

Nr. 049**„Einsatz von Derivaten in Sachsen-Anhalt“ - Anmerkung zum Gastbeitrag von Dr. Jochen Weck (KNSA-Beitrag Nr. 042/2019)**

1. Der Gastbeitrag greift einen Aspekt sehr deutlich auf, der bisher auch in der öffentlichen Diskussion zu den aktuellen Fällen in Sachsen-Anhalt viel zu wenig betrachtet wurde, nämlich die Rolle der Banken. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Kanzlei ROESSNER seit 2008 maßgeblich die Swap-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte geprägt und bundesweit u.a. für zahlreiche Kommunen und kommunale Unternehmen Schadensersatzansprüche gegenüber Landes- und Geschäftsbanken durchgesetzt hat. Durch Einholung finanzmathematischer Sachverständigengutachten wurden die hochspekulative Struktur und die Möglichkeit zur Bepreisung von Swap-Geschäften ermittelt. Daraus konnten spezielle Anforderungen an die Aufklärung der Banken herausgearbeitet werden, wie sie u. a. in dem im Gastbeitrag erwähnten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2011 festgestellt wurden. Wir haben über das Thema Beratungspflichten der Banken fortlaufend u. a. in KNSA berichtet. Mit KNSA-Beitrag Nr. 067/2018 vom 06.02.2018 haben wir die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu den Beratungspflichten von Banken beim Abschluss von Zins-Swap-Verträgen aus den Jahren 2011, 2015 und 2016, auf die der Gastbeitrag verweist, zusammenfassend dargestellt. Es bleibt zu hoffen, dass die Rolle der Banken im Rahmen der Arbeit des vom Landtag Sachsen-Anhalt eingesetzten Untersuchungsausschusses ebenfalls Berücksichtigung findet.

2. Ausgelöst durch die Untersuchungen des Landesrechnungshofes Sachsen-Anhalt zum Einsatz von Derivategeschäften in Kommunen und Zweckverbänden wurde im Rahmen der KVG-Novelle 2018 das im bisherigen Derivateerlass des Landes von 2012 dargelegte Spekulationsverbot im § 98 Abs. 2 KVG LSA gesetzlich fixiert. Im Verlauf der parlamentarischen Beratung der KVG-Novelle 2018 wurde zudem eine Genehmigungspflicht für Derivate im § 108 Abs. 5 KVG LSA eingeführt. Eine vorherige Anhörung des SGSA hierzu erfolgte nicht.

Der Gastbeitrag spricht mit Blick auf den neuen § 108 Abs. 5 KVG LSA von einer „Überregulierung“. Diese ist auch aus unserer Sicht zu befürchten. So wurde der Landesgeschäftsstelle bereits im Oktober 2018 vom Ministerium für Inneres und Sport ein erster Erlassentwurf „*Kriterien zur Beurteilung genehmigungspflichtiger Derivatgeschäfte*“ vorgestellt. Sollte der Erlass in Kraft treten bestehen ernsthafte Bedenken, ob der bisher mögliche, sinnvolle konnexitätswahrende Einsatz von Derivaten zukünftig beibehalten werden kann.

Wir vertreten dem gegenüber die Auffassung, dass die Regelungen zum Einsatz von Derivaten vor Ort so zu gestalten sind, dass von Bankenseite keine sogenannten „toxischen Derivate“ mehr angeboten werden können. Dies würde die nach dem aktuellen Erlassentwurf erforderliche Einzelgenehmigung entbehrlich machen und die Entscheidung zum Abschluss von Derivaten wieder allein in die kommunale Finanzhoheit überführen. Restriktive bzw. realitätsferne Vorgaben dürfen den sinnvollen Einsatz von Derivaten nicht faktisch zum Erliegen bringen.

Der vom Ministerium vorgesehene Verfahrensweg, für das einzelne Derivategeschäft zunächst einen Beschluss der Vertretung herbeizuführen und anschließend die Genehmigung der oberen Kommunalaufsicht einzuholen, birgt die Gefahr, dass es keine Angebote der Banken für sinnvolle Derivate mehr geben wird. Ein günstiger Termin zum Einstieg ins Derivategeschäft kann - genauso wie beim Darlehensgeschäft - aufgrund der sich stets ändernden Kapitalmarktsituation nur durch ständige Marktbeobachtung bestimmt werden. Die von den Banken abgegebenen, verbindlichen Konditionen haben nur eine kurze zeitliche Bindungsdauer von zum Teil wenigen Stunden, so dass Entscheidungen schnell getroffen werden müssen. Lange Beschluss- und Genehmigungsverfahren würden den Abschluss solcher Geschäfte zum günstigen Zeitpunkt unmöglich machen. Kaum eine Bank wird akzeptieren, aktuell marktgerechte Preise als verbindliches Angebot mit einer mehrtägigen Bindungsfrist abzugeben.

Daher haben wir vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzeslage im § 108 KVG LSA zunächst vorgeschlagen, das Genehmigungsverfahren auf einen Grundsatz- bzw. Rahmenbeschluss der Vertretung zu beschränken. Vorstellbar ist, dass in einem solchen Rahmenbeschluss Eckpunkte bzw. Konditionen für Grund- und Derivategeschäfte festgelegt werden, die im Einklang mit den im Erlass letztendlich beschriebenen Grundsätzen stehen. Nicht das konkrete Derivategeschäft, sondern der Grundsatz- bzw. Rahmenbeschluss würde dann der oberen Kommunalaufsicht zur Genehmigung vorgelegt werden.

Gegebenenfalls sollte aber auch über eine Streichung des § 108 Abs. 5 KVG LSA nachgedacht und in diesem Zusammenhang über die im Gastbeitrag vorgeschlagene Ergänzung des § 98 Abs. 2 KVG LSA diskutiert werden. Auch dann wäre eine Neuauflage des bisherigen Derivateerlasses aus 2012 hilfreich. Hinsichtlich dessen inhaltlicher Ausgestaltung wären die im Gastbeitrag erwähnten *Fünf Kriterien zum Einsatz strukturierter Derivate* zu beachten.

KNSA 049/2019 vom 21.02.2019 jl-ru