

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Grundlagen	1
§ 1 Einleitung	1
I. Problemaufriss	2
1. Die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB in der jüngeren Vergangenheit	2
2. Der daraus resultierende Interessenskonflikt	4
3. Ziel der Untersuchung	8
II. Themeneingrenzung und Terminologie	9
1. Anwendungsbereich des § 340g HGB	9
a) Beschränkung der Untersuchung auf Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute in Form der Aktiengesellschaft	9
b) Terminologie	9
aa) Der Begriff des Instituts	9
bb) Die Begriffe des Sonderpostens, des Fonds und der Reserve	9
2. Die Reservenbildung nach § 340f HGB als integrativer Bestandteil der Untersuchung	9
3. Stille Beteiligte und Genussrechtsinhaber als Hybridkapitalgeber	10
III. Gang der Untersuchung	10
§ 2 Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander	11
I. Beziehung der Aktionäre zum Institut	11
1. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft	11
2. Rechte und Pflichten des Aktionärs	12
3. Treuepflichten in der Aktiengesellschaft	13
II. Beziehung der Hybridkapitalgeber zum Institut	14
1. Stille Beteiligte	14
a) Definition der stillen Gesellschaft	14
b) Die stille Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts	17
c) Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters	19
d) Treuepflichten in der stillen Gesellschaft	20
2. Genussrechtsinhaber	21
a) Definition	21
b) Der Genussrechtsvertrag als Dauerschuldverhältnis	27
c) Rechten und Pflichten des Genussrechtsinhabers	29
d) Abgrenzung zur stillen Beteiligung	30
3. Das der Untersuchung zugrundeliegende Hybridkapital	31
a) Ausschüttungsklauseln	32
b) Verlustbeteiligungsklauseln	34
c) Wiederauffüllungsklauseln	37
§ 3 Historische Entwicklung der §§ 340f, 340g HGB	39
I. Rechtslage vor Umsetzung der EG-Bankbilanzrichtlinie	39
1. Bildung stiller Reserven	40
a) Bildung stiller Reserven in der Rechtsprechung vor 1965	40
b) Bildung stiller Reserven nach § 26a KWG a.F.	40

c) Bildung stiller Reserven für Nichtkapitalgesellschaften nach § 253 Abs. 4 HGB a.F.	41
2. Keine Bildung offener Reserven	41
II. Die EG-Bankbilanzrichtlinie	42
1. Stille Reservenbildung nach Art. 37 BaBiRL	42
a) Art. 37 Abs. 2 BaBiRL in der englischen Fassung.....	42
b) Art. 37 Abs. 2 BaBiRL in der deutschen Fassung.....	42
2. Einführung von offenen Reserven nach Art. 38 BaBiRL als Kompromiss	43
a) Art. 38 BaBiRL in der englischen Fassung	43
b) Art. 38 BaBiRL in der deutschen Fassung.....	43
c) Intention des Richtliniengabers	44
III. Rechtslage nach Umsetzung der EG-Bankbilanzrichtlinie	46
1. Stille Reserven nach § 340f Abs. 1 HGB	46
a) Normgehalt	47
b) Abweichungen gegenüber der Richtlinie	47
2. Offene Reserven nach § 340g Abs. 1 HGB	48
a) Normgehalt	48
b) Abweichungen gegenüber der Richtlinie	48
c) Spätere Einführung des § 340e Abs. 4 HGB	49
Zweiter Teil: Die Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB	51
§ 4 Die Struktur des § 340g Abs. 1 HGB	51
I. Unterschiedliches Verständnis von § 340g Abs. 1 HGB	52
1. Verständnis nach <i>Gaber</i>	52
2. Verständnis nach <i>Geisler</i>	52
3. Verständnis nach <i>Casper</i>	53
II. Stellungnahme.....	54
III. Ergebnis	56
§ 5 Tatbestandliche Voraussetzungen zur Bildung des Sonderpostens nach § 340g Abs. 1 HGB	57
I. Kreditinstitute i.S.d. § 340g Abs. 1 HGB	57
1. Unternehmen nach § 340 HGB	57
a) Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG	59
aa) Unternehmen	60
bb) Bankgeschäft	61
cc) Betreiben.....	62
(1) Gewerbsmäßiges Betreiben eines Bankgeschäfts	63
(2) Betreiben eines Bankgeschäfts in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.....	63
dd) Sitz des Kreditinstituts	65
(1) Sitz des Kreditinstituts in der EU oder dem EWR	66
(a) Zweigniederlassung im Inland	66
(b) Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr.....	67
(2) Sitz des Kreditinstituts außerhalb der EU und des EWR	68
(a) Zweigniederlassung im Inland	68
(b) Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr.....	70

ee) Ausnahmen nach § 340 Abs. 1 S. 1 HGB i.V.m. § 2 Abs. 1 und 4 KWG	71
ff) Ergebnis	72
b) Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1a KWG	73
aa) Finanzdienstleistungsinstitute mit Sitz innerhalb der EU oder des EWR	74
bb) Finanzdienstleistungsinstitute mit Sitz außerhalb der EU und des EWR	74
c) Wertpapierinstitute i.S.d. § 2 Abs. 1 WpIG	75
d) Versicherungsunternehmen und Unternehmen des Pfandleihgewerbes mit Bankgeschäften, die nicht zu den ihnen eigentümlichen Geschäften gehören	75
e) Zahlungs- und E-Geld-Institute i.S.d. § 1 Abs. 3 ZAG	77
f) Wohnungsunternehmen mit und ohne Spareinrichtung	78
2. Weitere Unternehmen im Anwendungsbereich der § 340g HGB	79
II. Ergebnis	81
§ 6 Rechtsfolge nach § 340g Abs. 1 HGB	82
I. Dotierung des Sonderpostens im Rahmen der Gewinnermittlung oder der Gewinnverwendung?	82
1. Verfahren der Gewinnermittlung und der Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft	82
a) Aufstellung des Jahresabschlusses durch den Vorstand	83
b) Feststellung des Jahresabschlusses durch Vorstand und Aufsichtsrat	84
c) Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung	84
2. Relevanz der Einordnung der Sonderpostenbildung als Maßnahme der Gewinnermittlung oder der Gewinnverwendung	84
a) Keine Relevanz in Bezug auf die Zuständigkeit der Geschäftsleitung	84
aa) Zuständigkeit der Geschäftsleitung des Instituts nach § 340g HGB	84
bb) Keine Zuständigkeit der Gesellschafter aufgrund einer etwaigen Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zu bilanziellen Grundlagengeschäften	86
b) Relevanz in Bezug auf die Höhe der Ausschüttung an die Gesellschafter und Hybridkapitalgeber	89
c) Relevanz in Bezug auf Ansprüche im Fall der fehlerhaften Dotierung und der Verursachung und Erhöhung von Jahresfehlbeträgen	90
d) Keine Relevanz in Bezug auf die Beachtung der Interessen der Gesellschafter und Hybridkapitalgeber	91
e) Ergebnis	93
3. Bilanzrechtliche Natur der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB	94
a) Keine Rückstellung	94
b) Keine Rücklage	95
aa) Betriebswirtschaftlicher Ansatz	95
bb) Rechtlicher Ansatz	97
c) Zwischenergebnis	103
d) Gesetzesbegründung	103
e) Systematische Einordnung	104
aa) Gleichlauf mit der Kompetenzzuweisung an die Geschäftsleitung	104

bb)	Bilanzielle Buchungstechnik.....	105
cc)	Bilanzierung nach IAS und IFRS.....	105
dd)	Steuerrechtliche Betrachtung.....	106
ee)	Umkehrschluss zu § 340e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 und 3 HGB?	108
ff)	Reservenbildung nach § 340g HGB im System des Handelsbilanzrechts.....	110
	(1) Die §§ 340f, 340g HGB als Bilanzierungswahlrechte	111
	(2) Reservenbildung nach § 340f HGB als Maßnahme der Gewinnermittlung.....	115
	(3) Gleichlauf der Einordnung der Vorsorgereserven nach § 340f HGB und § 340g HGB	118
	(4) Der aufsichtsrechtliche Zweck der §§ 340f und 340g HGB	120
f)	Ergebnis.....	122
II.	Entscheidungsspielraum.....	123
1.	Besondere Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute.....	123
a)	Die Begriffe der „allgemeine Bankrisiken“ und der „besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute“	123
b)	Erfasste Arten von Risiken	125
aa)	Risiko des konkreten Instituts.....	125
bb)	Risiken des Finanzsektors in Abgrenzung zu den Risiken anderer Unternehmensbranchen.....	126
cc)	Regulatorische Risiken	129
dd)	Die Bestimmtheit des Risikos.....	131
ee)	Ergebnis.....	132
2.	Notwendigkeit	133
3.	Nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung	135
a)	Wortlaut.....	136
aa)	Verwendung des Begriffs der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Gesetz.....	136
	(1) Keine einheitliche Definition.....	136
	(2) Gleichlauf der Auslegung zu § 254 Abs. 1 AktG?	137
	(3) Zwischenergebnis.....	140
bb)	Semantische Auslegung	140
	(1) Betriebswirtschaftliche Entscheidung im Interesse des Instituts	141
	(2) Entscheidungsspielraum	141
cc)	Ergebnis.....	142
b)	Richtlinienkonforme Auslegung.....	142
c)	Historie	145
aa)	Der Begriff der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Rahmen der Rechtsprechung zu stillen Reserven vor 1965	145
bb)	Der Begriff der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Rahmen des § 26a KWG a.F.	146
cc)	Der Begriff der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Rahmen des § 253 Abs. 4 HGB a.F.	147
dd)	Ergebnis.....	149
d)	Systematik.....	149
e)	Telos.....	151

aa)	Schutz des Finanzsystems	152
(1)	Systemrelevanz des Kreditinstituts als Beurteilungsmaßstab? ...	153
(2)	Schutz der Eigen- und Fremdkapitalgeber?	155
(3)	Herbeiführung oder Erhöhung eines Jahresfehlbetrages?	158
bb)	Ergebnis	161
f)	Keine Anwendung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze des Beurteilungsspielraums und des Ermessens	161
aa)	Die verwaltungsrechtlichen Grundsätze des Beurteilungsspielraums und des Ermessens	161
(1)	Die Lehre vom Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht	161
(2)	Das Ermessen im Verwaltungsrecht.....	162
bb)	Keine Übertragbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Grundsätze auf § 340g HGB.....	163
g)	Anwendung der Grundsätze der Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	167
aa)	Die Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	168
bb)	Anwendung der Grundsätze der Business Judgement Rule auf die Entscheidung zur Dotierung nach § 340g HGB	168
(1)	Unternehmerische Entscheidung.....	168
(2)	Handeln zum Wohle der Gesellschaft	170
(3)	Die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten und vertraglichen Rücksichtnahmepflichten als Grenze der Dotierung des Sonderpostens?.....	173
(a)	Gesellschaftsrechtliche Treuepflichten des Vorstands	173
(b)	Gesellschaftsrechtliche Treuepflichten und Rücksichtnahmepflichten des Instituts	175
4.	Ergebnis	179

Dritter Teil: Vertragliche Schranken bei der Bildung des Sonderpostens nach

§ 340g HGB..... 183

§ 7 Mögliche vertragliche Regelungen 183

I.	Mögliche vertragliche Regelungen des Instituts mit den Hybridkapitalgebern	183
1.	Begrenzung des Sonderpostens der Höhe nach	183
2.	Vereinbarung eines tatsächlichen Vorrangs zugunsten der Hybridkapitalgeber.....	184
3.	Vereinbarung eines virtuellen Vorrangs zugunsten der Hybridkapitalgeber.....	185
II.	Mögliche gesellschaftsvertragliche Regelungen.....	186
1.	Begrenzung der Höhe des Sonderpostens	186
2.	Vorrangregelung.....	186
3.	Statutarische Grenzen	186
a)	Institute in Form der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft	187
b)	Institute in Form der GmbH und Personengesellschaft	187
III.	Dispositivität des § 340g HGB.....	188
1.	Wortlaut	188
2.	Systematik und Historie	189

3. Telos	190
4. Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB	191
IV. Verbot der Vorabbindung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG	193
V. Kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter	195
VI. Ergebnis	196

Vierter Teil: Ansprüche bei fehlerhafter Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB..... 199

§ 8 Ansprüche der Aktionäre gegen das Institut 199

I. Primäransprüche der Aktionäre	199
1. Keine Anfechtbarkeit des Jahresabschlusses	199
2. Nichtigkeit des Jahresabschlusses nach § 256 AktG.....	200
a) Nichtigkeit nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 AktG	200
b) Nichtigkeit nach § 256 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 AktG	200
3. Ergebnis.....	201
II. Sekundäransprüche der Aktionäre.....	202
1. Keine vertraglichen Schadensersatzansprüche	202
2. Deliktische Schadensersatzansprüche.....	202
III. Auskunftsansprüche der Aktionäre	203
IV. Ergebnis	204

§ 9 Ansprüche der Hybridkapitalgeber gegen das Institut 205

I. Primäransprüche der Hybridkapitalgeber	205
1. Anspruch auf den festgestellten Gewinn oder den ordnungsgemäß ermittelten Gewinn?.....	205
2. Ansprüche auf Ausschüttung als aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 AktG.....	207
3. Keine Bindung an einen nichtigen Jahresabschluss.....	208
II. Sekundäransprüche der Hybridkapitalgeber.....	209
1. Vertragliche Schadensersatzansprüche.....	209
2. Deliktische Schadensersatzansprüche.....	212
III. Auskunftsansprüche der Hybridkapitalgeber.....	212
IV. Ergebnis	214

§ 10 Ansprüche des Instituts gegen die Geschäftsleitung 214

I. Ansprüche gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG)	214
II. Geltendmachung der Ansprüche.....	215
III. Ergebnis	216

Fünfter Teil: Schluss..... 217

§ 11 Zusammenfassung der Ergebnisse..... 217

I. Die Struktur des § 340g Abs. 1 HGB	217
II. Kreditinstitute i.S.d. § 340g Abs. 1 HGB	218
III. Die Bildung des Sonderpostens als Maßnahme der Gewinnermittlung	219
IV. Die besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute gemäß § 340g Abs. 1 HGB	220
V. Die Notwendigkeit der Bildung des Sonderpostens.....	221
VI. Der Maßstab der vernünftigen kaufmännischer Beurteilung	222

VII. Vertragliche Schranken bei der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB	224
VIII. Ansprüche bei fehlerhafter Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB	227

Literaturverzeichnis	XV
-----------------------------------	-----------

Die in der vorliegenden Arbeit verwendeten Abkürzungen gehen zurück auf das Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, begründet von *Kirchner, Hildebert*, bearbeitet von *Böttcher, Eike*, 9. Aufl., Berlin 2018.