

16. April 2020

Völkl Rechtsanwälte
Neutorgasse 12, 1010 Wien
www.voelkl.partners

COVID-19 – Finanzierungen und staatliche Beihilfen

VÖLKL
RECHTSANWÄLTE

Ausgangssituation

1. COVID-19 Krise führt zu Umsatzausfällen für Kreditnehmer

2. Folgen:
 - Liquiditätsbedarf und Aufnahme von Krediten
 - Verzug mit Kreditrückzahlung
 - Abwertung von Sicherheiten

3. Rahmenbedingungen und Möglichkeiten der Kreditwirtschaft?
 - Aufsichtsrechtliche Erleichterungen?
 - Staatliche Beihilfen?
 - Straf-, Insolvenzrecht etc?

Aufsichtsrechtliche Vorgaben bei Kreditvergabe

- Strategische Rahmenbedingungen / Weitgehende Pflichten
 - Die Geschäftsleiter sind im Rahmen des § 39 BWG im Hinblick auf das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken für die **strategischen Rahmenbedingungen**, die ordnungsgemäße **Organisation**, die Gestaltung der **Prozesse der Vergabe und Bearbeitung** und deren Weiterentwicklung sowie das ordnungsgemäße **Risikomanagement** und **Risikocontrolling** des Kreditgeschäfts verantwortlich.
 - Die Geschäftsleiter legen auch eine **Risikostrategie** fest, somit eine in die Zukunft gerichtete, schriftliche Festlegung der angestrebten **Risikoparameter**. Die Festlegung basiert auf einer Analyse der **Ausgangssituation** sowie auf einer Einschätzung der mit dem Kreditgeschäft verbundenen **Risiken** unter Berücksichtigung der **Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts**. Die **Risikostrategie** umfasst z.B. eine Planung nach **Kreditarten, Branchenschwerpunkten, geographischer Streuung** (u.a. Regionen, Länder) und nach den Verteilungen der Engagements im Risikoklassifizierungsverfahren sowie nach der Größenklassenverteilung.

Aufsichtsrechtliche Vorgaben bei Kreditvergabe

- Organisation
 - Die Geschäftsleiter stellen sicher, dass das Kreditgeschäft nur innerhalb von **Rahmenbedingungen** betrieben wird, die in **internen Richtlinien** konkret dargestellt werden. Die **internen Richtlinien** haben **insbesondere** zu umfassen:
 - Vorgaben und Bearbeitungsgrundsätze für die Prozesse der Kreditvergabe,
 - Vorgaben und Bearbeitungsgrundsätze für die Prozesse der Risikoanalyse,
 - Bestellung und Verwertung von Sicherheiten,
 - laufende Bewertung der Engagements,
 - Behandlung von Überziehungen und Rückständen samt Mahnverfahren, Berichtswesen etc.

Aufsichtsrechtliche Vorgaben bei Kreditvergabe

- Vergabe und Bearbeitung von Kreditgeschäften
 - In den **internen Richtlinien** sind nach Geschäftsarten, Bonitäten der Kreditnehmer als auch nach Limiten (Kreditlimit, Kreditnehmerlimit, Limit betreffend Gruppe verbundener Kunden) differenzierte Bearbeitungsgrundsätze zu formulieren.
 - **Überziehungen** und **Prolongationen** sind nur in Ansehung des Risikogehalts und auf der Grundlage klarer, von den Geschäftsleitern in Kraft gesetzter Regelungen vertretbar.
 - Die für das **Adressenausfallsrisiko** eines Kreditgeschäfts bedeutsamen qualitativen und quantitativen Aspekte sind einer angemessenen Risikoanalyse zu unterziehen, wobei die Intensität von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt des Engagements abhängt (**Bonitätsprüfung und Sicherheitenbewertung**).
 - Es müssen aussagekräftige **Risikoklassifizierungsverfahren** für die erstmalige bzw. die turnusmäßige oder anlassbezogene Beurteilung des **Adressenausfallsrisikos** und der Zuteilung zu einer Risikoklasse eingerichtet sein.

Notwendige Informationsgrundlagen

- Scoring bzw Rating
 - Im Rahmen der vorhin erwähnten **Risikoanalyse** kommt es zu einer **Bonitätsprüfung und Sicherheitenbewertung** sowie zu einer **Risikoklassifizierungsverfahren**
 - Als Teil der **Bonitätsprüfung und Sicherheitenbewertung** können beispielsweise genannt werden: Kreditprüfung (Prüfung der Kreditwürdigkeit und -fähigkeit), **Einstufung im Ratingverfahren** oder eine **Beurteilung auf der Grundlage eines vereinfachten Verfahrens (z.B. Scoring-Verfahren)**. Die Wahl der geeigneten und angemessenen Methode hängt vom Risikogehalt des Engagements ab. Die Annahme verschiedener Szenarien bezieht sich hauptsächlich auf risikoreiche Engagements.
 - Wenn ein Adressenausfallsrisiko besteht, ist ein **Risikoklassifizierungsverfahren** durchzuführen. Darunter sind **IRB-Verfahren** zu verstehen aber – für Kreditinstitute, die den **Standardansatz** verwenden – selbstverständlich auch vereinfachte Verfahren (zB scoringbasierte Modelle).

Fälligstellung / Verlängerung von Krediten

- Grundsätzlich: **Überziehungen** und **Prolongationen** nur in Ansehung des Risikogehalts und auf der Grundlage klarer, von den Geschäftsleitern in Kraft gesetzter Regelungen vertretbar.
- Daher: Neue Entscheidung erforderlich
- Recht auf Fälligstellung des gesamten noch offenen Restkreditbetrags besteht für das Kreditinstitut nach hA sowohl bei Verschulden (subjektiver Schuldnerverzug) als auch bei **fehlendem Verschulden** (objektiver Schuldnerverzug).
- Wenn im Kreditvertrag nicht anders vereinbart, führt daher auch unverschuldeter Verzug zum Terminsverlust.
- Aufsichtsrechtlich ist Art 178 der CRR zu beachten: Ein Schuldner gilt als ausgefallen, wenn (lit a) es das Kreditinstitut als **unwahrscheinlich** ansieht, dass der Schuldner seine **Verbindlichkeiten in voller Höhe begleichen wird, ohne** dass das Institut auf Maßnahmen wie die Verwertung von Sicherheiten zurückgreift, oder (lit b) eine wesentliche Verbindlichkeit des Schuldners bereits **mehr als 90 Tage überfällig** ist.

- Zu beachtende Straftatbestände

- Sollte ein Geschäftsleiter Kredite wissentlich entgegen den geltenden Vorgaben vergeben, so verwirklicht er den Tatbestand der **Untreue nach § 153 StGB**

„Zuzählung der Darlehensvaluta, obwohl davon ausgegangen werden muss, dass nicht zurück gezahlt wird“ (Sicherheiten sind relevant)

- Zusätzlich kann eine Beteiligung am Tatbestand der **grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen** nach **§ 159 Abs 2 StGB** vorliegen, wenn Ausfall von anderen Gläubigern durch „künstliches am Leben halten“ des Unternehmens vergrößert wird

- Vergabe von Krediten an „insolvenznahe“ Unternehmen
 - **Grundsatz:** Ein Kreditgeber braucht sich grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob das Kreditgeschäft für seinen Partner vorteilhaft ist oder nicht und wofür dieser den Kredit verwenden will.
 - Der Kreditgeber muss auch genauso wenig abwägen, ob der Kredit für die Gläubiger des Kreditnehmers zum Nutzen oder Nachteil ausschlägt. Daher ist auch eine Kreditgewährung trotz Konkursreife an sich noch nicht rechtswidrig.
 - Eine Haftung des Kreditgebers kann sich jedoch ua auf Grund der §§ 12, 14, 159 Abs 2 StGB sowie § 69 IO iVm § 1311 ABGB ergeben, da diese als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger zu sehen sind (RIS-Justiz RS0027475 und [T6]).
 - Voraussetzungen für solch eine Haftung ist nach allgemeiner Auffassung, dass erstens die Bank die Geschäftsaufsicht über das schuldnerische Unternehmen führt, oder sie über Vertrauenspersonen das Unternehmen des Kreditnehmers faktisch leitet oder sie als Gesellschafter maßgeblichen Einfluss hat. Zweitens muss die Bank durch die Kreditgewährung die Konkursöffnung hinauszögert haben, obwohl ernste Zweifel am Gelingen des Sanierungsversuches bestanden und deshalb mit dem Zusammenbruch des Unternehmens zu rechnen war.

Vertragsrechtliche Themen

- MAC-Klauseln

- Material Adverse Change- oder auch Material Adverse Effect - Vertragsbestimmungen finden sich regelmäßig in Finanzierungsverträgen oder in Finanzierungszusagen mit dem Ziel **nicht vorhersehbare und unerwartete Ereignisse** zu erfassen.
- Der **Eintritt eines solchen MAC-Umstandes hat weitreichende Folgen für Finanzierer** jeder Art, da sie den Finanzierer in der Regel zur **Kündigung** des Finanzierungsvertrages berechtigen.

- Cross-Default-Klauseln

- Die Cross Default-Bestimmung zielt auf eine **Gleichbehandlung** des Kreditgebers **mit anderen Gläubigern** des Kreditnehmers ab. Eine sog. Cross Default-Klausel räumt dem Kreditgeber ein **Kündigungsrecht** ein, wenn der Kreditnehmer nicht in der Lage ist, Finanzverbindlichkeiten (ab einer bestimmten Schwelle) gegenüber einem anderen Gläubiger zu erfüllen.
- Kommt der Kreditnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber anderen Gläubigern nicht nach und stellen letztere ihre Forderungen daraufhin vorzeitig fällig, dann will in der Regel auch der Kreditgeber zu einer **vorzeitigen Fälligestellung** berechtigt sein, damit er keinen Nachteil bei Befriedigung seiner Forderungen hat.

Vertragsrechtliche Themen

- Financial Covenants

- In Kreditverträgen sind häufig als atypische Kreditsicherheit sog. **Covenants** vereinbart, die eine präventive Risikobeschränkungsfunktion vor drohender Insolvenz haben und dem Kreditnehmer gegenüber dem Kreditgeber zahlreiche Informationspflichten auferlegen.
- Sofern Kreditnehmer ihre Covenants infolge COVID-19 und der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage nicht einhalten können, werden konkrete im Kreditvertrag festgelegte Folgen ausgelöst. In der Regel stellt die Nicht-Einhaltung von Covenants einen sog. **Event of Default** dar, der den Kreditgeber nach einer kurzen Nachfrist zu einer Kündigung oder gar zu einer sofortigen Fälligkeit des Kredits berechtigt.

- Nachbesicherung

- In AGB von Banken ist idR vorgesehen, dass, wenn in Geschäftsbeziehungen mit Unternehmern **nachträglich Umstände eintreten** oder bekannt werden, die eine **erhöhte Risikobewertung** rechtfertigen, die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten innerhalb angemessener Frist zu verlangen ist (Nachbesicherung); so etwa, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachteilig verändert haben oder zu verändern drohen oder die vorhandenen Sicherheiten sich wertmäßig verschlechtert haben oder zu verschlechtern drohen.

Erleichterungen und Gesetzliche Änderungen

- Insolvenzrechtliche Änderungen:
 - Klarstellung Anwendbarkeit 120-tägige Frist bei Insolvenz wegen COVID-19 = Höchstfrist!
 - Außerkraftsetzung Überschuldungstatbestand bis 30.06.
 - Zahlungsunfähigkeit bleibt als Ins-Eröffnungsgrund: Mehr als 5% der fälligen Verbindlichkeiten können nicht in angemessener Frist beglichen werden
- Moratorium für Verbraucher- und Kleinstunternehmerkredite vor 25.03.2020
 - Zins- und Tilgungsansprüche werden zwischen April und Juni für 3 Monate gestundet, wenn
 - wegen COVID-Krise Rückzahlung unzumutbar (Verschiebung des Zahlungskalenders um 3 Monate)
 - Gilt auch für Sicherungsvereinbarungen

Erleichterungen und Gesetzliche Änderungen

Grundsätzlich keine Aufweichung vom Pflichten der KI, außer zu expliziten Ausnahmen

- Aufsichtsrechtliche Änderungen und Initiativen
 - SSM-Institute: Erleichterung für Kapitalanforderungen
 - Weniger bedeutende Institute: Angepasste Fristen, größere Spielräume
 - Maßnahmen EZB zur Versorgung von Banken mit Liquidität
 - Verbot von Leer-Verkäufen gem FMA-VO
 - Keine On-Site Audits, MREL aufgeschoben

Erleichterungen und Gesetzliche Änderungen

- Erleichterung bei AR-Sitzungen (siehe auch VO des BMJ)
- Aufschub bestimmter Meldepflichten (März bis Mai 2020)
- Erhöhte Überwachungspflichten bei AML
- Fristunterbrechung FMA-Verfahren (nicht: Leistungsfristen)
- Empfehlung: Keine Dividenden- und Bonusausschüttungen und kein Aktienrückkauf
- Wesentlichste Neuerung: Nutzung von aufsichtsrechtlichen Spielräumen:

Nutzung von aufsichtsrechtlichen Spielräumen

- Im Bereich des BWG bestehen weder Gesetzesänderungen, noch neue VO außer zu Fristen
- EBA/FMA: Spielräume dürfen bei Kreditentscheidungen genutzt werden, durch
 - **Genaueres monitoring gefordert, auf case-by-case basis:**
- **Schuldner im Zahlungsverzug** sind nicht zwingend als ausgefallen einzustufen, wenn bei einem Kredit Kapitaldienst und Zinsen in Folge des Corona-Virus gestundet werden.
- Zur **Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei Kreditgewährung** wird klargestellt, dass für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit die Analyse des letzten verfügbaren Jahresabschlusses ausreichend ist, in der Regel derzeit der Jahresabschluss aus 2018, sofern der Jahresabschluss aus 2019 noch nicht vorliegt.
- Für die **Bewertung der Kapitaldienstfähigkeit** können die Institute eine ganzjährige Liquiditätsbetrachtung des Kreditnehmers aus der Vergangenheit heranziehen.
- Zusätzliche Meldepflichten ua zu Sicherheiten, Wertberichtigungen und Laufzeitbändern
 - Vereinbarung im Einzelfall bei notleidenden Krediten, wenn dadurch Ausfall vermieden wird – Fortbestandsprognose (aber weiterhin Prüfung nach Art 47b CRR)

Nutzung von aufsichtsrechtlichen Spielräumen

- Im Bereich des BWG bestehen weder Gesetzesänderungen, noch neue VO außer zu Fristen
- EBA/FMA: Spielräume dürfen bei Kreditentscheidungen genutzt werden, durch
 - Genaues monitoring gefordert, auf case-by-case basis:
 - Vereinbarung im Einzelfall bei notleidenden Krediten, wenn dadurch Ausfall vermieden wird – Fortbestandsprognose
 - Staatliche Stützungsmaßnahmen keine Forbearance – dennoch laufende Überwachung und notfalls Fälligestellung / besondere Informationen über Moratorium-Schuldner
 - Fokus auf die am stärksten betroffenen Kreditnehmer
 - Maßnahmen, wenn langfristig Insolvenz wahrscheinlich

Nutzung von aufsichtsrechtlichen Spielräumen

- Gesetzliche Moratorien führen nicht zu Ausfall-Qualifikation (normalerweise 90 Tage überfällig)
- Umgang mit notleidenden Krediten soll mit Aufsicht abgestimmt werden (FMA fragt 14-tägig oder in kürzeren Intervallen bei Instituten nach)
- EZB: Berücksichtigung aller COVID-Maßnahmen / Gewisse Erleichterungen in Rechnungslegung und Bewertung (pauschale Risikoklassifizierung für Kreditgruppen, wenn Ratings fehlen)
- Staatliche Garantien nicht zu berücksichtigen bei Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (EBA)
- Anpassung von NPL-Reduction strategies im Einzelfall mit JSTs möglich

Staatliche Beihilfen - COFAG

- ABBAG / COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG):
 - Begünstigte Unternehmen: Sitz oder Betriebsstätte in Österreich und wesentliche operative Tätigkeit in Österreich
 - Keine finanziellen Schwierigkeiten (EU-Gruppenfreistellungs VO):
 - i. Keine Verlust von mehr als der Hälfte des Stammkapitals / der Eigenmittel durch vergangene Verluste
 - ii. Keine offenen Rettungs- bzw Umstrukturierungsbeihilfen
 - iii. Verschuldungsgrad (buchwertbasiert) max 7,5
 - iv. Zinsdeckungsverhältnis min 1,0
 - i. Voraussetzungen für Insolvenzeröffnung nicht gegeben

Voraussetzungen dürfen **nicht zum 31.12.2019** vorgelegen haben!

Staatliche Beihilfen - COFAG

- COFAG – Beihilfen
 - Direktzuschüsse
 - Haftungsübernahmen und Garantien
 - Direkt- bzw Überbrückungskredite
- **Weitere Voraussetzung:** Unternehmen muss eigene Zahlungspflichten bestmöglich reduzieren (Reduktionen im Einkauf, Kurzarbeit, ...) und auf anderem Weg versuchen, Kapital/Liquidität zu erlangen
- **Zweck**
 - Erhaltung Zahlungsfähigkeit / Überbrückung von Li-Schwierigkeiten
 - Verbot der Umschuldung / lediglich einzelne Kreditraten dürfen bei ordentlicher Fälligkeit bezahlt werden
 - Aber laut AWS: Stundung von bestehenden Finanzierungen (daher Verhinderung der Fälligestellung, Nachbesicherung, ...)

Staatliche Beihilfen - COFAG

- COFAG-Überbrückungsgarantie
- COFAG ist staatliche Stelle iSv Art 4 CRR (Garantien daher 0% gewichtet)
- Derzeit präferiertes Instrument
- Abwicklung (= Prüfung Zuerkennungsvoraussetzungen) erfolgt über OeKB (Großunternehmen) oder AWS (KMUs)
- Garantiegeber = COFAG – Garantienehmer = Bank

Staatliche Beihilfen - COFAG

- ABER:
 - **Nur 90% des Überbrückungskredits über € 500.000,00 werden garantiert**
 - **Bis € 500.000,00 100% Garantie möglich**
- AWS: Max Höhe € 27,7 Mio – Daher ungesichertes Exposure bis € 2,72 Mio
- OeKB: Max reguläre Höhe € 120 Mio – Daher ungesichertes Exposure bis € 12 Mio
- Da Überbrückungsgarantie nur 90% (bei KMU über € 500.000,00) deckt muss Bank eigene Kreditprüfung durchführen

Staatliche Beihilfen

- Antragstellung an kreditgewährende Bank bzw Spitzeninstitut
- Planungsunterlagen beizulegen
- Durch Beihilfen entsteht keine Geschäftsverbindung zwischen COFAG und Empfänger
- Geschäftsbeziehung nur zu „Hausbank“. Diese hat pflichten nach FM-GwG zu erfüllen und zu bestätigen.
- Allerdings prüft COFAG selbständig Antrag und trifft Entscheidung – daher wohl keine Haftung der Bank?

Staatliche Beihilfen – Folge für Kreditentscheidung

- Pflichten Bank gegenüber COFAG:
 - **Bestimmte Inhalte des Kreditvertrages erforderlich**
 - **Bestätigung der widmungsgemäßen Mittelverwendung (keine Prüfung durch Bank)**
 - **Keine Bestellung von Sicherheiten nur für unbesicherte 10%**
 - **„alles vorzukehren, um die COFAG vor Schaden zu bewahren, ...“
(Verstoß kann ausdrücklich zu Schadenersatzansprüchen führen)**
- Überbrückungsgarantie kann bei Fortbestandsprognose berücksichtigt werden
- Abfolge: Antrag, Entscheidung über Beihilfe, erst dann Kreditvergabe/-entscheidung durch Bank

Schlussfolgerungen

- COFAG Garantien entlasten Banken nicht bei Entscheidung über Kreditvergabe
- Direktzuschüsse können helfen, aber kein Anspruch und daher keine Gewissheit über Gewährung
- Daher insgesamt problematische Situation
- Probleme vor allem bei bisher bereits in der Restrukturierung befindlichen Unternehmen
- Denkbar, dass auch zukünftig zusätzlicher Liquiditätsbedarf entsteht – Handlungspflicht der Banken?

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

Kontakt: RA Dr. Clemens Völkl

c.voelkl@voelkl.partners

Neutorgasse 12, 1010 Wien

Vökl Rechtsanwälte
Neutorgasse 12, 1010 Wien
01 934 60 68
office@voelkl.partners
www.voelkl.partners

VÖKL
RECHTSANWÄLTE