1. Überblick über die von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten zu beachtenden Rechnungslegungsvorschriften

Der vierte Abschnitt des Handelsgesetzbuchs sieht ergänzende Vorschriften für Unternehmen vor, die bestimmten Geschäftszweigen angehören. So sind im ersten Unterabschnitt durch die **§§ 340 bis 340o HGB** ergänzende Bestimmungen aufgenommen worden, die bei der Bilanzerstellung von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten zu beachten sind. Daneben bestehen ergänzende Vorschriften für die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds in den §§ 341 bis 341p HGB. Die Vorschriften für **Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute** beruhen auf europäischen Bankbilanzierungsrichtlinien, die durch das Bankbilanz-Richtliniegesetz (BaBiRiLiG) vom 30. November 1990 ins deutsche Recht transformiert wurden. Diese Regelungen des HGB werden ergänzt durch die Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute (**RechKredV**) vom 10. Februar 1992, die unter anderem durch die Vorgabe von sog. Formblättern geschäftszweigspezifische Gliederungsschemata für die Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (im Folgenden: Institute) vorsehen. Neben den geschäftszweigspezifischen Ansatz- und Bewertungsvorschriften, die unter anderem in den §§ 340 bis 340o HGB geregelt sind, unterscheiden sich die Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung eines Instituts aufgrund der spezifischen Gliederungsvorschriften der RechKredV deutlich von einer Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung (bspw. eines Industrieunternehmens), die nach dem allgemeinen Gliederungsschema der §§ 266 und 275 HGB erstellt sind.

Materielle Änderungen von institutsspezifischen Ansatz- und Bewertungsvorschriften wurden durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vorgenommen. Dies betrifft insbesondere die Bewertungsvorschriften für Finanzinstrumente des Handelsbestands nach § 340e Abs. 3 HGB, die damit im Zusammenhang stehende Zuführung zum Sonderposten für allgemeine Bankrisiken sowie die Währungsumrechnung nach § 340h HGB.

Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute haben die folgenden Rechnungslegungsvorschriften zu beachten:

- **Vorschriften für alle Kaufleute** (§§ 238–263 HGB). Da ein Institut stets als Istkaufmann nach § 1 HGB und/oder als Formkaufmann nach § 6 HGB die Kaufmannseigenschaft erfüllt, sind Institute nach § 238 Abs. 1 S. 1 HGB zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet. Institute haben mithin die für alle Kaufleute geltenden Vorschriften zu beachten, soweit keine institutsspezifischen Ausnahmen nach § 340a HGB bestehen. Institute haben mithin auch die für alle Kaufleute geltenden Rechnungslegungsnormen zu beachten, die in der Form von Verordnungen erlassen wurden (z.B. Rückstellungsabzinsungsverordnung, RückAbzinsV). Für Institute gelten zudem die umwandlungsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften (§ 24 UmwG) soweit keine institutsspezifischen Sonderregelungen zu beachten sind (z.B. §§ 48a-s KWG, § 11 KredReorgG)[1].
- **Vorschriften für Kapitalgesellschaften** und bestimmte Personenhandelsgesellschaften (§§ 264–289a HGB). Nach § 340a Abs. 1 S. 1 HGB haben Institute – auch wenn sie nicht in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft firmieren – die Vorschriften für **große Kapitalgesellschaften** anzuwenden, sofern die institutsspezifischen Rechnungslegungsre-

1 Vgl. hierzu Kap. VI.4.

geln nichts anderes bestimmen. Ebenso ist der Lagebericht nach den Vorschriften für große Kapitalgesellschaften aufzustellen (§ 340a Abs. 1 S. 2 HGB). Damit haben auch eingetragene Genossenschaften und Sparkassen unabhängig von ihrer Größe die Vorschriften für Kapitalgesellschaften zu beachten.

- **Rechtsformspezifische Vorschriften**. Nach § 340 Abs. 1. S. 3 sowie Abs. 4. S. 4 HGB haben Institute rechtsformspezifische Zusatzanforderungen zu beachten, soweit diese nicht durch institutsspezifische Regelungen ersetzt werden[2]. Abbildung 1 gibt eine Übersicht über die rechtsformspezifischen Bilanzierungsvorschriften, die von Instituten zu beachten sind.
- **Institutsspezifische Vorschriften**. Die ergänzenden Vorschriften in den §§ 340 bis 340o HGB stellen den Kern des materiellen Bilanzrechts für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute dar. Dies umfasst Vorschriften
  - zur persönlichen Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums von Pensionsgeschäften (§ 340b HGB),
  - zum Ansatz und zur Bewertung (§§ 340e bis h HGB),
  - zum Ausweis und zu Anhangangaben (§§ 340c und d HGB),
  - zum handelsrechtlichen Konzernabschluss (§§ 340i und j HGB),
  - zur Prüfung (§340k HGB),
  - zur Offenlegung (§ 340l HGB),
  - zu Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 340m bis o HGB).

  Weitere Vorschriften zum Bilanzrecht der Institute sind in der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (**RechKredV**) enthalten. Die darin enthaltenen Vorschriften umfassen insbesondere die für die Bilanz- und GuV-Gliederung zu beachtenden Formblätter, Vorschriften zu Ausweisfragen und Anhangangaben. Nach § 340 Abs. 5 HGB haben auch **Zahlungsinstitute** im Sinne des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) die handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute anzuwenden. Die Gliederungs- und Ausweisvorschriften von Zahlungsinstituten richten sich hingegen nicht nach der RechKredV, sondern nach der Zahlungsinstituts-Rechnungslegungsverordnung (**RechZahlV**). Zahlungsinstitute haben bei der Erstellung des Jahresabschlusses mithin eigene Formblätter zu verwenden. Ebenso existiert für diese Institute mit der ZahlPrüfbV eine eigene Prüfungsberichtsverordnung.
- **Spezialgesetzliche Regelungen für bestimmte Institute**. Neben weiteren allgemeinen Regelungen zum Jahresabschluss von Instituten existieren diverse spezialgesetzliche Regelungen für Sparkassen, Landesbanken, öffentlich-rechtliche Kreditinstitute mit Sonderaufgaben, Bausparkassen und Pfandbriefbanken. Einen Überblick über die institutsspezifischen Regelungen enthält Abbildung 2.

Die geschäftszweigspezifischen Rechnungslegungsvorschriften gelten unabhängig von der Rechtsform für alle Kredit-, Finanzdienstleistungs- oder Zahlungsinstitute. Größenabhängige Erleichterungen (§§ 267, 276, 288 HGB) gelten nicht, da Institute stets als große Kapitalgesellschaften gelten. Die institutsspezifischen Vorschriften sind vorrangig gegenüber den Vorschriften für alle Kaufleute bzw. für große Kapitalgesellschaften sowie den rechtsformspezifischen Vorschriften anzuwenden[3].

2 Vgl. Krumnow/Sprißler (2004), Teil A, Tz. 11; Braun, in: KK-RLR, § 340 HGB, Tz. 14.
3 Vgl. WPH I[2012], J 14.

Rechtsform	Vorschrift	Inhalt
AG und KGaA	§ 58 Abs. 1–3 AktG	Verwendung des Jahresüberschusses zur Bildung von Gewinnrücklagen
	§ 150 AktG	Bildung der gesetzlichen Rücklage
	§ 152 Abs. 1 AktG	Ausweis des Grundkapital
	§ 152 Abs. 2 u. 3 AktG	Darstellung der Entwicklung von Kapital- und Gewinnrücklage im Anhang
	§ 158 Abs. 1 AktG	Überleitungsrechnung zum Bilanzgewinn
	§ 158 Abs. 2 AktG	Ertrag aus Ergebnisabführungsverträgen
	§ 160 AktG	Aktienrechtliche Anhangangaben
	§ 170 bis 173 AktG	Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat
	§§ 231, 232, 240 AktG	Vorschriften bei Kapitalherabsetzungen
	§ 261 AktG	Höhere Bewertung in Folge einer aktienrechtlichen Sonderprüfung
	§ 300 AktG	Gesetzliche Rücklage bei Gewinnabführungsvertrag
	§ 313 AktG	Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch Abschlussprüfer
	§ 324 AktG	Keine Anwendung der Vorschriften über die Bildung der gesetzlichen Rücklage auf eingegliederten Gesellschaften
GmbH	§ 29 Abs. 2 u. 4 GmbHG	Verwendung des Jahresüberschusses zur Bildung von Gewinnrücklagen
	§ 42 GmbHG	Bilanz
	§ 42a GmbHG	Vorlage von Jahresabschluss und Lagebericht
Gen	§ 337 HGB	Vorschriften zur Bilanz
	§ 338 HGB	Vorschriften zum Anhang
	§ 19 GenG	Zuschreibung des Gewinns zu den Geschäftsguthaben
	§ 20 GenG	Zuschreibung des Gewinns zur gesetzlichen Rücklage oder zu anderen Ergebnisrücklagen

Abb. 1: Rechtsformspezifische Bilanzierungsvorschriften für Institute[4]

Gesetz/ Verordnung	Vorschrift	Inhalt
HGB	§ 340	Anwendungsbereich
	§ 340a	Anzuwendende Vorschriften
	§ 340b	Bilanzierung von Pensionsgeschäften
	§ 340c	Vorschriften zu GuV und Anhang
	§ 340d	Fristengliederung
	§ 340e	Bewertung von Vermögensgegenständen
	§ 340f	Vorsorge für allgemeine Bankrisiken

4 In Anlehnung an Krumnow/Sprißler (2004), § 340 HGB, Tz. 38.

Gesetz/ Verordnung	Vorschrift	Inhalt
	§ 340g	Sonderposten für allgemeine Bankrisiken
	§ 340h	Währungsumrechnung
	§ 340i	Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses
	§ 340j	Einzubeziehende Unternehmen
	§ 340k	Prüfung
	§ 340l	Offenlegung
	§ 340m	Strafvorschriften
	§ 340n	Bußgeldvorschriften
	§ 340o	Festsetzung von Ordnungsgeld
RechKredV	§§ 1–39; Formblätter	Ausweis und Gliederung in Bilanz und GuV
RechZahlV	§§ 1–34; Formblätter	Ausweis und Gliederung in Bilanz und GuV von Zahlungsinstituten
KWG	§ 10 Abs. 3	Zwischenabschlüsse von Kreditinstituten
	§ 26 Abs. 1	Aufstellung des Jahresabschlusses und Einreichung bei der deutschen Bundesbank
	§ 26 Abs. 3	Aufstellung eines Konzernabschlusses und Einreichung bei der deutschen Bundesbank
	§§ 48a–s	Ausgliederungen durch Übertragungsanordnung
	§ 53 Abs. 2 Nr. 2 S. 3	Ausweis von Dotationskapital
KredReorgG	§ 11	Ausgliederung im Reorganisationsverfahren
PfandBG	§ 28	Besondere Anhangangaben für Pfandbriefbanken
BauSparkG **BausparkV**	§ 6 § 8	Sonderposten »Fonds zur bauspartechnischen Absicherung«
SpkG NRW	§§ 24, 25	Rechnungslegung und Jahresabschluss von Sparkassen
KredAnstWiAG	§§ 9, 10	Jahresabschluss nach § 340ff HGB, Ausweis von Sonderrücklagen im Abschluss der KfW
FMStFG	§ 8a Abs. 1 S. 10 iVm § 3a Abs. 4	Jahresabschluss nach §§ 340ff HGB für Abwicklungsanstalten im Sinne des FMStFG; Aufstellungsfrist von 4 Monaten

Abb. 2: Institutsspezifische Rechnungslegungsvorschriften

2. Subjektiver Anwendungsbereich der institutsspezifischen Rechnungslegungsvorschriften

2.1 Unternehmen im Anwendungsbereich der §§ 340ff HGB

2.1.1 Unternehmen mit Institutseigenschaft

2.1.1.1 Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute mit Sitz im Inland

2.1.1.1.1 Überblick

Die geschäftszweigspezifischen Rechnungslegungsvorschriften der §§ 340ff HGB sowie die RechKredV sind allerdings nicht nur von Banken (**Kreditinstitute** im Sinne des § 1 KWG), sondern auch von **Finanzdienstleistungsinstituten** zu beachten. Diese Ausweitung des subjektiven Anwendungsbereichs auf Finanzdienstleistungsinstitute erfolgte durch die 6. KWG-Novelle, durch die Finanzdienstleistungsinstitute erstmals wie Kreditinstitute der vollen Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufischt (BaFin) unterstellt wurden und gleichzeitig auch in den Anwendungsbereich der Rechnungslegungsnormen für Kreditinstitute einbezogen wurden (siehe § 340 Abs. 4 HGB)[5]. Der Kreis der Finanzdienstleistungsunternehmen, die nach den Rechnungslegungsvorschriften für Banken zu bilanzieren haben, ist in der Folge kontinuierlich erweitert worden. So haben seit Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2009 auch **Leasing- und Factoringunternehmen** die institutsspezifischen Rechnungslegungsnormen anzuwenden[6]. Ebenso haben auch **Kapitalanlagegesellschaften** nach § 19d InvG sowie Zahlungsinstitute die Vorschriften der §§ 340ff HGB sowie die RechKredV zu beachten. Nach § 8a Abs. 1 S. 19 FMStFG in Verbindung mit § 3a Abs. 4 FMStFG können die Abschlüsse von **Abwicklungsanstalten** auch ohne das Vorliegen einer Institutseigenschaft nach § 1 Abs. 1 bzw. 1a KWG nach den für Institute geltenden Vorschriften erstellt werden. Im Ergebnis bleibt mithin festzuhalten, dass eine »Bankbilanzierung nach HGB« nicht nur von Kreditinstituten, sondern von einer Vielzahl von Unternehmen der Finanzbranche anzuwenden ist. Im Folgenden werden die Unternehmen, die in den subjektiven Anwendungsbereich der institutsspezifischen Rechnungslegungsnormen fallen, näher erläutert.

2.1.1.1.2 Kreditinstitute

Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig betreiben oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. § 1 Abs. 1 KWG enthält eine Aufzählung von Bankgeschäften, die als Tatbestandsmerkmale zu einer Einordnung eines Unternehmens als Kreditinstitut führen. Eine Einordnung als Kreditinstitut erfolgt bereits dann, wenn das Unternehmen nur ein Bankgeschäft aus dem Katalog des Abs. 1 betreibt[7]. Gewerbsmäßigkeit ist dann gegeben, wenn der Betrieb auf eine gewisse Dauer angelegt ist und mit dem Betrieb des Bankgeschäfts eine

5 Vgl. Braun, in: KK-RLR, § 340 HGB, Tz. 4.
6 Vgl. Heucke/Nemet, in: WPg 2012, S. 669.
7 Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1; Rdnr. 9.

Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird[8]. Ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb liegt u.a. vor, wenn Handelsbücher gemäß § 238 HGB geführt und ein Jahresabschluss aufgestellt werden muss[9]. Zu den Bankgeschäften zählen das:

1. Einlagengeschäft. Nach § 1 Abs. 1. Nr. 1 KWG wird unter dem Einlagengeschäft »die Annahme fremder Gelder als Einlage oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums (verstanden), sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden«. Das Einlagengeschäft stellt ein Bankgeschäft dar, das zum Schutz des Publikums vor Verlust ihrer Einlagen nur bei Vorliegen einer Erlaubnis nach § 32 KWG betrieben werden darf. Ein Einlagengeschäft umfasst die folgenden Tatbestandsmerkmale[10]:

a) **Annahme von Geldern**. Geld stellt jedes gesetzliche Zahlungsmittel dar. Die Annahme von Wertpapieren (z.B. im Rahmen von Wertpapierpensionsgeschäften oder Wertpapierleihgeschäften) fällt nicht unter das Einlagengeschäft[11]. Eine Annahme von Geldern kann auch durch eine Kreditschöpfung oder einen Umbuchungsvorgang (z.B. Kontogutschrift) entstehen.
b) **Fremde/unbedingt rückzahlbare Gelder**. Ein Einlagengeschäft liegt vor, wenn entweder fremde oder unbedingt rückzahlbare Gelder angenommen werden. Fremde Gelder werden angenommen, wenn die angenommenen Gelder nicht endgültig bei dem annehmenden Unternehmen verbleiben und dieses verpflichtet ist, Geld in gleicher Menge nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen zurückzuzahlen (fremde Gelder sind rückzahlbare Gelder)[12]. Einlagen zur Erfüllung gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen zur Erbringung des Eigenkapitals stellen keine Annahme fremder Gelder dar. Wenn die annehmende Stelle nicht Schuldner des Rückzahlungsanspruchs und für ein Kreditinstitut tätig ist, kann die annehmende Stelle als Zweigniederlassung zu qualifizieren sein. Die Annahme von Geldern zur Weiterleitung an einen Dritten stellt hingegen eine erlaubnisfreie Einlagenvermittlung oder die Finanzdienstleistung der Drittstaateneinlagevermittlung dar (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 5 KWG). Eine unbedingte Rückzahlbarkeit liegt vor, wenn die Rückzahlung nicht von Eintritt künftiger ungewisser Ereignisse abhängt. Der Tatbestand des Einlagengeschäfts kann je nach Ausgestaltung daher bei der Begebung von partiarischen Darlehen, Nachrangdarlehen, stillen Beteiligungen und Genussrechten erfüllt sein.
c) **Publikum**. Sofern Gelder nicht vom Publikum angenommen werden, liegt kein Einlagengeschäft vor. Nicht unter den Begriff des Publikums fallen verbundene Unternehmen, institutionelle Anleger (Kreditinstitute, KAGen, inländische Versicherungen) sowie Unternehmensbeteiligungsgesellschaften.

Der Begriff »**als Einlage**« (1. Alternative) steht neben dem zivilrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Einlagenbegriff. Das Vorliegen einer Einlage ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung zu bestimmen[13]. Als Formen von Ein-

8 Vgl. Mielk, in: WM 1997, S. 2202.
9 Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1, Rdnr. 19.
10 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 04. August 2011 – Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, August 2011.
11 Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 KWG, Tz. 34.
12 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 04. August 2011, S. 2.
13 Vgl. BVerwG-Urteil vom 27.03.1984, I C 125/80, in: NJW 1985, S. 929; BGH-Urteil vom 09.03.1995, III ZR 55/94, in: BB 1995, S. 995; BGH-Urteil vom 23.03.2010 . VI ZR 57/09, in: DStR 2010, S. 1040.

lagen wird in der Praxis des Bankwesens zwischen **Festgeldern** (befristete Einlagen für eine festgelegte Laufzeit), **Kündigungsgeldern** (Einlagen mit einer Kündigungsfrist) sowie **Spareinlagen**[14] unterschieden. Typisches Merkmal für diese Einlagen ist es, dass sie über Konten (z.B. Kontokorrentkonten, Sparkonten, Festgeldkonten oder Kündigungsgeldkonten) abgewickelt und angemessen verzinst werden[15]. Die folgenden Umstände gelten in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum als Indizien für das Vorliegen eines Einlagengeschäfts[16]:

- die Annahme von Geldern von einer Vielzahl von Geldgebern aufgrund typisierter Verträge darlehensweise oder in ähnlicher Weise (mit Rückzahlungsverpflichtung);
- keine bankübliche Besicherung;
- laufende Annahme von Geldern;
- Annahme von Nicht-Instituten, mit Ausnahme von Geldern, die zur Weiterleitung als durchlaufende Kredite[17] oder zur Durchführung öffentlicher Förderprogramme oder als Kredit bestimmt sind, sofern für den Einzelfall ein schriftlicher Kreditvertrag geschlossen und der Kredit banküblich gesichert wurde;
- zur Finanzierung des auf Gewinnerzielung gerichteten Aktivgeschäfts.

Während die Annahme von Geldern durch Ausgabe von **Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen** nicht unter den Einlagenbegriff fällt, steht die Ausgabe von Schuldscheinen oder Namenspapieren dem Vorliegen einer Einlage nicht entgegen. Bei Wertpapieren unter ausländischem Recht ist zu prüfen, ob sie nach deutschem Recht als Inhaber- oder Orderschuldverschreibung zu qualifizieren wären.

Ein Einlagengeschäft liegt nach ständiger Verwaltungspraxis der BaFin nicht vor, wenn Gelder gegen Hingabe von **banküblichen Sicherheiten** (z.B. Bürgschaft, Garantie) angenommen werden[18]. Eine Verzinsung ist hingegen keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer Einlage. Auch Gelder, auf die keine Zinsen gezahlt werden, können unter den Einlagebegriff fallen.

1a. Pfandbriefgeschäft. Während die Begebung von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen im Allgemeinen nicht erlaubnispflichtig ist, stellt die Emission von Pfandbriefen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a KWG ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft dar. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 PfandBG ist das Pfandbriefgeschäft definiert als die Ausgabe gedeckter Schuldverschreibungen aufgrund erworbener

- Hypotheken unter der Bezeichnung Pfandbriefe oder **Hypothekenpfandbriefe**,
- Forderungen gegen staatliche Stellen unter der Bezeichnung Kommunalschuldverschreibungen, Kommunalobligationen oder **Öffentliche Pfandbriefe**,
- Schiffshypotheken unter der Bezeichnung **Schiffspfandbriefe**,
- Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen oder ausländischer Flugzeughypotheken unter der Bezeichnung **Flugzeitpfandbriefe**.

---

14 Welche Einlagen in der Bilanz eines Kreditinstituts als Spareinlagen auszuweisen sind, ist in § 21 Abs. 4 RechKredV geregelt. Siehe Kap. IV.1.3.2.2.1.

15 Vgl. BGH-Urteil vom 09.03.1995, II ZR 55/94, in: BB 1995, S. 995.

16 Die Merkmale werden von einer Reihe von BGH-Urteilen ausgelegt. Vgl. bspw. BGH-Urteil vom 09.03.1995, II ZR 55/94, in: BB 1995, S. 995; BGH-Urteil vom 19.03.2013 – VI ZR 56/12, Pressemitteilung BGH Nr. 49 vom 20.03.2013; Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 KWG, Tz. 36; BT-Drs 13/7142; BaFin, Merkblatt vom 04. August 2011, S. 6.

17 Zur Bilanzierung durchlaufender Kredite siehe Kap. II.1.2.4.

18 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 04. August 2011, S. 7.

Gedeckte Schuldverschreibungen (covered bonds), die nicht den Regelungen des PfandBG unterfallen, gelten nicht als Pfandbriefe; ihre Ausgabe ist nicht erlaubnispflichtig und kann mithin auch von Nicht-Instituten vorgenommen werden. Pfandbriefe sind von einer Pfandbriefbank emittierte Schuldverschreibungen, die mit **Deckungswerten** besichert sind. Die in diesem Deckungsstock befindlichen Deckungswerte unterliegen umfangreichen und strengen Qualitätsanforderungen (z.B. hinsichtlich Deckungsfähigkeit, Beleihungsgrenzen usw.). Nach § 4 PfandBG muss der emittierte Pfandbrief nominal und barwertig[19] jederzeit durch ensprechende Deckungsmassen gedeckt sein (sog. **Deckungskongruenz**). Die Deckungswerte werden in einem **Deckungsregister** eingetragen und unterliegen einer laufenden **Deckungsprüfung** durch Treuhänder, Abschlussprüfer und Aufsicht. Im Falle einer Insolvenz einer Pfandbriefbank stehen nach §§ 30ff PfandBG die Deckungswerte vorrangig zur Befriedigung der Ansprüche der Pfandbriefgläubiger zur Verfügung (die Deckungsmasse wird nicht Teil der Insolvenzmasse einer Pfandbriefbank). Die Besonderheiten der Bilanzierung von Pfandbriefbanken ist erläutert in Kapitel IV.4.

2. Kreditgeschäft[20]. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG stellt die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft dar. Der Begriff **Gelddarlehen** ist in diesem Zusammenhang als Abschluss eines Darlehensvertrags nach § 488 BGB oder eines vergleichbaren Vertrags nach ausländischem Recht zu verstehen[21]. Nach § 488 Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB wird der Darlehensgeber durch einen Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer **einen Geldbetrag** in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen[22]; der Darlehensnehmer ist verpflichtet, den geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

Für den Tatbestand des Kreditgeschäfts kommt es mithin auf die Gewährung eines **Geldbetrags** an; Sachdarlehen (wie z.B. Wertpapierleihe) stellen keine erlaubsnispflichtigen Bankgeschäfte dar. Eine Kreditvergabe liegt nicht vor, wenn der Verkäufer einer Ware oder Dienstleistung den Kaufpreis stundet; es liegt ein Warenkredit und kein Gelddkredit vor (Stundungskredit)[23].

Notwendige Bedingung für das Vorliegen eines Kredits ist zudem der **Rückzahlungsanspruch** des Darlehensgebers. Eine Vorausleistung auf eine eigene noch nicht fällige Verbindlichkeit stellt mithin keine Kreditgewährung dar, da es an der Rückzahlbarkeit fehlt. Vorausleistungen auf Zahlungspflichten Dritter erfüllen demgegenüber den Tatbestand des Kreditgeschäfts. Ob und in welcher Höhe ein Zins für das Gelddarlehen vereinbart wurde, ist nicht ausschlaggebend für das Vorliegen eines Kreditgeschäfts[24].

Ebenso stellt die Hingabe von Geld im Rahmen einer **stillen Gesellschaft** kein Kreditgeschäft dar, wenn der Vertrag über die stille Gesellschaft eine Beteiligung am Verlust vorsieht. Der Kauf von Krediten im Wege einer Unterbeteiligung, einer synthetischen Verbriefungstransaktion, eines True Sale Forderungskaufs oder eines umwandlungsrechtlichen Spaltungsvorgangs stellt beim Erwerber **kein** erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft dar, weil das ursprüngliche Kreditinstitut gegenüber dem Darlehensnehmer stets verpflichtet

19 Die Barwertrechnung richtet sich nach der BarwertVO.
20 Aspekte der Bilanzierung des Kreditgeschäfts werden näher erläutert in Kap. IV.2.
21 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 08. Januar 2009 – Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, S. 2.
22 Vgl. Rohe, in: Bamberger/Roth, § 488 BGB, Tz. 14f.
23 Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 KWG, Tz. 46.
24 Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 KWG, Tz. 51; Rohe, in: Bamberger/Roth, § 488 BGB, Tz. 14f.

bleibt[25]. Eine Prolongation eines erworbenen Darlehens erfüllt beim Zessionar hingegen den Tatbestand des Kreditgeschäfts, sofern es sich nicht um eine bereits vom Originator eingeräumte Option handelt. Stundungen stellen kein Kreditgeschäft dar, sofern damit keine Konditionenanpassung verbunden ist. Trotz Vorliegen eines zivilrechtlichen Darlehensvertrags wird in der ständigen Verwaltungspraxis der BaFin das Vorliegen eines Kreditgeschäfts bei Arbeitgeberdarlehen, Brauereidarlehen, Einlagen bei lizensierten Kreditinstituten sowie Ausleihungen mit Verlustteilnahme- oder qualifizierter Nachrangklausel verneint[26].

Bei einem **Akzeptkredit** wird einem Kreditnehmer ein Kredit mittels eines Wechsels verschafft. Kreditinstitute können in unterschiedlicher Weise in Wechselkredite involviert sein. Ein **Wechselkredit** vollzieht sich in folgenden Schritten. Zunächst wird ein Kreditvertrag zwischen einem Kreditinstitut (Bezogener, Akzeptant von Wechseln) und einem Kreditnehmer (Wechselaussteller) abgeschlossen, durch den sich das Kreditinstitut verpflichtet, Wechsel bis zu einer bestimmten Grenze zu akzeptieren, die der Kreditnehmer gegenüber Dritten (Wechselgläubiger) ausstellt. Liegt ein konkreter Finanzierungsbedarf (z.B. aus einem Warengeschäft) für den Kreditnehmer vor, so stellt er einen Wechsel aus und legt diesen dem Kreditinstitut zur Akzeptierung vor. Das Kreditinstitut akzeptiert den Wechsel und gibt diesen an den Kreditnehmer (Aussteller) zurück. Dieser gibt den Wechsel weiter an einen Wechselnehmer (Wechselgläubiger), der den Wechsel bei Fälligkeit dem Kreditinstitut vorlegt und die Zahlung der Wechselsumme verlangt. Das Institut hat den Wechsel unabhängig von der Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers einzulösen. In dem Kreditvertrag zwischen Kreditnehmer und Kredtinstitut ist in der Regel vereinbart, dass der Kreditnehmer einen Tag vor Fälligkeit des Wechsels die Deckung des Wechsels beim Kreditinstitut angeschafft haben muss. Vor diesem Hintergrund stellt ein Akzeptkredit ein Haftungskredit dar, bei dem ein Kreditinstitut durch die wechselmäßige Haftung die Grundlage z.B. für einen Warenkredit zwischen einem Wechselaussteller und einem Wechselgläubiger schafft[27]. Bei einem **Akzeptkredit** verpflichtet sich ein Institut, bis zu einer vereinbarten Kreditgrenze vom Kreditnehmer ausgestellte Wechsel zu **akzeptieren**. Ein Akzeptkredit stellt eine **Kreditleihe** dar, bei der die Bank die eigene Bonität zur Verfügung stellt. Durch den Bankakzept wird die Bonität des Wechsels gesteigert. Der Bankakzept stellt für das Kreditinstitut eine Eventualverbindlichkeit dar. Der Kreditnehmer kann sich mit dem Wechsel die notwendige Liquidität auch dadurch verschaffen, indem er den Wechsel bei dem ausstellenden Institut oder bei einem anderen Institut zum Diskont gibt (siehe auch Diskontgeschäft)[28].

3. Diskontgeschäft. Im Rahmen des Diskontgeschäfts werden von einem Kreditnehmer Wechsel bei einem Kreditinstitut eingereicht. Die Bank kann nach einer Prüfung des Wechsels entscheiden, ob sie in den Abschluss eines Diskontvertrags eintritt. Dieser sieht vor, dass dem Einreicher ein Diskonterlös gutgeschrieben wird, der sich aus der Wechselsumme abzüglich des Diskonts (Zins bis zur Fälligkeit) sowie Kosten und Provisionen ergibt[29]. Während ein Akzeptkredit eine Kreditleihe darstellt, handelt es sich bei einem Diskontkredit um eine **Geldleihe**, bei der die Bank liquide Mittel zur Verfügung stellt. Nähere Ausführungen zur Bilanzierung von Diskontgeschäften finden sich in Kapitel IV.2.3.

25 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 08. Januar 2009, S. 3.
26 Vgl. BaFin, Merkblatt vom 08. Januar 2009, S. 5f.
27 Vgl. Hopt, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 2. Teil, G 25.
28 Vgl. Peters, in: Bankrechts-Handbuch, § 65, Tz. 16.
29 Vgl. Peters, in: Bankrechts-Handbuch, § 65, Tz. 8.

4. Finanzkommissionsgeschäft. Ein Finanzkomissionsgeschäft ist in § 1 Abs. 1. Nr. 4 KWG definiert als »die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung«. Bei einem Finanzkommissionsgeschäft handelt ein Kreditinstitut im eigenen Namen und fremde Rechnung im Rahmen einer **verdeckten Stellvertretung** nach §§ 383ff BGB. Dies stellt die einzige Form des Handels mit Finanzinstrumenten dar, die den Tatbestand eines Bankgeschäfts erfüllt. Alle anderen Formen stellen entweder erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen oder erlaubnisfreie (Eigen) Geschäfte von Finanzunternehmen dar (siehe Abb. 3). Für die Erfüllung des Tatbestands des Finanzkommissionsgeschäfts ist es nicht erforderlich, dass Finanzinstrumente sowohl angeschafft als auch veräußert werden; es ist ausreichend, wenn die Finanzinstrumente entweder angeschafft oder veräußert werden[30].

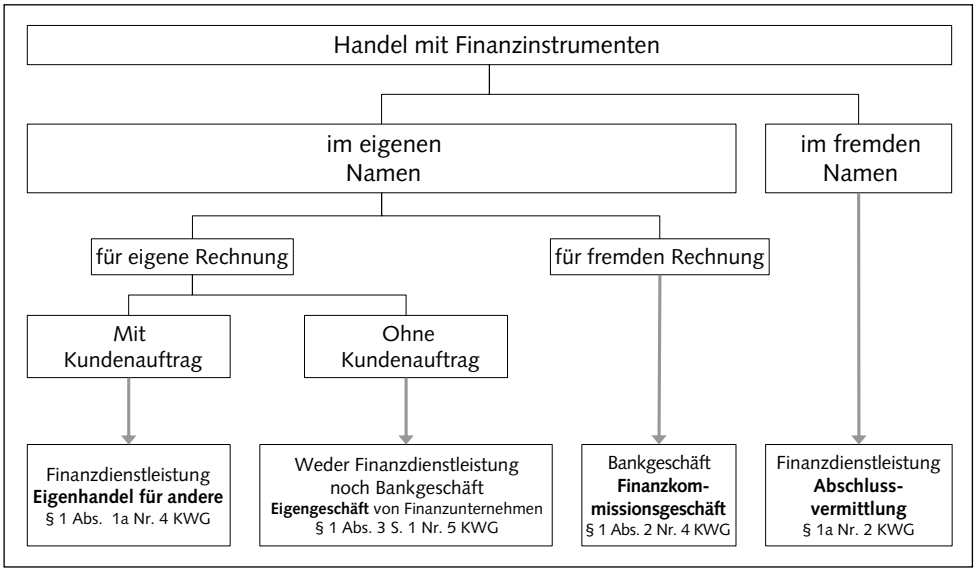

Abb. 3: Grundformen des Handels mit Finanzinstrumenten

Bei dem Begriff »Finanzinstrument« ist in diesem Zusammenhang auf die Definition des § 1 Abs. 11 KWG abzustellen (siehe § 1 Abs. 11 S. 1 KWG). Dies umfasst neben Wertpapieren unter anderem auch Anteile an Investmentvermögen und Derivate (einschließlich Warentermingeschäfte). Hierbei ist zu beachten, dass Unternehmen, die Handel mit Derivaten betreiben, unter bestimmten Bedingungen nicht als Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut gelten (siehe § 2 Abs. 1 Nr. 9 sowie Abs. 6 Nr. 9, 11, 13 KWG).

Notwendige Voraussetzung für ein Finanzkommissionsgeschäft ist ein Handeln im eigenen Namen und für fremde Rechnung (verdeckte Stellvertretung). Im Gegensatz dazu liegt eine offene Stellvertretung vor, wenn im fremden Namen und für fremde Rechnung gehandelt wird (Abschlussvermittlung). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung stellt

30 Vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts, 18. März 2010, Stand Juni 2012, S. 2; ebenso Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 KWG, Tz. 61.

für den Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts weitgehend auf die Voraussetzungen für handelsrechtliche Kommissionsgeschäfte im Sinne der §§ 383ff HGB ab. In diesem Zusammenhang müssen allerdings nicht alle Merkmale des Handelsrechts gegeben sein; für den Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts reicht eine hinreichende Ähnlichkeit mit den in §§ 383 HGB geregelten Merkmalen aus. Dies umfasst insbesondere die Weisungsbefugnis des Kommittenten (§ 384 Abs. 1 HGB), die Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflicht des Kommissionärs sowie die Pflicht, das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten zu übertragen (§ 384 Abs. 2 HGB)[31].

5. Depotgeschäft. Das Depotgeschäft ist die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für andere. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn entweder eine Verwahrung oder die Verwaltung von Wertpapieren erbracht wird[32]. Dem Tatbestand des Depotgeschäfts liegt der Wertpapierbegriff des § 1 Abs. 1 DepotG zu Grunde. Die **Verwahrung** ist die Gewährung von Raum und Übernahme der Obhut[33]. Um eine bloße Raumgewährung ohne Obhut (Raummiete oder Raumleihe) handelt es sich beispielsweise bei dem Abschluss eines Mietvertrags über ein Bankschließfach. Sogenannte geschlossene Depots, bei denen der Verwahrer keine Kenntnis von dem Inhalt der hinterlegten Wertpapiere hat, stellt ebenso keine Verwahrung dar, da der Verwahrer mithin seinen Primärpflichten (Obhuts- und Rettungspflichten) nicht nachkommen kann. Das Depotgesetz sieht die folgenden Arten der Verwahrung von Wertpapieren vor:

- **Sonderverwahrung** (§ 2 DepotG). Bei der Sonderverwahrung werden die Wertpapiere vom Kreditinstitut unter »äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers gesondert von den eigenen Beständen und denen Dritter aufbewahrt« (§ 2 S. 1 DepotG). Bei der Hinterlegung der Wertpapiere werden diese mit einem Streifband versehen, der den Namen des Hinterlegers trägt (sog. Streifbandverwahrung). Dadurch werden die hinterlegten Papiere von den Eigenbeständen des Kreditinstituts unterscheidbar. Bei der Sonderverwahrung ist auch eine sog. Drittverwahrung möglich. Dabei vertraut das Kreditinstitut (als Zwischenverwahrer) die Verwahrung der Wertpapiere im eigenen Namen einer anderen Bank an (§ 3 Abs. 1 DepotG).
- **Sammelverwahrung** (§ 5 DepotG). Bei der Sammelverwahrung werden vertretbare Wertpapiere ein und derselben Art von dem Verwahrer ungetrennt von seinen eigenen Beständen (Nostrobestände) derselben Art oder von solchen Dritter verwahrt. Der Hinterleger verliert dabei sein Eigentum an dem hinterlegten Wertpapier und erwirbt Miteigentum nach Bruchteilen an sämtlichen Wertpapieren derselben Art, dem sog. Sammelbestand (§ 1 Abs. 1 S. 1 DepotG). Die Sammelverwahrung kann entweder als Hausverwahrung oder als Drittverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank (sog. Girosammelverwahrung) vorkommen.

Die **Verwaltung** bezeichnet die laufende Wahrnehmung der Rechte aus dem Wertpapier. Dies schließt insbesondere die Inkassotätigkeit, Benachrichtigungs- und Prüfungspflichten und bei entsprechender schriftlicher Bevollmächtigung die Ausübung des Auftragsstimmrechts und die Einziehung des Gegenwerts bei Fälligkeit ein[34].

---

31 Vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts, 18. März 2010, Stand Juni 2012, S. 2.
32 Vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Depotgeschäfts, vom 18. Januar 2010, S. 2.
33 Vgl. Gehrlein, in: Beck OK BGB, § 688 BGB, Tz. 3.
34 Vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Depotgeschäfts, vom 18. Januar 2010, S. 4.

6. Aufgehoben.

7. Revolvinggeschäft. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 KWG stellt das Eingehen von Verpflichtungen, zuvor veräußerte Forderungen vor Fälligkeit zurückzuerwerben ein Bankgeschäft dar. Dieser Tatbestand konstituiert nur dann einen eigenständigen erlaubnispflichtigen Tatbestand, wenn angekaufte Forderungen Gegenstand des Revolvinggeschäfts sind. Handelt es sich um selbst originierte Darlehensforderungen, so ist bereits der Tatbestand des Kreditgeschäfts (Nr. 2) erfüllt. Das in der Praxis kaum noch relevante Revolvinggeschäft besteht darin, langfristige Forderungen durch eine Kette von kurzfristigen Geldern zu refinanzieren[35]. Dazu wird mit dem Verkauf von Kreditforderungen an Dritte gleichzeitig die Verpflichtung zum Rückerwerb der Forderungen vor ihrer Endfälligkeit vereinbart. Das Unternehmen, welches das Revolvinggeschäft betreibt ist mithin Zins- und Liquiditätsrisiken ausgesetzt. Da das Revolvingunternehmen in Liquiditätsschwierigkeiten geraten kann, sofern es bei Rücknahme der Forderungen keine Anschlussfinanzierung erhalten hat, stellt das Revolvinggeschäft zum Schutz der Geldgeber ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft dar.

8. Garantiegeschäft. Unter dem Garantiegeschäft ist die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen für andere zu verstehen. Durch das Garantiegeschäft wird einem Kreditnehmer nicht Geld, sondern die Bonität des haftenden Kreditinstituts zu Verfügung gestellt (sog. Kreditleihe). Bei einer Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen (§ 765 Abs. 1 BGB). Während die Übernahme von Bürgschaften ein Dreiparteien-Verhältnis voraussetzt, ist die Übernahme einer Garantie unabhängig von einer eventuellen Leistungspflicht eines Hauptschuldners zu sehen[36]. Gemeinsames Merkmal aller Formen des Garantiegeschäfts besteht in der verpflichtenden Haftungserklärung des bürgenden Kreditinstituts für fremde Schulden.

9. Scheckeinzug-, Wechseleinzugsgeschäft und Reisescheckgeschäft. Seit 2009 sind weite Teile de Zahlungsverkehrs durch das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz reguliert. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG ist seitdem nur noch das Scheckeinzugsgeschäft, das Wechseleinzugsgeschäft und die Ausgabe von Reiseschecks als Bankgeschäft durch das KWG beaufsichtigt.

10. Emissionsgeschäft. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 KWG stellt die Übernahme von Finanzinstrumenten für eigenes Risiko zur Platzierung oder die Übernahme gleichwertiger Garantien ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft dar. Das Emissionsgeschäft ist abzugrenzen gegen das Platzierungsgeschäft sowie das Finanzkommissionsgeschäft. Während beim Finanzkommissionsgeschäft die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen und fremde Rechnung erfolgt, geht ein Unternehmen im Rahmen eines Emissionsgeschäft ein feste Übernahmeverpflichtung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen und für eigene Rechnung ein. Eine nähere Erläuterung der verschiedenen Formen des Kapitalmarktgeschäfts sowie deren Abbildung in der Bilanz von Kreditinstituten findet sich in Kapitel IV.4.

---

35 Vgl. Bomhard/Kessler/Dettmeier, in: BB 2004, S. 2087.
36 Vgl. Brogl, in: Reischauer/Kleinhans, § 1 KWG, Tz. 126; Weber/Seifert, in: Luz et al., KWG, § 1 Tz. 26.