<sup>4</sup>. Im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement kommt aber nicht nur der Finanzhoheit, sondern auch der kommunalen Organisationshoheit, der kommunalen Verwaltungshoheit und der kommunalen Personalhoheit grundlegende Bedeutung zu – schon deswegen, weil ihre Grenzen nicht nur durch Gesetze, sondern immer wieder durch ministerielle Verwaltungsvorschriften ausgetestet wurden, nicht allein in Bayern, sondern auch in anderen Bundesländern.

## **2. Kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit und die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie**

Gemäß Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz<sup>5</sup> -GG- ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“; auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Der gemeindliche Wirkungs-

---

<sup>3</sup> Sperl, a.a.O., Anm. 1.1, bezogen auf BGH, Urt. v. 21.02.2017, StR 296/16, www.hrr-strafrecht.de, Rn. 56 ff

<sup>4</sup> z.B. Fachinformation 8/2015, aktualisiert am 18.02.2016; Sperl, a.a.O., Anm. 1 und 2

<sup>5</sup> ebenso in Bayern Art. 11 Abs. 2 Bayerische Verfassung –BV–

kreis ist nach allgemeiner Auffassung universal; Kommunen sind, zumal im eigenen Wirkungskreis, grundsätzlich allzuständig<sup>6</sup>. Unstrittig unterfallen die kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 GG<sup>7</sup>.

## 2.1 Inhalte der kommunalen Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit

Nach allgemeinem Verständnis beinhaltet

- die kommunale Organisationshoheit das Recht der Gemeinde, die eigene innere Organisation nach ihrem Ermessen auszurichten<sup>8</sup>. Organisations-, Aufgabengliederungs- und Geschäftsverteilungspläne, aber auch Dienstanweisungen und Kompetenzzuweisungen aller Art strukturieren die Organisation in der jeweiligen Kommune.
- die kommunale Verwaltungshoheit das Recht der Gemeinde, im Rahmen der gesetzlichen Regelungen die zur Durchführung von Gesetzen, Verordnungen und Satzungen notwendigen Verwaltungsakte zu erlassen und gegebenenfalls zwangsweise durchzusetzen<sup>9</sup>. Maßnahmen der Compliance setzen vor allem hier an.
- die kommunale Personalhoheit das Recht der Kommune, das Personalwesen - zu dem neben der Gestaltung des Stellenplanes zum Beispiel Einstellungen, Beförderungen und Entlassungen gehören - eigenverantwortlich auszugestalten und zu praktizieren<sup>10</sup>.

## 2.2 Eingriffe in die kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit durch (Bundes- und Landes-) Gesetz

Wie die kommunale Finanzhoheit stehen auch die Organisations-, die Verwaltungs- und die Personalhoheit nach Maßgabe von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unter Gesetzesvorbehalt. Gesetze im Sinne der Norm sind formelle Gesetze des Bundes und der Länder. Ferner Rechtsverordnungen, die auf einer dem Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechenden Ermächtigung beruhen. In Bayern sind das die Kommunalhaushaltsverordnungen-Kameralistik und -Doppik<sup>11</sup>, die Eigenbetriebsverordnung<sup>12</sup>, die Kommunalwirtschaftliche Prüfungsverordnung<sup>13</sup> und die Verordnung über Kommunalunternehmen<sup>14</sup>. Keine Gesetze in diesem Sinne sind ministerielle Verwaltungsvorschriften.

---

<sup>6</sup> BVerfGE 79,127,146; vgl. auch Art. 7 BayGO

<sup>7</sup> allgemeine Meinung; vgl. auch Art. 56 Abs. 1 BayGO; <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/kommunale-selbstverwaltung-41347>

<sup>8</sup> <https://www.stmi.bayern.de/kub/komselbstverwaltung/index.php>

<sup>9</sup> vgl. hierzu u.a. Art. 22 ff BayGO

<sup>10</sup> <https://www.stmi.bayern.de/kub/komselbstverwaltung/index.php>

<sup>11</sup> KommHV-Kameralistik v. 03.12.1976 (BayRS Nr. II S. 443 und BayRS 2023-1-I) i.d.F.v. 26.03.2019 (GVBl. S. 98); KommHV-Doppik v. 05.10.2007, (GVBl. S. 678, BayRS 2023-3-I) i.d.F.v. 26.03.2019 (GVBl. S. 98)

<sup>12</sup> EBV v. 29.05.1987 (GVBl. S. 195, BayRS 2023-7-I), i.d.F.v. 26. März 2019 (GVBl. S. 98)

<sup>13</sup> KommPrV vom 03.11.1981

<sup>14</sup> KUV v. 19.03.1998 (GVBl. S. 220, BayRS 2023-15-I) i.d.F.v. 26.03.2019

## 2.2.1 Eingriffe durch Bundesgesetz

### 2.2.1.1 in die kommunale Organisationshoheit

Bundesgesetz, beginnend mit dem Verfassungsrecht, schränkt die kommunale Organisationshoheit vielfach ein. Das Grundgesetz geht von einem zwei(!)gliedrigen Staatsaufbau aus. Staatliche Aufgaben und damit deren Organisation sind damit ganz überwiegend Bund und Bundesländern zugewiesen. Die Gemeinden sind Teile des jeweiligen Bundeslandes. Folgerichtig erwähnt das Grundgesetz die Gemeinden nur an wenigen Stellen, zum Beispiel in Art. 28, Art. 85 Abs.1, 91e, 104c, 104d, 105 Abs. 3 und 106 GG.

### 2.2.1.2 in die kommunale Verwaltungshoheit

Bundesrecht beeinflusst auch die Verwaltungshoheit der Kommunen an mehreren Stellen. So enthält das Verwaltungsverfahrensgesetz, ein Bundesgesetz, neben der Verwaltungsgerichtsordnung maßgebende Vorschriften über das auch für Kommunen geltende Handeln durch Verwaltungsakte, öffentliche Verträge usw.. Auch im Steuerrecht handelt die Kommune, soweit sie Steuergläubigerin ist, nach den Bestimmungen des Gewerbesteuergesetzes, des Grundsteuergesetzes, vor allem der der Abgabenordnung. Steuergesetze sind grundsätzlich Bundesgesetze.

### 2.2.1.3 in die kommunale Personalhoheit

Der kommunalen Personalhoheit wiederum werden vor allem durch bundesgesetzliche Bestimmungen des Beamtenrechts, des Besoldungsrechts, des Personalvertretungsrechts, aber auch des Tarifrechts ganz erhebliche Grenzen gesetzt.

## 2.2.2 Eingriffe durch Landesgesetze

### 2.2.2.1 in die kommunale Organisationshoheit

Die kommunale Organisationshoheit ist nicht nur durch Bundesrecht, sondern auch durch Landesrecht stark eingeschränkt, zuvörderst die Vorschriften der Gemeindeordnungen und die eingangs erwähnten Rechtsverordnungen. So gibt die Bayerische Gemeindeordnung die Einteilung bayerischer Städte mit mehr als 100.000 Einwohnern in Stadtbezirke vor<sup>15</sup>. Sie verortet die (funktionale) Kompetenzzuweisung für Aufgaben mit grundsätzlicher Bedeutung beim Gemeinderat und seinen Ausschüssen, die für Aufgaben von nicht grundsätzlicher Bedeutung – sog. laufende Angelegenheiten – beim Ersten Bürgermeister<sup>16</sup>. Die Gemeindeordnung beschreibt verpflichtend die Aufgaben des eigenen und des übertragenen Wirkungskreises<sup>17</sup>, bestimmt die wesentlichen Grundzüge der Gemeindegewirtschaft<sup>18</sup>, des Kassenwesens<sup>19</sup>, des kommunalen Prüfungswesens<sup>20</sup> usw.. Art. 56 Abs. 2 BayGO verpflichtet die Gemeinden, die für den ordnungsgemäßen Gang der Geschäfte erforderlichen Einrichtungen zu schaffen.

---

<sup>15</sup> Art. 60 BayGO

<sup>16</sup> Art. 29 ff und 34 ff BayGO

<sup>17</sup> Art. 57 und 58 BayGO

<sup>18</sup> Art. 86 ff BayGO

<sup>19</sup> Art. 100 ff BayGO

<sup>20</sup> Art. 103 – 107 BayGO

Die bayerischen Kommunalhaushaltsverordnungen sehen die Trennung von Anordnung und Vollzug bei bestimmten Geschäften vor<sup>21</sup>. Sie verweisen auf das 4-Augen-Prinzip<sup>22</sup>, sie ordnen selektiv den Erlass von Dienstanweisungen<sup>23</sup> und anderes an. Die Eigenbetriebsverordnung ergänzt die organisatorischen Vorschriften der Gemeindeordnung für kommunale Unternehmen, die außerhalb der allgemeinen Verwaltung als Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt werden, beispielsweise zur Kassenwirtschaft<sup>24</sup> und zum Rechnungswesen<sup>25</sup>. Überörtliche Rechnungs- und Kassenprüfungen sind dem Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband zugewiesen<sup>26</sup>, präzisiert durch die Kommunalwirtschaftliche Prüfungsverordnung<sup>27</sup>.

#### 2.2.2.2 in die kommunale Verwaltungshoheit

Der kommunalen Verwaltungshoheit legt die Gemeindeordnung erhebliche Fesseln an, insbesondere im Bereich der Haushaltswirtschaft<sup>28</sup>, der Einnahmenbeschaffung<sup>29</sup>, der Kredit<sup>30</sup>- und Vermögenswirtschaft<sup>31</sup>. Im Zins- und Schuldenmanagement greifen zudem die die kommunale Finanzhoheit begrenzenden Gebote der Sicherheit, der Wirtschaftlichkeit/Optimierung, der Risikominimierung, der Grundgeschäftsbezogenheit derivativer Finanzinstrumente/Konnexität sowie das Verbot spekulativer Finanzgeschäfte<sup>32</sup>.

Gemäß Art. 56 Abs. 1 BayGO muss die kommunale Verwaltungstätigkeit mit der Verfassung und den Gesetzen im Einklang stehen und darf nur von sachlichen Gesichtspunkten geleitet sein. Der Begriff der „Verwaltungstätigkeit“ ist dabei umfassend zu verstehen<sup>33</sup>. Darunter fällt

- die hoheitliche Verwaltung. Sie umfasst nicht nur den Erlass von Verordnungen, Satzungen und Verwaltungsakten (obrigkeitliche Verwaltung)<sup>34</sup>, sondern auch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen sowie faktische oder rechtlich nicht nach außen gerichtete Maßnahmen der Gemeinde, die nicht als Verwaltungsakte i.S.v. Art. 35 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz qualifiziert werden können, zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben (sog. schlicht hoheitliche Verwaltung).
- das Verwaltungsprivatrecht, bei der die Kommune öffentliche Zwecke mit Mitteln des Privatrechts verfolgt (z.B. Verträge der Verkehrs- und Versorgungsbetriebe mit ihren Kunden).
- das fiskalische Hilfsgeschäft, das der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, z.B. Einkauf von Büromaterial, Beauftragung von Reinigungsunternehmen, dient.
- die privatrechtliche, unternehmerische Betätigung, bei der die Kommune mit der Absicht handelt, ihr Vermögen zu erhalten bzw. zu mehren. Das kommunale Zins- und Schuldenmanagement („Debt-Management“) ist nach allgemeiner Auffassung fiskalischer Natur<sup>35</sup>.

<sup>21</sup> §§ 38, 42 und 43 KommHV-Kameral und §§ 34, 38 und 39 KommHV-Doppik

<sup>22</sup> § 43 Abs. 3 KommHV-Kameral, § 39 Abs. 3 KommHV-Doppik

<sup>23</sup> §§ 45, 57 58, 62 KommHV-Kameral; §§ 22, 53, 58 KommHV-Doppik

<sup>24</sup> § 10 EBV

<sup>25</sup> § 12 EBV

<sup>26</sup> Prüfungsverbandsgesetz –PrVbG– v. 24.04.1978, (BayRS II S. 462) BayRS 2023-5-I

<sup>27</sup> KommPrV v. 03.11.1981 (BayRS II S. 460) BayRS 2023-2-I

<sup>28</sup> Art. 61 ff

<sup>29</sup> Art. 62 BayGO

<sup>30</sup> Art. 71 ff BayGO

<sup>31</sup> Art. 74 ff BayGO

<sup>32</sup> Sperl, a.a.O., Anm. 3 ff. Der BGH hat im Urteil vom 21.02.2017 grundlegende Hinweise gegeben.

<sup>33</sup> folgend Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, 29. Auflage 2018, Art. 56. Anm. 2

<sup>34</sup> vgl. Art. 29 ff und 34 ff BayGO

<sup>35</sup> Kewenig/Schneider, Geschäfte der öffentlichen Hand in Deutschland, WPM vom 11.04.1992; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Aufl. 2014, Anm. 25 zu § 40

Gleiches gilt für die kommunale Vermögensverwaltung („Asset-Management“) und das kommunale Cash-Management.

Verwaltungstätigkeit „im Einklang mit der Verfassung“ verlangt die Beachtung sowohl des Grundgesetzes als auch der jeweiligen Landesverfassung, insbesondere der Grundrechte und der grundrechtsähnlichen Rechte<sup>36</sup>.

Verwaltungstätigkeit „im Einklang mit den Gesetzen“ fordert die Beachtung sämtlicher Rechtsvorschriften, auch der von der Gemeinde selbst erlassenen Satzungen und Verordnungen sowie des Gewohnheitsrechts. Kommunales Handeln im öffentlichen Bereich muss die zahlreichen Vorschriften des öffentlichen Rechts, aber auch seine ungeschriebenen Grundsätze, wie z.B. den Gesetzesvorbehalt („kein Handeln ohne Gesetz“) und den Gesetzesvorrang („kein Handeln gegen Gesetz“), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und anders mehr beachten. Bei fiskalischem Handeln sind zudem die zahllosen Vorschriften des Zivilrechts, wie beispielsweise das Bürgerliche Recht, das Handelsrecht, das Wettbewerbsrecht, einzubeziehen. Anforderungen an die sog. „Compliance“ im öffentlichen Bereich sind relevant!

### 2.2.2.3 in die kommunale Personalhoheit

Auch die kommunale Personalhoheit wird durch landesgesetzliche Vorschriften beschränkt, beispielsweise durch das Beamtengesetz, das Beamtenstatusgesetz, das Disziplingesetz, das Personalvertretungsgesetz und viele mehr. Selbst die Gemeindeordnung enthält die kommunale Personalhoheit begrenzende Bestimmungen, insbesondere in Art. 42 BayGO betreffend die Notwendigkeit der Anstellung fachlich geeigneten Personals im Finanzbereich.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass zahlreiche Bundes- und Landesgesetze, von denen einige wenige beispielhaft vorstehend genannt sind, rechtmäßig in die kommunale Selbstverwaltung eingreifen. Insoweit sind Kommunen berechtigterweise "fremdgesteuert".

## 2.3 Eingriffe in die kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit durch Verwaltungsvorschriften

### 2.3.1 Anzuwendende Verwaltungsvorschriften

Die Veröffentlichungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), insbesondere die „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“<sup>37</sup>, gelten für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, nicht aber für Kommunen. Eine freiwillige analoge Anwendung mancher Einzelbestimmungen empfiehlt sich, wie noch ausgeführt wird, durchaus.

Die vom Deutschen Städtetag veröffentlichten Muster-Dienstanweisungen für die Neuaufnahme und Umschuldung von Krediten (ohne Kapitalmarktfinanzierungen, Förderkredite und Kassenkredite), für die Aufnahme von Krediten zur Liquiditätssicherung sowie für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement enthalten ebenfalls wertvolle Empfehlungen an die Kommunen; verbindlich sind sie trotzdem nicht. Gleiches gilt in der Regel für Veröffentlichungen weiterer kommunaler Spitzen- und Interessenverbände<sup>38</sup> sowie der Fachliteratur.

---

<sup>36</sup> Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG

<sup>37</sup> MaRisk – BaFin-Rundschreiben 09/2017

<sup>38</sup> beispielsweise der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement –KGSt–

Soweit sie sich im Rahmen des geltenden Rechts bewegen, ist den Veröffentlichungen der Präsidenten und Präsidenten der Rechnungshöfe empfehlender Charakter zuzubilligen<sup>39</sup>. Gleiches gilt für „Anregungen“ der Prüfungsbehörden in ihren Prüfungsberichten, und selbst für ihre dortigen „Beanstandungen“<sup>40</sup>.

Verwaltungsvorschriften des Landes Bayern, deren Bestimmungen die kommunale Organisations-, Verwaltungs- und Personalhoheit bayerischer Kommunen im Zins- und Schuldenmanagement berühren, sind die Erlasse des Bayerischen Staatsministeriums des Innern betreffend „Derivative Finanzierungsinstrumente für Kommunen, insbesondere SWAP-Geschäfte“<sup>41</sup> und betreffend den „Einsatz derivativer Finanzierungsinstrumente“<sup>42</sup>. Ferner die „Bekanntmachungen zur Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen“<sup>43</sup>, die „Bekanntmachung zum Kreditwesen der Kommunen“<sup>44</sup>.

Verwaltungsvorschriften anderer Bundesländer<sup>45</sup> gelten ebenso wenig in Bayern, wie bayerische Vorschriften dort gelten. Angesichts der Rechtseinheitlichkeit in der Bundesrepublik sollte es selbstverständlich sein, dass rechtmäßige und sachgerechte Gedanken in außerbayerischen Kredit- und Derivatverlassen auch für und in Bayern herangezogen werden – und umgekehrt.

### 2.3.2 Verwaltungsvorschriften sind keine Gesetze

Die Kredit- und Derivatverlässe der Bundesländer sind keine Gesetze im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG; sie können den gesetzlichen Rahmen deshalb weder erweitern noch beschränken. Unabhängig davon sind sie nicht „unbeachtlich“.

Die Frage, ob und inwieweit ministerielle Verwaltungsvorschriften verbindlichen oder empfehlenden Charakter für Kommunen haben<sup>46</sup>, oder ob sie sich allein an die Rechtsaufsichtsbehörden wenden<sup>47</sup>, ist insoweit von zentraler Bedeutung, als die Erlasse der Innenverwaltung für die Feststellung der subjektiven<sup>48</sup> Pflichtwidrigkeit des Handelns eines kommunalen Finanzmanagers eine wesentliche Rolle spielen<sup>49</sup>. So müssen Kommunen sich vor Abschluss eines Geschäfts eine ausreichende Informationsgrundlage verschaffen (was selbstverständlich ist), unter Umständen durch Nachfrage bei den Aufsichtsbehörden (was oft ergebnislos ist). Das Umgehen der zur Aufsicht berufenen Stellen soll ein Indiz für die Pflichtwidrigkeit der Entscheidung sein. Für das Vorliegen des Vorsatzelements soll sprechen, wenn der kommunale Finanzmanager sich in Zweifelsfragen gar nicht an die Aufsichtsbehörden gewandt oder deren Maßgaben<sup>50</sup> ignoriert hat. Richtig ist diese Aussage nur, wenn die aufsichtsrechtlichen „Maßgaben“ rechtmäßig waren.

---

<sup>39</sup> vgl. Empfehlungen 5/2011 und 10/2015

<sup>40</sup> nur die Rechtsaufsichtsbehörde kann gem. Art.112 BayGO rechtswidriges Handeln der Kommune beanstanden und dessen Aufhebung oder Änderung verlangen

<sup>41</sup> IMS v. 08.11.1995, IB4-1513.1-2

<sup>42</sup> IMS v. 14.09.2009, IB4-1513.1-2

<sup>43</sup> Bek. v. 10.03.2010, AllMBl. Nr. 3/2010 Ziff. 6.2 und v. 15.02.2012, AllMBl. Nr. 2/2012 Ziff. 3

<sup>44</sup> Bek. v. 05.05.1983 i.d.F. v. 01.10.2019

<sup>45</sup> vgl. Sperl, a.a.O., Fußnote 81 und Anlage II „Kredit- und Derivatverlässe deutscher Bundesländer“

<sup>46</sup> in diesem Sinne Lehmann, Stellungnahme vom 05.04.2011 zur Sitzung des Deutschen Bundestages am 06.04.2011; ebenfalls Gehrman/Lammers, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, Kommunaljurist 2011, S. 41 ff

<sup>47</sup> OLG Bamberg, Urt. v. 11.05.2009, 4 U 92/08, juris, Rn. 105

<sup>48</sup> also des Vorliegens von Vorsatz oder von Fahrlässigkeit

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 21.02.2017, StR 296/16, a.a.O., Rn. 67-78

<sup>50</sup> darunter fallen neben Anweisungen im Einzelfall ggf. Kredit- und Derivatverlässe

Zu berücksichtigen ist dabei, dass das kommunale Zins- und Schuldenmanagement als Aufgabe im eigenen Wirkungskreis nur der Rechtsaufsicht unterliegt, nicht aber der Fachaufsicht. Das haben die (ministeriellen) Verwaltungsvorschriften zu berücksichtigen.

Verwaltungsvorschriften sind mithin Anweisungen, die den gesetzlichen Rahmen<sup>51</sup> des kommunalen Zins- und Schuldenmanagements interpretieren und konkretisieren. Das darf nicht willkürlich geschehen, sondern in rechtsüblicher Weise durch Gesetzesauslegung, durch Heranziehen von Gesetzesbegründungen und der Rechtsprechung sowie der einschlägigen Fachliteratur<sup>52</sup>. Soweit Verwaltungsvorschriften das nachvollziehbar tun – was nur ausnahmsweise der Fall ist – kommt ihrer Aussage rechtliche Bedeutung zu. Nur greifen nicht sie dann in das Selbstverwaltungsrecht der Kommune ein, sondern das Gesetz, auf sie sich beziehen.

Überschreiten die Verwaltungsvorschriften ihren Auftrag zur Interpretation bzw. Konkretisierung vorhandener Gesetze in der Absicht, Gesetze zu ergänzen oder gar zu ersetzen, so sind sie grundsätzlich rechts- und verfassungswidrig mit der Folge, dass ihnen keinerlei Verbindlichkeit zukommt<sup>53</sup>. Die Kommunen sind insoweit berechtigt und wohl auch verpflichtet, Einschränkungen ihrer Rechte in auf sie bezogenen (ministeriellen) Verwaltungsvorschriften zu hinterfragen und gegebenenfalls – beispielsweise zur Schadensabwendung – zu verweigern. Erweist sich eine Verwaltungsvorschrift zwar als rechtswidrig, im Übrigen aber als sachdienlich, so kann ihr als Empfehlungen durchaus gefolgt werden<sup>54</sup>.

Richard E. Sperl

---

<sup>51</sup> grundlegend dazu BGH, Urt. v. 21.02.2017, a.a.O.

<sup>52</sup> vgl. Sperl, a.a.O., Anm. 2.2.4

<sup>53</sup> Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 56 Rn. 8, Hölzl/Hien, Art. 56 Anm. 3, Widtmann/Grasser, Art. 56 Anm. 3 zu aufsichtsrechtlichen Einzelanweisungen

<sup>54</sup> zum Ganzen vgl. Sperl, a.a.O., Anm. 2.2.4



## **Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung e. V.**

**Zweck des Bundesverbands öffentlicher Zinssteuerung e.V. seit seiner Gründung im Jahr 2012 ist die Förderung der Berufsbildung zum Zins- und Schuldenmanagement und zu finanzmathematischen Fragestellungen bei Zinssteuerungsmaßnahmen, insbesondere bei der öffentlichen Hand, sowie die Schulung zu dieser Thematik.**

Dieser Zweck soll in erster Linie erreicht werden durch:

- eine systematische, wissenschaftlich-universitär begleitete Untersuchung des Fachgebietes des Zins- und Schuldenmanagements, insbesondere der Zinssteuerung.
- Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse und Erarbeitung von Zinssteuerungsstrategien.
- Durchführung von Seminaren und Kolloquien zur Behandlung von Fragestellungen zum Zins- und Schuldenmanagement und zur Zinssteuerung und deren finanzmathematischem Hintergrund zur Weiterbildung vorwiegend von Finanzverantwortlichen der öffentlichen Hand, jedoch offen für alle Vertreter von Institutionen, die mit Zinsänderungsrisiken befasst sind.
- Informationsvermittlung und Aufklärung an Aufsichtsorgane, Prüfungsorganisationen.
- Zusammenarbeit mit öffentlichen und privaten Aufsichtsorganen, Prüfungsorganisationen und Verbänden.
- Zusammenarbeit mit Initiativen ähnlicher Zielsetzung.

[www.bundesverband-zinssteuerung.org](http://www.bundesverband-zinssteuerung.org)