



Rechtsrahmen für die Zinssteuerung mit Zinsderivaten in Kommunen

Vorwort

Der Bundesverband öffentlicher Zinssteuerung hat in zahlreichen Fachinformationen sowie in Buchform¹ den für Kommunen geltenden, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigten, Rechtsrahmen beschrieben. Angesichts der aktuellen Zinsentwicklung suchen zunehmend Städte und Gemeinden Informationen zum Rechtsrahmen für den Einsatz von zins- und wertsichernden/optimierenden Zinsderivaten in Kommunen. Mit dieser Fachinformation wollen wir ihnen in geraffter Weise den aktuellen Rechtsstand vermitteln. Für vertiefte Informationen verweisen wir ratsuchende Kommunen auf unser 2019 veröffentlichtes und unverändert aktuelles Standardwerk.

1. Die kommunale Finanzhoheit

Ausgehend von Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz und den jeweiligen Landesverfassungen sind die Gemeinden befugt und angehalten, alle (auch finanziellen) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Den Kommunen obliegt dabei als Teil ihrer Haushaltswirtschaft auch das kommunale Schuldenmanagement, zu dem nach allgemeiner Meinung² die Befugnis gehört, Finanzgeschäfte abzuschließen, Darlehen aufzunehmen, aber auch die Befugnis, die Konditionen eines Darlehens zu verändern.

Auch Geschäfte mit Zinsderivaten zur Zinssicherung bzw. zur Zinsoptimierung gehören grundsätzlich zum Aufgabenbereich der Gemeinde. Unbestritten dürfen Kommunen im Rahmen des kommunalen Wirkungskreises einfache Swapgeschäfte abschließen³. Einfache Swapgeschäfte sind auf jeden Fall Payer-Swaps und Receiver-Swaps, auch als Forwards.

Der Bundesgerichtshof⁴ hat darüber hinaus ausgeführt, dass „die Vornahme von Finanzanlagen, zu denen auch der Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen der vorliegenden Art gehört, vom gemeindlichen Wirkungskreis umfasst ist: Streitgegenstände in diesem Verfahren waren der Invers-Stufen-Swap, der CHF-Plus-Swap, der Flexi-EStE-Swap und der Flexi-StraBet-Swap – allesamt sog. „toxische“ Produkte!

¹ Sperl, Rechtliche Grundlagen für den Einsatz von Zinsderivaten in Kommunen, Juni 2019

² vgl. u.a. OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014, 13 U 128/13, openJur 2014, Rn. 35

³ OLG Köln wie vor; OLG Hamm, Urt. v. 21.12.2015, 31 U 35/14, Jurion

⁴ BGH, Urt. v. 28.04.2015, XI ZR 378/13, openJur 2015, 11119, Rn. 82-85

Mit diesem Urteil und weiteren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ist die Allzuständigkeit der Kommunen für Finanzgeschäfte im eigenen Wirkungskreis bestätigt. In der Grundsatzentscheidung vom 21.02.2017 formuliert das Gericht das wie folgt:

„... Die Gemeinden sind nach Art. 28 Abs. 2 GG und den jeweiligen Gemeindeordnungen der Bundesländer dazu befugt und angehalten, in Ausübung ihrer Selbstverwaltungsgarantie alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dies bedeutet insbesondere auch, dass sie ihre Finanzwirtschaft unter Beachtung der gesetzlich geregelten Haushaltsbestimmungen selbständig zu führen und alle für eine geordnete Finanzwirtschaft erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben. Demgemäß bestimmt Art. 22 Abs. 2 Satz 1 BayGO, dass die Gemeinden das Recht haben, ihr Finanzwesen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen selbst zu regeln.“

2. Die Begrenzung der kommunalen Finanzhoheit

Gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz ist den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet. Die kommunale Finanzhoheit steht damit unter Gesetzesvorbehalt. Gesetze in diesem Sinne sind vor allem die Gemeindegesetze der Bundesländer.

Mit **Urteil vom 21.02.2017**⁵ hat der Bundesgerichtshof die in den Gemeindegesetzen und Haushaltsgrundsätzen enthaltenen Grenzen der kommunalen Finanzhoheit beschrieben:

„Weitere Vorschriften der BayGO⁶ legen sodann die Grenzen der kommunalen Finanzwirtschaft fest. Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 BayGO hat die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. ... Nach Art. 61 Abs. 2 Satz 1 BayGO haben die Gemeinden die Haushaltswirtschaft sparsam und wirtschaftlich zu planen und zu führen. Nach Art. 61 Abs. 3 Satz 1 und 2 BayGO⁷ hat die Gemeinde bei der Führung der Haushaltswirtschaft finanzielle Risiken zu minimieren; ein erhöhtes Risiko liegt vor, wenn besondere Umstände, vor allem ein grobes Missverhältnis bei der Risikoverteilung zu Lasten der Gemeinde, die Gefahr eines erheblichen Vermögensschadens begründen. Nach Art. 74 Abs. 2 Satz 2 BayGO ist bei Geldanlagen auf eine ausreichende Sicherheit zu achten; sie sollen einen angemessenen Ertrag bringen.

Daraus folgt, dass der Gemeinde allein der Gewinnerzielung dienende Finanzgeschäfte nicht gestattet sind; denn Finanzgeschäfte einer Gemeinde dürfen nur ihrer Aufgabenerfüllung dienen. Insofern unterliegen die Gemeinden einem Spekulationsverbot⁸, das sich als Teilaspekt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darstellt.

Auf dieser kommunalrechtlichen Grundlage konkretisiert sich der Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger bei Abschluss eines Finanzgeschäfts zu beachten hat, wie folgt:

⁵ BGH, Urt. v. 21.02.2017, StR 296/16, www.hrr-strafrecht.de, Leitsätze 1–12, Rn. 55–58, 60–67, 78 auszugsweise zitiert

⁶ Fast alle vom Gericht angeführten Vorschriften der Bayerischen Gemeindeordnung haben identische Bestimmungen in den Gemeindegesetzen der anderen Bundesländer

⁷ so nur noch § 92 Abs. 2 HGO; im Übrigen allgemeine Verpflichtung zur Risikominimierung

⁸ gesetzlich geregelt nur in Hessen (§ 92 Abs. 2 Satz 3 HGO), in Sachsen (§ 722 Abs. 2 Satz 2 SächsGemO) und in Thüringen (§ 53 Abs. 2 ThürKO). Im Übrigen abgeleitet aus allgemeinen Haushaltsgrundsätzen

Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss einen sachlichen und zeitlichen Bezug (sachliche und zeitliche Konnexität)⁹ mit einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag – dem Grundgeschäft – dergestalt haben, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird¹⁰. Der verantwortliche Entscheidungsträger der Kommune handelt beim Abschluss eines solchen Geschäfts dann pflichtwidrig, wenn es entweder überhaupt keinen Bezug zum Grundgeschäft hat oder nicht geeignet ist, genau dessen Risiken abzusichern oder wenn es nach Höhe und Dauer (Betrags- und Laufzeitkongruenz) dem Grundgeschäft – in der Regel ein Darlehen – nicht entspricht. Dies ist für jedes Finanzgeschäft einzeln zu prüfen. Die Zinsbelastungen mehrerer Kreditverträge können zusammengefasst werden; nach dem Grundsatz der Konnexität muss aber auch dann ein nachweisbarer, sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen den zu Grunde liegenden Krediten und dem Derivat bestehen (sog. lockere Konnexität im Gegensatz zur strengen Konnexität, bei der Deckungsgleichheit zwischen einem speziellen Grundgeschäft und dem Zinsgeschäft der Höhe und der Laufzeit nach vorliegt,...). Der erforderliche sachliche Bezug hängt von der konkreten Beschaffenheit der Risiken des Grundgeschäfts ab. Geschäfte, die bestehende Risiken nicht abdecken oder zumindest minimieren, dienen nicht der Zinssicherung oder der Zinsoptimierung.

Zinsbezogene Finanzgeschäfte für erst künftig geplante, noch nicht abgeschlossene Kreditgeschäfte kommen nicht in Betracht.

Wird mit dem Geschäft bezweckt, die sich aus dem Grundgeschäft ergebenden finanziellen (Zinsänderungs-) Risiken abzusichern bzw. zu optimieren, muss sich die Laufzeit des Finanzgeschäfts an der des Grundgeschäfts orientieren. Einer Laufzeit des Finanzgeschäfts, die über die Restlaufzeit des abzusichernden Kredits hinausgeht, fehlt insoweit die erforderliche Zweckbindung kommunalrechtlicher Haushaltswirtschaft.

Trotz bestehender Konnexität ist ein Finanzgeschäft dann spekulativ und sein Abschluss als pflichtwidrig einzustufen, wenn das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt, also keine günstige Relation zwischen angestrebtem Zweck und dafür eingesetzten Mitteln besteht und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und –erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird. Dies kann bei hochspekulativen Wertpapieren der Fall sein.

Ein Finanzgeschäft darf auch dann nicht abgeschlossen werden, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln bei der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte. Die Gemeinden müssen sich vor Abschluss eines Geschäfts eine ausreichende Informationsgrundlage verschaffen – u.U. durch eine Nachfrage bei den Aufsichtsbehörden – und eine sorgfältige Risikoanalyse vornehmen. Verlässt sich ein Entscheidungsträger allein auf die Angaben der beratenden Bank, die ein Eigeninteresse an ihren Analysen und dem Verkauf ihrer Produkte hat, kann dies schon – zumindest objektiv – eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflichten indizieren.

⁹ Ungeschriebenes Gebot des Grundgeschäftsbezogenheit von Zinsderivaten

¹⁰ „Existiert ein ... konnexes Grundgeschäft mit gegenläufigem Risiko, so dient ein Zinssatz-Swap-Vertrag nicht der spekulativen Übernahme einer offenen Risikoposition, sondern bezweckt allein den "Tausch" einer variabel verzinslichen Mittelaufnahme in eine festverzinsliche Verschuldung unter gleichzeitigem Verzicht auf die Teilhabe an einer günstigen Entwicklung des Zinsniveaus.“ (BGH, Urteil vom 22.03.2011, Az. XI ZR 33/10, open-Jur 2011,91599, Rdn. 54)

Die Entscheidung für das Finanzgeschäft darf nicht auf Erwägungen beruhen, die der kommunalrechtlichen Haushaltswirtschaft fremd sind. Sachfremd ist der Abschluss von Finanzgeschäften zur Gewinnerzielung¹¹.

Haben die zur Aufsicht berufenen Stellen konkrete Anweisungen zu Art und Höhe des Geschäfts, Mindestkonditionen, Geschäftspartner etc. erteilt, dürfen diese nicht zu Gunsten einer Chance auf höhere Kostenreduzierung missachtet werden.

Ein Indiz für die Pflichtwidrigkeit einer Entscheidung ist das Umgehen der zur Aufsicht berufenen Stellen. Hält sich ein Entscheidungsträger bei seiner Entscheidung an diese Grenze, ist das Geschäft unabhängig von seinem Ausgang nicht pflichtwidrig.

In diesem Zusammenhang ist neben den aufsichtsbehördlichen Richtlinien auch die Entscheidungspraxis der Gerichte zu beachten, Umgekehrt kann es für das Vorliegen des Vorsatzelements sprechen, wenn er sich in Zweifelsfragen gar nicht an die Aufsichtsbehörden gewandt oder deren Maßgaben ignoriert hat. Für die Feststellung der subjektiven Pflichtwidrigkeit spielen deshalb auch die Erlasse der Innenverwaltung eine wesentliche Rolle.

Bestätigt und ergänzt wurde das vorstehende Urteil durch **Beschluss** des Bundesgerichtshofs vom 19.09.2018¹²:

„1. Der Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger bei Abschluss von Finanzgeschäften zu beachten hat, konkretisiert sich aufgrund der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere dem für Gemeinden geltenden Spekulationsverbot, das sich als Teilaspekt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darstellt, wie folgt: Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss zunächst einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag dergestalt aufweisen, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird (sachliche und zeitliche Konnexität).

2. Trotz bestehender Konnexität ist der Abschluss eines Finanzgeschäfts aber auch dann pflichtwidrig, wenn das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt, also keine günstige Relation zwischen angestrebtem Zweck und dafür eingesetzten Mitteln besteht, und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und -erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird; dies kann insbesondere bei hochspekulativen Finanzgeschäften der Fall sein.

3. Ein Finanzgeschäft darf weiterhin auch dann nicht abgeschlossen werden, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln bei der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte. Zudem darf die Entscheidung für das Finanzgeschäft nicht auf Erwägungen beruhen, die der kommunalrechtlichen Haushaltswirtschaft fremd sind. Schließlich dürfen konkrete Anweisungen der zur Aufsicht berufenen Stellen zu Art und Umfang des Geschäfts, Mindestkonditionen, Geschäftspartner etc. nicht zu Gunsten einer Chance auf höhere Kostenreduzierung missachtet werden; sofern diese Stellen umgangen werden, indiziert dies die Pflichtwidrigkeit.“

¹¹ Sperl, Rechtsrahmen, Abschnitt V, Fundstellenverzeichnis mit Verweis auf einschlägige Fundstellen

¹² Az. 1 StR 194/18, HRRS 2019 Nr. 3, Leitsätze 1-3 des Bearbeiters

Eine letzte Bestätigung seiner Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in seinem **Beschluss vom 25.09.2019**¹³ getroffen.

„1. Nach der Rechtsprechung des Senats konkretisiert sich der Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger bei Abschluss von Finanzgeschäften zu beachten hat, aufgrund der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen wie folgt: Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss zunächst einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag dergestalt aufweisen, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird (Konnexität). Darüber hinaus ist der Abschluss eines Finanzgeschäfts dann pflichtwidrig, wenn das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und -erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln bei der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte, wenn sachfremde Gesichtspunkte in die Entscheidungsfindung einfließen sowie wenn konkrete Anweisungen der Aufsichtsbehörde zu den Geschäftskonditionen zu Gunsten einer Chance auf höhere Kostenreduzierung missachtet werden.“

Fazit:

Die langjährige Auseinandersetzung um die Fragen, ob die Gemeindegesetze einen ausreichenden Rahmen für den Einsatz von Zinsderivaten enthalten (sie tun es), ob daraus abgeleitet Kommunen zum Einsatz von Zinsderivaten im Rahmen ihres Schuldenmanagements berechtigt sind (sie sind es), welche Zinsderivate sie unter welchen Voraussetzungen verwenden dürfen (einfache Zinsderivate/plain-vanillas), wurde durch die ober- und höchststrichterliche Rechtsprechung im Sinne der Kommunen beendet.

Die von unserem Bundesverband seit 2012 empfohlene Vorgehensweise bei der kommunalen Zinssteuerung ist, wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs belegt, in jeder Hinsicht gesetzeskonform.

Richard Sperl

¹³ Az. 1 StR 427/18, HRRS 2019 Nr. 1043, Leitsatz 1 des Bearbeiters