

Bad Banks.

Bundestag und Bundesrat beschließen Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung

Der Bundesrat hat am vergangenen Freitag dem vom Bundestag am 3. Juli beschlossenen Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung zugestimmt und damit den Weg für die Auslagerung bestimmter Risikoaktiva in Bad Banks freigemacht. Von einem kurzfristigen Inkrafttreten des Gesetzes ist auszugehen.

Das Gesetz spiegelt das Verhandlungsergebnis wider, auf das sich die Koalition in der vorletzten Woche geeinigt hatte, und enthält weitreichende Änderungen gegenüber den zunächst vorgelegten Entwürfen. Es bleibt zwar im Grundsatz bei den beiden bislang vorgeschlagenen Bad Bank-Modellen. Allerdings ist nunmehr auch die Möglichkeit zur Auslagerung von Risikoaktiva und nichtstrategischen Geschäftsbereichen in landeseigene Abwicklungsanstalten eröffnet, sofern entsprechende landesrechtliche Regelungen geschaffen werden. Daneben werden steuerliche Sonderregelungen zur Vermeidung steuerlicher Nachteile durch die Übertragung an Bad Banks eingeführt. Diese und die weiteren wesentlichen Änderungen gegenüber den bisherigen Plänen sind nachfolgend zusammengefasst.

1 Zweckgesellschaftsmodell

Übertragungswert

Bisherige Voraussetzung für eine durch den SoFFin abgesicherte Übertragung strukturierter Wertpapiere (z.B. ABSs, CDOs, CLOs, RMBSs oder CMBSs) an eine Zweckgesellschaft war unter anderem, dass diese Wertpapiere zu 90 % ihres Buchwerts zum 31. März 2009 oder einem späteren Stichtag bzw. zu ihrem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert, falls dieser höher sein sollte, übertragen werden. Bei einer Übertragung hätte das betreffende Kreditinstitut dadurch in der Regel sofort einen Verlust von 10 % realisiert, und zwar auch dann, wenn es vor dem 31. März 2009 bereits Wertberichtigungen vorgenommen hat. Daher ist als Übertragungswert nunmehr ein Be-

Inhalt

1 Zweckgesellschaftsmodell	1
2 Konsolidierungsmodell: Bundesrechtliche Abwicklungsanstalten	6
3 Konsolidierungsmodell: Landesrechtliche Abwicklungsanstalten	9
4 Steuerliche Regelungen	10
5 Erweiterung der Garantieermächtigung auf Schuldtitel, die bis zum 31. Dezember 2010 begeben werden	17

trag von 90 % des Buchwerts zum 30. Juni 2008 anzusetzen, falls dieser höher ist als die beiden auch bisher bereits vorgesehenen Werte. Diejenigen Institute, die infolge des durch die Lehman-Insolvenz ausgelösten massiven Wertverlusts bereits Abschreibungen auf strukturierte Wertpapiere vorgenommen haben, werden also nicht noch weiter belastet. Allerdings liegt die Höchstgrenze für den Übertragungswert beim vollen Buchwert zum 31. März 2009.

Gleichlauf der Laufzeiten von Garantie und Wertpapieren

Auch wenn dies bislang bereits stillschweigend vorausgesetzt war, wurde nun ausdrücklich klargestellt, dass vom SoFFin garantierte Schuldtitel der Zweckgesellschaft eine längere Laufzeit haben können als solche, die Gegenstand einer einfachen Garantieübernahme zur Erleichterung der Liquiditätsbeschaffung von Kreditinstituten sind, und dass die Laufzeiten der Garantien sich nach der Laufzeit der von der Zweckgesellschaft begebenen Schuldtitel richten.

Keine Handelbarkeit der von der Zweckgesellschaft begebenen Schuldtitel

Um bei einer Marktentspannung ein Konkurrenzverhältnis zwischen Bundeswertpapieren und bundesgarantierten Bankschuldverschreibungen zu verhindern, wurde klargestellt, dass die von der Zweckgesellschaft begebenen Schuldtitel nicht handelbar sein dürfen. Ursprünglich war daran gedacht worden, dies lediglich bei Abschluss des jeweiligen Garantievertrags zu berücksichtigen. Gemeint sein dürfte mit dieser Beschränkung allerdings nicht, dass die Schuldtitel nur in Form vinkulierter Namensschuldverschreibungen begeben werden können, sondern dass Übertragungsbeschränkungen vertraglich zu vereinbaren sind.

Nachrang

Garantien - gemeint sind damit etwaige Rückgriffsansprüche des SoFFin aus der Garantie – werden in der Insolvenz nachrangig im Sinne von § 39 Abs. 2 InsO gestellt. Durch die ausdrückliche Anordnung des Nachrangs bleiben derartige Verbindlichkeiten bei der Beurteilung einer etwaigen Überschuldung der Zweckgesellschaft außer Betracht. Damit soll vermieden werden, dass die Zweckgesellschaften, da sie nicht in ausreichendem Maß über Mittel verfügen, etwaige Verbindlichkeiten aus einem Rückgriff des Garanten zu begleichen, bereits bei Abschluss der Garantie rechnerisch überschuldet und damit insolvenzreif sind.

Dies hilft freilich nicht darüber hinweg, dass eine Überschuldung der Zweckgesellschaft entstehen kann, wenn auf die übertragenen Wertpapiere Wertberichtigungen vorzunehmen sind und als Folge dessen das Aktivvermögen der Zweckgesellschaft nicht mehr deren Verbindlichkeit aus den begebenen Schuldtiteln deckt. Wenn man nicht davon ausgeht, dass die Anordnung des Rangrücktritts für die Rückgriffsansprüche des Garanten im Gesetz analog auch auf die Ansprüche des übertragenden Kreditinstituts aus den Schuldtiteln anzuwenden ist, werden zur Vermeidung einer möglichen Überschuldung der Zweckgesellschaft die von dieser zu begebenden Schuldtitel als sogenannte non-recourse Verpflichtungen begründet werden müssen. Die Verpflichtung der Zweckgesellschaft wird dabei auf höchstens den Betrag ihres jeweiligen Aktivvermögens beschränkt; eine Überschuldung ist damit schon begrifflich ausgeschlossen. Die Gläubiger der Schuldtitel sind dadurch geschützt, dass diese Beschränkung nicht für die Verpflichtung des Garantiegebers gilt.

Nur eine Zweckgesellschaft pro Transaktion

Die Zweckgesellschaft muss ausschließlich für das übertragende Kreditinstitut gegründet sein und darf ausschließlich von diesem übertragene strukturierte Wertpapiere verwalten. Eine Bündelung von Portfolien verschiedener Unternehmen scheidet damit aus. Dies gilt, anders als im Rahmen der Übertragung von Risikoaktiva auf bundes- oder landesrechtliche Abwicklungsanstalten, auch für eine Bündelung innerhalb eines Konzerns oder die Bündelung der Portfolien des Kreditinstituts und einer Zweckgesellschaft, auf die das Kreditinstitut bereits Risikopositionen übertragen hatte.

Einführung von Stresstests

Vor Übertragung auf eine Zweckgesellschaft muss das betreffende Kreditinstitut (oder wenn es sich um eine Tochtergesellschaft handelt, dessen Muttergesellschaft) zwingend Stresstests durchführen, die der Ermittlung etwaigen Handlungsbedarfs dienen, insbesondere im Hinblick auf Risikosteuerung, Risikovorsorge oder Geschäftspolitik. Die Ergebnisse wird der SoFFin bei seiner Entscheidung über eine Garantieübernahme und etwaige Auflagen zugrunde legen. Sie werden nicht veröffentlicht.

Auflagen

In Erweiterung der bislang vorgesehenen Regelungen kann der SoFFin dem übertragenden Kreditinstitut nunmehr auch Auflagen zur Kreditvergabe machen. Damit kann der SoFFin grundsätzlich die gleichen Auflagen bestimmen, die auch bei Rekapitalisierungsmaßnahmen verhängt werden können. Klargestellt wurde jedoch, dass ein Dividendenverbot nicht verhängt werden kann. Die übertragenden Kreditinstitute können somit – vorbehaltlich etwaiger Zahlungen an die Zweckgesellschaft im Rahmen der Ausgleichspflicht und an den SoFFin im Rahmen der Nachhaftung – Dividenden und sonstige Gewinnausschüttungen an ihre Gesellschafter leisten.

Ausgleichspflicht

Die Verpflichtung, während der Garantielaufzeit, maximal aber für einen Zeitraum von zwanzig Jahren, jährliche Ausgleichszahlungen an die Zweckgesellschaft zu leisten, wird nun für den Fall, dass es sich bei dem übertragenden Unternehmen um ein Tochterunternehmen handelt, auf die Ebene des Mutterunternehmens verlagert; das Mutterunternehmen gilt insoweit als übertragendes Kreditinstitut. Das Mutterunternehmen ist anteilig entsprechend seiner Beteiligungsquote verpflichtet, den zur Ausschüttung an seine Anteilseigner vorgesehenen Betrag an die Zweckgesellschaft zu zahlen. Die Verpflichtung des Tochterunternehmens bleibt nur insoweit bestehen, als es den an die übrigen Anteilseigner auszuschüttenden Betrag betrifft.

Diese Verlagerung der Zahlungsverpflichtung auf das jeweilige Mutterunternehmen sieht das Gesetz ausdrücklich nur im Rahmen der Regelungen zur Ausgleichsverpflichtung vor. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Begründung ergibt sich eine Erstreckung dieses Prinzips auf die Nachhaftung.

Das Gesetz enthält nunmehr auch eine indirekte Klarstellung zu der bislang strittigen Frage, ob die in jedem Geschäftsjahr entstehende Pflicht zur Leistung des Ausgleichs bei dem übertragenden Kreditinstitut als Aufwand zu passivieren ist. Laut Gesetz zahlt das übertragende Unternehmen jährlich den anteiligen Ausgleichsbetrag aus dem an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag. Ob es einen solchen Betrag gibt, steht erst nach der Gewinnverwendungsentscheidung der Gesellschafterversammlung fest. Daraus folgt, dass sich die Ausgleichszahlungen in der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung des übertragenden Kreditinstituts nicht niederschlagen, sondern zu Lasten des Bilanzgewinns und damit der Gesellschafter gehen. Dies ergibt nunmehr die Regelung in § 14c Absatz 1 FMStFG, wonach Ausgleichszahlungen an die Zweckgesellschaft als

negative steuerliche Einnahmen der Gesellschafter gelten, d.h. deren steuerpflichtige Einnahmen mindern.

Vorzugsaktien

Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens war kritisiert worden, dass die Ausgleichspflicht eine Investition in das betreffende Kreditinstitut wenig attraktiv erscheinen lässt und damit dessen Kapitalmarktfähigkeit in Frage stellt. Daher wurde die Möglichkeit geschaffen, bis zur Höhe von 50 % des bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden Grundkapitals Vorzugsaktien mit einem der Beteiligungsquote entsprechenden Vorzug vor der Ausgleichsverpflichtung auszugeben, die auch mit Stimmrecht ausgestattet werden können. Bislang war lediglich die Ausgabe von Vorzugsaktien mit einem Vorzug vor der Nachhaftungspflicht, d.h. der Verpflichtung, trotz der jährlichen Ausgleichszahlungen etwa verbleibende Verluste bei der Zweckgesellschaft auszugleichen, vorgesehen. Da die Dividendenansprüche der Vorzugsaktionäre durch die Ausgleichspflicht bzw. die Nachhaftung nicht berührt werden, bleiben sie im Gegenzug von der Auskehrung eines etwaigen bei der Zweckgesellschaft nach Abwicklung des Portfolios verbleibenden positiven Saldos an die Anteilseigner ausgeschlossen. Macht das Kreditinstitut von der Möglichkeit zur Ausgabe von Vorzugsaktien Gebrauch, verringert sich der Betrag, der satzungsmäßig oder aufgrund Entscheidung von Vorstand und Aufsichtsrat in die Rücklage eingestellt werden darf um den Betrag des Vorzugs. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass in ausreichendem Maß Mittel zur Bedienung der Ausgleichspflicht verbleiben. Allerdings ist es den Gesellschaftern unbenommen, die (vollständige) Thesaurierung etwa durch Einstellung in die Gewinnrücklagen oder durch Vortrag des Gewinns zu beschließen (siehe nachfolgenden Abschnitt für weitere Details.)

Thesaurierung von Bilanzgewinnen

Die umstrittene Regelung, wonach § 58 Abs. 3 AktG während der Dauer der Nachhaftung nicht anzuwenden sein sollte, wurde gestrichen. Somit kann die Hauptversammlung weiterhin grundsätzlich beschließen, dass betragsmäßig unbegrenzte Teile des Bilanzgewinns in die Rücklage eingestellt oder als Gewinn vorgetragen und nicht an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Es war befürchtet worden, dass die Anordnung der Nichtanwendung dieser Vorschrift zwingend zur Ausschüttung des Bilanzgewinns an die Aktionäre führen müsse, mit dem Ergebnis, dass eine gewinnabhängige Zahlungsverpflichtung des Kreditinstituts begründet worden wäre, die nach IFRS bei diesem zu passivieren gewesen wäre. Damit wäre der

Gesetzeszweck der Entlastung der Bilanzen der Kreditinstitute nicht erreicht worden.

Allerdings führt die Streichung der Vorschrift dazu, dass die Anteilseigner sowohl während des Bestehens der Ausgleichspflicht als auch während des Nachhaftungszeitraums keinen Beschränkungen bezüglich der Einstellung der Bilanzgewinne in die Rücklagen unterliegen und deshalb einen Ausgleich von Verlusten der Zweckgesellschaft durch die Anteilseigner nachhaltig verhindern können; dies jedoch um den Preis, auch selbst auf unabsehbare Zeit keine Dividenden vereinnahmen zu können.

2 Konsolidierungsmodell: Bundesrechtliche Abwicklungsanstalten

Bündelung auf Gruppenebene

Auf von der Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) errichtete Abwicklungsanstalten (Anstalt-in-der-Anstalt, AidA) können nun auch Risikopositionen übertragen werden, die die übertragenden Kreditinstitute von in- oder ausländischen Tochtergesellschaften oder von Zweckgesellschaften, in die sie Risikopositionen ausgelagert hatten, übernommen haben. Dies gilt auch dann, wenn die Übernahme unmittelbar vor oder zum Zweck der Übertragung an die AidA erfolgt ist. Zu beachten ist jedoch, dass diese gruppeninterne Umstrukturierungsmöglichkeit nicht für Geschäftsbereiche vorgesehen ist.

Als Voraussetzung verlangt das Gesetz, dass die Tochter- oder Zweckgesellschaften diese Risikopositionen bis zum 31. Dezember 2008 erworben haben müssen. Nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift sollte eine solche Bündelung beispielsweise auch möglich sein, wenn das Kreditinstitut die Risikopositionen bis zum 31. Dezember 2008 zunächst selbst erworben hat, aber erst nach diesem Zeitpunkt auf eine Zweckgesellschaft übertragen hat. Hierzu enthält aber weder der Gesetzestext noch die Begründung eine Aussage.

Einführung von Stresstests

Wie im Zweckgesellschaftsmodell werden auch für Kreditinstitute, die Risikoaktiva in eine Abwicklungsanstalt (Anstalt-in-der-Anstalt, AidA) unter dem Dach der Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) auslagern wollen, vorherige Stresstests zwingend vorgeschrieben.

Auflagen

Entsprechend den Neuregelungen zum Zweckgesellschaftsmodell kann die FMSA dem übertragenden Kreditinstitut nunmehr auch Auflagen zur Kreditvergabe machen. Es können also die gleichen Auflagen wie im Rahmen einer Rekapitalisierung verhängt werden. Im Unterschied zum Zweckgesellschaftsmodell ist eine Ausnahme im Hinblick auf das Dividendenverbot nicht ausdrücklich vorgesehen, obwohl die Interessenlage vergleichbar ist.

Nachrangige Verlustausgleichspflicht des übertragenden Kreditinstituts

Soweit ein Verlustausgleich durch die Anteilseigner nicht praktikabel ist, etwa weil das Kreditinstitut börsennotiert ist, trifft die Verlustausgleichspflicht das Kreditinstitut selbst. Allerdings ist nun klargestellt worden, dass die Verluste ausschließlich aus den auf die Anteilseigner entfallenden Dividenden auszugleichen sind.

Das Gesetz verweist bezüglich dieser nachrangigen Verlustausgleichspflicht pauschal auf die Vorschriften betreffend die Ausgleichspflicht und Nachhaftung im Rahmen des Zweckgesellschaftsmodells. Daraus könnte man schließen, dass börsennotierte Kreditinstitute zur Erhaltung ihrer Kapitalmarktfähigkeit in dem durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen Vorzugsaktien ausgeben können. Hierzu treffen allerdings weder das Gesetz noch die Gesetzesbegründung eine Aussage.

Haftungssonderregeln für Landesbanken und Sparkassen

Die Auslagerung von Risikopositionen oder nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen in Abwicklungsanstalten setzt grundsätzlich voraus, dass die unmittelbaren und mittelbaren Anteilseigner des übertragenden Kreditinstituts zum Ausgleich von Verlusten der Abwicklungsanstalt verpflichtet sind und im Außenverhältnis die gesamtschuldnerische Haftung übernehmen (Grundsatz der fortgesetzten Eigentümerversantwortung). Hiervon hat der Gesetzgeber nunmehr bestimmte Ausnahmen für den Fall der Beteiligung eines Landes oder eines Sparkassenverbands vorgesehen.

Soweit ein Land an dem übertragenden Kreditinstitut unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, ist die Begründung einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht erforderlich.

Für Sparkassenverbände und ähnliche Formen des Zusammenschlusses von Sparkassen sowie für deren Beteiligungsgesellschaften ist mit Rücksicht auf deren besondere gemeinwohlorientierte Aufgaben eine Haftungsabstufung und -deckelung eingeführt wor-

den: Anders als andere Anteilseigner haftet ein Sparkassenverbund zunächst nur mit den auf ihn entfallenden Dividenden; nur soweit diese nicht ausreichen, haftet er unmittelbar. Zusätzlich wurde die Gesamtverpflichtung eines Verbunds auf den Betrag begrenzt, den er per 30. Juni 2008 aufgrund der Gewährträgerhaftung zu tragen hatte. Die Höhe dieses Betrags wird von der FMSA festgelegt, gegebenenfalls nach Abstimmung mit Bundesbank und BaFin. Etwa verbleibende Verluste der Abwicklungsanstalt finanziert die FMSA vor und refinanziert sich in der Folgezeit aus den an den Verbund auszusüttenden Dividenden des Kreditinstituts. Soweit daraus finanzielle Lasten entstehen, tragen der Bund und das betreffende Land diese im Verhältnis 65:35.

Garantien und Haftungsübernahmen durch den SoFFin

Der SoFFin kann, dies war auch bislang so vorgesehen, für Schuldtitel, die Abwicklungsanstalten zur Refinanzierung oder Rückdeckung von übernommenen strukturierten Wertpapieren ausgeben, Garantien übernehmen. Wie auch im Rahmen des Zweckgesellschaftsmodells wurde nun klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn diese Schuldtitel eine längere als die für einfache Garantieübernahmen zur Liquiditätsbeschaffung vorgesehene Laufzeit haben. Zudem setzt wie bei der Auslagerung an Zweckgesellschaften die Garantieübernahme voraus, dass die Schuldtitel nicht handelbar sind.

Darüber hinaus ist nun klargestellt, dass der SoFFin, sofern er unmittelbarer oder mittelbarer Anteilseigner der Abwicklungsanstalt ist, eine Pflicht zum Ausgleich von Verlusten und eine Haftung für übertragene Verbindlichkeiten der Abwicklungsanstalt übernehmen kann. Tut er dies, erfolgt eine Anrechnung auf den Gesamtrahmen, in dessen Höhe er Garantien für notleidende Unternehmen übernehmen kann.

Notifizierung bei der EU-Kommission

Die Errichtung einer Abwicklungsanstalt auf Bundesebene bedarf der beihilferechtlichen Genehmigung der EU-Kommission, die diese an den von ihr entwickelten Vorgaben, insbesondere der Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft, messen wird.

Organisation der Abwicklungsanstalten

Im Übrigen wurden verschiedene Klarstellungen betreffend die Organisation der Abwicklungsanstalten eingefügt. Unter anderem wurden bislang nicht vorgesehene Mitwirkungsrechte der Abwicklungsanstalten bzw. der an ihnen Beteiligten bei der Festlegung der Statuten und der Besetzung von Leitungspositionen und -gremien der jeweiligen Abwicklungsanstalt sowie bei der Festlegung der Koordinationsaufgaben der FMSA eingeführt.

3 Konsolidierungsmodell: Landesrechtliche Abwicklungsanstalten

Vollständig neu ist die Möglichkeit, Risikopositionen und nichtstrategienotwendige Geschäftsbereiche in landesrechtliche Abwicklungsanstalten auszulagern. Soweit entsprechende Landesregelungen geschaffen werden, steht diese Alternative grundsätzlich dem gleichen Adressatenkreis offen, für den auch eine Auslagerung in eine Abwicklungsanstalt unter dem Dach der FMSA in Betracht kommt. Relevant dürfte sie allerdings nur für Landesbanken sein. Die genaue Ausgestaltung der Bedingungen für eine Auslagerung ist durch Landesrecht festzulegen, allerdings werden hierzu bestimmte, auch für eine Übertragung von Risikoaktiva auf AidAs geltende Vorgaben gemacht:

- Die landesrechtliche Abwicklungsanstalt muss die Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts haben.
- Ebenso wie die FMSA und die AidAs dürfen auch landesrechtliche Abwicklungsanstalten keine nach europäischem Recht zulassungspflichtigen Geschäfte (insbesondere Einlagengeschäfte) tätigen.
- Die zu übertragenden Risikopositionen müssen bis zum 31. Dezember 2008 erworben worden sein.
- Die Übertragung ist davon abhängig zu machen, dass sämtliche Risiken bezüglich der Risikopositionen und nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereiche offen gelegt werden und dass das betreffende Kreditinstitut über ein tragfähiges Geschäftsmodell und eine angemessene Kapitalausstattung verfügt. Ferner muss die Abwicklungsanstalt über einen Abwicklungsplan verfügen.
- Die den übertragenden Kreditinstituten aufzugebenden Auflagen entsprechen denjenigen, die auch für Rekapitalisierungsmaßnahmen gelten.

Nur wenn die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen diese Voraussetzungen erfüllen, gelten für die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten die auf AidAs anzuwendenden Erleichterungen bezüglich der Bilanzierung (diese erfolgt nach HGB, wodurch eine nach IFRS erforderliche „mark-to-market“-Bewertung der übertragenen Risikopositionen vermieden wird), die Befreiung von aufsichtsrechtlichen Lizenzpflichten sowie verschiedene gesellschafts- und zivilrechtliche Erleichterungen. Wie bei AidAs auf Bundesebene kann für die Übertragung von Risikopositionen auf landesrechtliche Abwicklungsanstalten auch das Refinanzierungsregister genutzt werden.

Bei der Gestaltung der landesrechtlichen Vorschriften wird darauf zu achten sein, dass diese den EU-rechtlichen Anforderungen an staatliche Beihilfen genügen. Genauso wie beim Konsolidierungsmodell auf Bundesebene ist für die Errichtung einer Abwicklungsanstalt zudem eine beihilfenrechtliche Genehmigung der EU-Kommission erforderlich.

Weiterhin enthält das Gesetz mangels bundesrechtlicher Gesetzgebungskompetenz keine Vorgaben für eine Haftungsregelung der Anteilshaber oder Mitglieder des übertragenden Kreditinstituts für Verbindlichkeiten der landesrechtlichen Abwicklungsanstalt.

Bei Übertragung von Risikoaktiva auf eine landeseigene Abwicklungsanstalt kommt im Unterschied zu einer Auslagerung in eine AidA eine Garantieübernahme durch den SoFFin auch dann nicht in Betracht, wenn die Abwicklungsanstalt zur Refinanzierung übernommener strukturierter Wertpapiere Schuldtitel begibt, denn die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten sind keine Unternehmen des Finanzsektors und eine Regelung wie für AidAs ist hier nicht vorgesehen.

Außerdem sind nicht alle steuerlichen Sonderregelungen, die für AidAs geschaffen wurden (siehe dazu [Ziffer 4](#) unten) auf landesrechtliche Abwicklungsanstalten anzuwenden.

4 Steuerliche Regelungen

Die überarbeitete Fassung des Bad Bank Gesetzes enthält erstmalig steuerliche Vorschriften zum Zweckgesellschaftsmodell und zum Konsolidierungsmodell (Abwicklungsanstalten).

Diese betreffen die Übertragung der Risikopapiere bei der Zweckgesellschaft oder der Abwicklungsanstalt, den Wertansatz der von der Zweckgesellschaft ausgegebenen Schuldtitel beim übertragenden Kreditinstitut (übertragendes Unternehmen), die Behandlung der Ausgleichszahlungen an und Zahlungen von der Zweckgesellschaft / Abwicklungsanstalt und die gewerbesteuerliche Hinzurechnung für

Zinsen auf Ebene der Zweckgesellschaft bzw. auf Ebene der Abwicklungsanstalt. Allerdings bleiben eine Reihe von steuerlichen Fragen offen. Nachfolgend werden die steuerlichen Vorschriften zum Zweckgesellschaftsmodell und im Anschluss zum Konsolidierungsmodell dargestellt.

Zweckgesellschaftsmodell

Übertragung der strukturierten Wertpapiere

Nach allgemeinen Regelungen stellt die Übertragung der Risikopapiere gegen die Ausgabe von Schuldtiteln einen Tausch dar, § 6 Abs. 6 EStG. Die erhaltenen Schuldtitel wären deshalb von dem übertragenden Kreditinstitut mit dem gemeinen Wert der hingegebenen Risikopapiere anzusetzen. Hiervon abweichend regelt das FMStFG, dass die Schuldtitel zum Übertragungswert der strukturierten Wertpapiere eingebucht werden. Der Gewinn oder Verlust aus der Übertragung der strukturierten Wertpapiere auf Ebene des übertragenden Kreditinstituts ergibt sich damit grundsätzlich als Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert und Übertragungswert.

Auf Ebene der Zweckgesellschaft sind die erhaltenen strukturierten Wertpapiere entsprechend mit dem Wert der für die Anschaffung gegebenen Schuldtitel anzusetzen. Dieser entspricht im Regelfall dem Übertragungswert.

Besteuerung der Ausgleichszahlung/Auskehrungen

Wie oben beschrieben, hat das übertragende Kreditinstitut (während der Laufzeit der Garantie, maximal zwanzig Jahre) jährlich eine Ausgleichszahlung aus dem an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag an die Zweckgesellschaft zu leisten, um die Verluste auf Ebene der Zweckgesellschaft zu kompensieren. Ergibt sich nach vollständiger Verwertung der strukturierten Wertpapiere ein positiver Saldo, ist dieser dem übertragenden Kreditinstitut zur Auskehrung an seine Anteilseigner zu überlassen. Für die steuerliche Behandlung dieser Ausgleichszahlung/Auskehrungen auf Anteilseignerebene, auf Ebene des übertragenden Kreditinstituts und bei der Zweckgesellschaft gilt folgendes:

Anteilseigner

Die jährlich zu entrichtende Ausgleichszahlung qualifiziert nunmehr kraft gesetzlicher Fiktion als negative Einnahme aus Kapitalvermögen (negative Dividende). Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Angabe, auf welcher Ebene diese negative Dividende zu erfassen ist. Insbesondere wegen der Bezugnahme auf die Kapitalertragsteuer ist davon auszugehen, dass sich diese Regelung auf die Ebene der Anteilseigner des übertragenden Kreditinstituts bezieht. Das Ge-

setz geht u.E. davon aus, dass dem Anteilseigner in einem ersten Schritt die beschlossene Dividende in voller Höhe zugerechnet wird und eine Korrektur über die Fiktion der negativen Einnahmen erfolgt. Das bedeutet, dass die aus dem auszuschüttenden Betrag zu leistenden Ausgleichszahlungen im Ergebnis auf Ebene des Anteilseigners keiner Besteuerung unterliegen. Insoweit ist auch keine Kapitalertragsteuer einzubehalten, d.h. im Ergebnis unterliegt nur der auszuschüttende Betrag abzüglich der an die Zweckgesellschaft zu leistenden Ausgleichszahlung der Kapitalertragsteuer.

Entsprechend gelten Zahlungen der Zweckgesellschaft im Rahmen der Auskehrung eines nach Abwicklung der Risikopapiere verbleibenden Überschusses steuerlich als Dividende und sind beim Anteilseigner entsprechend zu erfassen. Weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung ist allerdings ausdrücklich geregelt, welcher Rechtsträger, also die Zweckgesellschaft oder das übertragende Kreditinstitut, einen Kapitalertragsteuereinbehalt auf diese Zahlung vorzunehmen hat.

Übertragendes Kreditinstitut

Ebenfalls nicht eindeutig geregelt ist, wie die an die Zweckgesellschaft zu leistende Ausgleichszahlung auf Ebene des übertragenden Kreditinstituts zu behandeln ist. U.E. handelt es sich hier um eine Gewinnverwendung. Das Gesetz geht davon aus, dass dem Anteilseigner in einem ersten Schritt die Dividende in voller Höhe zuzurechnen ist, so dass das übertragende Kreditinstitut durch die Ausgleichszahlung wirtschaftlich nicht belastet wird. Auf Ebene des übertragenden Kreditinstituts sind die Zahlungen deshalb erfolgsneutral zu erfassen.

Zahlungen (aus dem positiven Saldo nach Verwertung der Risikopapiere) von der Zweckgesellschaft an das übertragende Kreditinstitut (die dann an die Anteilseigner ausgekehrt werden) sind u.E. eine Art durchlaufender Posten und müssten entsprechend bei dem übertragenden Kreditinstitut ebenfalls erfolgsneutral erfasst werden. Sie sollten steuerlich nicht als Einnahmen einzuordnen sein, da das Kreditinstitut insoweit lediglich als Zahlstelle fungiert.

Zweckgesellschaft

Für die Zweckgesellschaft schreibt das Gesetz vor, dass die Ausgleichszahlungen als Zugang und Auskehrungen eines nach Verwertung verbleibenden Überschusses als Abgang auf einem besonderen Konto auszuweisen sind, das durch die Auskehrungen nicht negativ werden darf; für dieses Konto erfolgt eine gesonderte Feststellung. Nach dem Gesetz sind nur solche Auskehrungen, die aus diesem besonderen Konto geleistet werden, d.h. bis zur Höhe etwaiger geleisteter Ausgleichszahlungen, als Betriebsausgaben zu qualifizieren.

Nicht eindeutig geregelt wird allerdings, wie die Ausgleichszahlungen auf Ebene der Zweckgesellschaft steuerlich zu behandeln sind und wie Auskehrungen, die nicht aus dem Konto geleistet werden können, steuerlich einzuordnen sind.

Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass Ausgleichszahlungen auf Ebene der Zweckgesellschaft Betriebseinnahmen darstellen (auf die § 8b KStG nicht anzuwenden ist) und Zahlungen, die nicht von dem Ausgleichskonto gedeckt werden, als Gewinnverwendung gelten, die den Gewinn der Zweckgesellschaft nicht mindern. Durch die Versagung des Betriebsausgabenabzugs soll nach der Gesetzesbegründung sichergestellt werden, dass von der Zweckgesellschaft ausgekehrte Erträge, die über die Ausgleichszahlungen hinausgehen, auf Ebene der Zweckgesellschaft der Besteuerung unterliegen. Die Erfassung der Ausgleichszahlungen als steuerpflichtige Einnahmen statt als steuerneutrale Einlage führt unseres Erachtens allerdings zu Ineffizienzen (siehe unten).

Steuerliche Behandlung der Ausgleichzahlung im Wege der Nachhaftung

Für die steuerliche Behandlung der Ausgleichzahlung im Wege der Nachhaftung, der die Anteilseigner unterliegen, falls die Verluste der Zweckgesellschaft nicht durch die jährlichen Ausgleichszahlungen gedeckt werden, finden sich, anders als für die Ausgleichszahlungen, keine expliziten Regelungen.

Da das Konzept zumindest im Hinblick auf die Anteilseigner und das übertragende Kreditinstitut das Gleiche ist (allerdings wird der Nachhaftungsbetrag nicht der Zweckgesellschaft, sondern dem Fond geschuldet), sollte die steuerliche Behandlung der Ausgleichszahlungen im Wege der Nachhaftung insoweit nicht von der der Ausgleichszahlung (siehe oben) abweichen. Mangels entsprechender Regelung bestehen hier aber Unsicherheiten.

Gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Zinsen

Ein grundsätzliches Problem bei inländischen Zweckgesellschaften ist die gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Entgelten für Schulden. Während Zinserträge grundsätzlich voll zu versteuern sind, kann ein (korrespondierender) Zinsaufwand im Ergebnis nur zu 75 % für Gewerbesteuerzwecke abgezogen werden. Dies macht inländische Gesellschaften als Zweckgesellschaften regelmäßig ungeeignet. Daher hat der Gesetzgeber die Anwendung des gewerbesteuerlichen Privilegs nach § 19 GewStDV für die Zweckgesellschaft geregelt. Damit unterliegt der Zinsaufwand der Zweckgesellschaft für die an das übertragende Kreditinstitut ausgegebenen Schuldtitel grundsätzlich nicht der 25%-igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG.

Mögliche steuerliche Mehrbelastung

Während das Hauptproblem der Gewerbesteuer entschärft wurde, bleiben andere wichtige Probleme bestehen.

- Für die Zweckgesellschaft gelten grundsätzlich die Regelungen der Zinsschranke, wonach der Betriebsausgabenabzug für Netto-Zinsaufwendungen grundsätzlich auf max. 30 % des steuerlichen EBITDA der Zweckgesellschaft beschränkt ist. Es ist zu hoffen, dass insoweit eine Klarstellung durch die Finanzverwaltung erfolgt, wonach auch Zweckgesellschaften unter die im BMF-Schreiben vom 4. Juli 2008 zur Zinsschranke unter Tz. 67 vorgesehene Ausnahme für Verbriefungszweckgesellschaften fallen.
- Die jährlich zu entrichtenden Ausgleichszahlungen sollen, wie oben dargestellt, nach Ansicht des Gesetzgebers wohl auf Ebene der Zweckgesellschaft zu steuerpflichtigen Betriebseinnahmen führen. Da es in der Praxis regelmäßig zu einem zeitlichen Auseinanderfallen von Betriebseinnahmen in Form der Ausgleichszahlung und von Betriebsausgaben in Form von steuerwirksamen Abschreibungen auf die übertragenen strukturierten Wertpapiere kommen dürfte, können sich u.a. aufgrund der eingeschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeit im Rahmen der Mindestbesteuerung steuerliche Ineffizienzen ergeben. Ein solches zeitliches Auseinanderfallen und daraus folgende Ineffizienzen dürften sich ggf. auch im Hinblick auf Zahlungen auf die von der Zweckgesellschaft begebenen Schuldtitel einerseits und etwaige erhaltene Erträge auf die strukturierten Wertpapiere andererseits ergeben.
- Das Gesetz enthält keine Regelungen zur umsatzsteuerlichen Behandlung eines Servicing der auf die Zweckgesellschaft übertragenen strukturierten Wertpapiere. Sofern das übertragende Kreditinstitut das Servicing im Wege von Geschäftsbesorgungsverträgen übernimmt, können sich aufgrund der überwiegend vorsteuerschädlichen Umsätze umsatzsteuerliche Ineffizienzen ergeben. Insbesondere könnte etwaige auf die Serviceleistungen anfallende Umsatzsteuer eine definitive Belastung darstellen.
- Darüber hinaus wäre jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob nach Übertragung der strukturierten Wertpapiere auf die Zweckgesellschaft eine (definitive) Quellensteuerbelastung für Zinszahlungen an die Zweckgesellschaft anfallen kann.

Konsolidierungsmodell (Abwicklungsanstalten)

Steuerliche Regelungen für bundesrechtliche Abwicklungsanstalten

Die bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten sind grundsätzlich körperschaftsteuer- und auch gewerbesteuerpflichtig. Allerdings kann das Problem der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung von Zinsen regelmäßig vermieden werden, da die Abwicklungsanstalten nach der neuen Fassung des FMStFG kraft gesetzlicher Anordnung für das gewerbesteuerliche Privileg nach § 19 GewStDV qualifizieren.

Besondere Regelungen werden auch für die Übertragung der Risikopositionen oder nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereiche auf Abwicklungsanstalten eingeführt. Da die Übertragung im Wege der Abspaltung zur Aufnahme oder der Ausgliederung zur Aufnahme erfolgt, ist sie steuerlich grundsätzlich erfolgsneutral. Die Abwicklungsanstalt tritt steuerlich in die Rechtsstellung des übertragenden Unternehmens ein. Die im Zuge der Abspaltung gewährte Beteiligung gilt als zu Buchwerten angeschafft und tritt steuerlich an die Stelle der übertragenen Wirtschaftsgüter; entsprechendes gilt für die Ausgliederung. Anders als bei einer Übertragung nach den Vorschriften zum Umwandlungsgesetz müssen dafür keine Teilbetriebe übertragen werden.

Bei einer Abspaltung geht – anders als nach allgemeinem Umwandlungssteuerrecht – ein laufender Verlust, Verlustvortrag oder Zinsvortrag grundsätzlich nicht anteilig unter. Diese Verluste und ein Zinsvortrag verbleiben bei der übertragenden Körperschaft. Entsprechend der bis zu zwölfmonatigen umwandlungsrechtlichen Rückwirkung der Ausgliederung bzw. Abspaltung ist auch für steuerliche Zwecke eine Rückwirkung von bis zu 12 Monaten (steuerlicher Übertragungstichtag) abweichend von den allgemeinen Regelungen des Umwandlungssteuergesetzes möglich.

Das Gesetz enthält Regelungen zu der steuerlichen Einordnung des Verlustausgleichs und der „Ausschüttung“ eines etwaigen nach der Verwertung bei der Abwicklungsanstalt verbleibenden positiven Saldo aus den übertragenen Risikopositionen oder des nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichs. Diese Regelungen sind komplex und schwer verständlich.

Grundsätzlich unterscheidet das Gesetz, ob der Zahlende/Begünstigte an der Abwicklungsanstalt beteiligt ist oder nicht. Verlustausgleichszahlungen des Anteilseigners an die Abwicklungsanstalt sind grundsätzlich steuerliche Einlagen. Ist der zur Leistung Verpflichtete nicht an der Abwicklungsanstalt beteiligt, sind die Verlustausgleichszahlungen als negative Einnahmen zu qualifizieren. Auskehrungen der Abwicklungsanstalt aus der Verwertung der auf die Abwicklungsanstalt übertragenen Risikopositionen oder des nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichs sind beim Anteilsinhaber grundsätzlich Dividenden. Dies gilt auch, wenn der Anteilseigner nicht an der Abwicklungsanstalt beteiligt ist. Allerdings ist in diesen Fällen unter Umständen die Leistung der Abwicklungsanstalt nur insoweit als Dividende zu qualifizieren, als die Leistung die Summe der Zahlungen an die Abwicklungsanstalt (im Wege des Verlustausgleichs) übersteigt. Ist das übertragende Unternehmen das zur Weiterleitung verpflichtete Unternehmen, so ist es für Zwecke des Kapitalertragsteuerabzugs als Schuldner der Kapitalerträge zu qualifizieren.

Steuerliche Regelungen für landesrechtliche Abwicklungsanstalten

Die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten begründen nur mit ihrer Abwicklungstätigkeit einen Betrieb gewerblicher Art und sind insoweit grundsätzlich Körperschaftsteuer- und auch gewerbesteuerpflichtig. Sie qualifizieren ebenfalls für das gewerbesteuerliche Privileg nach § 19 GewStDV. Ferner gelten die für die bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten anwendbaren steuerlichen Regelungen zur Übertragung von Risikopositionen oder nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen entsprechend für die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten. Weitere steuerliche Regelungen, die entsprechend der steuerlichen Behandlung der bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten auf die landesrechtlichen Abwicklungsanstalten anzuwenden wären, sieht das Gesetz nicht vor.

Anwendungsvorschrift für die steuerlichen Regelungen

Die steuerlichen Regelungen sind erstmals für den Veranlagungszeitraum 2009 und den Erhebungszeitraum 2009 anzuwenden. Vor dem Hintergrund der grundsätzlich auch für steuerliche Zwecke möglichen zwölfmonatigen Rückwirkung wäre allerdings ein steuerlicher Übertragungstichtag zu wählen, der in den Veranlagungs-/Erhebungszeitraum 2009 fällt, um in den Anwendungsbereich dieser Vorschriften zu fallen.

5 Erweiterung der Garantieermächtigung auf Schuldtitel, die bis zum 31. Dezember 2010 begeben werden

Die Ermächtigung des SoFFin zur Garantieübernahme wird insgesamt (d.h. nicht nur im Rahmen der Bad Bank-Modelle) erweitert. Bislang konnten Garantien nur für Schuldtitel oder sonstige Verbindlichkeiten übernommen werden, die bis zum 31. Dezember 2009 begeben wurden. Diese Frist wird nun bis zum 31. Dezember 2010 verlängert.

Berlin
Linklaters LLP
Potsdamer Platz 5
10785 Berlin
Postfach 30 18 50
10746 Berlin
Tel: (+49) 30 21496-0
Fax: (+49) 30 21496-100

Düsseldorf
Linklaters LLP
Königsallee 49-51
40212 Düsseldorf
Postfach 10 35 41
40026 Düsseldorf
Tel: (+49) 211 22977-0
Fax: (+49) 211 22977-435

Frankfurt am Main
Linklaters LLP
Mainzer Landstraße 16
60325 Frankfurt am Main
Postfach 17 01 11
60075 Frankfurt am Main
Tel: (+49) 69 71003-0
Fax: (+49) 69 71003-333

München
Linklaters LLP
Prinzregentenplatz 10
81675 München
Postfach 80 15 20
81615 München
Tel: (+49) 89 41808-0
Fax: (+49) 89 41808-100

Redakteure: Peter Erbacher
Christine Oppenhoff
Dr. Michael Ehret
Dr. Burkhard Rinne

E-Mail: peter.erbacher@linklaters.com
E-Mail: christine.oppenhoff@linklaters.com
E-Mail: michael.ehret@linklaters.com
E-Mail: burkhard.rinne@linklaters.com

Diese Veröffentlichung verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei Linklaters LLP oder an den Herausgeber.

© Linklaters LLP. Alle Rechte vorbehalten 2009

Wichtige Informationen bezüglich unserer aufsichtsrechtlichen Stellung finden Sie unter www.linklaters.com/regulation.

Ihre Kontakt-Daten sind in unserer Datenbank gespeichert. Sie werden von unseren verschiedenen internationalen Büros ausschließlich für interne Zwecke und für diese oder ähnliche Marketing-Aktionen genutzt. Eine Weitergabe an Dritte für deren Zwecke findet nicht statt. Wenn Sie diese Publikation nicht mehr erhalten möchten oder Ihre Daten nicht korrekt sind, teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an publications.germany@linklaters.com mit.

Linklaters ist seit dem 1. Mai 2007 eine Limited Liability Partnership (LLP) englischen Rechts. Die Bezugnahme auf Linklaters in diesem Dokument meint Linklaters LLP und ggf. verbundene Gesellschaften weltweit.

Linklaters LLP ist eine in England und Wales unter OC326345 registrierte Limited Liability Partnership und unterliegt als Anwaltskanzlei den Bestimmungen der Solicitors Regulation Authority. Der Begriff "Partner" bezeichnet in Bezug auf die Linklaters LLP Gesellschafter sowie Mitarbeiter der LLP oder der mit ihr verbundenen Kanzleien oder sonstigen Gesellschaften mit entsprechender Position und Qualifikation. Eine Liste der Namen der Gesellschafter der Linklaters LLP und der Personen, die zwar nicht Gesellschafter sind, aber als Partner bezeichnet werden, sowie ihrer jeweiligen fachlichen Qualifikation steht am eingetragenen Sitz der Firma in One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England, oder unter www.linklaters.com zur Verfügung. Bei diesen Personen handelt es sich um deutsche oder ausländische Rechtsanwälte, die an ihrem jeweiligen Standort als nationale, europäische oder ausländische Anwälte registriert sind.