

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Der Vorsitzende
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. J. Oebbecke
Geschäftsführender Direktor

Universitätsstraße 14-16
48143 Münster

Tel. +49 251 83-21806
Fax +49 251 83-21833

kwi@uni-muenster.de

<http://www.jura.uni-muenster.de/kwi>

31.03.2011

Öffentliche Anhörung zu “Zins-Swap-Geschäften deutscher Banken mit Gemeinden und mittelständischen Unternehmen”
Geschäftszeichen PA 7 - Zins-Swap

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

weil ich wegen mehrerer Lehrveranstaltungen verhindert bin, kann ich am 6. April nicht nach Berlin kommen. Deshalb nehme ich schriftlich Stellung¹:

Dabei gehe ich davon aus, dass die Einladung an mich wegen meiner Expertise im Kommunalrecht erfolgte und beschränke mich auf die insoweit einschlägigen Aspekte. Ich gehe im Folgenden auf die kommunalrechtliche Zulässigkeit von Zins-Swap-Geschäften (1.) sowie darauf ein, wie die Beachtung dieser materiellen Grenzen gemeindeintern (2.) und extern (3.) gesichert werden kann. Abschließend gehe ich darauf ein, welche Möglichkeiten die Länder haben, die Kommunen durch gesetzgeberische Maßnahmen besser vor Einbußen zu schützen, wie sie in der Vergangenheit in einer größeren Zahl von Fällen eingetreten sind (4.).

1. Für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung der Stellungnahme danke ich Frau Esther Rabeling und Herrn Christian Hörstrup, wissenschaftliche Mitarbeiter am Kommunalwissenschaftlichen Institut.

1. Materielle Zulässigkeit

Soweit ersichtlich besteht Einigkeit, dass kommunalrechtlich eine generelle Aussage zur Zulässigkeit von Zins-Swap-Geschäften nicht möglich ist. Vielmehr muss differenziert werden: Geschäfte, die der Zinssicherung und -optimierung dienen, sind zulässig und können im Rahmen einer ordnungsgemäßen kommunalen Finanzwirtschaft sogar geboten sein. Solche Geschäfte stehen in einem Zusammenhang mit einem oder mehreren Kreditgeschäften der Kommune (Konnexität).

Derivatgeschäfte, die ausschließlich Spekulationszwecken dienen, sollen dagegen unzulässig sein. Begründet wird die Rechtswidrigkeit mit einem Spekulationsverbot, das seinerseits daraus hergeleitet wird, dass solche Geschäfte nicht von der Zuständigkeit der Kommunen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gedeckt sind. Andere sehen einen Verstoß gegen das Gebot, bei Geldanlagen auf ausreichende Sicherheit zu achten. Auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird herangezogen.

Bei näherer Betrachtung ist die Abgrenzung der danach zulässigen und nicht zulässigen Geschäfte keineswegs eindeutig. Für die Beurteilung der CMS Spread Ladder Swaps, wie sie die Deutsche Bank zeitweise offensiv vertrieben hat, spielen diese Unklarheiten allerdings keine Rolle. Bei ihnen ging es eindeutig nicht um die Absicherung eines Zinsrisikos, so dass sie jedenfalls als kommunalrechtlich unzulässig eingestuft werden.

Wie weit die vorgeschlagenen Begründungen nach geltendem Kommunalrecht bei kritischer Betrachtung das Verbot spekulativer Derivate wirklich tragen, ist eine andere Frage. Soweit erkennbar finden sich im Schrifttum aber keine Zweifel daran, dass das Verbot besteht.

2. Interne Sicherungen

Die Beachtung des Verbots eines Abschlusses bestimmter Swap-Geschäfte wird durch die besondere Bindung jeder Verwaltung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gesichert.

Zusätzliche Sicherungen ergeben sich daraus, dass jedenfalls Swaps, die nicht in einem sehr engen Zusammenhang mit einem bestimmten Kreditgeschäft stehen, keine Geschäfte der laufenden Verwaltung sind. Sie dürfen daher nur auf Beschluss des entsprechenden Kollegialorgans - bei den Gemeinden in der Regel des Rates - abgeschlossen werden. Eine weitere Sicherung kann durch den Erlass entsprechender Geschäftsanweisungen und durch andere Maßnahmen der Risikoüberwachung erreicht werden.

3. Externe Sicherungen

Soweit ersichtlich bestehen in keinem Land Genehmigungs- und Anzeigepflichten für Swaps, die eine routinemäßige Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden sicherstellen könnten. Soweit die Derivatverträge Teil genehmigungs- oder anzeigepflichtiger Geschäfte sind, kommt insoweit eine Pflicht zur Anzeige oder Genehmigung in Betracht.

Soweit ersichtlich haben inzwischen alle Länder im Rahmen der aufsichtlichen Beratung durch Erlasse Hinweise zur Rechtslage gegeben und Empfehlungen an die Kommunen zum Umgang mit Derivaten ausgesprochen. Diese Erlasse stimmen in der unter 1. erwähnten materiellen Einschätzung überein, sind im Übrigen sehr unterschiedlich ausführlich und auch unterschiedlich streng. Noch wichtiger dürfte sein, dass der Zeitpunkt dieser

Äußerungen weit auseinander liegt. Während einzelne Länder sich schon Mitte der neunziger Jahre geäußert haben, stammen andere Erlasse erst aus der zweiten Hälfte des letzten Jahrzehnts.

Einzelne Länder postulieren in diesen Erlassen eine Informationspflicht, etwa mit der Begründung "da die Entwicklung der Nutzung von Zinsderivaten der Beobachtung durch die Rechtsaufsichtsbehörden bedarf"². Allerdings kann das bloße Interesse der Aufsichtsbehörde kommunale Pflichten nicht begründen. Weil Informationspflichten der Kommunen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes begründet werden können (Gesetzesvorbehalt), kann es sich der Sache nach also nur um eine Bitte handeln.

4. Rechtspolitische Optionen

Ob gesetzgeberische Maßnahmen sinnvoll sind, muss wie stets im Kommunalrecht in Abwägung zwischen dem verfolgten Interesse - hier dem Schutz der Kommunen vor Verlusten durch spekulative Geschäfte - und dem Interesse, den Spielraum für die Selbstverwaltung nicht unnötig einzuengen, entschieden werden. Diese Abwägung kann in den Ländern unterschiedlich ausfallen, auch weil die Struktur der Kommunen und ihre Lage in den Ländern durchaus verschieden sind.

Denkbar ist die Einführung einer generellen Informations-, Anzeige- oder Genehmigungspflicht für Derivatgeschäfte. Damit erhielten die Aufsichtsbehörden die Gelegenheit, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges oder unzulässiges Geschäft handelt. Abgesehen von der damit verbundenen Einschränkung der kommunalen Handlungsfreiheit spricht gegen eine solche Lösung vor allem der hohe Personalaufwand auf Seiten der Aufsichtsbehörden.

Die Rechtsprechung sieht - wohl zu Recht - Geschäfte, die unter Verstoß gegen das Spekulationsverbot abgeschlossen wurden, wegen dieses kommunalrechtlichen Verstoßes im Verhältnis zum Vertragspartner nicht als unwirksam an. Das Spekulationsverbot wird überwiegend nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB angesehen. Die Länder könnten ein entsprechendes gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB vorsehen. Dabei könnte die nicht ganz einfache Abgrenzung der spekulativen von anderen Geschäften durchaus der Rechtsprechung überlassen werden. Eine solche Regelung verlagert das Risiko des Verstoßes auf den in der Regel sehr erfahrenen Geschäftspartner der Kommunen und wirkt dadurch abschreckend. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass Kommunen wegen einer solchen Regelung der Abschluss sinnvoller und rechtlich unproblematischer Geschäfte erschwert wird.

Mit freundlichen Grüßen



(Prof. Dr. iur. Oebbecke)

2. So Nr. 11.4 der Thüringischen Bekanntmachung über das Kreditwesen der Gemeinden und Landkreise.