



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Bankrisikotransfer im Außenhandel
– Syndizierung von Akkreditiven und Garantien –“**

Dissertation vorgelegt von Cornelius Karcher

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Stefan J. Geibel

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Bankrisikotransfer im Außenhandel

– Syndizierung von Akkreditiven und Garantien –

A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit

Akkreditive und Außenhandelsgarantien werden insbesondere von export- und importorientierten Unternehmen in Anspruch genommen und von Kreditinstituten angeboten. Dadurch gehen die Kreditinstitute Risikopositionen ein. Das Eingehen von Risikopositionen wirkt sich auf sie anders als auf andere Teilnehmer des Wirtschaftslebens aus. Dies ist ihrer besonderen Bedeutung für den Wirtschaftskreislauf geschuldet und den Risiken, die eine Insolvenz eines Kreditinstitutes für die gesamte Volks- oder gar Weltwirtschaft mit sich bringen können. Um dem zu begegnen, hat sich ein striktes Regulierungsregime für Banken entwickelt, das die Anforderungen an die Transparenz der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage erhöht.

Um möglichst umfangreich im lukrativen Außenhandelsgeschäft tätig sein und Umsatz generieren zu können, dabei aber möglichst geringe Kosten zu haben und die aufsichtsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, nutzen Banken unterschiedliche Methoden. Diese unter dem Oberbegriff Risikotransfer zusammengefassten Methoden werden in der Arbeit aufgezeigt und auf Eignung zur Aufnahme von Risiken aus Akkreditiv- und Garantiestellungen untersucht.

Der Syndizierung, einer dieser Methoden, widmet sich die Arbeit besonders. Syndizierung ist eine anerkannte Methode der gemeinschaftlichen Kreditvergabe, die weltweite Verbreitung gefunden und durch Musterverträge der Loan Market Association (*LMA*) und der Loan Syndications and Trading Association (*LSTA*) eine einheitliche Dokumentationspraxis erfahren hat. Diese Form der Zusammenarbeit von Banken auf dem Gebiet der Kreditvergabe wird im Sonderfall der Akkreditiv- und Garantiestellung in ihren rechtlichen Facetten und Auswirkungen auf die teilnehmenden Kreditinstitute untersucht.

Zu diesem Zweck wird zunächst eine zivilrechtliche Einordnung der Syndizierung von Akkreditiven und Garantien vorgenommen. Diese ist Voraussetzung und Anknüpfungspunkt für weitere Untersuchungen auf den Gebieten des Bankaufsichtsrechts und des deutschen und internationalen Bilanzrechts. Schließlich folgt die Einordnung der Syndizierung von Akkreditiven und Garantien vor dem Hintergrund des Internationalen Privatrechts.

Die Gesamtschau der gefundenen Ergebnisse zeigt, dass Risikotransfer als Anwendungsbeispiel aktiven Risikomanagements und die Syndizierung als Anwendungsbeispiel aktiven Risikotransfers ein positives Gegenmittel zu den besonderen Risiken der Außenhandelsfinanzierung darstellen.

B. Grundlagen und Methoden des Bankrisikotransfers im Außenhandel

Ausgehend von den maßgeblichen Begriffen „Bankrisiko“, „Außenhandel“ und „Kreditrisikotransfer“ wird dargestellt, wie diese Begriffe verstanden werden können und wie sie für Zwecke dieser Untersuchung eingeordnet werden. Diese Kategorisierung des Untersuchungsgegenstandes schafft die Grundlage für die rechtliche Untersuchung im weiteren Verlauf der Arbeit.

1. Grundlagen

a) Bankrisiko

Der Begriff des Bankrisikos wird aus Sicht der ökonomischen Literatur und Praxis sowie der Vorschriften des Bankaufsichtsrechts untersucht. Bankrisiko bezeichnet danach für Zwecke der Untersuchung ein sogenanntes Adressenausfallrisiko, also dasjenige Risiko, dass ein Kreditnehmer bei Fälligkeit eines Haftungskredits seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann oder will. Akkreditive und Außenhandelsgarantien stellen andere außerbilanzielle Geschäfte nach § 19 Kreditwesengesetz (*KWG*) dar, die mit Adressenausfallrisiken behaftet sind. Ökonomisch besonders relevant sind die Kategorien Länderrisiken und politische Risiken, weil sie nur in der Außenhandelsfinanzierung zum Tragen kommen.

b) Außenhandel – Akkreditive und Garantien

Die Begriffe Außenhandel bzw. Außenhandelsfinanzierung sind für Zwecke der Untersuchung auf die bankmäßige Gewährung von Akkreditiven und Außenhandelsgarantien beschränkt. Akkreditive und Außenhandelsgarantien werden in der Praxis standardisiert verwendet, Akkreditive auf Grundlage der von der Internationalen Handelskammer (*ICC*) publizierten Einheitlichen Richtlinien für Dokumentenakkreditive (*ERA 600*) und Außenhandelsgarantien auf Grundlage der Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien (*ERAG 758*). Nicht berücksichtigt wird das sogenannte Dokumentinkasso, da dort keine Risikopositionen eingegangen werden, die mittels Syndizierung geteilt werden könnten.

Die maßgeblichen Leistungsbeziehungen der Akkreditiv- und der Garantiestellung werden – auch im Falle des Hinzutretens einer Zweitbank – dargestellt und im Hinblick auf die Frage untersucht, welche der Leistungsbeziehungen diejenige Risikoposition vermittelt, die durch Aufteilung auf mehrere Banken verringert werden soll. Es wird herausgearbeitet, dass die maßgebliche Leistungsbeziehung diejenige zwischen der akkreditiveröffnenden oder garantiegebenden Bank und dem Auftraggeber ist. Im Fall der Inanspruchnahme des Sicherungsmittels durch den Begünstigten entsteht ein Regressanspruch aus §§ 675, 670 Bürgerliches Gesetzbuch (*BGB*). Der Ausfall dieses Regressanspruchs ist dasjenige Risiko, dem durch Risikotransfer begegnet werden muss.

Die Einschaltung einer Zweitbank modifiziert dieses Ergebnis nur im Falle einer bestätigenden Bank. Anders als bei einer bloß avisierenden oder benannten Bank entsteht hier [wo?] eine weitere Risikoposition, nämlich der Ausfall des Regressanspruchs gegen die gesamtschuldnerisch mithaftende Zweitbank.

c) Kreditrisikotransfer

Der Begriff des Kreditrisikotransfers wird in den Oberbegriff des Kreditrisikomanagements eingeordnet. Untersucht wird mit der Syndizierung ein Mittel des Kreditrisikotransfers in Form von Weitergabe an oder Aufteilung auf mehrere Banken. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist der Risikotransfer ein Anwendungsfall des aktiven Risikomanagements. Für den Bankensektor

greift mit den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (*MaRisk*) und den diesbezüglichen Vorschriften im KWG eine gesetzliche Verpflichtung, Risikomanagementprozesse einzurichten und einzuhalten.

2. Der Markt für Kreditrisikotransfer im Überblick

Der Überblick über den Markt für Kreditrisikotransfer beschreibt die potenziellen Abnehmer von Kreditrisikopositionen. Ein Überblick über die Produktpalette auf dem Markt für Kreditrisikotransfer ermöglicht eine Positionsbestimmung der Syndizierung im Verhältnis zu alternativen Instrumenten und Methoden. Kreditinstituten stehen als Abnehmer von Risiken, die sie im Rahmen ihres Risikomanagements teilweise oder vollständig teilen oder weitergeben wollen, verschiedene Partner zur Verfügung. Die Struktur und technische Abwicklung der Weitergabe orientiert sich weitgehend am Charakter des Abnehmers. Die von den jeweiligen Abnehmern angebotenen Lösungen werden aufgezeigt und auf ihre Eignung für Zwecke der Aufnahme von Risiken aus der Akkreditiv- und Garantiestellung untersucht.

Als potenzielle Risikonehmer kommen in Frage: (Andere) Kreditinstitute, der Kapitalmarkt, bzw. kapitalmarktorientierte Aufkäufer von Kreditrisiken, Versicherungsunternehmen bzw. private Kreditversicherer, die staatliche Exportkreditversicherung und schließlich Factoring-/Forfaitierungsanbieter.

a) Banken

Bei der Teilung von Kreditrisiken zwischen Banken ist zunächst nach dem Zeitpunkt der Teilung zu differenzieren. Werden Kreditrisiken unmittelbar oder in engem zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Entstehung zwischen Banken aufgeteilt, spricht man von Syndizierung. Die spätere Aufteilung von Kreditrisiken, also auf dem Sekundärmarkt, wird als Ausplatzierung bezeichnet.

Die Beteiligung sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt kann wiederum unterschiedliche Formen annehmen, abzugrenzen sind vor allem die Unterbeteiligung, die konsortiale Beteiligung und die stille Beteiligung nach §§ 230 ff. Handelsgesetzbuch (*HGB*). Wichtigstes weiteres Differenzierungskriterium ist die Frage, ob die Beteiligung des Kreditinstituts mit Liquidität – also Bareinschusspflicht – erfolgt oder eine bloße haftungsmäßige Beteiligung ist. Bloß haftungsmäßige Beteiligungen, beispielsweise durch die Stellung einer Bürgschaft, sind in der Praxis selten.

Der Fokus der Arbeit liegt auf der Kreditsyndizierung durch Konsortialkreditvergabe. Dabei werden zwei Rechtsbeziehungen unterschieden: Der Konsortialvertrag, der zwischen den Konsorten geschlossen wird, und der Konsortialkreditvertrag, der zwischen den Konsorten oder dem Konsortium einerseits und dem Kreditnehmer andererseits geschlossen wird. Echte und unechte oder zentrale und dezentrale Konsortien unterscheiden sich wirtschaftlich wiederum zunächst danach, ob der Konsortialführer die zahlungs- und buchungstechnische Abwicklung übernimmt oder ob dies individuell und anteilig zwischen den Konsorten und dem Kreditnehmer abgewickelt wird.

Weitere Formen der Beteiligung wie die Unterbeteiligung am Kreditengagement, die stille Gesellschaft und die stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil werden in der Arbeit angesprochen, aber nicht weiter untersucht.

b) Kapitalmarkt

Unterschiedliche Kapitalmarktprodukte werden daraufhin untersucht, ob sie sich zur Aufnahme von Kreditrisiken aus der Außenhandelsfinanzierung eignen. Dabei wird herausgearbeitet, dass sich vor allem zwei Produktformen (auch) zur Aufnahme solcher Risiken eignen, namentlich die Verbriefung im Rahmen von Asset Backed Security-Transaktionen und der Einsatz von Derivaten. Beide Gestaltungen sind grundsätzlich dazu geeignet, Kreditrisikopositionen entweder vollständig, also wirtschaftlich und rechtlich, wie im Rahmen eines sogenannten True Sale oder nur wirtschaftlich zu transferieren.

Im Hinblick auf die besonderen Risiken aus der Außenhandelsfinanzierung sind diese Risikotransferprodukte allerdings weniger geeignet, da beispielsweise in einer ABS-Transaktion ein laufender Cashflow für die Refinanzierung des Kaufpreises durch die eingesetzte Zweckgesellschaft erforderlich ist. Da Akkreditive und Garantien Haftungskredite sind, fehlt dieser Cashflow. Passender wäre ein Credit Default Swap, in dem der Ausfall des Regressanspruchs im Falle der Inanspruchnahme des Haftungskredits als Kreditereignis definiert wird.

Andere Derivatkonstruktionen, wie zum Beispiel der Total Return Swap, eignen sich demgegenüber weniger.

c) Kreditversicherer

Typische Fälle der Kreditversicherung sind die Waren- und die Lieferantenkreditversicherung. Diese sind nicht für die Abnahme von Kreditrisiken aus dem Außenhandel geeignet. Ebenso wenig der Grundfall der Kautionsversicherung, in der ein Versicherungsnehmer seinen Vertragspartner gegen den eigenen Ausfall absichert.

Unmittelbare Versicherungen von Kreditrisiken durch private Versicherungsunternehmen kommen in der Praxis kaum vor. Mittelbar wirken sich Versicherungslösungen aber durchaus zum Vorteil von Kreditinstituten aus, nämlich insbesondere dann, wenn der Kunde des Kreditinstituts seinerseits eine Kautionsversicherung für den Fall abschließt, dass er nicht in der Lage wäre, seinen Kredit zurückzuzahlen.

Im Ergebnis wird herausgearbeitet, dass Kredit- und Kautionsversicherung als taugliches Mittel zur Indeckung von Außenhandelsrisiken nach aktuellem Stand höchstens in Sonderfällen in Frage kommen. Dies schließt aber nicht aus, dass sich dieser Bereich weiterentwickelt, insbesondere weil auch Versicherungen in schwierigen Zinsumfeldern an der Erzielung von Margen interessiert sind.

d) Staat

Die Bundesrepublik Deutschland bietet mit den sogenannten staatlichen Exportkreditgarantien oder Hermes-Deckungen ein typisches Instrument zur Absicherung von Außenhandelsrisiken an. Auch hier sind in erster Linie Im- oder Exporteure angesprochen; es werden aber auch Ban-

ken als Sicherungsnehmer adressiert. Für den Fall des Akkreditivgeschäfts steht sogar die sogenannte Akkreditivbestätigungsdeckung und für die Garantien die Avalgarantiedeckung zur Verfügung, die sich exklusiv an Kreditinstitute richten.

Diese Produkte auf dem Markt für Risikotransfer sind folglich nicht nur grundsätzlich geeignet, sondern maßgeschneidert für die Risikodeckung von Bankrisiken im Außenhandel.

e) Factoringanbieter und Forfaitierung

Banken treten im Zusammenhang mit Factoring und auch Forfaitierung, als Käufer von Risiken beispielweise von Exporteuren auf. Als Risikoverkäufer kommen sie demgegenüber nicht in Frage.

C. Syndizierung

1. Zivilrecht

Schließlich folgt die Untersuchung der Syndizierung von Akkreditiven und Außenhandelsgarantien im Detail. Hier wird zunächst herausgearbeitet, dass zur Gewährung von Akkreditiven und Garantien drei unterschiedliche Funktionsweisen des Kreditkonsortiums in Frage kommen. Sie werden als „Rahmenbildung“, „Fronting Bank“ (zentral oder dezentral organisiert) und „Multi Issuer“ benannt und in ihrer jeweiligen Funktionsweise erläutert.

Daraufhin wird erörtert, ob es sich nach deutschem Recht bei allen drei Funktionsweisen um Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB handelt. Dies wird für die Konstellationen Rahmenbildung und Multi Issuer verneint und für die Kategorie der Fronting Bank bejaht.

Hier wird weiter danach differenziert, ob die Fronting Bank das Akkreditiv bzw. die Garantie in Vertretung des Konsortiums zur Verfügung stellt, dann handelt es sich um eine Außen-GbR, oder ob sie dies in Vertretung der einzelnen (Mit-)Konsorten und zugleich im eigenen Namen in Höhe der selbst übernommenen Verpflichtung tut. Dann handelt es sich um eine Innen-GbR, wenn die Gesellschaft in diesem Zusammenhang (und auch in keinem anderen) als solche im Rechtsverkehr auftritt.

2. Aufsichtsrecht

Im Kapitel über das Aufsichtsrecht wird die Syndizierung von Akkreditiven und Garantien vor dem Hintergrund der Anforderungen an die Eigenkapitalmittelausstattung, der Liquiditätsvorschriften und des Groß- und Millionenkreditregimes untersucht.

Dabei wird zunächst herausgearbeitet, dass Akkreditiven und Garantien für Zwecke der Kapitaladäquanzverordnung (CRR) ein mittleres bis niedriges Risiko zugewiesen wird, mit der Folge, dass ihr Risikopositionswert mit 20 % des Nominalwerts anzusetzen ist. Das mit dem Risikopositionswert zu multiplizierende Risikogewicht nach dem sogenannten Kreditrisikostandardansatz oder dem Internal Rating Based-Ansatz errechnet sich in Abhängigkeit von der

Art und Bonität des Schuldners. Sodann wird nachgewiesen, dass durch Syndizierung keine Reduzierung des Risikopositionswertes durch Kreditrisikominderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Nr. 57 CRR erreicht werden kann. Stattdessen verringert die Teilung des Risikos den Nennwert der jeweiligen außerbilanziellen Position. Dadurch wird auch der Gesamtforderungsbetrag reduziert und in der Folge eine bessere Eigenmittelquote erreicht. Auch die sogenannte Leverage Ratio von Kreditinstituten wird durch Syndizierung verbessert – zwar nicht durch Risikoanpassung im Sinne des Art. 11 Abs. 1 S. 2 CRR i.V.m. Art. 429 Abs. 10 CRR – aber durch Reduzierung der Nominalforderung. Dies führt wiederum zu einer Verringerung der Verschuldungsquote.

Im Hinblick auf die Anforderungen an die Liquiditätsausstattung der Institute wird gezeigt, dass die Syndizierung von Akkreditiven und Garantien nur insofern zu einer Schonung der Liquidität beiträgt, als Akkreditive und Garantien bestimmungsgemäß zunächst nicht mit einem Mittelabfluss verbunden sind. Die Syndizierung hat darüber hinaus keinen eigenständigen Einfluss auf die Liquiditätslage der sie einsetzenden Institute.

Die Einhaltung des Groß- und Millionenkreditregimes der CRR wird durch Syndizierung nur dann erleichtert, wenn die Anforderungen des Substitutionsansatzes erfüllt werden.

3. Bilanzrecht

Die Untersuchung der bilanziellen Auswirkungen der Syndizierung von Akkreditiven und Garantien stellt einen Gleichlauf der Bilanzierung nach nationalen und internationalen Rechnungslegungsvorschriften fest. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass nicht etwa die Beteiligung am Konsortium bilanziell zu erfassen ist, sondern die jeweilige Beteiligung des Konsorten am individuellen Haftungskredit.

Sowohl nach HGB in Verbindung mit der Kreditinstitut-Rechnungslegungsverordnung als auch nach den internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS bzw. IAS sind Akkreditive und Garantien als Eventualverbindlichkeiten unter dem Strich, als außerbilanzielle Posten, auszuweisen. Dabei wird zunächst eine umfangreiche Abgrenzung von IFRS 7 vorgenommen, mit dem Ergebnis, dass Akkreditive und Garantien dem Rechnungslegungsstandard IAS 37 „Rückstellungen und Eventualverbindlichkeiten“ unterfallen. Die Syndizierung wirkt sich insofern aus, als jede Bank nur den auf sie jeweils entfallenden Betrag zu bilanzieren hat. Dies gilt wiederum sowohl nach deutschem Recht als auch nach IFRS 11, unter dem die Syndizierung als gemeinschaftliche Tätigkeit eingeordnet wird.

4. Internationales Privatrecht

Die abschließenden Erörterungen international-privatrechtlicher Fragestellungen differenzieren zwischen Konstellationen mit ausdrücklicher Rechtswahl und solchen ohne Rechtswahl. Ferner ist zwischen den Rechtsbeziehungen des Konsortialkreditvertrages und des Konsortialvertrages zu unterscheiden.

Der Konsortialkreditvertrag kann ohne Weiteres parteiautonom (subjektiv) angeknüpft werden. Ohne ausdrückliche Rechtswahl ist objektiv anzuknüpfen. In ihrem Anwendungsbereich ent-

scheidet sich die Frage dann am Maßstab der Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (*Rom I VO*). Der Vertrag und die Begrifflichkeiten sind dabei europarechtlich autonom auszulegen, die Klassifizierungen nach deutschem Recht können allenfalls Anhaltspunkte bieten. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bank als Dienstleistungsvertrag im Sinne der *Rom I VO* einzuordnen ist. Anknüpfungspunkt ist dann der gewöhnliche Aufenthaltsort derjenigen Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt. Beim Konsortialkreditvertrag ist das die Bank, entscheidend ist also der Ort der Hauptverwaltung des Kreditinstituts.

Das gleiche Ergebnis zeigt sich bei der Einordnung des abstrakten Schuldversprechens bzw. der Garantieverpflichtung zwischen Bank und Begünstigtem. Diese sind zwar keine Dienstleistungen, werden aber nach dem Auffangtatbestand des Art. 4 Abs. 2 *Rom I VO* genauso angeknüpft.

Beim Konsortialvertrag ist eine subjektive Anknüpfung qua Rechtswahlklausel hingegen nur möglich, wenn der Ausschlusstatbestand für gesellschaftsinterne Fragen aus Art. 1 Abs. 2 f *Rom I VO* nicht greift. Dies ist nur bei Innengesellschaften möglich. Eine Außengesellschaft, die als solche im Rechtsverkehr auftritt und ein Minimum an körperschaftlicher Struktur aufweist, kann folglich nicht subjektiv angeknüpft werden, da sie Gesellschaft im Sinne der *Rom I VO* ist und damit keiner freien Rechtswahl zugänglich ist. Ohne Rechtswahl ist wiederum nach Innen- und Außengesellschaft zu differenzieren. In europäischen Sachverhalten gilt die vom europäischen Gerichtshof entwickelte Gründungstheorie. Außerhalb des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit (einschließlich Schweiz und Vereinigtes Königreich) gilt in Deutschland weiterhin die Sitztheorie. Entscheidend ist danach der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft.

D. Zusammenfassendes Gesamtergebnis

Die Arbeit hat den Umgang von Banken mit Risikopositionen zum Gegenstand, die diese in der Außenhandelsfinanzierung eingehen, spezieller die aus Akkreditiven und Außenhandelsgarantien erwachsenden Positionen und ihren (teilweisen) Transfer auf andere Banken durch das Instrument der Syndizierung. Zum Zwecke der detaillierten Auseinandersetzung mit diesem Thema werden der Transfer von Akkreditiven und Garantien durch Syndizierung zunächst zivilrechtlich eingeordnet. Daraufhin werden die Rechtsfolgen in aufsichts-, und bilanzrechtlicher Hinsicht untersucht und dargestellt. Schließlich folgt die internationalprivatrechtliche Anknüpfung.

Nach alledem zeigt die Arbeit, dass Banken vor dem Hintergrund strenger gesetzgeberischer Anforderungen an ihr Risikomanagement und ebenso strenger Anforderungen an die Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung gezwungen sein könnten, Risikopositionen abzubauen. Gleichzeitig senkt ein etwaiger Verzicht auf die margenintensive Außenhandelsfinanzierung Umsatz und Gewinnmöglichkeiten.

Der Risikotransfer als Anwendungsbeispiel aktiven Risikomanagements und die Syndizierung als Anwendungsbeispiel aktiven Risikotransfers können einen positiven Beitrag zur Auflösung dieses Problems leisten.