



Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt
Postfach 3563 • 39010 Magdeburg

Landesverwaltungsamt
Referat Kommunalrecht, Kommunale
Wirtschaft und Finanzen
Ernst-Kamieth-Str. 2
06112 Halle (Saale)

**Verbindlicher Handlungshinweis zur Aufarbeitung spekulativer
Derivatgeschäfte bei den Aufgabenträgern der Trinkwasserversorgung
und Abwasserbeseitigung und den Kommunen**

8. Mai 2020

Zeichen:
32.3-H

Dieser Handlungshinweis soll zur Erleichterung der Aufarbeitung spekulativer Derivatgeschäfte der Zweckverbände der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung und Kommunen dienen. Er enthält Hinweise zum Verfahren der Aufarbeitung. Die Zweckverbände und Kommunen haben selbstständig zu prüfen, ob zu den in der Handlungsempfehlung aufgezeigten Schritten weitere Prüfungen einzuleiten sind.

Bearbeitet von:
Luise Weiß

Durchwahl:
(0391) 567- 5329

E-Mail:
Luise.Weisz@mi.sachsen-anhalt.de

Ihre Nachricht:

Aufgrund der Vielzahl der von den Zweckverbänden und Kommunen abgeschlossenen spekulativen Derivatgeschäften ist es nicht zielführend all diese Geschäfte zeit- und kostenintensiv aufzuarbeiten. Um eine verhältnismäßige Aufarbeitung zu gewährleisten wird das folgende Vorgehen dringend angeraten:

1. Umgang mit abgeschlossenen spekulativen Derivaten

1.1

Die Aufarbeitung in der Vergangenheit abgeschlossener spekulativer Derivatgeschäfte bedarf zunächst zwingend der Erfassung aller getätigten Geschäfte. Es empfiehlt sich diese in einer Übersicht darzustellen.

Halberstädter Str. 2/
am „Platz des 17. Juni“
39112 Magdeburg

Telefon (0391) 567-01
Telefax (0391) 567-5290
poststelle@mi.sachsen-anhalt.de
www.mi.sachsen-anhalt.de

1.2

Auf Grundlage einer solchen Übersicht sind diejenigen Transaktionen, die als nicht spekulative Derivatgeschäfte keiner Aufarbeitung bedürfen, auszusortieren.

1.3

Die in der Übersicht verbleibenden spekulativen Derivatgeschäfte sind hinsichtlich einer möglicherweise eingetretenen Verjährung zu beurteilen. Hierbei ist zunächst die kenntnisunabhängige absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren, welche mit der schädigenden Handlung (ihrer Entstehung) zu laufen beginnt (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)), heranzuziehen. Alle Derivatgeschäfte, die nach dieser Frist bereits verjährt sind, bedürfen keiner intensiven Aufarbeitung mehr, da etwaige Regressansprüche gerichtlich nicht mehr durchsetzbar sind.

1.4

Danach müssen die verbliebenen spekulativen Derivatgeschäfte im Lichte der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB betrachtet werden. Die regelmäßige Verjährung beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Somit ist für alle Ansprüche, welche durch den Zweckverband oder die Kommune selbst geltend zu machen sind, maßgeblich, wann die für die Geltendmachung von Ansprüchen zuständige Stelle des Zweckverbandes oder der Kommune Kenntnis vom Schaden und vom Verursacher (Schuldner) erlangt hat. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des betreffenden Jahres und endet nach drei Jahren zum 31. Dezember.

Abweichend davon gilt für die Geltendmachung von Ansprüchen durch die Kommunalaufsichtsbehörde nach § 151 Abs. 1 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA), dass es für den Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung der Kommunalaufsichtsbehörde ankommt (vgl. RdVfg 37/2019 des Landesverwaltungsamtes vom 6. September 2019).

1.5

Für spekulative Derivatgeschäfte, die noch nicht verjährt sind, ist nun festzustellen, auf welche Höhe sich der Schaden eines jeden Geschäfts beläuft. Um diesen grob zu ermitteln, muss der betroffene Zweckverband bzw. die betroffene Kommune eine Schadensfeststellung vornehmen. Hierzu ist für jedes spekulative Derivatgeschäft der durchschnittliche Zinssatz für

Kommunalkredite bezogen auf das jeweilige Grundgeschäft für den Derivatzeitraum zu ermitteln. Die Differenz zum tatsächlich gezahlten Zins im Rahmen des Derivatgeschäfts stellt den Schaden dar, der durch das spekulative Geschäft entstanden ist.

1.6

Ist der Schaden nach dieser Methode ermittelt, stellt sich für den betroffenen Zweckverband bzw. die betroffene Kommune die Frage, ob zusätzlich eine konkrete Berechnung des Schadens durch externe Dritte (Spezialisten), bspw. in Form eines finanzmathematischen Gutachtens in Auftrag zu geben ist. Da eine solche Expertise meist kostenintensiv ist, ist vor einer Inanspruchnahme zwingend eine Abwägung des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. Hierbei sind vom betroffenen Zweckverband bzw. der betroffenen Kommune verschiedene Faktoren in den Abwägungsprozess mit einzubeziehen, wie bspw. die Höhe des Schadens, die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Regressforderung, die Kosten für die Expertise usw.

1.7

Zuletzt hat der betroffene Zweckverband bzw. die betroffene Kommune auf Grundlage der eigenen Schadensberechnung oder der zusätzlich eingeholten externen Expertise zu entscheiden, ob juristische Schritte mit Hilfe externer Dritter (bspw. einem Rechtsanwalt) zu unternehmen und ggf. Schadensersatzansprüche gerichtlich einzuklagen sind. Da auch die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes sowie ein gerichtliches Vorgehen in der Regel kostenintensiv sind, muss zuvor zwingend eine Abwägung im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden.

2. Umgang mit laufenden, nicht konnexen Derivatgeschäften (insbesondere Portfolio-Swaps)

Betroffene Zweckverbände und Kommunen, die über laufende spekulative Derivatgeschäfte verfügen, bspw. in Form von Portfolioswaps, haben zunächst alle Möglichkeiten der Beendigung zu prüfen.

Diese Beendigungsmöglichkeiten sind:

- Vorzeitige Beendigung gegen Zahlung des negativen Marktwerts
- Vorzeitige Beendigung durch die Schließung eines Vergleichs mit dem beteiligten Kreditinstitut
- Nach erfolgter anwaltlicher Prüfung: Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen Falschberatung usw.

- Bei Portfolioswaps: Nutzung der sogenannten „break“-Klausel – Die Laufzeit des Derivats kann von beiden Parteien durch einseitige Erklärung vorzeitig beendet werden, wenn diese eine vorzeitige Erfüllung des Geschäfts durch Ausgleichszahlung an einem bestimmten Termin („break“) vereinbart haben.

Hinsichtlich all dieser Möglichkeiten ist anhand einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu beurteilen, ob und inwieweit sie geeignet, erforderlich und angemessen sind den Schaden, der durch das laufende spekulative Derivatgeschäft entsteht, so gering wie möglich zu halten.

Sollte sich nach durchgeführter Wirtschaftlichkeitsbetrachtung herausstellen, dass alle Beendigungsvarianten derzeit unwirtschaftlich sind, so ist das Derivatgeschäft aufrecht zu erhalten und unter Umständen sogar planmäßig auslaufen zu lassen.

Falls ein Aufrechterhalten des spekulativen Derivatgeschäfts am wirtschaftlichsten ist, hat der betroffene Zweckverband bzw. die betroffene Kommune dies regelmäßig (mindestens jährlich) mit einer neuen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu prüfen. Das Ergebnis der Prüfung ist aktenkundig zu dokumentieren. Sollte eine der aufgeführten Beendigungsmöglichkeiten wirtschaftlicher sein als ein Aufrechterhalten, so ist diese zu wählen und entsprechend umzusetzen.

Unter keinen Umständen ist eine sogenannte Restrukturierung vorzunehmen, also ein Neuabschluss von Derivatgeschäften unter Einpreisung negativer Marktwerte aus beendeten Derivatgeschäften.

3. Umgang mit Derivatgeschäften der Beteiligungsgesellschaften

Auch Beteiligungsgesellschaften der Kommunen und Zweckverbände haben zum Teil spekulative Derivatgeschäfte abgeschlossen. Die betroffenen Kommunen und Zweckverbände sind angehalten, sich im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten um eine verhältnismäßige Aufarbeitung dieser Derivatgeschäfte zu bemühen.

Es ist von den Kommunen und Zweckverbänden für deren Beteiligungen zu beachten, dass diese so zu steuern sind, dass die öffentliche Aufgabenerfüllung sichergestellt ist. Die Kommunen bzw. die Zweckverbände sind verpflichtet als Gesellschafter/innen gegenüber den Gesellschaftsorganen (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Geschäftsführung) auf die Einhaltung der Grundsätze der gültigen Derivateerlasse in den Unternehmen hinzuwirken. Zudem wird darauf hingewiesen, dass für kommunale Eigenbetriebe die gültigen Derivateerlasse unmittelbar Anwendung finden. Die Kommunen und Zweckverbände sind gehalten in Zukunft

dafür zu sorgen, dass geeignete Maßnahmen getroffen werden um ihr Beteiligungsmanagement entsprechend schlagkräftig aufzustellen. Für eine effektive und effiziente Steuerung der kommunalen Beteiligung ist der Einsatz von ausreichendem und entsprechend geschultem Personal unerlässlich. Die Einrichtung eines Risikomanagementsystems, um die vollständige Erfassung und Bewertung der Derivatgeschäfte vornehmen und so einen rationalen Umgang mit den bestehenden Risiken absichern zu können, ist empfehlenswert.

4. Gebührenkalkulation für künftige, laufende und vergangene noch nicht bestandskräftige Kalkulationen

Kosten aus spekulativen Derivatgeschäften sind gem. §§ 5, 5a Kommunalabgabengesetz (KAG-LSA) nicht gebührenfähig.

Es ist aber wahrscheinlich, dass in der Vergangenheit dennoch Kosten aus spekulativen Derivatgeschäften in die Gebührenkalkulation einbezogen worden sind.

Mit Hilfe der unter Ziffer 1. beschriebenen Ermittlung des Schadens aus spekulativen Derivatgeschäften ist eine Einbeziehung dieser Kosten in zukünftige Gebührenkalkulationen in jedem Fall zu unterlassen. Weiter sind die aktuell noch laufenden Gebührenkalkulationen hinsichtlich der Einbeziehung von Kosten aus spekulativen Derivatgeschäften zu überprüfen. Sollten solche Kosten in derzeitige Gebührenkalkulationen einbezogen worden sein, so sind diese zwingend zu korrigieren.

Hinsichtlich bereits erlassener Gebührenbescheide ist zu prüfen, ob diese auf einer Gebührenkalkulation beruhen, in die Kosten aus spekulativen Derivatgeschäften mit eingeflossen sind. Sollte dies der Fall sein, sind die erlassenen Gebührenbescheide rechtswidrig. Als für den Adressaten belastende Verwaltungsakte können sie gem. § 13 Abs. 1 Nr. 3 b) KAG-LSA i.V.m. § 130 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) auch nachdem sie unanfechtbar geworden sind ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Die Entscheidung über die Rücknahme eines erlassenen Gebührenbescheides steht, sofern die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, grundsätzlich im Ermessen der zuständigen Behörde. Adressaten und Betroffene eines belastenden Verwaltungsaktes haben einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme. Gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 b) KAG-LSA i.V.m. § 5 AO ist das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und sind die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Zweck der Ermessensermächtigung in § 130 Abs. 1 AO ist es, zwischen der materiellen Gerechtigkeit einerseits und dem durch die Bestandskraft eingetretenen Rechtsfrieden andererseits eine Abwägung zu treffen. Bei der Anwendung des § 130 Abs. 1 AO

auf die Rücknahme rechtswidriger bestandskräftiger Gebührenbescheide ist zwar zunächst davon auszugehen, dass die materielle Gerechtigkeit grundsätzlich im gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfsverfahren gegen den Ausgangsbescheid zu verwirklichen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Belange der Adressaten und Betroffenen außer Acht bleiben dürfen (BayVGh, Beschluss vom 21.05.2012 – 20 B 12.251 – juris Rn. 17).

Ein Anspruch der Adressaten und Betroffenen auf Rücknahme der rechtswidrigen Gebührenbescheide dürfte allerdings nur in Betracht kommen, wenn die Aufrechterhaltung der bestandskräftigen Bescheide schlechterdings unerträglich wäre oder ein Beharren auf der Bestandskraft der Bescheide als ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben erschiene (BayVGh, Beschluss vom 15.09.2015 – 20 ZB 15.1573 – juris Rn. 4). Dies ist vom Einzelfall abhängig und ggf. vom betroffenen Zweckverband bzw. der betroffenen Kommune zu prüfen.

5. Prüfung dienst- oder arbeitsrechtlicher Konsequenzen gegen Hauptverwaltungsbeamte, Verbandsgeschäftsführer, Vorstände bzw. andere Beschäftigte

5.1 Hauptverwaltungsbeamte

Die Prüfung des Verdachts eines Dienstvergehens und die daraus ggf. folgende Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Hauptverwaltungsbeamten hat durch die Kommunalaufsichtsbehörde zu erfolgen, die nach § 76a Abs. 1 des Disziplinargesetzes Sachsen-Anhalt (DG LSA) an die Stelle des Dienstvorgesetzten tritt.

5.2 Verbandsgeschäftsführer

5.2.1 Verbeamtete Verbandsgeschäftsführer

Die Prüfung des Verdachts eines Dienstvergehens und die daraus ggf. folgende Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen verbeamteten Zweckverbandsgeschäftsführer hat durch die Verbandsversammlung als Dienstvorgesetzten zu erfolgen. Die Kommunalaufsichtsbehörde als höherer Dienstvorgesetzter (§ 78 Abs. 2 DG LSA) hat nach § 17 Abs. 1 S. 2 DG LSA durch Aufsicht die Erfüllung dieser Pflicht sicherzustellen.

Die Verbandsversammlung hat unabhängig davon die Möglichkeit, den Verbandsgeschäftsführer unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG-LSA) vorzeitig abzuwählen.

5.2.2 Nicht verbeamtete Verbandsgeschäftsführer

Die Prüfung arbeitsrechtlicher Maßnahmen (z. B. Abmahnung, außerordentliche Kündigung) erfolgt durch die Verbandsversammlung. Die Verbandsversammlung kann den

Verbandsgeschäftsführer unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 GKG-LSA vorzeitig abwählen.

5.3 Vorstände von Anstalten öffentlichen Rechts

5.3.1 Verbeamtete Vorstände

Die Prüfung des Verdachts eines Dienstvergehens und die daraus ggf. folgende Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Vorstand hat durch den Dienstvorgesetzten zu erfolgen.

5.3.2 Nicht verbeamtete Vorstände

Die Prüfung arbeitsrechtlicher Maßnahmen (z. B. Abmahnung, außerordentliche Kündigung) erfolgt durch das nach der Anstaltssatzung zuständige Organ. Der Verwaltungsrat kann den Vorstand unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts vorzeitig abberufen.

5.4 Sonstige Beschäftigte

5.4.1 Verbeamtete Beschäftigte

Die Prüfung des Verdachts eines Dienstvergehens und die daraus ggf. folgende Einleitung eines Disziplinarverfahrens erfolgt durch den Verbandsgeschäftsführer bzw. Hauptverwaltungsbeamten.

5.4.2 Nicht verbeamtete Beschäftigte

Die Prüfung arbeitsrechtlicher Maßnahmen (z. B. Abmahnung, außerordentliche Kündigung) erfolgt durch den Verbandsgeschäftsführer bzw. Hauptverwaltungsbeamten.

6. Sonstiges

Die Erstattung einer Strafanzeige gegen verantwortlich handelnde Personen kann aus prozesstaktischer Sicht erwogen werden. Dies kann beispielsweise empfehlenswert sein, um Erkenntnisse aus dem Strafverfahren in späteren zivilrechtlichen oder dienstrechtlichen Verfahren zu verwenden und so u.U. einen prozessualen Vorteil zu erlangen oder Kosten zu sparen sowie um sich einen Anhaltspunkt für die Erfolgsaussichten eines zivilrechtlichen oder dienstrechtlichen Verfahrens zu verschaffen.

7. Wichtige Erlasse und Rundverfügungen sowie eine Übersicht möglicher zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Ansprüche (in der Anlage)

Im Auftrag

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Mietzner'.

Mietzner