



Die Sparkassenaufsicht hat nunmehr über die Rechtmäßigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses 2014 durch den Verwaltungsrat der SSKD zu entscheiden.

09.06.2016

Seite 13 von 28

II.

1. Nach § 17 Satz 4 i.V.m. § 40 Abs. 3 Satz 2 SpkG kann die Sparkassenaufsicht Beschlüsse und Anordnungen der Organe der Sparkasse, die das geltende Recht verletzen, aufheben. Solch eine Aufhebung ist für die Feststellung des Jahresabschlusses 2014 der SSKD durch den Verwaltungsrat am 26. Juni 2015, bestätigt am 1. August 2015, geboten. Der Verwaltungsratsvorsitzende hat den Feststellungsbeschluss als Beanstandungsbeamter nach § 17 Satz 1 SpkG zu Recht beanstandet und nach § 17 Satz 4 SpkG die Entscheidung der Sparkassenaufsicht eingeholt. Denn die Feststellung des Jahresabschlusses 2014 der SSKD durch den Verwaltungsrat war rechtswidrig. Der Verwaltungsrat hat die ihm im Zuge der Feststellung des Jahresabschlusses obliegenden (Kontroll-) Aufgaben (hierzu 1.1) durch seinen Feststellungsbeschluss verletzt (sodann 1.2): Zwar hat sich der Verwaltungsrat intensiv mit den umstrittenen Fragen des Jahresabschlusses 2014 befasst (dazu zunächst 1.2.1). Im Ergebnis hat er jedoch einen rechtswidrigen Jahresabschluss festgestellt, weil er die vom Vorstand vorgenommene Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB zu Unrecht nicht gerügt hat (sodann 1.2.2). Diese Dotierung war unter Berücksichtigung der insoweit bestehenden Spielräume des Vorstandes rechtswidrig. Denn der Vorstand hat im Rahmen des bei der Dotierung bestehenden Ermessens neben den Vorsorge- und Sicherungsinteressen der Sparkasse auch die sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Zuständigkeiten des Verwaltungsrates und der Versammlung des Trägers im Zusammenhang mit der Ausweisung eines Jahresüberschusses zu berücksichtigen (dazu 1.2.2.1). Dies hat er nicht in ermessensfehlerfreier Weise getan (dazu 1.2.2.2). Der Verwaltungsrat hätte dies nicht unbeanstandet lassen dürfen, sondern auf eine rechtmäßige Dotierung nach § 340g HGB hinwirken müssen (abschließend 1.2.2.3). Die Feststellung des Jahresabschlusses 2014 durch den Verwaltungsrat ist daher aufzuheben (hierzu unter 2.).

1.1 Der Verwaltungsrat ist als Aufsichtsorgan der SSKD mit weitreichenden Kompetenzen und Aufgaben ausgestattet. Gemäß § 15 Abs. 1 SpkG



09.06.2016

Seite 14 von 28

bestimmt der Verwaltungsrat die Richtlinien der Geschäftspolitik und überwacht die Geschäftsführung. Der Kontrollauftrag des Verwaltungsrates ist von Gesetzes wegen dabei auf die wesentlichen Leitungsaufgaben des Vorstandes ausgerichtet. Dies schließt die Kontrolle der Geschäfts-, Risiko-, Liquiditäts- und Kapitalstrategie des Vorstandes (s. Heinevetter/Engau/Menking, Sparkassengesetz NRW, Stand 2014, § 15 SpkG, S. 15-20 m.w.N.) ein. Die Kontrollaufgabe des Verwaltungsrates 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. Jedoch darf der Verwaltungsrat sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle eines rechtmäßigen Vorstandsermessens setzen. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit hat der Verwaltungsrat vielmehr die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes (vgl. § 20 Abs. 1 SpkG, § 25a Abs. 1 Satz 2 KWG i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 KWG) zu wahren.

Im Hinblick auf den Jahresabschluss wirken der Vorstand und der Verwaltungsrat zusammen. Dabei ist gemäß § 24 Abs. 2 SpkG zunächst der Vorstand verpflichtet, dem Verwaltungsrat einen Jahresabschluss und einen Lagebericht vorzulegen. Die Feststellung des Jahresabschlusses obliegt gemäß §§ 15 Abs. 2 lit. d, 24 Abs. 4 SpkG sodann dem Verwaltungsrat. Diese Feststellung ist keine bloße Formalie. Sie ist vielmehr Teil der dem Verwaltungsrat nach § 15 Abs. 1 SpkG zukommenden Aufgabe. Maßstab des Handelns des Verwaltungsrates ist dabei eine Kontrolle, die eine Überprüfung des dem Vorstand zukommenden Ermessens, auch eines bilanzpolitischen Ermessens, einschließt (s. Schlierbach, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 185 f.; Heinevetter/Engau/Menking, Sparkassengesetz NRW, Stand 2014, § 15 SpkG, S. 18 ff., 46 f., 90 f.). Dabei schuldet der Verwaltungsrat zwar keine eigene „zweite“ Abschlussprüfung. Seine Befugnisse und die Billigungswirkung der Feststellungsentscheidung unterscheiden sich insoweit von denen des Abschlussprüfers. In der Feststellung des Jahresabschlusses liegt indes sowohl eine Bestätigung der Rechtmäßigkeit als auch die Billigung der Ermessensausübung des Vorstandes durch den Verwaltungsrat. Mit ihr übernimmt der Verwaltungsrat eigene bilanzpolitische Verantwortung (s. zur insoweit parallelen Konstellation im Aktienrecht: Hennrichs/Pöschke, in: MüKo AktG, 3. Aufl. 2013, § 171 Rn. 6-8 m.w.N.; Waclawik, in: Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 171 Rn. 6-9; Koch, in: Hüffer, Aktiengesetz, 11. Aufl. 2014, § 111 Rn. 5, 13 f., § 171 Rn. 7 f. m.w.N.; zu § 340g HGB: Braun, in: Klausen/Scherrer, Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, 1. Aufl. 2011, § 340g Rn. 20; Semmler, Lei-



tung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 115 ff., 111 ff., 147 ff. und passim). Vor diesem Hintergrund obliegt es dem Verwaltungsrat, die ihm durch den Vorstand vorgelegten Unterlagen und Ausführungen zu analysieren und offenen Fragen, möglichen Ungereimtheiten sowie rechtlichen Zweifeln nachzugehen (s. Heinevetter/Engau/Menking, Sparkassengesetz NRW, Stand 2014, § 15 SpkG, S. 47; für das Aktienrecht: Koch, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 171 Rn. 9). Einen rechtswidrigen Jahresabschluss darf der Verwaltungsrat nicht feststellen; darin liegt vielmehr ein eigener Rechtsverstoß des Verwaltungsrates.

09.06.2016

Seite 15 von 28

1.2 Gemessen an den sich an den Verwaltungsrat richtenden Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses war die Feststellung des Jahresabschlusses 2014 der SSKD durch den Verwaltungsrat vom 26. Juni 2015, bestätigt am 1. August 2015, rechtswidrig. Dabei hat die Sparkassenaufsicht ungeachtet weiter reichender Kontroll- und Handlungsmöglichkeiten des Verwaltungsrates gegenüber dem Vorstand als Rechtsaufsicht nach § 17 Satz 4 i.V.m. § 40 SpkG allein über die Rechtmäßigkeit des Handelns des Verwaltungsrates zu entscheiden. Dies schließt die Kontrolle der Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Ermessens ein:

1.2.1 Die Feststellung des Jahresabschlusses durch den Verwaltungsrat war nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil sich dieser mit dem vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss 2014 nicht ausreichend befasst und auseinandergesetzt hätte. Dabei brauchte nicht abschließend entschieden zu werden, wie weit Befassungs- und Kontrollpflichten des Verwaltungsrates in verfahrensmäßiger Hinsicht im Einzelfall reichen können. Denn es ergab sich für die Sparkassenaufsicht aus dem ihr zur Kenntnis gegebenen Sachverhalt, dass sich der Verwaltungsrat – auch bei Zugrundelegung strenger Maßstäbe – in angemessenem Umfang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses und insbesondere der umstrittenen Dotierung nach § 340g HGB befasst hat. Für seine Feststellung des Jahresabschlusses hat er offene Fragen aufzuklären gesucht, die unterschiedlichen Rechtsauffassungen zur Dotierung zur Kenntnis genommen, seine Ausschüsse (Hauptausschuss, Bilanzprüfungsausschuss, Risikoausschuss) befasst und die Sichtweisen in unterschiedlichen Terminen mit dem Vorstand, den Gutachtern und den Abschlussprüfern diskutiert.



09.06.2016

Seite 16 von 28

1.2.2 Die Rechtswidrigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses 2014 durch den Verwaltungsrat folgt jedoch daraus, dass die dort vorgenommene Dotierung nach § 340g HGB rechtsfehlerhaft ist. Die Dotierung beruht auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung und Anwendung des § 340g HGB, die der Vorstand bei der Aufstellung zugrunde gelegt hat und die der Verwaltungsrat im Rahmen der ihm im Zusammenhang mit der Feststellung des Jahresabschlusses obliegenden Kontrolle zu Unrecht nicht beanstandet hat.

1.2.2.1 Die Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB ist eine Ermessensentscheidung. Sie eröffnet im Grundsatz vergleichsweise weite Spielräume, in deren Ausfüllung insbesondere den Vorsorge- und Sicherungsbedürfnissen des jeweiligen Kreditinstitutes, hier der SSKD, Rechnung getragen werden kann. Im Rahmen der Ermessensentscheidung sind jedoch auch die sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Kompetenzen des Verwaltungsrates und der Versammlung des Trägers an einer Ausweisung und Ausschüttung von Überschüssen angemessen zu berücksichtigen. Im Einzelnen:

Nach § 340g Abs. 1 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 für Sparkassen nach allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen anwendbar (§§ 242 Abs. 1 Satz 1, 340 Abs. 1 Satz 1 HGB; § 1 Abs. 1 KWG). Denn auch die öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen sind als gewerbetreibende Unternehmen und damit als Kaufleute anzusehen (s. bereits RGZ 116, 227, 229).

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 objektivierter 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 Rechts-



folge („dürfen ... bilden“) eine Ermessensentscheidung; die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB ist also nicht verpflichtend.

09.06.2016

Seite 17 von 28

Die bilanzrechtliche Regelung des § 340g HGB richtet sich dabei an kein bestimmtes Organ. Sie räumt die Bildung des Sonderpostens den „Kreditinstituten“ als solchen ein. Die Zuständigkeiten des konkreten Organs folgen aus dem Organisationsrecht, in dessen Organisationsgefüge das handelnde Organ bei der Ausübung der bilanzrechtlichen Spielräume naturgemäß eingebunden bleibt. Daraus folgt, dass bei einer Dotierung nach § 340g HGB sowohl zu berücksichtigen ist, ob die Sonderpostenbildung für ein Kreditinstitut zur Vorsorge gegen allgemeine Bankenrisiken in Betracht kommt, als auch, ob eine konkrete Dotierungsentscheidung im Einzelfall unter Berücksichtigung der innerorganisatorischen Zuständigkeiten und organschaftlichen Bindungen zulässig ist. Die Rechtmäßigkeit einer Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB wird damit auch durch innerorganisatorische Vorgaben, die Rechtsform und die Zwecke des jeweiligen Unternehmens bestimmen, die den Rahmen des jeweils handelnden Organs bilden, den das Bilanzrecht nicht selbst regelt, sondern voraussetzt (s. zu Ermessensgrenzen selbst bei weitem unternehmerischen Ermessen nur Bank, in: Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, 1. Aufl. 2010, Kap. 6, B, III, 3., Rn. 64). Für die SSKD, die als landesrechtliche Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet ist (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SpkG), sind folglich die Vorgaben des SpkG zu berücksichtigen, aus dem sich die Zuständigkeiten der Organe und des Trägers sowie deren Grenzen herleiten. Ein Konflikt zwischen Bundes- und Landesrecht ergibt sich aus diesem Verhältnis nicht.

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 – potentiell ausschüttungsfähiger – Gewinn, bzw. Jahresüberschuss i.S.v. §§ 8 Abs. 2 lit. g, 24 Abs. 4 Satz 2, 25 SpkG, zur Verfügung. Damit wirkt sich eine Entscheidung zur Dotierung nach § 340g HGB, die nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes (§ 20 Abs. 1 Satz 1 SpkG) fällt, immer auch auf die Möglichkeit zur Entscheidung über die Verwendung eines Jahresüberschusses aus, die für die SSKD nach den Regelungen des Sparkassenrechts der Vertretung des Trägers – unter Einbeziehung des Verwaltungsrates – zugewiesen ist (§§ 8 Abs. 2 lit. g, 24 Abs. 4 Satz 2, 25 SpkG). Entsprechend wird auch in der zivilrechtlichen Literatur darauf hin-



09.06.2016

Seite 18 von 28

gewiesen, dass die Dotierung zwar der Gewinnermittlung zuzuordnen sei, es sich der Sache nach aber um eine Gewinnverwendung handele, so dass auf die Interessen der Eigentümer Rücksicht zu nehmen sei (s. Scharpf/Schaber, Handbuch Bankbilanz, 6. Aufl. 2015; S. 342; Böcking/Gros/Torabian, in: MÜKo HGB, 3. Aufl. 2013, § 340g Rn. 5, 8; Böcking/Gros/Helke, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn HGB, 3. Aufl. 2014, § 340g, Rn. 5 f; Waschbusch, Die Bank, 1994, S.166 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.

— Insgesamt folgt daraus, dass – ungeachtet der bestehenden bilanzrechtlichen Spielräume des Vorstandes bei der Dotierung nach § 340g HGB – eine Auslegung 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. Vielmehr unterliegt die Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB auch unter organschaftlichen Gesichtspunkten und Treuepflichten rechtlichen Ermessensgrenzen, die vom Verwaltungsrat bei seiner Feststellungsentscheidung wie auch im Rahmen der rechtsaufsichtlichen Befugnisse durch die Sparkassenaufsicht überprüfbar sind. Das SpkG gewährt der Sparkasse zwar eine weitreichende institutionelle Autonomie. Zu den im Rahmen des Ermessens bei der Dotierung nach § 340g HGB zu berücksichtigenden Aspekten gehört danach insbesondere die Erfüllung des sich aus § 2 Abs. 1 und 2 SpkG 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 (insb. nach Verordnung (EU) Nr. 575/2013 Capital Requirements Regulation, KWG, MaRisk) auch das 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 Verwaltungsrates und der Vertretung des Trägers berücksichtigen.

Auch wenn die Gewinnerzielung der Sparkassen laut § 2 Abs. 3 SpkG und § 1 Abs. 1 Satz 3 Satzung SSKD nicht Hauptzweck der Sparkassentätigkeit ist, wird diese im SpkG gleichwohl vorausgesetzt und anerkannt: Eine Spar-



09.06.2016

Seite 19 von 28

kasse hat nicht nur gemeinnützige Zwecke zu verfolgen, sie muss regelmäßig Überschüsse erzielen wollen, die nicht nur zur Bildung von Reserven verwandt werden sollen (s. Schlierbach, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 69 m.w.N.; weitergehend Schubmann, Das niedersächsische Sparkassengesetz, 2008, S. 12). Vorgaben zur Vorabzuführung von Überschussanteilen zu den Rücklagen, die dazu führten, dass die Entscheidungsmöglichkeiten von Verwaltungsrat und Träger über die Überschussverwendung von vornherein beschränkt wären, gibt es im heutigen Sparkassenrecht in Nordrhein-Westfalen nicht mehr. Vielmehr stärkt das geltende Gesetz die Verantwortung von Verwaltungsrat und Verwaltung des Trägers und betraut auch diese nach §§ 24 Abs. 4 Satz 2, 25 Abs. 1 Satz 2 lit. c und Abs. 2 SpkG damit, die künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Sparkasse sicherzustellen (s. Heinevetter/Engau/Menking, Sparkassengesetz NRW, Stand 2014, § 8 SpkG, S. 12-14). Ein Ausschüttungsinteresse der Träger ist dabei nicht rein fiskalisch zu betrachten, sondern steht über § 25 Abs. 3 SpkG stets unter einer besonderen öffentlichen Zweckbindung.

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 langfristigen Eigenkapitalpolitik zu machen und damit faktisch allein über Jahresüberschüsse zu verfügen.

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 erge-



benden 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. Im Grundsatz gilt dabei: Je konservativer und risikoaverser eine vom Vorstand langfristig angestrebte Risiko- und Eigenkapitalstrategie ist, desto eher kann eine Dotierung in Rechte und Zuständigkeiten des Verwaltungsrates und der Versammlung des Trägers 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. Dabei bedeutet die Ausweisung keine Ausschüttung, sondern zunächst die Einbindung des Trägers (und des Verwaltungsrates) in langfristige Finanzierungsentscheidungen. Das SpkG weist insofern der Versammlung des Trägers (und dem Verwaltungsrat) ausdrücklich eine Mitverantwortung für die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Sparkasse und die Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags zu (§§ 8 Abs. 2 lit. g, 24 Abs. 4 Satz 2, 25 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 SpkG). Eine Handlungsoption liegt in der Zuführung des Jahresüberschusses in die Rücklagen.

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.

Auch nach den konkreten Umständen des Einzelfalls kann sich für die Dotierungsentscheidung ein besonderer Begründungs-, Rechtfertigungs- und Darlegungsbedarf ergeben, dem der Vorstand im Rahmen seines Ermessens Rechnung zu tragen hat. Im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss 2014 lag solch ein abwägungsrelevanter Gesichtspunkt jedenfalls in dem Umstand, dass ein deutlich über Plan liegendes Ergebnis nach Steuern ausgewiesen werden konnte. Dabei war der Vorstand in seinen Planungen bis zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, den von ihm zugrunde gelegten erforderlichen Kapitalbedarf bis 2019 auch bei deutlich geringeren Überschüssen im Jahr 2014 bzw. durch Thesaurierung späterer Überschüsse und stille Reserven decken zu können. Zudem hatte der Vorstand bereits in der Vergangenheit eine vollständige Thesaurierung nach § 340g HGB vorgenommen.



1.2.2.2 Der Fehler des Verwaltungsrates bei der Feststellung leitet sich aus einem Fehler des Vorstandes bei der Aufstellung des Jahresabschlusses 2014 ab: Der vom Vorstand der SSKD aufgestellte Jahresabschluss 2014 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 Verwaltungsrates und der Versammlung des Trägers nicht angemessen einbezogen. Die Dotierung war daher ermessensfehlerhaft und rechtswidrig.

Dabei sind Anknüpfungspunkt vorliegend nicht die vom Vorstand zugrunde gelegten und vom Verwaltungsrat gebilligten Annahmen zur Risikosituation der SSKD, zu den in diesem Zusammenhang angegebenen Risikofaktoren und zu deren Quantifizierung, zu denen der Vorstand gegenüber der Aufsicht im Schriftwechsel von Mai bis Juni 2015 nähere Angaben gemacht hat. Dem Vorstand kommen im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis bei der Aufstellung der Risikostrategie weite Spielräume zu. Gegenüber den auch dahingehend bestehenden Kontrollmöglichkeiten seitens des Verwaltungsrates ist die Kontrolldichte durch die Rechtsaufsicht insoweit zurückgenommen. Entsprechendes gilt im Grundsatz auch für die vom Vorstand hieraus abgeleiteten Eigenkapitalerfordernisse, wie sie vorliegend mit einer Kernkapitalquote von 18 % (Stand 2014) beschrieben worden sind.

Ein Rechtsverstoß ergibt sich allerdings aus Folgendem:

Der Vorstand hat sein Vorhaben einer Dotierung des nahezu gesamten erzielten Ergebnisses nach Steuern einschließlich der hohen Überplanergebnisse nach § 340g HGB seit dem vierten Quartal 2014 dem neu konstituierten Verwaltungsrat kommuniziert und die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Maßstäbe wiederholt erläutert. Auf der Grundlage eines für das Jahr 2014 erwarteten Jahresüberschusses in Höhe von 118,1 Mio. Euro (und damit rd. 40 Mio. Euro über Plan) führte der Vorstand gegenüber dem Verwaltungsrat aus, dass aus der von ihm im Jahr 2019 als erforderlich erachteten Kapitalquote die Notwendigkeit folge, zu deren Erreichung den gesamten geplanten Jahresüberschuss bis 2019 (über § 340g HGB) zu thesaurieren (so bspw. Sitzung des Risikoausschusses am 28. November 2014, TOP 6 mit Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar 2016, Anl. 1, S. 6). Der Vorstand berief sich insoweit darauf, dass die Entscheidung nach § 340g HGB allein ihm obliege (so etwa Sitzung des Risikoausschusses am 28. November 2014, TOP 6 mit Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar



2016, Anl. 1, S. 6; Sitzung des Verwaltungsrates vom 14. Januar 2015, S. 15); ein Grundsatzbeschluss zur vollständigen Thesaurierung des Jahresergebnisses, insbesondere über § 340g HGB, sei bereits getroffen worden (vgl. Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar 2016, Anl. 1, S. 7 = Risikoausschuss am 28. November 2014, TOP 6; vgl. Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar 2016, Anl. 1, S. 13 = Bilanzprüfungsausschuss am 5. Dezember 2014, TOP 3; Sitzung des Verwaltungsrates am 12. Dezember 2014, Protokoll S. 11). Einen Ermessungsspielraum sehe er nicht, vielmehr determiniere die Risikotragfähigkeit die Bildung der Reserven nach § 340g HGB (so etwa Ausführungen im Risikoausschuss am 28. November 2014 mit Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar 2016, Anl. 1, S. 5-7, im Bilanzprüfungsausschuss am 5. Dezember 2014 mit Stellungnahme Vorstand vom 15. Januar 2016, Anl. 1, S. 12-15, im Verwaltungsrat am 12. Dezember 2014, Protokoll S. 7-12 und 14. Januar 2015, Protokoll S. 11-18). Spielräume und Ermessen bestünden zwar im Hinblick auf die Definition der Risiko- und der Geschäftsstrategie, die auch gegeneinander abzuwägen seien, nicht aber bezüglich der daraus abgeleiteten Dotierung nach § 340g HGB (vgl. z.B. Prot. Verwaltungsrat vom 12. Dezember 2014, S. 12). Er verwies in diesem Zusammenhang wiederholt darauf, dass die Ausschüttungsfähigkeit gegenüber der Eigenständigkeit der SSKD von nachrangiger Bedeutung sei: Eine Güterabwägung zwischen „Risikoappetit“ und Ausschüttungsinteresse komme nicht in Betracht. Eine Ausschüttung dürfe nicht ursächlich für eine Verletzung der Risikostrategie sein (s. etwa Sitzung des Verwaltungsrates vom 12. Dezember 2014, Protokoll S. 11, Sitzung des Verwaltungsrates vom 14. Januar 2015, Protokoll S. 12). Das am höchsten priorisierte Ziel sei die Eigenständigkeit der SSKD (so etwa Sitzung des Verwaltungsrates vom 14. Januar 2015, Protokoll S. 12). Erst wenn die Kapitallücke geschlossen sei, voraussichtlich 2019, komme eine Ausschüttung in Betracht. Zusammengefasst handelte der Vorstand nach einer Gesamtstrategie, nach der von ihm in seiner Risiko- und Eigenkapitalstrategie ermittelte Kapitalbedarf so schnell und so umfangreich wie möglich unmittelbar über das Instrument des § 340g HGB gedeckt werden sollte.

An dieser Sichtweise hielt der Vorstand bei der Vorlage des Jahresabschlusses 2014 an den Verwaltungsrat zum 31. März 2015 fest. Der Umstand, dass der Jahresüberschuss zum März 2015 mit rd. 134 Mio. Euro ermittelt wurde und damit noch weitere rd. 20 Mio. Euro über dem im November angenommenen Wert lag, insgesamt also rd. 60. Mio. Euro über Plan, änderte – im Einklang mit der Strategie einer „unbedingten“ Befriedigung des ermittelten Kapitalbedarfs – an seiner Bewertung nichts.



Nach Vorlage des Jahresabschlusses hat der Vorstand seine Rechtsauffassung rechtsgutachterlich unterlegt und sich darauf – auch gegenüber der Sparkassenaufsicht (s. Schreiben vom 20. Mai 2015, S. 3 f.) – fortlaufend berufen. Nach dem vom Vorstand vorgelegten, zum 19. Mai 2015 von HM erstellten und am 8. Juni im Verwaltungsrat präsentierten Memorandum (S. 1, 7-12), gegenüber dem Verwaltungsrat am 30. Juni mit Stellungnahme von HM zur Beanstandung (S. 3, 7) bekräftigt, stehe allein dem Vorstand ein Recht zur Dotierung des Sonderpostens bis zur Grenze der „offensichtlichen Willkür“ zu. Alleiniger Handlungsmaßstab seien die Risiken und Interessen der Sparkasse selbst, nicht hingegen fiskalische Gewinnerzielungs- und -verwendungsinteressen des Trägers, die von Rechts wegen nicht berücksichtigt werden dürften. Den Abschlussprüfern des RSGV legte der Vorstand in rechtlicher Hinsicht ebenfalls die Ausführungen des HM-Gutachtens vom 19. Mai als Prüfnachweis vor. Während diese ein weites Ermessen im Rahmen der Dotierungsentscheidung nach § 340g HGB grundsätzlich akzeptierten, wiesen sie ausdrücklich darauf hin, die vom Vorstand vertretene Auffassung, eine Dotierung sei vorliegend zwingend und verpflichtend, jedenfalls auf der Grundlage der Vorgaben des HGB nicht zu teilen (vgl. Anlage 15 zum Prüfbericht, S. 2, 10).

Dies trägt den sparkassenrechtlich geschützten Interessen und Kompetenzen des Verwaltungsrates und der Versammlung des Trägers nicht mehr angemessenen 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. Auch ist eine Handhabung des bestehenden Ermessens als freies Dotierungsrecht bis zur Grenze der offensichtlichen Willkür, in dessen Rahmen die sparkassenrechtlich anerkannten Interessen des Trägers und des Verwaltungsrates kategorisch untergeordnet werden, ermessensfehlerhaft. Das Ermessensdefizit begründet sich im Hinblick auf die Entscheidung des Vorstandes vorliegend auch daraus, dass dieser in seiner Entscheidung nicht erkennbar berücksichtigt hat, dass der Jahresüberschuss 2014 deutlich über den Planerwartungen lag und nach der grundlegenden Dotierungsentscheidung zum Jahresabschluss 2014, die offenbar im November 2014 gefallen war, zum März 2015 noch weiter nach oben korrigiert wurde. Dass es sich, wie der Vorstand vortragen hat, insoweit um nicht fortschreibbare Sondereffekte handelte, wäre zwar ebenfalls berücksichtigungsfähig, ändert aber nichts daran, dass ihr Eintreten in die Abwägung hätte einfließen müssen. Die im SpkG vorgesehene Entscheidung über die Verwendung des Jahresüberschusses nach



§§ 8 Abs. 2 lit. g, 24 Abs. 4 Satz 2, 25 SpkG ist eine jährliche, die der Versammlung des Trägers auf Vorschlag des Verwaltungsrates jedes Jahr auf 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 rechtfertigen, konkrete Ausweisungs- oder Ausschüttungsinteressen von vornherein der Ermessensentscheidung zu entziehen oder sie per se zurückzustellen.

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 zu „Aussteuerungszwecken“ reduzieren dürfen. Dabei hätte er auch zu berücksichtigen gehabt, dass Verwaltungsrat und Versammlung des Trägers nach §§ 24 Abs. 4 Satz 2, 25 Abs. 1 Satz 2 lit. c, Abs. 2 SpkG rechtlich ebenfalls nicht frei, sondern der künftigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Sparkasse verpflichtet sind.

Im Übrigen ist der Vortrag im Schreiben von HM vom 15. Januar 2016, der Vorstand habe Ausschüttungsinteressen des Trägers stets mit abgewogen und lediglich im Ergebnis den langfristigen Sicherungsinteressen der Sparkasse und der damit verbundenen langfristigen Ausschüttungsfähigkeit untergeordnet (S. 6 f. und 21 f.), nicht als Aufgabe der vom Vorstand ausdrücklich beanspruchten Maßstäbe anzusehen. Nach dem Anspruch des Vorstandes musste eine Berücksichtigung konkreter Ausweisungsinteressen vielmehr folgerichtig jedenfalls so lange ausscheiden, bis der bis 2019 zu deckende Kapitalbedarf gestillt wäre.

1.2.2.3 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 die Auffassung des Vorstandes gebilligt, anstatt auf eine Beseitigung der Ermessensfehler hinzuwirken.

Im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses traf den Verwaltungsrat eine eigene Verantwortung, die Dotierungsentscheidung des Vorstandes als Teil des aufgestellten Jahresabschlusses auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Dabei hätte die Aufgabe des Verwaltungsrates in der Herbeiführung einer ermessensfehlerfreien Entscheidung des Vorstandes gelegen, die



anerkennt, dass in die Entscheidung nach § 340g HGB im Grundsatz auch die sparkassenrechtlich anerkannten Interessen von Verwaltungsrat und Versammlung des Trägers an der Ausweisung von Jahresüberschüssen einzustellen sind und diesen entsprechend Rechnung zu tragen ist. Dies ist unterblieben.

Aus den der Sparkassenaufsicht vorliegenden Protokollen der Sitzungen des Verwaltungsrates ergibt sich vielmehr, dass dieser die im Wesentlichen zwischen Vorstand und dem Hauptverwaltungsbeamten geführten Diskussionen verfolgt hat; einzelne Organmitglieder haben sich daran aktiv beteiligt. Im Ergebnis hat der Verwaltungsrat als Gesamtorgan die vom Vorstand verfolgte Grundstrategie und damit auch die dargelegten Ermessensfehler bei der Dotierung nach § 340g HGB nicht beanstandet. Er hat auch keine abweichende inhaltliche Position über Maßstab und Grenzen der Zulässigkeit der Dotierung nach § 340g HGB formuliert und seiner Entscheidung zur Feststellung des Jahresabschlusses 2014 zugrunde gelegt. Das Organ äußerte keine Bedenken gegen die vom Vorstand beanspruchten Dotierungsmaßstäbe bis zur Grenze der offensichtlichen Willkür, die auch vom Verwaltungsrat zu akzeptieren seien. Nachdem der Vorstand zuletzt in der Verwaltungsratssitzung am 1. August 2015 Änderungen am Abschluss, ausdrücklich auch bei etwaigen Änderungswünschen des Verwaltungsrates, kategorisch ausgeschlossen hatte, bestätigte der Verwaltungsrat den Jahresabschluss ohne Modifikation, Einwand oder Stellungnahme. Danach hat der Verwaltungsrat die vom Vorstand beanspruchte Auslegung und Anwendung des § 340g HGB zur Kenntnis genommen, als Grundlage der Dotierungsentscheidung akzeptiert und mit seiner Feststellungsentscheidung mitgetragen.

Dies entspricht auch der später vom Verwaltungsrat gebilligten Stellungnahme der Kanzlei Görg zum 14. Januar 2016, S. 19 ff. Der Verwaltungsrat hat danach die vom Vorstand vorgenommene Ermessensentscheidung – insbesondere auf der Basis der Einschätzungen der vorgelegten Rechtsgutachten und der Einschätzung der Prüfungsstelle des RSGV – für rechtmäßig erachtet und daher keinen Grund zur Beanstandung gesehen:

„Diese Einschätzungen zu der rechtmäßigen und sachgerechten Ausübung des dem Vorstand eingeräumten Ermessens durch die Rechtsanwaltskanzlei Hengeler Müller, Herrn Prof. Dr. Oebbecke von der Universität Münster, den Bilanzprüfungsausschuss und die Prüfungsstelle durfte der Verwaltungsrat in der Gesamtschau der ihm vorliegenden Unterlagen, der ihm erteilten Informationen und der ihm



gegenüber gemachten Ausführungen zum Maßstab seiner eigenen Entscheidung über Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Vorstandsentscheidung bezüglich der Dotierung nach § 340g HGB im Rahmen des Jahresabschlusses 2014 der Sparkasse Düsseldorf machen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Frage, ob die Rücklagenbildung in der konkreten Höhe nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung [...] notwendig war als auch hinsichtlich der Frage, inwieweit der Vorstand im Hinblick auf die Dotierung auch Interessen der Vertretung des Trägers an der Ausweisung von Überschüssen und der damit einhergehenden Abwägungs- und Dispositionsbefugnis berücksichtigt hat.“

Damit wirkte die ermessensfehlerhafte Dotierungsentscheidung des Vorstandes nach § 340g HGB in der Feststellung durch den Verwaltungsrat fort. Die Feststellung des vom Vorstand rechtswidrig aufgestellten Jahresabschlusses 2014 war daher selbst rechtswidrig.

2. Insgesamt ist daher vorliegend die nach § 17 Satz 4 i.V.m. § 40 Abs. 3 Satz 2 SpkG zulässige Aufhebung der Feststellung des Jahresabschlusses 2014 durch den Verwaltungsrat geboten, um die Einhaltung des Rechts in einer wirtschaftlich für die SSKD und ihre Trägerin 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 SSKD bei Begrenzung des aufsichtsrechtlichen Eingriffs auf das unbedingt Notwendige Gelegenheit zur eigenverantwortlichen Auf- und Feststellung eines rechtmäßigen Jahresabschlusses.

3. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO liegt im überwiegenden öffentlichen Interesse. Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung ergibt sich daraus, dass auch im Falle einer Anfechtung der Aufhebung des Feststellungsbeschlusses kein gestellt werden muss, dass aufgrund des rechtswidrigen Beschlusses kein fehlerhafter Jahresabschluss zustande kommt, der als Grundlage für eine Entscheidung über die Verwendung des Jahresüberschusses oder vom Vorstand zur Erfüllung seiner Transparenzpflichten zu kommunizieren wäre. Dadurch würde der Rechtsverstoß weiter vertieft und darauf aufbauend nicht zu beseitigende Tatsachen geschaffen. Die Anordnung setzt damit den



Zweck der § 17 Satz 2 und Satz 5 SpkG fort, die Umsetzung rechtswidriger
Verwaltungsratsbeschlüsse bis zur rechtlichen Klärung zu suspendieren.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

09.06.2016

Seite 27 von 28

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid kann Klage beim Verwaltungsgericht Düsseldorf, Bastionstraße 39, 40213 Düsseldorf, schriftlich, in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte – ERVVO VG/FG) vom 7. November 2012 (GV.NRW.S. 548) oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden.

Die Frist für die Einlegung der Klage beträgt einen Monat. Sie beginnt mit Ablauf des Tages, an dem Ihnen dieser Bescheid bekannt gegeben worden ist. Bei Zusendung durch einfachen oder Zustellung durch eingeschriebenen Brief gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bewirkt, es sei denn, dass der Bescheid zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Wird ein Bescheid elektronisch im Inland oder in das Ausland übermittelt, so gilt er am dritten Tag nach der Absendung als bekannt gegeben. Dies gilt nicht, wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Bei Zustellung durch die Post mit Zustellungsurkunde oder gegen Empfangsbekanntnis ist Tag der Bekanntgabe der Tag der Zustellung. Bei Zustellung durch eingeschriebenen Brief mit Rückschein gilt die Zustellung an dem Tag als bewirkt, den der Rückschein angibt.

Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden. Der Kla-



ge nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

09.06.2016

Seite 28 von 28

Bei einer Klageerhebung in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG muss das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach § 2 Nummer 3 des Signaturgesetzes vom 16. Mai 2001 (BGBl. I S. 876) in der jeweils geltenden Fassung versehen sein und an die elektronische Poststelle des Gerichts übermittelt werden.