

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 188

# Der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB

Bilanzielle Einordnung und Begrenzung

Von

Fabian Kehrer



Duncker & Humblot · Berlin

FABIAN KEHRER

Der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 188

# Der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB

Bilanzielle Einordnung und Begrenzung

Von

Fabian Kehrer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. hat diese Arbeit  
im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 25

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-18429-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-58429-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Sommersemester 2021 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand vom Juni 2021.

Größter Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), für die Anregung zur Wahl des Themas sowie für die Unterstützung und die wissenschaftliche Freiheit bei der Erstellung der Untersuchung. Dankbar bin ich ihm darüber hinaus dafür, dass er es mir ermöglicht hat, als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. II, zu arbeiten. Die Zeit am Institut werde ich sowohl wegen der interessanten und vielfältigen Aufgabenbereiche als auch wegen meiner Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen stets in positiver Erinnerung behalten. Für die sehr zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Lieder, LL.M. (Harvard).

Für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ danke ich den Herausgebern und dem Verlag Duncker & Humblot.

Im Verlauf der Entstehung haben mich eine Vielzahl von Menschen unterstützt. Frau Elisa Frey, Herrn Raphael Hilser, Herrn Philipp Schneider und Frau Dr. Jennifer Zimmermann danke ich für wertvolle Diskussionen, kritische Anmerkungen sowie die Durchsicht des Manuskripts. Für die nötige Ablenkung während der Erstellung möchte ich mich bei Herrn Dr. Frederik Lerke und Herrn Dr. Lukas Zeyher bedanken.

Schließlich gilt mein allergrößter Dank meiner Familie für ihre uneingeschränkte Unterstützung. Besonders hervorheben möchte ich meine Eltern, Andrea und Jürgen Kehrer, die mir stets Rückhalt für das vorliegende Projekt gaben. Ebenso hervorheben möchte ich meine Großeltern Hildegard Kehrer sowie Hannelore und Ewald Bindert, die mich ebenfalls stets unterstützen.

Freiburg i. Brsg., im Juni 2021

*Fabian Kehrer*



# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Einführung</b>	19
A. Anlass und Relevanz der Arbeit	19
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	20

## *Kapitel 2*

<b>Der Sonderposten gem. § 340g HGB im Geflecht zwischen Bankaufsichts-, Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht</b>	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. Risikoversorge 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*

<b>Gefahr extensiver Dotierung gem. § 340g HGB</b>	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*

<b>Verfassungswidrige Umgehung der Kompetenzordnung?</b>	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*

<b>Bilanzielle Einordnung des § 340g HGB</b>	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 Gewinnverwendung ..... 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*

<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	207
----------------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	211
-----------------------------------	-----

<b>Sachverzeichnis</b> .....	243
------------------------------	-----

## Kapitel 1

# Einführung

## A. Anlass und Relevanz der Arbeit

Im Zuge der Finanzmarktkrise wurden die aufsichtsrechtlichen Vorgaben, insbesondere die Eigenkapitalvorgaben, stetig verschärft. Die Bildung von Eigenkapital steht dabei regelmäßig in einem Spannungsverhältnis zu den Ausschüttungsinteressen von Gesellschaftern und Hybridkapitalgebern.<sup>1</sup> Zunehmend in den Fokus rückt dabei der bereits seit 1990 erlaubte Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB.<sup>2</sup> Die Vorschrift operiert an der Schnittstelle zwischen Bankaufsichts-, Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht. Sie ermöglicht den Banken die Bildung von aufsichtsrechtlichem Eigenkapital.<sup>3</sup> Durch die Ausgestaltung als Vorschrift der Gewinnermittlung wird durch eine Dotierung gem. § 340g HGB allerdings auch der Jahresüberschuss und damit der im Rahmen der Gewinnverwendung ausschüttbare Betrag vermindert.<sup>4</sup>

In jüngerer Zeit entbrannte so gleich mehrfach Streit über die Rechtmäßigkeit von Dotierungen gem. § 340g HGB.<sup>5</sup> Mediale Aufmerksamkeit erfuhr vor allem die Dotierungspraxis der Stadtsparkasse Düsseldorf.<sup>6</sup> Trotz der Gefahr extensiver Dotierungen gem. § 340g HGB sind die Rechtsprechung und das Schrifttum zur Frage der Begrenzung noch „rar und wenig differenziert“<sup>7</sup>. Neben der Frage der Rechtmäßigkeit von Dotierungsentscheidungen gem. § 340g HGB wird auch über die bilanzielle Einordnung des Sonderpostens gem. § 340g HGB gestritten. So hatten

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu beispielsweise § 58 AktG und § 29 GmbHG die einen Interessenausgleich herbeiführen sollen.

<sup>2</sup> Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten (Bankbilanzrichtlinie-Gesetz) v. 30.11.1990, BGBl. I, S. 2570.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu Art. 26 Abs. 1 lit. f CRR.

<sup>4</sup> *Morfeld*, in: BeckOK, HGB, § 340g Rn. 6.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu OLG Schleswig, Urt. v. 03.05.2019 – Az.: 9 U 83/18 = BKR 2019, 450, 450 ff. und in der Vorinstanz LG Kiel, Urt. v. 19.04.2018 – Az.: 6 O 447/16 = BKR 2018, 292, 292 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – Az.: I-6 U 23/19 = WM 2020, 2118, 2118 ff. und in der Vorinstanz LG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2018 – Az.: 10 O 158/17 = BKR 2019, 306, 306 ff.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu FAZ v. 30.09.2015, S. 18; Handelsblatt v. 28.08.2015, S. 24.

<sup>7</sup> *Schmidberger*, BKR 2017, 309.

sich die LG Kiel<sup>8</sup> und Düsseldorf<sup>9</sup> sowie in der Berufung die OLG Schleswig<sup>10</sup> und Düsseldorf<sup>11</sup> im Rahmen von etwaigen Wiederauffüllungsansprüchen von Hybridkapitalgebern damit auseinanderzusetzen, ob es sich bei dem Sonderposten um eine bilanzielle Rücklage handelt.

Im Kontext der verstärkten Risikoversorge während der Corona-Pandemie und den damit einhergehenden, noch schwer absehbaren wirtschaftlicher Folgen verschärft sich der Konflikt nochmals. Allein seit der Einstufung von Covid-19 als Pandemie im März 2020<sup>12</sup> wurden von den deutschen Banken bis August 9,226 Milliarden Euro dem Sonderposten gem. § 340g HGB zugeführt.<sup>13</sup> Derzeit besteht mit insgesamt 126,227 Milliarden Euro im Fonds für allgemeine Bankrisiken ein Allzeithoch dieser Risikoversorge.<sup>14</sup>

Ziel der Arbeit ist dementsprechend die rechtliche Aufarbeitung des § 340g HGB. Dabei soll es vor allem um die bilanzielle Einordnung und Begrenzung des Sonderpostens gehen.

## B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Der Dreiteilung des deutschen Bankensystems folgend wird, soweit erforderlich, zwischen privaten Kreditinstituten, öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten und Genossenschaftsbanken differenziert.<sup>15</sup> Wegen der dominierenden Rolle innerhalb der jeweiligen Bankengruppe beschränkt sich die Untersuchung bei den privaten Kreditinstituten auf die Aktiengesellschaften und bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten auf Sparkassen.

Zunächst werden die verschiedenen Regelungsgebiete, auf die der § 340g HGB Einfluss hat, dargestellt (Kapitel 2). Sodann werden die Gefahren extensiver Dotierungen gem. § 340g HGB herausgearbeitet (Kapitel 3). Unter Rekurs auf die Gefahren extensiver Dotierungen und der betriebswirtschaftlichen Kritik an den gesetzlichen Vorgaben des § 340g HGB wird dessen Verfassungsmäßigkeit auf den Prüfstand gestellt. In diesem Rahmen wird auch auf Alternativmodelle de lege ferenda eingegangen (Kapitel 4). Daran anschließend wird der Sonderposten gem. § 340g HGB bilanziell eingeordnet und sein Verhältnis zu Wiederauffüllungsan-

<sup>8</sup> LG Kiel, Urt. v. 19.04.2018 – Az.: 6 O 447/16 = BKR 2018, 292, 292 ff.

<sup>9</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2018 – Az.: 10 O 158/17 = BKR 2019, 306, 306 ff.

<sup>10</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 03.05.2019 – Az.: 9 U 83/18 = BKR 2019, 450, 450 ff.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.09.2020 – Az.: I-6 U 23/19 = WM 2020, 2118, 2118 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu den täglichen Lagebericht des Robert Koch-Instituts zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), v. 12.03.2020, S. 6.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Deutsche Bundesbank, Bankstatistiken, Oktober 2020, S. 9.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Deutsche Bundesbank, Bankstatistiken, Oktober 2020, S. 9.

<sup>15</sup> Zur Dreiteilung der Banken *Rümker/Winterfeld*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (2017), § 124 Rn. 101.

sprüchen von Hybridkapitalgebern herausgearbeitet. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Einordnung des Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB als Rücklage im bilanziellen Sinne (Kapitel 5). Im Anschluss wird die, für die Praxis überaus bedeutsame Frage erörtert, ob von den gesetzlichen Vorgaben des § 340g HGB abgewichen werden kann (Kapitel 6). Dem folgt die Ermittlung der Grenzen der Dotierungsentscheidung gem. § 340g HGB. Hierbei wird zwischen den Anforderungen an eine recht- und zweckmäßige Dotierung gem. § 340g HGB unterschieden (Kapitel 7). Mit zusammenfassenden Thesen kommt die Arbeit zu ihrem Abschluss.