



# Deutsches »Bad-Bank-Gesetz« in Kraft

Mit dem »Bad-Bank-Gesetz«<sup>1</sup>, das am 23. Juli 2009 in Kraft getreten ist, stehen den Banken in Deutschland drei Modelle zur Verfügung, um ihre Bilanzen von Risikopositionen, insbesondere strukturierten Wertpapieren, zu entlasten. In zwei Modellen können außerdem nicht mehr strategienotwendige Geschäftsbereiche ausgelagert werden, um die Bilanzen zu reduzieren. Diese Bad Banks gelten – im Hinblick auf ihre Abwicklungsaufgabe – nicht als Kreditinstitute. Damit steht ansonsten gebundenes aufsichtsrechtliches Eigenkapital weiter der Kernbank zur Verfügung.

Am 23. Juli 2009 ist das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung (Bad-Bank-Gesetz) in Kraft getreten. Es soll, in Ergänzung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (FMStFG) vom Oktober 2008, den Banken ermöglichen, Risikopositionen, insbesondere strukturierte Wertpapiere, zum Zweck der Abwicklung auf externe Einheiten (Bad Banks) zu übertragen und hierdurch ihre Bilanzen zu entlasten. Damit soll die Kreditvergabe an die Realwirtschaft gefördert werden.

Nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) müssen die Banken die fraglichen Risikopositionen auf der Basis aktueller Marktwerte bewerten. Das führt dazu, dass selbst ohne Ausfälle ein erheblicher Abschreibungsbedarf bestehen kann. Hierdurch wird das Eigenkapital der Banken belastet und kann so nicht mehr als Unterlegung für die Kreditvergabe dienen. Das Volumen allein der strukturierten Wertpapiere für die Banken mit Sitz in Deutschland wird auf ca. 230 Milliarden Euro geschätzt.

Darüber hinaus ermöglicht das Bad-Bank-Gesetz die Bilanzen zu reduzieren, indem auch nicht-strategienotwendige Geschäftsbereiche ausgelagert werden. Das kann einer Verschlinkung der Kernbank, Konsolidierung sowie Erfüllung von EU-Umstrukturierungsaufgaben dienen.

## Drei Modelle

Zur Erreichung der vorerwähnten Ziele sieht das Bad-Bank-Gesetz drei verschiedene Modelle vor:

- Zweckgesellschaftsmodell
- Modell »bundesrechtlicher« Abwicklungsanstalten
- Modell »landesrechtlicher« Abwicklungsanstalten

Die beiden zuerst genannten Modelle unterscheiden sich wesentlich voneinander – in Instrumenten, Reichweite und Risiken. Hingegen sind die Unterschiede zwischen bundes- und landesrechtlicher Abwicklungsanstalt geringer.

Die Umsetzung aller Modelle liegt im Ermessen der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (Finanzmarktstabilisierungsanstalt – FMSA) bzw. der verantwortlichen Landesbehörde. Ein Rechtsanspruch besteht nicht. Umgekehrt ist für die Banken die Nutzung freiwillig.

Das Zweckgesellschaftsmodell wurde von der Bundesregierung bei der Europäischen Kommission als Beihilferegulierung angemeldet. Nach deren (zeitnah zu erwartender) Genehmigung braucht eine einzelne Transaktion nicht mehr individuell angemeldet zu werden, wenn sie die Bedingungen des Gesetzes und der Genehmigungsentscheidung beachtet. Dient indes das Zweckgesellschaftsmodell der Umsetzung eines Umstrukturierungsplans und ist damit eine neue Beihilfe verbunden, kann nach den neuen Restrukturierungs-Richtlinien eine Anmeldepflicht bestehen.

Ob und inwieweit mit dem Abwicklungsanstalten-Modell eine Beihilfe verbunden ist, hängt von zahlreichen, sehr verschiedenen Faktoren ab, insbesondere den Beteiligten (private oder öffentliche Banken und Eigentümer) und der Transaktionsstruktur (Abspaltung, Ausgliederung oder Asset Deal). Deshalb wurde dieses Modell

<sup>1</sup> Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung vom 17. Juli 2009, BGBl. I 2009 vom 22. Juli 2009, S. 1980.

nicht generell zur Genehmigung angemeldet. Vielmehr bedarf es jeweils im Einzelfall der Prüfung, ob mit der konkreten Modellstruktur eine Beihilfe verbunden ist, sowie gegebenenfalls einer Einzelnotifizierung.

## 1. Das Zweckgesellschaftsmodell (SPV-Modell)

Das Zweckgesellschaftsmodell (auch als SPV-Modell bezeichnet) folgt einer einfachen Mechanik, die in ähnlicher Form schon bislang bei der Abschirmung problembehafteter Finanzaktiva zum Einsatz gekommen ist: Zur Auslagerung strukturierter Wertpapiere gründet das übertragende Unternehmen eine – inländische – Zweckgesellschaft (Special Purpose Vehicle – SPV), die kein Bankgeschäft betreibt und deshalb keiner Bankerlaubnis bedarf. Auf diese werden die Aktiva mit einem Abschlag zum Buchwert übertragen. Im Gegenzug erhält das übertragende Unternehmen in gleicher Höhe von der Zweckgesellschaft begebene Schuldtitel (Anleihen), die vom Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMS, Fonds) garantiert werden.

### Übertragende Unternehmen

Übertragende Unternehmen können Kreditinstitute und Finanzholding-Gesellschaften mit Sitz im Inland sowie deren in- und ausländische Tochterunternehmen sein. Der Kreis der übertragenden Unternehmen ist damit enger als der Kreis der Antragsberechtigten bei sonstigen Stabilisierungsmaßnahmen nach dem FMStFG. Namentlich Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds sowie Kapitalanlagegesellschaften sind nicht umfasst.

Zweckgesellschaften sind nicht als übertragende Unternehmen vorgesehen (anders im Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten). Dennoch können auch Risikoaktiva, die bereits auf eine Zweckgesellschaft ausgelagert wurden, Gegenstand der Übertragung sein, indem sie zuvor auf ein übertragendes Unternehmen transferiert und von dort auf die neu gegründete Zweckgesellschaft übertragen werden.

### Übertragungsgegenstände, Garantie

Zur Übertragung zugelassen sind im Zweckgesellschaftsmodell ausschließlich strukturierte Wertpapiere und damit verbundene Absicherungsgeschäfte.

Der Begriff des »strukturierten Wertpapiers« wird nicht weiter definiert. Nach der Gesetzesbegründung handelt

es sich um »Schuldverschreibungen, die im Rahmen komplexer Verbriefungstransaktionen entstehen« bzw. »im Rahmen von Verbriefungstransaktionen eines Portfolios verschiedener Arten von Forderungen herausgegeben« werden. Beispielhaft werden genannt: Asset Backed Securities (ABS), Collateralized Debt Obligations (CDO), CDOs of ABS, Collateralized Loan Obligations (CLO), Residential Mortgage Backed Securities (RMBS) und Commercial Mortgage Backed Securities (CMBS). Keine »strukturierten Wertpapiere« dürften zum Beispiel nicht verbrieft Kredite oder bloße Unternehmensanteile sein, sofern sie nicht tranchierten Schuldverschreibungen vergleichbar sind. Derivate können gegebenenfalls als mit strukturierten Wertpapieren verbundene Absicherungsgeschäfte übertragen werden.

Die strukturierten Wertpapiere müssen von dem übertragenden Unternehmen bis zum 31. Dezember 2008 einschließlich erworben worden sein. Die Laufzeit der Garantie darf die Laufzeit des am längsten laufenden strukturierten Wertpapiers nicht unterschreiten (Laufzeitkongruenz zwischen Wertpapieren und Garantie). Wird also die Laufzeit der Garantie auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt, können nur solche Wertpapiere abgesichert werden, deren Laufzeit diesen Zeitraum nicht überschreitet.

Die maximale Laufzeit der Garantie ist nicht befristet, auch nicht auf 20 Jahre. Der in § 6b Abs. 1 FMStFG festgelegte Maximalzeitraum von 20 Jahren betrifft die Dauer der Ausgleichszahlung, nicht die der Garantie.

### Übertragungswert

Die Übertragung der strukturierten Wertpapiere auf die Zweckgesellschaft muss entweder

- zu 90 Prozent des Buchwerts vom 30. Juni 2008 (dem letzten Buchwert vor der Lehmann-Insolvenz),
- zu 90 Prozent des Buchwerts vom 31. März 2009 oder
- zum tatsächlichen wirtschaftlichen Wert erfolgen.

Der höchste dieser Werte ist der Übertragungswert. Er ist allerdings durch den Buchwert zum 31. März 2009 gedeckelt.

Mit dem Abschlag von 10 Prozent wird (nach Vorgaben der EU-Kommission) eine pauschalisierende Betrachtung hinsichtlich der Belastungen vorgenommen, die das übertragende Unternehmen in jedem Fall selbst tragen soll. Der Abschlag muss jedoch nur in der Höhe erfolgen,

in der das übertragende Unternehmen eine Kernkapitalquote von mindestens 7 Prozent einhalten kann.

### **Schuldtitel als Gegenleistung**

Für die Übertragung der Risikoaktiva erhält die Bank von der Zweckgesellschaft Schuldtitel (z. B. Inhaberschuldverschreibungen), die vom FMS, das heißt letztlich vom Bund, garantiert werden. Diese ersetzen in der Bilanz des übertragenden Unternehmens die volatilen Aktiva. Damit entfallen die bisherigen Bewertungsrisiken, und der Umfang der erforderlichen Eigenkapitalunterlegung wird aufgrund einer niedrigeren Risikogewichtung reduziert. Zugleich macht die Garantie die Schuldtitel EZB-fähig, damit sie zur Liquiditätsbeschaffung genutzt werden können.

Erst aufgrund der Garantie des FMS wird die Auslagerung im Zweckgesellschaftsmodell zu einer Angelegenheit des Bundes und des Bundesgesetzgebers. Allein auf sie bezieht sich der Antrag des übertragenden Unternehmens bei der FMSA. Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Zweckgesellschaftsmodells stellen somit letztlich Bedingungen für die Garantieübernahme durch den Fonds dar.

### **Ausgleichszahlung und Nachhaftung**

Das übertragende Unternehmen ist verpflichtet, für die Dauer der Laufzeit der Garantie, maximal für 20 Jahre jährlich aus dem an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag einen Ausgleichsbetrag an die Zweckgesellschaft zu zahlen.

Der Ausgleichsbetrag wird ermittelt, indem die Differenz aus dem Übertragungswert und dem sogenannten Fundamentalwert durch die Zahl der vollen Jahre der Laufzeit der Garantie geteilt wird. Der Fundamentalwert ist der tatsächliche wirtschaftliche Wert abzüglich eines Abschlags für bis zum Laufzeitende zu erwartende Risiken; die Höhe des Risikoabschlags wird vom Fonds im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Vorgaben der EU-Kommission bestimmt.

Reicht die Ausgleichszahlung zur Deckung der bei der Zweckgesellschaft anfallenden Verluste nicht aus, so sind die nicht ausgeglichenen Verluste einschließlich Verzinsung aus dem an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag auszugleichen, alternativ durch Ausgabe von Aktien an den Fonds.

Die Eigentümer der übertragenden Bank haften also grundsätzlich für die Verluste der Zweckgesellschaft, indes nur mittelbar und begrenzt auf deren Dividenden. Jenseits dessen verbleibt das Risiko beim Bund. Der Abschätzung und Bewertung dieses Risikos dient das vorzuziehende »tragfähige Geschäftsmodell« der Kernbank, das die Geschäfts- und Dividendenentwicklung der nächsten Jahre aufzeigt.

### **Bedingungen**

Das Gesetz enthält zahlreiche Bedingungen für die Begebung der Garantie:

- Ein Antrag für eine Garantieübernahme kann im Zweckgesellschaftsmodell nur bis zum 22. Januar 2010 gestellt werden.
- Übertragende Unternehmen müssen zur Überprüfung ihrer Verlustanfälligkeit Stresstests für die jeweils wesentlichen Risiken durchführen; die Ergebnisse der Stresstests werden nicht veröffentlicht.
- Für die Garantie muss der Fonds eine marktgerechte Vergütung erhalten. Deren Höhe ist im Gesetz nur abstrakt bestimmt. Es ist zu erwarten, dass sich nähere Details aus der EU-rechtlichen Genehmigung des SPV-Modells ergeben werden.
- Die Übernahme einer Garantie setzt ein tragfähiges Geschäftsmodell sowie grundsätzlich eine im Einzelfall angemessene Kapitalausstattung des übertragenden Unternehmens voraus, ferner einen detaillierten Abbauplan für die Zweckgesellschaft.
- Eine wichtige Bedingung betrifft die Verwaltung der ausgelagerten strukturierten Wertpapiere: Sie erfolgt durch unabhängige Dritte oder durch das übertragende Unternehmen, wobei in diesen Fällen eine funktionelle und organisatorische Trennung von dessen übrigen Geschäft sicherzustellen ist. In jedem Fall kann der Fonds (vertreten durch die FMSA) hinsichtlich der Verwaltung und Verwertung der übertragenen Wertpapiere Anweisungen geben. Diese Regelungen zur Verwaltung der Assets sollen Interessenkonflikte vermeiden.
- Außerdem sind die Bedingungen für Rekapitalisierungen, insbesondere die Vorgaben zu Kreditvergabe, Vergütungssystemen, Vergütung der Organmitglieder und Informationsrechten des FMS entsprechend anwendbar.

### **Steuerliche Aspekte**

Das Bad-Bank-Gesetz enthält zahlreiche steuerliche Vorschriften, die die Besteuerung der übertragenden Bank, der Zweckgesellschaft und der Anteilseigner der übertragenden Bank regeln. Nicht umgesetzt wurde die noch im Gesetzgebungsverfahren diskutierte ausdrückliche Umsatzsteuerbefreiung von Serviceleistungen gegenüber der Zweckgesellschaft.

Überträgt die Bank Risikoaktiva auf die Zweckgesellschaft, ist das übergehende Vermögen bei der Bank und bei der Zweckgesellschaft auch steuerlich mit den oben unter »Übertragungswert«, S. 2 beschriebenen Übertragungswerten anzusetzen. Dabei kann bei der Bank ein steuerlicher Verlust entstehen, wenn der Übertragungswert unter dem steuerlichen Buchwert liegt. Etwaige später bei der Zweckgesellschaft entstehende Gewinne aus der Veräußerung der Risikoaktiva können jedoch nicht mit den Verlusten der Bank verrechnet werden.

Die Zweckgesellschaft ist körperschaftsteuerpflichtig und grundsätzlich gewerbsteuerpflichtig. Bei der Zweckgesellschaft führen die Ausgleichszahlungen unter Umständen zu steuerpflichtigen Einnahmen. Wie dies in der Praxis umgesetzt wird, bleibt abzuwarten. Hier wäre eine Klarstellung durch die Finanzverwaltung wünschenswert. Kehrt die Zweckgesellschaft den Wertungsüberschuss aus, wäre die Auszahlung, soweit damit Ausgleichszahlungen zurückgewährt werden, als Betriebsausgabe abzugsfähig.

Zinsaufwendungen sind grundsätzlich als Betriebsausgabe steuerlich abzugsfähig. Die sogenannte »Zinschranke« greift bei der Zweckgesellschaft grundsätzlich nicht, wenn sie mit keinem ihrer Anteilseigner konsolidiert wird und auch keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt.

Für Zwecke der Gewerbesteuer wird die Zweckgesellschaft einer Verbriefungsgesellschaft gleichgestellt, für die das sogenannte »Bankenprivileg« gilt. Vorbehaltlich der Anwendung der Zinschranke sind von der Zweckgesellschaft gezahlte Zinsen für Gewerbesteuerzwecke daher grundsätzlich in vollem Umfang abzugsfähig.

Die an den Fonds für die Absicherung der Schuldverschreibungen gezahlten angemessenen Garantiegebühren sind grundsätzlich steuerlich abzugsfähig.

Steuerliche Verluste, die bei der Zweckgesellschaft nicht mit entsprechenden Erträgen im gleichen Jahr ausgegli-

chen werden können, können in der Höhe beschränkt ein Jahr zurückgetragen oder unbegrenzt vorgetragen werden. Verlustvorträge können begrenzt im Rahmen der sogenannten »Mindestbesteuerung« mit späteren Gewinnen verrechnet werden.

Die durch die Anteilseigner der Bank getragenen Ausgleichszahlungen gelten bei diesen als negative Divideneinnahmen. Das heißt, die Anteilseigner werden insoweit nicht mit Steuern belastet. Auch eine Kapitalertragsteuerpflicht besteht nicht. Umgekehrt wird die Auskehrung eines nach vollständiger Verwertung verbleibenden Überschusses an die Anteilseigner bei diesen wie eine Dividende besteuert.

Die Übertragung der strukturierten Wertpapiere sollte als solche nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Die entgeltliche Verwaltung der übertragenen Wertpapiere durch die Bank oder unabhängige Dritte dürfte jedoch grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig sein.

## **2. Das Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten (AidA-Modell)**

Im Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten wird die Rolle der Bad Banks von teilrechtsfähigen Anstalten in der Finanzmarktstabilisierungsanstalt übernommen. Deshalb wird das Modell auch als »AidA-Modell« bezeichnet (von Anstalt in der Anstalt – AidA). Die Abwicklungsanstalten oder AidAs bilanzieren nach den Regeln des Handelsgesetzbuchs (HGB) und sind weitgehend von den quantitativen Anforderungen des Kreditwesengesetzes (KWG) befreit. Die institutionelle Anbindung der Abwicklungsanstalten bei der FMSA führt dazu, dass die Risiken näher am Bund sind als im Zweckgesellschaftsmodell. Die Risiken sind außerdem höher, da Reichweite und Volumen der übertragungsfähigen Vermögenswerte über das Zweckgesellschaftsmodell hinausgehen. Der Grundsatz der Eigentümerverantwortung, der die Eigentümer der übertragenden Banken unter anderem zum Ausgleich der Verluste der jeweiligen Abwicklungsanstalt verpflichtet, spielt deshalb im AidA-Modell eine zentrale Rolle.

### **Die »neue« FMSA**

Da die Abwicklungsanstalten institutionell bei der FMSA angesiedelt sind, hat das AidA-Modell Auswirkungen auf die Organisation der FMSA. Diese erhält zusätzlich die Aufgabe, auf Antrag der »übertragenden Gesellschaf-

ten« – die besondere Begrifflichkeit dient der Abgrenzung zum Zweckgesellschaftsmodell – teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts zu errichten, auf die bis zum 31. Dezember 2008 erworbene Risikopositionen und nicht-strategienotwendige Geschäftsbereiche durch Rechtsgeschäft oder Umwandlung zum Zwecke der Abwicklung übertragen werden können.

Anders als ihre bisherigen Aufgaben nimmt die FMSA ihre neue Aufgabe nicht im Namen des Fonds wahr, sondern im eigenen Namen. Im Übrigen wird die FMSA mit Blick auf ihre neue Aufgabe in eine bundesunmittelbare (voll-)rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) überführt und erhält den neuen Namen »Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung«; das bisherige Kürzel »FMSA« wird beibehalten.

Die Ansiedlung der FMSA »bei der Deutschen Bundesbank« wird aufgegeben. Es bleiben aber gewisse Verflechtungen mit der Bundesbank bestehen.

### **Die Abwicklungsanstalten**

Die Abwicklungsanstalten werden nicht etwa »auf Vorrat« errichtet, sondern – institutsspezifisch – auf Antrag der übertragenden Gesellschaft. Übertragende Gesellschaften können dabei (anders als im Zweckgesellschaftsmodell) neben Kreditinstituten und Finanzholding-Gesellschaften mit Sitz im Inland sowie deren in- und ausländische Tochterunternehmen auch Zweckgesellschaften sein. Errichtende Stelle ist die FMSA.

Ungeachtet ihres Status als teilrechtsfähige Anstalten sind die Abwicklungsanstalten rechtlich, wirtschaftlich und organisatorisch weitgehend verselbstständigt. Sie können unter ihrem eigenen Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden und verfügen über einen eigenen Rechnungs- und Buchungskreis. Ihr Vermögen ist getrennt zu halten, insbesondere von dem übrigen Vermögen der FMSA, ihren Rechten und Verbindlichkeiten. Ferner stellen sie einen eigenen Jahresabschluss auf, auf den die für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des HGB anwendbar sind.

Die Bilanzierung nach den Vorschriften des HGB ist ein wesentliches Element des AidA-Modells. Denn sie befreit die Abwicklungsanstalten von Bewertungsrisiken aufgrund von Marktwertschwankungen, die bei Anwendung der Marktbewertungsvorschriften der IFRS bestünden.

Ein weiteres Kernelement des AidA-Modells besteht darin, dass die Abwicklungsanstalten nicht als Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des KWG gelten und entsprechend von wesentlichen Anforderungen des KWG befreit sind. Hierdurch kann das bislang gebundene aufsichtsrechtliche Eigenkapital bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben und dort den strategienotwendigen Geschäftsbereichen zur Verfügung stehen (vergleiche unten zum »Aufsichtsrecht«, S. 7).

Die Abwicklungsanstalten werden von der FMSA überwacht, wobei jedenfalls sicherzustellen ist, dass sie die Vorgaben aus Gesetz und Statut einhalten. Darüber hinaus kann die FMSA gewisse Koordinationsaufgaben für die Abwicklungsanstalten und in Abstimmung mit diesen übernehmen; im Übrigen obliegt die Verwaltung der übertragenen Vermögenswerte den Abwicklungsanstalten.

Die nähere Organisation der Abwicklungsanstalten ist gesetzlich nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern bleibt weitgehend der Regelung durch gesonderte Statute vorbehalten. Dabei sind allerdings die gesetzlichen Vorgaben für die Errichtung der Abwicklungsanstalten zu beachten – soweit sie nicht durch vertragliche Vereinbarungen sichergestellt werden. Hierzu gehören nicht zuletzt die Anforderungen an die Verlustausgleichspflicht (vergleiche unten zum »Grundsatz der Eigentümergeantwortung«, S. 6 f.).

Die Abwicklungsanstalten werden über ein eigenes Stammkapital verfügen, das durch Sacheinlage des übertragenen Vermögens gebildet und von den übertragenden Gesellschaften oder deren Eigentümern gehalten wird. Mit der Beteiligung am Stammkapital wird neben der Gewinn- und Verlustbeteiligung regelmäßig ein Gremienbesetzungsrecht in der jeweiligen Abwicklungsanstalt verbunden sein.

### **Übertragungsgegenstände**

Es können mehr Gegenstände übertragen werden als im Zweckgesellschaftsmodell: nicht nur strukturierte Wertpapiere, sondern alle bis zum 31. Dezember 2008 erworbenen Risikopositionen sowie nicht-strategienotwendige Geschäftsbereiche. Dieser größeren Reichweite entspricht ein größeres Volumen. Es wird geschätzt, dass der Wert der potentiell zu übertragenden Vermögenswerte im AidA-Modell drei- bis viermal so hoch ist wie im Zweckgesellschaftsmodell.

Der Begriff der Risikopositionen umfasst insbesondere Forderungen, Wertpapiere (einschließlich Staatsanleihen), derivative Finanzinstrumente, Rechte und Pflichten aus Kreditzusagen oder Gewährleistungen sowie Beteiligungen, jeweils nebst zugehöriger Sicherheiten. Die Einbeziehung nicht-strategienotwendiger Geschäftsbereiche ermöglicht eine Bilanzreduktion und Verschlankung der übertragenden Bank. Das ist nicht zuletzt für die Banken von Bedeutung, die EU-Umstrukturierungsaufgaben erfüllen müssen.

Das AidA-Modell ist, wie auch das Zweckgesellschaftsmodell, institutsoffen; es steht öffentlichen Banken genauso zur Verfügung wie privaten Banken.

### Übertragungsarten

Auch im Hinblick auf die Übertragungsarten bestehen wesentliche Unterschiede zum Zweckgesellschaftsmodell. So ist im AidA-Modell vorgesehen, dass die Risikopositionen und nicht-strategienotwendigen Geschäftsbereiche durch Rechtsgeschäft (Asset Deal) oder Umwandlung auf die Abwicklungsanstalten übertragen werden können. Zudem ist auch eine Übernahme von Garantien, Unterbeteiligung oder Absicherung auf sonstige Weise ohne Übertragung zugelassen (wirtschaftliche Übertragung).

Die Übertragung durch Umwandlung ist auf die Abspaltung und die Ausgliederung beschränkt. Insoweit sind besondere Vorschriften vorgesehen, die zugleich die Abwicklungsanstalten dazu ermächtigen, als übernehmender Rechtsträger an einer Abspaltung oder Ausgliederung beteiligt zu sein. Das Gesetz erklärt zwar das Umwandlungsgesetz für die Abspaltungen bzw. Ausgliederungen für anwendbar, enthält aber zugleich eine Reihe wichtiger Erleichterungen. Insbesondere gibt es weder eine Nachhaftung noch eine Pflicht zur Sicherheitsleistung der übertragenden Gesellschaft.

Wegen der unterschiedlichen Übertragungsarten unterscheidet sich das AidA-Modell auch aus beihilferechtlicher Sicht wesentlich von dem Zweckgesellschaftsmodell. Denn allein mit der bloßen Abspaltung oder Ausgliederung von Vermögenswerten durch die Eigentümer einer Bank auf ein Schwester- bzw. Tochterunternehmen ist keine beihilferelevante selektive Begünstigung verbunden. Dieser separate Vorgang ist daher beihilfeneutral. Erst die davon zu unterscheidende, anschließend nach den Vorgaben des FMStFG zu begründende Verlustausgleichspflicht kann gegebenenfalls eine Beihilfe begrün-

den, wenn es sich um öffentliche Eigentümer handelt. Das aber bedarf der Prüfung im Einzelfall. Deshalb kann das AidA-Modell nicht pauschal beihilferechtlich durch die EU-Kommission genehmigt werden, sondern bedarf gegebenenfalls einer Einzelnotifizierung.

In der Praxis dürfte die Abspaltung der bevorzugte Übertragungsweg sein. Sie hat zur Folge, dass die Eigentümer der übertragenden Gesellschaft an der jeweiligen Abwicklungsanstalt beteiligt werden, also nicht, wie bei der Ausgliederung, die übertragende Gesellschaft selbst.

Für die Sicherung der Refinanzierung oder Rückdeckung der übernommenen strukturierten Wertpapiere kann die AidA auf Garantien des Fonds zurückgreifen, nicht jedoch hinsichtlich der sonstigen von der AidA übernommenen Risikopositionen oder Geschäftsbereiche.

### Grundsatz der Eigentümerverantwortung

Den Unterschieden zwischen Zweckgesellschaftsmodell und AidA-Modell in Instrumenten, Reichweite und Risiken entspricht eine unterschiedliche Haftung: Im Zweckgesellschaftsmodell werden Verluste der Zweckgesellschaften nur mittelbar von den Eigentümern der übertragenden Unternehmen getragen, zudem im Umfang beschränkt auf etwaige Ausschüttungen aus dem Jahresgewinn des übertragenden Unternehmens. Demgegenüber trifft die Eigentümer im AidA-Modell grundsätzlich eine unmittelbare, quotale und unbegrenzte Verlustausgleichs- und Nachschusspflicht gegenüber der Abwicklungsanstalt. Die Einzelheiten dieser Pflicht sind im Gesetz detailliert geregelt.

Grundsätzlich gilt, dass die (unmittelbaren oder mittelbaren) Eigentümer der übertragenden Gesellschaft aufgrund des Statuts der Abwicklungsanstalt oder vertraglicher Vereinbarungen eine Pflicht zum Ausgleich von Verlusten der Abwicklungsanstalt entsprechend ihrer Beteiligungsquote und im Außenverhältnis eine gesamtschuldnerische Haftung übernehmen müssen.

Gehört indes zu den Eigentümern ein Land, besteht im Außenverhältnis keine Gesamtschuld, sondern nur eine quotale Haftung. Diese Regelung ist auf Landesbanken zugeschnitten. Gehört in diesen Fällen ein Sparkassen- und Giroverband (oder dessen Beteiligungsgesellschaft) zu den Eigentümern der Landesbank, ist dessen – zweistufig aufgeteilte – Verlustausgleichspflicht im Umfang auf den Betrag begrenzt, den er am 30. Juni 2008 als Ge-

währträger der Bank hätte tragen müssen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die hinter den Sparkassen- und Giroverbänden stehenden Sparkassen im Hinblick auf ihre besondere, gemeinwohlorientierte Aufgabenstellung nicht mehr belastet werden sollen, als sie im Fall der Insolvenz der Landesbank hätten tragen müssen. Die Haftung anderer Eigentümer einer Landesbank (oder Privatbank) ist nicht begrenzt.

Für den besonderen Fall, dass die Übernahme einer Verlustausgleichspflicht durch die Eigentümer der übertragenden Gesellschaft aufgrund eines nicht geschlossenen Anteilseignerkreises, etwa bei deren Börsennotierung, nicht praktikabel ist, ist auch im AidA-Modell vorgesehen, dass die Verluste vollständig aus etwaigen Ausschüttungen aus dem Jahresgewinn des übertragenden Unternehmens auszugleichen sind.

Die Verantwortung für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Pensionsverbindlichkeiten und sonstige im Zusammenhang mit den Arbeitsverhältnissen bestehenden Lasten soll in vollem Umfang auch nach der Übertragung bei den übertragenden Gesellschaften oder ihren unmittelbaren oder mittelbaren Eigentümern verbleiben. Auch darin kommt der Grundsatz der Eigentümerverantwortung zum Ausdruck.

### **Aufsichtsrecht**

Die Abwicklungsanstalten sind, wie erwähnt, weder Kredit- noch Finanzdienstleistungsinstitute. Es bestehen deshalb keine aufsichtsrechtlichen Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen. Allerdings unterliegen die Abwicklungsanstalten dennoch einer Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Insoweit werden zahlreiche Vorschriften des KWG für anwendbar erklärt, unter anderem zu den Meldepflichten, zum Risikomanagement und zur Prüfung des Jahresabschlusses. Außerdem dürfen die Abwicklungsanstalten aufgrund der EU-Bankenrichtlinie kein Einlagengeschäft gegenüber dem Publikum betreiben.

### **Bedingungen**

Die weiteren Bedingungen für die bundesrechtliche Abwicklungsanstalt ähneln überwiegend den Bedingungen im SPV-Modell:

- Übertragende Unternehmen müssen zur Überprüfung ihrer Verlustanfälligkeit Stresstests für die jeweils wesentlichen Risiken durchführen; die Ergebnisse der Stresstests werden nicht veröffentlicht.

- Die Errichtung und Übertragung der Vermögenspositionen auf eine AidA setzt ein tragfähiges Geschäftsmodell sowie grundsätzlich eine im Einzelfall angemessene Kapitalausstattung des übertragenden Unternehmens voraus, ferner einen detaillierten Abwicklungsplan für die Abwicklungsanstalt.
- Die Verwaltung der übertragenen Assets kann durch unabhängige Dritte oder durch das übertragende Unternehmen erfolgen, wobei aufgrund der unmittelbaren und weitreichenden Haftung der Eigentümer (bei begrenztem Anteilseignerkreis) das Risiko für den Bund und damit zugleich das Interessenkonfliktpotential zunächst geringer ist als im SPV-Modell.
- Außerdem sind die für Rekapitalisierungsmaßnahmen geltenden Bedingungen, also unter anderem die Vorgaben für die Kreditvergabe, Vergütungssysteme, Vergütung der Organmitglieder und Informationsrechte des FMS entsprechend anwendbar.
- Abweichend vom SPV-Modell kann eine AidA nach der neuen bundesrechtlichen Rechtslage bis zum 31. Dezember 2010 errichtet werden.

### **Steuerliche Aspekte**

Anders als im SPV-Modell können die übertragenden Unternehmen im AidA-Modell ihr risikobehaftetes Vermögen und die nicht-strategienotwendigen Geschäftsbereiche nach der bundesrechtlichen Rechtslage zu Buchwerten auf die Abwicklungsanstalt ausgliedern oder abspalten. Der Buchwertansatz ist an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft (insbesondere muss kein Teilbetrieb übertragen werden). Ein gesonderter Antrag bei der Finanzbehörde ist nicht erforderlich. Im Fall der Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge (Asset Deal) kann dagegen ein steuerlicher Gewinn oder Verlust entstehen.

Die laufenden Verluste und Verlustvorträge sowie ein Zinsvortrag gemäß § 4h EStG bleiben grundsätzlich auch nach der Übertragung beim übertragenden Unternehmen erhalten. Dies gilt abweichend von § 15 Abs. 3 UmwStG auch bei einer Abspaltung.

Die von der Bank für Garantien der AidA gezahlten angemessenen Garantieggebühren sind grundsätzlich steuerlich abzugsfähig.

Die Übertragung des Vermögens auf die Abwicklungsanstalt durch Abspaltung oder Ausgliederung kann ertragsteuerlich rückwirkend erfolgen. Wird das Vermögen im

Rahmen eines Asset Deals übertragen, ist eine Rückwirkung dagegen nicht möglich, das heißt Aufwendungen und Erträge des übertragenen Vermögens werden der Abwicklungsanstalt erst ab dem Zeitpunkt der Übertragung steuerlich zugerechnet.

Die Abwicklungsanstalt ist körperschaftsteuerpflichtig und grundsätzlich auch gewerbsteuerpflichtig.

Zinsaufwendungen sind bei der Abwicklungsanstalt steuerlich abzugsfähig. Die sogenannte »Zinsschranke« greift nicht, wenn die Abwicklungsanstalt weder mit der FMSA noch mit den an der Abwicklungsanstalt beteiligten Anteilseignern der Bank konsolidiert wird und auch keine schädliche »Gesellschafterfremdfinanzierung« vorliegt.

Für Zwecke der Gewerbesteuer gilt bei Abwicklungsanstalten das sogenannte »Bankenprivileg«. Vorbehaltlich der Anwendung der Zinsschranke sind von der Abwicklungsanstalt gezahlte Zinsen für Gewerbesteuerzwecke daher grundsätzlich in vollem Umfang abzugsfähig.

Steuerliche Verluste, die bei der Abwicklungsanstalt nicht mit entsprechenden Erträgen im gleichen Jahr ausgeglichen werden können, können in der Höhe beschränkt ein Jahr zurückgetragen oder unbegrenzt vortragen werden. Verlustvorträge sind im Rahmen der Regelungen über die sogenannte »Mindestbesteuerung« nutzbar.

Ausgleichszahlungen sollten bei der Abwicklungsanstalt nicht der Besteuerung unterliegen. Dementsprechend sollte auch die Auszahlung des Verwertungssaldos steuerlich nicht abzugsfähig sein.

Bei den Anteilseignern des übertragenden Unternehmens werden geleistete Ausgleichszahlungen für steuerliche Zwecke ebenfalls wie eine Einlage behandelt. Sie sind daher zunächst nicht als Betriebsausgabe steuerlich abzugsfähig, sondern werden erst bei der Auskehrung eines im Übrigen steuerpflichtigen positiven Verwertungssaldos angerechnet (Rückzahlung der steuerlichen Einlage). Ein darüber hinausgehender Verwertungserlös ist bei den Anteilseignern als Dividende zu erfassen.

Die Übertragung von Wertpapieren, Beteiligungen und Verbindlichkeiten ist grundsätzlich umsatzsteuerfrei. Da jedoch im AidA-Modell auch andere Vermögensgegenstände (wie z. B. nicht-strategienotwendige Geschäftsbereiche) übertragen werden können, kann insoweit Umsatzsteuer anfallen. Die Übertragung von Forde-

rungen, bei der der Forderungseinzug nicht von dem übertragenden Unternehmen zurückbehalten wird, kann Umsatzsteuer auslösen. Da eine Umsatzsteuerbefreiung von Serviceleistungen nicht in das Gesetz aufgenommen wurde, dürften diese Leistungen grundsätzlich der Umsatzsteuer unterliegen.

### **3. Das Modell landesrechtlicher Abwicklungsanstalten**

Das Modell landesrechtlicher Abwicklungsanstalten beruht auf dem Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten: Sein Grundgedanke besteht darin, den Ländern (für ihre Landesbanken) eigene Abwicklungslösungen zu ermöglichen, für die im Wesentlichen dieselben Entlastungen und Erleichterungen gelten wie im Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten.

In der öffentlichen Diskussion ist das Modell landesrechtlicher Anstalten teilweise als eine bloße Ausprägung des Modells bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten angesehen worden. Dennoch handelt es sich bei ihm um ein eigenständiges Modell, das der weiteren Ausgestaltung und in der Regel der Gesetzgebung durch die Länder bedarf, die von ihm Gebrauch machen wollen.

Die bundesrechtlichen Entlastungen und Erleichterungen werden davon abhängig gemacht, dass das Landesrecht wesentliche Voraussetzungen der bundesrechtlichen Abwicklungsanstalt für die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten vorsieht.

Landesrechtliche Abwicklungsanstalten müssen demgemäß Anstalten des öffentlichen Rechts nach Landesrecht sein, denen die Aufgabe obliegt, Kreditinstitute und Finanzholding-Gesellschaften, deren in- und ausländische Tochterunternehmen oder Zweckgesellschaften, die Risikopositionen von ihnen übernommen haben, von Risikopositionen und nicht-strategienotwendigen Geschäftsbereichen durch rechtliche oder wirtschaftliche Übertragung zu entlasten. Bei diesen Anstalten wird es sich in der Regel um vollrechtfähige Anstalten handeln. Die institutionelle Anbindung an die FMSA besteht im Modell landesrechtlicher Abwicklungsanstalten selbstverständlich nicht.

Die gesetzlichen Voraussetzungen dafür, dass den landesrechtlichen Abwicklungsanstalten die Erleichterungen des AidA-Modells zugute kommen, werden zum Teil

von der BaFin geprüft; im Übrigen ist ihre Einhaltung durch Behörden der Länder sicherzustellen.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so sind auch landesrechtliche Abwicklungsanstalten keine Kreditinstitute, und es gelten nur die oben unter »Aufsichtsrecht«, S. 7 für das AidA-Modell dargestellten Vorgaben des KWG. Allerdings sind die für die bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten geltenden Bedingungen im Wesentlichen auch für landesrechtliche Abwicklungsanstalten anwendbar (z. B. Offenlegung von Risiken, Nachweis eines tragfähigen Geschäftsmodells, eine angemessene Kapitalausstattung, Abwicklungsplan, Vergütungssysteme, Vergütung der Organmitglieder).

Ein für die wirtschaftliche Bewertung der landesrechtlichen Abwicklungsanstalt wichtiger Unterschied zur bundesrechtlichen AidA besteht darin, dass der Fonds für die Refinanzierung der Landesanstalten keine Garantien gewähren kann.

Für weitere Fragen wenden Sie sich bitte an ihren üblichen Ansprechpartner bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP oder an:

Dr. Benedikt Wolfers  
T +49 30 20 28 36 00  
E benedikt.wolfers@freshfields.com

Dr. Christoph Gleske  
T +49 69 27 30 80  
E christoph.gleske@freshfields.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in London, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC334789. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP unterliegt den Bestimmungen der Solicitors Regulation Authority. Weitere regulatorische Informationen finden Sie im Internet unter [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice). Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation.