



Füssen und Landsberg:

Verkaufte Optionen als genehmigungspflichtige/genehmigungsfähige kommunale Finanzgeschäfte?

Vorwort:

Mit Datum vom 13. April 2021 veröffentlichte das LG München I zwei von vielen erwartete Urteile¹ in den Verfahren der Städte Landsberg und Füssen gegen das Bankhaus Hauck & Aufhäuser „wegen des Abschlusses von Swaps und Swapderivaten“. Entgegen zahlreichen Veröffentlichungen in der Presse ging es in beiden Verfahren vorrangig nicht um „Swaps“, sondern um Swap-Optionen (Swaptions), genauer gesagt um die kommunalrechtliche Zulässigkeit **verkaufter** (!) Receiver-Swaptions! Im Vordergrund stand dabei nicht die Frage, ob der Verkauf von Optionen durch eine Kommune rechtswidrig war oder nicht, sondern die präjudizielle Aussage eines Gerichts zur Frage, ob verkaufte Receiver-Swaptions genehmigungspflichtige, eventuell aber genehmigungsunfähige und damit unwirksame derivative Finanzgeschäfte im Sinne von Art. 72 Abs. 2 Bay. Gemeindeordnung (BayGO) sind.

1. Sachverhalte

Sowohl Landsberg am Lech als auch Füssen hatten mehrfach Receiver-Swaptions verkauft und die damit verbundenen Prämien vereinnahmt. Nach eingetretenen Verlusten beantragten beide Städte, unabhängig voneinander, die rechtsaufsichtliche Genehmigung dieser Geschäfte. Mit Bescheid vom 01.10.2018 lehnte das für Füssen zuständige Landratsamt, mit Bescheid vom 21.09.2019 das für Landsberg zuständige Landratsamt die nachträgliche Genehmigung ab. Beide Rechtsaufsichtsbehörden teilten mit, dass eine Genehmigung auch für die Zukunft nicht in Aussicht gestellt werde. Die Rechtsaufsichtsbehörden führten aus, dass die ihnen vorliegenden Finanzgeschäfte mangels Aufgabenbezugs, wegen Verstoßes gegen das Risikominimierungsgebot des Art. 61 Abs. 2 BayGO und wegen des durch die Stillhalterposition hochspekulativen Charakters dieser Geschäfte nicht genehmigungsfähig seien. Die Bescheide sind rechtskräftig geworden.

Beide Städte klagten daraufhin auf Rückgängigmachung der in Folge der verweigerten Genehmigungen nichtigen Finanzgeschäfte, insbesondere der Receiver-Swaptions.

¹ LG München I, Urteile vom 13.04.2021, 3 O 6368/12 und 3 O 16545/17; die Urteile sind nicht rechtskräftig

2. Die Wirkungen einer verkauften Receiver-Swaption

Mit Verkauf einer Receiver-Swaption verpflichtet sich die Kommune, gegen Vereinnahmung einer Prämie bei Ausübung der Option durch den Käufer (Bank), die Payer-Position einzunehmen, d.h. Festzinszahlungen zu leisten und variable Zinszahlungen zu empfangen. Sie hat damit eine **Stillhalterposition** übernommen. Übt der Käufer die Option aus, übernimmt die Kommune die Payer-Position und schließt („sichert“) zwar das offene (Zahlungsstromänderungs-) Risiko ihres variabel verzinslichen Kredits. Das von ihr übernommene Risiko ist jedoch **asymmetrisch**, weil die Bank die Option nur dann ausüben wird, wenn es zu ihrem Vorteil (und damit zum Nachteil der Kommune) ist².

3. Rechtliche Würdigung

Der Bundesverband hat in seinen Fortbildungsseminaren, aber auch schriftlich³, darauf hingewiesen, dass der Verkauf von Optionen aller Art⁴ in mehrfacher Hinsicht unstatthaft ist. Bei der Bewertung beider Urteile des LG München I muss berücksichtigt werden, dass das Gericht über Fragen des bürgerlichen Rechts, insbesondere des Vertragsrechts, zu urteilen hatte, nicht aber über Fragen des öffentlichen (Kommunal-) Rechts.

3.1 Kein Handeln im kommunalen Aufgabenbereich

Mit dem Verkauf von Optionen wird in der Regel das Ziel verfolgt, kurzfristig Gewinne in Form der vereinnahmten Optionsprämien zu generieren. Gleichzeitig sichert die Kommune als Stillhalterin Risiken nichtkommunaler Dritter. Damit sind diese Instrumente nicht mehr zur Steuerung des Zinsaufwandes und zur Optimierung des kommunalen Kreditportfolios geeignet⁵. Die Absicht, sich mit Hilfe von Derivaten zusätzliche Einnahmen zu verschaffen, liegt außerhalb der Kompetenz der Kommune. Die Kommunalgesetze enthalten zwar kein ausdrückliches Verbot, derivative Finanzinstrumente als Mittel der kommunalen Vermögensverwaltung einzusetzen. Allerdings ist staatliches Handeln aus der Verfassung heraus auf die unmittelbare Wahrung des Gemeinwohls beschränkt. Eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates, die ausschließlich der Erzielung wirtschaftlicher Gewinne dient, dient keinem öffentlichen Zweck⁶.

3.2 Verstoß gegen das Gebot der Risikominimierung⁷

Risikominimierung⁸ bedeutet im Allgemeinen, ein Risiko so gering wie möglich zu gestalten, wobei Risikominimierung nicht Risikovermeidung verlangt. Zu minimieren sind insbesondere erhöhte finanzielle Risiken. Sie liegen vor, wenn besondere Umstände, vor allem ein grobes Missverhältnis bei der Risikoverteilung zu Lasten der Gemeinde, die Gefahr eines erheblichen Vermögensschadens begründen. Optionen weisen regelmäßig eine asymmetrische Risikostruktur auf, die dem Stillhalter (Verkäufer der Option) ein erhöhtes finanzielles Risiko zuweist und damit das Gebot der Risikominimierung verletzt⁹.

² Sperl, a.a.O., S. 48, 50

³ Sperl, Rechtliche Grundlagen für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen, 2019, S. 132 - 135

⁴ Neben Swap-Optionen gilt das auch für den Verkauf von Zins-Caps (Sperl, a.a.O. S. 38), von Floors (Sperl, a.a.O. S. 39 f) und von Zins-Collars (Sperl, a.a.O. S. 42, 132 ff)

⁵ BGH, Beschluss vom 25.04.2019, 1 StR 427/18, HRRS Nr. 1043, Rn. 8

⁶ Sperl, a.a.O., S. 203, 204 m.w.N.

⁷ Art. 61 Abs. 3 BayGO, § 92 Abs. 2 Satz 2 HGO

⁸ Sperl, a.a.O., S.143 ff

⁹ Sperl, a.a.O., S. 150 f, 154, 156

3.3 Verstoß gegen Gebot der Sicherheit¹⁰

Die Übernahme einer Stillhalterposition verletzt durch das ihr immanente asymmetrische Risiko zudem den Grundsatz der Sicherheit der Anlage¹¹.

3.4 Verstoß gegen das Spekulationsverbot

Der Verkauf von Optionen, insbesondere auch von Receiver-Swaptions, ist schlussendlich in mehrfacher Hinsicht spekulativ und den Kommunen auch deshalb untersagt. Spekulativ ist

- a) die Übernahme einer Stillhalterposition durch die Kommune¹²,
- b) das Eingehen asymmetrischer Risikopositionen zu Lasten der Kommune¹³,
- c) die Inkaufnahme von unkalkulierbaren Risiken oder von Verlustrisiken¹⁴,
- d) verbotene Vermögensverwaltung¹⁵, zum Beispiel durch separate Gewinnerzielung.

Nach allgemeiner Meinung, auch in Literatur und Rechtsprechung, sind verkaufte Optionen als kommunalrechtlich unzulässige Derivatgeschäfte einzuordnen. Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung teilt diese Meinung, vertritt darüber hinaus seit jeher die Auffassung, dass verkaufte Optionen genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigungsfähige kreditähnliche Rechtsgeschäfte im Sinne von Art. 72 Abs. 2 BayGO sind¹⁶.

3.5 Verstoß gegen Art. 72 Abs. 2 BayGO¹⁷

Gemäß Art. 72 Abs. 2 BayGO darf die Gemeinde Bürgschaften, Gewährverträge und Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften, die ein Entstehen für fremde Schuld oder für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen. Die Rechtsgeschäfte bedürfen der Genehmigung, wenn sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden.

Zu den Verfahren vor dem Landgericht München I¹⁸ hat das Bayer. Staatsministerium des Innern mitgeteilt, dass der Freistaat Bayern derivative Finanzinstrumente grundsätzlich nicht als genehmigungspflichtige kreditähnliche Rechtsgeschäfte ansieht; eine andere Beurteilung sei allerdings geboten, wenn eine Kommune Optionsgeschäfte als Stillhalterin abschließt und damit gegen Prämie Zinsrisiken Dritter abdeckt. Solche Rechtsgeschäfte wären als kreditähnliche Rechtsgeschäfte genehmigungspflichtig, aber nicht genehmigungsfähig¹⁹.

Für das Gericht steht aufgrund der die Genehmigung verweigernden Verwaltungsakte der Rechtsaufsichtsbehörden der Städte Landsberg und Füssen bindend fest, dass die verkauften Receiver-Swaptions erstens **genehmigungsbedürftig, aber nicht genehmigungsfähig** waren. Zweitens steht bindend fest, dass sie aufgrund der Versagung der Genehmigung **nichtig** sind²⁰.

¹⁰ Art. 74 Abs. 2 Satz 2, 1. Halbsatz BayGO; vgl. ferner Sperl, a.a.O., S 18 Fußnote 92

¹¹ Sperl, a.a.O., S. 58

¹² Sperl, a.a.O., S. 50; 133; 201; 211; 212 m.w.N.

¹³ Sperl, a.a.O., S 50; 133; 201; 212 m.w.N.

¹⁴ Sperl, a.a.O., S. 210, 211 m.w.N.

¹⁵ Sperl, a.a.O., S. 203 ff m.w.N.

¹⁶ Sperl, a.a.O., S. 9/10, 47/48, 50, 132-135

¹⁷ Vergleichbare Bestimmungen § 88 Abs. 2,3 GemO-BW; § 104 Abs. 2,3 HGO; § 87 Abs. 2 GO-NRW; § 121 Abs. 2,3 NKomVG; § 104 Abs. 2,3 GemO-Rpf; § 93 Abs. 2,3 KSVG Saar

¹⁸ Prozessbevollmächtigte in beiden Verfahren sind Roessner Rechtsanwälte, München, Mitglied des Bundesverbandes öffentlicher Zinssteuerung

¹⁹ LG München I, Urt. v. 13.04.2021 - 3 O 16545/17, S. 44. Diese Aussage findet sich unverändert im Bayer. Derivaterlass vom 08.11.1995, Anm. 5.4 S. 7

²⁰ LG München I, Urt. v. 13.04.2021 - 3 O 6368/12, S. 9

Diese Verwaltungsakte haben Tatbestandswirkung und sind daher einer immanenten Nachprüfung der Zivilgerichte so lange entzogen, als der Verwaltungsakt nicht durch die zuständige Behörde oder ein Verwaltungsgericht aufgehoben worden oder nichtig ist²¹.

4. Bedeutung für die Kommunen

Aus Sicht unseres Bundesverbandes bestätigt das Landgericht München I die seit langem geltende Rechtslage in Bayern²² - die entsprechende Regelung im Bayer. Derivaterlass geht immerhin auf das Jahr 1995 zurück – zugleich aber auch in allen Bundesländern, deren Kommunalrecht dem bayerischen Kommunalrecht entspricht.

Städte und Gemeinden, die in der Vergangenheit keine Optionen verkauft haben, sind von den Urteilen des LG München I nicht unmittelbar betroffen; Handlungsempfehlungen des Bundesverbandes sind insoweit nicht erforderlich. Für Kommunen allerdings, die derartige Geschäfte getätigt haben, können sich weitere Handlungsalternativen ergeben.

Richard Sperl

²¹ LG München I, Urt. v. 13.04.2021 - 3 O 6368/12, S. 12 unter Verweis auf BGH NJW 2018,3581 Rz. 27

²² Bayer. Derivaterlass vom 08.11.1995, Anm. 5.4, S. 7

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