



DRSC e. V. • Zimmerstr. 30 • 10969 Berlin

Herrn Dr. Christoph Ernst
Bundesministerium der Justiz
Mohrenstraße 37

10117 Berlin

Telefon +49 (0)30 206412-12

Telefax +49 (0)30 206412-15

E-Mail info@drsc.de

Berlin, 9. Juni 2009

Regierungsentwurf des Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung vom 13. Mai 2009

Sehr geehrter Herr Dr. Ernst,

die Bundesregierung hat am 13. Mai 2009 den Entwurf des Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung verabschiedet, mit dem die Bilanzen von Banken und Finanzholding-Gesellschaften von strukturierten Wertpapieren - sog. toxische Papiere - befreit werden sollen. Der Deutsche Standardisierungsrat (DSR) hat bereits mit Schreiben vom 8. Mai 2009, basierend auf einem Vorentwurf des Gesetzes, zu den sich hieraus ergebenden bilanziellen Fragen Stellung genommen. Als Input für die kommenden parlamentarischen Beratungen stellt der DSR nachfolgend seine Auffassung zum vorliegenden Regierungsentwurf dar. Wir weisen darauf hin, dass wir keine abschließende Beurteilung hinsichtlich der Bilanzierung nach IFRS geben können, da eine verbindliche Interpretation der internationalen Rechnungslegungsvorschriften nur vom International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) erfolgen kann.

Ausbuchung der strukturierten Wertpapiere und bilanzielle Behandlung der Ausgleichszahlungen und der Nachhaftung beim übertragenden Kreditinstitut

Ein wesentliches Kriterium hinsichtlich der Frage, ob das übertragende Unternehmen die strukturierten Wertpapiere ausbuchen kann, stellt die Verteilung der sich daraus ergebenden Chancen und Risiken dar. Um zu einer Ausbuchung zu gelangen, darf das übertragende Unternehmen nicht die Mehrheit der Chancen und Risiken zurückbehalten, gleichzeitig soll aber der Staat und damit der Steuerzahler nicht für potenzielle Verluste aufkommen. Der Regierungsentwurf geht hier den Weg einer Trennung der Ebenen übertragende Gesellschaft und deren Anteilseigner, ein vor dem Hintergrund des deutschen Gesellschaftsrechts durchaus vertretbarer Ansatz. Das übertragende Unternehmen gibt die strukturierten Wertpapiere an eine Zweck-

Zimmerstr. 30 · 10969 Berlin · Telefon +49 (0)30 206412-0 · Telefax +49 (0)30 206412-15 · E-Mail: info@drsc.de

Bankverbindung: Deutsche Bank Berlin, Konto-Nr. 0 700 781 00, BLZ 100 700 00

IBAN-Nr. DE26 1007 0000 0070 0781 00, BIC (Swift-Code) DEUTDEBB

Vereinsregister: Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, VR 18526 Nz

Vorstandsausschuss: Heinz-Joachim Neubürger (Vorsitzender), Prof. Dr. Helmut Perlet (Stellvertreter),

Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher (Schatzmeister), Dr. Kurt Bock, Dr. Werner Brandt



gesellschaft (SPE) ab, verpflichtet sich zu einer (zeitlich gestreckten) Ausgleichszahlung (Differenz zwischen reduziertem Buchwert und Fundamentalwert der übertragenen Wertpapiere) und erhält im Gegenzug durch den SoFFin garantierte Schuldverschreibungen der SPE. Die Chancen und Risiken, d.h. dass der tatsächliche Erlös aus den übertragenen Wertpapieren über oder unter deren Fundamentalwert liegt, tragen vollständig die (Alt-)Anteilseigner des übertragenden Unternehmens. Nach unserer Auffassung würde es sich empfehlen, diese Trennung im Gesetz stärker darzustellen und die Funktion des übertragenden Unternehmens lediglich als eine Art Zahlstelle zu verdeutlichen. Folgt man dieser Argumentation, so ergibt sich für das übertragende Unternehmen nach IAS 39.20(a) und 39.26 eine Ausbuchung der übertragenen Wertpapiere, eine Einbuchung der erhaltenen Gegenleistung (garantierte Schuldverschreibungen) und ein Ansatz der im Rahmen der Übertragung entstandenen Verpflichtung zur Ausgleichszahlung.

Um die sofortige Bilanzierung der Verpflichtung zur Ausgleichszahlung zu umgehen, knüpft der Regierungsentwurf diese Zahlung an das Vorliegen eines Dividendenbeschlusses. Nach IAS 32.17 liegt eine zu bilanzierende finanzielle Verbindlichkeit dann vor, wenn sich das Unternehmen der Verpflichtung zur Zahlung nicht entziehen kann. Im internationalen Schrifttum zu den IFRS wird übereinstimmend die Meinung vertreten, dass die Möglichkeit der Anteilseigner, jederzeit die Ausschüttung einer Dividende zu beschließen, nicht dazu führt sämtliche ausschüttbaren Gewinne als Fremdkapital zu zeigen. In diesem Sinne führt die Anknüpfung der Ausgleichszahlung an einen Dividendenbeschluss erst dann zu einer anzusetzenden Verpflichtung, wenn ein solcher Beschluss gefasst wird. Allerdings ist zweifelhaft, ob diese Argumentation im Hinblick auf die Regelung in § 6c Abs. 2 des Regierungsentwurfs aufrechterhalten werden kann, der die Nichtanwendung des § 58 Abs. 3 AktG und die eingeschränkte Anwendung des § 58 Abs. 2 Satz 2 AktG vorsieht. Wir verweisen dazu im Einzelnen auf das Schreiben des IDW vom 26. Mai 2009.

Darüber hinaus möchten wir auf ein weiteres Problem hinweisen. Die Argumentation in der genannten internationalen Fachliteratur (etwa KPMG Insights into IFRS 2008/09 Chapter 3.11.40.40 oder Ernst & Young International GAAP 2008 Chapter 19 par. 3.2) basiert darauf, dass Beschlüsse, die die Anteilseigner gemeinsam in einer Hauptversammlung treffen, dem Unternehmen zugerechnet werden, d.h. als eine Aktion die die Gesellschaft kontrolliert (und sich daher der Dividendenzahlung entziehen kann). Die vorgenommene Argumentationskette – Trennung der Ebenen Gesellschaft und Gesellschafter bei der Frage Chancen- und Risikenzurechnung aus den toxischen Papieren, aber keine Trennung bei der Frage Bilanzierung der Ausgleichszahlung - erscheint daher nicht ganz schlüssig. Vor dem Hintergrund des Interesses anderer europäischer Zentralbanken an diesem „Bad Bank“ Modell besteht die Gefahr, dass das IFRIC bei entsprechender Anfrage zu einer anderen Beurteilung dieses Sachverhalts gelangt.

Wir empfehlen Ihnen daher, den vorliegenden Sachverhalt umgehend dem IFRIC zur Beurteilung vorzulegen, um eine verbindliche Antwort zur bilanziellen Behandlung nach IFRS zu erhalten. Bei dieser Anfrage sind wir gerne behilflich. Sofern das IFRIC eine Entscheidung mit dem Hinweis auf zu berücksichtigende Besonderheiten des jeweiligen nationalen Gesellschaftsrechtes ablehnen sollte, würde es sich um einen Fall des § 342 Abs. 1 Nr. 4 HGB (in der Fassung des BilMoG vom 28. Mai 2009) handeln und eine entsprechende Interpretation vom Rechnungslegungs Interpretations Committee (RIC) des DRSC erarbeitet werden.



Konsolidierung der Zweckgesellschaft beim übertragenden Kreditinstitut

Bei der Frage der Konsolidierung der Zweckgesellschaft (SPE) beim übertragenden Kreditinstitut spielt wiederum die Verteilung der Chancen und Risiken aus den übertragenen strukturierten Wertpapieren eine wesentliche Rolle, so dass wir hierzu auf unsere obigen Ausführungen verweisen. Daneben sind die sogenannten qualitativen Kriterien des SIC 12 von Bedeutung, namentlich die Geschäftstätigkeit der SPE sowie die Entscheidungsmacht darüber.

Hinsichtlich des ersten Punktes ist zu prüfen, zu wessen Gunsten entsprechend dessen besonderen Geschäftsbedürfnissen die Geschäftstätigkeit der SPE nach wirtschaftlicher Betrachtung geführt wird, so dass dieser den Nutzen daraus zieht (SIC 12.10(a)). Das übertragende Unternehmen kann seine Bilanz von toxischen Wertpapieren befreien und erhält im Gegenzug garantierte Schuldtitel, mit denen es sich bei der EZB refinanzieren kann. Durch die zeitliche Streckung der Ausgleichszahlung ergibt sich weiterer Nutzen hinsichtlich Liquidität und Eigenkapitalquote. Auf der anderen Seite ergibt sich für den deutschen Staat der Nutzen, dass Vertrauen in den Interbankenmarkt zurückkehrt und eine Kreditklemme für die deutsche Wirtschaft vermieden wird. Ob letzteres als überwiegend anzusehen ist, ist zumindest diskussionswürdig.

Beim zweiten Punkt ist zu untersuchen, wer bei wirtschaftlicher Betrachtung über die Entscheidungsmacht verfügt, die Mehrheit des Nutzens aus der Geschäftstätigkeit der SPE zu ziehen oder ob die Entscheidungsmacht durch die Einrichtung eines „Autopilot“-Mechanismus delegiert wurde. Gemäß § 6a Abs. 5 Nr. 5 des Regierungsentwurfs kann das übertragende Unternehmen von der Entscheidungsmacht über die Geschäftstätigkeit ausgeschlossen werden. Allerdings besteht der Zweck der SPE darin, die übernommenen strukturierten Wertpapiere möglichst ertragreich zu verwerten. Dies ist unabhängig davon, wer in der SPE letztlich die Verwertung vornimmt, so dass hier von einem „Autopilot“-Mechanismus auszugehen ist. Im Ergebnis bleibt somit die entscheidende Frage zum ersten Punkt, wer die Mehrheit des Nutzens aus der Geschäftstätigkeit der SPE zieht.

Da die Grundzüge der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus SIC 12 zur Konsolidierung im Rahmen des BilMoG auch in das HGB Eingang gefunden haben, sind die genannten Punkte auch für handelsrechtliche Beurteilung zu beachten.

Wir hoffen, dass unsere Ausführungen einen konstruktiven Beitrag für die weiteren Beratungen des Gesetzesentwurfes leisten und stehen für weitere erläuternde Gespräche gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Liesel Knorr
Präsidentin