

MAYER • BROWN

Kreditsicherheiten und Eigenmittelanforderungen an Banken

Webinar

Dirk-Peter Flor

Dr. Simon G. Grieser

September 2014

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

Agenda

- Einleitung
- Begriff der Kreditrisikominderung
- Zulässige Formen der Kreditrisikominderung
- Begriff der Besicherung mit Sicherheitsleistung und der Absicherung ohne Sicherheitsleistung
- Grundsätze für die Anerkennungsfähigkeit von Kreditrisikominderungen
- Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen
- Vertragsrelevante Anforderungen an Immobilien-, Sach- und Forderungensicherheiten sowie Garantien

Einleitung

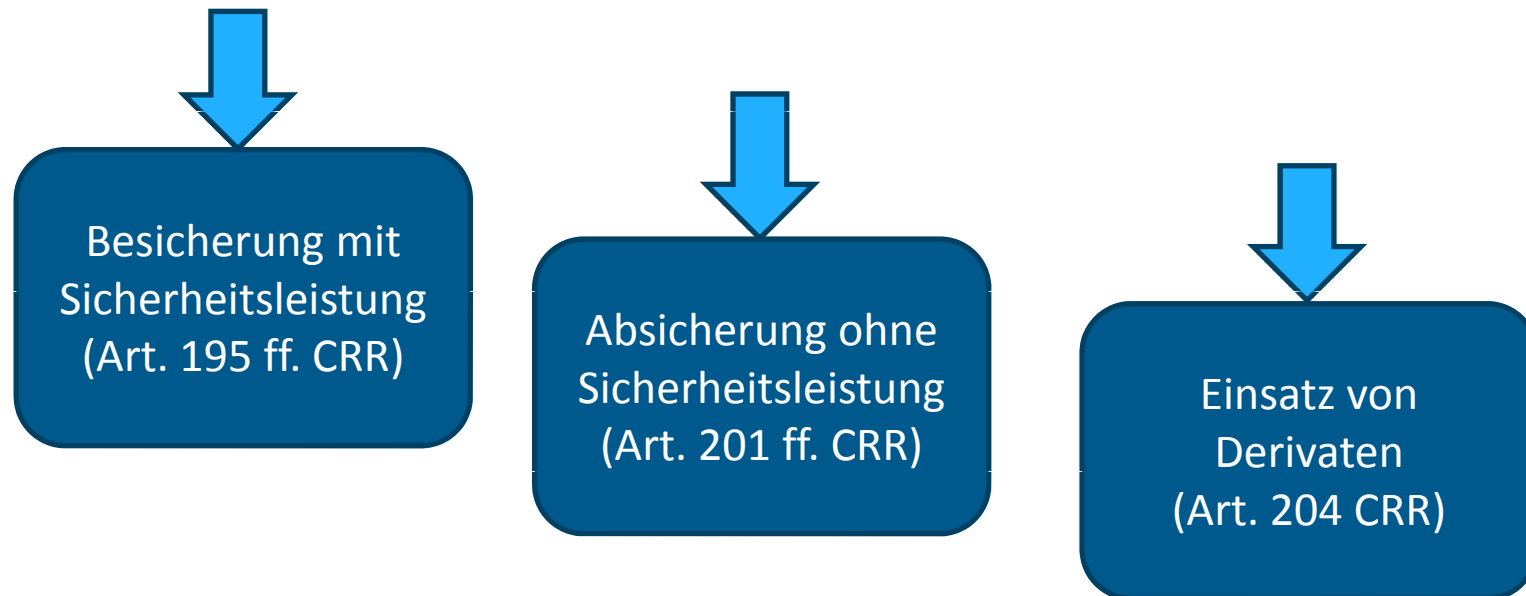
- Die Capital Requirements Regulation („**CRR**“) hat dazu geführt, dass sich die Anforderungen an die Banken zur Unterlegung ihrer Risikopositionen mit angemessenen Eigenmitteln deutlich erhöht haben; dabei hat die CRR die SolvV weitgehend obsolet werden lassen, für die nur noch Raum als Ergänzungsfunktion bleibt
- Mit den steigenden Eigenmittelanforderungen hat auch die Bedeutung von Kreditrisikominderungstechniken zugenommen
- Bereits vor Inkrafttreten der CRR konnten bei der Ermittlung der Eigenmittelanforderungen für das Kreditrisiko Sicherheiten eigenkapitalmindernd berücksichtigt werden
- Während Kreditrisikominderungstechniken im Rahmen der CRD II in 2009 und CRD III in 2010 nicht im Fokus standen, regelt die CRR nunmehr in Artt. 192 ff. die Voraussetzungen für die kreditmindernde Anerkennung von Besicherungen

Begriff der Kreditrisikominderung

- CRR definiert den Begriff der Kreditrisikominderung, worunter ein Verfahren zu verstehen ist,
 - das ein Kreditinstitut einsetzt,
 - um das mit einer oder mehreren Risikopositionen,
 - die es im Bestand behält,
 - verbundene Kreditrisiko herabzusetzen

Zulässige Formen der Kreditrisikominderung

- CRR unterscheidet hinsichtlich der Eigenmittelanforderungen für Kreditrisiken zwischen **drei zulässigen Formen der Kreditrisikominderung**:



- Je nach Form werden unterschiedliche Anforderungen an die Kreditrisikominderung gestellt (Artt. 205 ff. CRR)

Begriff der Besicherung mit Sicherheitsleistung

- Unter einer Besicherung mit Sicherheitsleistung ist im Sinne der CRR ein Verfahren der Kreditrisikominderung zu verstehen, bei dem sich das mit der Risikoposition eines Instituts verbundene **Kreditrisiko dadurch vermindert, dass** das Institut das Recht hat,
 - bei **Ausfall der Gegenpartei** oder bei bestimmten anderen, mit der Gegenpartei zusammenhängenden **Kreditereignissen**
 - bestimmte **Vermögenswerte oder Beträge zu verwerten**, ihren Transfer oder ihre Aneignung zu erwirken oder sie einzubehalten oder aber
 - den **Risikopositionsbetrag auf die Differenz** zwischen diesem und dem Betrag einer Forderung gegen das Institut **herabzusetzen** bzw. diesen durch diese Differenz zu ersetzen(Erwggr. 58 CRR)

Begriff der Absicherung ohne Sicherheitsleistung

- Unter einer Absicherung ohne Sicherheitsleistung ist im Sinne der CRR ein Verfahren der Kreditrisikominderung zu verstehen, bei dem sich das mit der Risikoposition eines Instituts verbundene **Kreditrisiko**
 - **durch die Verpflichtung eines Dritten vermindert,**
 - bei Ausfall oder bestimmten anderen Kreditereignissen
 - eine **Zahlung zu leisten**

(Erwggr. 59)

Allgemeine Voraussetzungen für die Anerkennungsfähigkeit von Kreditrisikominderungstechniken (1)

- Materiell:
 - Sicherungsvereinbarung muss in **allen relevanten Rechtsräumen rechtswirksam und durchsetzbar** sein (Art. 194 Abs. 1, 1.Uabs. CRR)
 - Kreditgebendes Institut muss **Recht haben, bei Ausfall, Insolvenz oder einem anderen vereinbarten Kreditereignis die als Sicherheiten zur Verfügung gestellten Vermögenswerte zeitnah zu liquidieren oder einzubehalten** (Art 194 Abs. 4 S. 1 CRR)
 - **Anerkennungsfähige Vermögenswerte** (u.a. **ausreichend liquide und stabil** (Art. 194 Abs. 3 CRR)) bzw. **anerkennungsfähige Garantiegeber**

Allgemeine Voraussetzungen für die Anerkennungsfähigkeit von Kreditrisikominderungstechniken (2)

- Formal:
 - Kreditgebendes Institut muss die Rechtswirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Besicherung durch **unabhängiges, schriftliches** und **mit einer Begründung** versehenes **Rechtsgutachten („RGA“)** dokumentieren (**Dokumentationspflicht**)
 - Arg.: Kreditgebendes Institut hat auf Anfrage der zuständigen Behörde die jüngste Fassung des RGA zur Verfügung zu stellen (Art. 194 Abs. 1, 2.Uabs. CRR)
 - Kreditgebendes Institut muss **alle Maßnahmen ergreifen**, die erforderlich sind, **um die Wirksamkeit der Besicherung zu gewährleisten und die damit verbundenen Risiken** anzugehen (Art. 194 Abs. 2.CRR/**Überwachungspflicht**)

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (1)

- RGA erforderlich für **In- und Auslandssachverhalte**
- RGA muss von einer **unabhängigen Stelle** angefertigt werden (Art. 194 Abs. 1 Uabs. 2 CRR)
 - unproblematisch externe **Anwaltskanzlei** (aber eigene Überprüfung- und Plausibilisierungspflicht verbleibt bei Institut)
 - **interne Rechtsabteilung** ist unabhängig, wenn sie unabhängig von der Marktseite ist (**Funktionstrennung**). Zudem muss Rechtsabteilung über das erforderliche juristische Fachwissen verfügen (Stichwort: Auslandssachverhalt)

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (2)

- **Generische RGAs** für Musterverträge
 - Zulässig, wenn im Einzelfall die rechtlichen Regelungen des Musters **unangetastet** bleiben; andernfalls zusätzliches Gutachten oder Begründung durch Rechtsabteilung, dass die **Abweichung** vom Muster **keine Auswirkung auf die Rechtswirksamkeit** des Individualvertrages hat

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (3)

Die **jüngste Fassung** des RGAs muss Behörde auf Anforderung bereitgestellt werden (Art. 194 Abs. 1 Uabs. 2 CRR)

- Folgen:
 - Rechtswirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Sicherheiten ist fortlaufend zu überprüfen
 - während der Kreditlaufzeit sich ergebende Rechtsänderungen, die sich auf das Ergebnis des RGAs auswirken können, erfordern eine Neubewertung
 - Sollte die Rechtsänderungen keinen Einfluss auf die Sicherheiten haben, ist dies auch zu dokumentieren („Negativattest“)
 - Zusatzgutachten bei Eintragung von Grundschuld (nach Auszahlung aufgrund von notarieller Rangbestätigung)?

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (4)

- **Altfälle**

- Vor dem 31.12.2013 abgeschlossene Sicherheitenverträge
- Bis 31.12.2013 bestand auch Pflicht zur Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit nach allen relevanten Rechtsordnungen, aber keine Verpflichtung zur schriftlichen Bestätigung der Überprüfung
- Keine Übergangsregelung
- Zur Eigenkapitalentlastung des Altbestand **ggfs. bestätigende und zusammenfassende Nachbegutachtung erforderlich**

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (5)

- **Insolvenzaussagen im RGA**
 - Bisherige sog. Enforceability Opinions im Kreditgeschäft enthalten nur begrenzte Aussagen zur Durchsetzbarkeit von Sicherheiten in der Insolvenz
 - Fraglich, ob durch Art 194 Abs. 4 S. 1 CRR, wonach Sachsicherheiten in der Insolvenz zeitnah zu liquidieren oder einzubehalten sein müssen, eine Erweiterung der Enforceability Opinions erforderlich ist

Anforderungen an die Dokumentation im Einzelnen – Einzelfragen zum Rechtsgutachten (6)

- **Konsortialfinanzierung/Sicherheitenpool**
 - **eigene Überprüfung und Plausibilisierung der Verträge** durch die einzelnen Teilnehmer am Sicherheitenpool oder Konsortialführer
 - RGA von Anwaltskanzlei sollte an alle (auch zukünftige) Teilnehmer des Sicherheitenpools adressiert sein
 - Ohne RGA von Anwaltskanzlei nur ergänzende Stellungnahme durch Teilnehmer?

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (1)

- Anerkennungsfähig unabhängig von Ansatz und Methode (Art. 197 CRR)
- Anerkennungsfähig bei umfassender Methode für finanzielle Sicherheiten (Art. 198 CRR)
- Anerkennungsfähig beim IRB-Ansatz (Art. 199 CRR)
- Andere Formen der Besicherung (Art. 200 CRR)

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (2)

- **Anerkennungsfähig unabhängig von Ansatz und Methode (Art. 197 CRR)**
 - Bareinlagen (oder bargeldähnliche Instrumente) beim kreditgebenden Institut
 - Schuldverschreibungen von Emittenten (u.a. etwa Zentralstaaten, -banken) mit gewissen Mindestratings
 - in einem Hauptindex vertretene Aktien oder Wandelschuldverschreibungen
 - Verbriefungspositionen (außer Wiederverbriefungspositionen) mit gewissen Mindestratings

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (3)

- **Anerkennungsfähig bei umfassender Methode für finanzielle Sicherheiten (Art. 198 CRR)**
 - Nicht im Hauptindex vertretene Aktien oder Wandelschuldverschreibungen, die an einer anerkannten Börse gehandelt werden
 - Anteile an gewissen OGAs, deren Kurs täglich festgestellt wird

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (4)

- **Grds. Anerkennungsfähig beim IRB-Ansatz (Art. 199 CRR)**
 - Immobiliensicherheiten
 - Forderungen
 - sonstige Sachsicherheiten
 - Leasing
- Forderungen, die mit einer kommerziellen Transaktion zusammenhängen mit einer Laufzeit von max. einem Jahr/keine gruppeninternen Forderungen
- Anteilsverpfändungen von nicht börsennotierten Unternehmen nicht anererkennungsfähig

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (5)

- **Andere Formen der Besicherung (Art. 200 CRR)**
 - Bareinlagen (oder bargeldähnliche Instrumente) bei einem Drittinstitut, die an das kreditgebende Institut verpfändet sind
 - an das kreditgebende Institut verpfändete Lebensversicherungen
 - von Drittinstituten emittierte Instrumente, die von diesem Institut auf Verlangen zurückgenommen werden
- Übliche Kontenverpfändungen fallen nicht hierunter, da eine Anerkennungsfähigkeit nur gegeben ist, wenn Zahlungen vom Konto nur mit vorheriger Zustimmung des kreditgebenden Instituts zulässig sind (Art. 212 Abs. 1 c) CRR)

Anerkennungsfähige Vermögenswerte für Besicherungen mit Sicherheitenleistung (5)

- Als anererkennungsfähige Vermögenswerte kommen regelmäßig in Betracht
 - Bareinlagen (oder bargeldähnliche Instrumente) beim kreditgebenden Institut
 - Immobilensicherheiten
 - Forderungen
 - sonstige Sachsicherheiten

Vertragsrelevante Anforderungen an Immobiliensicherheiten (1)

- Hypothek oder Sicherungspfandrecht ist zum Zeitpunkt des Kreditvertragsschlusses durchsetzbar und ordnungs- und fristgerecht eingetragen (Art. 208 Abs.2 a) CRR)
- Alle rechtlichen Anforderungen zum Nachweis des Pfands sind erfüllt (Art. 208 Abs.2 b) CRR)
- Sicherungsvereinbarung und das zu Grunde liegende Verfahren ermöglichen Verwertung in angemessenen Zeitraum (Art. 208 Abs.2 c) CRR)
- Mindestens einmal jährliche Überprüfungen des Wertes bei Gewerbeimmobilien und alle 3 Jahre bei Wohnimmobilien/häufiger bei starken Marktschwankungen (Art. 208 Abs.3 a) CRR)

Vertragsrelevante Anforderungen an Immobiliensicherheiten (2)

- Bei Hinweisen, dass die Immobilie im Verhältnis zu den allg. Marktpreisen erhebliche an Wert verloren haben könnten, Bewertung durch unabhängige Person mit erforderlicher Qualifikation, Fähigkeiten und Erfahrungen erforderlich (Art. 208 Abs.3 b))
- Bestehen des Versicherungsschutzes muss durchweg gewährleistet sein (Art. 208 Abs. 5 CRR)
 - Anzeige der Sicherheit nach § 142 VVG gegenüber Gebäudeversicherer
 - Kündigung kann dann nur mit Zustimmung des Hypothekengläubigers erfolgen (§ 144 VVG)
 - Pflicht zur Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes und Berichtspflichten in die Sicherheitenverträge aufzunehmen
 - Absicherung des Instituts durch Feuerausfallversicherung?

Vertragsrelevante Anforderungen an Sachsicherheiten (1)

- Sicherungsvereinbarung ist rechtswirksam und durchsetzbar und Verwertung innerhalb eines angemessenen Zeitraums möglich (Art. 210 a) CRR)
- Erstrangige Sicherheit/Vorrangige Befriedigung aus Erlösen (Art. 210 b) CRR)
- Mindestens einmal jährlich Überprüfung des Wertes des Sicherungsgegenstandes/häufiger bei starken Marktschwankungen (Art. 210 c) CRR)

Vertragsrelevante Anforderungen an Sachsicherheiten (2)

- Kreditvertrag enthält eine detaillierte Beschreibung der Sicherheiten sowie umfassende Angaben zur Art und Häufigkeit der Neubewertung (Art. 210 d) CRR)
 - Problem: Kreditvertrag enthält üblicherweise keine detaillierte Beschreibung der Sicherheiten; wohl i.S.v. Kreditdokumentation zu verstehen
- Recht, den Sicherungsgegenstand materiell zu prüfen (Art. 210 h) CRR)
- Kreditsicherheit ist angemessen gegen Schäden versichert und Institut verfügt über Verfahren, dies zu überwachen (Art. 210 i) CRR)

Vertragsrelevante Anforderungen an Forderungen

- Rechtswirksamer und robuster Mechanismus, der Recht an Sicherheit, einschließlich Erlös, sichert (Art. 209 Abs. 2 a) CRR)
- Erstrangige Sicherheit; alle notwendigen Schritte zur Durchsetzbarkeit eingeleitet (Art. 209 Abs. 2 b) CRR)
- Angemessene Dokumentation der Sicherungsvereinbarung und klares, solides Verfahren für die zeitnahe Verwertung (Art. 209 Abs. 2 d) CRR)
- Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit eines Kreditnehmers und die zeitnahe Sicherheitenverwertung muss gewährleistet sein (Art. 209 Abs. 2 e) CRR)
- Bei Zahlungsschwierigkeiten oder Ausfall eines Kreditnehmers haben die Institute das Recht, die Forderungen ohne Zustimmung des Schuldners zu verkaufen oder auf andere Parteien zu übertragen (Art. 209 Abs. 2 f) CRR)
 - Probleme: Zahlungsschwierigkeiten oder Ausfall im Einklang mit §§ 1228 und 1234 BGB?/Zustimmung des Schuldners

Anerkennungsfähigkeit von Garantiegeber– Absicherungen durch Garantien (1)

- Garantiegeber sind gem. Art. 194 Abs. 5, Art. 201 CRR als Sicherheitengeber **ansatzunabhängig anererkennungsfähig**, sofern die Sicherheitengeber:
 - Zentralstaaten oder Zentralbanken,
 - regionale oder lokale Gebietskörperschaften,
 - multilaterale Entwicklungsbanken,
 - internationale Organisationen, denen gegenüber Risikopositionen mit einem Risikogewicht von 0% zugewiesen wird
 - Institute und Finanzinstitute unter gewissen Voraussetzungen
 - Unternehmen, für die eine Bonitätsbeurteilung einer ECAI vorliegt oder
 - zentrale Gegenparteien sind.

Anerkennungsfähigkeit von Garantiegeber – Absicherungen durch Garantien (2)

- Bei Instituten, die die risikogewichteten Positionsbeträge und erwarteten Verlustbeträge nach dem **IRB-Ansatz** berechnen, muss die **Bonität** der Garantiegeber gemäß den Anforderungen an die Anwendung des IRB-Ansatzes **gem. Art. 169 ff. CRR intern bewertet** werden

Anforderungen an Garantien

- Absicherung muss unmittelbar sein.
- Sicherungsvertrag darf **keine Klausel** enthalten, deren **Einhaltung sich dem direkten Einfluss des Kreditgebers entzieht** (Art. 213 Abs. 1 lit. c CRR) und
 - dem Sicherungsgeber die einseitige Kündigung oder Verkürzung der Laufzeit der Besicherung ermöglicht oder
 - den Sicherungsgeber für den Fall, dass der Kreditnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt, von seiner Pflicht zu zahlen befreien könnte
- Zusätzlich muss dem kreditgebenden Institut das **Recht zur zeitnahen Verwertung** gem. Art. 215 Abs. 1 lit. a CRR eingeräumt werden

Ansprechpartner



Dirk-Peter Flor
Partner, Frankfurt am Main
dflor@mayerbrown.com
T +49 69 7941 2211



Dr. Simon G. Grieser
Partner, Frankfurt am Main
sgrieser@mayerbrown.com
T +49 69 7941 1341

Wie Sie uns erreichen:

Frankfurt

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37

60327 Frankfurt am Main

T +49 69 7941 0

F +49 69 7941 100