

**Bayerisches Staatsministerium  
des Innern**

Bayerisches Staatsministerium des Innern • 80524 München

**Kopie**

Regierungen  
Bezirke

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen IB4-1513.1-2	Bearbeiterin Frau Hahn	München 14.09.2009
	Telefon / - Fax 089 2192-2712 / -12712	Zimmer 160	E-Mail Edeltraud.Hahn@stmi.bayern.de

**Einsatz derivativer Finanzierungsinstrumente**

Sehr geehrte Damen und Herren,

das OLG Bamberg hat mit Urteil vom 11.05.2009 Az.: 4 U 92/08 die Klage zweier privatrechtlich organisierter Tochterunternehmen einer Kommune auf Rückerstattung u.a. im Zusammenhang sog. CMS-Spread-Ladder-Swaps geleisteter Zahlungen abgewiesen. Wenngleich die Entscheidung sich vorwiegend mit Fragen der Beratungspflichten der Bankseite bei solchen Geschäften befasst, möchten wir die Ausführungen des Gerichts vor allem zum Spekulationsverbot zum Anlass nehmen - aufbauend auf dem IMS vom 08.11.1995 - noch einmal auf Folgendes hinweisen:

**Derivative Finanzierungsinstrumente<sup>1</sup>**

- dürfen nur zur sparsamen und wirtschaftlichen Gestaltung bestehender oder neuer Verbindlichkeiten im Sinne einer **Zinssicherung** oder einer

<sup>1</sup> vgl. zu den einzelnen Geschäftsmodellen Ziffer 2, 3 des IMS vom 08.11.1995

**Zinsoptimierung** eingesetzt werden, nicht aber z.B. zur Einnahmeerzielung durch Inkaufnahme von Verlustrisiken.<sup>1</sup>

Gerade auch bei Derivatgeschäften ist dringend zu empfehlen, wie auch sonst im kommunalen Bereich üblich, **mehrere Angebote** einzuholen und eine **unabhängige Beratung** zuzuziehen (zu den Grenzen der längerfristigen Einbindung von Finanzdienstleistern in Risikomanagement und -controlling s. u.). In die erforderliche Wirtschaftlichkeitsbetrachtung sind mögliche Alternativen (z.B. Umschuldung) ebenso einzubeziehen wie die Kosten des Derivateeinsatzes, wobei insbesondere zu unterscheiden ist zwischen den Zinsausgaben, den Beraterhonoraren, den durch den Derivateinsatz verursachten internen (Personal-)Kosten und den sonstigen (Neben-)Kosten,

- müssen in einem nachweisbaren, sachlichen und zeitlichen Zusammenhang (Beitrags- und Laufzeitkongruenz) mit einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag, dem Grundgeschäft, stehen (sog. **Konnexität**).
- sind - jedenfalls soweit sie der Zinsgestaltung dienen - **keine Kreditaufnahmen** im Sinne des Art. 71 GO, Art. 65 LKrO, Art. 63 BezO und auch **keine kreditähnlichen Rechtsgeschäfte** gemäß Art. 72 GO, Art. 66 LKrO, Art. 64 BezO; sie bedürfen damit **nicht der Einzelgenehmigung** durch die Rechtsaufsichtsbehörde<sup>2</sup>.
- gelten weiterhin **nicht als laufende Angelegenheit** im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO, Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKrO, Art. 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BezO und auch nicht als dringlich nach Abs. 3 jeweils a.a.O.<sup>3</sup>

Beim Beschluss über die Kreditaufnahme oder auch zu einem späteren Zeitpunkt kann jedoch der Gemeinderat<sup>4</sup> den Bürgermeister<sup>5</sup> zum Abschluss ermächtigen. Die Ermächtigung sollte an bestimmte Voraussetzungen z.B. über Mindestkonditionen geknüpft werden. Zum Erfordernis einer Dienstanweisung s.u.

Derivate zählen auch beim Eigenbetrieb nicht zu den laufenden Geschäften im Sinne des Art. 88 Abs. 3 GO, Art. 76 Abs. 3 LKrO, Art. 74

<sup>1</sup> vgl. Ziffer 1 des IMS vom 18.11.1995

<sup>2</sup> vgl. Ziffer 5.4 des IMS vom 08.11.1995

<sup>3</sup> vgl. Ziffer 8

<sup>4</sup> bzw. Kreistag, Bezirkstag

<sup>5</sup> bzw. Landrat, Bezirkstagspräsident

Abs. 3 BezO, sondern obliegen der Beschlussfassung durch den Werkausschuss, sofern sich nicht der Gemeinderat die Entscheidung allgemein vorbehält oder sie im Einzelfall an sich zieht.

- erfordern in der Kommune ein **entsprechendes Finanzmanagement mit dem notwendigen Fachwissen**, was sich nur bei großen Kommunen mit einer Vielzahl solcher Geschäfte bezahlt machen dürfte<sup>1</sup>.

Zum notwendigen Fachwissen heißt es in der vom Deutschen Städtetag veröffentlichten Musterdienstanweisung: „Ein unzulässiges spekulatives Derivatgeschäft ist anzunehmen, wenn ein Finanzderivat ohne zureichende Information bzw. Verständnis von Chancen, Risiken und Wirkungsweisen beschafft und gehalten wird;...“<sup>2</sup>

- dürfen auch dann nur in den aufgezeigten **Grenzen** eingesetzt werden, wenn die Kommune **Aufgaben in den Gestaltungsformen des öffentlichen oder privaten Rechts** wahrnimmt.

Der öffentliche Zweck bleibt auch bei Aufgabenausgliederungen maßgebliches Kriterium. Die Kommune kann ihrer (Beteiligungs-)Gesellschaft nicht mehr an Befugnissen übertragen, als ihr im Rahmen eines öffentlichen Zwecks selbst zustehen.

### **Das allgemeine Spekulationsverbot<sup>3</sup> und das Risikominimierungsgebot**

(Art. 61 Abs. 3 GO, Art. 55 Abs. 3 LKrO, Art. 53 Abs. 3 BezO) werden im Allgemeinen insbesondere sog. **hybride Produkte ausschließen**: Hier werden unterschiedliche Multiplikatoren, Zinssätze und Wechselkurse kombiniert, so dass hochkomplexe Finanzkonstrukte entstehen, deren Bewertung außerordentlich schwierig und nur mit Hilfe von Szenarioberechnungen möglich ist. Das ist im Allgemeinen bei Derivaten wie Spread Ladder Swaps der Fall, wenn sich die vom Kunden zu zahlenden variablen Zinssätze nach der Differenz zwischen langfristigen und kurzfristigen Zinssätzen richten und aufeinander aufbauende Formelkonstruktionen verwendet werden, in denen mehrere Parameter miteinander verbunden sind. Die Hebelwirkung der aufeinander aufbauenden Berechnungsschemata macht das Risiko für den Kunden im Allgemeinen nach oben unbegrenzt und nicht mehr kalkulierbar.

---

<sup>1</sup> vgl. Ziffer 4 des IMS vom 08.11.1995

<sup>2</sup> Deutscher Städtetag: Kommunales Zins- und Schuldenmanagement - Musterdienstanweisungen, landesrechtliche Regelungen und Praxisbeispiele, Reihe G, DST-Beiträge zur Finanzpolitik, Heft 14, S. 26.

<sup>3</sup> vgl. Ziffer 5.1 und 5.2 des IMS vom 08.11.1995

Auch ein Kredit- und Derivatemanagement, das **nicht mehr ausreichend transparent und übersichtlich** ist, kann zu unkalkulierbaren Risiken führen und sowohl gegen das Gebot der Risikominimierung als auch gegen das Spekulationsverbot verstoßen. Deshalb muss nach dem Grundsatz der Konnexität (s.o.) auch dann, wenn die Zinsbelastungen mehrerer Kreditverträge zusammengefasst und z.B. zum Gegenstand eines Swaps gemacht werden, ein nachweisbarer, sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen zugrundeliegenden Krediten und dem Derivat bestehen (**Betrags- und Laufzeitkongruenz**). Das gilt mit Blick auf das Spekulationsverbot insbesondere dann, wenn das gesamte Kreditportfolio oder eine große Zahl von Krediten zum Gegenstand eines Derivats oder einiger weniger Derivate gemacht werden. In der Praxis zeigt sich zudem, dass solche Konstrukte von der Kommune selbst vielfach nur noch eingeschränkt steuerbar sind.

Die **Einschaltung fachkundiger Finanzdienstleister** beim Risikomanagement und beim -controlling ist zwar grundsätzlich zulässig, wobei die Kosten in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einzubeziehen sind. Management- und Kontrollaufgaben dürfen jedoch nicht vollständig übertragen werden. Die wesentlichen Entscheidungen muss die Kommune selbst treffen. Das setzt neben eigenem einschlägigem Fachwissen vor allem voraus, dass das Kreditportfolio klar strukturiert und die Zuordnung von Krediten und Derivaten nachvollziehbar dokumentiert ist. Ob eine eigene Dienstanweisung erforderlich ist, beurteilt sich vor allem nach dem Umfang des Kreditportfolios und dem geplanten Einsatz von Derivaten. Eine solche Dienstanweisung müsste vor allem

- das Verfahren beim Abschluss und bei der Beendigung von Finanzderivaten,
- das Risikomanagement und die Risikosteuerung einschließlich der Modalitäten der Einbindung fachkundiger Berater sowie
- Dokumentations- und (regelmäßige) Berichtspflichten zu Bestand und Bestandsentwicklung von Krediten und Derivaten und zu den aktuellen Risiken (insbesondere Liquiditäts- und Verlustrisiken) regeln.

Alle kommunalrechtlich zulässigen Zinssicherungsinstrumente erfordern **sorgfältige Prognosen** nicht nur der Kreditzinsen, sondern insbesondere auch der Liquiditätsentwicklung der Kommune. Die Praxis zeigt, dass etwa die Ablösung eines Forward-Swaps, der nicht mehr benötigt wird, weil der Kredit vorzeitig getilgt wur-

- 5 -

de, das Ziel, durch Zinsoptimierung Einsparungen zu erreichen, deutlich konterkarieren wird. Das Risiko steigt mit der Länge der Vorlaufzeit zwischen Abschluss und Beginn des Swaps. Auch bei Swaps mit langen Laufzeiten wird eine belastbare Prognose der Zins- und Liquiditätsentwicklung kaum noch möglich sein. Damit werden aber auch die mit diesen Geschäften verbundenen Zinsrisiken nicht mehr prognostizierbar, so dass sich die Kommune hier schnell im spekulativen Bereich bewegen kann.

Die aktuellen wirtschaftlichen Entwicklungen legen es nahe, der **Auswahl der Geschäftspartner** besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Eine systematische Beurteilung privater Berater oder Anbieter von Derivatgeschäften ist nicht Aufgabe der Kommunalaufsicht. Es ist vielmehr Sache der kommunalen Selbstverwaltung, sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen und dann eigenverantwortlich zu entscheiden. Hinsichtlich der Bonität der Geschäftspartner kann das Rating<sup>1</sup> Anhaltspunkte liefern, ebenso die Teilnahme des Geschäftspartners an einem Sicherungssystem. Sofern eine externe Beratung in Anspruch genommen wird, ist auf deren Unabhängigkeit zu achten. Eine Beratung, die nur eigene Finanz- und Anlageprodukte empfiehlt, wird regelmäßig nicht ausreichen.

**Derivative Finanzierungsinstrumente**, wie sie u.a. zur Zinssicherung und Zinsoptimierung eingesetzt werden, sind insbesondere auch in die **Beurteilung der dauernden Leistungsfähigkeit einzubeziehen**. Im Einzelfall kann eine Begrenzung solcher Geschäfte durch Auflagen etwa auf einen bestimmten Anteil der genehmigten Kredite in Betracht kommen.

Wir bitten die Regierungen, die Landratsämter und Gemeinden auf dieser Grundlage zu beraten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Huber  
Ministerialrat

---

<sup>1</sup> Der erläuternde Hinweis unter Ziff. 6 des IMS vom 08.11.1995, wonach als Geschäftspartner der Kommunen „zunächst inländische sog. Triple-A-Banken“ in Betracht kommen, ist überholt.