

C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

Geldanlagen im kommunalen Bereich

Verfasser: Hugo **Dobler**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Vorbemerkung	16
2 Rechtliche Grundlagen – Änderungen und Anpassungen	16
3 Aktuelle Entwicklungen	17
3.1 Wegfall der Einlagensicherung der Privatbanken	17
3.2 Niedrigzinsphase, Negativzinsen, Verwahrentgelte	18
4 Fragestellungen aufgrund der aktuellen Entwicklungen	18
4.1 Anlagemöglichkeiten trotz fehlender Einlagensicherung	18
4.1.1 Ratingagenturen	19
4.1.2 Bekanntmachung von Maßnahmen der BaFin	20
4.1.3 Jahresabschlüsse, Geschäftsberichte und sonstige Geschäftsunterlagen der Bankinstitute	20
4.1.4 Systemrelevante Institute	20
4.2 Anlagemöglichkeiten in der Niedrigzinsphase	21
4.3 „Alternative“ Anlagemöglichkeiten	22
4.3.1 Aufnahme von (Kassen-)Krediten zur Erzielung von Zinsgewinnen	22
4.3.2 Verwahrung von Geldmitteln der Rücklage in Bankschließfächern	22
4.4 Kommunale Stiftungen	24
4.4.1 Rechtsfähige kommunale, kommunal verwaltete Stiftungen	24
4.4.2 Fiduziarische Stiftungen	25
5 Abschließende Empfehlung	25

1 Vorbemerkung

Wir haben in unserem Geschäftsbericht 2012, S. 15 ff., die rechtlichen Grundlagen und Fälle aus der Praxis zum Thema Geldanlagen im kommunalen Bereich dargestellt. In der Zwischenzeit sind Entwicklungen auf den Finanzmärkten und Änderungen in den rechtlichen Rahmenbedingungen eingetreten, die eine Aktualisierung und Ergänzung der in dem o. a. Geschäftsbericht enthaltenen Ausführungen und der vertretenen Rechtspositionen notwendig machen. Daneben sind Probleme aufgrund der geänderten Rahmenbedingungen eingetreten, die in dieser Form vor einigen Jahren schlichtweg undenkbar gewesen wären. Zahlreiche Anfragen an unsere Geschäftsstelle belegen, dass eine große Ungewissheit und Unsicherheit herrschen, z. B. welche Geldanlagen bei welchem Institut noch möglich sind angesichts einer Zeit, in der für (bisher und nach wie vor zulässige) Geldanlagen so genannte „Strafzinsen“ oder „Verwahrerentgelte“ anfallen und man zum Teil für aufgenommene Kredite Zinserträge generieren kann. Von den Rechtsaufsichtsbehörden werden – nach unseren Eindrücken – die kommunalen Körperschaften häufig mit den pauschalen Hinweisen auf die kommunale Selbstverwaltung und die (eigene) selbstständige Anlageentscheidung nicht ausreichend unterstützt. Eine Reduzierung der Rechtsposition auf die Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie „Sicherheit vor Ertrag“ ist wenig hilfreich und schafft in der Praxis keine Klarheit.

Wir wollen im Folgenden versuchen, die aktuellen Probleme und Fragestellungen zu beschreiben und – soweit möglich – Hilfestellungen anzubieten oder Lösungswege aufzuzeigen. Wir möchten jedoch auch betonen, dass auch wir bei bestimmten Fallgestaltungen mit Lösungen an unsere Grenzen stoßen, da hier der Gesetz- oder Normgeber aufgefordert wäre, die Rahmenbedingungen anzupassen oder zu ändern.

2 Rechtliche Grundlagen – Änderungen und Anpassungen

Die in unserem Geschäftsbericht 2012 unter Abschnitte 2.1 bis 2.3 aufgezeigten rechtlichen Vorgaben sind nach wie vor gültig. Insoweit verweisen wir auf diese Ausführungen. Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr (jetzt Staatsministerium des Innern und für Integration) hat mit kürzlich ergangenen Verlautbarungen einige bisher vertretene Rechtspositionen modifiziert:

- Im Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr (IMS) vom 01.03.2016, Az.: IB4-1517-5-x, an die Regierungen führte das Staatsministerium für kommunale, kommunal verwaltete (rechtsfähige) Stiftungen aus, dass den üblichen sicheren Anlageformen auch Aktien mit Ertrag bringenden Dividenden beigemischt werden können, um bei überschaubarem Risiko die Bestandserhaltung des Grundstockvermögens und das Erwirtschaften von Erträgen zu ermöglichen.¹ Der für die allgemeine kommunale Haushaltswirtschaft geltende Grundsatz „Sicherheit vor Ertrag“ gilt nach Ansicht des Staatsministeriums im Stiftungsrecht nicht.

¹ Die stiftungsrechtlichen Hintergründe und Aspekte dieser Regelung sind nicht Gegenstand dieses Artikels; insoweit wird auf die Ausführungen im zitierten IMS vom 01.03.2016 verwiesen.

- Mit IMBek vom 09.03.2017, AllIMBI S. 165 ff., hat das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr unter Nr. 3 verschiedene Hinweise zu kommunalen Geldanlagen in Zeiten von Niedrig- und Negativzinsen gegeben. Zusammengefasst wurde Folgendes bestimmt:
 - Die Veranschlagung und Verbuchung von Negativzinsen (und damit die Übernahme dieser Ausgaben durch den kommunalen Haushalt) sind hinnehmbar und zulässig (Nr. 3.1 der IMBek).
 - Die im o. a. IMS vom 01.03.2016 aufgezeigten Anlagegrundsätze für kommunale, kommunal verwaltete (rechtsfähige) Stiftungen können für kommunal verwaltete fiduziarische Stiftungen entsprechend herangezogen werden, d. h. eine Beimischung von Ertrag abwerfenden Aktien ist zulässig. Ist allerdings die Niedrigzinsphase beendet und eine Aufzehrung des Stiftungsvermögens nicht mehr zu besorgen, ist zu prüfen, wie die Anlage des Stiftungsvermögens im Rahmen einer geordneten Vermögensverwaltung umgeschichtet werden kann, um dem Grundsatz „Sicherheit vor Ertrag“ wieder uneingeschränkt Geltung zu verschaffen (Nr. 3.2 der IMBek).

3 Aktuelle Entwicklungen

3.1 Wegfall der Einlagensicherung der Privatbanken

Die bestehenden Einlagensicherungssysteme haben wir in unserem Geschäftsbericht 2012, S. 20 (Abschnitt 2.4) detailliert beschrieben. Eine wesentliche Änderung wurde ab dem 01.10.2017 wirksam, als der Bundesverband deutscher Banken e. V. festlegte, dass Bund, Länder und Kommunen nicht mehr dem Schutz der freiwilligen Einlagensicherung unterliegen.² Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie privatrechtlich organisierte Unternehmen in staatlichem Eigentum (z. B. Stadtwerke) sollen weiterhin geschützt sein; bei diesen genannten Stellen sind aber Schuldscheindarlehen und Namensschuldverschreibungen ab dem 01.10.2017 und Einlagen mit einer Laufzeit von mehr als 18 Monaten ab dem 01.01.2020 nicht mehr geschützt.³ Nachdem kommunale Gebietskörperschaften schon bisher keinen Entschädigungsanspruch aus der gesetzlichen Einlagensicherung besaßen, verbleiben für die Kommunen der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes öffentlicher Banken e. V. (www.voeb.de) sowie die Institutssicherungssysteme der Sparkassen-Finanzgruppe (www.dsgv.de) und des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (www.bvr.de). Aufgrund der unterschiedlichen Funktionsweisen der Sicherungssysteme und Entschädigungsbedingungen⁴ haben wir in unserem o. a. Geschäftsbericht empfohlen, konkret bei dem Institut nachzufragen, ob das in Frage kommende Anlageprodukt von der Einlagensicherung erfasst ist. Diese Empfehlung halten wir auch aktuell für sinnvoll.

² vgl. z. B. Schreiben der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 08.03.2017, Az.: 20.38.20, Rundschreiben des Deutschen Landkreistags vom 15.03.2017, Az.: III/950-10

³ Bayerischer Gemeindetag 5/2017, S. 232 f.

⁴ vgl. Herz/Mattes, Die neuen Bankenabwicklungsregeln und ihre Auswirkungen auf Anlagen von Krankenkassen, NZS 2016, 606, Abschnitt V

3.2 Niedrigzinsphase, Negativzinsen, Verwahrentgelte

In der Ratssitzung der Europäischen Zentralbank (EZB) am 14.12.2017 blieben sowohl der Leitzins von 0,00 % als auch der Strafzins von minus 0,4 %, den Banken für das Parken von Geld bei der EZB zahlen müssen, unverändert.⁵ Allgemein ist davon auszugehen, dass sich die Marktsituation und damit die Niedrigzinsphase auch in den Jahren 2018 und 2019 ähnlich wie 2017 darstellen werden.⁶ Zahlreiche Banken und Institute sind dazu übergegangen, Straf- oder Negativzinsen an ihre Kunden weiterzureichen. Davon betroffen sind auch kommunale Körperschaften. Teilweise werden bereits auf Girokonten-Guthaben ab dem ersten Euro Zinsen in Form eines so genannten Verwahrentgelts erhoben. Die Zulässigkeit der Erhebung derartiger Verwahrentgelte oder (Negativ-/Straf-)Zinsen wird in der Fachliteratur unterschiedlich diskutiert. Während einerseits zum Teil die Weitergabe von Negativzinsen bei bayerischen Sparkassen nicht ausgeschlossen sein soll,⁷ wird andererseits die Erhebung von Negativzinsen – zumindest bei bestehenden Einlagenverträgen ohne gesonderte Regelung – abgelehnt.⁸ Soweit ersichtlich hat sich bisher nur ein Gericht mit der Thematik beschäftigt: Die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg hat gegen die Erhebung von Strafzinsen durch die Volksbank Reutlingen geklagt. Das Landgericht Tübingen hat sich dazu Anfang Dezember 2017 dahingehend geäußert, dass bei neu angelegten Konten Negativzinsen (für Kleinsparer) zulässig seien. Entscheidend sei, ob und wann Kunden von ihrer Bank auf die möglichen Kosten hingewiesen würden.⁹ Ob und in welcher Form das Urteil des Landgerichts Tübingen rechtskräftig wird und welche Auswirkungen sich gegebenenfalls für die kommunalen Körperschaften ergeben, ist noch offen. Das Staatsministerium des Innern und für Integration jedenfalls hält (derzeit) die Übernahme von Negativzinsen durch die Kommunen für zulässig.¹⁰

4 Fragestellungen aufgrund der aktuellen Entwicklungen

4.1 Anlagemöglichkeiten trotz fehlender Einlagensicherung

In der Fachzeitschrift „Der Neue Kämmerer“ wurden in der Ausgabe 4/2017 Kämmerer bayerischer und außerbayerischer Städte befragt, welche Konsequenzen sie aus dem Wegfall der Einlagensicherung der privaten Banken ziehen. Die Bandbreite der Antworten ging von der Beendigung der Geschäftsbeziehung mit privaten Banken bis hin zur (weiteren) Anlage bei privaten Banken, wenn sie über ein sehr gutes Rating der großen Ratingagenturen verfügen. Eine Äußerung des Staatsministeriums des Innern und für Integration, wonach Geldanlagen bei Privatbanken nicht (mehr) zulässig wären, ist uns nicht bekannt. Bei der Veranstaltung „Kommunale 2017“ in Nürnberg äußerte sich die Vertreterin des Staatsministeriums dahingehend, dass

⁵ <https://www.boerse.de/nachrichten/boersede-informiert-EZB-Zinsentscheid/7623251> (Stand Dezember 2017)

⁶ vgl. Bayerischer Gemeindetag 12/2017, S. 538, Forum I der Kommunale 2017: Geldanlage in Zeiten der Niedrigzinsphase

⁷ Binder/Hellstern, Ist die Weitergabe von Negativzinsen an Sparkasseneinleger rechtlich zulässig? in ZIP 2016, 1309 ff. <juris-Dok>

⁸ Wagner, Zur rechtlichen Wirksamkeit von Negativzinsen, BKR 2017, 315 ff.

⁹ <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/sparen-und-geld-anlegen/strafzinsen-landgericht-tuebingen-faellt-urteil-15331008.html> (Stand Dezember 2017)

¹⁰ vgl. die unter Abschnitt 2 genannte IMBek vom 09.03.2017

erhöhte Anforderungen an die Prüfung bei der Auswahl des Kreditinstituts auf die Kommunen zukämen. In diesem Zusammenhang wurde auf einen (nicht veröffentlichten und nicht näher zitierten) Runderlass von Schleswig-Holstein vom 14.09.2017 verwiesen, wonach sich die Gemeinde besonders sorgfältig zu unterrichten hat bei Anlagen bei Kreditinstituten, die nicht durch ein Einlagensicherungssystem oder ein institutsbezogenes Sicherungssystem geschützt sind, und bei ausländischen Kreditinstituten. Anhaltspunkte können z. B. das Rating des Instituts sowie bei ausländischen Instituten die Stabilität des dortigen Bankenmarkts sein.

Offen bleibt jedoch, insbesondere unter Berücksichtigung der personellen und fachlichen Rahmenbedingungen vor Ort, wie eine Kommune konkret eine sorgfältige Unterrichtung oder Prüfung vornehmen kann bzw. welche Informationsquellen sie benutzen soll. Wir möchten im Folgenden einige Überlegungen anstellen, wie eine derartige Prüfung aussehen könnte und welche Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Wichtig ist, die Überlegung und die Entscheidungskriterien sowie die Informationsquellen und die Herkunft der Daten (insbesondere aus dem Internet) zu dokumentieren, um sie für gegebenenfalls erforderliche Gremiumsbeschlüsse verwenden und die Entscheidungsfindung für Dritte nachvollziehbar darstellen zu können.

4.1.1 Ratingagenturen

Die Heranziehung von Bonitätseinstufungen der Rating-Agenturen ist lediglich ein Beurteilungskriterium. Jedoch kann dies nach unserer Auffassung nicht das alleinige Kriterium sein, insbesondere ersetzt sie nicht die eigene Beurteilung.¹¹ Ratingagenturen sind in der zurückliegenden Finanzkrise erheblich in die Diskussion geraten, weil ihnen vorgeworfen wurde, dass aufgrund zu positiver Ratings ein unzutreffendes Bild der bewerteten Unternehmen abgegeben wurde. In der Folge wurden sowohl auf EU-Ebene¹² als auch vom Bundesgesetzgeber¹³ Regelungen erlassen, die die Methoden und Arbeitsweisen von Ratingagenturen verbessern und eine Aufsicht durch die EU bzw. die Mitgliedstaaten gewährleisten sollen.

Bei einem (externem) „Rating“ kann es sich sowohl um eine Bewertung hinsichtlich der zeitgerechten und vollständigen Erfüllung von Zins- und Tilgungsverpflichtungen bezüglich eines konkreten Finanztitels (Emission), das so genannte Emissionsrating, als auch um die Bewertung der Kreditwürdigkeit eines Unternehmens handeln (Emittentenrating).¹⁴ Im Internet gibt es zahlreiche Möglichkeiten, sich Informationen über das Emittentenrating eines konkreten Bankinstituts zu besorgen, z. B.

<https://www.tagesgeldvergleich.net/ratgeber/banken-ratings.html>,
<http://www.finanztip.de/sichere-banken/> und
http://www.rating-index.com/Rating_Banken.

Zum Teil werden von den Bankinstituten selbst die Ratingergebnisse auf ihren Internetseiten angegeben. Wir empfehlen, sich im Internet nicht nur auf eine Quelle zu beschränken. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass neben den großen Ratingagenturen

¹¹ vgl. unseren Geschäftsbericht 2012, Fallbeispiel 4, S. 28 f.

¹² vgl. z. B. Verordnung (EU) Nr. 462/2013 vom 21.05.2013, ABl. EU Nr. L 146, S. 1 ff.

¹³ vgl. z. B. Gesetz zur Verringerung der Abhängigkeit von Ratings vom 10.12.2014, BGBl I S. 2085 ff.

¹⁴ Kontogeorgou: Externes Rating und Anlegerschutz im Spiegel der neuen Verordnung (EU) Nr. 462/2013, DSfR 2014, 1397

zahlreiche weitere Ratingagenturen tätig sind, die auf ihren Internetseiten ebenfalls Informationen zu bewerteten Unternehmen anbieten. Eine Liste dieser in der EU unter der Aufsicht der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA agierenden Agenturen kann von der Internetseite der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) heruntergeladen werden.¹⁵

4.1.2 Bekanntmachung von Maßnahmen der BaFin

Die BaFin veröffentlicht bestimmte Maßnahmen auf der Grundlage von § 60b Abs. 1 KWG, die sie gegenüber Instituten oder Geschäftsleitern wegen eines Verstoßes gegen das KWG, andere Vorschriften oder EU-Regelungen verhängt. Die Liste der Maßnahmen kann auf der Internetseite der BaFin eingesehen werden.¹⁶ Bei den betroffenen Instituten wird man zumindest in Frage stellen können, ob eine Anlage von öffentlichen Mitteln gerechtfertigt ist.

4.1.3 Jahresabschlüsse, Geschäftsberichte und sonstige Geschäftsunterlagen der Bankinstitute

Eine wichtige Quelle rechtlich relevanter Unternehmensdaten ist das Unternehmensregister.¹⁷ Hier werden alle wichtigen veröffentlichungspflichtigen Daten über Unternehmen zentral zusammengeführt und für Interessenten abrufbar bereitgestellt. Es können Jahresabschlüsse, Finanzberichte und sonstige unternehmensrelevante Mitteilungen von Bankinstituten eingesehen werden. In den Lageberichten der Jahresabschlüsse wird üblicherweise unter anderem auf die geschäftliche Entwicklung, das geschäftliche Umfeld und auf Risikofaktoren eingegangen. Aus den zur Verfügung stehenden Daten kann man sich nach unseren Erfahrungen zumindest einen Überblick über die finanzielle Situation des jeweiligen Bankinstituts verschaffen.

Daneben bieten viele Bankinstitute auf ihren Internetplattformen die Möglichkeit an, aktuelle Geschäftsberichte einzusehen.

4.1.4 Systemrelevante Institute

Bei systemrelevanten Finanzinstituten handelt es sich um große und stark vernetzte Unternehmen, deren Insolvenz einen systemischen Schaden im Staats- und Finanzsystem nach sich ziehen würde („Too-Big-To-Fail“ – „Zu groß zum Scheitern“), so dass sich Regierungen ein derartiges Risiko nicht leisten können.¹⁸ Im EU-Raum und auf Ebene der Mitgliedstaaten¹⁹ wurde speziell für diese Institute ein umfassendes System der Bankenregulierung geschaffen: Die Grundüberlegung besteht darin, dass es dem Staat schon wegen der Auswirkungen auf die Sozialsysteme nicht gleichgültig sein kann, ob seine Einwohner ihr Vermögen durch die Machenschaften unseriöser Institute verlieren.²⁰ Demzufolge hat die Europäische Zentralbank

¹⁵ https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2013/fa_bj_2013_01_ratingagenturen.html (Stand Dezember 2017)

¹⁶ https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/Massnahmen/Mitteilungen/mitteilungen_node.html (Stand Dezember 2017)

¹⁷ <https://www.unternehmensregister.de> (Stand Dezember 2017)

¹⁸ Hopt/Wohlmannstetter, Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, 2. Teil, Abschnitt I D

¹⁹ z. B. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2014, S. 45 ff.

²⁰ Münchener Kommentar zum BGB, 2018, Teil 12 Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 191

eine Liste bedeutender beaufsichtigter Unternehmen und weniger bedeutender Institute herausgegeben.²¹ Daneben kann von der Internetseite der BaFin eine Liste weiterer systemrelevanter Institute in Deutschland heruntergeladen werden.²² Wegen der Systemrelevanz dieser Institute geht man davon aus, dass – unabhängig von einer möglichen Einlagensicherung – bei einer schweren Krise des Bankensektors die Institute kaum in der Lage sein werden, alle Einlagen zu bedienen. Deshalb ist es wahrscheinlich, dass die einzelnen Staaten einspringen werden (weshalb neben einer guten Bonität der Institute auch auf eine gute Finanzkraft des Staates zu achten ist).

Für die kommunalen Geldanlagen stellen sich im Ergebnis folgende Fragen: Wie groß ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein systemrelevantes Institut (z. B. in Deutschland) tatsächlich in Insolvenz geht und die Kunden, d. h. die Kommunen ihre Spareinlagen verlieren? Wie wahrscheinlich würde in diesem Fall das Ausbleiben einer staatlichen Unterstützungsaktion sein? Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Deutschland beim Rating durch die drei großen Ratingagenturen nach wie vor mit den besten Noten abschneidet.²³ Auch wenn natürlich von der Größe bzw. der Systemrelevanz eines Instituts nicht automatisch auf die (Un-)Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz oder Abwicklung geschlossen werden kann,²⁴ sollte dieser Aspekt bei der Anlageentscheidung mit berücksichtigt werden. Letztendlich muss aber jede Kommune selbst entscheiden, ob bzw. wie sie die Systemrelevanz der Institute gewichten und in die Anlageentscheidung miteinfließen lassen will.²⁵

Zu Buchst. 4.1.1 bis 4.1.4:

Wir vertreten die Auffassung, dass der Wegfall der Einlagensicherung für Kommunen nicht automatisch bedeutet, dass eine Anlage bei den Privatbanken nicht mehr möglich ist. Unseres Erachtens gibt es ausreichend Möglichkeiten, sich über die finanzielle Situation der Privatbanken zu informieren. Zudem haben wir verschiedene Überlegungen und Aspekte aufgezeigt, die eine Geldanlage bei Privatbanken aus Sicht der überörtlichen Prüfung nicht ausschließen.

4.2 Anlagemöglichkeiten in der Niedrigzinsphase

Auch die derzeitige Niedrigzinsphase rechtfertigt kein Abweichen vom Grundsatz „Sicherheit vor Ertrag“. Auf diesen Umstand hat auch das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr in der oben erwähnten IMBek vom 09.03.2017 unter Ziffer 3 hingewiesen. Demzufolge kommen die in der Fachliteratur nach wie vor als zulässig erachteten Anlageformen in Betracht (z. B. Termingelder, Festgelder, Sparguthaben)²⁶. Dabei ist zur Vermeidung von Strafzinsen oder Verwarentgelten sowohl eine Aufteilung auf verschiedene Bankinstitute als auch eine Verteilung des Kapitals auf verschiedene Laufzeiten zu empfehlen. Die Ausführungen in unserem Geschäftsbericht 2012, S. 15 ff. sowie die aufgezeigten Fälle aus der Praxis einschließlich unserer Bewertungen gelten im Übrigen unverändert weiter.

²¹ <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm-listofsupervisedentities1409de.pdf>.

²² https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Datenbanken/ASRI/asri_node.html

²³ <http://www.finanztip.de/sichere-banken/print.html?2630>

²⁴ vgl. z. B. Hetzer, Sicherheitsrisiko Deutsche Bank, Kriminalistik 7/2017, S. 456 ff.

²⁵ allgemein zum Thema systemrelevante Banken vgl. <http://www.tagesgeld.info/ratgeber/systemrelevante-banken/>

²⁶ vgl. Schreml/Bauer/Westner, Kommunales Haushalts- und Wirtschaftsrecht in Bayern, Stand März 2018, Erl. 11.1 und 11.2 zu Art. 74 GO

4.3 „Alternative“ Anlagemöglichkeiten

Wie aus verschiedenen Anfragen an unsere Geschäftsstelle hervorgeht, sind zum Teil die Kämmerer und Leiter der Finanzverwaltungen nicht (mehr) gewillt, die Ausgaben für die Strafzinsen oder Verwahrtgelte zu übernehmen. Folgende Handlungsalternativen wurden thematisiert:

4.3.1 Aufnahme von (Kassen-)Krediten zur Erzielung von Zinsgewinnen

Bankinstitute aus den Niederlanden bieten deutschen Kommunen Kredite an und zahlen dafür Zinsen. Hintergrund ist, dass Banken für das Parken von Geldern bei der EZB minus 0,4 % bezahlen müssen. Wenn das Bankinstitut dagegen das Geld an eine Kommune als Kredit ausreicht, kann es den eingesparten Zins – zumindest teilweise – an die Kommune weitergeben. Deshalb erhält die Kommune für die Kreditaufnahme einen Zinsertrag. In einem uns bekannt gewordenen Fall hat auch eine bayerische Kommune eine derartige Kreditaufnahme praktiziert.

Wie ist diese Vorgehensweise haushaltsrechtlich zu werten?

Die Aufnahme von Krediten ist in Art. 71 GO und Art. 73 GO geregelt. Nach Art. 71 Abs. 1 GO und Art. 62 Abs. 3 GO dürfen Kredite (im Sinne des § 87 Nr. 26 KommHV-Kameralistik/§ 98 Nr. 43 KommHV-Doppik) nur zur Finanzierung von Investitionen, für Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufgenommen werden. Kassenkredite im Sinne des Art. 73 GO dienen zur Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten der Kasse und sind dazu bestimmt, die rechtzeitige Leistung von Ausgaben sicherzustellen.²⁷

Die Aufnahme von Krediten nach Art. 71 GO und Art. 73 GO ausschließlich zur Erzielung von Zinserträgen ist nach unserer Auffassung kommunalrechtlich nicht zulässig.²⁸ Soweit die kommunal- und haushaltsrechtlichen Voraussetzungen (u. a. Art. 71 GO, Kredit-Bek; Art. 73 GO) erfüllt sind, bestehen gegen die Aufnahme von Krediten mit Zinserträgen jedoch keine Bedenken. Allerdings muss eine Kommune im Blick behalten, ob und welches Zinsanpassungsrisiko sie je nach Vertragsgestaltung trifft.

4.3.2 Verwahrung von Geldmitteln der Rücklage in Bankschließfächern

Nachdem derzeit die Zinserträge bei konventionellen Geldanlagen bestenfalls gegen 0 % tendieren und vielfach Strafzinsen oder Verwahrtgelte erhoben werden, wurde verschiedentlich die Möglichkeit erwogen, Geldmittel in Bankschließfächern zu deponieren.

Die Verwahrung von Geldmitteln in Bankschließfächern wirft unseres Erachtens mehrere Probleme auf:

Grundlage für das Deponieren von Gegenständen in einem Bankschließfach ist der Abschluss eines Schrankfachvertrags. Dieser Schrankfach- oder Schließfachvertrag ist nach überwiegen-

²⁷ Schulz/Wachsmuth/Zwick u. a., Kommunalverfassungsrecht Bayern, Stand Juli 2017, Erl. 1 zu Art. 73 GO

²⁸ vgl. auch Zimmermann, Bayerischer Gemeindetag 9/2016, S. 328 f., der überdies auf ungeklärte rechtliche Probleme hinweist, die sich aus dem gesetzlichen Modell des Darlehensvertrags in § 488 BGB ergeben. Danach ist nämlich der Darlehensnehmer zur Zinszahlung verpflichtet, so dass sich die Frage stelle, ob negative Zinsen überhaupt von einer kreditnehmenden Gemeinde beansprucht werden dürfen oder gar zurückgezahlt werden müssen.

der Meinung ein Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB.²⁹ Abzugrenzen ist der Schrankfachvertrag von einem Verwahrvertrag im Sinne des § 688 BGB, bei dem die Übernahme der Obhut über das Verwahrstück durch die Bank im Vordergrund steht. Nachdem die Bank üblicherweise keine Obhut für die verwahrten Gegenstände übernimmt und somit in Bezug auf den Schrankinhalt weder berechtigt (abgesehen vom Vermieterpfandrecht der Bank an den eingebrachten Sachen, § 578 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1, § 562 BGB) noch verpflichtet ist, scheidet ein Verwahrvertrag aus. Maßgeblich ist diese Differenzierung deshalb, weil die Schutz- und Obhutspflichten beim Mietvertrag und Verwahrvertrag unterschiedlich geregelt sind. Nach der uns vorliegenden Rechtsprechung obliegen einer Bank als Vermieterin eines Schrankfachs die Sicherung der Anlage selbst sowie die allgemeine Kontrolle und Überwachung des Zugangs. Wenn die Bank diese Überwachungs- und Sicherungsmaßnahme erfüllt oder wenn sie den Kunden vorher auf fehlende Obhutsmaßnahmen hinweist, haftet sie nicht für das Entwenden oder den Verlust des Schließfachinhalts.³⁰

Neben diesen Risiken stellt sich auch die grundsätzliche Frage der Wirtschaftlichkeit einer Verwahrung von Geldbeständen in Bankschließfächern. Für das Bankschließfach ist ein Mietentgelt zu entrichten. Daneben wird über den Inhalt des Schließfachs (den Geldbetrag) eine zusätzliche Versicherung notwendig sein (gegebenenfalls Kassenversicherung, gegebenenfalls gegen Feuer- und Wasserschäden, gegebenenfalls gegen Einbruch). Diese Kosten müssten dem (negativen) Zinsertrag einer herkömmlichen Geldanlage gegenübergestellt werden. Dabei wären auch die jeweiligen Konditionen der Schließfachverträge und der sie ergänzenden Versicherungsverträge genau zu prüfen und zu vergleichen (z. B. Erstrecken der Sicherung auf Bargeld, Höhe des gesicherten Betrags). Was in ein Schließfach eingebracht wird, muss zudem belegt dokumentiert werden.

Beim Zugang zum Bankschließfach müssten unseres Erachtens die Grundsätze der Kassensicherheit beachtet werden: Zum Beispiel dürfte der Zugang zum Bankschließfach nur durch zwei Beschäftigte der Gemeinde gemeinsam möglich sein. Zum anderen müsste überlegt und dokumentiert werden, wo, wie und von wem der Schlüssel oder die Chipkarte aufbewahrt wird und wer Zugang zu diesen Gegenständen hat. Bei der Verwahrung von größeren Geldbeständen (ab mehrere hunderttausend Euro oder Millionenbeträge) wäre es zu überlegen, ob man die gemeinschaftliche Zugangsberechtigung (auch aus Fürsorgegründen) auf mehr als zwei Personen ausweitet.

Es ist nicht klar, wie der ordnungsgemäße Nachweis im Sinne des Art. 74 Abs. 2 Satz 1 GO und § 76 Abs. 1 Satz 2 KommHV-Kameralistik für die im Bankschließfach verwahrten Geldbestände geführt werden soll (davon zu unterscheiden ist der weitere Nachweis, der gegebenenfalls bei zusätzlich notwendigen Versicherungen gegenüber dem Versicherungsgeber oder im Falle des Verlustes der Gegenstände aus dem Schließfach zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu führen wäre³¹). Im Gegensatz zu Geldbeständen auf Bankkonten gibt es bei der Verwahrung von Geldbeständen im Bankschließfach keine Kontoauszüge oder Saldenmitteilungen des Bankinstituts. Lediglich die Barabhebung des zu verwahrenden Geldbestandes vom gemeindlichen Konto wird über den Kontoauszug nachzuweisen sein. Gleichzeitig müsste jedoch auch ein zahlenmäßiger Nachweis (Bestandsaufnahme) geführt werden, dass das vom Konto bar abgehobene Geld auch im Bankschließfach tatsächlich deponiert worden ist. Unabhängig davon ist offen, wie bzw. wie oft der deponierte Geldbestand zu kon-

²⁹ Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017, § 73 Rn. 3

³⁰ Podewils, jurisPR-BKR 1/2017 Anm. 6 mit Verweis auf KG Berlin, Urteil vom 02.03.2016 – 26 U 18/15 <juris-Dok.>; OLG Hamburg, Beschluss vom 17.05.2001 – 1 W 41/00 <juris-Dok.>

³¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.02.2012 – I-24 U 193/11 <BeckRS 2012, 05974>

trollieren ist. Bei größeren Geldbeständen (siehe oben), soweit sie nicht versiegelt sind (z.B. durch die Landeszentralbank), müsste unseres Erachtens durch technische Möglichkeiten (z. B. Geldzählmaschinen) gewährleistet sein, dass Überprüfungen und Zählungen vor Ort mit einem vertretbaren zeitlichen und personellen Aufwand durchgeführt werden können. Nur am Rande sei angemerkt, dass die Verprobung des Soll-Rücklagenstandes mit dem (tatsächlichen) Ist-Bestand sowohl Gegenstand der örtlichen als auch der überörtlichen Rechnungsprüfung ist und entsprechende Überprüfungen und Bestandsaufnahmen vor Ort voraussetzt.

Zusammengefasst raten wir von einer Verwahrung von Geldbeständen in Bankschließfächern aufgrund der vielen offenen Fragen und ungeklärten organisatorischen Abläufe ab. Im Übrigen gibt es unseres Erachtens nach wie vor ausreichend andere, wirtschaftlichere Möglichkeiten der Geldanlage auch unter Berücksichtigung des Wegfalls der Einlagensicherung der Privatbanken.

4.4 Kommunale Stiftungen

4.4.1 Rechtsfähige kommunale, kommunal verwaltete Stiftungen

Mit Schreiben des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr vom 01.03.2016, Az.: IB4-1517-5-x, an die Regierungen wurden neue Hinweise zur Vermögensverwaltung bei kommunalen, kommunal verwalteten Stiftungen gegeben. Kernpunkt des IMS ist die Festlegung, dass der in Art. 74 Abs. 2 Satz 2 GO verankerte Grundsatz „Sicherheit vor Ertrag“ nicht (unmittelbar) gelte, sondern dass die *„gesetzliche Wertung in Art. 6 Abs. 1 BayStG für kommunale, kommunal verwaltete Stiftungen einen Vorrang vor den im allgemeinen kommunalen Wirtschaftsrecht zum Ausdruck kommenden Wertungen“* beanspruche.³² Des Weiteren führte das Staatsministerium aus, dass es bei den derzeitigen Rahmenbedingungen nicht zu beanstanden sei, wenn den üblichen sicheren Anlageformen auch Aktien mit Ertrag bringenden Dividenden beigemischt werden.

Diese Neuregelungen werfen in der Praxis verschiedene Fragen auf³³:

- Die „Rahmenbedingungen“ sind nicht definiert. Es ist offen und nicht bestimmbar, wann eine relevante Änderung der Rahmenbedingungen eintritt bzw. wer darüber entscheidet, wann sie eingetreten ist. Im Übrigen bleibt auch offen, was bei einer Änderung der Rahmenbedingungen veranlasst ist.
- Der Anteil der Beimischung (z. B. %-Satz des Kapitalgrundstockvermögens) ist nicht festgelegt.
- Die konkrete Anlageform ist offen. Die bloße Begrifflichkeit „Aktien mit Ertrag bringenden Dividenden“ ist nicht klar, sondern auslegungsbedürftig. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der Fachliteratur abgeraten wird, Aktien und damit Unternehmen lediglich nach der Ausschüttung von Dividenden zu beurteilen: Es besteht keine Gewähr für zukünftige Ausschüttungen, Dividenden gehen häufig zu Lasten des Aktienkurses und die isolierte Betrachtung der Dividendenrendite kann zu Trugschlüssen über das Rendite-

³² Art. 6 Abs. 1 Satz 1 BayStG lautet: *„Das Vermögen der Stiftung ist sicher und wirtschaftlich zu verwalten.“*

³³ vgl. auch Schrem/Bauer/Westner, a. a. O., Teil VIII, Abschnitt D, Ziffer 4.3.3.1.1

potenzial einer Aktie führen.³⁴ Letztlich könnten Aktien eines Unternehmens vorzuziehen sein, das an Stelle der Ausschüttung von Dividenden zukunftsgerichtete Investitionen tätigt.

Die Entscheidung einer Stiftung, in Anlehnung an die mit o. a. IMS eröffnete Option Kapital in Aktien bzw. sonstigen, möglicherweise risikoreichen Anlageformen anzulegen, ist zwar Ausdruck ihrer Eigenverantwortlichkeit. Dabei sollte allerdings bedacht werden, dass der Einsatz ertragsmaximierender, risikoreicher Anlageformen neben einer höheren Sachkenntnis auch entsprechend engere Überwachungs- und Kontrollsysteme erfordert. Eine verantwortungsbewusste Entscheidung setzt unseres Erachtens zudem voraus, dass die zuständigen Gremien die grundsätzlichen Fragen im Zusammenhang mit der Anlage des Kapitalvermögens durch Erlass von Anlagerichtlinien klären.

Soweit sich die Stiftung für die Beimischung von risikoreichen Anlageformen entscheidet, sollte in Anlagerichtlinien unseres Erachtens dabei mindestens Folgendes geregelt werden.³⁵

- die Festlegung der Anlageziele
- die örtlich zulässigen Anlageformen (Anleihen, Fonds, Aktien etc.)
- die Beschränkung auf bestimmte Risikoklassen und Rating-Kategorien
- der maximale (prozentuale) Anteil der Beimischungen dieser Anlagen im Verhältnis zum gesamten Grundstockkapitalvermögen

Wir empfehlen, bei Zweifelsfragen mit der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde Kontakt aufzunehmen und das weitere Vorgehen abzustimmen.

4.4.2 Fiduziarische Stiftungen

Die unter vorstehendem Abschnitt 4.4.1 aufgezeigten Grundsätze laut IMS vom 01.03.2016 gelten sinngemäß auch für fiduziarische Stiftungen im Sinne des Art. 84 f. GO (vgl. Nr. 3.2 der IMBek vom 09.03.2017).

Auch in diesem Fall empfehlen wir, interne Anlagerichtlinien zu erarbeiten und vom zuständigen Gremium beschließen zu lassen. Wegen der möglichen Regelungsinhalte verweisen wir auf die unter vorstehendem Abschnitt aufgezeigten Vorschläge.³⁶

5 Abschließende Empfehlung

Bei der Entscheidung über die „richtige“ Geldanlage sind unter den derzeitigen Rahmenbedingungen zahlreiche Aspekte zu berücksichtigen. Wir empfehlen dringend, die Überlegungen, Daten und Informationen, die für eine Anlageentscheidung maßgeblich sind, nachvollziehbar

³⁴ Geldtipps, Handbuch der günstigen Geldanlage, herausgegeben von der Akademischen Arbeitsgemeinschaft, Dezember 2017, Gruppe 6a, Abschnitt II, Nr. 1

³⁵ vgl. auch Schreml/Bauer/Westner, a. a. O., Teil VIII, Abschnitt D, Ziffer 4.3.3.1.1

³⁶ vgl. auch Schreml/Bauer/Westner, a. a. O., Erl. 4 zu Art. 84 GO

darzulegen und zu dokumentieren. Dies ist auch deswegen wichtig, da es sich bei wesentlichen Entscheidungen über die Anlage von kommunalen Mitteln grundsätzlich um keine laufende Angelegenheit im Sinne des Art. 37 Abs. 1 GO handelt.³⁷ Dem zuständigen Gremium müssen die maßgeblichen Handlungsalternativen und die Begründungen hierzu sowohl für Einzelentscheidungen als auch für Rahmenentscheidungen vorgelegt werden. Es liegt im ur-eigenen Interesse der Verwaltung, die der Anlageempfehlung und -entscheidung zugrundeliegenden Fakten nachvollziehbar und aktenkundig nachzuweisen. Wir empfehlen, nicht nur bei rechtsfähigen und fiduziarischen Stiftungen, sondern generell die Grundsätze der Anlage und Verwaltung von Geldanlagen in Anlagerichtlinien vom zuständigen Gremium beschließen zu lassen sowie die Einzelheiten, wie übrigens auch in § 21 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz KommHV-Kameralistik³⁸ vorgesehen, durch Dienstanweisung zu regeln.

³⁷ Schrem/Bauer/Westner, a. a. O., Erl. 10 zu Art. 76 GO und Erl. 4 zu § 21 KommHV-Kameralistik

³⁸ Eine gleichlautende Regelung in der KommHV-Doppik existiert nicht.