

# Inhaltsverzeichnis

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

c) Bildung stiller Reserven für Nichtkapitalgesellschaften nach § 253 Abs. 4 HGB a.F. ....	41
2. Keine Bildung offener Reserven .....	41
II. Die EG-Bankbilanzrichtlinie .....	42
1. Stille Reservenbildung nach Art. 37 BaBiRL .....	42
a) Art. 37 Abs. 2 BaBiRL in der englischen Fassung.....	42
b) Art. 37 Abs. 2 BaBiRL in der deutschen Fassung.....	42
2. Einführung von offenen Reserven nach Art. 38 BaBiRL als Kompromiss .....	43
a) Art. 38 BaBiRL in der englischen Fassung .....	43
b) Art. 38 BaBiRL in der deutschen Fassung.....	43
c) Intention des Richtliniengebers .....	44
III. Rechtslage nach Umsetzung der EG-Bankbilanzrichtlinie.....	46
1. Stille Reserven nach § 340f Abs. 1 HGB .....	46
a) Normgehalt .....	47
b) Abweichungen gegenüber der Richtlinie.....	47
2. Offene Reserven nach § 340g Abs. 1 HGB .....	48
a) Normgehalt .....	48
b) Abweichungen gegenüber der Richtlinie.....	48
c) Spätere Einführung des § 340e Abs. 4 HGB .....	49

## **Zweiter Teil: Die Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB ..... 51**

<b>§ 4 Die Struktur des § 340g Abs. 1 HGB .....</b>	<b>51</b>
I. Unterschiedliches Verständnis von § 340g Abs. 1 HGB .....	52
1. Verständnis nach <i>Gaber</i> .....	52
2. Verständnis nach <i>Geisler</i> .....	52
3. Verständnis nach <i>Casper</i> .....	53
II. Stellungnahme .....	54
III. Ergebnis .....	56

<b>§ 5 Tatbestandliche Voraussetzungen zur Bildung des Sonderpostens nach § 340g Abs. 1 HGB .....</b>	<b>57</b>
I. Kreditinstitute i.S.d. § 340g Abs. 1 HGB .....	57
1. Unternehmen nach § 340 HGB.....	57
a) Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG.....	59
aa) Unternehmen .....	60
bb) Bankgeschäft .....	61
cc) Betreiben.....	62
(1) Gewerbsmäßiges Betreiben eines Bankgeschäfts .....	63
(2) Betreiben eines Bankgeschäfts in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.....	63
dd) Sitz des Kreditinstituts .....	65
(1) Sitz des Kreditinstituts in der EU oder dem EWR .....	66
(a) Zweigniederlassung im Inland .....	66
(b) Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr.....	67
(2) Sitz des Kreditinstituts außerhalb der EU und des EWR .....	68
(a) Zweigniederlassung im Inland .....	68
(b) Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr.....	70

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

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

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

**Dritter Teil: Vertragliche Schranken bei der Bildung des Sonderpostens nach  
§ 340g HGB..... 183**

<b>§ 7 Mögliche vertragliche Regelungen .....</b>	<b>183</b>
I. Mögliche vertragliche Regelungen des Instituts mit den Hybridkapitalgebern .....	183
1. Begrenzung des Sonderpostens der Höhe nach .....	183
2. Vereinbarung eines tatsächlichen Vorrangs zugunsten der Hybridkapitalgeber.....	184
3. Vereinbarung eines virtuellen Vorrangs zugunsten der Hybridkapitalgeber.....	185
II. Mögliche gesellschaftsvertragliche Regelungen.....	186
1. Begrenzung der Höhe des Sonderpostens .....	186
2. Vorrangregelung.....	186
3. Statutarische Grenzen .....	186
a) Institute in Form der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft .....	187
b) Institute in Form der GmbH und Personengesellschaft .....	187
III. Dispositivität des § 340g HGB .....	188
1. Wortlaut .....	188
2. Systematik und Historie .....	189

3. Telos .....	190
4. Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB .....	191
IV. Verbot der Vorabbindung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG .....	193
V. Kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter .....	195
VI. Ergebnis .....	196
<b>Vierter Teil: Ansprüche bei fehlerhafter Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB.....</b>	<b>199</b>
<b>§ 8 Ansprüche der Aktionäre gegen das Institut.....</b>	<b>199</b>
I. Primäransprüche der Aktionäre .....	199
1. Keine Anfechtbarkeit des Jahresabschlusses .....	199
2. Nichtigkeit des Jahresabschlusses nach § 256 AktG.....	200
a) Nichtigkeit nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 AktG .....	200
b) Nichtigkeit nach § 256 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 AktG .....	200
3. Ergebnis.....	201
II. Sekundäransprüche der Aktionäre.....	202
1. Keine vertraglichen Schadensersatzansprüche .....	202
2. Deliktische Schadensersatzansprüche .....	202
III. Auskunftsansprüche der Aktionäre .....	203
IV. Ergebnis .....	204
<b>§ 9 Ansprüche der Hybridkapitalgeber gegen das Institut .....</b>	<b>205</b>
I. Primäransprüche der Hybridkapitalgeber .....	205
1. Anspruch auf den festgestellten Gewinn oder den ordnungsgemäß ermittelten Gewinn?.....	205
2. Ansprüche auf Ausschüttung als aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 AktG.....	207
3. Keine Bindung an einen nichtigen Jahresabschluss.....	208
II. Sekundäransprüche der Hybridkapitalgeber.....	209
1. Vertragliche Schadensersatzansprüche .....	209
2. Deliktische Schadensersatzansprüche .....	212
III. Auskunftsansprüche der Hybridkapitalgeber.....	212
IV. Ergebnis .....	214
<b>§ 10 Ansprüche des Instituts gegen die Geschäftsleitung .....</b>	<b>214</b>
I. Ansprüche gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) .....	214
II. Geltendmachung der Ansprüche.....	215
III. Ergebnis .....	216
<b>Fünfter Teil: Schluss .....</b>	<b>217</b>
<b>§ 11 Zusammenfassung der Ergebnisse.....</b>	<b>217</b>
I. Die Struktur des § 340g Abs. 1 HGB .....	217
II. Kreditinstitute i.S.d. § 340g Abs. 1 HGB .....	218
III. Die Bildung des Sonderpostens als Maßnahme der Gewinnermittlung .....	219
IV. Die besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute gemäß § 340g Abs. 1 HGB .....	220
V. Die Notwendigkeit der Bildung des Sonderpostens.....	221
VI. Der Maßstab der vernünftigen kaufmännischer Beurteilung .....	222

VII. Vertragliche Schranken bei der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB .....	224
VIII. Ansprüche bei fehlerhafter Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB .....	227
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XV</b>