

Deutsche Bundesbank
Herrn Christian Denk
Wilhelm-Epstein-Straße 14
60431 Frankfurt am Main

Carsten Groß
Direktor, Bereichsleiter
Bereich Bankenregulierung

Tel.: 030 8192-210
Fax: 030 8192-218
carsten.gross@voeb.de

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Herrn Matthias Güldner
Graurheindorfer Straße 108
53117 Bonn

05.02.2019

Datei-Nr.: 795003-g19
Seite 1/5

**Entwurf einer erläuternden Aussage zu den Zahlungspflichten des
Garantiegebers**

hier: Garantien von Bund, Ländern, Kommunen und Förderbanken

Sehr geehrter Herr Denk,
sehr geehrter Herr Güldner,

Garantien nehmen in der Kommunalfinanzierung und im Geschäftsfeld der Förderbanken eine besondere Stellung ein. Zum Beispiel finanzieren kommunale Beteiligungsunternehmen mit Hilfe der Ausfallbürgschaften ihrer Kommunen wichtige Investitionen zur Daseinsvorsorge. Auch Förderbanken stellen mittels Garantien notwendige Kreditfinanzierungen für die Realwirtschaft zur Verfügung. Aufgrund ihrer hohen wirtschaftlichen Bedeutung hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, Garantien bestimmter Garantiegeber für bankaufsichtliche Zwecke privilegiert zu behandeln. Darunter fallen insbesondere die Garantien von Zentralstaaten, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften sowie Förderbanken.

Entsprechende Garantien können unter bestimmten Bedingungen als Kreditrisikominderungstechnik auch dann eigenkapitalentlastend angerechnet werden, wenn sie dem Anerkennungserfordernis der zeitnahen Zahlung nicht genügen (Artikel 215 Abs. 2 CRR). Die Anforderungen zur zeitnahen Leistungsinanspruchnahme durch den Garantiennehmer ohne vorgehende Beitreibungsversuche (Artikel 215 Abs. 1 lit. a CRR) gelten demnach als erfüllt, wenn das kreditgebende Institut entweder das Recht hat, zeitnah eine vorläufige Zahlung zu erwirken, die auf einer robusten Schätzung des Verlustes der garantierten Position beruht und proportional zur Garantiedeckung ist (Artikel 215 Abs. 2 lit. a CRR) oder das Institut den zuständigen Behörden nachweisen kann, dass die Garantie im Sinne einer effektiven Verlustabsicherung eine solche Behandlung rechtfertigt (Artikel 215 Abs. 2 lit. b CRR).

Die seit der Umsetzung von Basel II bewährte Praxis zum Umgang mit den Garantien der zuvor genannten Sicherungsgeber soll nun auf nationaler Ebene geändert werden. So haben Ihre Häuser im Rahmen des Fachgremiums Kredit den Entwurf einer erläuternden Aussage zur Konkretisierung der Anforderungen an die Zahlungspflichten des Garantiegebers vorgelegt. Im Zuge des am 27. November 2018 dazu durchgeführten Austausches wurde Ihrerseits darauf hingewiesen, dass auch die Garantien der in Rede stehenden Garantiegeber – ungeachtet der Ausnahmegvorschrift des Artikels 215 Abs. 2 CRR – den Anerkennungsvoraussetzungen des Artikels 213 Abs. 1 lit. c (iii) CRR zur zeitnahen Zahlungspflicht des Sicherungsgebers genügen müssten, da sich die Ausnahme nur auf die Anforderungen des Artikels 215 Abs. 1 lit. a CRR beziehe. Mithin wäre für diese Instrumente nach unserer Einschätzung insbesondere keine Karenzzeit für den Zeitraum von der Säumnis des Schuldners bis zum Entstehen des Ausgleichsanspruchs gegen den Sicherungsgeber zulässig. Bei den vom Bund, von den Ländern und Kommunen sowie den Förderinstituten gestellten Garantien wird die Inanspruchnahme des Garantiegebers jedoch regelmäßig an bestimmte Bedingungen geknüpft. Insbesondere den Ausfallbürgschaften der Gebietskörperschaften ist immanent, dass das kreditgebende Institut den geschuldeten Betrag zunächst beim Schuldner einfordern muss. Bei einer Ausfallbürgschaft verpflichtet sich der Bürge schließlich, dem Gläubiger für den endgültigen Ausfall der Hauptforderung einzustehen, d. h. für den Teil, den der Gläubiger trotz Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner und Zwangsvollstreckung sowie Verwertung sonstiger Sicherheiten nicht erlangen kann (vgl. Palandt (2017), Einf § 765 BGB Rn. 11).

Zum Verständnis des Zusammenspiels der Normen der Artikel 213 und 215 CRR möchten wir auf die frühere Rechtslage hinweisen. Bereits in der Richtlinie 2006/48/EG bezog sich die Ausnahme in Anhang VIII Teil 2 Tz. 19 nur auf die unter Anhang VIII Teil 2 Tz. 18 a geregelten Anforderungen. Dennoch waren Anhang VIII Teil 2 Tz. 18 und Tz. 19 jedenfalls in Bezug auf das Merkmal „Zeitnähe“ als Spezialregelung zu Anhang VIII Teil 2 Tz. 14 zu sehen, wie sich aus der Umsetzung der Regelung in deutsches Recht im Rahmen der Solvabilitätsverordnung a.F. ergibt. Gemäß §§ 162 und 164 SolvV a.F. erstreckte sich bei Garantien, die die Privilegierungsvoraussetzungen erfüllten, die Fiktion des Vorliegens der „Zeitnähe“ (§ 164 Abs. 3 Satz 1 SolvV a.F.) ausdrücklich auch auf das Merkmal in § 162 Satz 1 Nr. 3 lit. d SolvV a.F. Die Solvabilitätsverordnung a.F. befreite insoweit nicht nur von der Anforderung der zeitnahen Leistungsinanspruchnahme durch den Garantiennehmer, sondern zusätzlich von der Anforderung der zeitnahen Leistungspflicht des Garantiegebers.

Die Rechtslage hat sich beim Übergang von der Richtlinie 2006/48/EG zur EU-Bankenverordnung mit Blick auf die für Garantien geltenden Anforderungen nicht materiell geändert. Es ist weiterhin davon auszugehen, dass Artikel 215 Abs. 1 und 2 CRR als Spezialregelung (jedenfalls im Hinblick auf das Merkmal „Zeitnähe“) anzusehen ist und daher eine Privilegierung nach Artikel 215 Abs. 2 CRR das Merkmal „Zeitnähe“ sowohl nach Artikel 215 Abs. 1 lit. a CRR als auch nach Artikel 213 Abs. 1 lit. c (iii) CRR erfasst. Insoweit erscheint die neue Auslegung der deutschen Aufsicht weder gerechtfertigt noch entspricht sie Sinn und Zweck der Ausnahmegesetzgebung des Artikels 215 Abs. 2 CRR. Wir sprechen uns daher nachdrücklich dafür aus, dass die in Rede stehenden Garantien weiterhin sowohl von der Anforderung des Artikels 215 Abs. 1 lit. a CRR (zeitnahe Zahlungsanspruchnahme durch den Garantiennehmer) als auch des Artikels 213 Abs. 1 lit. c (iii) CRR (zeitnahe Leistungspflicht des Garantiegebers) befreit bleiben. Anderenfalls liefe die Ausnahmegesetzgebung des Artikels 215 Abs. 2 CRR faktisch ins Leere. Damit würde letztlich der Wille des EU-Gesetzgebers konterkariert, mit der Norm Erleichterungen bei der Anrechnung von bestimmten Garantien schaffen zu wollen. Dies bringt im Übrigen auch der Erwägungsgrund 49 CRR zum Ausdruck, wonach Kreditrisikominderungstechniken, insbesondere die in den Mitgliedstaaten banküblichen Sicherheiten, grundsätzlich verstärkt anerkannt werden sollen.

Daneben lässt sich ein weiteres gewichtiges Argument gegen eine Anpassung der Auslegung aus den Regelungen des Artikels 215 Abs. 2 lit. a und b CRR entnehmen. Solange ein Institut entweder über eine vorläufige Zahlung seine Verluste deckt oder die Garantie sämtliche aus der garantierten Position geschuldete Zahlungen effektiv absichert, einschließlich Zinsen und sonstiger geschuldeter Zahlungen, und eine solche Garantiezahlung von einer privilegierten Stelle nach Artikel 214 Abs. 2 CRR geschuldet wird, besteht kein Anlass, eine sofortige Entstehung der Zahlungspflicht zu fordern. Deutsche Stellen nach Artikel 214 Abs. 2 CRR sind insolvenzunfähig. Der garantierte Zahlungsanspruch kann nicht untergehen. Es reicht - jedenfalls bei deutschen Stellen nach Artikel 214 Abs. 2 CRR - wenn im Sinne der bisherigen Vorgehensweise (und im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu modifizierten Ausfallbürgschaften, BGH, Urteil vom 19.03.1998, IX ZR 120/97) der Zahlungsanspruch erst mit dem Tag der Feststellung des Ausfalls (entweder ein bestimmtes Ereignis, z. B. Insolvenz, oder Ablauf eines bestimmten Zeitraums) entsteht.

Eine fortgeltende Privilegierung der Garantien der in Artikel 214 Abs. 2 CRR genannten Garantiegeber ist prudenziell mit Blick auf deren sehr geringes Ausfallrisiko gerechtfertigt und aufgrund der Besonderheiten des Fördergeschäfts und des öffentlichen Rechts dringend notwendig.

Garantien gehören zu den wichtigsten Instrumenten der Förderbanken. Auf diese Weise ermöglichen sie im Rahmen des Konsortial- und Durchleitungsgeschäfts über Risikobeteiligungen und -reduzierungen notwendige Kreditfinanzierungen für die Realwirtschaft. Die Inanspruchnahme der Förderinstitute als Gewährleistungsgeber wird regelmäßig an Bedingungen geknüpft, die einen Zeitraum zwischen Säumnis und Inanspruchnahme der Garantie begründen. Durch die Auslegungsentscheidung würde somit ein zentrales und bewährtes Förderinstrumentarium in Frage gestellt, welches die Förderbanken im öffentlichen und strukturpolitischen Auftrag ihrer Träger anbieten. Garantien von Förderbanken sollten daher ausdrücklich vom Anwendungsbereich der erläuternden Aussage ausgenommen werden.

Gleiches gilt für die Garantien des Bundes, der Länder sowie der Kommunen. Aus haushaltspolitischen Gründen übernehmen deutsche Gebietskörperschaften Sicherheiten nur in Form der Ausfallbürgschaft für Verbindlichkeiten von Kreditnehmern. So heißt es z. B. im Freistaat Bayern: „Grundsätzlich dürfen nur Ausfallbürgschaften oder einfache Bürgschaften übernommen werden.“ (Kreditwesen der Kommunen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, vom 5. Mai 1983 Az.: IB4-3036-28/4, geändert durch Bekanntmachung vom 12. November 2001, Abschnitt Nr. 9.1). Auch die Bürgschaftsrichtlinien 2019 des Landes Hessen verlangen, dass „Bürgschaften ... als Ausfallbürgschaften ... übernommen“ werden (Staatsanzeiger für das Land Hessen Nr. 3 vom 14. Januar 2019, S. 42, lfd. Nr. 1.6). Sollte der Anwendungsbereich der Auslegungsentscheidung nicht eingegrenzt werden, könnten solche Garantien für bankaufsichtliche Zwecke nicht mehr anrechnungsfähig sein. Damit würde dieses wichtige Instrument zur Finanzierung von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge Schaden erleiden, zu der die Kommunen jedoch durch das Sozialstaatsprinzip nach Artikel 20 Abs. 1 Grundgesetz verpflichtet sind. Dabei geht es um die Finanzierung dringend notwendiger kommunaler Investitionen, z. B. zur Erhaltung der Gas-, Strom- und Wärmeinfrastruktur sowie der Verkehrs- und Breitbandnetze, also wesentliche Bereiche der öffentlichen Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Gerade kleinere, kommunale Beteiligungsunternehmen realisieren mit Hilfe der Ausfallbürgschaften ihrer Kommunen wichtige Investitionen.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben nehmen vor allem Förderbanken im Rahmen der Kommunalfinanzierung neben kommunalen Bürgschaften regelmäßig auch Bürgschaften der Länder herein. Diese Garantien dienen dazu, die Förderkredite abzusichern. Gleiches gilt für Risikoübernahmen des Bundes und der Länder für bestimmte förderpolitische Zwecke wie z. B. Studienkredite und Umweltfinanzierungen. Sollten die Garantien nicht mehr

kreditrisikomindernd angerechnet werden können, wäre der gesetzliche Förderauftrag der Förderinstitute gefährdet.

Wir möchten Sie daher bitten, Garantien der zuvor genannten Sicherungsgeber – unter Maßgabe der Voraussetzungen des Artikels 215 Abs. 2 CRR – ausdrücklich vom Anwendungsbereich der erläuternden Aussage zur Konkretisierung der Anforderungen an die Zahlungspflichten des Garantiegebers auszunehmen und klarzustellen, dass die Ausnahmegvorschrift des Artikels 215 Abs. 2 CRR als Spezialregelung sowohl von den Anforderungen zur zeitnahen Zahlung des Artikels 215 Abs. 1 lit. a CRR als auch des Artikels 213 Abs. 1 lit. c (iii) CRR befreit. Für einen persönlichen Austausch stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Verband kommunaler Unternehmen, VKU

Bundesverband Öffentlicher Banken
Deutschlands, VÖB



Dr. Andreas Zuber



Carsten Groß

Bundesverband Öffentlicher Banken
Deutschlands, VÖB, e.V.
Lennéstraße 11, 10785 Berlin
www.voeb.de

Hauptgeschäftsführerin: Iris Bethge

