

Die deutsche Bad Bank-Gesetzgebung eröffnet Kreditinstituten zwei Wege, Risikopapiere auszulagern.

*The German Bad Bank Act has been ratified:
credit institutions can choose between two
options for the transfer of their risk positions.*

Die deutsche Bad Bank-Gesetzgebung

The German Bad Bank Act

In Deutschland ansässigen Kreditinstituten und Finanzholding-Gesellschaften sowie deren in- und ausländischen Tochterunternehmen werden zwei unterschiedliche Bad Bank-Konzepte angeboten: Das sogenannte Zweckgesellschaftsmodell, das die Übertragung strukturierter Wertpapiere auf Zweckgesellschaften vorsieht, sowie das Anstaltsmodell (auch AidA-Modell – Anstalt in der Anstalt – genannt), das die Übertragung unterschiedlicher Risikopositionen sowie nichtstrategienotwendiger Geschäftsbereiche auf Anstalten des öffentlichen Rechts (Abwicklungsanstalten) regelt.

The credit institutions and holding companies resident in Germany, as well as their domestic and foreign subsidiaries are offered two different Bad Bank concepts: the so called Special Purpose Vehicle Model which provides for the transfer of structured securities to special purpose vehicles, as well as the institution model (also called AidA-Model – the acronym stands for “institution within the institution”) which allows for the transfer of various risk positions and non-strategic business areas to a public-legal entity (“winding-up agencies”).



Dr. Simon G. Grieser
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1301
sgrieser@mayerbrown.com



Dr. Ingo Kleutgens
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1311
ikleutgens@mayerbrown.com



Dr. Jörg Wulfken
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 2951
jwulfken@mayerbrown.com

Das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung (nachfolgend auch „Bad Bank-Gesetz“ genannt) ist am 23. Juli 2009 in Kraft getreten (verkündet im Bundesgesetzblatt I, Nr. 43/22. Juli 2009, S. 1980). Es regelt die sogenannte Bad Bank, mit der die Auslagerung risikobehafteter Positionen aus deutschen Banken bezweckt wird. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden zahlreiche Änderungen vorgenommen, die den Nutzen der Bad Bank erhöhen und die Finanzmarktstabilisierung vorantreiben sollen.

Das Bad Bank-Gesetz ändert und ergänzt das Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz (FMStFG) sowie das Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz, jeweils vom 17. Oktober 2008 und geändert am 7. April 2009. Der unter dem FMStFG gegründete Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) hat die Aufgabe, durch Garantien, Eigenkapitalhilfen oder Risikoübernahmen Unternehmen des Finanzsektors zu stabilisieren. Die Möglichkeit, Kreditinstitute zur Inanspruchnahme der Modelle zu verpflichten, ist nicht vorgesehen. Ein Rechtsanspruch auf Leistungen des Fonds wird ausdrücklich ausgeschlossen.

Der SoFFin wird durch die per Rechtsverordnung gegründete Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) oder „Anstalt“ verwaltet. Durch das Bad Bank-Gesetz wird die FMSA zur bundesunmittelbaren, rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Finanzministeriums mit Sitz in Frankfurt am Main, die auch die Aufgaben des SoFFin zur Umsetzung der Bad Bank-Gesetzgebung wahrnimmt.

The Supplement to the Financial Markets Stabilization Act became effective on July 23, 2009 (as announced in the Federal Law Gazette I, No. 43/July 22, 2009, p. 1980) (hereinafter “Bad Bank Act” or “Act”). The Bad Bank Act governs the so-called German Bad Bank, which was designed to give German banks the opportunity to dispose of risk positions and to relieve their balance sheets. In the course of the legislative procedures numerous amendments have been made which are supposed to increase the value of the Bad Bank and to promote the stabilization of the financial markets.

The Bad Bank Act amends and supplements the Financial Market Stabilization Fund Act (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz, FMStFG) as well as the Act on the Acceleration of Financial Market Stabilization, each as ratified on October 17, 2008 and as amended on April 7, 2009. The Special Fund Financial Market Stabilization (Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung, SoFFin) established under FMStFG has been created to stabilize the financial sector by granting guarantees, capital relief or by way of risk transfer. A mandatory use of the model is not envisaged by the legislator. Also, a legal claim to the benefits of the fund has been expressly excluded.

SoFFin is managed by the Financial Market Stabilization Authority (Finanzmarktstabilisierungsanstalt, FMSA) which was established by ordinance. In line with the Bad Bank Act, the FMSA becomes a Federal authority with legal capacity under public law and under supervision of the German Ministry of Finance. The FMSA has its seat in Frankfurt am Main and, inter alia, assumes the responsibilities of SoFFin regarding the implementation of the Bad Bank Act.

Klargestellt ist, dass die Anstalt kein Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes (KWG) ist. Geleitet wird sie durch den aus drei Mitgliedern bestehenden Leitungsausschuss, dessen Sprecher seit dem 1. Februar 2009 der vormalige Vorstandsvorsitzende der Norddeutschen Landesbank Girozentrale, Dr. Hannes Rehm, ist. Über grundsätzliche Fragen und über Auflagen an berechnete Unternehmen entscheidet ein eigenständiger Lenkungsausschuss des SoFFin. Dieser besteht aus Vertretern des Bundeskanzleramtes, verschiedenen Ministerien, der Länder sowie der Bundesbank. Leistungen werden auf Antrag berechtigter Unternehmen aus dem Finanzsektor bewilligt. Antragsberechtigt sind beim Zweckgesellschafts- und beim AidA-Modell Kreditinstitute, Finanzholding-Gesellschaften sowie deren in- und ausländische Tochtergesellschaften, sofern die jeweiligen Muttergesellschaften zum 31. Dezember 2008 ihren Sitz in Deutschland hatten.

Das Zweckgesellschaftsmodell

Das Zweckgesellschaftsmodell sieht vor, dass berechnete Institute (auch „übertragende Unternehmen“ genannt) strukturierte Wertpapiere, die sie bis zum 31. Dezember 2008 erworben haben, an ausschließlich für sie gegründete Zweckgesellschaften übertragen können. Die Zweckgesellschaften ihrerseits finanzieren den Ankauf durch die Ausgabe von mit einer SoFFin-Garantie unterlegten Schuldtiteln an das übertragende Unternehmen. Durch die Garantie des SoFFin sind die Schuldtitel keinen Bewertungsrisiken ausgesetzt und bei der Europäischen Zentralbank repo-fähig. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Schuldtitel nicht handelbar sind.

ÜBERTRAGUNGSWERT VON STRUKTURIERTEN WERTPAPIEREN

Vorgesehen ist, dass die strukturierten Wertpapiere entweder zum tatsächlichen wirtschaftlichen Wert oder zu 90 Prozent des Buchwertes vom 30. Juni 2008 oder zu 90 Prozent des Buchwertes vom 31. März 2009 an die Zweckgesellschaft übertragen werden, wobei der Buchwert zum 31. März 2009 der Maximalwert ist. Der Abschlag von 10 Prozent vom Buchwert ist allerdings nur soweit vorzunehmen, als das übertragende Unternehmen eine Kernkapitalquote von mindestens 7 Prozent einhalten kann.

It has also been clarified that the FMSA is no credit institution or financial services provider within the meaning of the German Banking Act (Kreditwesengesetz, KWG). The FMSA is managed by an executive committee consisting of three members, whose speaker since February 1, 2009 is the former chairman of Norddeutsche Landesbank Girozentrale, Dr. Hannes Rehm. An independent steering committee decides on issues of a general nature as well as on conditions for eligible companies. It consists of representatives of the Federal Chancellery, various ministries, the Federal States, as well as the German Federal Reserve. Benefits are approved subject to an application by eligible companies from the financial sector. In case of both the Special Purpose Vehicle-model as well as the AidA-Model, credit institutions, holding companies and their domestic and foreign subsidiaries are entitled to file a request provided that the respective parent companies had their registered seat in Germany as at December 31, 2008.

Special Purpose Vehicle Model

The Special Purpose Vehicle Model stipulates that eligible institutions (also called “transferring companies”) may transfer structured securities acquired no later than December 31, 2008 to special purpose vehicles established exclusively for the transferring company in question. The special purpose vehicles fund the acquisition through the issue of bonds (Schuldtitel) guaranteed by SoFFin to the transferring company. Due to the SoFFin’s guarantee the bonds are not subject to rating risks and are repoeligible with the European Central Bank. The Act expressly excludes any trade with the bonds.

TRANSFER PRICE OF STRUCTURED SECURITIES

It is envisaged to transfer the structured securities to the special purpose vehicle at the actual economic value, or at 90 percent of the book value on June 30, 2008, or at 90 percent of the book value on March 31, 2009 whereby the book value of March 31, 2009 constitutes the maximum amount. The deduction of 10 percent from book value, however, shall only be effected to the extent that the transferring company may comply with a core capital rate of at least 7 percent.

GEGENLEISTUNG FÜR SoFFiN-GARANTIEN

Vor der Übertragung auf die Zweckgesellschaften müssen die berechtigten Institute sämtliche Risiken der übertragenen Wertpapiere offenlegen sowie Stresstests durchführen. Für die Garantieübernahme wird darüber hinaus ein tragfähiges Geschäftsmodell und eine angemessene Kapitalausstattung des übertragenden Unternehmens vorausgesetzt.

Ferner soll der SoFFin im Gegenzug für seine Garantien eine marktgerechte Vergütung erhalten. Diese Vergütung besteht aus drei Elementen:

- einer individuell festzulegenden Prämie für das Ausfallrisiko,
- einer Marge sowie
- einem Ausgleichsbetrag.

Bei der Berechnung dieser Vergütung ist der Zinsvorteil zu berücksichtigen. Die Vergütung kann auch durch die Ausgabe von Anteilen des übertragenden Unternehmens geleistet werden.

Der Ausgleichsbetrag berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Übertragungswert und dem sogenannten Fundamentalwert. Der Fundamentalwert berechnet sich aus dem Übertragungswert abzüglich eines durch den SoFFin im Einzelfall festgelegten Abschlags für weitere Risiken des Wertpapierportfolios. Der Ausgleichsbetrag wird an die Zweckgesellschaft für die Laufzeit der Garantie, maximal jedoch für die Dauer von 20 Jahren, jährlich aus den an die Eigentümer/Anteilseigner zahlbaren Ausschüttungen gezahlt. Ist das übertragende Unternehmen eine Tochtergesellschaft, haftet die Muttergesellschaft für den Ausgleichsbetrag. In Vorjahren nicht gezahlte Beträge sind in den nachfolgenden Jahren nachzuholen. Zahlungen können bis zur Hälfte des Grundkapitals des übertragenden Unternehmens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes durch mit Stimmrecht ausstattbare Vorzugsaktien erfolgen.

CONSIDERATION FOR SoFFiN GUARANTEES

Prior to the transfer to special purpose vehicles, the eligible institutions shall disclose all risks of the transferred securities, as well as carry out stress tests. Furthermore, a sustainable business model and adequate capital ratios of the transferring company are required.

In addition, SoFFin shall receive compensation in line with market conditions for its guarantees. Such consideration consists of three elements:

- *Premium, which shall be determined individually for the default risk,*
- *margin, and*
- *compensation amount.*

At the time of the calculation of the remuneration, the interest advantage shall be taken into account. The compensation may also be paid by way of issuing shares in the transferring company.

The compensation amount is calculated as the difference between the transfer price and the so-called "fundamental value." The fundamental value is calculated as the transfer price less a deduction for additional risks of the securities portfolio, as determined individually by SoFFin. The resulting compensation is paid annually to the special purpose vehicle from the distributions payable to the owners/shareholders for the term of the guarantee, but for no longer than a period of 20 years. Where the transferring company is a subsidiary, the parent company is liable for the compensatory amount. Amounts not paid in previous years shall be paid in subsequent years. At the time the Act comes into effect, payments not exceeding half of the transferring company's equity may be carried out by way of preferred shares, which may be vested with voting rights.

NACHHAFTUNG

Reichen die zahlbaren Ausgleichsbeträge nicht aus, um die Differenz zwischen Übertragungswert und Fundamentalwert während der Laufzeit der Garantie bzw. innerhalb der Maximallaufzeit von 20 Jahren auszugleichen, so müssen diese Verluste nach Ablauf dieses Zeitraums durch Ausschüttungskürzungen an die Anteilseigner ausgeglichen werden. Diese gesetzlich vorgesehene Nachhaftung betrifft ausschließlich übertragende Institute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Für anderweitig organisierte übertragende Unternehmen werden die Nachhaftungspflichten durch den SoFFin in den Garantiebedingungen festgeschrieben. Das übertragende Unternehmen kann bis zur Hälfte des bestehenden Grundkapitals Vorzugsaktien ausgeben, mit einem entsprechenden Vorzug vor den Ansprüchen des SoFFin auf den an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag. Nachhaftungsansprüche verjähren nicht.

Der positive Saldo zugunsten der Zweckgesellschaft, der sich nach der vollständigen Verwertung der strukturierten Wertpapiere ergeben kann, wird den Anteilseignern des übertragenden Unternehmens überlassen.

ANTRAGSTELLUNGSFRIST

Übertragende Unternehmen können spätestens bis zum 22. Januar 2010 Anträge auf eine Garantieübernahme stellen. Dem Antrag ist die Gründungsdokumentation der Zweckgesellschaft beizufügen.

Anstaltsmodell

Nach dem Anstalts- oder AidA-Modell können berechnete Finanzinstitute ihre bis zum 31. Dezember 2008 erworbenen Risikopositionen sowie nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereiche auf eigens von der FMSA gegründete Abwicklungsanstalten übertragen. Die Abwicklungsanstalten gelten nicht als Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des KWG.

Es ist davon auszugehen, dass für jedes berechnete Institut (auch „übertragende Gesellschaften“ genannt) eine eigene Abwicklungsanstalt gegründet wird. Das Vermögen jeder Abwicklungsanstalt wird getrennt vom Vermögen anderer Abwicklungsanstalten verwaltet und eine Haftung für andere Abwicklungsanstalten besteht nicht.

EXTENDED LIABILITY

Where the payable compensation amounts are insufficient to settle the difference between transfer value and fundamental value during the term of the guarantee or within the maximum term of 20 years, respectively, then, upon expiry of the relevant period, these losses shall be balanced by reducing the distributions to the shareholders. The extended liability, as proposed by law, exclusively applies to transferring institutions in the legal form of the corporation. SoFFin determines the duties regarding extended liability of transferring companies with a different legal structure in the terms of guarantee. The transferring company may issue preferred shares with a corresponding preference to claims of SoFFin on the distributions to the shareholders in an amount of up to 50 percent of the existing equity capital. Claims from extended liability do not fall under the statute of limitations.

The positive balance in favor of the special purpose vehicle, which may result from a complete realization of the structured securities will be yielded to the transferring company's shareholders.

APPLICATION PERIOD

Transferring companies may file applications for the assumption of a guarantee by no later than January 22, 2010. The application shall contain the incorporation documentation of the special purpose vehicle.

AidA-Modell

Pursuant to the AidA-Model, eligible financial institutions may transfer their risk positions acquired by December 31, 2008, as well as non-strategic business areas to winding-up agencies founded by FMSA particularly for this purpose. The winding-up agencies shall not be deemed to be credit institutions or financial services provider within the meaning of KWG.

It is probable that an individual winding-up agency is founded for each eligible institution (also "transferring company"). The assets of each winding-up agency shall be managed separately from the assets of other winding-up agencies and there is no liability for other winding-up agencies.

ÜBERTRAGUNG VON RISIKOPOSITIONEN

Die Übertragung der Risikopositionen einschließlich nichtstrategienotwendiger Geschäftsbereiche auf Abwicklungsanstalten erfolgt entweder durch Rechtsgeschäft im Wege von Abtretungen oder Vertragsübernahmen (Asset Deal), gesellschaftsrechtlich im Wege der Ausgliederung oder Abspaltung zur Aufnahme nach dem Umwandlungsgesetz oder auf sonstige Weise, z. B. durch Garantien, Unterbeteiligungen oder Treuhandlösungen. Die Gegenleistung für die übernommenen Risikopositionen bzw. nichtstrategienotwendige Geschäftsbereiche wird von der FMSA bestimmt.

Vor der Übertragung von Risikopositionen auf die Abwicklungsanstalt muss die übertragende Gesellschaft sämtliche Risiken offenlegen sowie ein tragfähiges Geschäftsmodell vorweisen.

AUFSICHT ÜBER ABWICKLUNGSANSTALTEN

Die FMSA ist für die Überwachung und Rechtsaufsicht der einzelnen Abwicklungsanstalten zuständig und übernimmt für sie die Verwaltungs- und Koordinationsaufgaben. Die Verwaltung der Vermögenswerte der Abwicklungsanstalten obliegt hingegen jeder Abwicklungsanstalt selbst. Alle weiteren Festlegungen, wie Sitz der Abwicklungsanstalt, Eigenmittelausstattung, Aufgaben, Organisation und Auflösung, Leitung und Besetzung der Leitungsgremien werden – nach der Zustimmung der FMSA – durch die Statuten der jeweiligen Abwicklungsanstalt festgelegt. Die Statuten sind im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

EIGENTÜMERHAFTUNG

Um das AidA-Modell in Anspruch nehmen zu können, sind die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft entsprechend ihrer Beteiligungsquote zum Ausgleich etwaiger Verluste der jeweiligen Abwicklungsanstalt zu verpflichten. Kommen diese ihrer Haftungsverpflichtung nicht nach, haftet die übertragende Gesellschaft, ggf. subsidiär. Im Außenverhältnis besteht eine gesamtschuldnerische Haftung der Anteilseigner, es sei denn, bei dem Anteilseigner handelt es sich um ein Bundesland.

Die Haftung von Sparkassenverbänden beschränkt sich in einer ersten Stufe auf die von der übertragenden Gesellschaft an diese auszuschüttenden Beträge.

TRANSFER OF RISK POSITIONS

The transfer of risk positions including non-strategic business areas to winding-up agencies is carried out by way of a legal transaction by means of assignment or assignment and assumption (Asset Deal), or by way of a spin-off or hive-down for assumption pursuant to the Transformation Act or in another way, such as by way of guarantees, sub-participations or trustee relationship. The consideration for the assumed risk positions and non-strategic business areas, respectively is determined by FMSA.

Before transferring risk positions to the winding-up agency the transferring company has to disclose all risks and present a sustainable business model.

SUPERVISION OF WINDING-UP AGENCIES

The FMSA is responsible for the monitoring and supervision of the individual winding-up agencies and assumes their management and coordination. The management of the assets of the winding-up agencies, however, is within the competence of each winding-up agency itself. All further stipulations, such as registered seat of the winding-up agency, equity, tasks, organization and dissolution, management and staffing of the executive committee are determined by the articles of association of the respective winding-up agency, subject to the approval of FMSA. The articles shall be published in the Federal Gazette.

OWNER LIABILITY

In order to be able to use the AidA-Model the shareholders of the transferring company shall be held liable for any possible losses of the respective winding-up agency in accordance with their share ratio. Where shareholders fail to assume their liability, the transferring company shall be liable, if applicable, on a subordinated basis. Towards third parties the law stipulates a joint and several liability of the share-holders unless the shareholder is a Federal State.

On a first level, the liability of associations of savings banks is limited to the distributions from the transferring company. On a second level, the respective association of savings banks is liable for compensation with its own assets, however, the entire liability is limited to the guarantor liability (Gewährträgerhaftung) as of June 30, 2008, the amount of which

In einer zweiten Stufe ist der jeweilige Sparkassenverbund mit seinem Vermögen ausgleichspflichtig, jedoch ist die Haftung insgesamt auf den am 30. Juni 2008 bestehenden Umfang der Gewährträgerhaftung begrenzt, dessen Höhe von der FMSA festgesetzt wird. Etwaige über die Stufen eins und zwei hinausgehende Haftungsansprüche werden von der FMSA vorfinanziert, und in den Folgejahren durch an den Verbund auszuschüttende Beträge refinanziert. Die Kosten einer solchen Vorfinanzierung werden durch den Bund und das betreffende Bundesland im Verhältnis 65:35 getragen. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften erfolgt der Verlustausgleich aus dem an die Anteilseigner auszuschüttenden Betrag in Anlehnung an das Zweckgesellschaftsmodell.

Überschüsse aus der Verwertung der Aktiva einer Abwicklungsanstalt stehen den Eigentümern oder Mitgliedern der übertragenden Gesellschaft zur Auskehrung zu.

AUFLAGEN NACH DER

FINANZMARKTSTABILISIERUNGS-VERORDNUNG

Für Institute, die sich beider Modelle bedienen, gelten die Auflagen nach der Finanzmarktstabilisierungs-Verordnung. Dazu gehören unter anderem die Überprüfung der Nachhaltigkeit ihrer Geschäftspolitik, die Kreditversorgung kleiner und mittelständischer Unternehmen, die Angemessenheit der Vergütungssysteme, der Ausschluss von Dividenden- und Gewinnausschüttungen usw.

Zeitliche Befristung der Stabilisierungsmaßnahmen

Die Stabilisierungsmaßnahmen des SoFFin in Bezug auf beide Modelle sind bis zum 31. Dezember 2010 möglich. Anschließend wird der Fonds abgewickelt und aufgelöst.

Landesrechtliche Abwicklungsanstalten

Das Bad Bank-Gesetz sieht ferner sogenannte landesrechtliche Abwicklungsanstalten vor, die landesspezifische Abwicklungslösungen ermöglichen und zu vergleichbaren Erleichterungen wie die bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten führen sollen. Voraussetzung hierfür sind jedoch zusätzliche landesrechtliche Ausgestaltungen, die im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen wie beim bundesrechtlichen Anstaltsmodell vorsehen müssen. Wesentlicher Unterschied beider Ebenen ist jedoch, dass auf Landesebene durch den SoFFin keine Garantien gewährt werden können.

is to be determined by the FMSA. Any liability claims which go beyond level one and two will be prefinanced by the FMSA and refinanced by amounts to be distributed to the association in the years to follow. The costs of such a prefinancing will be borne by the Federal Government and the respective Federal State at a ratio of 65:35. In case of listed corporations, the duty to carry losses results from the amount to be distributed to the shareholders on the basis of the Special Purpose Vehicle Model.

Any surplus from the realization of the assets of a winding-up agency shall be distributed to the owners or members of the transferring company.

REQUIREMENTS PURSUANT TO THE REGULATION OF THE FINANCIAL MARKET STABILIZATION

For institutions making use of both models, the requirements pursuant to the regulation of the Financial Market Stabilization apply. This includes the examination of the sustainability of their business policies, the credit supply to small and medium-sized businesses, adequacy of distribution systems, the exclusion of distributions of dividends and profit etc.

Time Limit of Stabilization Measures

The stabilization measures of SoFFin with regard to both models are possible through December 31, 2010. Thereafter, the fund will be wound-up and dissolved.

Winding-up Agencies on Federal State Level

The Bad Bank Act also allows for winding-up agencies on the level of Federal States. Theoretically, on state level similar solutions and comparable relief options shall be possible as on central government level. However, implementation of federal state level requires appropriate new legislation on state level, which essentially must contain the same requirements as the Federal AidA-Model. However, it is relevant that SoFFin shall not provide guarantees on the level of state winding-up agencies.

Steuerliche Aspekte

Die steuerlichen Regelungen des FMStFG befassen sich im Wesentlichen mit den ertragsteuerlichen Implikationen der Übertragung von Vermögen auf die Zweckgesellschaften und die Abwicklungsanstalten. Im Einzelnen sind folgende Regelungen hervorzuheben:

- § 14a Abs. 1 FMStFG gewährleistet, dass sich der Tauschvorgang – die Übertragung von strukturierten Wertpapieren auf die Zweckgesellschaft gegen Ausgabe von Schuldtiteln – nicht wie in § 6 Abs. 6 des Einkommensteuergesetzes (EStG) vorgesehen zu gemeinen Werten und damit unter Umständen gewinnrealisierend vollzieht. Vielmehr sind bei der Übertragung die in § 6a Abs. 2 Nr. 2 FMStFG festgelegten Werte (90 Prozent des Buchwerts oder tatsächlicher wirtschaftlicher Wert) maßgeblich.
- Die Abspaltung und Ausgliederung von Risikopositionen oder nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen auf Abwicklungsanstalten erfolgen zum Buchwert und damit steuerneutral (§ 14a Abs. 2 FMStFG)
- Die Zweckgesellschaft wird in den Anwendungsbe- reich des sogenannten Securitization Privileg des § 19 Abs. 2 Nr. 3 Gewerbesteuer-Durchführungs- verordnung (GewStDV) einbezogen. Die Ausnah- mevorschrift bewirkt eine Befreiung von der Pflicht der Hinzurechnung von Schuldzinsen nach § 8 Nr. 1 Gewerbesteuergesetz (GewStG). Solche Schuldzinsen entstehen, wenn die Zweckgesell- schaften Zahlungen unter den von ihr emittierten Schuldtiteln leisten.
- Ausgleichszahlungen, die das übertragende Unter- nehmen nach § 6b FMStFG an die Zweckgesell- schaft erbringt, sind steuerlich abzugsfähig und werden dabei technisch nach § 14c FMStFG wie negative Einnahmen aus Kapitalvermögen behandelt. Ein ähnliche Regelung kommt zur Anwendung für Zahlungen, die Mitglieder oder Anteilsinhaber von Abwicklungsanstalten der Abwicklungsanstalt nach § 8a Abs. 4 Nr. 1 FMStFG als Verlustausgleich leisten müssen.
- Werden von den Zweckgesellschaften und Abwick- lungenanstalten Überschüsse ausgekehrt, können diese von den übertragenden Unternehmen zu 95 Prozent steuerfrei gemäß § 8b Körperschaft- steuergesetz (KStG) vereinnahmt werden.

Tax Aspects

The tax provision of FMStFG deals with the effects on income/corporation tax of asset transfers to special purpose vehicles and winding-up agencies. The following points deserve special attention:

- *Section 14a Subsection 1 FMStFG guarantees that the swap – the assignment of structured securities to a special purpose vehicle for the issue of bonds – is not realized, as envisaged in Section 6 Subsection 6 of the German Income Tax Act (Einkommenssteuer- gesetz, EStG), at market value and thus is not poten- tially profitable. In fact, the value, as determined by Section 6a Subsection 2 No.2 FMStFG (90 percent of book value or actual economical value), is relevant at the time of the transfer.*
- *The spin-off and hive-down of risk positions and non-strategic business areas onto winding-up agen- cies is effected at book value and thus tax-neutral (Section 14a Subsection 2 FMStFG).*
- *The special purpose vehicle will be included in the scope of application of the so-called Securitization Privilege of Section 19 Subsection 2 No. 3 of the Ger- man Trade Tax Ordinance (Gewerbesteuer-Durch- fährungsverordnung, GewStDV). This exceptional provision effects an exemption from the duty to add interest on debt pursuant to Section 8 No. 1 Trade Tax Law (Gewerbesteuergesetz, GewStG). Such interest on debt arises where the special purpose vehicles make payments under the bonds they issued.*
- *Compensation payments made by the transferring company to the special purpose vehicle pursuant to Section 6b FMStFG are tax-deductible and are technically treated like negative income from capital assets pursuant to Section 14c FMStFG. A similar provision applies for payments that members or shareholders of winding-up agencies have to make to offset losses pursuant to Section 8a Sub- section 4 No. 1 FMStFG.*
- *Where special purpose vehicles and winding-up agencies distribute surpluses, 95 percent of these may be collected free of tax by the transferring company pursuant to Section 8b of the German Corporate Tax Act (Körperschaftsteuergesetz, KStG).*

Beihilferecht

Die EU-Kommission hat das Zweckgesellschaftsmodell am 31. Juli 2009 nach den Beihilfavorschriften des EU-Vertrags genehmigt. Einzelne Transaktionen brauchen daher nicht bei der EU angemeldet zu werden. Nur wenn mit einem Umstrukturierungsplan eine neue Beihilfe verbunden ist, könnte eine Anmeldepflicht bestehen.

Das Anstaltsmodell wurde hingegen von der Bundesregierung nicht zur Genehmigung angemeldet. Hier hängt ein etwaiger beihilferelevanter Charakter von der individuellen Transaktionsstruktur ab, die von der EU-Kommission zu genehmigen ist.

State Aid Law

The EU Commission has ratified the Special Purpose Vehicle Model on July 31, 2009 pursuant to the provisions on State Aid Law of the Treaty on European Union. Therefore, individual transactions need not be registered with the European Union. Only where a restructuring plan entails a new state aid there may be a duty to apply for exemption.

The German government, however, has not sought official approval for the institution model. Any aspects relevant in terms of State Aid Law depend on the individual transaction structure which is to be approved by the EU Commission.

ZWECKGESELLSCHAFTSMODELL

ANSTALTSMODELL

Berechtigte Institute	Kreditinstitute, Finanzholding-Gesellschaften mit Sitz im Inland zum 31. Dezember 2008 und deren in- und ausländische Tochtergesellschaften	Kreditinstitute, Finanzholding-Gesellschaften mit Sitz im Inland zum 31. Dezember 2008 und deren in- und ausländische Tochtergesellschaften sowie Zweckgesellschaften
Übertragbare Aktiva	Vor oder am 31. Dezember 2008 erworbene strukturierte Wertpapiere und damit verbundene Absicherungsgeschäfte	Vor oder am 31. Dezember 2008 erworbene Risikopositionen sowie nichtstrategienotwendige Geschäftsbereiche
Übertragungstechnik	Wertpapierkauf- und Übertragungsvertrag	<ul style="list-style-type: none"> • Asset Deal • Ausgliederung oder Abspaltung nach dem UmwG • Auf sonstige Weise, z. B. durch Garantie, Participation
Refinanzierung	<ul style="list-style-type: none"> • Zweckgesellschaft begibt nicht handelbare Schuldtitel an übertragende Gesellschaft • SoFFin garantiert • Schuldtitel sind EZB-repofähig 	<ul style="list-style-type: none"> • SoFFin kann Schuldtitel und sonstige Verbindlichkeiten garantieren, die von Abwicklungsanstalten zur Refinanzierung oder Rückdeckung der von ihnen übernommenen strukturierten Wertpapiere begeben oder begründet werden • Eigenkapital von übertragender Gesellschaft oder Dritter (wird durch FMSA festgelegt)
Übertragungswert	<ul style="list-style-type: none"> • 90 Prozent des Buchwertes zum 30. Juni 2008, oder • 90 Prozent des Buchwertes zum 31. März 2009, oder • tatsächlicher wirtschaftlicher Wert (aktueller Zeitwert für illiquide Märkte nach Prüfung durch Sachverständigen und Bestätigung durch BaFin) • Buchwert zum 31. März 2009 ist in jedem Fall der Maximalwert • Buchwerte werden durch Abschlussprüfer bestätigt 	wird durch FMSA festgelegt
Aufnehmende Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> • Zweckgesellschaft • muss bereits bei Antragstellung gegründet sein 	<ul style="list-style-type: none"> • Bundesrechtliche oder landesrechtliche Abwicklungsanstalt • errichtet durch die FMSA auf Antrag des berechtigten Instituts
Bedingungen	<ul style="list-style-type: none"> • Offenlegung aller Risiken der übertragenen Positionen • Stresstest • tragfähiges Geschäftsmodell • angemessene Kapitalausstattung des übertragenden Unternehmens <p>Auflagen nach der Finanzmarkt-Stabilisierungsverordnung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nachhaltigkeit der Geschäftspolitik • ausreichende Kreditvergabe an kleinere und mittelständische Unternehmen • Überprüfung des Vergütungssystems • Beschränkung der Vergütung von Organmitgliedern und Geschäftsleitern 	<ul style="list-style-type: none"> • Offenlegung aller Risiken der übertragenen Positionen • tragfähiges Geschäftsmodell • angemessene Kapitalausstattung der übertragenden Gesellschaft • Abwicklungsplan • Übernahme der Verpflichtungen gegenüber Arbeitnehmern sowie Pensionsverpflichtungen durch das berechnigte Institut <p>Auflagen nach der Finanzmarkt-Stabilisierungsverordnung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nachhaltigkeit der Geschäftspolitik • ausreichende Kreditvergabe an kleinere und mittelständische Unternehmen • Überprüfung des Vergütungssystems • Beschränkung der Vergütung von Organmitgliedern und Geschäftsleitern • Ausschüttungsbeschränkungen
Gegenleistung für Garantie	<p>Marktgerechte Vergütung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Risikoabhängiger Prozentsatz des Höchstbetrages der Garantie • Marge • Ausgleichsbetrag gezahlt an Zweckgesellschaft 	N.A.
Verwaltung	<ul style="list-style-type: none"> • Berechtigtes Institut oder (auf Verlangen des SoFFin) ein Dritter • wenn durch das berechnigte Institut, dann getrennt von der Verwaltung sonstiger Aktiva • Weisungsrechte FMSA 	<ul style="list-style-type: none"> • Abwicklungsanstalten selbst • Auslagerung an Dritte etc. ist in Anstaltsstatut regelbar
Eigentümer-/Nachhaftung	<ul style="list-style-type: none"> • Für Aktiengesellschaften Ausschüttungskürzungen an Anteilseigner für max. 20 Jahre • Für andere Rechtsformen Festlegung durch SoFFin (Garantiebedingungen) • keine Verjährung 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausgleich etwaiger Verluste durch Anteilseigner entsprechend der Beteiligungsquote oder gemäß Vereinbarung • Im Außenverhältnis Haftung als Gesamtschuldner (Ausnahme: Eigentümer ist Bundesland oder bei börsennotierten Unternehmen [dann Primärhaftung des übertragenden Unternehmens]) • Subsidiärhaftung der übertragenden Gesellschaft für Ausgleichspflicht der Eigentümer • Sonderregelung für Sparkassenverbände: Begrenzung der Eigentümerhaftung auf Umfang Gewährträgerhaftung zum 30. Juni 2008 • Für börsennotierte Gesellschaften: vorfinanzierte Verluste werden durch künftige an die Anteilseigner auszuschüttende Beträge ausgeglichen
Verfahren	Antrag innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung des Gesetzes, d. h. bis spätestens zum 22. Januar 2010	Antrag zeitlich nicht ausdrücklich begrenzt, allerdings zu stellen bis zum 31. Dezember 2010 (Ablauf der Stabilisierungsmaßnahmen und Auflösen des SoFFin)

SPECIAL PURPOSE VEHICLE MODEL

AidA-MODEL

Eligible Institutions	Credit institutions, holding companies with registered seat in Germany as of December 31, 2008 and their domestic and foreign subsidiaries	Credit institutions, holding companies with registered seat in Germany as of December 31, 2008 and their domestic and foreign subsidiaries as well as special purpose vehicles
Transferable Assets	Structured securities acquired prior to or on December 31, 2008 and hedging transactions associated therewith	Risk positions acquired prior to or on December 31, 2008 as well as non-strategic business areas
Transfer method	Asset Deal	<ul style="list-style-type: none"> • Asset Deal • Share Deal pursuant to Transformation Act (UmwG) • Other, such as guarantee, participation
Refinancing/Funding	<ul style="list-style-type: none"> • Special purpose vehicle issues non-tradeable bonds to assigning company • SoFFin provides guarantee for bonds • Bonds are eligible for repo by ECB 	<ul style="list-style-type: none"> • SoFFin may provide guarantees for bonds and other liabilities, which were issued or originated by winding-up agencies for the refinancing or reinsurance of the structured securities assumed by them • Equity of transferring company or third party (determined by FMSA)
Transfer Value	<ul style="list-style-type: none"> • 90 percent of book value as of June 30, 2008, or • 90 percent of book value as of March 31, 2009, or • Actual economical value (current market value for illiquid markets after examination by expert and confirmation through BaFin) • Book value as of March 31, 2009 constitutes the maximum amount in any case • Book values will be confirmed by auditor 	To be determined by FMSA
Purchaser	<ul style="list-style-type: none"> • Special purpose vehicle • Must already be established at the time of the application 	<ul style="list-style-type: none"> • Federal or State winding-up agency • Established by FMSA upon request of the eligible institution
Conditions	<ul style="list-style-type: none"> • Disclosure of all risks inherent in the assigned positions • Stress tests • Sustainable business model • Adequate capital resources of the eligible institution <p>Conditions pursuant to the regulation of the Financial Market Stabilization:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sustainable business policy • Sufficient credit supply to small and medium-sized businesses • Examination of compensation system • Compensation cap for board members and managers 	<ul style="list-style-type: none"> • Disclosure of all risks inherent in the assigned positions • Sustainable business model • Adequate capital resources of the eligible institution • Winding-up timeline • Assumption of obligations towards employees as well as pension obligations by the eligible institution <p>Conditions pursuant to the regulation of the Financial Market Stabilization:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sustainable business policy • Sufficient credit supply to small and medium-sized businesses • Examination of compensation system • Compensation cap for board members and managers • Distribution caps
Consideration for Guarantee	<p>Customary remuneration:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Risk-related percentage of maximum amount of guarantee • Margin • Compensation amount to be paid to special purpose vehicle 	N.A.
Management	<ul style="list-style-type: none"> • Eligible Institution or (upon SoFFin's request) a third party • If carried out by the eligible institution then separately from the management of any other assets • FMSA's authority to give direction 	<ul style="list-style-type: none"> • Winding-up agencies themselves • Outsourcing to third parties etc. may be incorporated in the rules and regulations of the institution
Ownership-/ Extended Liability	<ul style="list-style-type: none"> • In case of corporations, distribution cuts for shareholders for no longer than 20 years • For other legal forms as stipulated by SoFFin (terms of guarantee) • No statutory limitations 	<ul style="list-style-type: none"> • Settlement of any losses through shareholders in accordance with share ratio or pursuant to agreement • Toward third parties liability as joint and several debtor (exception: Federal State is owner or regarding listed corporations (then primary liability of transferring company)) • Subsidiary liability of transferring company for duty to compensate owner • Special provision for savings bank associations: limitation of ownership liability to extent of guarantor liability as of June 30, 2008 • For listed corporations: prefinanced losses will be compensated for by future distributions to shareholders
Procedure	Application within six months upon publication of the Act, i.e. by January 22, 2010 the latest	Application period not expressly limited, however, applications shall be filed by December 31, 2010 (expiry of stabilization measures and dissolution of SoFFin)

About Mayer Brown

Mayer Brown is a leading global law firm with offices in major cities across the Americas, Asia and Europe. We have approximately 1,000 lawyers in the Americas, 300 in Asia and 500 in Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

OFFICE LOCATIONS

AMERICAS

- Charlotte
- Chicago
- Houston
- Los Angeles
- New York
- Palo Alto
- São Paulo
- Washington

ASIA

- Bangkok
- Beijing
- Guangzhou
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai

EUROPE

- Berlin
- Brussels
- Cologne
- Frankfurt
- London
- Paris

ALLIANCE LAW FIRMS

- Mexico, Jáuregui, Navarrete y Nader
- Spain, Ramón & Cajal
- Italy and Eastern Europe, Tonucci & Partners

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

© 2009. Mayer Brown LLP, Mayer Brown International LLP, and/or JSM. All rights reserved.

Mayer Brown LLP is a limited liability partnership established under the laws of the State of Illinois, U.S.A.

This Mayer Brown LLP publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.