

Erster Teil: Grundlagen

§ 1 Einleitung

Beteiligungen an Kreditinstituten unterliegen – im Gegensatz zu Beteiligungen an sonstigen Unternehmen – spezifischen Risiken. So gewähren die §§ 340f, 340g HGB Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten¹ das Privileg, Vorsorgereserven zur Sicherung gegen allgemeine Bankrisiken zu bilden, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wegen der besonderen Risiken des Geschäftszweiges notwendig ist.

Zum einen ist es Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 340f Abs. 1 S. 1 HGB gestattet, bestimmte Forderungen und (fest)-verzinsliche Wertpapiere mit einem niedrigeren als dem nach § 253 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 HGB vorgeschriebenen Wert anzusetzen. Die Bildung dieser Art von Vorsorgereserve braucht nach § 340f Abs. 4 HGB nicht offengelegt zu werden. Zudem ist für diese Reservenbildung gemäß § 340f Abs. 1 S. 2 HGB eine Obergrenze in Höhe von 4 % in Höhe des Gesamtbetrags der Bilanzposten gemäß § 340f Abs. 1 S. 1 HGB vorgesehen.

Zum anderen – und viel weitergehender – erlaubt § 340g Abs. 1 HGB, Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten die Bildung eines – gemäß § 340g Abs. 2 HGB offen auszuweisenden – Sonderpostens „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ auf der Passivseite der Bilanz bilden dürfen, welcher ausweislich des Wortlauts der Norm der Höhe nach unbegrenzt ist.

Dieser Sonderposten kann – je nach Ausgestaltung der konkreten Beteiligung – das Risiko, mit der Beteiligung ganz oder teilweise auszufallen und/oder zumindest die vereinbarte Vergütung für die Kapitalbeteiligung nicht oder nicht in der erwarteten Höhe zu erhalten, signifikant erhöhen.

Vor diesem Hintergrund werden Investoren ein solches Risiko tunlichst in ihren Beteiligungsvertrag einpreisen in Form entsprechender Risikoprämien. Die Höhe der Prämien wird unter anderem von der Beantwortung der Frage abhängen, unter welchen Voraussetzungen dieser Sonderposten gebildet werden darf, ob und in welcher Höhe er die Bemessungsgrundlage für die dem jeweili-

¹ Siehe zur Themeneingrenzung sowie zur Terminologie § 1 II 1.

gen Investor geschuldete Vergütung beeinflusst, ob vertragliche Mechanismen zur Gestaltung dieses Sonderpostens zur Verfügung stehen und ob effektiver Rechtsschutz gegen eine missbräuchliche Dotierung dieses Sonderpostens gewährleistet ist.

Vorliegende Arbeit will einen Beitrag leisten zur Bestimmung dieses Sonderpostens nach § 340g HGB und seiner Spezifika. Investoren sollen die mit der Bildung dieses Sonderpostens einhergehenden Risiken besser erfassen und bewerten können, um auf diese Weise gegebenenfalls auch angemessene Risikoprämien verhandeln zu können.

I. Problemaufriss

1. Die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB in der jüngeren Vergangenheit

Wie hoch das Risiko der Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB für Investoren bei Kreditinstituten sein kann, zeigt die Dotierungspraxis der vergangenen Jahre, wonach einige Kreditinstitute – in Form öffentlich-rechtlicher Anstalten, aber auch privatrechtlich organisierte Banken – vermehrt von der Möglichkeit zur Bildung von Vorsorgereserven nach § 340g Abs. 1 HGB Gebrauch gemacht haben.²

So hat die Stadtparkasse Düsseldorf für das Geschäftsjahr 2014 101 Mio. Euro in den Fonds für allgemeine Bankrisiken nach § 340g Abs. 1 HGB eingestellt, so dass der danach verbleibende handelsrechtliche Jahresüberschuss lediglich 3,3 Mio. Euro statt ansonsten 104,3 Mio. Euro betrug.³

Die IKB stellte im Geschäftsjahr 2013/2014 ihren gesamten Gewinn in Höhe von 402 Mio. Euro in den Fonds gemäß § 340g HGB ein. Auch in den folgenden Geschäftsjahren hat sie diesen Posten stets leicht erhöht oder zumindest beibe-

² Da die Bildung der Reserven nach § 340f HGB gemäß § 340f Abs. 4 HGB still erfolgt, gibt es bezüglich deren Dotierung keine gesicherten Daten. Ein Teil der Kreditinstitute sieht jedoch von der Stille der Bildung ab, so dass man zumindest insofern weiß, dass von der Möglichkeit der Reservenbildung nach § 340f HGB Gebrauch gemacht wird, so haben bspw. im Jahr 2009 58 der 100 der Bilanzsumme nach größten Kreditinstitute eine nach § 340f HGB vorgenommene Bildung offen gelegt, siehe MünchKomm.HGB/Böcking/Gros/Torabian, Vor §§ 340f, g HGB Rn. 4.

³ Stadtparkasse Düsseldorf, Konzernabschluss 2014, S. 1; sowie Bescheid der Sparkassenaufsicht NRW v. 9.6.2015, S. 1 ff., teilweise wiedergegeben bei Schmidberger, BKR 2017, 309, 310.

halten.⁴ Nach unmittelbarem Auslaufen der letzten Genussscheine im Geschäftsjahr 2017/2018 leiste die IKB dann Zahlungen an die Alleinaktionärin Lone Star in Höhe von 311 Millionen Euro.⁵

Andere Kreditinstitute haben demgegenüber mittels der Dotierung sogar einen Jahresfehlbetrag herbeigeführt. So erzeugte die HSH Nordbank im Geschäftsjahr 2012 einen Fehlbetrag in Höhe von 390 Mio. Euro, indem sie einen Betrag von 980 Mio. Euro in den Fonds für allgemeine Bankrisiken einstellte, und im Geschäftsjahr 2014 einen Fehlbetrag in Höhe von 312 Mio. Euro, indem sie den Fonds i.H.v. 673 Mio. Euro dotierte.⁶

Gerade das Hervorrufen oder Vertiefen eines Jahresfehlbetrages mittels der Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken ist in der Finanzbranche allerdings umstritten. So dotierte beispielsweise die Sparkasse Köln-Bonn⁷ den Sonderposten nach § 340g HGB nachrangig im Rahmen der Gewinnverwendung und auch die Deutsche Bundesbank behandelt den Sonderposten nach § 340g HGB als Rücklage und rechnet ihn somit zur Gewinnverwendung, so dass der handelsbilanzielle Jahresüberschuss durch die Dotierung nicht verringert wird und das Hervorrufen oder die Erhöhung eines Jahresfehlbetrags nicht möglich ist.⁸

⁴ Geschäftsbericht der IKB für das Geschäftsjahr 2014/15, S. 84 ff., 117; für das Geschäftsjahr 2015/16, S. 80 ff.; 114; für das Geschäftsjahr 2016/17, S. 64 ff.; 96; für das Geschäftsjahr 2017/18, S. 60 ff.; 92; für das Geschäftsjahr 2018/19, S. 56 ff., 87; teilweise wiedergegeben bei *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 310.

⁵ Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V., <https://www.dgap.de/dgap/News/corporate/schutzgemeinschaft-der-kapitalanleger-sdk-raet-inhabern-von-wertpapieren-der-ikb-deutsche-industriebank-zur-musterfeststellungsklage/?newsID=1152579> (zuletzt abgerufen am 01.12.2020).

⁶ Finanzbericht der HSH Nordbank AG für das Geschäftsjahr 2012, S. 59 ff., 91; Geschäftsjahr 2014, S. 60 ff., 94; LG Kiel, Urt. v. 19.04.2018 – 6 O 447/16, WM 2019, 403; teilweise wiedergegeben bei: *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 310.

⁷ Sparkasse Köln-Bonn Jahresabschluss für Geschäftsjahr 2011, S. 70; siehe auch *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 312 Fn. 31. *Schmidberger* behauptet, allerdings ohne Nachweise, dass die allermeisten Kreditinstitute § 340g HGB nachrangig dotieren, *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 312.

⁸ Deutsche Bundesbank, sehr eindeutig im Monatsbericht September 2004, S. 23 f. und jeder Monatsbericht der Monate September jeden Jahres.

2. Der daraus resultierende Interessenskonflikt

Auf der einen Seite ist die Geschäftsleitung eines Kreditinstituts und auch eines Unternehmens im Allgemeinen vor allem an der Selbstfinanzierung des Unternehmens und damit einer hohen Reservenbildung interessiert.⁹

Nicht zuletzt die aktuelle Covid 19-Pandemie und die mit ihr verbundenen Auswirkungen auf die Wirtschaft¹⁰ und vor allem auch auf die Finanzbranche¹¹ zeigen, wie unvorhersehbar Risiken sein können und wie bedeutsam daher die Bildung von Reserven ganz allgemein ist. So hat die Europäische Zentralbank aufgrund der Covid 19-Pandemie den Kreditinstituten empfohlen, ihren Gewinn nicht auszuschütten,¹² und kündigte an, im Fall der Nichtbefolgung gegenüber einzelnen Kreditinstituten auch bindende Vorgaben zu machen.¹³ So mahnte auch die BaFin zu einem „sehr sorgfältigen“ Umgang mit den Gewinnen¹⁴ und

⁹ *Merkt*, BKR 2019, 261, 262; Hüffer/Koch/Koch, § 58 Rn. 1; *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 75.

¹⁰ Siehe zu den Auswirkungen der Covid 19-Pandemie auf das Bruttoinlandsprodukt https://service.destatis.de/DE/vgr_dashboard/bip_vj.html (zuletzt abgerufen am 01.12.2020); siehe zum Einbruch des DAX zu Anfang des Jahres 2020 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1124368/umfrage/entwicklung-und-crash-des-dax-aufgrund-der-corona-krise-2020/> (zuletzt abgerufen am 01.12.2020), sowie zur Entwicklung des DAX im Jahr 2020 insgesamt <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/162176/umfrage/monatliche-entwicklung-des-dax/> (zuletzt abgerufen am 01.12.2020).

¹¹ Siehe zu den Auswirkungen der Covid 19-Pandemie auf die Finanzbranche u.a. <https://www.springerprofessional.de/bankvertrieb/multikanal-banking/corona-beschert-banken-hohe-verluste/17954444> (zuletzt abgerufen am 01.12.2020); <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/repair-and-prepare-strengthening-europe/projektnachrichten/corona-krise-und-stabilitaet-des-bankensystems> (zuletzt abgerufen am 01.12.2020).

¹² *Börsenzeitung* vom 28.3.2020, S. 2; *Frankfurter Allgemeine* vom 28.3.2020; S. 30; *Handelsblatt* vom 28.07.2020 <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherung/bankenaufsicht-ezb-empfehlt-laengeren-dividendenstopp-und-veraergert-damit-die-banken/26043158.html> (zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

¹³ Siehe nur *MainPost* vom 28.07.2020, aktualisiert am 01.08.2020 <https://www.mainpost.de/ueberregional/wirtschaft/wirtschaft/ezb-keine-gewinnausschuetzung-2020-wegen-corona-krise-art-10477213> (zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

¹⁴ BaFin Pressemitteilung vom 30. März 2020 https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm_200330_corona-krise_verzicht_dividendenzahlungen.html (zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

für das Jahr 2021 rät die Europäische Zentralbank den Kreditinstituten dazu, keine Dividenden – oder nur in begrenztem Umfang – auszuzahlen.¹⁵

Auf der anderen Seite haben die Gesellschafter sowie die stillen Beteiligten und Genussrechtsinhaber – vereinfacht unter dem Oberbegriff der Hybridkapitalgeber zusammengefasst¹⁶ – ein Interesse an einer Gewinnausschüttung.

Da die Dotierung von Vorsorgereserven nach § 340g HGB zumindest den Bilanzgewinn mindert und eventuell sogar einen Fehlbetrag herbeiführt¹⁷ und sich die Gewinnansprüche der Gesellschafter des Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituts nach dem Bilanzgewinn bemessen,¹⁸ erhalten die Gesellschafter aufgrund der Bildung von Reserven nach § 340g HGB keine bzw. geringere Ausschüttungen. Dies kann zu einer Kollision der Interessen des Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituts mit den Interessen der Gesellschafter führen.¹⁹

Ein viel größeres Konfliktpotential besteht zwischen den Interessen des Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituts und den Interessen von Hybridkapitalgebern. Sowohl im Rahmen von stillen Beteiligungen als auch im Rahmen von Ge-

¹⁵ Ausschüttungen oder Rückkäufe von Aktien sollen nicht mehr als 15 Prozent der zusammengefassten Gewinne der Jahre 2019 und 2020 betragen. Zudem sollen sie 0,2 Prozentpunkte der jeweiligen harten Kernkapitalquote nicht übersteigen, siehe nur *manager magazin* vom 16.12.2020 <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/banken/ezb-banken-duerfen-2021-dividenden-unter-strengen-auflage-ausschuetten-a-68a833be-3151-4fee-a3d1-424511094fd2> (zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

¹⁶ So ausdrücklich *Fest*, WM 2019, 1093; *Gaber*, WM 2018, 105, 106; *Merkt*, BKR 2019, 261, 264; *Schmidberger*, BKR 2017, 309.

¹⁷ Wenn man davon ausgeht, dass es sich bei der Dotierung der Reserve um eine Maßnahme der Gewinnverwendung handelt, mindert sich der Bilanzgewinn, falls man hingegen davon ausgeht, dass es sich um eine Maßnahme der Gewinnermittlung handelt, mindert sich bereits der Jahresüberschuss. In letzterem Fall kann dann auch mittels der Dotierung ein Jahresfehlbetrag verursacht oder vertieft werden. Siehe dazu ausführlich unter § 6 I.

¹⁸ Im Fall des Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituts in Form der AG bemessen sich die Gewinnansprüche der Aktionäre nach § 58 Abs. 4 S. 1 AktG.

¹⁹ Eine solche Interessenkollision annehmend *Bieg/Waschbusch*, Bankbilanzierung, 2017, S. 492 ff.; *Gaber*, WM 2018, 105, 106; *Merkt*, BKR 2019, 261, 262; zu dem Interessenkonflikt zwischen Sparkassen und deren Trägern siehe *Geisler*, Gewinnausschüttungen der kommunalen Sparkassen, 2019, S. 85 ff.

nussrechten²⁰ verpflichtet sich der Hybridkapitalgeber²¹ dazu, dem Unternehmen als Hybridkapitalnehmer²² vorübergehend einen bestimmten Kapitalbetrag zu überlassen.²³ Der Hybridkapitalgeber erhält als Gegenleistung eine Vergütung, die entweder nicht in einer festen Verzinsung besteht, sondern die sich an dem Gewinn des Unternehmens – ausgewiesen im handelsrechtlichen Jahresabschluss – orientiert, oder festverzinslich ist, jedoch unter der Voraussetzung, dass ein Jahresüberschuss oder Bilanzgewinn vorhanden ist.²⁴ Sowohl stille Beteiligungen als auch Genussrechte können mit oder ohne Verlustteilnahme ausgestaltet werden.²⁵ Bei den von den Kreditinstituten emittierten stillen Beteiligungen bzw. Genussrechten wurde stets eine Verlustbeteiligung vereinbart, da solche Beteiligungen dann zu Gunsten des Kreditinstituts gemäß § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F.²⁶ als sog. hartes Kernkapital aufsichtsrechtliches Eigenkapital darstellten.²⁷ Die Bildung von Vorsorgereserven nach § 340g HGB

²⁰ Aufgrund der jeweiligen Gestaltungsfreiheit können sich die beiden Hybridkapitalien sehr ähnlich sein, eine Abgrenzung ist im Übrigen höchst umstritten, siehe dazu unter § 2 II. 2. d).

²¹ Verstanden als Genussrechtinhaber oder Genussrechtsgläubiger bzw. stiller Gesellschafter oder stiller Beteiligter.

²² Auch als Genussrechtsschuldner oder Emittent bezeichnet.

²³ Statt aller Henssler/Strohn/*Hermanns*, § 221 AktG Rn. 8; Spindler/Stilz/*Seiler*, § 221 Rn. 22 ff.; *Stöber*, NZG 2017, 1401.

²⁴ Genussscheine können auch fest verzinst sein, in der Praxis sind sie aber stets gewinnorientiert oder zumindest gewinnabhängig, siehe nur Gabler Banklexikon/*Korte*, S. 1313; *Stöber*, NZG 2017, 1401. In der Bankenpraxis sind sie bereits wegen der bis Ende 2013 geltenden Anforderungen des § 10 Abs. 5 KWG a.F. und der nun geltenden Anforderungen des Art. 52 Abs. 1 lit. I CRR gewinnunabhängig und mit Verlustteilnahme ausgestattet, siehe nur BeckOGK.AktG/*Seiler*, § 221 Rn. 43.

²⁵ Siehe zu Genussrechten nur Henssler/Strohn/*Hermanns*, § 221 AktG Rn. 8; in Bezug auf stillen Beteiligungen ergibt sich dies bereits aus § 231 Abs. 1, 2 HS. 1 HGB.

²⁶ Dies gilt in Bezug auf Genussrechte und stille Beteiligungen, die vor dem 01.01.2014 emittiert worden sind. Genussrechte und stille Beteiligungen, die nach dem 31.12.2013 emittiert worden sind, sind Ergänzungskapital nach Art. 62 ff. CRR (VO (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO (EU) Nr. 646/2012, Abl. 2013 L 176, 1). Danach ist Voraussetzung, dass das Kapital voll eingezahlt ist, der Rückzahlungsanspruch den Ansprüchen aller nicht nachrangigen Gläubiger vollständig nachrangig ist und das Instrument über eine Ursprungslaufzeit von mindestens fünf Jahren verfügt, KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 562; Luz et al./*Schaber*, Art. 62-71 CRR Rn. 11 ff.

²⁷ So ausdrücklich *Fest*, WM 2019, 1093; *Gaber*, WM 2018, 105, 106; *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 310; siehe demgegenüber zur aufsichtsrechtlichen Anerkennungsfähigkeit der Vorsorgereserve ausführlich *Waschbusch/Blaß/Berg*, BKR 2018, 450 ff.

kann folglich mangels Erwirtschaftung eines – hinreichenden – Jahresüberschusses dazu führen, dass die Hybridkapitalgeber nicht nur keine bzw. geringere Ausschüttungen erhalten, sondern aufgrund der vereinbarten Verlustbeteiligung ihre Einlage sogar ganz oder teilweise verlieren.²⁸

Der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB liegt also ein „Verteilungskonflikt“²⁹ zwischen der Geschäftsleitung des Kreditinstituts, welche ein Interesse an der Selbstfinanzierung des Unternehmens und damit einer hohen Reservenbildung hat und den Hybridkapitalgebern sowie den anlageorientierten Aktionären, die ein Interesse an einer hohen Kapitalrendite haben, zugrunde.³⁰ Allerdings ist zu beachten, dass es sich nicht einfach nur um konträr gegenüberstehende Interessen handelt. So haben auf der einen Seite vor allem auch die Gesellschafter ein Interesse an der Reservenbildung des Instituts und ein übergeordnetes Interesse an einem funktionierenden Kapitalmarkt.³¹ Auch die Hybridkapitalgeber haben ein Interesse am Bestand des Instituts, zumindest während der Laufzeit ihrer Hybridkapitalien. Aufgrund ihrer Verlustteilnahme und der Laufzeitgebundenheit ihrer Hybridkapitalien steht ihr Ausschüttungsinteresse aber noch mehr im Vordergrund als das der Gesellschafter. Auf der anderen Seite hat auch das Kreditinstitut aufgrund des bestehenden Unternehmensinteresses³² ein Interesse daran, die Anleger für die Zukunft nicht zu „verprellen“. ³³

Darüber hinaus kann die Dotierung des Sonderpostens für allgemeine Bankrisiken selbstverständlich in Bezug auf alle Arten von finanziellen Beiträgen relevant werden, die an den handelsrechtlichen Jahresüberschuss bzw. Bilanzge-

²⁸ Siehe zur Wiederauffüllung von Genussrechtskapital ausführlich *Casper*, ZIP 2015, 201; *Habersack*, NZG 2014, 1041; *Habersack*, AG 2009, 801; *Becker*, NZG 2016, 1021; *Kinzl/Schmidberger*, WM 2016, 2160.

²⁹ *Schmidberger*, BKR 2017, 309, 310.

³⁰ *Merkt*, BKR 2019, 261, 262; *Hüffer/Koch/Koch*, § 58 Rn. 1; *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 75.

³¹ *Merkt*, BKR 2019, 261, 265.

³² Zum Begriff des Unternehmensinteresses siehe in Bezug auf die Aktiengesellschaft: *MünchKomm.AktG/Spindler*, § 76 Rn. 67 ff.; *Hüffer/Koch/Koch*, § 76 Rn. 36 ff.; siehe in Bezug auf die GmbH: *MünchKomm.GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 13 ff.; zur Pflicht des Vorstands auf Stakeholder Interessen einzugehen insb. *Hüffer/Koch/Koch*, § 76 Rn. 35e.

³³ *Casper*, unveröffentlichtes Gutachten, S. 4; Siehe zum Unternehmensinteresse: *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 76 Rn. 38; *Hüffer/Koch/Koch*, § 76 Rn. 36; *KölnKomm.RLR/Braun*, § 340g HGB Rn. 18.

winn knüpfen. So kann die Anwendung des § 340g HGB auch zum Streit über die Beitragsgerechtigkeit von bankspezifischen (Sonder-) Beiträgen führen, deren Bemessungsgrundlage an den Jahresüberschuss anknüpft.³⁴

3. Ziel der Untersuchung

Aufgrund dieser möglichen Beeinträchtigung ihrer Interessen durch die Dotierung der des Sonderpostens nach § 340g HGB werden Gesellschafter und Hybridkapitalgeber als Investoren erwägen, inwieweit sie die mögliche Dotierung des Sonderpostens als Risiko in ihre Investitionsentscheidung miteinfließen lassen müssen, so dass gegebenenfalls auch eine entsprechende Risikoprämie einzupreisen wäre.

Bei diesen Überlegungen wird unter anderem entscheidend sein, ob das Unternehmen als Investitionsobjekt grundsätzlich von der Möglichkeit der Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB Gebrauch machen darf. Bejahendenfalls ist relevant, welchen gesetzlichen Schranken die Dotierung des § 340g HGB unterliegt, insbesondere welcher Zweckbindung der Sonderposten unterliegt, ob das Kreditinstitut im Rahmen der Dotierung des Sonderpostens die Interessen der Gesellschafter und Hybridkapitalgeber zu beachten hat und ob die Dotierungsentscheidung gerichtlich überprüfbar ist. Zudem ist es für Gesellschafter und Hybridkapitalgeber von Bedeutung, ob die Dotierung des Sonderpostens vertraglich abdingbar ist und ob für diesen Fall das Kreditinstitut insoweit bereit ist, über mögliche Dotierungen Vereinbarungen zu treffen, sowie letztlich, welche Ansprüche ihnen im Fall einer fehlerhaften, also einer übermäßig hohen, nicht den Anforderungen nach § 340g HGB entsprechenden Dotierung des Sonderpostens zustehen.

³⁴ *Gaber*, WM 2018, 105, 106: Dies betraf Sonderbeiträge für Entschädigungsfälle an die Entschädigungseinrichtung für Wertpapierunternehmen (EdW) nach § 8 Abs. 2 S. 3 EAEG i.V.m. § 5 EdWBeitrV. Ein solcher Sonderbeitrag war von bestimmten Instituten im Zuge der Phoenix-Insolvenz an die Entschädigungseinrichtung im Jahr 2010 zu zahlen. Nach dem damals maßgeblichen § 5 Abs. 2 S. 3 EdWBeitrV i.d.F. vom 17.08.2009 (vgl. BGBl., I, S. 2881) bestimmte sich die Sonderzahlung nach den Jahresbeiträgen, für die eine an den Jahresüberschuss anknüpfende Kappungsgrenzen nach § 1 Abs. 1 S. 2 EdWBeitrV galt (und zwar ohne Korrektur von Zuführungen und Auflösung von Vorsorgeserven nach § 340g HGB).

II. Themeneingrenzung und Terminologie

1. Anwendungsbereich des § 340g HGB

Der Anwendungsbereich des § 340g HGB, das heißt die Frage, welche Unternehmen von dem Privileg der Bildung einer Vorsorgereserve Gebrauch machen dürfen, wird im Einzelnen unter § 5 dieser Arbeit erörtert.

a) Beschränkung der Untersuchung auf Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute in Form der Aktiengesellschaft

Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf private Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute in Form der Aktiengesellschaft.³⁵ An entscheidenden Stellen wird auf die Unterschiede zu anderen Unternehmen wie E-Geld-Instituten und Zahlungsinstituten sowie Instituten anderer Gesellschaftsformen wie der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der eingetragenen Genossenschaft und Personengesellschaften wie der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft hingewiesen.

b) Terminologie

aa) Der Begriff des Instituts

In Bezug auf die von § 340g HGB erfassten Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute wird im Folgenden der Einfachheit halber im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG lediglich der Begriff des „Instituts“ verwendet und an den entscheidenden Stellen auf die Unterschiede verwiesen.

bb) Die Begriffe des Sonderpostens, des Fonds und der Reserve

Dem Wortlaut der §§ 340f, 340g HGB folgend werden die Begriffe „Sonderposten“ und „Fonds (für allgemeine Bankrisiken)“ sowie „Reserve“ synonym verwendet.

2. Die Reservenbildung nach § 340f HGB als integrativer Bestandteil der Untersuchung

Die Arbeit untersucht, analysiert und diskutiert die Norm des § 340g HGB und setzt sich vor allem auch mit seinen gesetzlichen und etwaigen vertraglichen Schranken auseinander. Aufgrund der engen Verknüpfung des § 340g HGB zu

³⁵ Siehe in Bezug auf öffentlich-rechtliche Sparkassen ausführlich *Geisler*, Gewinnausschüttungen der kommunalen Sparkassen, 2019, S. 83 ff.

§ 340f HGB erfolgen punktuell Ausführungen zu § 340f HGB; die Arbeit besitzt allerdings nicht den Anspruch einer eingehenden Untersuchung auch der Reservenbildung nach § 340f HGB.

3. Stille Beteiligte und Genussrechtsinhaber als Hybridkapitalgeber

Neben den Interessen der Gesellschafter des Instituts werden lediglich die Interessen der stillen Beteiligten und der Genussrechtsinhaber untersucht. Diese werden im Folgenden vereinfacht als Hybridkapitalgeber bezeichnet. Es werden zudem lediglich die Ausprägungen der in der bankrechtlichen Praxis überwiegend verwendeten stillen Beteiligungen und Genussrechte untersucht, also solche stille Beteiligungen und Genussrechte, deren Verzinsung vom Gewinn des Instituts abhängig ist, oder die zwar fest verzinslich sind, deren Verzinsung aber einen positiven Jahresüberschuss oder sogar Bilanzgewinn voraussetzt, und die zudem am Verlust teilnehmen. Andere Hybridkapitalien oder anderweitiges Beteiligungskapital werden nicht näher untersucht.

III. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, die Reichweite der Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB auszuloten, und zwar de lege lata und insbesondere im Hinblick auf die möglicherweise zu beachtenden Interessen von Anteilseignern und Hybridkapitalgebern, wobei sich die Untersuchung schwerpunktmäßig auf Institute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränkt.

Nachdem im ersten Teil der Arbeit sowohl die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander (§ 2) wie auch die historische Entwicklung des Sonderpostens (§ 3) dargestellt werden, werden im zweiten Teil der Arbeit die Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB und ihre gesetzlichen Schranken untersucht. Um diese zu ermitteln, wird zunächst die Struktur des § 340g Abs. 1 HGB herausgearbeitet (§ 4). Hiernach wird dem Merkmal „Kreditinstitut“ nachgegangen, also untersucht, welche Unternehmen den Sonderposten bilden dürfen (§ 5). Anschließend wird die Rechtsfolgenseite des § 340g Abs. 1 HGB eingehend beleuchtet (§ 6). Im Rahmen dessen wird zunächst ermittelt, ob der Sonderposten im Rahmen der Gewinnermittlung oder der Gewinnverwendung zu bilden ist. Anschließend werden die Grenzen vorhandener Entscheidungsspielräume ausgelotet. Von besonderer Relevanz ist dabei die Auslegung des Begriffs der „vernünftigen kaufmännischen Beurteilung“. Dabei wird untersucht, ob und inwie-

weit die Geschäftsleitung des Instituts einen gerichtlich überprüfbaren Entscheidungsspielraum besitzt und ob die Interessen der Gesellschafter und der Hybridkapitalgeber zu beachten sind.

Im dritten Teil wird untersucht, inwiefern die Bildung eines Sonderpostens nach § 340g HGB durch vertragliche Regelungen zwischen Institut und Hybridkapitalgebern, aber auch auf Ebene des Gesellschaftsvertrags begrenzt werden kann (§ 7). Zuletzt werden im vierten Teil der Arbeit die Ansprüche der Anteilseigner und der Hybridkapitalgeber im Fall einer fehlerhaften Dotierung des Sonderpostens dargestellt (§§ 8-10). Die Arbeit schließt im fünften Teil mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen (§ 11).

§ 2 Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander

Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander lassen sich differenzieren in die Beziehung der Gesellschafter zum Institut und die Beziehung der Hybridkapitalgeber zum Institut.

I. Beziehung der Aktionäre zum Institut

1. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft

Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft als gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AktG juristische Person und Kapitalgesellschaft kann originär durch Übernahme von Aktien bei deren Gründung nach §§ 2, 29 AktG oder durch Zeichnung von neuen Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung nach § 185 AktG erworben werden. In diesen Fällen entsteht die Mitgliedschaft mit der Eintragung der neu gegründeten Gesellschaft nach § 41 Abs. 1 AktG bzw. der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister nach § 189 AktG.³⁶ Die Mitgliedschaft kann aber auch derivativ durch rechtsgeschäftliche Übertragung erworben werden, wobei die Satzung der AG Namensaktien vinkulieren kann, d.h. ihre Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig machen kann, § 68 Abs. 2 S. 1 AktG.³⁷ Ein derivativer Erwerb der Mitgliedschaft liegt auch vor, wenn die Mitgliedschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 Abs. 1 BGB auf den oder die Erben übergeht.³⁸

³⁶ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 371 f.

³⁷ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 372.

³⁸ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 372.

Spiegelbildlich verliert der Aktionär seine Mitgliedschaft, wenn er verstirbt oder sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen anderen überträgt. Darüber hinaus ist in einigen Fällen der Ausschluss eines Aktionärs aus der Gesellschaft möglich (so im Kaduzierungsverfahren nach §§ 64 f. AktG, oder im Fall eines Squeeze-Out nach §§ 327a ff. AktG).³⁹

2. Rechte und Pflichten des Aktionärs

Die Rechte und Pflichten des Aktionärs richten sich nach dem Gesellschaftsvertrag und im Übrigen nach dem Gesetz.

Zum einen besitzen Aktionäre Teilhaberechte⁴⁰ wie das Recht, an der Hauptversammlung teilzunehmen und dort zu reden, §§ 118 Abs. 1, 131 Abs. 2 S. 2 AktG, das Auskunftsrecht nach § 131 AktG, das Stimmrecht, §§ 12, 134 AktG, das Recht zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen, § 245 Nr. 1 und 2 AktG sowie das Recht, gegen widerrechtliche Maßnahmen des Vorstands im Wege der Klage vorzugehen.⁴¹

Zum anderen sind Aktionäre Inhaber von Vermögensrechten, wobei das wichtigste Vermögensrecht in dem Anspruch auf Bilanzgewinn nach § 58 Abs. 4 S. 1 AktG i.V.m. dem Beschluss über die Gewinnverwendung besteht, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung, durch Hauptversammlungsbeschluss nach § 58 Abs. 3 AktG oder als zusätzlicher Aufwand aufgrund des Gewinnverwendungsbeschlusses von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen ist.⁴²

Gemäß § 60 Abs. 1 AktG bestimmen sich die Anteile der Aktionäre am Gewinn dabei nach ihren Anteilen am Grundkapital, soweit nicht nach § 60 Abs. 3 AktG in der Satzung eine andere Art der Gewinnverteilung bestimmt worden ist.

Diesen Rechten gegenüber steht die Pflicht zur Leistung der Einlage nach § 54 Abs. 1 AktG als Hauptverpflichtung der Aktionäre.⁴³

³⁹ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 372.

⁴⁰ Teilweise auch als Mitverwaltungsrechte bezeichnet, siehe nur *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 346.

⁴¹ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 374; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 346 f.

⁴² Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 374 f.; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 345 f.

⁴³ Siehe nur *Kindl*, Gesellschaftsrecht, 2019, S. 375; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 353. Nach § 55 AktG besteht zudem die Möglichkeit, die Aktionäre in der Satzung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Nebenleistungen zu verpflichten. Diese Norm ist jedoch in der Praxis weithin bedeutungslos, siehe nur *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 353.

3. Treuepflichten in der Aktiengesellschaft

Auch für die Aktiengesellschaft ist es mittlerweile⁴⁴ anerkannt, dass über den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 53a AktG⁴⁵ hinaus⁴⁶ auch ohne explizite gesetzliche Grundlage mitgliederschaftliche Treuepflichten bestehen.⁴⁷

Über den Geltungsgrund der mitgliederschaftlichen Treuepflichten herrscht allerdings Uneinigkeit:

So stellt die ältere Literatur auf das „vom gegenseitigen Vertrauen geprägte Gemeinschaftsverhältnis“⁴⁸ ab, wohingegen die heute herrschende Meinung entweder auf die mit der Mitgliedschaft übernommenen Förderpflichten⁴⁹ oder den im Dauerschuldverhältnis verdichteten Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abstellt.⁵⁰

Jedenfalls entspringt die Treuepflicht nach allen Ansichten der Satzung der Aktiengesellschaft und ist daher rechtsgeschäftlicher Natur.⁵¹ Dies gilt sowohl für die Treuepflicht des Aktionärs zur Aktiengesellschaft als auch die Treuepflicht der Aktionäre untereinander.⁵² Sowohl die Treuepflichten der Aktionäre zur Aktiengesellschaft als auch die Treuepflichten im Verhältnis der Aktionäre untereinander sind seit der *Linotype*-Entscheidung⁵³ anerkannt.⁵⁴

⁴⁴ Das Bestehen von Treuepflichten, die ihren Ursprung im Personengesellschaftsrecht haben, ist im Aktienrecht wegen des anonymen Zuschnitts der Aktiengesellschaft und dem engen Regelungskorsett des AktG auf Widerstand gestoßen, siehe nur Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 13 f.

⁴⁵ Die Norm hat nur Klarstellungsfunktion, da der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz schon zuvor anerkannt war, siehe nur Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 1.

⁴⁶ Es ist anerkannt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz allein nicht ausreicht, da durch die Satzung Ungleichbehandlungen erlaubt werden können und es auch andere Eingriffe gibt, welche nicht auf Ungleichbehandlung beruhen und die Gleichbehandlung zudem nur von der Aktiengesellschaft selbst gefordert werden kann, siehe nur Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 2.

⁴⁷ Dies ist mittlerweile unstreitig, siehe nur BGH, Urt. v. 1.02.1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184 – *Linotype*; BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 – *Girmes*; Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 13; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2018, S. 353.

⁴⁸ Siehe nur *A. Hueck*, Treuegedanken im modernen Privatrecht, 1947, S. 12 f.

⁴⁹ So bspw. *Lettl*, AcP 2002, 3, 13 ff.

⁵⁰ So bspw. *MünchKomm.BGB/Schubert*, § 242, Rn. 194.

⁵¹ Siehe nur Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 15.

⁵² Siehe nur Hüffer/Koch/Koch, § 53a Rn. 15; Hüffer, FS Steindorff, 1990, S. 59, 65 ff.; *Großkomm.AktG/Henze/Notz*, Anh. § 53a Rn. 22.

⁵³ BGH, Urt. v. 1.02.1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184.

⁵⁴ Siehe nur BGH, Urt. v. 19.09.1994 – II ZR 248/92, BGHZ 127, 107, 111; BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 142 f.; *Großkomm.AktG/Henze/Notz*, Anh. § 53a Rn. 13 ff.

Inhaltlich verpflichtet die Treuepflicht die Gesellschafter dazu, ihre mitgliederschaflichen Befugnisse so auszuüben, dass der Gesellschaftszweck gefördert wird und diesem zuwiderlaufende Maßnahmen unterlassen werden. Bei der Ausübung eigennütziger Mitgliedsrechte sind willkürliche und unverhältnismäßige Handlungen zu unterlassen. Zudem ist auf die mitgliederschaflichen Interessen anderer Gesellschafter angemessen Rücksicht zu nehmen.⁵⁵

Um etwas anderes handelt es sich jedoch bei der Treuepflicht zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Organen, sog. organschaftlichen Treuepflichten. So unterliegen die Vorstandsmitglieder Treubindungen gegenüber der Aktiengesellschaft.⁵⁶

II. Beziehung der Hybridkapitalgeber zum Institut

1. Stille Beteiligte

a) Definition der stillen Gesellschaft

Die stille Gesellschaft ist in den §§ 230-236 HGB geregelt, allerdings nicht legaldefiniert.⁵⁷ Die allgemein anerkannte Definition der stillen Gesellschaft, welche auch beim Entwurf des Handelsgesetzbuches zugrunde gelegt wurde,⁵⁸ geht auf Art. 250 Abs. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) von

⁵⁵ BGH, Urt. v. 1.02.1988 – II ZR 75/87 – Linotype, BGHZ 103, 184, 195; BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94 – Girmes, BGHZ 129, 136, 143 f.; BGH, Urt. v. 5.07.1999 – II ZR 126/98, BGHZ 142, 167, 170.

⁵⁶ Die organschaftlichen Treuepflichten sind mittlerweile anerkannt, siehe nur BGH, Urt. v. 28.04.1954 – II ZR 211/53, BGHZ 13, 188, 192; KölnKomm.AktG/*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 95 ff.; MünchKomm.AktG/*Spindler*, § 76 Rn. 13; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1046. Siehe dazu ausführlich unter § 6 II. 3. g) bb) (3) (a).

⁵⁷ Siehe nur EBJS/*Gehrlein*, § 230 Rn. 2; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 9; *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2113; MünchKomm.HGB/*K. Schmidt*, § 230 Rn. 1; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock*, § 230 Rn. 1.

⁵⁸ Es sollte insbes. klargestellt werden, dass die Teilnahme am Verlust ausgeschlossen werden darf, *Renaud*, Recht der stillen Gesellschaften, 1885, S. 122 f.; *Lehmann/Ring*, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1913, § 355 Rn. 20; MHdB GesR II/*Keul*, § 72 Rn. 9.

1861 zurück,⁵⁹ wonach eine stille Gesellschaft dann besteht, wenn sich jemand an dem Betriebe eines Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögens-einlage gegen Gewährung eines Anteils am Gewinn und Verlust beteiligt.⁶⁰ Selbstverständlich genügt für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft die Bezeichnung „stille Gesellschaft“ nicht, sondern es kommt auf das Vorliegen bestimmter Charakteristika an.⁶¹ Das sich aus der Zusammenschau der Vorschriften ergebende gesetzliche Leitbild geht im Grundfall von einer Zwei-Personen-Konstellation aus:⁶² Auf der einen Seite steht der Inhaber des Handelsgeschäfts, wobei es sich dabei um eine Personalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft handeln kann⁶³ und auf der anderen Seite steht eine weitere natürliche oder juristische Person oder Personengesellschaft, die sich als stiller Gesellschafter dazu verpflichtet, sich mit einer Einlage an dem Handelsgeschäft des Inhabers zu beteiligen.⁶⁴ Im Gegenzug für die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Gewähr der Einlage verpflichtet sich der Inhaber des Handelsgeschäfts dazu, den stillen Gesellschafter an den Gewinnen zu beteiligen, die er durch den Betrieb des Handelsgewerbes erzielt, siehe § 231 Abs. 1 HGB. Diese Vorschrift wird allgemein so verstanden, dass der stille Gesellschafter über seinen Vergütungsan-

⁵⁹ MHdB GesR II/*Keul*, § 72 Rn. 9; EBSJ/*Gehrlein*, § 230 Rn. 2; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 9; *Blaurock/Lamprecht*, Rn. 3.1. ff.; *Ebert*, Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, 2010, S. 45 ff.; Von dort nur mit geringen inhaltlichen Modifikationen in §§ 335 bis 342 HGB und dann Mitte der 1980er im §§ 230 bis 236 HGB Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985, BGBl. 1985, I, S. 2355, siehe *J. Hellwig*, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 39.

⁶⁰ „Der stille Gesellschafter beteiligt sich an dem Handelsgeschäft, das ein Anderer betreibt, gegen Antheil am Gewinne und regelmäßig auch am Verluste; die Einlage ist so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht, und der Inhaber, der die Geschäfte nur unter seiner eigenen, nicht unter einer Gesellschafts-firma betreiben darf, wird aus diesen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.“, vgl. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes“, S. 183 (abgedruckt bei *Schubert*, Quellen zum Handelsgesetzbuch 1897, 1988, S. 947 ff.).

⁶¹ *Blaurock/Blaurock*, Rn. 4.1; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 9.

⁶² *Blaurock/Blaurock*, Rn. 6.55; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 70; *Hopt*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 1996, Rn. 827.

⁶³ *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock*, § 230 Rn. 36; historisch stand den Gesetzes-verfassern vor allem der Einzelkaufmann vor Augen, *J. Hellwig*, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 39.

⁶⁴ Umstritten, ob die Einlage als solche und ihre Leistung zwingende Strukturmerkmale sind, siehe Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 221-224, MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 37.

spruch die Gefahr der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens mitzutragen hat,⁶⁵ ein Mindest- oder Höchstbetrag ist dabei nicht ausgeschlossen⁶⁶, wohl aber eine von dem tatsächlichen Unternehmenserfolg unabhängige feste Verzinsung⁶⁷ oder Umsatzbeteiligung⁶⁸, siehe § 231 Abs. 2 HS. 2 HGB.

Nach dem Gesetz ist der stille Beteiligte auch am Verlust des Handelsgewerbes beteiligt, siehe § 231 Abs. 1, Abs. 2 HGB. Die Verlustbeteiligung bedeutet, dass auch die Rückzahlung der Einlage von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängig ist.⁶⁹ Sie ist allerdings auf die Höhe der Einlage begrenzt, § 232 Abs. 2 S. 1 HGB. Die Verlustbeteiligung kann aber – anders als die Gewinnbeteiligung als zwingendes Strukturmerkmal nach § 231 Abs. 2 HS. 2 HGB⁷⁰ – durch Vereinbarung beschränkt⁷¹ oder vollkommen ausgeschlossen werden, siehe § 231 Abs. 2 HS. 2 HGB.

Weicht die stille Beteiligung aufgrund der Ausgestaltung des Beteiligungsvertrags von den gesetzlichen Regelungen ab, indem dem stillen Gesellschafter eine gesteigerte Vermögensbeteiligung und/oder Geschäftsführungsbeteiligung⁷² eingeräumt wird, liegt eine atypische stille Gesellschaft vor.⁷³

Wird dem stillen Gesellschafter im Innenverhältnis zum Geschäftsinhaber durch die Gewährung von besonderen Kontroll-, Widerspruchs-, Zustimmungs-, oder Mitwirkungsrechten ein stärkerer Einfluss auf die Unternehmensführung einge-

⁶⁵ Siehe nur Blaurock/*Kauffeld*, Rn. 8.10. ff.

⁶⁶ MünchKomm.HGB/*K. Schmidt*, § 231 Rn. 24; Blaurock/*Kauffeld*, Rn. 8.6; Baumbach/*Hopt/Roth*, 40. Aufl., § 231 Rn. 2.

⁶⁷ RG, Urt. v. 06.12.1928 – IV 95/28, RGZ 122, 387, 390; MünchKomm.HGB/*K. Schmidt*, § 230 Rn. 38.

⁶⁸ Blaurock/*Kauffeld*, Rn. 8.5; Baumbach/*Hopt/Roth*, 40. Aufl., § 231 Rn. 2.

⁶⁹ *J. Hellwig*, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 40; vgl. § 232 Abs. 2 HGB; BGH, Urt. v. 29.06.1992 – II ZR 284/91, NJW 2696, 2697; *Reuter*, NJW 1984, 1849, 1850.

⁷⁰ Siehe nur Blaurock/*Kauffeld*, Rn. 8.10.

⁷¹ Siehe nur Blaurock/*Kauffeld*, Rn. 8.32.

⁷² *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 64. Die zunehmend in der Rechtsprechung und Schrifttum als dritte Ausprägung einer atypischen stillen Gesellschaft betrachtete mehrgliedrige Organisation mit Verbandscharakter gehört nicht in diesen begrenzten Kontext einer Erweiterung der Befugnisse des stillen Gesellschafters als Mitunternehmer, *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 64; *Heymann/Horn*, § 230 Rn. 52; siehe dazu BGH, Urt. v. 7.2.1994 – II ZR 191/92, NJW 1994, 1156; MünchKomm.HGB/*K. Schmidt*, § 230 Rn. 83; MHdB GesR II/*Keul*, § 73 Rn. 4.

⁷³ *Staub/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 65, die Abgrenzung stammt ursprünglich dem Steuerrecht, siehe *Florstedt*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 399, 403 f.; *Staub/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 66 u. 72 ff.

räumt als dies nach dem Gesetz vorgesehen ist, liegt eine atypische Gesellschaft verwaltungsrechtlicher Prägung vor.⁷⁴

Wird der stille Gesellschafter hingegen gegenüber dem Geschäftsinhaber schuldrechtlich so gestellt, als wäre er nicht nur am Gewinn und Verlust, sondern überdies am gesamten Vermögen des Handelsgewerbes wie ein Mitunternehmer beteiligt, insbesondere an dem Anlagevermögen, einem etwaigen Geschäfts- oder Firmenwert⁷⁵ und den stillen Reserven, liegt eine atypische stille Gesellschaft vermögensrechtlicher Prägung vor.⁷⁶

b) Die stille Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Gemeinsamer Vertragszweck des stillen Gesellschafters und des Inhabers des Handelsgeschäfts ist das Streben nach Gewinn durch das von dem Inhaber geleitete Handelsgeschäft.⁷⁷ Folglich ist die stille Gesellschaft ein vertraglicher Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen⁷⁸ zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks, so dass es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) handelt.⁷⁹

Der Beitrag des Geschäftsinhabers nach §§ 705, 706 BGB besteht in der gegenüber dem stillen Gesellschafter übernommenen Verpflichtung, sein Handelsgewerbe im gemeinsamen Interesse auf gemeinsame Rechnung zu führen.⁸⁰

Es handelt sich bei der stillen Gesellschaft gerade nicht um eine Handelsgesellschaft, da die stille Gesellschaft kein Handelsgewerbe betreibt, sondern lediglich aus den Ergebnissen des von einem ihrer Gesellschafter geführten Handels-

⁷⁴ MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 77 f. *Blaurock/Blaurock*, Rn. 4.32; *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock*, § 230 Rn. 69.

⁷⁵ *Staub/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 67; *Blaurock/Blaurock*, Rn. 1.30; *Oehlschläger*, S. 50.

⁷⁶ Siehe nur BGH, Urt. v. 24.09.1952 – II ZR 136/51, BGHZ 7, 174, 178; BFH, Urt. v. 27.05.1993 – IV R 1/92, NJW-RR 1994, 423; BGH, Urt. v. 29.11.1952 – II ZR 15/52, BGHZ 8, 157, 160; *Oetker/Wedemann*, § 230 Rn. 41; *BeckOK.HGB/Hoffmann-Theinert*, § 230 Rn. 25; *Eilers/Rödding/Schmalenbach/Gleske/Laudenklos*, Kap. D. Rn. 56.

⁷⁷ BFH, Urt. v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BFHE 223, 166; *Blaurock/Lamprecht*, Rn. 9.3.

⁷⁸ Zur Zulässigkeit der frühen verbreitet abgelehnten mehrgliedrigeren Gesellschaft, BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 179; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 83; *Staub HGB/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 69 f. und 108.

⁷⁹ BGH; Urt. v. 11.07.1951 – II ZR 45/50, BGHZ 3, 75, 79; BGH, Urt. v. 29.10.1952 – II ZR 16/52, BGHZ 7, 378, 382; *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 3; MünchKomm.BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 290.

⁸⁰ *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 47; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 137; *Staub HGB/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 194; *MHdB GesR II/Kühn*, § 80 Rn. 5.

gewerbes Nutzen zieht.⁸¹ Folglich sind auch die §§ 705 ff. BGB auf die stille Gesellschaft anzuwenden, soweit nicht die §§ 230 ff. HGB Sonderregelungen beithalten.⁸²

Die stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, wobei die Gesellschaft nach außen nicht in Erscheinung tritt und folglich eine Vertretung der Gesellschafter ausbleibt.⁸³ Der Inhaber des Handelsgeschäfts wird aus in dem Betrieb geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet, siehe § 230 Abs. 2 HGB. Ein rechtsgeschäftliches Handeln von Organen und Vertretern für die Gesellschaft scheidet daher aus, ebenso eine (Außen-)Haftung des stillen Gesellschafters.⁸⁴ Die stille Gesellschaft ist als Innengesellschaft rechtsunfähig. Sie kann insbesondere keine Rechte und Pflichten haben, nicht rechtsgeschäftlich vertreten werden und kein Gesellschaftsvermögen erwerben.⁸⁵

Da in der stillen Gesellschaft nur einer der beiden Gesellschafter das Unternehmen führt und die stille Gesellschaft nur das wirtschaftliche Ergebnis dieses Unternehmens verteilt,⁸⁶ ist die stille Gesellschaft nicht Trägerin des Unternehmens⁸⁷ und hat auch kein eigenes Gesellschaftsvermögen.⁸⁸

Das Merkmal der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks und damit das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts stellt insbesondere auch das vorrangige Abgrenzungskriterium zu anderen als Austauschverhältnis konzipierten schuldrechtlichen Kapitalaufbringungen dar.⁸⁹ So ist zum Beispiel beim partiar-

⁸¹ EBS/Gehrlein, § 230 Rn. 2; Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 10, 12; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 10.

⁸² BAG, Urt. v. 19.03.2009 – 6 AZR 557/07, NZA 2009, 896, 900; EBS/Gehrlein, § 230 Rn. 3; Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 12; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 6. Daher genügt auch ein formfreier Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB, MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 20; Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 125 u. 137; MHdB GesR II/Keul, § 76 Rn. 4.

⁸³ BFH, Urt. v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BFHE 223, 166; EBS/Gehrlein, § 230 Rn. 4.

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 1.3.2010 – II ZR 249/08, NZG 2010, 823; Oetker/Wedemann, § 230 Rn. 26, Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 14; Blaurock/Blaurock, Rn. 4.11.

⁸⁵ BFH, Urt. v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BFHE 223, 166; EBS/Gehrlein, § 230 Rn. 4.

⁸⁶ J. Hellwig, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 43; Hopt, Handels- und Gesellschaftsrecht, 1996, Rn. 824.

⁸⁷ Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 20.

⁸⁸ Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 16; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 8 f.

⁸⁹ Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 27 f.; Blaurock/Blaurock, Rn. 5.17 f., 5.38; Baumbach/Hopt/Roth, 40. Aufl., § 230 Rn. 4; Oetker/Wedemann, § 230 Rn. 35; Feddersen/Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 1992, S. 18; Frantzen, Genußscheine, 1993, S. 16 f.; Oehlschläger, Die typische und atypische stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, 2004, S. 64.

schen Darlehen der Darlehensgeber auch am Gewinn beteiligt, es fehlt jedoch an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.⁹⁰

c) Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters

Stiller Gesellschafter kann jeder Träger von Rechten und Pflichten, also jede natürliche oder juristische Person einschließlich ausländischer Kapitalverwaltungsgesellschaften wie der Limited⁹¹ und auch Körperschaften des öffentlichen Rechts und Genossenschaften, sein.⁹²

Die Hauptpflicht des stillen Gesellschafters besteht darin, eine Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, § 230 Abs. 1 HGB.⁹³

⁹⁰ BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, NJW 1995, 192; EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 76; Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 28; MHdB GesR II/Keul, § 73 Rn. 9 f.; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 54; Blaurock/Blaurock, Rn. 5.17. Siehe ausführlich zur Abgrenzung zum partiarischen Darlehen EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 77. Ein weiterer Unterschied zum partiarischen Darlehen besteht in dem fehlenden Einfluss des Darlehensgebers auf die Verwendung der Mittel, EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 76; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 59; MHdB GesR II/Keul, § 73 Rn. 13. U.a. nach Schön, ZGR 1993, 210 ff. ist eine Unterscheidung überflüssig und es sind stets die Vorschriften über stille Gesellschaft anwendbar. Dem entgegen u.a. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2020, S. 162, wonach dies wohl kaum den Vorstellungen der Parteien entsprechen dürfte und es dann um eine stille Gesellschaft handele, wenn die Vorschriften über die stille Gesellschaft die Parteivereinbarungen sinnvoll ergänzen (dies sei allerdings dann problematisch, wenn es sich um zwingendes Recht handele, da dieses dann in dispositives verkehrt werden würde). Nach h.M. erfolgt die Abgrenzung zum partiarischen Darlehen nach Indizien wie dem Bestehen von Kontrollrechten, der gewählte Bezeichnung, einer Verlustbeteiligung, dem Fehlen von Sicherheiten für die Kapitalhingabe, einer langen Dauer der vertraglichen Bindung sowie dem Bestehen von Mitentscheidungsrechte bei Änderung des Unternehmensgegenstandes, siehe nur BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, ZIP 1994, 1847; BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 178 ff.; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 61 ff.

⁹¹ EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 10.

⁹² EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 10; Staub HGB/Harbarth, 5. Aufl., § 230 Rn. 105; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 34.

⁹³ BFH, Urt. v. 19.02.2009 – II R 8/06, BFH/NV 2009, 1092, Rn. 36; EBSJ/Gehrlein, § 230 Rn. 14. Str., ob die Einlagenleistung konstitutiv für die stille Gesellschaft ist, siehe zu diesem eher theoretischen Problem, MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 37.

Während die Verlustbeteiligung in der stillen Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, ist die Gewinnbeteiligung⁹⁴ zwingend.⁹⁵ Demgegenüber ist eine feste, stets gleichbleibende Verzinsung, die sich nicht an den wechselnden Ergebnissen der Gesellschaft ausrichtet, ein Darlehen.⁹⁶

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der stille Gesellschafter nicht am Unternehmen des Geschäftsinhabers als Ganzes beteiligt ist, sondern nur an dem von diesem betriebenen, der stillen Gesellschaft unterliegenden, Handelsgewerbe, so dass sich die Gewinn- und eventuell Verlustbeteiligung auch auf dieses Betriebsergebnis beschränkt.⁹⁷ Folglich muss zwischen dem Unternehmensgewinn des Geschäftsinhabers und dem Gewinn aus seinem – für die stille Gesellschaft relevanten – Geschäftsbetrieb unterschieden werden.⁹⁸

Rückstellungen, die kaufmännisch geboten sind (§ 249 HGB), fließen mit ein, d.h. ein stiller Gesellschafter muss sie gegen sich gelten lassen,⁹⁹ Rücklagen hingegen nicht.¹⁰⁰

d) Treuepflichten in der stillen Gesellschaft

Wie in jeder Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen auch in der stillen Gesellschaft Treuepflichten.¹⁰¹ Aufgrund der Eigenart der stillen Gesellschaft, dass dem stillen Gesellschafter nur ein beschränkter Einfluss zukommt, sind diese Pflichten allerdings im Verhältnis zu anderen Personenhandelsgesellschaften weniger stark ausgeprägt.¹⁰² Die Gesellschafter sind gleichwohl an den Grundsatz gebunden, sog. uneigennützig Rechte (Geschäftsführungs- und Mitwir-

⁹⁴ Der stille Gesellschafter hat kein Entnahmerecht, sondern nur einen Anspruch auf Auszahlung, siehe nur EBJS/*Gehrlein*, § 232 Rn. 17; Oetker/*Wedemann*, § 232 Rn. 15; Baumbach/*Hopt/Hopt*, 40. Aufl., § 232 Rn. 4.

⁹⁵ RG, Urt. v. 06.12.1928 – IV 93/28, RGZ 122, 387, 390; EBJS/*Gehrlein*, § 230 Rn. 19; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 38 ff.; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 9.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 9.02.1967 – II ZR 226/64, BB 1967, 349; EBJS/*Gehrlein*, § 230 Rn. 19; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 185; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 140.

⁹⁷ RG, Urt. v. 17.04.1928 – II 432/27, RGZ 120, 410, 411; RG, Urt. v. 06.02.1917 – II 385/16, RGZ 126, 386, 391; EBJS/*Gehrlein*, § 232 Rn. 9; MHdB GesR II/*Keul*, § 86 Rn. 2; Oetker/*Wedemann*, § 232 Rn. 8.

⁹⁸ EBJS/*Gehrlein*, § 232 Rn. 9; MHdB GesR II/*Keul*, § 86 Rn. 7.

⁹⁹ Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 232 Rn. 13; Oetker/*Wedemann*, § 232 Rn. 13.

¹⁰⁰ EBJS/*Gehrlein*, § 232 Rn. 14; R. *Fischer*, JR 1962, 201, 204; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 232 Rn. 13; Oetker/*Wedemann*, § 232 Rn. 14.

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 11.07.1951 – II ZR 45/50, BGHZ 3, 75, 81; EBJS/*Gehrlein*, § 230 Rn. 42.

¹⁰² EBJS/*Gehrlein*, § 230 Rn. 42; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 185; Blaurock/*Lamprecht*, Rn. 12.29.

kungsbefugnisse) nur im Interesse der Gesellschaftergesamtheit wahrzunehmen und umgekehrt bei der Ausübung der sog. eigennützigen Rechte das Gesellschaftsverhältnis und die Mitgesellschafter zu schonen. Mit anderen Worten ist der gemeinsame Zweck bei ungestörtem Verlauf nach Kräften zu fördern, im Konfliktfall aber nach Möglichkeit zu achten.¹⁰³

Im Zuge der Geschäftsführung begangene Treuepflichtverletzung des Inhabers lösen Schadenersatzansprüche des stillen Gesellschafters bis hin zum Recht auf fristlose Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses aus.¹⁰⁴ Allerdings steht dem Inhaber des Handelsgeschäfts bei der Wahrnehmung der Geschäftsführung ein weiter unternehmerischer Handlungsspielraum zu.¹⁰⁵

2. Genussrechtsinhaber

a) Definition

Genussrechte sind ebenfalls nicht im Gesetz definiert, sondern werden – zumindest in Bezug auf Aktiengesellschaften – lediglich in § 221 Abs. 3 und 4 AktG sowie § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG erwähnt.¹⁰⁶ Auch in anderen Gesetzen wie bspw. § 8 Abs. 3 S. 2 AktG, §§ 17 Abs. 1 S. 3, 20 Abs. 1 Nr. 1 EstG werden Genussrechte nur erwähnt und nicht legaldefiniert.¹⁰⁷ Dem liegt die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde, die Genussrechte keiner allgemeinen zivilrechtlichen Regelung zu unterwerfen.¹⁰⁸

¹⁰³ Siehe nur *Blaurock/Lamprecht*, Rn. 12.30 u. 12.68.

¹⁰⁴ *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 43; *Staub HGB/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 187.

¹⁰⁵ *EBJS/Gehrlein*, § 230 Rn. 48; *Staub HGB/Harbarth*, 5. Aufl., § 230 Rn. 217; *MHdB GesR II/Kühn*, § 80 Rn. 7.

¹⁰⁶ Daneben auch in weiteren Normen wie bspw. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG, § 23 UmwG, §§ 7, 14, 17, 20, 28 f. RechKredV, siehe nur *MünchKomm.AktG/Habersack*, § 221 Rn. 60 f. Dies ist auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers der Jahre 1930/37 und 1965 zurückzuführen, da dieser von einer näheren Präzisierung bewusst abgesehen hat, um die noch im Fluss befindliche Ausbildung verschiedener Genussrechtstypen in der Praxis nicht zu hemmen und dies der Vertragsfreiheit zu überlassen, vgl. Begründung zum Entwurf 1930, S. 124, wiedergegeben etwa bei *Gehling*, WM 1992, 1094, Fn. 10; *MünchKomm.AktG/Habersack*, § 221 Rn. 64.

¹⁰⁷ *MünchKomm.HGB/K. Schmidt*, § 230 Rn. 64.

¹⁰⁸ „Von einer besonderen Regelung (...) von (...) Genußscheinen sieht der Entwurf ab.“, siehe *RJM*, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, 1930, S. 124; *Schmidt/Lutter/Merkt*, § 221 Rn. 43; *Feddersen/Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 1992, S. 15; *Angerer*, Genußrechte, 1993, S. 3; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 1; *Westphal*, Genußscheckkapital, 1995, S. 17.

Die teleologische Herleitung einer Definition bereitet Schwierigkeiten. § 221 AktG findet nur auf Aktiengesellschaften Anwendung und dient durch die Pflicht zur Fassung eines Hauptversammlungsbeschlusses bei entsprechenden Emissionen nach § 221 Abs. 1 AktG sowie durch die Einräumung eines Bezugsrechts nach § 221 Abs. 4 AktG nur dem Schutz der Aktionäre vor einer wesentlichen Beeinträchtigung ihrer Rechte durch Genussrechtsemissionen.¹⁰⁹ Dies weist darauf hin, dass Genussrechte inhaltlich typischen Vermögensrechten der Aktionäre entsprechen und daher in Konkurrenz zu den Aktionärsrechten stehen.¹¹⁰ Hilfreicher ist dementsprechend die historische Herleitung einer Definition: Genussrechte sind bis ins 19. Jahrhundert zurück verfolgbar und dienten ursprünglich der Beteiligung von Aktionären am Unternehmensgewinn unabhängig von ihrem Mitgliedsrecht.¹¹¹ Insoweit lässt sich aus allen vorzufindenden Genussrechten als kleinster gemeinsamer Nenner¹¹² schlussfolgern, dass Genussrechte schuldrechtliche Ansprüche auf aktionärstypische Vermögensrechte begründen¹¹³ (einschließlich des Rechts auf Bezug von Aktien und von Finanzierungstiteln im Sinne des § 221 AktG) und zwar in einer Weise, die nicht schon dem Tatbestand der Wandel- und Gewinnschuldverschreibung unterfällt und

¹⁰⁹ Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 24; Busch, AG 1994, 93, 95 f.; MHdB GesR IV/Scholz, § 64 Rn. 69.

¹¹⁰ MHdB GesR IV/Scholz, § 64 Rn. 69; anders Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 24, wonach aus dem Zweck der Norm keine Definition ableitbar ist.

¹¹¹ Das Bedürfnis dafür bestand insb., da aufgrund begrenzter Konzessionen Betriebsanlagen nach einer gewissen Laufzeit unentgeltlich dem Staat zufließen, sog. Heimfallrechte, Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 22; MünchKomm.AktG/Habersack, § 221 Rn. 15 ff.; Großkomm.AktG/Hirte, § 221 Rn. 342 ff.; Frantzen, Genußscheine, 1993, S. 44 ff. Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 1998, S. 39 ff.; S. 49 ff. Ihre wirtschaftliche Bedeutung blieb zunächst gering (ausführliche Darstellung bei Frantzen, Genußscheine, 1993, S. 64 ff.). Seit Beginn der 1980er Jahre sind Genussrechte als Instrument der Mitarbeiterbeteiligung, vor allem jedoch als Finanzierungsmittel populär (KK-AktG/Florstedt Rn. 80 ff.; Frantzen, Genußscheine, 1993, S. 76 ff., 81 ff.). Siehe ausführlich zum historischen Ursprung, MünchKomm.AktG/Habersack, § 221 Rn. 15.

¹¹² J. Hellwig, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 53.

¹¹³ Im Grunde wohl unstrittig, siehe nur MünchKomm.AktG/Habersack, § 221 Rn. 65; Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 25 f.; Großkomm.AktG/Hirte, § 221 Rn. 328.

auch keinen Teilgewinnabführungsvertrag begründet.¹¹⁴ Dabei genügt, dass auch nur ein einziges aktionärstypisches Vermögensrecht gewährt wird.¹¹⁵

Genussrechte kennzeichnen typischerweise vier sogenannte Kernrechte, welche gleichberechtigt nebeneinander stehen:¹¹⁶ das Recht auf Teilhabe am Gewinn (allerdings nicht nur wie beim Aktionär die Teilhabe am Bilanzgewinn nach § 58 Abs. 4 AktG, sondern jede Regelung, die von einem Gewinn – in welcher Weise er auch immer ermittelt wird – als Voraussetzung oder Bezugsgröße ausgeht¹¹⁷), das Recht auf Teilhabe am Liquidationserlös und/oder am Liquidationsüberschuss¹¹⁸, das Recht auf Umtausch in/oder Bezug auf Gesellschaftsanteile und/oder weitere Genussrechte des Emittenten oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens sowie das Recht auf Benutzung von Einrichtungen des die Genussrechte ausgebenden Unternehmens. Darüber hinaus wird insbesondere im älteren Schrifttum auch die massenweise Begebung als Vorausset-

¹¹⁴ Grundlegend BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 309 f.; zuvor bereits BGH, Urt. v. 05.03.1959 – II ZR 145/57, WM 1959, 434, 436; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 64; ähnlich: KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 74; Hüffer/*Koch/Koch*, § 221 Rn. 25 f.; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 328; Hölters/*Haberstock/Greitemann*, § 221 AktG Rn. 19; Grigoleit/*Rieder/Holzmann*, § 221 Rn. 20; Schmidt/*Lutter/Merkt*, § 221 Rn. 43 u. 45; Hopt/*Seibt/Fest*, § 221 Rn. 359 ff.; *Pougin*, Genussrechte, 1987, S. 1; *Thünnesen*, Genußscheine als Finanzierungsmittel, 1987, S. 9; *Rid-Niebler*, Genussrechte, 1989, S. 3; *Feddersen/Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 1992, S. 17; *Schön*, JZ 1993, 925, 926; *Angerer*, Genussrechte, 1993, S. 3; *Westphal*, Genußscheinkapital, 1995, S. 18 f.; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 32 u. S. 113.

¹¹⁵ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 65; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 329; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 4 f.; **a.A.** noch RG, Urt. v. 01.03.1927, RGZ 115, 296, 301; *Brodmann*, JW 1932, 716, ähnlich auch *Siebel*, Eigenkapital und Quasi-Eigenkapital von Kreditinstituten, 1980, S. 50, die eine Gewinnbeteiligung für unbedingt notwendig hielten.

¹¹⁶ *U.H. Schneider*, FS Goerdeler, 1987, S. 511, 525, dem folgend *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 3 ff.; *Dross*, Genussrechte, 1996, S. 42 f.

¹¹⁷ Siehe hierzu ausführlich *Dross*, Genussrechte, 1996, S. 43 ff.

¹¹⁸ Eine Kumulation beider Rechte können aber steuerliche Erwägungen entgegenstehen, MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 65; 365 ff.

zung angesehen.¹¹⁹ Abgesehen von der Konturlosigkeit dieses Erfordernisses¹²⁰ spricht gegen das Merkmal der massenweisen Begebung bereits der Wortlaut des § 211 Abs. 3 AktG, wonach auf eine Verbriefung verzichtet werden kann.¹²¹ Auch der Schutz der Aktionäre als Sinn und Zweck des § 221 AktG spricht gegen die Voraussetzung der massenweisen Begebung, da es aus Sicht der Aktionäre keinen Unterschied macht, ob die Gesellschaft einen oder mehrere Genussrechtsverträge schließt. Entscheidend ist vielmehr die inhaltliche Beeinträchtigung der Aktionärsinteressen.¹²²

Anders als bei der stillen Beteiligung ist – mangels einer gesetzlichen Vorschrift – eine *gewinnorientierte* Vergütung, d.h. eine Verzinsung, die der Höhe nach variabel ist und sich nach dem jeweiligen Unternehmensgewinn bemisst,¹²³ nicht zwingend. Es ist auch möglich, eine *gewinnabhängige* Verzinsung, d.h. einen Festzins, welcher unter einem sogenannten Ergebnisvorbehalt steht, zu vereinbaren. Dieser Ergebnisvorbehalt kann darin bestehen, dass ein entsprechender Gewinn erzielt worden ist oder durch die Auszahlung ein Bilanzverlust weder entstehen noch vergrößert würde.¹²⁴

¹¹⁹ *Ernst*, AG 1967, 75, 77 (allerdings nur im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis des § 221 Abs. 1 AktG, *Wünsch*, FS Strasser, 1983, S. 871, 877; GHEK/*Karollus*, § 221 Rn. 241 ff.; a.A. BGH, Urt. v. 09.11.1992 – II ZR 230/91, BGHZ 120, 141; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 333; *Sethe*, AG 1993, 293, 309; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 97 ff.; *Eyber*, Die Abgrenzung zwischen Genussrecht und Teilgewinnabführungsvertrag im Recht der Aktiengesellschaft, 1997, S. 111 ff.; MünchKomm.AktG/*Habersack* § 221 Rn. 66; MHdB GesR IV/*Scholz*, § 64 Rn. 70.

¹²⁰ Heute einhellige Meinung siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 66; näher dazu GHEK/*Karollus*, § 221 Rn. 42 f.

¹²¹ Heute einhellige Meinung siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 66.

¹²² Heute einhellige Meinung siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 66.

¹²³ Eine gewinnorientierte Verzinsung ist auch bei einer Mindestverzinsung verbunden mit einer ergebnisorientierte Zusatzverzinsung gegeben, siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 99.

¹²⁴ Ganz h.M. siehe nur BGH, Urt. v. 09.11.1992 – II ZR 230/92 – Bremer Bankverein, BGHZ 120, 141, 14 ff., OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.05.1991 – 17 U 19/90, WM 1991, 1920; Hüffer/*Koch/Koch*, § 221 Rn. 25b; *Hopt/Seibt/Fest*, § 221 AktG Rn. 397; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 100; *Sethe*, AG 1993, 293, 298 f.; *Spindler/Stilz/Seiler*, § 221 Rn. 64; *Grigoleit/Riederer/Holzmann*, § 221 Rn. 22; *Busch*, AG 1994, 93, 95 f.; nach a.A. handelt es sich um Obligationen, da die Berechtigten nur an Risiken und nicht an Chancen partizipieren, KölnKomm.AktG/*Florstedt*, Rn. 527, 544; *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094 f.; *Krecek/Röhrich*, ZIP 2010, 413, 415 ff.; *Lutter*, ZGR 1993, 291, 303 ff.; MHdB GesR IV/*Scholz*, § 64 Rn. 69; *Schmidt/Lutter/Merkt* § 221 Rn. 76; KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 527.

Auch ein Rückzahlungsanspruch ist bei Genussrechten nicht zwingend vorgesehen¹²⁵ bzw. kann – wie bei der stillen Beteiligung – verlustabhängig sein.¹²⁶ Anders als Wandel- und Optionsanleihen¹²⁷ ist das Genussrecht nicht notwendig verbrieft; der Begriff des Genussrechts erfasst daher sowohl verbrieft als auch unverbrieft Genussrechte.¹²⁸ Verbrieft Genussrechte werden als Genussscheine bezeichnet.¹²⁹ Die Genussscheine wiederum können als Inhaber-, Order- oder Namenspapiere ausgestaltet werden, wobei die Verbrieftung als Inhaberschuldverschreibung nach § 793 Abs. 1 S. 1 BGB typisch für Finanzierungs-genussrechte und damit die statistisch gesehen am häufigsten vorkommende Form ist,¹³⁰ sie können aber auch nur reine Beweiskunden sein.¹³¹

Seit Mitte der 1980er Jahre sind Genussrechte als Instrument der Mitarbeiterbeteiligung, vor allem jedoch als Finanzierungsmodell populär.¹³² Während im Jahr 2002 noch 133 verschiedene Gattungen existierten¹³³, bestanden im Jahr 2012 bereits 633 aktive Gattungen¹³⁴.

Bereits 1950 prognostizierte *Eugen Schmalenbach* in seinem Buch *Die Aktiengesellschaft*: „Die Genußscheine sind ein Finanzierungsmittel, das durch außerordentlich vielseitige Verwendungsmöglichkeiten und außerdem dadurch charakterisiert ist, daß es mit besonderer Vorliebe in kapitalarmen Zeiten vorkommt.“

¹²⁵ Alternativ zur Rückzahlung kann auch vereinbart werden, dass das Genusskapital nach Ablauf einer bestimmten Laufzeit in einfache Schuldverschreibungen oder Aktien gewandelt wird, *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 160 ff.; Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 25.
¹²⁶ Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 25.; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 122 ff.; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 101 ff.

¹²⁷ Siehe hierzu ausführlich *Kühn*, Barabfindungsklauseln in Wandelanleihebedingungen, 2020, S. 35 ff. Wandel- und Optionsanleihen sind zudem lediglich spezielle Genussrechte, siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 21; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 15.

¹²⁸ Siehe nur MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 63.

¹²⁹ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 63; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 396. Häufig werden aber auch unverbrieft Genussrechte als Genussscheine bezeichnet, siehe nur BeckOGK.AktG/*Seiler*, § 221 AktG Rn. 27.

¹³⁰ Siehe hierzu eingehend Hopt/Seibt/Fest, § 221 AktG Rn. 771 f.

¹³¹ RG, Urt. v. 30.06.1927 – II 7/27, RGZ 117, 379; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 204; Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 28.

¹³² *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 76 ff., 81 ff; *Pougin*, Genußrechte, 1987, S. V; *Steinbach*, Der standardisierte börsennotierte Genussschein, 1999, S. 2.

¹³³ Siehe hierzu ausführlich in KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 89; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 347 ff.

¹³⁴ *Sethe*, WM 2012, 577, Fn. 3.

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß der Genußschein in Zukunft wieder einmal große Bedeutung gewinnen wird.¹³⁵ Diese Prognose sollte sich in den 1980er Jahren bewahrheiten, als Genussrechte insbesondere aufgrund der unzureichenden Eigenkapitalausstattung und stark rückläufiger Eigenkapitalquoten eine Renaissance erlebten.¹³⁶ In ruhigeren Zeiten auf dem Kapitalmarkt führten Genussrechte dann ein Schattendasein, während sie in der Finanz- und Wirtschaftskrise ab dem Jahr 2007 unter dem Schlagwort „Hybridkapital“ wieder populär wurden.¹³⁷ Ein großer Anteil der in der jüngeren Vergangenheit erfolgten Genussrechtsemissionen stammt von Instituten, da diese Genussrechte nach § 10 Abs. 5 KWG a.F. bis zum 01.01.2014 unter den dort genannten Voraussetzungen zum haftenden Eigenkapital zählten.¹³⁸ Nunmehr sind die Anforderungen an die Anerkennung von Ergänzungskapital und damit als regulatorisches Eigenkapital in Art. 62 f. VO Nr. 575/2013 geregelt. Bei Erfüllen der dort genannten Anforderungen zählt das Genusskapital zum Ergänzungskapital.¹³⁹

Im Übrigen sind die Parteien in der Ausgestaltung der Genussrechtsbedingungen sehr frei; so können die Laufzeit, die Kündigung, Bestimmungen, ob bei Be-

¹³⁵ E. Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft, 1950, S. 64.

¹³⁶ Siehe ausführlichen zur historischen Entwicklung und zu den Gründen der Wiederentdeckung der Genussscheine in den 1980er Jahren *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 76 ff.

¹³⁷ J. Hellwig, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 3; *Admati/M. Hellwig*, Des Bankers neue Kleider, 2014, S. 289 f.; Handelsblatt vom 05.03.2009, Berlin lässt Bank-Investoren zittern, S. 1; F.A.S. vom 28.04.2013, Es lohnt sich, den Euro zu verteidigen, S. 23.

¹³⁸ Danach waren folgende sieben Voraussetzungen zu erfüllen: 1. Unbegrenzte Verlustteilnahme, 2. Berechtigung und Verpflichtung des Instituts im Fall eines Verlusts Zinszahlungen aufzuschieben, 3. Vereinbarung eines Nachrangs für Insolvenz und Liquidation, 4. Eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren, 5. Eine Restlaufzeit nach erfolgter Kündigung von mind. zwei Jahren, 6. Fehlen einer Besserungsabrede, nach welcher der durch Verlust während der Laufzeit der Einlage ermäßigte Rückzahlungsanspruch durch Gewinne, die nach mehr als vier Jahren nach der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs entstehen, wieder aufgefüllt wird, und 7. Einen ausdrücklichen Hinweis bei Abschluss des Vertrags auf die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 5 S. 3 und 4 KWG a.F., mithin darauf, dass nachträglich die Teilnahme am Verlust nicht zum Nachteil des Instituts geändert, der Nachrang nicht beschränkt und die Laufzeit und die Kündigungsfrist nicht verkürzt werden kann, ferner dass ein vorzeitiger Rückerwerb oder eine anderweitige Rückzahlung grds. zu erstatten ist. Nach § 10 Abs. 5 S. 2 KWG a.F. durfte sich allerdings das Institut die fristlose Kündigung der Verbindlichkeit für den Fall vorbehalten, dass eine Änderung der Besteuerung zu Zusatzzahlungen an den Erwerber des Genussrechts führt. siehe MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 17 u. 81.

¹³⁹ *Paul/Stein/Kaltofen*, DStR 2013, 1849, 1850; *Maerker/Ashrafnia*, DB 2014, 2210, 2212.

endigung der Laufzeit der Nennbetrag zurückzuzahlen ist, die Befugnis zum Umtausch in Aktien oder ein Optionsrecht auf Aktien geregelt werden.¹⁴⁰

b) Der Genussrechtsvertrag als Dauerschuldverhältnis

Nach ganz überwiegender Meinung handelt es sich beim Genussrechtsverhältnis um einen Vertrag *sui generis* im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses.¹⁴¹

Aus Praktikabilitätsgründen¹⁴² wird zumeist¹⁴³ ein abstraktes Schuldverhältnis nach § 780 BGB gewählt.¹⁴⁴ Der Genussrechtsvertrag stellt dann keinen Austauschvertrag im Sinne eines Synallagmas, sondern einen einseitig verpflichten-

¹⁴⁰ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 309; vgl. auch Stellungnahme der Bundesregierung vom 05.10.1984, BT-Drucks. 10/2079, S. 8 = DB 1984, 2448; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 64; Großkomm.AktG/*Hirte*, § 221 Rn. 328.; MHdB GesR IV/*Scholz*, § 64 Rn. 76; Auf die Frage der Zulässigkeit aktienähnlicher Genussrechte muss hier nicht eingegangen werden. Position, die materiell der eines Vorzugsaktionärs entspricht., die §§ 139 f. AktG jedoch keine Anwendung finden. Praktisch ist der Streit bedeutungslos, weil Genussrechte in der Regel eine Befristung oder Kündigungsmöglichkeit enthalten und ihre Ansprüche denen der Aktionäre vorgehen. Siehe zur möglichen Ausgestaltung, ausführlich MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 94 ff.

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 330; BGH, Urt. v. 14.6.2016 – II ZR 121/15, NZG 2016, 983, 984; Hüffner/*Koch/Koch*, § 221 Rn. 27; *Rid-Niebler*, Genußrechte, 1989, S. 82; *Pougin*, FS Oppenhoff, 1985, S. 275, 277; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 1998, S. 113 ff. Siehe zum Begriff des Dauerschuldverhältnis eingehend, *Doralt*, Langzeitverträge, 2018, S. 7 ff.

¹⁴² So wird eine Konkurrenz der Ansprüche aus dem Genussrecht und dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis vermieden, die Ansprüche aus dem Kausalverhältnis können zudem grundsätzlich nur von dem ersten Erwerber geltend gemacht werden, *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 21; *Emde*, Genußscheine, 1987, S. 14.

¹⁴³ Ob auch bilaterale Verträge, die als Gegenleistung für die Kapitalhingabe ein mitgliedsähnliches Vermögensrecht gewähren als Genussrecht angesehen werden können ist eine der systemprägenden Grundsatzfragen im Recht der mittelbaren Unternehmensbeteiligung und kann daher hier nicht näher erörtert werden, siehe dazu KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 516.

¹⁴⁴ Siehe bereits *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 21; teilweise wird das abstrakte Schuldverhältnis auch als einzige mögliche Form des Genussrechtsvertrages angesehen, so insb. *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 1931, S. 25 u 27 ff.; *Tacken*, Der gewerkschaftliche Genußschein im Privatrecht, 1938, S. 18 f., 25, 28 ff., 43, 47; *Lutter*, FS Döllner, 1988, S. 383, 390; *Emde*, Genußschein, 1987, S. 13 f.; 100; *Ernst*, Genußschein, 1963, S. 122 ff.; *Hopt/Seibt/Fest*, § 221 AktG Rn. 363 i.V.m. Rn. 773 f.; KölnKomm.AktG/*Florstedt*, § 221 Rn. 525; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 21 f.

den Vertrag dar.¹⁴⁵ Jedenfalls ist der Genussrechtsvertrag schuldrechtlicher Natur und, da er auf wiederkehrende Leistungen ausgerichtet ist, stellt er ein Dauerschuldverhältnis dar.¹⁴⁶

Von einer Mindermeinung wird die Rechtsfigur des Genussrechts allgemein oder zumindest im Fall der vereinbarten Verlustteilnahme verneint: Bei Genussrechten mit Verlustteilnahme handele es sich wegen der umfassenden Erfolgsbeteiligung um eine stille Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB,¹⁴⁷ während Genussrechte mit einem festen und unbedingten Rückzahlungsanspruch als partiarisches Darlehen zu qualifizieren seien.¹⁴⁸ Unterschiede im Hinblick auf die Qualifizierung als Genussrecht bzw. stille Gesellschaft oder partiarisches Darlehen ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Mitwirkungsrechte wie das Kontrollrecht nach § 233 HGB und die Anwendung des AGB-Rechts.¹⁴⁹ *Habersack* zufolge liegt der für das Vorliegen einer Gesellschaft notwendige gemeinsame Zweck in der Verlustteilnahme.¹⁵⁰ Die Verlustteilnahme sei demzufolge ein zwingendes Indiz für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft.¹⁵¹ Aufgrund der Leitbildfunktion der Vorschriften über die stille Gesellschaft gehe diese auch einer Charakterisierung des Verhältnisses als Genussrechtsvertrag vor.¹⁵²

Zwar ist die Tatsache, dass Genussrechte mit Verlustteilnahme eine sachliche Nähe zur stillen Gesellschaft haben, nicht zu leugnen.¹⁵³ Allein die Beteiligung am Verlust und das damit verbundene größere Interesse an einer Gewinner-

¹⁴⁵ Bei Finanzierungsgenusssscheinen kommt als Kausalgeschäft vor allem ein Rechtskaufvertrag in Betracht, denkbar ist aber auch ein partiarisches Darlehen oder sogar das Vorliegen einer stillen Gesellschaft, *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 22; gegen die Annahme einer stillen Gesellschaft aber ausdrücklich *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 1931, S. 28.

¹⁴⁶ So bereits *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 24.

¹⁴⁷ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 88 ff.; *Habersack*, ZHR 1991, 378, 394; a.A. BGH, Urt. v. 21.7.2003 – II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 42 ff., *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 15 ff; 22; *Stöber*, NZG 2017, 1401, 1404.

¹⁴⁸ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 87 ff.; *Habersack*, ZHR 1991, 378, 394 ff.; Schmidt/Lutter/*Merkt*, § 221 Rn. 47 f.; *Meilicke*, BB 1987, 1609, 1611 f.; *Meilicke*, BB 1989, 465 f.; GHEK/*Karollus*, § 221 Rn. 277 ff.;

¹⁴⁹ *Grigoleit/Rieder/Holzmann*, § 221 Rn. 23; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 254 ff.

¹⁵⁰ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 89.

¹⁵¹ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 89; Staub HGB/*Harbarth*, 5. Aufl., § 230 HGB Rn. 23; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 1843: „Wer außer am Gewinn auch am Verlust beteiligt ist, kann nur Gesellschafter sein.“

¹⁵² MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 89.

¹⁵³ MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 88; *Habersack*, ZHR 1991, 378, 394 ff.; *Schön*, ZGR 1993, 210, 234; *Schön*, JZ 1993, 925, 929 f.; Schmidt/Lutter/*Merkt*, § 221 Rn. 45.

wirtschaftung bzw. genauer das größere Interesse daran, dass gerade kein Verlust entsteht, lässt jedoch noch nicht auf einen gemeinsamen Zweck schließen.¹⁵⁴ Sicherlich mag die Unterscheidung zwischen Genussrechten und stiller Gesellschaft schwierig sein, aber den Parteien muss es im Sinne der Privatautonomie gerade möglich sein zu entscheiden, wie weit die Beteiligung an der Gesellschaft reichen soll, auch wenn eine Verlustteilnahme vereinbart worden ist.¹⁵⁵

Da § 221 AktG nur auf Institute in Form der Aktiengesellschaft Anwendung findet, ist auch nur bei dieser Rechtsform zur Begründung des Genussrechtsverhältnisses ein Beschluss der Hauptversammlung notwendig.¹⁵⁶

c) Rechten und Pflichten des Genussrechtsinhabers

Wie bereits festgestellt sind Genussrechte schuldrechtlicher und nicht kooperationsrechtlicher Natur und begründen folglich keine Mitgliedschaft.¹⁵⁷ Demnach haben die Genussrechtsinhaber auch keine Verwaltungsrechte, insbesondere keine Stimmrechte inne.¹⁵⁸ Nach der ganz überwiegenden Meinung stehen ihnen auch keine Anfechtungsrechte zu.¹⁵⁹ Ihnen bleibt nur möglich, Informationsrechte wie die Teilnahme an der Hauptversammlung ohne Rede- und Antragsrecht oder die Einsichtnahme in den Jahresabschluss usw. zu vereinbaren.¹⁶⁰

Aus dem vertraglichen Dauerschuldverhältnis können Ersatzansprüche der Genussrechtsinhaber gegen das Institut gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB

¹⁵⁴ Ganz herrschende Meinung, vgl. nur *Ernst*, Genußschein, 1963, S. 108 ff., 118 f.; *Rid-Niebler*, Genussrechte, 1989, S. 81; *Feddersen/Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 1992, S. 18 f.; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 15 ff.; *Sethe*, AG 1993, 293, 297.

¹⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Vollmer*, ZGR 1983, 445, 450.

¹⁵⁶ Institute in der Rechtsform der GmbH unterliegen keinen gesellschaftsrechtlichen Restriktionen, allerdings wird auch dort der Beschluss der Gesellschafterversammlung in aller Regel als erforderlich angesehen, *Scholz/Seibt*, § 14 Rn. 69 f.; **a.A.** *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, § 55 Rn. 61, aber § 221 Abs. 3 AktG analog.

¹⁵⁷ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 309 f.; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 64; *Frantzen*, Genußscheine, 1993, S. 9 ff.; *Hüffer/Koch/Koch*, § 221 Rn. 26.

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 316.

¹⁵⁹ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 316; teilw. **a.A.** *Hirte*, ZIP 1988, 477, 489; *Vollmer/Lorch*, ZBB 1992, 44, 49 f.

¹⁶⁰ *Hüffer/Koch/Koch*, § 221 Rn. 26; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 119 f.; *Lutter*, ZGR 1993, 291, 295.

erwachsen.¹⁶¹ Damit der Genussrechtsinhaber in Bezug auf seinen Ausschüttungsanspruch nicht im Ungewissen bleibt, wird auf der Rechtsgrundlage der §§ 666, 681, 687 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 BGB ein Rechenschaftsanspruch hergeleitet.¹⁶² Zudem kann der Genussrechtsinhaber Einsichtnahme in die Buchführung und Einzelerläuterung von Rechnungspositionen verlangen, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Vergütungsanspruch durch unzulässige Rücklagenbildung oder sonst rechtsmissbräuchliches Verhalten gezielt vereitelt werden soll.¹⁶³

d) Abgrenzung zur stillen Beteiligung

Wie dargestellt, werden stille Beteiligungen durch Gesellschaftsvertrag begründet und eine Verbriefung der Rechte ist nicht möglich.¹⁶⁴ Demgegenüber werden Genussrechte durch Genussrechtsvertrag als rein schuldrechtliches Kapitalüberlassungsverhältnis begründet; den Genussrechtsinhabern werden also keine gesellschaftertypischen Mitwirkungs- und Kontrollrechte gewährt. Zudem können Genussrechte durch Genussscheine verbrieft werden.¹⁶⁵ Ein weiterer Unterschied liegt in der uneingeschränkten Fungibilität der Genussrechte,¹⁶⁶ da bei der stillen Gesellschaft als Personengesellschaft die Übertragung der Stellung als stiller Gesellschafter auf einen Dritten der Zustimmung des Betreibers des Handelsgewerbes bedarf.¹⁶⁷

¹⁶¹ BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 – Klöckner, BGHZ 119, 305, 330 ff.; Hüffer/Koch/Koch, § 221 Rn. 27 u. 65a.

¹⁶² BGH, Urt. v. 14.06.2016 – II ZR 121/15, NZG 2016, 983 Rn. 11 ff.; *Florstedt*, ZIP 2017, 49, 52 ff.; *Pöschke*, DB 2016, 2219 ff.

¹⁶³ BGH, Urt. v. 14.06.2016 – II ZR 121/15, NZG 2016, 983 Rn. 18 f.; *Stöber*, NZG 2017, 1401, 1406.

¹⁶⁴ Siehe nur *Gabler Banklexikon/Korte*, S. 620; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, § 230 Rn. 53.

¹⁶⁵ Siehe nur *Ernst*, AG 1967, 75, 77 ff.; *Gehling*, WM 1992, 1093, 1093 ff.; MünchKomm.AktG/*Habersack*, § 221 Rn. 65; *Hammen*, DB 1988, 2549 ff.; *Schmidt/Lutter/Merkt*, § 221 Rn. 45; *Grigoleit/Rieder/Holzmann*, § 221 Rn. 20; *Spindler/Stilz/Seiler*, § 221 Rn. 24.

¹⁶⁶ *Hopt/Seibt/Fest*, § 221 AktG Rn. 342; *J. Hellwig*, Verlustausgleich und Risikotragung, 2019, S. 50.

¹⁶⁷ *Oetker/Wedemann*, § 230 Rn. 99; *Blaurock/Blaurock*, Rn. 10.29 ff. Um eine Fungibilität zu gewährleisten werden in der Praxis vor allem Zweckgesellschaften eingesetzt, die als stiller Gesellschafter fungieren und die von ihnen zu leistende Einlage durch Ausgabe von handelbaren Schuldverschreibungen finanzieren, ausführlich *M. Otto*, GS Bosch 2006, S. 175, 180 ff.; *Böger/Heidorn/Graf Waldstein*, Die Bank 2000, 602, 603. Daneben können auch Banken oder Wertpapierfirmen als stiller Gesellschafter auftreten und als Intermediär die Ausgabe der Schuldverschreibungen übernehmen, vgl. *M. Otto*, GS Bosch, 2006, S. 175, 181 f.

Sowohl der stille Beteiligte als auch der Genussrechtsinhaber verpflichten sich, dem Unternehmen vorübergehend einen bestimmten Kapitalbetrag zu überlassen.¹⁶⁸ Als Gegenleistung erhält der stille Beteiligte bzw. der Genussrechtsinhaber eine Vergütung, die sich in der Regel an dem Gewinn des Unternehmens – ausgewiesen im handelsrechtlichen Jahresabschluss – orientiert oder von diesem abhängig ist.¹⁶⁹ In Bezug auf stille Beteiligungen ist eine solche Gewinnbeteiligung nach § 231 Abs. 2 HS. 2 HGB zwingend, bei Genussrechten hingegen ist sie optional.

Sowohl Genussrechte, als auch stille Beteiligungen können mit oder ohne Verlustteilnahme ausgestaltet werden.¹⁷⁰ Bei den von den Instituten emittierten stillen Beteiligungen bzw. Genussrechten wurde in der Regel eine Verlustbeteiligung vereinbart, da eine solche Beteiligung dann zu Gunsten des Instituts gemäß § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F.¹⁷¹ als sog. hartes Kernkapital aufsichtsrechtliches Eigenkapital darstellten.¹⁷²

Aufgrund der jeweiligen Gestaltungsfreiheit¹⁷³ können sich die beiden Hybridkapitalien also sehr ähnlich sein, eine Abgrenzung ist im Übrigen höchst umstritten,¹⁷⁴ jedoch vorliegend nicht weiter von Bedeutung. Daher erfolgt in der Untersuchung auch grundsätzlich eine gemeinsame Betrachtung dieser beiden Hybridkapitalien; an den entscheidenden Stellen wird auf die Unterschiede verwiesen.

3. Das der Untersuchung zugrundeliegende Hybridkapital

In die folgende Untersuchung einbezogen werden zum einen stille Beteiligungen mit Verlustteilnahme, wobei stille Beteiligungen stets gewinnorientiert sind,

¹⁶⁸ Statt aller Henssler/Strohn/Hermanns, § 221 AktG Rn. 8; Spindler/Stilz/Seiler, § 221 Rn. 22 ff.; Stöber, NZG 2017, 1401.

¹⁶⁹ Statt aller Gabler Banklexikon/Korte, S. 1313; Stöber, NZG 2017, 1401.

¹⁷⁰ Siehe zu Genussrechten nur Henssler/Strohn/Hermanns, § 221 AktG Rn. 8; in Bezug auf stillen Beteiligungen ergibt sich dies bereits aus § 231 Abs. 1, 2 HS. 1 HGB.

¹⁷¹ Bei Genussrechten, die vor dem 01.01.2014 emittiert worden sind.

¹⁷² So ausdrücklich Fest, WM 2019, 1093; Gaber, WM 2018, 105, 106; Schmidberger, BKR 2017, 309, 310; zur aufsichtsrechtlichen Anerkennungsfähigkeit der Vorsorgereserve, siehe ausführlich Waschbusch/Blaß/Berg, BKR 2018, 450 ff.

¹⁷³ Siehe zur Gestaltungsfreiheit von stillen Beteiligungen: Blaurock/Blaurock, Rn. 4.24.; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock, § 230 Rn. 16; Staub/Harbarth, § 230 Rn. 64. Siehe zur Gestaltungsfreiheit von Genussrechten: MünchKomm.AktG/Habersack, § 221 Rn. 94 ff.; Großkomm.AktG/Hirte, § 221 Rn. 328.; MHdB GesR IV/Scholz, § 64 Rn. 76.

¹⁷⁴ Siehe hierzu § 2 II. 2. d).

d.h. ihre Verzinsung ist variabel und bemisst sich nach dem jeweiligen Unternehmensgewinn.

Zum anderen werden Genussrechte einbezogen, die ebenfalls am Verlust teilnehmen und die entweder gewinnorientiert sind, d.h. ihre Verzinsung ist variabel und bemisst sich nach dem Unternehmensgewinn, oder aber gewinnabhängig sind, denen also ein vereinbarter Festzins zugrunde liegt, welcher unter dem Ergebnisvorbehalt steht, dass ein entsprechender Gewinn erzielt worden ist oder durch die Auszahlung ein Bilanzverlust weder entstehen noch vergrößert würde.¹⁷⁵

Im Rahmen dieser Typisierung können sich weitere Gestaltungsmöglichkeiten ergeben. So kann beispielweise als Bezugsgröße auf den Bilanzgewinn oder den Jahresüberschuss abgestellt werden.¹⁷⁶

Im Folgenden sollen daher einige der in der Bankenpraxis verwendeten typischen Klauseln für stille Beteiligungen und Genussrechte vorgestellt werden, wobei die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch Unterstreichen hervorgehoben sind.

a) Ausschüttungsklauseln

Wie dargestellt sind stille Beteiligungen stets gewinnorientiert, d.h. die Ausschüttung ist variabel und vom Gewinn abhängig. Im Rahmen von Genussrechten kann hingegen auch eine feste, gewinnunabhängige Verzinsung vereinbart werden kann. In die Untersuchung einbezogen werden allerdings nur die in der Praxis relevanten gewinnorientierten und gewinnabhängigen Genussrechte, das heißt solche, deren Ausschüttung variabel ist und sich nach dem Gewinn bemisst oder denen eine feste Verzinsung zugrunde liegt, welche aber entfällt, wenn der Jahresüberschuss bzw. Bilanzgewinn nicht in der erforderlichen Höhe erwirtschaftet wurde oder sogar ein Jahresfehlbetrag bzw. Bilanzverlust vorliegt.¹⁷⁷ Hierbei ist insbesondere zu beobachten, dass einige Hybridkapitalien an den „Jahresüberschuss“ und andere an den „Bilanzgewinn“ knüpfen.

Des Weiteren zeigen viele Verträge Vorrangregelungen dahingehend, dass die Ausschüttung auf das Hybridkapital einer Ausschüttung auf das Stammkapital des Instituts und der Dotierung von Rücklagen vorgeht.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Siehe hierzu bereits oben unter § 2 II. 2.

¹⁷⁶ Siehe hierzu unter § 2 II. 2.

¹⁷⁷ Siehe zu den typischen Klauseln Genuss Scheinen auch *Löw, WM 2020, 625*.

¹⁷⁸ Siehe zu den typischen Klauseln Genuss Scheinen auch *Löw, WM 2020, 625*.

Dies zeigen beispielhaft die folgenden Klauseln:

In § 2 des stillen Beteiligungsvertrags der Landesbank Schleswig-Holstein¹⁷⁹ aus dem Jahr 2000¹⁸⁰ wurde der Anspruch auf Ausschüttung an das Fehlen eines Jahresfehlbetrags geknüpft. Zudem wird bestimmt, dass die Ausschüttung an die stillen Beteiligten einer Ausschüttung auf das Stammkapital und der Dotierung von Rücklagen vorgeht.

§ 2 Gewinneteiligung

(1) Der stille Gesellschafter erhält vorbehaltlich des § 2 Absatz 5 dieses Vertrages für jedes Geschäftsjahr der Bank eine Vergütung für die in § 1 dieses Vertrages genannte stille Einlage.

a) Für die erste Vergütungsperiode von dem Anfangsdatum bis zum 31.12.2012 beträgt der Vergütungssatz 7,715 v.H. p.a. des Einlagennennbetrages.

b) Für die weiteren Vergütungsperioden von jeweils 10 Jahren wird der Vergütungssatz jeweils am zweiten Bankarbeitstag („Vergütungsermittlungstag“) vor Beginn einer neuen Vergütungsperiode errechnet. Berechnungsgrundlage ...¹⁸¹

(2) ...

(3) ...

(4) Der Vergütungsanspruch des stillen Gesellschafters entsteht mit Ablauf des Geschäftsjahres. Die Vergütung der Einlage des stillen Gesellschafters für ein abgelaufenes Geschäftsjahr ist jeweils am 02.07. des Folgejahres unter der Bedingung fällig und zu zahlen, dass der Jahresabschluss der Bank für das abgelaufene Geschäftsjahr vorher festgestellt ist; andernfalls ist die Vergütung am ersten Bankgeschäftstag nach Feststellung des Jahresabschlusses für das abgelaufene Geschäftsjahr fällig.

(5) a) Der Anspruch auf die Vergütung entfällt, wenn und soweit durch sie ein Jahresfehlbetrag – wie nachfolgend definiert – entstehen oder erhöht würde oder die stille Einlage des stillen Gesellschafters nach einer Herabsetzung gem. § 3 Abs. 1 dieses Vertrages noch nicht wieder gem. § 3 Abs. 2 dieses

¹⁷⁹ Rechtsnachfolgerin der Landesbank Schleswig-Holstein ist die Hamburg Commercial Bank AG, welche auch in dem Prozess vor dem OLG Schleswig Beklagte war.

¹⁸⁰ Klausel aus den stillen Beteiligungsverträgen im Fall des OLG Schleswig, Urt. v. 03.05.2019 – 9 U 83/18, WM 2019, 1166.

¹⁸¹ Hier ist nun die vergütungsabhängige Ausschüttung geregelt.

Vertrages auf den Nennbetrag aufgefüllt ist. Die Bank ist nicht verpflichtet, stille Reserven aufzudecken, um einen Jahresfehlbetrag zu vermeiden oder um eine ungekürzte Vergütung nach § 2 Abs. 1 dieses Vertrages zu gewährleisten. Ein Jahresfehlbetrag ist gegeben, wenn die von einer internationalen und vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred“) anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geprüfte Gewinn- und Verlustrechnung der Bank für das vergangene Geschäftsjahr einen Jahresfehlbetrag ausweist.

b) Der Vergütungsanspruch entfällt, wenn zum Zeitpunkt, zu dem der Anspruch fällig wäre, wegen drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit und/oder wegen Überschuldung ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Bank gestellt ist oder das BAKred von seinen in den §§ 45, 46a und 47 Kreditwesengesetz („KWG“) genannten Befugnissen Gebrauch macht.

(6) Zahlungen von Vergütungen auf die stille Einlage gehen einer Ausschüttung auf das Stammkapital der Bank und der Dotierung ihrer Rücklagen vor, stehen jedoch im Nachrang zu Ausschüttungen auf gegenwärtig und künftig aufgenommenes Genussrechtskapital i.S.v. § 10 Abs. 5 KWG und nachrangiges Haftkapital i.S.v. § 10 Abs. 5a KWG.

Demgegenüber knüpfen die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2004 (WKN 273119)¹⁸² an das Fehlen eines Bilanzverlusts an:

§ 2

(2) *Die Ausschüttung auf die Genussscheine ist dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf.*

b) Verlustbeteiligungsklauseln

Auch in Bezug auf die Verlustbeteiligung wird parallel zu der Ausschüttung teilweise auf den Jahresfehlbetrag und teilweise auf den Bilanzverlust abgestellt. Zudem wird in der Regel die Ausgestaltung der Verlustbeteiligung erörtert. So wird der Rückzahlungsanspruch durch die Verlustbeteiligung vermindert und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussrechtskapital, jedoch ohne andere

¹⁸² Genussscheine WKN 273119 aus dem Jahr 2004, begeben von der IKB, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118.

nachrangige Verbindlichkeiten) und im Verhältnis ihres Buchwerts zur Summe aller am Verlust teilnehmenden Kapitalanteile des Instituts. In einer mathematischen Formel kann dies folgendermaßen ausgedrückt werden:¹⁸³

Rückzahlungsanspruch nach Verlustbeteiligung in % =

$$\text{Rückzahlungsanspruch vor Verlustbeteiligung in \%} \times \left(1 - \frac{\text{Bilanzverlust}}{\text{Eigenkapital (einschließlich Genussrechtskapital)}} \right)$$

Ein Verlustvortrag wird teilweise explizit ausgeschlossen oder nicht erwähnt. Im Folgenden sollen einige Klauseln beispielhaft aufgezeigt werden:

Der stille Beteiligungsvertrag der Landesbank Schleswig-Holstein¹⁸⁴ aus dem Jahr 2000¹⁸⁵ stellt für die Verlustteilnahme auf den Jahresfehlbetrag ab. Zudem wird die Verlustteilnahme auf die Vermögenseinlage beschränkt.

§ 3 Verlustteilnahme, stille Reserven

(1) An einem Jahresfehlbetrag nimmt der stille Gesellschafter im Verhältnis des Buchwerts seiner stillen Einlage zur Summe der Buchwerte aller am Verlust teilnehmenden Haftkapitalanteile teil.

Nachrangiges Haftkapital i.S.v. § 10 Abs. 5a KWG nimmt am Jahresfehlbetrag nicht teil.

Das bedeutet, dass alle stillen Gesellschafter, alle Inhaber von Genussrechten und die Kapitaleigner der Bank mit dem gleichen Prozentsatz des Buchwertes ihrer Einlage bzw. ihrer Rückzahlungsansprüche oder des sonstigen ausgewiesenen Eigenkapitals teilnehmen.

Die Verlustteilnahme des stillen Gesellschafters ist auf seine Vermögenseinlage beschränkt.

¹⁸³ Siehe nur OLG Düsseldorf, Urte. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118, 2120.

¹⁸⁴ Rechtsnachfolgerin der Landesbank Schleswig-Holstein ist die Hamburg Commercial Bank AG, welche auch in dem Prozess vor dem OLG Schleswig Beklagte war.

¹⁸⁵ Klausel aus den stillen Beteiligungsverträgen im Fall des OLG Schleswig, Urte. v. 03.05.2019 – 9 U 83/18, WM 2019, 1166, 1172.

Die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2004 (WKN 273119)¹⁸⁶ knüpfen die Verlustbeteiligung hingegen an den Bilanzverlust an und beschreiben die Ausgestaltung der Verlustteilnahme:

§ 4

(1) Die Genussscheine nehmen an einem etwaigen Verlust (Bilanzverlust) in voller Höhe durch Verminderung ihrer Rückzahlungsansprüche, und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten), teil.

Auch die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2005 (WKN A0GF75)¹⁸⁷ knüpfen die Verlustbeteiligung an den Bilanzverlust und beschreiben die Ausgestaltung der Verlustteilnahme:

§ 6 Verlustbeteiligung

Verlustbeteiligung: An einem Bilanzverlust nehmen die Kumulativen Genussscheine im Verhältnis ihres Buchwerts zum Gesamtbuchwert aller am Bilanzverlust teilnehmenden Kapitalanteile der Bank und untereinander gleichrangig durch Herabsetzung ihres Rückzahlungsanspruchs teil.

Ebenso knüpfen die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2006 (WKN 273142)¹⁸⁸ an den Bilanzverlust und stellen zudem klar, dass Verlustvorträge aus den Vorjahren in bestimmten Fällen außer Betracht bleiben.

§ 4

(1) Die Genussscheininhaber nehmen an einem etwaigen Verlust (Bilanzverlust) in voller Höhe durch Verminderung ihrer Rückzahlungsansprüche, und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne an-

¹⁸⁶ Genussscheine WKN 273119 aus dem Jahr 2004, begeben von der IKB, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118 f.

¹⁸⁷ Genussscheine WKN A0GF75 aus dem Jahr 2005, begeben von der IKB über die ProPart Funding als Finanzierungsvehikel, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118 f.

¹⁸⁸ Genussscheine WKN 273142 aus dem Jahr 2006 begeben von der IKB, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118 f.

dere nachrangige Verbindlichkeiten), teil. Bei einer Kapitalherabsetzung zur Deckung eines Bilanzverlustes vermindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers in demselben Verhältnis, wie das Grundkapital herabgesetzt wird. Verlustvorträge aus den Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht.

c) Wiederauffüllungsklauseln

Gemäß den in der Bankenpraxis verwendeten Klauseln ist während der Laufzeit des Hybridkapitals eine Wiederauffüllung des herabgesetzten Hybridkapitals bis zum Einlagennennbetrag vorgesehen, welche dadurch begrenzt ist, dass durch sie kein Jahresfehlbetrag bzw. Bilanzverlust entstehen oder erhöht werden darf. Ebenso wie bei der Ausschüttung kann auch hier geregelt werden, dass Auffüllungen des Hybridkapitals einer Auffüllung auf das Stammkapital und der Dotierung von Rücklagen (mit Ausnahme der gesetzlichen Rücklage) des Instituts vorgehen. Zudem wird häufig geregelt, dass die, um eine etwaige Herabsetzung verminderte, Einlage in jedem Folgejahr während der Laufzeit zunächst bis zum Einlagennennbetrag aufzufüllen ist, wenn und soweit hierdurch kein neuer Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht würde.¹⁸⁹

Im Folgenden sollen dies einige Klauseln beispielhaft dokumentieren:

Der stille Beteiligungsvertrag der Landesbank Schleswig-Holstein¹⁹⁰ aus dem Jahr 2000¹⁹¹ stellt in Bezug auf die Wiederauffüllung auf die fehlende Entstehung oder Erhöhung eines Jahresfehlbetrags ab. Zudem wird ein Vorrang der Wiederauffüllung der stillen Einlage vor einer Auffüllung auf das Stammkapital und der Dotierung von Rücklagen bestimmt.

§ 3 Verlustteilnahme, stille Reserven

(2) Die um eine etwaige Herabsetzung verminderte stille Einlage ist in jedem Folgejahr während der Laufzeit zunächst wieder bis zum Einlagennennbetrag aufzufüllen, jedoch nur dann, wenn und soweit hierdurch kein neuer Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht würde. Auffüllungen auf die stille

¹⁸⁹ Siehe zu den typischen Klauseln Genussscheinen auch Löw, WM 2020, 625.

¹⁹⁰ Rechtsnachfolgerin der Landesbank Schleswig-Holstein ist die Hamburg Commercial Bank AG, welche auch in dem Prozess vor dem OLG Schleswig Beklagte war.

¹⁹¹ Klausel aus den stillen Beteiligungsverträgen im Fall des OLG Schleswig, Urt. v. 03.05.2019 – 9 U 83/18, WM 2019, 1166, 1172.

Einlage nach einer Herabsetzung gehen einer Auffüllung auf das Stammkapital und Dotierungen von Rücklagen der Bank vor. Im Verhältnis zu anderen Kapitalgebern i.S.v. § 10 Abs. 4 und Abs. 5 KWG erfolgt die Auffüllung unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 1 dieses Vertrages in der gleichen Reihenfolge und im gleichen Verhältnis wie die Teilnahme am Verlust.

Die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2004 (WKN 273119)¹⁹² stellen auf das Vorliegen von Jahresüberschüssen ab und bestimmen in Bezug auf den Vorrang der Wiederauffüllung der Genussscheine lediglich, dass diese vor einer anderweitigen Verwendung der Jahresüberschüsse vorzunehmen sind.

§ 4

(2) Werden nach einer Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust in den folgenden Geschäftsjahren Jahresüberschüsse erzielt, so sind aus diesen – nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklage – die Rückzahlungsansprüche bis zum Nennbetrag der Genussscheine zu erhöhen, bevor eine anderweitige Verwendung der Jahresüberschüsse vorgenommen wird. Diese Verpflichtung besteht nur während der Laufzeit der Genussscheine.

Die Genussscheine der IKB aus dem Jahr 2005 (WKN A0GF75)¹⁹³ setzen für die Wiederauffüllung voraus, dass kein Jahresfehlbetrag entsteht oder erhöht wird und bestimmen ebenfalls einen Vorrang der Wiederauffüllung vor der Rückführung des Stammkapitals und der Einstellung in Rücklagen.

§ 6 Verlustbeteiligung

(3) Gutschrift nach Verlustbeteiligung: Nach einer Herabsetzung wird der Buchwert der Kumulativen Genussscheine in jedem der Herabsetzung nachfolgenden Geschäftsjahr der Bank bis zum Ablauf der Besserungsperiode bis zur vollständigen Höhe ihres Nennbetrages wieder hochgeschrieben, soweit hierdurch kein Jahresfehlbetrag entsteht oder erhöht würde.

¹⁹² Genussscheine WKN 273119 aus dem Jahr 2004, begeben von der IKB, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118 f.

¹⁹³ Genussscheine WKN A0GF75 aus dem Jahr 2005, begeben von der IKB über die ProPart Funding als Finanzierungsvehikel, OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – I-6 U 23/19, WM 2020, 2118 f.

Die Gutschrift nach einer Herabsetzung geht der Rückführung des Stammkapitals und Einstellungen in die Rücklagen (mit Ausnahme der gesetzlichen Rücklage) der Bank und, gemäß den Bedingungen der bestehenden stillen Beteiligungen an der Bank, die in den Jahren 2002 und 2004 ausgegeben wurden, der Rückführung von Kapital, das aufgrund dieser stillen Beteiligungen bereitgestellt wurde, vor. Im Verhältnis zu anderen Kapitalgebern nach § 10 (4) KWG (Vermögenseinlagen stiller Gesellschafter) erfolgt die Rückführung des Buchwerts der Kumulativen Genussscheine vorrangig, wenn die Bedingungen dieser Kapitalanlagen dies vorsehen. Ist dies nicht der Fall und gegenüber anderen Kapitalgebern nach § 10 (5) KWG (Genussrechte) erfolgt die Gutschrift gemäß diesem § 6 (3) in der gleichen Reihenfolge und im gleichen Verhältnis wie die Verlustbeteiligung.

§ 3 Historische Entwicklung der §§ 340f, 340g HGB

Im Folgenden wird die Entstehung der §§ 340f und 340g HGB mittels eines historischen Abrisses zur Bildung von stillen und offenen Reserven vorgestellt, um auf diesen nachfolgend Bezug nehmen zu können.

I. Rechtslage vor Umsetzung der EG-Bankbilanzrichtlinie

Die §§ 340f, 340g HGB beruhen auf der Umsetzung der Art. 37, 38 der europäischen Bankbilanzrichtlinie.¹⁹⁴

Die in § 340f HGB geregelte stille Vorsorge steht dabei in der Tradition der deutschen Rechnungslegung¹⁹⁵ und liegt auf einer Linie mit dem Vertrauen in den ehrbaren Kaufmann.¹⁹⁶ Demgegenüber war die in § 340g HGB geregelte offene Risikovorsorge bei Erlass der BaBiRL im Jahr 1986 vor allem im angelsächsischen Raum sowie in der internationalen Rechnungslegung üblich.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Richtlinie des Rates über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten v. 8.12.1986 (86/635/EWG), ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1986, S. 1; im Folgenden: BaBiRL.

¹⁹⁵ *Prahl*, WPg 1991, 438.

¹⁹⁶ *Löw*, WM 2020, 625, 626: siehe hierzu auch die Auseinandersetzung über stille versus offene Reserven, beispielweise bei *Stützel*, ZfgK 1959, 460 als Befürworter offener Reserven und *Köllhofer*, Die Bank 1986, 552 als Befürworter stiller Reserven. Siehe auch *Süchting*, DBW 1981, 207.

¹⁹⁷ *Löw*, WM 2020, 625, 626: ähnlich *Claussen*, DB 1991, 1129, 1132.