

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung 19

A. Anlass und Relevanz der Arbeit	19
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	20

Kapitel 2

Der Sonderposten gem. § 340g HGB im Geflecht zwischen Bankaufsichts-, Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht 22

A. Legislative Vorgaben zu § 340g HGB	22
I. Europäische Bankbilanzrichtlinie	22
II. Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber	23
1. Bildung zu Lasten des Ergebnisses	23
2. Transparenz	24
3. Zwingende Bildung gem. § 340e Abs. 4 HGB	24
4. Kompetenz der Geschäftsleitung	25
B. Bankaufsichtsrecht	26
I. Regulierungsrahmen	26
1. Europäische Vorgaben	26
2. Nationale Vorgaben	27
a) KWG	28
b) MaRisk	28
c) SolvV	29
II. Aufsicht	29
1. Europäische Aufsicht	30
2. Nationale Aufsicht	30
a) Zuständigkeiten	30
b) Eingriffsinstrumente	31
III. Risikovorsorge im Spannungsverhältnis zu Ausschüttungsinteressen	32
1. Risikomanagement	32
a) Risikotragfähigkeit	33

b) Geschäfts- und Risikostrategie	33
2. Eigenkapital	35
a) Definition und Funktion des Eigenkapitals	35
b) Bilanzielles Eigenkapital	37
aa) Definition	37
bb) Zweck	37
c) Aufsichtsrechtliches Eigenkapital	38
aa) Definition	38
bb) Zweck	39
cc) Möglichkeiten zur Bildung	39
d) Ökonomisches Eigenkapital	40
3. Fazit	40
C. Rechnungslegungsrecht	41
I. Rechtsquellen des handelsrechtlichen Jahresabschlusses	41
II. Inhalt und Bedeutung des Jahresabschlusses	43
III. Kompetenzen bei der Erstellung eines Jahresabschlusses	45
1. Aufstellung	45
2. Feststellung	47
a) Aktiengesellschaft	47
aa) Zuständigkeit	47
bb) Einflussmöglichkeiten	48
b) Sparkassen	50
aa) Zuständigkeit	50
bb) Einflussmöglichkeiten	50
c) Eingetragene Genossenschaft	53
aa) Zuständigkeit	53
bb) Einflussmöglichkeiten	53
3. Gewinnverwendungsbeschluss	54
a) Aktiengesellschaft	54
b) Sparkassen	55
c) Eingetragene Genossenschaften	55
4. Zwischenergebnis	55
IV. Kontrolle des Jahresabschlusses	56
1. Abschlussprüfungspflicht	56
2. Vorlage an die Aufsichtsbehörden	57

Kapitel 3

Gefahr extensiver Dotierung gem. § 340g HGB	58
A. Eigentümer und Träger	58
I. Theoretische Gefahr	58
1. Spannungsverhältnis	58
2. Entschärfung	59
a) Einflussmöglichkeiten	59
b) Vereinbarkeit der Interessen	60
3. Fazit	61
II. Beispiel aus der Praxis	62
B. Hybridkapitalgeber	63
I. Rechtlicher Rahmen	63
1. Genussscheine	63
2. Stille Gesellschaft	65
II. Maßstab der Auslegung	65
1. Genussscheine	65
2. Stille Gesellschaft	66
III. Verhältnis zu Dotierungen gem. § 340g HGB	66
1. Zinsansprüche	66
a) Auslegung	66
b) Verhältnis zu Maßnahmen der Gewinnverwendung	67
c) Verhältnis zu Dotierungen gem. § 340g HGB	68
2. Verlustteilnahme	69
3. Wiederauffüllungsansprüche	70
a) Anknüpfung an „Gewinnverwendung“ oder „vor einer anderweitigen Verwendung des Jahresüberschusses“	70
b) Anknüpfung an Rücklagen	70
IV. Theoretische Gefahr	71
V. Beispiele aus der Praxis	72
1. HSH Nordbank AG	72
2. IKB Deutsche Industriebank AG	73

Kapitel 4

Verfassungswidrige Umgehung der Kompetenzordnung?	75
A. Schutzbereich	75
B. Eingriff	76

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	76
I. Legitimes Ziel	77
1. Vorsorge gegen die allgemeinen Bankrisiken	77
a) Wortlaut	77
aa) Gewöhnlichkeit des allgemeinen Branchenrisikos	77
bb) Besonderheit durch die Eigenkapitalstruktur der Institute	79
cc) Fazit	79
b) Systematik	80
aa) Allgemeines Branchenrisiko	80
bb) Berücksichtigung latenter Risiken	80
c) Ergebnis	81
2. Über den Gläubigerschutz hinausgehender Zweck	82
a) Gläubigerschutz durch Schaffung von Verlustdeckungspotential	82
b) Kapitalmarkt- und bankaufsichtsrechtliche Besonderheiten	82
aa) Sonderstellung der Institute	82
(1) Bedeutung für die Wirtschaft	83
(2) Gefahr eines „Bank Runs“	83
bb) Für § 340g HGB zu ziehende Schlussfolgerungen	85
3. Zwischenergebnis	86
II. Geeignetheit	86
1. Zirkelschluss durch aufsichtsrechtliche Einordnung?	87
2. Festlegung von verbindlichen Ober- und Untergrenzen	87
III. Erforderlichkeit	88
1. Einräumung eines Mitsprachrechts	88
2. Materiell engere Vorgaben	88
IV. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	89
D. Ergebnis	89

Kapitel 5

Bilanzielle Einordnung des § 340g HGB	90
A. Verhältnis von § 340g HGB zu § 340f HGB	90
I. Zwei Instrumente zum Erreichen desselben Ziels	90
II. Unterschiede und Wechselwirkungen der Instrumente	92
III. Stellungnahme und Ausblick	93
B. Der Fonds als Rücklage im bilanziellen Sinne	95
I. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	95

II. Gesetzlich geregelte Rücklage	97
1. Diskurs in der Literatur	98
a) Herrschende Literatur	98
aa) Keine Gewinnverwendung	98
bb) Kein bilanzielles Eigenkapital	99
cc) Zwischenergebnis	99
b) Betriebswirtschaftliche Kritik	100
aa) Betriebswirtschaftliche Einordnung	100
bb) Auswirkungen auf die lex lata	101
(1) Kein Eigenkapital trotz Eigenkapitalcharakter	101
(2) Keine Anrechnung auf das Gewinndispositionsrecht trotz Gewinn- verwendung	102
(3) Bezeichnung als Rücklage	103
c) Zwischenergebnis	104
2. Stellungnahme	104
III. Rücklage sui generis?	105
1. Abschließender Charakter?	105
2. Gesetzesauslegung	106
a) Wortlaut	106
aa) Juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers	106
bb) Juristische Fachsprache und allgemeiner Sprachgebrauch	107
cc) Zwischenergebnis	107
b) Historie	108
c) Systematik	108
aa) Materielle Gewinnverwendung	108
(1) Bilanzrechtliches Grundlagengeschäft	109
(2) Übertragbarkeit auf den Sonderposten gem. § 340g HGB	110
bb) Eigenkapitalqualität	110
(1) Bankaufsichtsrechtliche Einordnung	110
(2) Steuerrechtliche Einordnung	112
cc) Zwischenergebnis	113
d) Telos	113
e) Europäische Erwägungen	114
f) Fazit	116
3. Billigkeitserwägungen	117

*Kapitel 6***Gestaltungsmöglichkeiten**

118

A. Individualrechtliche Einflussmöglichkeiten	118
I. Unabdingbarkeit des § 340g HGB	118
1. Wortlaut	118
2. Historie	119
3. Systematik	119
4. Telos	120
5. Zwischenergebnis	121
II. Keine unzulässige Beeinträchtigung von Drittinteressen	121
1. Vertrag zu Lasten Dritter	122
a) Zu Lasten des Instituts	122
b) Zu Lasten der Gläubiger	122
c) Zu Lasten der Aktionäre	123
2. Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB	123
III. Verbot der Vorwegbindung	124
1. Dotierungen gem. § 340g HGB als Leitentscheidungen	125
2. Unzulässige Ermessenseinschränkung	125
IV. Zwischenergebnis	126
B. Statutarische Einflussmöglichkeiten	126
I. Aktiengesellschaft	126
II. Personengesellschaften und GmbH	127
1. Keine Satzungsstrenge	127
2. Zwingender Charakter	128
C. Fazit	128

*Kapitel 7***Grenzen der Bildung des Sonderpostens gem. § 340g HGB**

129

A. Überblick über den Stand der Diskussion	129
I. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	129
1. Spielräume bei der Dotierungsentscheidung	130
2. Überprüfbarkeit	130
3. Grenzen	131
4. Ergebnis	132
II. Bescheid des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen v. 09.06.2016	132
III. Literatur	133

B. „Ermessensspielräume“ bei der Dotierungsentscheidung	136
I. Unbestimmte Rechtsbegriffe	137
1. Auslegung	138
2. Subsumtion	138
II. Prognoseentscheidung	139
1. Einordnung als Prognoseentscheidung	139
2. Überprüfbarkeit	140
a) Beurteilungsspielraum der Verwaltung	140
b) Übertragbarkeit auf das Bilanzrecht	141
c) Schlussfolgerungen für die Prognoseentscheidung des § 340g HGB	142
3. Fazit	142
III. Bilanzielles Wahlrecht	143
C. Gesetzlich vorgegebener Prüfmaßstab	143
I. § 340g HGB als Kopplungsvorschrift	143
II. Materielle Verzahnung von Tatbestand und Rechtsfolge	145
1. Stand der Literatur	145
2. Stellungnahme	145
III. Fazit	146
D. Rechtmäßigkeit	147
I. Tatbestand	147
1. Vernünftige kaufmännische Beurteilung	148
a) Anknüpfungspunkte	148
b) Gesetzesauslegung	148
aa) Wortlaut	148
bb) Historie	148
(1) Vor Einführung des AktG 1965	149
(2) Nach Einführung des AktG 1965	149
(a) § 26a KWG a.F.	149
(b) § 254 Abs. 4 HGB a.F.	150
(aa) Objektivierter Beurteilungsrahmen	150
(bb) Nachvollziehbarkeit	151
(3) Zwischenergebnis	151
cc) Systematik	152
(1) § 340f HGB	152
(2) § 253 Abs. 1 S. 2 HGB	153
(a) Begrenzung durch Objektivierung	153
(b) Konkretisierungsversuche	153
(c) Zwischenergebnis	154
(3) § 341e Abs. 1 S. 1 HGB	155

(4) § 254 Abs. 1 AktG	156
(5) Fazit	157
dd) Telos	157
(1) Praktische Grenze durch das Jahresergebnis?	158
(a) Verursachung eines Vertrauensverlustes	158
(b) Keine Bildung neuer Eigenmittel	159
(c) Fazit	160
(2) Differenzierung nach Systemrelevanz	160
c) Zwischenergebnis	161
2. Notwendigkeit	161
a) Wortlaut	161
b) Historie	162
aa) Überlagerung durch das moderne Aufsichtsrecht	162
(1) Grundüberlegung	162
(2) Stellungnahme	163
bb) Objektivierung mittels Risikomessverfahrens	164
cc) Fazit	165
c) Systematik	166
aa) Herleitung anhand klar definierter Bezugsgrößen	166
bb) Übertragbarkeit der 4 % Grenze des § 340f Abs. 1 S. 2 HGB	166
d) Telos	167
aa) Grenzen durch Treuepflichten	167
(1) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	168
(a) Organschaftliche Treuepflicht	168
(b) Mitgliedschaftliche Treuepflicht	169
(2) Schuldrechtliche Treuepflicht	171
bb) § 340g HGB als ultima ratio	172
cc) Zwischenergebnis	172
e) Europäische Erwägungen	173
3. Konkretisierung der Anforderungen für den Einzelfall	173
a) Risikostrategie	174
b) Objektive Kriterien	174
c) Plausibilisierung	174
II. Rechtsfolge	175
1. Vernünftige kaufmännische Beurteilung	175
2. Zweck der Wahlrechtseröffnung	176
3. Einblicksgebot	177
4. Stetigkeitsgebot	177
5. Ergebnis	178
III. Gesamtergebnis	178

E. Zweckmäßigkeit	179
I. Gesellschaftsinteresse als Richtschnur innerhalb der verbleibenden Spielräume	179
1. Aktiengesellschaft	180
2. Sparkasse	181
3. Eingetragene Genossenschaft	182
4. Fazit	183
II. Haftungsrechtlich geschütztes Ermessen des Vorstands bei Zweckmäßigkeitsent- scheidungen gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	183
1. Legitimation und Bedürfnis eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	184
a) Besonderheit unternehmerischer Entscheidungen	185
b) Gefahr des sog. Hindsight Bias	185
c) Ausgleich für erhöhte Sanktionsrisiken	186
d) Verhinderung risikoaversen Verhaltens	187
2. Bedürfnis eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens bei der Dotierungs- entscheidung gem. § 340g HGB	187
a) Besonderheit unternehmerischer Entscheidungen	187
aa) Prognostischer Charakter	188
bb) Entscheidung unter Zeitdruck	188
b) Gefahr des sog. Hindsight Bias	188
c) Ausgleich für erhöhte Sanktionsrisiken	189
d) Verhinderung risikoaversen Verhaltens	190
e) Fazit	191
3. Übertragbarkeit der Business Judgement Rule auf § 340g HGB	191
a) Unternehmerische Entscheidung	191
aa) Positive Voraussetzungen	191
bb) Negative Voraussetzung: Keine rechtlich gebundene Entscheidung	192
(1) Rechnungslegung als streng legalistischer Bereich?	193
(2) Anwendbarkeit der Business Judgement Rule auf Pflichtaufgaben mit Ermessensspielraum?	193
(a) Generelle Verortung außerhalb des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	194
(b) Stellungnahme	194
(3) Differenzierung zwischen den einzelnen Kategorien des Bilanz- rechts	195
(a) Legal Judgement Rule – Unternehmerisches Ermessen bei der Auslegung von Rechnungslegungsvorschriften	195
(b) Pflichtaufgaben mit Beurteilungsspielraum – Anwendbarkeit der Business Judgement Rule bei Prognosespielräumen	195
(aa) Kein unternehmerisches Ermessen gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	196
(bb) Abweichender Kontrollmaßstab	196

(c) Ermessen bei der Wahlrechtsausübung als unternehmerisches Ermessen gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	197
(4) Fazit	198
b) Handeln zum Wohl der Gesellschaft	198
c) Handeln auf Grundlage angemessener Information	199
aa) Allgemeine Anforderungen	199
bb) Zum Erfordernis erhöhter Anforderungen bei Bilanzentscheidungen ...	200
(1) Möglichkeit des Rückgriffs auf umfassende Informationen bei be- reits abgeschlossenen Sachverhalten	200
(2) Erhöhte Anforderungen aufgrund verminderten Zeitdrucks	201
d) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Erwägungen	201
aa) Allgemeine Anforderungen	201
bb) Vereinbarkeit erfolgsabhängiger Sonderinteressen mit dem Gesell- schaftsinteresse	202
cc) Verfahren bei Interessenkonflikten	203
e) Handeln in gutem Glauben	203
4. Ergebnis	204
III. Auswirkungen des haftungsrechtlich geschützten Ermessens auf die übrigen Kontrollinstanzen	204
1. Abschlussprüfer	204
2. Aufsichtsrat	205
IV. Gesamtergebnis	206

Kapitel 8

Zusammenfassung in Thesen	207
----------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	211
-----------------------------------	-----

Sachverzeichnis	243
------------------------------	-----