

STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail

Ministerium für Inneres und Sport
des Landes Sachsen-Anhalt
Referat 32
Herrn Mietzner
Halberstädter Str. 2/am Platz des 17. Juni
39112 Magdeburg

E-Mail: rolf.mietzner@mi.sachsen-anhalt.de

Städte- und Gemeindebund
Sachsen-Anhalt (SGSA)
- Landesgeschäftsstelle -
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: post@sgsa.info
Internet: www.kommunales-sachsen-anhalt.de

IBAN: DE56 8105 3272 0036 0029 00
BIC/SWIFT: NOLADE21MDG

Auskunft erteilt: Herr Langhoff
Durchwahl: 0391 5924-370

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
32 - 10245

Unser Zeichen
20-33-00 j1

Datum
30.11.2018

Erlassentwurf Kriterien zur Beurteilung genehmigungspflichtiger Derivategeschäfte

Sehr geehrter Herr Mietzner,

hinsichtlich des uns am 26.10.2018 zugegangenen Erlassentwurfs fand am 30.10.2018 eine erste Besprechung im Ministerium für Inneres und Sport statt. Hier hatten wir gemeinsam mit Vertretern der Landeshauptstadt Magdeburg und der Stadt Halle (Saale) bereits auf wesentliche Änderungsbedarfe hingewiesen. Am 30.10.2018 wurde zudem die Möglichkeit der schriftlichen Stellungnahme bis Ende November 2018 eingeräumt. Nachfolgend nehmen wir zu dem oben genannten Erlassentwurf wie folgt Stellung.

Anlass für den Erlassentwurf ist die Einführung einer Genehmigungspflicht für Derivate im § 108 Abs. 5 KVG. Diese Änderung kam erst im Verlauf der parlamentarischen Beratung in das KVG. Die kommunalen Spitzenverbände wurden hier nicht beteiligt. Ursächlich hierfür dürften vor allem die jüngsten Untersuchungen des Landesrechnungshofes Sachsen-Anhalt zum Einsatz von Derivategeschäften in Kommunen und Zweckverbänden sein. Diese haben ergeben, dass der Einsatz von Derivaten zum Teil dem sich aus dem KVG auch vor der jetzigen Klarstellung in § 98 Abs. 2 KVG ableitbaren Spekulationsverbot und den Vorgaben des Erlasses zum Einsatz von Derivaten aus 2012 widersprochen hat. Zum anderen haben die Untersuchungen aber auch deutlich gemacht, dass der rechts- und richtlinienkonforme Einsatz von Derivaten im Sinne eines aktiven Zins- und Schuldenmanagements zu einer Zinssicherung und Zinsoptimierung beigetragen hat.

U. a. die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) und der Deutsche Städtetag sehen in Derivaten ein wesentliches Instrument für ein effizientes Zinsmanagement als Teilbereich des aktiven Schuldenmanagements, da durch solche Geschäfte Kreditkosten gesenkt werden können. Beide Institutionen knüpfen gleichzeitig vor allem auch personelle und administrative Voraussetzungen an den Einsatz von Derivaten. Dies entspricht auch der Auffassung des Städte- und Gemeindebundes Sachsen-Anhalt.

Auch wenn der Einsatz von Derivaten in den Kernhaushalten der Kommunen in der aktuellen Niedrigszinsphase eine geringere Bedeutung hat wie vielleicht noch vor 10 Jahren, haben sich die den kreisfreien Städte Magdeburg und Halle (Saale) in der Besprechung am 30.10.2018 dafür ausgesprochen, die Möglichkeit eines gesetzes- und richtlinienkonformen Einsatzes von Derivaten in der Zukunft offenzuhalten.

Wir haben jedoch ernsthafte Zweifel, dass die im Landtag beschlossene Genehmigungspflicht der Zielrichtung gerecht wird, einerseits hoch spekulative und risikobehaftete Derivate zu verhindern und andererseits den bisherigen sinnvollen konnexitätswahrenden Einsatz von Derivaten beizubehalten.

Zielstellung muss es sein, die Regelungen zum Einsatz von Derivaten vor Ort so aufzustellen, dass bei der Befolgung der selbigen von Bankenseite keine sogenannten „toxischen Derivate“ mehr angeboten werden. Dazu gehört auch, dass die Nachfrager von Derivaten gegenüber den Anbietern bestimmte entscheidungsrelevanten Fakten in Erfahrungen bringen, wie u. a. die Kosten und Gewinnmargen der Banken, der anfängliche Marktwert oder der Fair Value. Dazu sind die Banken zum Teil verpflichtet (siehe u. a. BGH-Urteil vom 22.03.2011 - XI ZR 33/10). Dies würde eine Genehmigung unnötig machen und die Entscheidung zum Abschluss von Derivaten wieder allein in die kommunale Finanzhoheit überführen.

Der Erlass zur Umsetzung der Genehmigungspflicht darf daher nicht durch zu restriktive bzw. realitätsferne Vorgaben den Einsatz von Derivaten faktisch zum Erliegen bringen. Diesem Anspruch wird der Erlassentwurf vor allem aufgrund des angedachten langen Genehmigungsverfahrens (Ziffer 1) und den auch bei Zweckverbänden und kleineren Verwaltungen geforderten organisatorischen Voraussetzungen (Ziffer 2) nicht gerecht.

1. Der im Abschnitt V. angedachte Verfahrensweg für das einzelne Derivategeschäft in Form des zunächst herbeizuführenden Beschlusses der Vertretung und der sich daran anschließenden Genehmigung durch die obere Kommunalaufsicht dürfte dazu führen, dass es keine Angebote seitens der Banken geben wird. Der günstige Einstieg ins Derivategeschäft kann - genauso wie beim Darlehensgeschäft - aufgrund der sich stets ändernden Kapitalmarktsituation nur mit der ständigen Marktbeobachtung bestimmt werden. Die von den Banken abgegebenen verbindlichen Konditionen haben nur eine geringe „Haltbarkeitsdauer“ von zum Teil wenigen Stunden, so dass hierzu auch schnelle Entscheidungen getroffen werden müssen. Die im Erlassentwurf vorgesehenen langen Beschluss- und Genehmigungsverfahren würden den Abschluss solcher Geschäfte zum günstigen Zeitpunkt unmöglich machen. Keine Bank wird akzeptieren, marktgerechte Preise als verbindliches Angebot mit einer mehrtägigen Bindungsfrist abzugeben.

Wir bitten Sie daher zu prüfen, inwieweit das Genehmigungsverfahren durch die Möglichkeit eines durch die Vertretung zu beschließenden Rahmenbeschlusses beschleunigt werden kann. Vorstellbar ist, dass ein solcher Rahmenbeschluss konkrete Eckpunkte bzw. Ausstattungsmerkmale des Grund- und Derivategeschäftes festgelegt, die im Einklang mit den im Erlass letztendlich beschriebenen Grundsätzen stehen (z. B. grundsätzliche Ermächtigung zum Abschluss eines Payer-Swaps zur Absicherung des Zinsänderungsrisikos, welches sich aus der variablen Verzinsung ergibt). Nicht das konkrete Derivategeschäft, sondern der Rahmenbeschluss würde der oberen Kommunalaufsicht zur Genehmigung vorgelegt werden.

Nach der Genehmigung durch die Kommunalaufsicht kann die Kommune eigenverantwortlich durch Marktbeobachtung den Einstiegzeitpunkt festlegen, ausschreiben und Vergleichsangebote einholen, um das wirtschaftlichste Konditionsangebot annehmen zu können.

Da an anderer Stelle des Erlassentwurfs die Anforderung besteht, konnexitätswahrende Derivate nur einzusetzen, wenn eine fachkundige funktionierende Finanzverwaltung, den Einsatz von Finanzderivaten kontinuierlich überwacht, sollte damit auch sichergestellt werden, dass unter Beachtung des Rahmenbeschlusses nur vertretbare Verträge abgeschlossen werden.

Zum Zweck der Transparenz könnte im Erlass zusätzlich noch festgelegt werden, dass die Kommune die Vertretung und die Kommunalaufsicht über den erfolgten Abschluss zeitnah zu informieren hat.

Nur vorsorglich weisen wir darauf hin, dass bei einer festzustellenden Unmöglichkeit der Genehmigungspflicht auch über eine Änderung des KVG diskutiert werden muss.

2. Die im Abschnitt V. enthaltene Annahme, dass sich für Zweckverbände die Vorhaltung einer wirksamen Finanzverwaltung aufgrund der regelmäßig geringen allgemeinen Verwaltungs- und Finanzkraft als unwirtschaftlich erweisen dürfte, deren Nachweis aber für die Genehmigung eine wesentliche Voraussetzung darstellt, kommt sozusagen einem Ausschluss des Derivateeinsatzes für Zweckverbände gleich, obwohl die Überprüfung durch den Landesrechnungshof gezeigt hat, dass der rechtskonforme Einsatz auch hier zu einer Zinssicherung beigetragen hat.

Die im Abschnitt VI. geforderten organisatorischen Voraussetzungen, ohne diese einzeln auf ihre fachliche Geeignetheit zu überprüfen, dürften i. d. R. nur durch größere Verwaltungen zu realisieren sein. Bei Zweckverbänden, aber auch kleineren Kommunen, dürften allein das geforderten qualifizierte Personal („Vier-Augen-Prinzip“) und die damit verbundenen Personal- und Qualifizierungsaufwendungen in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zu der erhofften Zinssicherung bzw. Zinsoptimierungen stehen.

Daher sollte geprüft werden, inwieweit gerade für kleinere Verwaltungen der eventuell eingeschränkte Einsatz von Derivaten durch Vorgaben von Positiv- oder Negativlisten (u. a. auf Währungen und Waren bezogene Derivate), wie z. B. im Thüringer Krediterlass, ermöglicht werden.

Mehr Rechtssicherheit könnte auch dadurch erreicht werden, dass bei der Darstellung, welche Art von Spekulationsgeschäften nicht erlaubt sind, ebenfalls in Anlehnung an den Thüringer Krediterlass, Hinweise zu sehr einseitigen Risikoverteilungen zu Lasten der Gemeinden aufgenommen werden.

3. Die Berechtigung zum Einsatz von Derivaten basiert grundsätzlich auf der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) und der hieraus abgeleiteten Finanzhoheit der Kommunen. Hinzu kommen die landesgesetzlichen Ermächtigungen zur Aufnahme und zur Umschuldung von Krediten und Kassenkrediten unter Beachtung der Grundsätze der Einnahmehbeschaffung, der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung, der dauerhaften Sicherstellung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung sowie der sorgfältigen Vermögensverwaltung.

Die Kommunen gestalten dementsprechend ihr Schuldenmanagement im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung grundsätzlich in eigener Verantwortung. Die Festlegung im Abschnitt VI., dass der Anteil der variabel verzinsten Kreditgeschäfte 30 % nicht überschreiten darf, entbehrt jeder verfassungsrechtlichen Grundlage, stellt einen gravierenden Eingriff in die Finanzhoheit als Ausprägung der kommunalen Selbstverwaltung dar (Art. 28 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 87 Abs. 1 Verf ST) und wird ausdrücklich abgelehnt.

Uns liegt keine Begründung für diese Festlegung vor. Wir gehen davon aus, dass dadurch das Zinsänderungsrisiko limitiert werden soll. Dass dies in den Blick genommen werden muss, ist nachzuvollziehen. Jedoch ist die Vorgabe einer verbindlichen Quote an variablen Krediten nicht zu Ende gedacht. Es kann Konstellationen geben, in denen es für Kommunen vorteilhaft ist, auf einen wesentlich höheren Anteil an variabel verzinsten Krediten bei einer gleichzeitig verhältnismäßig geringen Kreditlaufzeit zurückzugreifen. Der Intention, Zinsänderungsrisiken zu limitieren, könnte man auch durch eine Beschränkung des Anteils an ungesicherten Verbindlichkeiten begegnen.

Es sollte eine faktische Begrenzung eines variabel verzinsten Kreditbestandes unter Beachtung der gemeindespezifischen Finanzsituation vor Ort wenn dann, i. R. einer Dienst-anweisung erfolgen und nicht zentral durch das Land vorgegeben werden. Auch das Land verfährt nach unserem Kenntnisstand auf der Grundlage einer Dienst-anweisung, die wiederum auf der Grundlage von Erfahrungswerten der Länder eine Reglementierung der variablen Verschuldung vorgibt.

4. Die Landeshauptstadt Magdeburg verweist auf den Aspekt der zum 03.01.2018 europaweit in Kraft getretenen EU-Direktive zum Wertpapierhandel - MiFID II. Mit der erfolgten nationalen Umsetzung der MiFID II u. a. i. R. des WpHG und der WpDVerOV werden einerseits eine kleinteiligere Differenzierung der Risikobereitschaft in 5 Risikoklassen (von sehr geringer bis außerordentlich hoher Risikobereitschaft) und andererseits eine instrumentenbasierte Risikoklassifizierung (Stufe 1 = niedriges Risiko, Stufe 7 = höchstes Risiko) eingeführt. Beim Abschluss von derivativen Finanzinstrumenten müssen Risikobereitschaft und Risikoklasse des Instrumentes im Einklang stehen.

Aufgrund der gesetzlich geforderten und auch wichtigen niedrigen Risikobereitschaft von Kommunen und der generellen Einstufung von Derivaten in der höchsten Risikoklasse, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung und ohne Betrachtung des Grundgeschäftes, stehen Risikobereitschaft und Risikoklasse des Instrumentes nicht in Einklang miteinander und dürften demnach von Kreditinstituten nicht angeboten werden.

Wir bitten daher um Prüfung der Aufnahme einer Formulierung, die aussagt, dass Derivate bei vorhandener Konnexität nicht nach den Kriterien der MiFID II zu beurteilen sind.

5. Die im Abschnitt III. Abs. 4 geforderte strenge Konnexität in Form der exakten Betrags- und Laufzeitkongruenz in Bezug auf jedes einzelne Kreditgeschäft und damit verbundene Sicherungsgeschäft dürfte in der Praxis zu einem hohen Verwaltungsaufwand führen. Wir bitten Sie daher um die Prüfung, inwieweit eine Portfoliobetrachtung (Portfoliohedge) in den Erlass mitaufgenommen werden kann. Die Portfoliobetrachtung von Sicherungsgeschäften berücksichtigt die geforderte Konnexität, indem die Laufzeiten des Sicherungsgeschäftes die kürzeste Laufzeit des eingebundenen Kreditgeschäftes nicht überschreitet und das Sicherungsvolumen das Volumen der Grundgeschäfte, zu keinem Zeitpunkt übersteigt.

6. Im kommunalen Bereich ist häufig die Konstellation langer Kreditlaufzeiten (bis zu 30 Jahre) bei der Festlegung einer nicht deckungsgleichen Zinsbindungsfrist (z. B. 10 Jahre fest) anzutreffen. Auch hieraus resultiert ein Zinsänderungsrisiko. Die Untersagung in Abschnitt III. Abs. 4 für zukünftige Kreditgeschäfte zinsbezogene Finanzgeschäfte abzuschließen, sollte dahingehend gelockert werden, dass diese Regelung nicht für bevorstehende Umschuldungen gilt. Zur Begrenzung eines zahlungsstromorientierten Zinsänderungsrisikos bei bevorstehenden Umschuldungen sollte hier die Möglichkeit zur Sicherung eines Festzinssatzes (Forward-Rate-Agreement) bestehen.
7. Nach Abschnitt IV. „dürfen nur solche Zinsderivate zum Einsatz kommen, die sich auf ein risiko- und/oder kostenreduzierendes Instrument beschränken.“ Diese Aussage erscheint in Anlehnung an die Ausführungen im Abschnitt III. nicht eindeutig formuliert zu sein, so dass alternativ folgende Formulierung vorgeschlagen wird: „Es dürfen nur risiko- und/oder kostenreduzierende Zinsderivate zum Einsatz kommen.“
8. Abschnitt V. fordert u. a., dass im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprognose dargelegt wird, welche Effekt mit dem Geschäft erzielt werden sollen. Auch hier liegt uns bisher keine Begründung für die angedachte Regelung vor. Wir gehen jedoch davon aus, dass die „Wirtschaftlichkeitsprognose“ ausschließlich der Erläuterung und Dokumentation des Absicherungszweckes (zukünftige Sicherung des aktuellen Zinsniveaus oder Senkung der Zinslast) dient. In diesem Fall sollte zur Vermeidung von Missverständnissen auf die Begrifflichkeit Wirtschaftlichkeitsprognose verzichtet oder diese genauer erläutert werden.
9. Der letzte Satz im Abschnitt VI. nimmt Bezug zum Runderlass vom 30.03.2012. Dieser hält im Abschnitt III. 1 fest, dass die Kommunen ausnahmsweise unter Beachtung der zeitlichen und inhaltlichen Konnexität Zinsderivate einsetzen können, um sich gegen ein Zinsänderungsrisiko aus Kreditgeschäften abzusichern. Dies ist laut Erlass konkret dann der Fall, wenn sich aus einem oder mehreren Darlehensverträgen der Kommune deshalb ein Zinsänderungsrisiko ergibt, weil variable Zinsen vereinbart werden. Damit sieht der Derivateerlass vom 30.03.2012 ausschließlich Instrumente bzw. Derivate vor, die eine synthetische Festverzinsung zur Folge haben.

Der aktuelle Erlassentwurf sieht dagegen Derivate vor, die neben der synthetischen Festverzinsung auch eine synthetische variable Verzinsung zur Folge haben. Dies kann in Zeiten rückläufiger Zinsen gerade mit Blick auf die Zinsoptimierung von Festzinskrediten hilfreich sein. Diese Widersprüchlichkeit muss zu Gunsten der Regelung im jetzigen Erlassentwurf beseitigt werden.

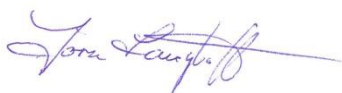
10. Wir gehen davon aus, dass sich die im Abschnitt V. erwähnte Inanspruchnahme eines kundigen Dritten im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung auf die von den Kommunen für die Genehmigung zu erbringenden Voraussetzungen bezieht. Sodann sollte eine sprachliche Klarstellung auf eine Unabhängigkeit des Beraters hinweisen. Eine Doppelrolle als Berater und Anbieter von Derivaten sollte vermieden werden. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die Margen der Banken bei Produkten z. T. deutlich höher ausfielen, bei denen Vertrieb und Beratung in einer Hand lagen.
11. Die im Abschnitt III. enthaltene Aufforderung, dass man dem Informationsvorteil der Banken durch die Einholung vergleichbarer Angebote begegnen soll, erschließt sich uns bisher nicht. Wie wird der Informationsvorteil der Bank abstrakt definiert? Wir sehen hier eher die geänderten Anforderungen an die Beratung durch die Banken (MiFID II, Rechtsprechung BGH zu Beratungspflichten von Banken; KNSA-Beitrag Nr. 067/2018 vom

16.02.2018) anstelle der Einholung mehrere Angebote als Lösung an. Die Einholung mehrerer Angebote dürfte im Übrigen in der Umsetzung der Verpflichtung zu sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gemäß § 98 Abs. 2 KVG gängige Praxis sein.

12. Wir bitten um eine einheitliche sprachliche und inhaltliche Anpassung der Regelungen zur „*wirksamen Finanzverwaltung*“ im Abschnitt V. und der „*gut funktionierenden Finanzverwaltung*“ im Abschnitt VI.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jörn Langhoff', with a stylized flourish extending to the right.

Langhoff