

AIDA: Das 2. Bad Bank-Modell

Nachdem die Bundesregierung bereits am 13. Mai 2009 den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung ("**Bad Bank-Gesetz**") vorgestellt und am 26. Mai 2009 in den Bundestag eingebracht hat, legte die Bundesregierung am 10. Juni 2009 nun den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung ("**AIDA-Gesetz**") mit weiteren Maßnahmen vor. Beide Gesetzesentwürfe sollen vom Bundestag verabschiedet werden. Demnach würde das geänderte Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz ("**FMStFG**") zwei Bad Bank-Modelle enthalten. Nach dem Bad Bank-Gesetz können Finanzholding-Gesellschaften, Kreditinstitute oder deren Tochtergesellschaften "toxische" Wertpapiere an eigens zu diesem Zweck gegründete Zweckgesellschaften gegen die Begebung von Anleihen, deren Rück- und Zinszahlungen vom Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung ("**SoFFin**") garantiert werden, veräußern. Die Veräußerung von "toxischen" Wertpapieren an Zweckgesellschaften nach dem Bad Bank-Gesetz ist grundsätzlich nicht auf private Banken beschränkt (zum Bad Bank-Gesetz siehe unseren Newsletter vom 9. Juni 2009 ("Bundesregierung schlägt deutsches Bad Bank-Modell vor")). Anders als das Bad Bank-Gesetz erlaubt das AIDA-Gesetz neben der Übertragung von Risikopositionen, die auch "toxische" Wertpapiere beinhalten, auch die Ausplatzierung nicht-strategischer Geschäftsfelder. Dafür wird das sog. "Anstalt in der Anstalt"-Konzept (kurz "**AIDA**") genutzt. Es wird erwartet, dass insbesondere Landesbanken das AIDA-Konzept nutzen werden.

1. Abwicklungsanstalten

Zunächst soll die Finanzmarktstabilisierungsanstalt ("**FMSA**") in eine bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums überführt werden. Die FMSA soll die ihr durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz übertragenen Aufgaben weiter wahrnehmen. Zusätzlich soll sie aber nun Kreditinstitute, Finanzholding-Gesellschaften, deren in- und ausländische Tochterunternehmen sowie Zweckgesellschaften, die Risikopositionen von ihnen übernommen haben, von Risikopositionen, die vor dem 31. Dezember 2008 begründet wurden, und "nicht-strategienotwendigen" Geschäftsbereichen (beides nachfolgend als "**Risikopositionen**" bezeichnet) durch rechtliche oder wirtschaftliche Übertragung auf sog. Abwicklungsanstalten entlasten.

Die Abwicklungsanstalten werden als teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet. Sie können ebenso wie die FMSA unter ihrem eigenen Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden und verfügen über eigene Rechnungs- und Buchungskreise. Eine Eintragung im Handelsregister ist erforderlich.

Aufgaben, Organisation und Auflösung der Abwicklungsgesellschaften sowie die Überwachung durch die FMSA soll in gesonderten Statuten geregelt werden. Insbesondere mit der Übertragung von Risikopositionen in Form von Darlehen oder Garantien sowie mit der Übernahme nicht-strategienotwendiger Geschäftsbereiche können Tätigkeiten verbunden sein, die eine Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz oder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz erfordern.

Inhalt

1. Abwicklungsanstalten
2. Übertragung von Risikopositionen
3. Bilanzierung und Bewertung
4. Haftung für Risikopositionen
5. Überwachung der Abwicklungsanstalten
6. Abwicklung der Abwicklungsanstalten

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance oder an:

[Dr. Marc Benzler](#) +49 69 7199 3304

[Dr. Hubert Schmid](#) +49 69 7199 3389

[Anja Breilmann](#) +49 69 7199 3117

Email
vorname.nachname@cliffordchance.com

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46,
60325 Frankfurt am Main, Germany
www.cliffordchance.com

Nach § 3a Abs. 6a FMStFG in der Fassung des AIDA-Gesetzes darf die FMSA keine Geschäfte, die einer Zulassung nach der EU-Bankenrichtlinie oder der EU-Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) bedürfen, betreiben. Auch die Abwicklungsanstalten sollen keine erlaubnispflichtigen Geschäfte betreiben. Soweit jedoch eine Anwendbarkeit der Vorschriften des KWG gegeben sein könnte, enthält das AIDA-Gesetz eine Freistellung, die laut Begründung dem Vorbild der Freistellung der Kreditanstalt für Wiederaufbau folgt. Ob es sich dabei um eine Freistellung etwa nach § 2 Abs. 4 KWG handelt, bleibt dabei offen.

Eine Befreiung wird jedoch ausdrücklich erteilt für Anforderungen an Eigenkapital und Organisationsvorschriften. Daher sind auch die Vorschriften zu regulatorischem Eigenkapital, risikogewichteten Aktiva und Großkrediten nicht einzuhalten. Allerdings können die Statuten einer Abwicklungsanstalt Angaben zur Ausstattung der Abwicklungsanstalt mit Eigenmitteln, der Aufbringung der Eigenmittel durch Dritte oder die sonstige Beteiligung Dritter an den Eigenmitteln, die Aufgaben, Befugnisse und Verpflichtungen der an den Eigenmitteln Beteiligten sowie über Besetzungs- oder Zustimmungsrechte für die Errichtung von Leitungsgremien und die Bestellung von Leitungspersonen der Abwicklungsanstalten enthalten. Die Statuten sind im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

Die Abwicklungsanstalten sind in dem ihnen möglichen Geschäftstätigkeiten jedoch beschränkt. Über die Abwicklung der ihnen übertragenen Risikopositionen hinaus dürfen sie keine Geschäftstätigkeit entfalten.

Die einzelnen Abwicklungsanstalten sind unabhängig voneinander, sie haften nur für eigene Verbindlichkeiten jedoch nicht für die Verbindlichkeiten anderer Abwicklungsanstalten. Die FMSA und auch der Bund übernehmen ihrerseits keine Haftung für die Abwicklungsanstalten.

2. Übertragung von Risikopositionen

Die Abwicklungsanstalten können die Risikopositionen durch eine Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Abspaltung oder Ausgliederung, aber auch durch eine rechtsgeschäftliche Übertragung einzelner Vermögenswerte ("asset deal") übernehmen.

Da das Umwandlungsgesetz ("UmwG") eine Abspaltung auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts nicht vorsieht, trifft das AIDA-Gesetz dazu die erforderlichen Regelungen. Wie bei herkömmlichen Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG ist ein Spaltungs- und Übernahmevertrag abzuschließen (§ 125 in Verbindung mit § 4 UmwG). Wird den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers eine Verlustausgleichs-, Nachschusspflicht oder Haftung für Verbindlichkeiten einer Abwicklungsanstalt auferlegt, bedarf der Beschluss des übertragenden Rechtsträgers der Zustimmung aller Anteilshaber. Sonst ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit ausreichend. Im Rahmen der Abspaltung kann den Anteilshabern jedoch eine

Beteiligung an den Abwicklungsanstalten gewährt werden. Mit Eintragung der Spaltung in das Handelsregister wird die Spaltung gemäß § 131 UmwG wirksam. Als Übertragungshindernis wurden immer die Nachhaftungsregelung des § 133 UmwG sowie das Nachbesicherungsrecht nach § 22 UmwG bezeichnet. Im AIDA-Gesetz werden die vorgenannten Vorschriften ebenso wie zahlreiche weitere Regelungen des UmwG ausgeschlossen.

Darüber hinaus können die Risikopositionen auch ohne eine Übertragung von der Abwicklungsanstalt übernommen und abgesichert werden, z.B. durch Treuhandlösungen, Garantien, Unterbeteiligungen oder Kreditderivate. Die Abwicklungsanstalt kann infolge solcher Strukturen eine wirtschaftliche Eigentümerstellung an den abzusichernden Vermögenswerten erlangen. Dies ist insbesondere für ausländischem Recht unterliegende Risikopositionen bedeutsam. Jedoch wird allein durch die Übertragung wirtschaftlicher Risiken nicht immer eine Bilanzentlastung erreicht.

Durch Verweis auf die §§ 16 bis 19 des FMStFG wird sichergestellt, dass die bereits für die Stabilisierungsmaßnahme Risikoübernahme nach § 8 FMStFG geltenden Befreiungen von möglichen zivil-, wettbewerbs- und insolvenzrechtlichen Erwerbshindernissen auch für die Übertragung von Vermögenswerten an die Abwicklungsgesellschaften gilt.

3. Bilanzierung und Bewertung

Die Abwicklungsanstalten bilanzieren die ihnen übertragenen Vermögenswerte nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs. Dadurch sind sie nicht den Marktwertbewertungsvorschriften der International Financial Reporting Standards (IFRS) unterworfen. Eine Konzernrechnungslegungspflicht besteht nicht. Daher bedarf es auf Ebene der FMSA keiner konzern-einheitlichen Bilanzierung und Bewertung der übertragenen Risikopositionen.

4. Haftung für Risikopositionen

Die FMSA errichtet eine Abwicklungsanstalt auf Antrag eines übertragenden Unternehmens. Die Errichtung und Übernahme von Risikopositionen oder Geschäftsfeldern bedarf dabei der Zustimmung des Leitungsausschusses der FMSA.

Eine Übertragung von Risikopositionen ist nur zulässig, wenn die Anteilshaber oder Mitglieder des übertragenden Unternehmens oder, im Falle von Zweckgesellschaften, des Kreditinstituts, zum Ausgleich von Verlusten der Abwicklungsanstalten entsprechend ihrer Beteiligungsquote verpflichtet sind. Die Anteilshaber und Mitglieder des übertragenden Unternehmens sind dabei Gesamtschuldner. Ausnahmsweise ist auch eine disquotale Verlustausgleichspflicht durch Teile der Anteilshaber oder Mitglieder zulässig, wenn die

Einhaltung der EU-rechtlichen Beihilfe-Vorgaben gewährleistet ist.

Insbesondere bei börsennotierten Unternehmen oder Unternehmen mit breit gestreutem Anteilsinhaberkreis ist die Übernahme einer Verlustausgleichspflicht durch die Anteilsinhaber nicht praktikabel. In solchen Fällen übernehmen die übertragenden Unternehmen die Haftung selbst. Damit reagiert das AIDA-Gesetz bereits auf eine zum Entwurf des Bad Bank-Gesetzes, das keine Haftung des übertragenden Unternehmens, sondern ausschließlich der Anteilsinhaber vorsieht, geäußerte Kritik. Jedoch werden hierdurch weitere bilanzrechtliche Fragen aufgeworfen. Nachrangig können die übertragenden Unternehmen ebenfalls zur Haftung verpflichtet sein, soweit die Anteilsinhaber und Mitglieder nicht mehr leistungsfähig sind. Es kann auch eine Verlustausgleichspflicht der FMSA gegenüber der Abwicklungsanstalt sowie ein Rückgriffsanspruch der FMSA oder des Bundes gegenüber dem übertragenden Unternehmen und seinen unmittelbaren oder mittelbaren Anteilsinhabern oder Mitgliedern vorgesehen werden.

Ein positiver Saldo aus der Abwicklung steht den Anteilsinhabern oder Mitgliedern des übertragenden Unternehmens zu. Ähnlich den Vorgaben des Bad Bank-Gesetzes ist auch hier nicht klar, wie genau sich ein positiver Saldo definiert.

In der Regel erfolgt die Übernahme der Risikopositionen nur gegen eine angemessene Gegenleistung, die die FMSA festlegt. Außerdem setzt die Übernahme von Risikopositionen voraus, dass das übertragende Unternehmen oder, im Falle einer Zweckgesellschaft, das betreffende Kreditinstitut, über ein tragfähiges Geschäftsmodell und eine im Einzelfall angemessene Kapitalausstattung verfügt. Wie bei einer Übertragung im Rahmen des Bad Bank-Modells müssen auch beim AIDA-Konzept die übertragenden Unternehmen vor der Übertragung alle Risiken im Zusammenhang mit den zu übertragenden Risikopositionen der FMSA offen legen.

Zum Schutz der Abwicklungsanstalten regelt das AIDA-Gesetz zudem, dass die Verantwortung für Arbeitnehmer, Pensionsverbindlichkeiten und sonstige im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen bestehenden Lasten in vollem Umfang auch nach Übertragung von Risikopositionen bei dem übertragenden Unternehmen verbleiben.

Der SoFFin kann Garantien für Schuldtitel und sonstige Verbindlichkeiten übernehmen, die Abwicklungsanstalten ausschließlich zur Refinanzierung der von ihnen übernommenen strukturierten Wertpapiere begeben oder begründen.

5. Überwachung der Abwicklungsanstalten

Die Abwicklungsanstalten werden durch die FMSA überwacht, wobei sich der genaue Umfang aus den Statuten der Abwicklungsanstalten ergibt. Die Überwachung hat auf jeden Fall sicherzustellen, dass die Abwicklungsanstalten die gesetzlichen Vorgaben einhalten.

Ferner kann sich die Überwachung erstrecken auf:

- die Durchsetzung der Ansprüche der Abwicklungsanstalten,
- die ordnungsgemäße Verwaltung und Abwicklung der übernommenen Risikopositionen (insb. die Verwertung der Aktiva und die Erfüllung der Verbindlichkeiten),
- die Erfüllung der Bilanzierungspflichten der Abwicklungsanstalten sowie
- die Durchsetzung von Verlustausgleichsansprüchen gegenüber den übertragenden Unternehmen bzw. deren Anteilseignern.

6. Abwicklung der Abwicklungsanstalten

Der Antragsteller muss einen Abwicklungsplan für die Abwicklung der durch die Abwicklungsanstalt zu übernehmenden Risikopositionen vorlegen. Dieser muss detailliert nach einzelnen Vermögenswerten aufgliedert sein, die beabsichtigten Maßnahmen darstellen und einen Zeitplan zur Abwicklung angeben. Überdies soll sichergestellt werden, dass die erwarteten Einnahmen aus den übertragenen Vermögenswerten die erwarteten Aufwendungen aus übernommenen oder neu begründeten Verbindlichkeiten, Verwaltungskosten und Steuern (mindestens) decken.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Budapest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm and a 'best friends' arrangement with AZB & Partners in India

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Juni 2009