

Dr. Rainer Gottwald
St.-Ulrich-Str. 11
86899 Landsberg am Lech
Tel. 08191/922219
Mail: info@stratcon.de

Landsberg, den 18.12.2016

An die Damen und Herren Bürgermeister
Landkreise Würzburg, Main-Spessart, Kitzingen, Stadträte Würzburg

Aufhebung der Jahresabschlüsse 2012-2015 der Sparkasse
Mainfranken wegen Verstoßes gegen § 340g HGB?
(Ermessensmissbrauch?)

1. Vorbemerkung

Im Sommer 2016 wurde durch das Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: FM-NRW) ein Streit zwischen der Stadtparkasse Düsseldorf und der Stadt Düsseldorf, dem alleinigen Träger der Stadtparkasse, wegen der Gewinnabführung an die Stadt mit einem folgenreichen Bescheid entschieden.

Die Sparkasse Düsseldorf erwartete 2014 ursprünglich einen Gewinn von rund 60-80 Mio. €. Durch eine Sonderaktion ergab sich ein zusätzlicher Gewinn von weiteren 40 Mio. €, insgesamt netto 104 Mio. €. Es ging nun um die Frage, was mit diesen 104 Mio. € geschehen sollte. Der Sparkassenvorstand wollte nach § 340g HGB ca. 100 Mio. € an den Fonds für allgemeine Bankrisiken abführen und den Rest (ca. 4 Mio. €) dem Sparkassenverwaltungsrat zur Disposition stellen, Ausschüttung an den Träger oder Zuführung zur Sicherheitsrücklage. Der Sparkassenvorstand empfahl, auch diese 4 Mio. € der Sicherheitsrücklage zuzuführen. Der Verwaltungsrat folgte mehrheitlich diesem Vorschlag. Der Verwaltungsratsvorsitzende (OB von Düsseldorf) wollte aber eine gewisse Ausschüttung an seine Stadt, jedoch nicht den außerordentlichen Gewinn von 40 Mio. €, sondern nur 11 Mio. € und verweigerte seine Unterschrift unter den Bericht des Verwaltungsrats. Die Jahresbilanz 2014 konnte damit nicht in Kraft treten.

Das Finanzministerium NRW als Aufsichtsbehörde versuchte zuerst zu vermitteln. Nachdem dies erfolglos war, erließ es einen grundsätzlichen Bescheid zu § 340g HGB und schrieb eine sehr umfangreiche Auslegung zu dieser Vorschrift, d.h. der Rücklagengestaltung. Im Ergebnis bewertete das Finanzministerium die bereits vom Verwaltungsrat beschlossene Zuführung an den Fonds für allgemeine Bankrisiken (100 Mio. €) als Ermessensfehler und hob den Jahresabschluss 2014 mit Bescheid vom 9.6.2016 auf.

Diese Entscheidung hatte auch persönliche Konsequenzen: Von den 5 Vorständen der Sparkasse Düsseldorf wurden die Dienstverträge des 1. Vorsitzenden und eines seiner Stellvertreter nicht verlängert. Ein noch schnell von der Sparkasse eingelegter Widerspruch wurde wegen Nichteinhaltung einer Frist zur Abgabe der Klagebegründung vom Verwaltungsgericht zurückgewiesen. An die Stadt Düsseldorf wurden 25 Mio. € ausgeschüttet und sind dort auch schon eingegangen.

Der Bescheid aus NRW hat bundesweite Bedeutung zur Rücklagenbildung, da es sich beim HGB um Bundesrecht handelt. Er liegt mittlerweile auch den Sparkassen vor und kann von der Sparkasse Mainfranken oder Ihrem Landrat erbeten werden.

Ob und inwiefern die Tatbestände zur Rücklagengestaltung auch für die bayerischen Sparkassen gelten, wurde und wird in einer groß angelegten Untersuchung geprüft. Ob sie auch für die Sparkasse Mainfranken gelten ist den folgenden Ausführungen zu entnehmen.

Dazu werden wichtige Aussagen des Düsseldorfer Bescheids mit den Daten der Sparkasse Mainfranken (Geschäftsberichte) verglichen. Einige Passagen des Bescheids werden in 2. wörtlich zitiert (als FM-NRW gekennzeichnet und kursiv geschrieben). Die Punkte 3. ff. enthalten eine Vertiefung und sonstige Hinweise.

2. Verstoß der Sparkasse Mainfranken gegen § 340g HGB?

Die Sparkasse hat in den letzten Jahren folgende Beträge den Rücklagen zugeführt:

Zuführungen zu den Rücklagen

Jahr	2015	2014	2013	2012
Zuführung Fonds für allgem. Bankrisiken (GuV 18)	23,500 Mio. €	36,600 Mio. €	28,700 Mio. €	35,400 Mio. €
Jahresüberschuss - JÜ - (GuV 25)	7,545 Mio. €	8,618 Mio. €	8,560 Mio. €	8,923 Mio. €
Echter Jahresüberschuss (Fonds + JÜ)	31,045 Mio. €	45,218 Mio. €	37,260 Mio. €	44,323 Mio. €

Die Zuführung zum Fonds ist stets drei bis viermal so hoch wie die Zuführung zur Sicherheitsrücklage. Die Zuführung zum Fonds erfolgt autonom durch den Sparkassenvorstand.

Vom Jahresüberschuss kann der Sparkassenvorstand vorweg rund 25% gemäß § 21 Abs. 2 SpkO in die Sicherheitsrücklage einstellen. Diese Vorwegzuführung ist nicht zwingend und wird nur von rund 40 von 71 bayerischen Sparkassen durchgeführt. Die Sparkasse Mainfranken hat eine Vorwegzuführung!

Über die dann noch verbleibende Restgröße (2015: 5,673 Mio. €) kann der Verwaltungsrat entscheiden: 75%ige Ausschüttung gem. 21 Abs. 3 Ziff. 4 SpkO an die Träger (2015: 4,255 Mio. €) oder weitere Zuführung in die Sicherheitsrücklage.

Der Verwaltungsrat hat sich in den letzten Jahren stets für eine komplette Zuführung in die Sicherheitsrücklage entschieden und nichts ausgeschüttet:

Verteilung des Jahresüberschusses Mainfranken:	gem. Beschluss	Verwaltungsrat	Spk.	
Jahr	2015	2014	2013	2012
Jahresüberschuss (25 GuV)	7,545 Mio. €	8,618 Mio. €	8,560 Mio. €	8,923 Mio. €
davon max. 25 % vorab in Sicherheitsrücklage (21,2 SpkO) -28 GuV	1,872 Mio. €	2,151 Mio. €	2,131 Mio. €	2,226 Mio. €
verbleibt Bilanzgewinn (28 GuV)	5,673 Mio. €	6,468 Mio. €	6,429 Mio. €	6,697 Mio. €
davon 75% gem. 21,3 Ziffer 4 SpkO Ausschüttung an Träger:	4,255 Mio. €	4,851 Mio. €	4,822 Mio. €	5,023 Mio. €
verbleiben	1,418 Mio. €	1,617 Mio. €	1,607 Mio. €	1,674 Mio. €
Zusätzliche Einstellung in Sicherheitsrücklage (§ 21,3 letzter Satz SpkO)	1,418 Mio. €	1,617 Mio. €	1,607 Mio. €	1,674 Mio. €
Tatsächl. Ausschüttung an Träger gem. Beschluss Verwaltungsrat:	0 €	0 €	0 €	0 €

Aus dieser Übersicht ist ersichtlich, dass der Verwaltungsrat in den letzten beiden Jahren stets rund 4,5 Mio. € an die Träger hätte abführen können. Der Sparkasse wären trotzdem noch rund 3,2 Mio. € für die Sicherheitsrücklage geblieben.

2.1. Die Verstöße gegen 340g HGB:

2.1.1. Kompetenzen des Verwaltungsrats

„Der Verwaltungsrat ist als Aufsichtsorgan der Sparkasse mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet. Er bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik und überwacht die Geschäftsführung. Dieser Kontrollauftrag des Verwaltungsrats ist dabei auf die wesentlichen Leitungsaufgaben des Vorstands ausgerichtet und schließt die Kontrolle der Geschäfts-, Risiko-, Liquiditäts und Kapitalstrategie der Sparkasse ein.

Die Kontrollaufgabe des Verwaltungsrats erstreckt sich dabei auch auf die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Handelns der Geschäftsführung. Erst dies ermöglicht es ihm festzustellen, ob der Vorstand die gesetzlichen Grenzen seiner Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingehalten hat“ (FM-NRW S. 13 f.).

„Hinsichtlich des Jahresabschlusses wirken der Vorstand und der Verwaltungsrat zusammen. Der Vorstand muss zunächst dem Verwaltungsrat einen Jahresabschluss und einen Lagebericht vorlegen. Die Feststellung des Jahresabschlusses obliegt sodann dem Verwaltungsrat. Diese Feststellung ist keine bloße Formalie, sondern ist Teil der ihm nach dem Sparkassengesetz zukommenden Aufgabe. Maßstab des Handelns des Verwaltungsrats ist dabei eine Kontrolle, die eine Überprüfung des dem Vorstands zukommenden Ermessens, auch eines bilanzpolitischen Ermessens, einschließt“ (FM-NRW S.14).

„In der Feststellung des Jahresabschlusses liegt also sowohl eine Bestätigung der Rechtmäßigkeit als auch eine Billigung der Ermessensausübung des Vorstandes durch den Verwaltungsrat. Mit der Bestätigung übernimmt der Verwaltungsrat eigene bilanzpolitische Verantwortung“ (FM-NRW S. 14)..

„Vor diesem Hintergrund obliegt es dem Verwaltungsrat die ihm durch den Vorstand vorgelegten Unterlagen und Ausführungen zu analysieren und offene Fragen, möglichen Ungereimtheiten sowie rechtlichen Zweifeln nachzugehen. Einen rechtswidrigen Jahresabschluss darf der Verwaltungsrat nicht feststellen; darin liegt vielmehr ein eigener Rechtsverstoß des Verwaltungsrats“ (FM-NRW S. 15).

Ob diese Vorschriften eingehalten wurden ergibt sich aus der nach § 14 Abs. 7 SpkO anzufertigenden Niederschrift der Verwaltungsratssitzung vom 21.6.2016.

2.1.2 Dotierung nach § 340g HGB

Die Sparkasse Mainfranken hat 2015 insgesamt 23,5 Mio. € dem Fonds für allgemeine Bankrisiken (§ 340g HGB) zugeführt. In den Jahren davor waren es zwischen 28 und 36 Mio. €.

*„Diese Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB ist eine Ermessungsentscheidung. Sie eröffnet in der Regel vergleichsweise weite Spielräume, in deren Ausfüllung insbesondere den Vorsorge- und Sicherheitsbedürfnissen der Sparkasse Rechnung getragen werden kann. Im Rahmen der Ermessensentscheidung sind jedoch auch die sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Kompetenzen des Verwaltungsrats und der **Träger an einer Ausschüttung von Überschüssen** angemessen zu berücksichtigen“ (FM-NRW S. 16).*

Im Einzelnen:

„Nach § 340g HGB dürfen Kreditinstitute „(.) auf der Passivseite ihrer Bilanz zur Sicherung gegen allgemeine Bankrisiken einen Sonderposten ‚Fonds für allgemeine Bankrisiken‘ bilden, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wegen der besonderen

Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute notwendig ist. Diese besondere Bilanzierungsvorschrift für Kreditinstitute ist auch für Sparkassen anwendbar“ (FM-NRW S. 16).

„Bereits nach seinem Wortlaut enthält § 340g HGB Grenzen und Beschränkungen für eine entsprechende Dotierung. Als Voraussetzung wird darin formuliert, eine Dotierung müsse **„notwendig“** sein, wobei mit der „vernünftigen kaufmännischen Beurteilung“ ein objektiver Kontrollmaßstab des Aktien- und Handelsrechts zur Anwendung kommt. Die Bildung des Sonderpostens ist nach dem Wortlaut nur zulässig, „soweit“ eine entsprechende Notwendigkeit besteht, so dass jedenfalls ihr „Ob“ einer Überprüfung zugänglich sein muss. Zudem beinhaltet die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge („dürfen ... bilden“) eine Ermessensentscheidung; die **Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB ist also nicht verpflichtend**“ (FM-NRW S. 16 f.).

„Die bilanzrechtliche Regelung des § 340g HGB richtet sich dabei an kein bestimmtes Organ. Sie räumt die Bildung des Sonderpostens den „Kreditinstituten“ als solches ein“ (FM-NRW S. 17).

Für die Sparkasse Mainfranken sind folglich die Vorgaben von Sparkassengesetz und —ordnung zu berücksichtigen, aus dem sich die Zuständigkeiten der Organe und des Trägers sowie deren Grenzen herleitet. „Ein Konflikt zwischen Bundes- und Landesrecht ergibt sich aus diesem Verhältnis nicht“ (FM-NRW S. 17).

„Im Rahmen der Entscheidung nach § 340g HGB ist auch zu berücksichtigen, dass eine Dotierung unmittelbare Folgen für die Gewinnermittlung hat: Sofern und soweit ein entsprechender Sonderposten gebildet wird, steht dieser Betrag nicht als auszuweisender – potenziell ausschüttungsfähiger – Gewinn, bzw. Jahresüberschuss zur Verfügung. Damit wirkt sich eine Entscheidung zur Dotierung nach § 340g HGB, die nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands fällt, immer auch die Möglichkeit zur Entscheidung über die Verwendung eines Jahresüberschusses aus, (Anm.: die für die Sparkasse Mainfranken nach den Regelungen des Sparkassenrechts dem Träger) – unter Einbeziehung des Verwaltungsrats – zugewiesen ist. Entsprechend wird auch in der zivilrechtlichen Literatur darauf hingewiesen, dass die Derung zwar der Gewinnermittlung zuzuordnen sei, es sich der Sache nach aber um eine Gewinnverwendung handle, so dass auf die **Interessen der Eigentümer Rücksicht zu nehmen sei**“ (FM-NRW S. 17 f.).

„Das heisst, dass der Vorstand eigene Kompetenzen, auch wenn sie weitreichend sein mögen, so auszuüben hat, dass dem Verwaltungsrat und dem Träger die Wahrnehmung ihrer jeweiligen Rechte sinnvoll möglich bleibt“ (FMNRS S. 18).

„Insgesamt folgt daraus, dass eine Auslegung des § 340g HGB unzulässig ist, nach der der Vorstand den Sonderposten bei seiner Entscheidung bis zur Grenze der offensichtlichen Willkür „frei“ dotieren dürfte und im Rahmen der Entscheidung ausnahmslos Vorsorge- und Sicherungsinteressen der Sparkasse einbeziehen könnte“ (FMNRS S. 18).

„Zu den im im Rahmen des Ermessens bei der Dotierung zu berücksichtigenden Aspekten gehört insbesondere die Erfüllung des sich aus dem Sparkassengesetz ergebenden öffentlichen Auftrags, der eine Sicherung und hinreichende Finanzmittelausstattung der Sparkasse gebietet. Der Vorstand darf daher neben der ihm obliegenden Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Mindestkapital- und Mindestrisikotragfähigkeitsanforderungen (z.B. CRR ;vgl. 3. Kernkapitalquote) auch das Ausmaß und die Wahrscheinlichkeit allgemeiner Bankrisiken und die von ihm kaufmännisch angestrebte Risiko- und Kapitalpolitik in seine Überlegungen einbeziehen. Zugleich muss er bei seiner Entscheidung jedoch auch die konkrete Auswirkung auf die Gewinnerzielung und –ausweisung und die in diesem Zusammenhang bestehenden Kompetenzen und Interessen des Verwaltungsrats und der Vertretung des Trägers berücksichtigen“ (FM-NRW S. 18).

„Auch wenn die Gewinnerzielung der Sparkasse nicht Hauptzweck der Sparkassentätigkeit ist, wird diese gleichwohl im Sparkassengesetz vorausgesetzt und anerkannt. Eine Sparkasse hat nicht nur gemeinnützige Zwecke zu verfolgen, sie muss regelmäßig Überschüsse erzielen wollen, die nicht nur zur Bildung von Reserven verwandt werden sollen. Ein Ausschüttungsinteresse der Träger ist dabei nicht rein fiskalisch zu betrachten, sondern steht stets unter einer besonderen öffentlichen Zweckbindung“ (Finanzierung gemeinnütziger Projekte!) (FM-NRW S. 18 f.).

„Eine ermessensfehlerfreie Abwägung im Rahmen der Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB, von der sich der Verwaltungsrat im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich überzeugen muss, erfordert daher jedenfalls, dass der Vorstand den hierbei bestehenden Begründungs- und Rechtfertigungsbedarf anerkennt und diesem Rechnung trägt. **Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Zuständigkeiten und legitime Interessen des Verwaltungsrates und des Trägers strukturell unterlaufen werden.**

Gerade unter Berücksichtigung der (Allein-) Verantwortung und der weiten Spielräume des Vorstandes bei der Festlegung der Risikostrategie hätte es der Vorstand ansonsten nach seinem Belieben in der Hand, das Instrument des Sonderpostens nach § 340g HGB zum Regelfallinstrument einer langjährigen Eigenkapitalpolitik zu machen und damit faktisch allein über Jahresüberschüsse zu verfügen“ (FM-NRW S. 19).

„Aus diesem Grund muss eine Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB ernsthaft erwägen, ob und inwieweit im konkreten Fall eine gegebenenfalls anteilige Ausweisung des Jahresergebnisses als Jahresüberschuss erfolgen kann. Den vom Vorstand in eigener Verantwortung erstellten Risiko- und Eigenkapitalstrategien, in denen der Vorstand sowohl verpflichtend vorgegebene als auch kaufmännisch von ihm als sachgerecht angestrebte Elemente in einer Kapitalpolitik niederlegt, kommt insoweit naturgemäß besondere Bedeutung zu.

Aus den sich daraus aus Sicht des Vorstandes ergebenden Kapitalerfordernissen darf dieser indes nicht ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit einer Dotierung nach § 340g HGB schließen. Eine Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB, die sich allein auf eine Risiko- und Eigenkapitalstrategie stützt, die ihrerseits im Ermessen des Vorstandes liegt, leidet unter einem Ermessensfehler“ (FM-NRW S. 19 f.).

„Im Grundsatz gilt dabei: **Je konservativer und risikofeindlicher eine vom Vorstand langfristig angestrebte Risiko- und Eigenkapitalstrategie ist, desto eher kann eine Dotierung in Rechte und Zuständigkeiten des Verwaltungsrats und der Träger eingreifen und umso sorgfältiger ist das Ermessen bei der Dotierung nach § 340g HGB auszuüben. Dabei ist alljährlich zu hinterfragen, ob ein Teil des Ergebnisses nach Steuern als Jahresüberschuss ausgewiesen werden kann“** (FM-NRW S. 20).

„Dabei bedeutet die Ausweisung keine Ausschüttung, sondern zunächst die Einbindung des Verwaltungsrats in langfristige Finanzierungsentscheidungen. Das Sparkassengesetz weist insofern dem Verwaltungsrat ausdrücklich eine Mitverantwortung für die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Sparkasse und die Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags zu“ (FM-NRW S. 20).

„Mit einer entsprechenden Pflicht zur Ausübung des Ermessens geht die Anforderung an den Vorstand einher, die von ihm getroffene Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechte, Pflichten und Bindungen gegenüber dem Verwaltungsrat nachvollziehbar darzulegen und zu begründen und dabei kenntlich zu machen, wie er organschaftlichen Grenzen Rechnung getragen hat“ (FM-NRW S. 20).

2.2. Fehler des Verwaltungsrats

„Der Fehler des Verwaltungsrats bei der Feststellung leitet sich aus einem Fehler des Vorstandes bei der Aufstellung des Jahresabschlusses 2015 ab: Der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluss 2015 (und auch der früherer Jahre) beruhte auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung und Anwendung des § 340g HGB. Dieser hat bei der Entscheidung zur Dotierung des Sonderpostens die sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Kompetenzen des Verwaltungsrats und des Trägers nicht angemessen einbezogen. Die Dotierung war daher ermessensfehlerhaft und rechtswidrig“ (FM-NRW S. 21).

„Dabei sind Anknüpfungspunkt nicht die vom Vorstand zugrunde gelegten und vom Verwaltungsrat gebilligten Annahmen zur Risikosituation der Sparkasse, zu den in diesem Zusammenhang angegebenen Risikofaktoren und zu deren Quantifizierung“ (FM-NRW S. 21).

„Der Rechtsverstoß ergibt sich allerdings zusammengefasst aus Folgendem:

Der Vorstand handelte nach der Gesamtstrategie, nach der der von ihm in seiner Risiko- und Eigenkapitalstrategie ermittelte Kapitalbedarf so schnell und so umfänglich wie möglich unmittelbar über das Instrument des § 340g HGB gedeckt werden sollte“ (FM-NRW S. 22).

Hier sind die Daten der Sparkasse Mainfranken der Jahre 2008 bis 2015 (Quelle: Geschäftsberichte der Sparkasse Mainfranken):

Bestände Fonds und Sicherheitsrücklage:

Jahr	2015	2014	2013	2012
Bestand Fonds für allgem. Bankrisiken (P 11)	159,4 Mio. €	135,9 Mio. €	99,3 Mio. €	70,5 Mio. €
Bestand Sicherheitsrücklage (Passiva 12ca)	506,8 Mio. €	498,5 Mio. €	489,9 Mio. €	481,8 Mio. €
Summe (= Rücklage nach der Bilanz)	666,2 Mio. €	634,4 Mio. €	589,2 Mio. €	552,3 Mio. €

Jahr	2011	2010	2009	2008
Bestand Fonds für allgem. Bankrisiken (P 11)	35,1 Mio. €	10,1 Mio. €	0,0 Mio. €	0,0 Mio. €
Bestand Sicherheitsrücklage (Passiva 12ca)	473,6 Mio. €	465,0 Mio. €	451,0 Mio. €	446,6 Mio. €
Summe (= Rücklage nach der Bilanz)	508,7 Mio. €	475,1 Mio. €	451,0 Mio. €	446,6 Mio. €

Der Fonds wird erst seit 2010 bestückt und hat 2015 eine Höhe von 159,4 Mio. erreicht. Im gleichen Zeitraum ab 2010 ist der Bestand der Sicherheitsrücklage von 465,0 Mio. € auf 506,8 Mio. € angewachsen, also lediglich um 41 Mio. €.

Diese Übersicht bestätigt die Geschäftspolitik der Sparkasse Mainfranken eindrucksvoll, den Kapitalbedarf über den Fonds decken zu wollen. Der Fonds ist von 2010 – 2015 um 149,4 Mio. € angewachsen, die Sicherheitsrücklage nur um 41 Mio. €.

„Diese Strategie trägt den sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Kompetenzen des Verwaltungsrats und des Trägers nicht mehr angemessen Rechnung, sondern ist ermessensfehlerhaft und daher rechtswidrig. In der vom Vorstand bei der Dotierung zugrunde gelegten Sichtweise, wonach sich deren Notwendigkeit zwingend aus der Risiko- und Eigenkapitalstrategie ergebe, liegt ein Ermessensausfall“ (FM-NRW S. 23).

„Die im Sparkassenrecht vorgesehene Entscheidung über die Verwendung des Jahresüberschusses ist eine jährliche, die dem Verwaltungsrat jedes Jahr aufs Neue zukommt und nicht auf ein langfristiges Ausschüttungsinteresse reduziert werden kann. Vor diesem Hintergrund kann auch der Verweis auf einen Vorrang der Unabhängigkeit der Sparkasse vor der Ausschüttungsfähigkeit nach der Geschäftsstrategie des Vorstandes nicht recht-

fertigen, konkrete Ausweisungs- oder Ausschüttungsinteressen von vornherein der Ermessensentscheidung zu entziehen oder sie per se zurückzustellen“ (FM-NRW S. 24).

„Der Vorstand hätte daher die sparkassenrechtlich vorgesehene Ausweisung von Jahresüberschüssen und deren Zuführung zur Sicherheitsrücklage ernsthaft erwägen müssen und diese nicht von vornherein auf einen untergeordneten Betrag reduzieren dürfen“ (FM-NRW S. 24).

„Indem der Verwaltungsrat die durch den Vorstand vorgenommene rechtswidrige Dotierung nach § 340g HGB nicht beanstandete, handelte er selbst rechtswidrig. Denn er hat bei seiner Feststellung des Jahresabschlusses 2014 (in Mainfranken: 2015 bis 2010) die Auffassung des Vorstandes gebilligt, anstatt auf eine Beseitigung der Ermessensfehler hinzuwirken“ (FM-NRW S. 24).

„Damit wirkte die ermessensfehlerhafte Dotierungsentscheidung des Vorstands nach § 340g HGB in der Feststellung des Jahresabschlusses durch den Verwaltungsrat fort. Die Feststellung des vom Vorstand rechtswidrig aufgestellten Jahresabschlusses ist daher selbst rechtswidrig“ (FM-NRW S. 26).

„Insgesamt gesehen ist daher die Aufhebung der Feststellung des Jahresabschlusses 2014 (in Mainfranken: 2015 bis 2010) durch den Verwaltungsrat geboten, um die Einhaltung des Rechts in einer wirtschaftlich für die Sparkasse und ihre Träger bedeutsamen Frage zu sichern. Mit der Entscheidung können kompetenzrechtliche Fragen bei der Erstellung von Jahresabschlüssen geklärt und die künftige Einhaltung des Rechts gesichert werden. Die Aufhebung allein des Feststellungsbeschlusses gibt den Organen der Sparkasse bei Begrenzung des aufsichtsrechtlichen Eingriffs auf das unbedingt Notwendige Gelegenheit zur Eigenverantwortlichen Auf- und Feststellung eines rechtmäßigen Jahresabschlusses“ (FM-NRW S. 26).

Auch in Mainfranken ist der Verwaltungsrat dem vom Vorstand gemachten Vorschlag gefolgt ohne die Zweckmäßigkeit zu überprüfen: **Die Feststellung im Geschäftsbericht 2015 (S. 18):** „Dem Bilanzposten "Fonds für allgemeine Bankrisiken" nach § 340g HGB i.V.m. § 340e Abs. 4 HGB werden in jedem Geschäftsjahr mindestens 10 % aus dem Nettoertrag des Handelsbestands zugeführt.“ **dürfte keine Begründung sein.**

Da die im Einzelnen für das Jahr 2015 angeführten Fehler zumindest auch in den Jahren 2011 bis 2014 zu beklagen sind, sind auch die Feststellungen dieser Jahresabschlüsse ungültig?

3. Die Kernkapitalquote

3.1 Berechnung

Seit der Überarbeitung der aufsichtsrechtlichen Regelungen zur angemessenen Eigenkapitalausstattung international tätiger Banken durch den Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht im Jahr 2004 besteht das Grundkonzept aus drei sich ergänzenden Säulen. Die dritte Säule ergänzt die quantitativen Vorgaben der ersten Säule (insbesondere Mindestkapitalanforderungen) und das interne Risikomanagement sowie Überprüfungsverfahren der Bankenaufsicht (zweite Säule).

Mit der dritten Säule verfolgt die Aufsicht das Ziel, die Marktdisziplin zu erhöhen, indem Marktteilnehmern umfassende Informationen zum Risikoprofil eines Instituts zugänglich gemacht werden.

In Deutschland wurden die erweiterten Offenlegungsanforderungen der dritten Säule zum 1. Januar 2007 mit dem neuen § 26a KWG und der Einführung der Solvabilitätsverordnung (SolvV) in nationales Recht umgesetzt. Seit dem 1. Januar 2014 gelten in der gesamten Europäischen Union die Offenlegungsanforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR), die die bisherigen SolvV-Vorgaben ablösen.

Für die Sparkasse Mainfranken ergeben sich daraus folgende Werte bezüglich der Relation Eigenkapital zu risikogewichteten Aktiva:

Kapitalquoten gemäß Offenlegungsbericht (OB)	2015	2014
Kernkapital (T1) - OB Anlage 1 Zeile 45	?	588,5 Mio. €
Ergänzungskapital (T2) - OB Anlage 1 Zeile 58	?	187,6 Mio. €
Eigenkapital (EK) insgesamt - OB Anlage 1 Zeile 59	?	776,1 Mio. €
Risikogewichtete Aktiva - OB Anlage 1 Zeile 60	?	3.884,8 Mio. €
Gesamtkapitalquote (Zeile 59 : Zeile 60)	?	20,19%
Harte Kernkapitalquote (Zeile 45 : Zeile 60)	14,97%	15,31%
Gesetzlich vorgeschriebene Quote	8,00%	8,00%

Quote in Höhe von 14,97% = Rang 38 von 71 Sparkassen in Bayern

Diese Quote von 8,00 % steigt ab 2016 bis 2019 jährlich um 0,625%-Punkte bis 2019 10,5% erreicht sind).

Wie man sieht gibt es unterschiedliche Kapitalquoten. Grund dafür ist die Tatsache, dass alle EU-Länder eine einheitliche Regelung haben. Bei den Arbeiten daran wurde jedoch festgestellt, dass die Kreditinstitute in Großbritannien viel zu wenig Eigenkapital besaßen. Deshalb wurde zugelassen, dass gewisse Bilanzzahlen zum Eigenkapital gezählt werden durften („Ergänzungskapital“). Da gleiches Recht für alle galt, durften auch die deutschen Kreditinstitute dieses Ergänzungskapital zum Eigenkapital dazuzählen. In Mainfranken beträgt dieser Posten 11,1 Mio. € und ist relativ bedeutungslos. Bis 2021 muss übrigens das Ergänzungskapital auf 0 zurückgeführt werden. Es gibt dann nur noch eine einheitliche (Harte) Kernkapitalquote

Acht bayerische Sparkassen haben 2014 das Ergänzungskapital schon auf Null abgebaut.

Das bayerische Staatsministerium des Innern hat aufgrund einer Anfrage der Lndtags-GRÜNEN eine Übersicht über die harte Kernkapitalquote 2015 aller 71 bayerischen Sparkassen erstellt (vgl. Anlage).

Daraus ist ersichtlich, dass die Sparkasse Mainfranken 2015 bei der harten Kernkapitalquote mit 14,97 % innerhalb der 71 bayerischen Sparkassen den 38. Rang einnimmt.

3.2 Spielraum für Kredite bei alternativen Quoten

Eine andere Sichtweise ergibt sich, wenn man anhand des vorhandenen Eigenkapitals bei alternativen (8%, 10,5%, 13% und 18%);Kapitalkernquoten die risikogewichteten Aktiva analysiert.

Das Eigenkapital ist von Bedeutung, da es die Grundlage für die Ermittlung des Spielraums darstellt, innerhalb dessen die Sparkasse Risikoaktiva schaffen kann. Insofern kann der Kreditspielraum in Form eines maximalen Gesamtforderungsbetrags (bei einer Risikogewichtung der Aktiva von 100%) festgestellt werden:

Das Horror-Szenario von 18% wurde gewählt, da von Sparkassenseite die Befürchtung geäußert wurde, dass im Rahmen von SREP den Sparkassen ca 5-6% an zusätzliches Kernkapital abverlangt würde. Ab 2019 könnten dann nicht maximal 13% Kernkapitalquote verlangt werden, sondern rund 18% und damit dürften jetzt und in Zukunft keine Gewinne ausgeschüttet sondern müssten einbehalten werden.

Diese Befürchtung ist falsch. Es geht vielmehr darum, dass bei Instituten, die **keine freien Eigenmittel** mehr aufzuweisen haben, zusätzliches Kapital verlangt werden kann. Bei den bayerischen Sparkassen, die praktisch nur die Hälfte der Eigenmittel für risikotragende Aktiva nutzen, ist SREP somit überhaupt kein Problem (s. die folgende Übersicht):

Berechnung nicht ausgenutzter Spielraum für Kredite:	2015	2014
Eigenkapital (EK) insgesamt - OB Anlage 1 Zeile 59	?	776,1 Mio. €
Risikogewichtete Aktiva - Offenlegungsbericht OB Anl. 1 Z. 60	?	3.884,8 Mio. €
Möglicher Gesamtforderungsbetrag bei einer Kapitalquote von ...		
8% (gültig bis 2015)	?	9.701,3 Mio. €
10,5% (gültig ab 2019, wenn kein Zuschlag erfolgt)	?	7.391,4 Mio. €
13% (gültig ab 2019, wenn 2,5% Zuschlag erfolgt)	?	5.970,0 Mio. €
18% (Horror szenario - unrealistisch)	?	4.311,7 Mio. €
Nicht ausgenutzter Spielraum für Gesamtforderungen (Kredite):		
(= Möglicher Gesamtforderungsbetrag ./ Risikogewichtete Aktiva):	2015	2014
8% (gültig bis 2015)	?	5.816,5 Mio. €
10,5% (gültig ab 2019, wenn kein Zuschlag erfolgt)	?	3.506,6 Mio. €
13% (gültig ab 2019, wenn 2,5% Zuschlag erfolgt)	?	2.085,2 Mio. €
18% (Horror szenario - unrealistisch)	?	426,9 Mio. €

Die Sparkasse Mainfranken hat 2014 Risikogewichtete Aktiva in Höhe von 3.884,8 Mio. €, das Eigenkapital beträgt 776,1 Mio. €. Bei der z.Z. vorgeschriebenen Kernkapitalquote von 8 % ergibt sich ein verfügbarer Kreditrahmen von 9.701,3 Mio. €. D.h. die Sparkasse Mainfranken könnte weitere 5.816,5 Mio. € ausreichen, ohne die rechtlichen Bedingungen zu verletzen. Selbst beim Horror szenario von 18% liegt die Sparkasse Mainfranken mit rund 427 Mio. € im Plus.

4. Zinsniveau?

Dieser Punkt hängt zwar nicht unmittelbar mit dem Ermessensmissbrauch zusammen. Auf ihn soll aber kurz eingegangen werden, da bei der Stellungnahme der Sparkasse er sicher als Argument dienen wird, die Fehler zu entschuldigen.

Bei diesem Argument handelt es sich um ein sog. Totschlagargument. Das niedrige Zinsniveau betrifft nur die Guthaben, die bei der Bundesbank angelegt sind und für die tatsächlich keine Zinsen mehr erhältlich sind oder für die sogar Strafzinsen erhoben werden.

Die Sparkasse lebt aber nicht von den Zinssätzen sondern von den Zinsüberschüssen und den Provisionsüberschüssen, also von Euro und Cent.

Die Zinsüberschüsse errechnen sich aus der Differenz zwischen Zinserträgen (ausgereichte Kredite an Kunden usw.) und den Zinsgutschriften (Zinsgutschriften für Sparguthaben usw.). Analoges gilt für die Provisionsüberschüsse als Differenz zwischen Provisionsertrag und Provisionsaufwand.

In Bayern sind sowohl die Zinserträge als auch die Zinsaufwendungen in den letzten Jahren 2012–2014 stark zurückgegangen. Die Zinserträge um rd. 1 Mrd. € (von 5,9 auf 4,9 Mrd. €), die Zinsaufwendungen aber auch um den gleichen Betrag, nämlich um 1 Mrd. € (von 2,4 Mrd. € auf 1,4 Mrd. €). Der Saldo (Zinsmarge) ist also unverändert geblieben.

Für die Sparkasse Mainfranken gilt diese Aussage nicht: Hier ist der Saldo 2015 gegenüber 2014 um 5 Mio. € gefallen, die gestiegenen Provisionserträge (Saldo) haben einen gewissen Ausgleich gebracht.

Einnahmen (Zinsüberschuss, Provisionen):

Jahr	2015	2014	2013	2012
Zinserträge (GuV 1)	174,405 Mio. €	193,672 Mio. €	210,090 Mio. €	229,572 Mio. €
Zinsaufwendungen (GuV 2)	39,221 Mio. €	53,638 Mio. €	69,838 Mio. €	89,682 Mio. €
Zinsüberschuss	135,184 Mio. €	140,034 Mio. €	140,252 Mio. €	139,880 Mio. €
Provisionserträge (Saldo) - GuV 6	46,003 Mio. €	43,928 Mio. €	42,464 Mio. €	42,541 Mio. €

Ausgaben (Personalkosten, Verwaltung, Steuern)

Jahr	2015	2014	2013	2012
Personalkosten, Altersversorgung - GuV 10a	86,697 Mio. €	79,565 Mio. €	77,677 Mio. €	76,346 Mio. €
Andere Verwaltungsaufwendungen GuV 10 b	40,768 Mio. €	38,366 Mio. €	39,795 Mio. €	41,056 Mio. €
Anzahl Mitarbeiter (Voll-, Teilzeit, Azubi)	1.674	1.660	1.643	1.634
Steuern (GuV 23+24)	15,223 Mio. €	20,968 Mio. €	16,210 Mio. €	20,156 Mio. €

5. Gerechte Verteilung des Jahresüberschusses an die Träger (Vorgabe Düsseldorf):

Wegen der Komplexität des Problems sei hier eine Modelrechnung der Gewinnverteilung an die Träger aufgeführt. Sie fasst die beiden Zuführungen zu den Rücklagen (Fonds für allgemeine Bankrisiken, Sicherheitsrücklage) zusammen. Auf die mögliche 25%ige Vorab-Zuführung an die Sicherheitsrücklage durch den Vorstand kann wegen der hohen Kernkapitalquote verzichtet werden.

Wegen der hohen Kapitalquote können gem. § 21 Abs. 3w SpkO insgesamt 75% an die Träger ausgeschüttet werden, 25% verbleiben bei der Sparkasse.

Jahr	2015	2014	2013	2012
Echter Jahresüberschuss- Definition Rücklage gem. Düsseldorf:	31,045 Mio. €	45,218 Mio. €	37,260 Mio. €	44,323 Mio. €
davon 25 % vorab in Sicherheitsrücklage (21,2 SpkO) - nicht notwendig:	0 Mio. €	0 Mio. €	0 Mio. €	0 Mio. €
verbleiben (Jahresüberschuss ./.. Vorabzuführung)	31,045 Mio. €	45,218 Mio. €	37,260 Mio. €	44,323 Mio. €
davon 75% gem. 21,3 Ziffer 4 SpkO Ausschüttung an Träger:	23,284 Mio. €	33,914 Mio. €	27,945 Mio. €	33,242 Mio. €
verbleiben (Echter Jahresüberschuss ./.. Mögliche Ausschüttung an Tr)	7,761 Mio. €	11,304 Mio. €	9,315 Mio. €	11,081 Mio. €
Einstellung in Sicherheitsrücklage (§ 21,3 letzter Satz SpkO)	7,761 Mio. €	11,304 Mio. €	9,315 Mio. €	11,081 Mio. €
Tatsächl. Ausschüttung an Träger gem. Beschluss Verwaltungsrat:	0 €	0 €	0 €	0 €

Verteilung an die Träger:

		2015	2014	2013	2012
	Anteil	Mio. Euro	Mio. Euro	Mio. Euro	Mio. Euro
		23,284	33,914	27,945	33,242
Stadt Würzburg	48,20%	11.223	16.347	13.469	16.023
Landkreis Main-Spessart	17,60%	4.098	5.969	4.918	5.851
Landkreis Würzburg	12,00%	2.794	4.070	3.353	3.989
Landkreis Kitzingen	7,40%	1.723	2.510	2.068	2.460
Stadt Kitzingen	5,40%	1.257	1.831	1.509	1.795
Stadt Lohr am Main	4,40%	1.024	1.492	1.230	1.463
Stadt Ochsenfurt	4,00%	931	1.357	1.118	1.330
Stadt Iphofen	1,00%	233	339	279	332
Ausschüttung an Träger	100,00%	23.284	33.914	27.945	33.242

6. Als Info: Die Mitglieder des Verwaltungsrats; Bezüge usw.**7.****Mitglieder des Verwaltungsrats zum 31.12.2015:**

Tamara Bischof, Landrätin des Landkreises Kitzingen (Vorsitzende)
 Christian Schuchardt, Oberbürgermeister der Stadt Würzburg (Stellvertreter)
 Thomas Schiebel, Landrat des Landkreises Main-Spessart (Stellvertreter)
 Eberhard Nuß, Landrat des Landkreises Würzburg (Stellvertreter)
 Helmut Benkert, Geschäftsführer (Transportunternehmen f. Beton, Sand, Kies und Schotter)
 Dr. Christine Bötsch, Rechtsanwältin
 Peter Gerstner, Geschäftsführer (Fischzuchtbetrieb)
 Alfred Grob, Unternehmensberater, Glasindustrie
 Rudolf Hock, Geschäftsführender Gesellschafter (Reise- und Busunternehmen)
 Helga Hoepffner, Dozentin
 Peter Juks, 1. Bürgermeister der Stadt Ochsenfurt
 Manfred Ländner, Mitglied des Bayerischen Landtags
 Barbara Lehrieder, Geschäftsführerin eines Bildungsträgervereins
 Josef Mend, 1. Bürgermeister der Stadt Iphofen
 Siegfried Müller, Oberbürgermeister der Stadt Kitzingen
 Heinz Nätscher, Landwirt
 Dr. Mario Paul, 1. Bürgermeister der Stadt Lohr am Main
 Angelique Renkhoff-Mücke, Vorstandsvorsitzende (Sonnenschutzanlagenbau)
 Marion Schäfer-Blake, Lehrerin i. R.
 Joachim Schulz, Konzertveranstalter
 Ralph-Dieter Schüller, Geschäftsführender Gesellschafter (Pharmazeutische Großhandlung)
 Monika Spindler-Krenn, Gesellschafterin eines Autohauses
 Dr. Reinhard Stumpf, Rechtsanwalt
 Hans-Jürgen Weber, Oberbürgermeister a. D.
(Sparkassenvorstand Bernd Fröhlich ist ab 30.12.2014 nur noch beratendes Mitglied ohne Stimmrecht)

Prüfer, Vorstand, Verwaltungsrat:

Jahr	2015	2014	2013	2012
Honorar für Prüfer:(Sparkassenverband Bayern)	285.000 €	225.000 €	254.000 €	235.000 €
Anzahl Vorstandsmitglieder: Jahr	4	4	4	4
Gesamtbezüge Vorstand:	1.569.000 €	1.505.000 €	1.389.000 €	1.409.000 €

(Hinweis: Jahres-Grundgehalt 2013 Bundeskanzlerin Merkel: ca. 247.200 Euro)

Ausgezahlte Pensionsbezüge/Renten:	2.119.000 €	2.090.000 €	2.045.000 €	1.636.000 €
Summe Jährlicher Aufwand für Geschäftsleitung	3.688.000 €	3.595.000 €	3.434.000 €	3.045.000 €
Pensionsrückstellungen:	25,596 Mio. €	20,752 Mio. €	20,859 Mio. €	17,759 Mio. €
Anzahl Verwaltungsräte	25	25	25	25
Höhe Aufwandsentschädigung Verwaltungsräte:	234.000 €	218.000 €	217.000 €	216.000 €
Anzahl der Sitzungen:	4	unbekannt	unbekannt	unbekannt
Kreditgewährung Sparkassenvorstand:	1.050.000 €	713.000 €	763.000 €	1.028.000 €
Kreditgewährung Verwaltungsräte:	12.204.000 €	11.095.000 €	2.550.000 €	2.905.000 €

7. Einnahmengestaltung nach Art. 62 Gemeindeordnung und Art. 21 Sparkassenordnung

A. Text Art. 62 Gemeindeordnung

- (1) Die Gemeinde erhebt Abgaben nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (2) Sie hat die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen
 1. soweit vertretbar und geboten aus besonderen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen,
 2. im übrigen aus Steuern zu beschaffen, **soweit** die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen.

(3) Die Gemeinde darf Kredite nur aufnehmen, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzweckmäßig wäre.

(Hinweis: Durch das Wörtchen „soweit“ wird System geändert!)

B.. Richtige Reihenfolge der Erhebung gem. Art. 62 Gemeindeordnung:

1. **Besondere Entgelte** (z.B. Beiträge und Gebühren, Fremdenverkehrsabgabe, Straßenausbaubeiträge)
2. **Sonstige Einnahmen** (Erträge aus dem Gemeindevermögen: z.B. Mieten, Pachten, Gewinnausschüttung der Sparkasse)
3. **Steuern** (Erhöhung Grund-, Gewerbesteuer usw.)

**Erst wenn 1. und 2. ausgeschöpft sind:
Erhöhung der kommunalen Steuern oder neue Steuern !!!!!**

Sparkassenausschüttungen an die Träger sind „Sonstige Einnahmen“, bestätigt von den Städten Würzburg und Augsburg!

Kein Hinweis bisher in den Kommentaren zur Bayer. Gemeindeordnung, dass Gewinnabführungen = sonstige Einnahmen!

Grund für fehlenden Hinweis: unbekannt!

C. § 21 Sparkassenordnung

Der Sparkassengewinn kann ausgeschüttet werden, wenn die die Kapitalquote höher ist als 6%. Die Ausschüttungsquote richtet sich nach gewissen Bandbreiten zwischen 10% und 75 %. Die Sparkasse hat hier kein übliches freies Ermessen, um auszuschütten oder nicht. Sie hat vielmehr ein gebundenes Ermessen. Wenn sich Sparkasse und Verwaltungsrat nicht daran halten und einfach darüber hinweggehen, wird der Gesetzgeber mit seiner Vorgabe der Lächerlichkeit preisgegeben.

D. Ergebnis

Vor Steuer- und Abgabenerhöhungen (die Kreisumlage gehört auch dazu) muss zuerst geprüft werden, ob nicht die Sparkassengewinne (Sonstige Einnahmen) für gemeinnützige Zwecke abgerufen werden können. Bei der Ausschüttung handelt es sich nicht um ein freies sondern um ein gebundenes Ermessen.

8. Zusammenfassung

Im Streit um eine Gewinnausschüttung in Düsseldorf hat das Finanzministerium NRW einen umfangreichen Bescheid zum § 340g HGB erlassen.

Die Stadt bekam Recht, die Zuführung zum Fonds nach 340g HGB darf nicht vom Vorstand allein vorgenommen werden. Dadurch werden die Rechte des für die Richtlinien der Geschäftspolitik zuständigen Verwaltungsrats unterlaufen.

Jahresüberschuss und Zuführung zum Fonds sind zu einer Größe zusammenzufassen, sie bilden das Eigenkapital gemäß EU-Recht. Über die Verwendung der Summe entscheidet der **Verwaltungsrat**. Die Herausnahme der Zuführung zum Fonds aus dem Eigenkapital zum Zweck einer niedrigeren Ausschüttung verstößt gegen EU-Recht (EU-Recht bricht Bundesrecht!)

Mit den in NRW neu gesetzten Bedingungen wurden die bayerische Sparkassen überprüft.

Die Sparkasse Mainfranken hat seit 2010 den Fonds mit insgesamt 159,4 Mio. € dotiert. Die Notwendigkeit wurde **nicht** nachgewiesen. Die Interessen der Träger auf Gewinnabführung wurden nicht adäquat berücksichtigt.. Es erfolgte keine Ausschüttung.

Nach der Düsseldorfer Vorgabe hätten gemäß § 340g HGB in den Jahren 2012 und 2015 jeweils zwischen 23 und 33 Mio. € an die Träger ausgeschüttet werden können.

Die Kernkapitalquote ist sehr hoch, die Sparkasse hat den 38. Rang (von 71 Sparkassen in Bayern).

Das vorhandene Eigenkapital reicht aus, um 2014 bei den derzeitigen Risikogewichteten Aktiva von rund 3.885 Mio. € zusätzlich weitere 5.816 Mio. € an Krediten ausreichen zu können. Der Ruf nach höherem Eigenkapital ist insofern unverständlich.

Gez. Dr. Rainer Gottwald

Per Mail verschickt