

## **GPA-Mitteilung 4/2009**

**Az.800.043**

24.07.2009

### **Einsatz derivativer Finanzprodukte bei kommunalen Beteiligungsgesellschaften**

Im GPA-Geschäftsbericht 2008 (Seite 72 ff.) ist auf den Einsatz derivativer Finanzprodukte bei den Kommunen auf der Grundlage des sog. Derivaterlasses des IM vom 17.08.1998 eingegangen worden. Zuvor wurde infolge der aktuellen Entwicklungen und der kontrovers geführten Diskussionen über deren Zulässigkeit in einer Abstimmung mit dem Innenministerium und den oberen Rechtsaufsichtsbehörden entschieden, dass gegenüber dem früher festgelegten Rechtsrahmen keine Erleichterungen zugelassen werden sollen. Danach dürfen nur zinsbezogene Derivate eingesetzt werden, die sich auf konkrete Kreditgeschäfte beziehen (Konnexität), welche mit einem aktuellen Zinsänderungsrisiko behaftet sind. Darüber hinaus gehende Geschäfte sind mit dem strikten Spekulationsverbot nicht vereinbar. Bezüglich der Einzelheiten und Kriterien über die Zulässigkeit der einzelnen derivativen Finanzprodukte wird auf den o.g. Geschäftsberichtsbeitrag verwiesen.

Nach den Erkenntnissen der GPA und Presseberichterstattungen zufolge ist der Einsatz derivativer Finanzprodukte bei kommunalbeteiligten Gesellschaften wohl sogar noch weiter verbreitet als bei den Kommunen selbst. Teilweise sind die kommunalen Gesellschafter in den Abschluss dieser Geschäfte nicht eingebunden gewesen und haben von deren Existenz und teils ergebnisbelastenden Auswirkungen überhaupt nicht oder erst später erfahren. In diesem Zusammenhang stellen sich die Fragen, ob die kommunalbeteiligten Gesellschaften in Privatrechtsform dieselben strengen Einsatzvoraussetzungen beachten müssen wie ihre kommunalen Gesellschafter und wer ggf. deren Einhaltung sicherzustellen hat, da die Gesellschaften nur Aufgaben der Kommunen erfüllen und deren Kapital verwalten.

Über diese Fragen wurde in einer weiteren Abstimmung unter den o.g. Rechtsaufsichtsbehörden mittlerweile Einigkeit erzielt. Danach gelten für die Gesellschaften dieselben strengen Einsatzvoraussetzungen wie für die Kommunen (s.o.) und diese haben im Rahmen der Verwaltung ihrer Beteiligungsgesellschaften sowie ihrer Gesellschafterrechte für deren Einhaltung zu sorgen (s.a. Morlin, Befugnisse kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu

Spekulationsgeschäften, NVwZ 2007 S. 1159 ff. m.w.N.). Letzteres ergibt sich sowohl aus der Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung als Voraussetzung über die Zulässigkeit der Beteiligung einer Kommune an einer Gesellschaft in Privatrechtsform (§ 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GemO) sowie aus der Verpflichtung der Kommunen, ihre Beteiligungsunternehmen so zu steuern und zu überwachen, dass der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt und das Unternehmen wirtschaftlich geführt wird (§ 103 Abs. 3 GemO).

Hinsichtlich der Einsatzvoraussetzungen ist der öffentliche Zweck maßgebend, der auch bei einer Privatrechtsform unberührt bleibt. Umfang und Inhalt des öffentlichen Zwecks kann bei einer Aufgabenausgliederung in eine Privatrechtsform nicht über dessen Grenzen hinaus beliebig ausgedehnt werden. Der öffentliche Zweck rechtfertigt eine zulässige wirtschaftliche Betätigung der Kommune (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO). Dasselbe gilt sinngemäß auch für sog. nichtwirtschaftlichen Unternehmen und Einrichtungen i.S. von § 102 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GemO, bei denen sich der öffentliche Zweck bei Pflichtaufgaben aus der gesetzlichen Aufgabenverpflichtung und bei den übrigen Aufgaben durch die örtlichen Rahmenbedingungen in Verbindung mit dem Selbstverwaltungsrecht ergibt. Nach herrschender Auffassung umfasst der öffentliche Zweck die Lieferungen und Leistungen im sachlichen und räumlichen Wirkungskreis einer Gemeinde zur Befriedigung der Bedürfnisse der Gemeindeglieder. Es muss sich also um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen der Gemeindeglieder aus Gründen des Gemeinwohls und nicht der Gewinnerzielung handeln. Das spekulativen Finanzprodukten immanente Gewinnstreben wird deshalb gerade nicht vom öffentlichen Zweck i.S. des Gemeindegliedersrechts erfasst.

Somit ist der Einsatz unzulässiger derivativer Finanzprodukte bereits durch den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand untersagt, sofern er auf den öffentlichen Zweck beschränkt ist und im Gesellschaftsvertrag keine Erweiterungen und Zusätze verwendet werden wie z.B. „alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die den Zwecken der Gesellschaft dienlich sind“. Daran ist die Geschäftsführung und somit im Rahmen von zustimmungsbedürftigen Geschäftsführerentscheidungen auch der Aufsichtsrat sowie die Gesellschafterversammlung bei Einzelentscheidungen im Innenverhältnis gebunden. Trotzdem sind z.B. bei einer GmbH außerhalb des gesellschaftsvertraglichen Gesellschaftsgegenstands geschlossene Geschäfte im Außenverhältnis gegenüber Dritten wirksam (§ 37 Abs. 2 GmbHG).

Meist ist aber der Unternehmensgegenstand durch vorgenannte oder ähnliche gesellschaftsvertragliche Zusätze über den öffentlichen Zweck hinaus erweitert, so dass bei den Gesellschaften der Einsatz spekulativer Finanzprodukte grundsätzlich nicht ausgeschlossen

ist. Sofern die Befugnisse der Geschäftsführung, die die Gesellschaft nach den Vorgaben der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und den Weisungen der Gesellschafter leitet (z.B. § 37 Abs. 1 GmbHG), nicht entsprechend eingeschränkt sind, kann sie alleine über deren Einsatz entscheiden. Deshalb haben die Kommunen in diesen Fällen durch eine geeignete Kompetenzkonzeption im Innenverhältnis zur Geschäftsführung dafür zu sorgen, dass im Rahmen ihrer kommunalrechtlich vorgeschriebenen Steuerungs- und Überwachungspflichten (§ 103 Abs. 3 GemO) nur zulässige Finanzprodukte eingesetzt werden. Hierzu gibt es abhängig von den jeweiligen Beteiligungsverhältnissen vielfältige Möglichkeiten. Insbesondere bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) kann die Geschäftsführung durch die Gesellschafter oder den Aufsichtsrat verpflichtet werden, im Rahmen der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 GmbHG) eine mit ihnen abgestimmte Arbeitsanweisung zu erlassen, vergleichbar mit der vom Deutschen Städtetag entwickelten entsprechenden Musterdienstanweisung, in der die einsetzbaren Finanzprodukte und deren Einsatzbedingungen zu bestimmen sind. Erlass und Einhaltung der Arbeitsanweisung wären dann vom Aufsichtsrat im Rahmen seiner Geschäftsführerüberwachung zu kontrollieren (§ 52 GmbHG i.V. mit § 111 AktG). Besteht kein Aufsichtsrat, kommt der Gesellschafterversammlung diese Funktion zu (§ 46 Nr. 6 GmbHG). Dieser Ansatz entspricht auch dem Fragenkatalog des IDW über die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Geschäftsführungsinstrumentariums nach § 53 HGrG im Rahmen der Abschlussprüfung kommunalbeteiligter Gesellschaften (Fragenkreis 5: Einsatz von Finanzprodukten, Derivaten usw.). Ansonsten sind die Befugnisse der Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung für die Geschäftsleitung oder im Geschäftsführervertrag soweit einzuschränken, dass ihr der Einsatz unzulässiger derivativer Finanzprodukte verwehrt ist. Bei gesellschaftsvertraglich erweitertem Unternehmensgegenstand sind Gesellschafterweisungen nach § 37 GmbHG im Blick auf Geschäftsführerwechsel nicht praktikabel. Gleichwohl scheint es auch für zulässige derivative Finanzprodukte sinnvoll, deren Einsatz von der Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung abhängig zu machen oder wenigstens eine diesbezügliche Berichtspflicht der Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftsorganen festzulegen.

Zusammenfassend gilt, dass eine Kommune ihrer Beteiligungsgesellschaft nicht mehr an Befugnissen übertragen kann, als ihr im Rahmen eines öffentlichen Zwecks selbst zustehen. Ist dies aufgrund eines gesellschaftsvertraglich erweiterten Unternehmensgegenstands trotzdem geschehen, hat sie den Handlungsspielraums der Geschäftsführung mindestens soweit zu beschränken, dass ihr nur der Einsatz zulässiger Finanzprodukte erlaubt ist. Soweit dies bei bestehenden Gesellschaften bisher nicht geschehen ist, sind zur Einhaltung vorstehender Grundsätze entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.