

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes
zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von
Kreditinstituten, zur Errichtung eines
Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur
Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen
Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) für den
Deutschen Bundestag

– Sitzung des Finanz- und Rechtsausschusses
am 6. Oktober 2010 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz - KredReorgG) (Art. 1)	1
1. Konzept	1
2. Sanierungsverfahren	2
a) Verfahrenseinleitung	2
b) Zuständigkeit	3
c) Bestellung des Sanierungsberaters	3
d) Inhalt des Verfahrens	4
3. Reorganisationsverfahren	5
a) Verfahrenseinleitung	5
b) Bestellung des Reorganisationsberaters	6
c) Inhalt des Verfahrens	6
d) Rechtsschutz	8
III. Änderung des Aktiengesetzes (Art. 6)	9
1. Verlängerung der Verjährungsfrist (Art. 6 Nr. 1)	9
a) Allgemeines	9
b) Alternative: Modifizierte Anwendung der allgemeinen Vorschriften	11
c) Ergänzung: Verbesserung des Informationsflusses an die zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen berechtigten und verpflichteten Organe	12
d) Grenzen der Heranziehung von Schadenersatzansprüchen zu Zwecken der Steuerung und fehlende Abstimmung mit dem öffentlichen Recht	13
2. Alternative: Tätigkeitsverbot	14
3. Bonuszahlungen an Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsleitungsebene	16
a) Entsprechende Anwendung der	

	Vergütungsobergrenzen bei Unternehmen, die Stabilisierungsmaßnahmen in Anspruch nehmen	16
b)	Erstreckung der Vorschriften über die Offenlegung der Vergütung auf weitere Mitarbeiter	17
IV.	Zusammenfassung	18

I. Einleitung

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen Instrumente geschaffen werden, um Banken, die in Schwierigkeiten geraten sind, zu sanieren oder abzuwickeln. Von den vielfältigen vorgeschlagenen Regelungen sollen hier diejenigen im Bereich des Insolvenzrechts (Art. 1) und des Gesellschaftsrechts (Art. 6) näher beleuchtet werden. Die **gesellschaftsrechtlichen Regelungen** haben dabei nach der Vorstellung der Bundesregierung insoweit eine **präventive Wirkung**, als eine stärkere Haftungsdrohung gegenüber Gesellschaftsorganen schon krisenverursachendes Verhalten von Gesellschaftsorganen zu verhindern helfen vermag (Begr RegE zu Art. 6 Nr. 1: nach bisherigem Recht Vernachlässigung längerfristiger, dem nachhaltigen Unternehmenserfolg dienender Maßnahmen). Die **insolvenzrechtlichen Normen** greifen demgegenüber erst bei **Eintritt einer Krise oder in ihrem unmittelbaren Vorfeld** ein. Beiden hier anzusprechenden Normkomplexen ist gemeinsam, dass sie enge Querbezüge zum allgemeinen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht haben.

II. Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz - KredReorgG) (Art. 1)

Wenn wir hier über die Möglichkeiten einer Stabilisierung des Bankensystems nachdenken, steht doch für den Bürger (und auch - vielleicht sogar erst recht - für den Staat!) die Möglichkeit der Kreditaufnahme weitaus stärker im Fokus des Interesses. Plastisch hat dies der Ökonom *Hellwig* gerade auf dem Deutschen Juristentag ausgedrückt, als er meinte, 90 % der öffentlichen Stimmen würden selbst im Augenblick die Frage nach der künftigen Kreditversorgung stellen, und nur 10 % dächten an die Stabilität des Systems. Insoweit muss man sich immer wieder die Aussage in Erinnerung rufen: „Kredit ist die Grundlage allen Übels“. Da wir den Kredit nicht abschaffen können und auch nicht wollen - zumal alle Versuche in diese Richtung erfolglos waren -, kann es auch jetzt nur darum gehen, die richtige Balance zu finden. Hier setzt das zu beratende Gesetzespaket durchaus richtig an.

1. Konzept

Zunächst zum Konzept: Kritik ist hier vor allem laut geworden, als die Sanierung von Kreditinstituten außerhalb des gewöhnlichen Insolvenzverfahrens erfolgen soll.¹

Ich teile diese Kritik nicht: Denn das jetzige Insolvenzrecht ist für die Durchführung von

¹ *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 1).

Insolvenzverfahren über ein Kreditinstitut denkbar ungeeignet, was zentral auf die Besonderheiten eines Kreditinstituts einerseits und die (immer noch) zu wenig ausgeprägte Sanierungsorientierung des noch geltenden Insolvenzrechts andererseits zurückzuführen ist. Das alles steht zwar im allgemeinen Insolvenzrecht durchaus in der Diskussion, und ein Diskussionsentwurf eines „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG), der viele dieser Probleme adressiert, ist auch schon bekannt geworden.² Bis zu seinem Inkrafttreten kann aber noch geraume Zeit vergehen, die man nicht verlieren sollte. Das hier zu beurteilende Gesetz stellt daher eher einen ersten Schritt in eine richtige Richtung dar, der vielleicht später noch an anderer Stelle nachzuvollziehen ist, als den Ausbruch aus einem bekannten und anerkannten System.

Schauen wir nun auf die Einzelheiten:³

Das Gesetz differenziert zwischen dem, allen Kreditinstituten offenstehenden, Sanierungsverfahren (§§ 2 ff. KredReorgG-RegE) und dem auf systemrelevante Kreditinstitute beschränkten Reorganisationsverfahren (§§ 7 ff. KredReorgG-RegE). In beiden Fällen geht es darum, **kollektive Verhandlungslösungen** zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten gesetzgeberisch zu unterstützen - was grundsätzlich zu begrüßen ist.

2. Sanierungsverfahren

a) Verfahrenseinleitung

Hinsichtlich des Sanierungsverfahrens ist - zu Recht - die Frage aufgeworfen worden, ob es eines solchen Verfahrens, das auf die Freiwilligkeit der Beteiligten setzt, überhaupt bedarf; dafür gebe es kein praktisches Bedürfnis.⁴ Ich kann nur sagen: Hoffentlich!

Leider hat diese Hoffnung für die Vergangenheit getrogen, und dann scheint es mir richtig, wenn der Gesetzgeber - sozusagen als *tool box* - Möglichkeiten anbietet, mit denen die drohende Schieflage eines Kreditinstituts möglichst frühzeitig beseitigt werden kann. Ein solches Verfahren nur auf Anregung der betroffenen Bank durchzuführen, schützt das Vertrauen in das betreffende Kreditinstitut solange wie möglich.

² Abgedruckt als Beilage 1 zu ZIP 28/2010.

³ Zu weiteren, teilweise bedenkenswerten Vorschlägen, auf die hier nicht eingegangen werden kann, siehe die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 7 ff. und des Deutschen Industrie- und Handelskammertages v. 24.9.2010, S. 4 ff. (vor allem zu § 5 KredReorgG-RegE).

⁴ In diese Richtung die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 7: das Verfahren könne eine gefährliche Eigendynamik auslösen.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass es auch *andere* als aufsichts- und insolvenzrechtliche Gründe geben kann, warum ein Kreditinstitut ein solches Verfahren betreiben könnte. Insbesondere die Gesellschafter und/oder der Aufsichtsrat könnten die Geschäftsleiter eines Kreditinstituts - letztlich auch mit Blick auf eine sonst denkbare Organhaftung - zur Einleitung eines solchen Verfahrens drängen. Das aber wäre durchaus systemstimmig. Insoweit stellt das neue Verfahren eine vertrauensbildende Maßnahme dar.

b) Zuständigkeit

Überzeugend ist auch, die gerichtliche Zuständigkeit für die Durchführung des Verfahrens durch § 2 Abs. 3 KredReorgG-RegE bei einem einzigen deutschen Gericht zu konzentrieren,⁵ nämlich wegen § 1 Abs. 3 Satz 1 FinDAG beim OLG Frankfurt am Main.⁶ Das steht im Einklang mit den seit Langem erhobenen Forderungen, durch stärkere **Konzentration von Insolvenzverfahren** die Kompetenz der zuständigen Richter zu erhöhen (in dieselbe Richtung, wenngleich naturgemäß nicht so weit reichend, inzwischen für das allgemeine Insolvenzverfahren § 2 InsO-DiskE i.d.F. des ESUG).

Bedenklich erscheint mir allerdings, hier das Oberlandesgericht zu berufen, das als Rechtsmittelgericht nicht über die erforderliche Erfahrung im insolvenzrechtlichen „Tagesgeschäft“ verfügt.⁷ Das mag der Verkürzung des Rechtswegs geschuldet sein (dazu noch sogleich 3.d), sollte aber noch einmal auf den Prüfstand gestellt werden, insbesondere wenn auch die angesprochenen Reformen durch das ESUG verwirklicht werden sollten. Ob man dann beim *Insolvenzgericht* für derartige Verfahren einen mehrköpfigen Spruchkörper schafft oder unverändert dem Einzelrichter vertraut, ist eine Folgefrage, die hier keiner Entscheidung bedarf. Angemerkt sei nur, dass das Verfahren über *Lehman Brothers* von einem einzelnen amerikanischen Richter (allerdings einem Bundesrichter) eröffnet und geführt wurde.

c) Bestellung des Sanierungsberaters

Der für die Abwicklung des Verfahrens zu bestellende Sanierungsberater ist nach § 3 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-RegE grundsätzlich auf Vorschlag des Kreditinstituts zu bestellen. Würde

⁵ Abw. *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 3).

⁶ Mit durchaus überzeugenden Gründen demgegenüber für das OLG Köln die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 10.

⁷ Zutreffend *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

man - wie teilweise gefordert⁸ - auf diese personelle Einflussnahmemöglichkeit des Schuldner-Kreditinstituts verzichten, wäre ihm jeder Anreiz zur frühzeitigen Sanierung genommen. Zu Recht wird daher auch im allgemeinen Insolvenzverfahren die **Stärkung der Eigenverwaltung** angemahnt.

Nach dem Gesetz ist der Beschluss über die Bestellung des Sanierungsberaters nicht bekannt zu machen. Das ist richtig und wichtig: Denn Insolvenz- bzw. Sanierungsverfahren leben davon, dass sie früh, schnell *und still*⁹ abgewickelt werden. Daher sollte der Gesetzgeber im Gegenteil noch positiv klarstellen, dass der **Beschluss nicht öffentlich** bekannt zu machen ist. Die Attraktivität des Verfahrens (auch wenn wir natürlich nicht hoffen wollen, dass es darauf ankommt) dürfte dann auch davon abhängen, dass das zuständige Gericht seinerseits organisatorische Maßnahmen für den Fall des Eingangs eines solchen Verfahrens trifft.

d) Inhalt des Verfahrens

Mit dem Charakter als „Geheimverfahren“ zusammen hängt, dass hier kein Moratorium (§ 89 InsO) vorgesehen ist.¹⁰ Das kann es nur geben, wenn man an die Öffentlichkeit geht, und die ist hier kontraproduktiv. Gegen trotzdem entstehende Gerüchte im Markt ist der Gesetzgeber machtlos ...

Letztlich der (einzige) wesentliche Kern des Verfahrens ist, dass das Kreditinstitut **Sanierungskredite aufnehmen** kann, denen gegenüber in einem möglichen anschließenden Insolvenzverfahren die anderen Insolvenzgläubiger nachrangig gestellt werden (§ 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-RegE).

Das Wort „möglichen“ sollte aus Gründen der Klarstellung unbedingt in § 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-RegE vor „anschließenden Insolvenzverfahren“ eingefügt werden.

Das ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Fall einer Sanierung „ohne einen Eingriff in Drittrechte“ (§ 2 Abs. 2 Satz 2 KredReorgG-RegE) dar - was allerdings ein wenig euphemistisch erscheint. Denn natürlich werden die Befriedigungsaussichten anderer Gläubiger durch das Hinzukommen privilegierter Neugläubiger verschlechtert, und das ist ja auch die

⁸ Frind, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

⁹ Karsten Schmidt, Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages, 1982, Gutachten, S. D 103 ff. und wörtlich D 133 (Zusammenfassung); ders., KTS 1982, 613, 624; ebenso jüngst Eidenmüller, Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 187 (2009), S. 22; Hirte, ZGR 2010, 224, 233 = ZInsO 2010, 1297, 1300.

¹⁰ Kritisch Frind, ZInsO 2010 (demnächst, S. 1).

Absicht des Verfahrens! Das hinter der Formulierung stehende verfassungsrechtliche Anliegen ist aber berechtigt: Denn es zielt darauf ab, die Beeinträchtigung des Eigentums der Altgläubiger zu verneinen, wenn ihre Position durch zu Sanierungszwecken neu hinzutretende Gläubiger verwässert wird.¹¹ Das ist aber kein Fall fehlender Beeinträchtigung des Eigentums, sondern seiner Ausgestaltung - und aus diesem Grunde verfassungsrechtlich hinzunehmen. Zudem könnte man argumentieren, dass die Stellung der Altgläubiger auch dadurch beeinträchtigt würde, dass absonderungsberechtigte Neugläubiger neben sie treten, wogegen sie ebenfalls nichts unternehmen können.

Die gleichwohl - sozusagen vorsorglich - gewährte Möglichkeit, die Zurücksetzung durch zurückgetretene Gläubiger vor dem Prozessgericht überprüfen zu lassen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 KredReorgG-RegE), trägt dem Rechnung. Allerdings ist unklar, ob dies im Rahmen der Feststellungsklage nach § 179 InsO geschehen soll; dagegen spricht, dass die Begr zu Abs. 2 von einer Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens spricht. Wichtiger erscheint deshalb, dass die **Verantwortung der Geschäftsleiter** für die „Hereinnahme zusätzlicher Gläubiger“ bislang weder im Gesetz noch in der Begründung akzentuiert wird: Hier, nämlich bei deren *duty for creditors*,¹² liegt aber nach den ausländischen Vorbildern für diesen neuen konzeptionellen Ansatz die zentrale Sanktion. Das sollte daher unbedingt ergänzt bzw. klargestellt werden.

Die Zurücksetzung erfolgt nach dem Gesetzentwurf für drei Jahre (§ 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-RegE). Das ist überzeugend, entspricht es doch dem üblichen Zeithorizont der Solvenzprognose(n). Eine weitere Ausdehnung der Privilegierung ist daher nicht veranlasst.¹³

3. Reorganisationsverfahren

a) Verfahrenseinleitung

Im Gegensatz zum Sanierungsverfahren steht das Reorganisationsverfahren des §§ 7 ff. KredReorgG-RegE nur für systemrelevante Kreditinstitute zur Verfügung (§ 7 Abs. 2 KredReorgG-RegE). Es ist - wie sich jedenfalls aus § 17 Abs. 2 KredReorgG-RegE ergibt - öffentlich,¹⁴ und das ist auch richtig so. Gerade die hier bestehende Öffentlichkeit erhöht auf der

¹¹ Siehe die Begr RegE zu § 2 Abs. 3 KredReorgG-RegE: einerseits kein „unmittelbarer“ Eingriff in Rechte Dritter, andererseits eine nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums.

¹² Dazu nur *Hirte*, ZInsO 2010 (demnächst); *Schall/Kasolowsky*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Ein Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland* (2. Aufl. Köln 2006), § 4 Rdn. 34, 40 ff.; *Schall*, DStR 2006, 1229 ff.

¹³ Abw. die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 9 f.: zehn Jahre.

¹⁴ Dies begrüßend *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

anderen Seite die Attraktivität des Sanierungsverfahrens.

b) Bestellung des Reorganisationsberaters

Als problematisch wird angesehen, dass nicht klargestellt ist, ob der das Verfahren führende Reorganisationsberater ständig die Insolvenzreife des Kreditinstituts überprüfen muss,¹⁵ und dass er überhaupt zu weitreichende Kompetenzen hat.¹⁶ Schließlich fehle in § 7 Abs. 3 KredReorgG-RegE ein Hinweis auf die Dauerpflicht der BaFin zur kontinuierlichen Prüfung, ob nicht bereits Insolvenzreife vorliegt.

Dem ist zu widersprechen: Denn bei der „Insolvenz“ handelt es sich um einen Rechtsbegriff, über den gerade keine Klarheit besteht und der insbesondere stark von Vorverständnissen und Bewertungsvorgaben abhängig ist (dazu noch näher c)bb). Insbesondere ist das Insolvenzrecht unverändert (noch) stark von der Zerschlagungsperspektive geprägt, die es gerade in bezug auf Kreditinstitute (und notfalls auch abgekoppelt vom allgemeinen Insolvenzrecht) aufzugeben gilt.

c) Inhalt des Verfahrens

aa) Das Verfahren ist im Grundsatz dem Insolvenzplanverfahren nachgebildet (Begr RegE zu § 8). Allerdings ist es zwar nicht formal, aber der Sache nach auf eine Einbeziehung nur der **Hauptgläubiger** beschränkt (§§ 12 und 14 KredReorgG-RegE); insbesondere werden gewöhnliche Einleger nicht einbezogen (siehe § 12 Abs. 2 KredReorgG-RegE). Das ist sachlich richtig und entspricht der an anderer Stelle vorgetragenen - und mit internationalen Entwicklungen im Einklang stehenden - Forderung, reine Finanzgläubiger in einem Sanierungs- oder Insolvenzverfahren stärker in die Pflicht zu nehmen.¹⁷

bb) Einbezogen in das Verfahren werden auch die **Rechte der Gesellschafter** (siehe insbesondere § 10 KredReorgG-RegE). Das ist neu und weicht von den bisher tradierten insolvenzrechtlichen Grundsätzen ab. Es entspricht aber der internationalen Tendenz, die Gesellschafter „nur“ als letztrangige Gläubiger sieht.¹⁸ Fragen könnte man freilich, warum die Gesellschafterrechte nicht „automatisch“ erlöschen sollen, wie dies - im Wege der

¹⁵ Frind, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

¹⁶ Frind, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

¹⁷ Hirte, ZGR 2010, 224, 235 ff. = ZInsO 2010, 1297, 1301 ff.

¹⁸ So insbes. jetzt auch der IX. Zs. des BGH im Urt. v. 15.4.2010 - IX ZR 188/09), Tz. 20 ff., Z (demnächst) = ZIP 2010, 1039 ff. im Anschluss an Hirte/Mock, ZInsO 2009, 1129 ff.

„Enteignung“ - im Falle HRE praktiziert wurde.

Allerdings ist die dieser Überlegung zugrunde liegende Annahme, die Gesellschafterrechte seien in der Insolvenz „wertlos“, eine Feststellung dieser Wertlosigkeit also durch deklaratorischen Akt möglich, sehr angreifbar. Denn abgesehen von dem (seltenen) Fall, dass sich in einem Insolvenzverfahren nach der Schlussverteilung ein Überschuss ergibt, der nach § 199 Satz 2 InsO an die Gesellschafter auszukehren ist, sind „Insolvenz“ und die eine Verfahrenseinleitung ermöglichenden Insolvenzauslösetatbestände Rechtsbegriffe, die ganz zentral von Bewertungsfragen abhängen. Das wird besonders deutlich bei der Frage, inwieweit die Fortführungsmöglichkeit im Rahmen der Feststellung einer Überschuldung i.S.v. § 19 InsO zu berücksichtigen ist, die durch die jüngsten Reformen im Rahmen der Bekämpfung der Finanzmarktkrise im Gegensatz zur ursprünglichen Konzeption der Insolvenzordnung von 1994/1999 noch einmal deutlich konzeptionell aufgewertet wurde.¹⁹ Das aber ist nur die Spitze der eigentlich ökonomisch zu führenden Diskussion: Denn von ökonomischer Seite wird immer wieder betont, dass es *den* richtigen Wert nicht gibt, insbesondere nicht bei einer Unternehmensbewertung.

Vor allem aber erscheint es widersprüchlich (was vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG relevant ist), hinsichtlich der Unternehmensbewertung für die *Gläubiger* im Rahmen von § 19 InsO die Fortführungsperspektive zugrunde zu legen, hinsichtlich der *Aktionäre* aber deren Bewertung des Fortführungswerts (mag es auch nur ein „Hoffnungswert“ sein) zu ignorieren, wie sie bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft im Aktienkurs ausgedrückt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer grundlegenden Entscheidung²⁰ deshalb zu Recht deutlich gemacht, dass diese Bewertung seitens des Marktes nicht außer acht gelassen werden darf (was andererseits nicht der Annahme entgegen steht, dass die Marktbewertung auch durch einen „*nuisance value*“ getrieben sein kann).

Ökonomisch kommt noch hinzu und ist vielleicht noch wichtiger: Eine zu radikale Position des Gesetzgebers gegenüber den Aktionären wird die **künftige Bereitschaft zur Bereitstellung von Risikokapital** nicht nur bei einer konkreten insolventen Gesellschaft, sondern auch in Deutschland insgesamt nachhaltig negativ beeinflussen - und steht damit sowohl dem Erhalt wie der Schaffung von Arbeitsplätzen im Wege.

¹⁹ Siehe dazu nur *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung (13. Aufl. 2010), § 19 Rdn. 42 ff.; zur jüngsten Entwicklung des Überschuldungsbegriffes ausführlich auch *Hirte/Knof/Mock*, *ZInsO* 2008, 1217 ff.

²⁰ BVerfGE 100, 289 = *ZIP* 1999, 1436 (*Wilken*) = *NJW* 1999, 3769 = *AG* 1999, 566 (*Vetter*) = *DStRE* 1999, 689 = *DStR* 1999, 1408 (*Hergeth*) = *JZ* 1999, 942 (*Luttermann*) = *EWiR* Art. 14 GG 2/99, 751 (*Neye*) (*DAT/Altana*); dazu *Hirte/Hasselbach*, in *Großkommentar zum Aktiengesetz* (4. Aufl. 2005), § 305 AktG Rdn. 138 ff.

cc) Zu Recht erklärt der Gesetzentwurf vor diesem Hintergrund die Gesellschafterrechte nicht automatisch für erloschen, sondern räumt den Gesellschaftern ein besonderes Recht zu einer Stellungnahme (§ 20 Abs. 5 KredReorgG-RegE) ein, die bei der Erstellung des Reorganisationsplans zu berücksichtigen ist (§ 19 Abs. 4 KredReorgG-RegE). Zudem wird ihnen eine Entschädigungsmöglichkeit eingeräumt (§ 20 Abs. 4 Satz 2 KredReorgG-RegE; dazu im Übrigen noch sogleich d), die letztlich viel Spielraum lässt, den erheblichen Bewertungsunsicherheiten im Einzelfall angemessenen Rechnung zu tragen. Das Gesetz selbst geht damit dem sonst möglichen Einwand der Verfassungswidrigkeit aus dem Wege.

Richtig ist es vor diesem Hintergrund auch, auf einen zwangsweisen *debt equity swap* (Zwangsumwandlung von Fremd- in Eigenkapital) zu verzichten (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-RegE)²¹ und zudem (auch) für den Fall einer solchen Umwandlung eine Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Entschädigung vorzusehen (§ 9 Abs. 2, § 18 Abs. 5 KredReorgG-RegE). Gleiches gilt schließlich auch für die Position der Bundesregierung, eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital nicht zum Nennwert der einzubringenden Forderungen zuzulassen (wenngleich der Ausschluss der Differenzhaftung durch § 21 Abs. 2 KredReorgG-RegE schon in diese Richtung zielt); denn eine Aufgabe der auch unter rechtsvergleichender Perspektive angegriffenen IBH-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,²² die dem Gesetz zugrunde liegt, würde zu einer deutlichen Veränderung der Balance zwischen Gesellschafter- und Gläubigerrechten führen, die angesichts der beschriebenen Bewertungsunsicherheiten nicht ohne Not in einem Sondergesetz erstmalig verwirklicht werden sollte.

d) Rechtsschutz

Kritisiert wird der gegenüber einem „gewöhnlichen“ Insolvenzverfahren deutlich reduzierte Rechtsschutz, der sich der Sache nach auf eine einzige - nicht angreifbare (§ 20 Abs. 3 Satz 1 KredReorgG-RegE) - Entscheidung des Oberlandesgerichts beschränkt.²³ An die Stelle einer inhaltlichen Überprüfung der Maßnahmen soll, wenn der Reorganisationsberater Sicherheit leistet, nur eine vor den Zivilgerichten zu erhebende Klage auf „angemessene Beteiligung“ treten (§ 20 Abs. 4 Satz 2 KredReorgG-RegE).

²¹ Kritisch *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 2).

²² BGHZ 110, 47 = ZIP 1990, 156 = NJW 1990, 982 = EWiR § 183 AktG 1/90, 223 (*Lutter*) = LM § 27 AktG 1965 Nr. 3 (IBH/Lemmerz) (AG).

²³ *Frind*, ZInsO 2010 (demnächst, S. 3).

Das ist allerdings in der Sache richtig und auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: Denn der Rechtsschutz nach „klassischem Konzept“ würde in Fällen wie den hier zu beurteilenden die noch vorhandenen Werte zerstören, wäre also - wie es ein Besucher des Deutschen Juristentages ausdrückte - „zerstörender Rechtsschutz“. Der Gesetzgeber war daher gut beraten, im Ergebnis das Konzept des Aktienrechts (gerade noch einmal durch das ARUG akzentuiert) zu übernehmen, nach dem über die tatsächliche Wirksamkeit wichtiger gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen in einem „Schnellverfahren“ entschieden wird und die Aktionäre anschließend auf monetären Schadenersatz verwiesen werden (siehe insbesondere § 246a AktG).²⁴ Letztlich geht es damit um die Herstellung „praktischer Konkordanz“ zwischen verschiedenen Grundrechten: Denn der Eigentumsschutz (Art. 14 GG), zu dessen Durchsetzung die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eingeräumt wird, würde ins Leere laufen, wenn der Rechtsweg so lange dauert, dass am Ende kein zu schützendes Eigentum mehr vorhanden ist.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung zu unterstützen, das Verfahren zur Bestätigung des Reorganisationsplans noch weiter zu straffen (zur Zeit soll nach § 20 Abs. 1 Satz 3 KredReorgG-RegE eine Bestätigung des Plans durch das OLG nach drei Monaten erfolgen).²⁵

III. Änderung des Aktiengesetzes (Art. 6)

1. Verlängerung der Verjährungsfrist (Art. 6 Nr. 1)

a) Allgemeines

Es ist richtig, dass auch und gerade im Zusammenhang mit der Finanzkrise über die Frage nachgedacht wird, wie die dafür eventuell Verantwortlichen zivilrechtlich herangezogen werden können. Insoweit kommt der vorgeschlagenen Neuregelung sicherlich eine wichtige Signalwirkung zu.

Allerdings fragt sich, ob die Verlängerung der Verjährungsfrist und der Vorschlag zu deren Ausgestaltung wirklich punktgenau ansetzen. Denn es ist zunächst nicht bekannt, dass Ansprüche gegen Organmitglieder gerade wegen der Verjährung nicht durchgesetzt werden

²⁴ Zuvor ebenso *Hirte*, ZGR 2010, 224, 243 f. = ZInsO 2010, 1297, 1305 f.

²⁵ So die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 7, 16: ein Monat statt drei Monate.

konnten,²⁶ wengleich natürlich die Einrede der Verjährung zum „Standardrepertoire“ der Verteidigung in solchen Fällen gehört. Die entscheidende Frage, warum (selbst) die Eigentümer einer Aktiengesellschaft oder deren Vertreter (insbesondere der Aufsichtsrat) solche Ansprüche nicht durchsetzen können oder wollen,²⁷ wird demgegenüber nicht adressiert.

Andererseits benachteiligt die - wie vorgeschlagen - deutlich verlängert objektive Verjährungsfrist die Organmitglieder auch unangemessen, weil diese nach Ausscheiden aus dem Amt keinen Zugriff auf die zu ihrer Entlastung erforderlichen Unterlagen mehr haben, die Gesellschaft aber selbst bei vorhandener Kenntnis von einer Pflichtverletzung noch Jahre mit einer Geltendmachung von Ersatzansprüchen zuwarten kann.²⁸ Entscheidend ist daher weniger die absolute Länge als der nach geltendem Recht kenntnisunabhängige Lauf der Verjährungsfrist.

Wenig überzeugend ist es, im allgemeinen Aktienrecht Sonderregelungen für Kreditinstitute verankern zu wollen, wengleich das natürlich dem auf diese Institutionen beschränkten Ziel der Gesetzesvorlage geschuldet ist. Will man wirklich nur eine Sonderregelung für Kreditinstitute, dann müsste man sie im KWG verankern, will man dies nicht, sollte sie für alle Aktiengesellschaften (zur Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften noch sogleich) sinnvoll anwendbar sein. Dogmatisch unbefriedigend ist unabhängig davon, dass die **Anwendbarkeit** der vorgeschlagenen Verjährungsnorm auf bzw. der Gleichlauf mit dem GmbH-Recht zweifelhaft sind²⁹ und dass die Neuregelung mit zahlreichen weiteren gesellschaftsrechtlichen Verjährungsnormen nicht abgestimmt ist;³⁰ freilich könnte dies noch nachgeholt werden.

Nicht einleuchten will schließlich die unterschiedliche Behandlung von **börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften**.³¹ Gerade wenn es darum geht, dass die Verwaltung Fehlverhalten vertuscht hat und ein Aktionär (und entsprechend ein GmbH-Gesellschafter) nach intensiver Vorprüfung vorgehen will, worauf in der Begr RegE zu Art. 6 Nr. 1 [S. 132]

²⁶ Ebenso Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2010, 897; BDI-Stellungnahme vom 21.9.2010, S. 2; Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 43; Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertages v. 24.9.2010, S. 8.

²⁷ Dem Vernehmen nach (Diskussionsbeitrag *Seibert* auf dem Deutschen Juristentag 2010) nehmen einige Gesellschaften von der Durchsetzung von Ersatzansprüchen Abstand, um sich auf dem Kapitalmarkt nicht unnötig als „targets“ für (feindliche) Übernahmen zu präsentieren.

²⁸ BDI-Stellungnahme vom 21.9.2010, S. 3; zu Einzelheiten *Kelluweit*, GWR 2010, 445 (sub II.3.).

²⁹ Zu Einzelheiten *Kelluweit*, GWR 2010, 445 (sub II.1.); in dieselbe Richtung auch Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2010, 897, 898.

³⁰ Zu Einzelheiten *Kelluweit*, GWR 2010, 445 m.w.N. (sub II.4.).

³¹ Ähnlich Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2010, 897, 898.

auch abgestellt wird), ist die unterschiedliche Behandlung nicht zu rechtfertigen. Im Kapitalmarkt wird nämlich zwischen im förmlichen Sinne börsennotierten und nur im Freiverkehr notierten Gesellschaften (die nicht erfasst wären) nicht wirklich unterschieden. Dem entspricht, dass es nach inzwischen etablierter Rechtsprechung beim Delisting von „börsennotiert“ i.S.d. Gesetzes zu „börsennotiert im Freiverkehr“ keines Pflichtangebots nach der Macroton-Rechtsprechung des BGH³² bedarf. Im Übrigen wird die Differenzierung zwischen „börsennotiert“ und „nicht börsennotiert“ in der Begr RegE zu Art. 6 Nr. 1 (S. 132) angreifbar begründet. Der nur kapitalmäßig interessierte Anleger ist gerade auch daran interessiert, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft durchgesetzt werden. Denn das erhöht den Wert seiner Beteiligung. Nur: Er kann dies typischerweise nicht selbst.

Die gegen die Norm vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken (wegen des **rückwirkenden Inkrafttretens** der Verlängerung der Verjährung) erscheinen mir im Übrigen nicht stichhaltig. Denn es gibt keine schützenswerte Garantie dafür, dass grobes Fehlverhalten nur aufgrund Zeitablaufs zugedeckt wird.

b) Alternative: Modifizierte Anwendung der allgemeinen Vorschriften

Vor dem Hintergrund des aus meiner Sicht unbefriedigenden Entwurfs liegt - wenn man an der Verjährungsfrist ansetzen will - meines Erachtens näher, die **allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsfristen** auch hier für anwendbar zu erklären.³³ Das würde zu einem kenntnisabhängigen (§ 199 Abs. 1 BGB) Lauf der dreijährigen (§ 195 BGB) Verjährungsfrist mit einer Obergrenze von zehn Jahren (§ 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB) führen.

Dem Anliegen der Begr RegE zu Art. 6 Nr. 1, dass Pflichtverletzungen mangels Kenntnis oder Engagement des Aktionäre erst zu spät entdeckt werden, könnte man dann dadurch Rechnung tragen, dass man eine besondere (im Extremfall sogar unwiderlegliche) **Vermutung** statuiert, dass die nach § 199 Abs. 1 BGB erforderliche Kenntnis der Gesellschaft von einem möglichen Ersatzanspruch jedenfalls nicht vor dem Ausscheiden des betreffenden Organmitglieds aus seinem Amt anzunehmen ist. Andererseits könnte man diesen Zeitpunkt auch als Anknüpfungspunkt für die Festschreibung einer - dann kürzeren - Höchstfrist für die Verjährung wählen. Damit würde dem (legitimen) Interesse von

³² BGHZ 153, 47 = ZIP 2003, 387 (*Streit*) = NJW 2003, 1032 = DB 2003, 544 (*Heidel*) = JZ 2003, 680 (*Lutter*).

³³ Ebenso Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2010, 897.

Organmitgliedern Rechnung getragen, innerhalb einer gewissen Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Amt Gewissheit zu haben, nicht mehr haftungsrechtlich in Anspruch genommen werden zu können.³⁴

Zudem sollte klargestellt werden, dass der Lauf der Verjährungsfrist während der Durchführung einer **Sonderprüfung** ebenso wie z.B. während der Laufzeit eines Verfahrens nach 148 AktG) entsprechend §§ 203 ff. BGB gehemmt ist³⁵ (die Begr RegE zu Art. 6 Nr. 1 [S. 132] weist mit Recht auf das häufige Erfordernis hin, vor der Inanspruchnahme eine Sonderprüfung durchzuführen, ohne daraus die hier vorgeschlagene Konsequenz zu ziehen).

Die im Regierungsentwurf unter **Art. 6 Nr. 2** vorgeschlagene Änderung im Bereich der **Sonderprüfung** erledigt sich damit.³⁶

c) Ergänzung: Verbesserung des Informationsflusses an die zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen berechtigten und verpflichteten Organe

aa) Wenn und soweit aber Kompensation von Schäden im Mittelpunkt steht (zur dogmatischen Zweifelhaftigkeit dieses Ansatzes noch sogleich d), sollte der Gesetzgeber in erster Linie sein Augenmerk auf die Gründe richten, warum die entsprechenden **Informationen nicht vorliegen**. Hier liegt - auch im Rechtsvergleich - ein Defizit des deutschen Aktienrechts darin, dass dem Aufsichtsrat der unmittelbare Zugriff auf dem Vorstand nachgeordnete Mitarbeiter nach herrschender Ansicht verwehrt ist.³⁷

Dieses Defizit ließe sich unschwer dadurch beseitigen, dass in § 90 Abs. 3 AktG (bei den „Anforderungsberichten“) ein Satz 2 mit (sinngemäß) folgendem Inhalt eingefügt wird:

„Ein solcher Bericht kann auch von Mitarbeitern der Gesellschaft verlangt werden.“

Gegebenfalls könnte in diesem Satz noch klargestellt werden, ob sich das Informationsrecht

³⁴ Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 44.

³⁵ Ebenso BDI-Stellungnahme vom 21.9.2010, S. 5 f.

³⁶ Zum nicht notwendigen Gleichlauf der Normen, wenngleich mit anderer Schlussfolgerung, auch Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2010, 897, 898.

³⁷ Zum geltenden Recht *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (6. Aufl. 2009), Rdn. 3.195; zur Kritik wie hier zuletzt ebenso *Bachmann*, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, 2010, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, These II. 3b (dort nur auf Bank-Aufsichtsräte bezogen).

des Aufsichtsrats gegen alle oder nur gegen bestimmte Mitarbeiter der Gesellschaft richten soll.

bb) Zudem fragt man sich, warum die insoweit erfolgreichen Elemente des geltenden Rechts - insbesondere **Sonderprüfung** und **besonderer Vertreter** - nicht weiter ausgebaut werden. Hierzu hat die bestehende Länder-Arbeitsgruppe bedenkenswerte Vorschläge vorgelegt. Nur durch die genannten Instrumente wird die Haftung wirklich ernstgenommen.

d) Grenzen der Heranziehung von Schadenersatzansprüchen zu Zwecken der Steuerung und fehlende Abstimmung mit dem öffentlichen Recht

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die zivilrechtliche Haftung in den hier im Mittelpunkt der Diskussion stehenden Fällen überhaupt etwas bewirkt, da das Schadenersatzrecht nach moderner Vorstellung nicht (in erster Linie) auf Schadenskompensation, sondern auf **Schadensprävention/Steuerung** zielt.³⁸ Der verhaltenssteuernde Effekt von Haftungsandrohungen ist dabei hier besonders zweifelhaft: Bei letztlich sehr unkalkulierbaren Großschadensereignissen, die durch geringe Eintrittswahrscheinlichkeit bei dann aber extremer Schadenshöhe gekennzeichnet sind, wird man sein Verhalten nicht ändern, weil man sich sagt, dass man eh nicht beurteilen kann, ob man irgendwann später einmal für verantwortlich gehalten wird.³⁹

Ein ungelöstes Thema ist zudem die **fehlende Abstimmung** von Prüfungen seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), aber auch anderer staatlicher Stellen, mit den zivilrechtlichen Sanktionierungen, was die effektive Geltendmachung von Ersatzansprüchen geradezu verhindert. Damit Haftung wirklich effektiv ist, müssten die hier erlangten Ergebnisse den Verwaltungsorganen der Gesellschaft und darüber hinaus bekanntgegeben werden. Das gilt erst recht angesichts der Tatsache, dass gerade das vorliegende Gesetz diese Befugnisse noch deutlich verschärft.⁴⁰

³⁸ Zusammenfassend zur Steuerungsfunktion des Haftungsrechts *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (5. Aufl. 2009), Vorb. § 823 ff. Rdn. 41.

³⁹ Siehe zur *bounded rationality* *Wagner* (Fn. 38), Vorb. § 823 ff. Rdn. 60.

⁴⁰ Zur fehlenden Abstimmung mit diesen Befugnissen auch die Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken v. 16.9.2010, S. 42 f.

2. Alternative: Tätigkeitsverbot

Hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Aspekte (fehlende Präventionswirkung zivilrechtlicher Haftungsandrohungen und fehlende Abstimmung mit aufsichtsbehördlichen Prüfungen) könnte anderes mehr helfen.⁴¹

Hier hilft ein Blick ins Ausland. Dort wird nämlich zum Zwecke der Verhaltenssteuerung viel stärker als bei uns auf das Instrument des Tätigkeitsverbots (*directors' disqualification*) zurückgegriffen. Darauf hatte der Unterzeichner auch schon im Zusammenhang mit der Diskussion des MoMiG hingewiesen, dort mit dem Ziel, den Gläubigerschutz zu effektuiere.⁴² Als ausbaufähiges Vorbild hätte dort § 35 GewO dienen können.

Aber auch im Kreditwesenrecht sieht schon das geltende Recht derartige Bestimmungen vor, und zwar in § 36 KWG; dieser lautet:

„§ 36 Abberufung von Geschäftsleitern, Übertragung von Organbefugnissen auf Sonderbeauftragte

(1) In den Fällen des § 35 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 kann die Bundesanstalt, statt die Erlaubnis aufzuheben, die Abberufung der verantwortlichen Geschäftsleiter verlangen und diesen Geschäftsleitern auch die Ausübung ihrer Tätigkeit bei Instituten in der Rechtsform einer juristischen Person untersagen. [...]

(1a) [...]

(2) Die Bundesanstalt kann die Abberufung eines Geschäftsleiters auch verlangen und diesem Geschäftsleiter auch die Ausübung seiner Tätigkeit bei Instituten in der Rechtsform einer juristischen Person untersagen, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes, des Gesetzes über Bausparkassen, des Depotgesetzes, des Geldwäschegesetzes, des Investmentgesetzes, des Pfandbriefgesetzes oder des Wertpapierhandelsgesetzes, gegen die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder gegen Anordnungen der Bundesanstalt verstoßen hat und trotz Verwarnung durch die Bundesanstalt dieses Verhalten fortsetzt.“

Die in § 36 Abs. 1 KWG in Bezug genommene Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG lautet:

„Die Bundesanstalt kann die Erlaubnis außer nach den Vorschriften des

⁴¹ Der Vorschlag wurde bereits in der Stellungnahme des Unterzeichners zum VorstAG gegenüber dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vorgetragen.

⁴² Hierzu *Haas*, WM 2006, 1369 ff.; *Hirte*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, S. P 11, P 27 f.; *ders.*, ZInsO 2008, 146 f.; ausführlich *Hirte/Lanzius/Mock*, in: ZGR-Sonderheft 17 ZGR-Sonderheft 17 „Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa“ (2006), S. 301 ff.; siehe auch *Bachner*, in: ZGR-Sonderheft 17, ebda., S. 526, 551 ff.; zu § 35 GewO auch *Blaurock*, in: Festschrift für Raiser (2005), S. 3, 13.

Verwaltungsverfahrensgesetzes aufheben, wenn [...] 6. das Institut nachhaltig gegen Bestimmungen dieses Gesetzes, des Wertpapierhandelsgesetzes oder die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder Anordnungen verstoßen hat.“

Dieser dem deutschen Recht damit schon bekannte Ansatz ließe wie durch sec. 305 des Sarbanes-Oxley Act⁴³ sich unschwer allgemein auf börsennotierte Gesellschaften ausweiten. Eine solche dann wohl in das WpHG einzustellende Vorschrift könnte lauten:

„§ xy WpHG Abberufung von Geschäftsleitern

(1) Bei einem Emittenten, für den die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat ist [§ 1 Abs. 6 WpHG], kann die Bundesanstalt die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangen und diesem Geschäftsleiter auch die Ausübung seiner Tätigkeit bei einem anderen Emittenten in der Rechtsform einer juristischen Person [ggfls. einzufügen: „befristet“ oder „in der Regel befristet“] untersagen, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes, des Aktiengesetzes oder des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes [Liste u.U. noch anzupassen] oder gegen die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder gegen Anordnungen der Bundesanstalt verstoßen hat und trotz Verwarnung durch die Bundesanstalt dieses Verhalten fortsetzt [weitere Voraussetzung ab „und“ u.U. streichen].

(2) Die Bundesanstalt kann einen Geschäftsleiter auch abberufen und diesem Geschäftsleiter auch die Ausübung seiner Tätigkeit bei einem anderen Emittenten in der Rechtsform einer juristischen Person untersagen, wenn der Emittent nachhaltig gegen Bestimmungen dieses Gesetzes, dieses Gesetzes, des Aktiengesetzes oder des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes oder die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder Anordnungen verstoßen hat.“

Ein solches Tätigkeitsverbot hätte wegen des deutlich punktgenauer ansetzenden Konzepts eine erheblich höhere Steuerungsfunktion. Es könnte andererseits nicht durch eine Versicherung unterlaufen werden, und es würde den eigentlich Geschädigten – nämlich den Kapitalmarktteilnehmern – auch wirklich nutzen.

Verfassungsrechtlich wäre ein solches Verbot nicht bedenklich;⁴⁴ denn es würde nur *eine* Tätigkeit bzw. *ein* Tätigkeitsfeld verboten, und zwar genau die bzw. das, innerhalb derer sich die betreffende Person als ungeeignet erwiesen hat. Zudem wäre die wirtschaftliche Belastung durch die sicher im Regelfall erforderliche Befristung nicht größer als bei den – verfassungsrechtlich unstreitig zulässigen – Selbsthalten nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG i.d.F. des VorstAG, die sich an der Höhe eines Jahreseinkommens orientieren. Im Gegensatz

⁴³ Dazu *Hirte/Lanzius/Mock* (Fn. 42), S. 301, 327 f.

⁴⁴ Dazu bereits *Hirte/Lanzius/Mock* (Fn. 42), S. 301, 333 ff. m.w.N.

zur dortigen Lage wäre aber eine Versicherung des durch ein Tätigkeitsverbot bewirkten Verdienstausfalls (wohl) nicht möglich.

3. Bonuszahlungen an Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsleitungsebene

Angesichts der vor einigen Tagen bekannt gewordenen Bonuszahlungen an Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsleitungsebene in Unternehmen, die staatliche Finanzhilfen in Anspruch genommen haben, stellt sich - auch im hiesigen Zusammenhang - die Frage nach gesetzgeberischen Reaktionen. Dabei soll die Frage ganz bewusst offen bleiben, ob solche Zahlungen im Einzelfall erforderlich waren, um besonders qualifizierte Mitarbeiter zu halten oder zu gewinnen. Denn unabhängig davon dürften die Zahlungen mit den seinerzeitigen Vorstellungen des Gesetzgebers des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes nicht in Einklang stehen.

a) Entsprechende Anwendung der Vergütungsobergrenzen bei Unternehmen, die Stabilisierungsmaßnahmen in Anspruch nehmen

Einschlägig ist insoweit § 5 Abs. 2 Nr. 3 FMStV⁴⁵, wonach die **Vergütungssysteme** (das betrifft alle Mitarbeiter) in Unternehmen, die Stabilisierungsmaßnahmen in Anspruch genommen haben, auf Angemessenheit zu prüfen sind. Nr. 4 der genannten Norm legt für Organmitglieder (und nur für diese!) die allseits bekannten Obergrenzen fest. Sicher war es dabei die Vorstellung des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers, dass diese Grenzen nicht auf der Ebene unterhalb der Geschäftsleitung unterlaufen werden können. Dementsprechend wird auch in der Kommentarliteratur davon ausgegangen, dass die im Rahmen von Nr. 3 festgelegten Grenzen für andere Angestellte als Orientierungsmarke gelten.⁴⁶ Diese Vorgabe dürfte jedenfalls nach den bekannt gewordenen Presseberichten nicht beachtet worden sein.

Vor diesem Hintergrund drängt sich eine **Klarstellung der Norm** dahingehend auf, dass auch bei Mitarbeitern unterhalb der Geschäftsleitungsebene die Grenzen der Nr. 4 entsprechend gelten oder nur in einem bestimmten, vom Gesetz- bzw. Ordnungsgeber festzulegenden

⁴⁵ Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung).

⁴⁶ Siehe *Becker/Mock*, in: *Becker/Mock*, FMStG - Finanzmarktstabilisierungsgesetz (2009), § 10 FMStG Rdn. 66.

Umfang überschritten werden können. Eine solche Regelung dürfte auch vorhandene Verträge erfassen, da ein Vertrauensschutz schon angesichts der Zielvorgaben des Gesetzes einerseits und bei besonders krassen Überschreitungen der Schwelle des Nr. 4 andererseits kaum anzunehmen sein dürfte. Denkbar wäre zudem, die Klarstellung auf den pauschalierenden Gesichtspunkt einer Mitverantwortung für die Krise zu stützen.

b) Erstreckung der Vorschriften über die Offenlegung der Vergütung auf weitere Mitarbeiter

Da Ausweichstrategien gegenüber den Vorschriften für die Organvergütung auch bei anderen Gesellschaften diskutiert und praktiziert werden, sollte der Gesetzgeber zudem erwägen, die Angabevorschriften des § 285 Nr. 9 HGB (und der Parallelnomen) **auf Mitarbeiter zu erstrecken**. Dafür liefert das US-Recht ein Vorbild in seinen börsenrechtlichen Bestimmungen (17 CFR § 229.402 (Item 402) Executive compensation). Danach ist die Offenlegung vorgeschrieben hinsichtlich folgender Personen (hier vor allen Dingen von Bedeutung die Punkte iii und iv):

„(3) *Persons covered*. Disclosure shall be provided pursuant to this Item for each of the following (the “named executive officers”):

- (i) All individuals serving as the registrant's principal executive officer or acting in a similar capacity during the last completed fiscal year (“PEO”), regardless of compensation level;
- (ii) All individuals serving as the registrant's principal financial officer or acting in a similar capacity during the last completed fiscal year (“PFO”), regardless of compensation level;
- (iii) The registrant's three most highly compensated executive officers other than the PEO and PFO who were serving as executive officers at the end of the last completed fiscal year; and
- (iv) Up to two additional individuals for whom disclosure would have been provided pursuant to paragraph (a)(3)(iii) of this Item but for the fact that the individual was not serving as an executive officer of the registrant at the end of the last completed fiscal year.”

Auch bei § 285 Nr. 9 HGB stellt sich zudem die Frage, ob die formal anknüpfende **Unterscheidung zwischen „Börsennotierung“ und fehlender „Börsennotierung“** dem Regelungsziel des Gesetzes gerecht wird.

IV. Zusammenfassung

1. Art. 1 setzt im Grundsatz richtig an, weil er **kollektive Verhandlungslösungen** zur Vermeidung der Insolvenz von Kreditinstituten fördert.
2. Überzeugend ist die **Konzentration** von Sanierungs- und Reorganisationsverfahren **bei nur einem deutschen Gericht** (das aber kein Rechtsmittelgericht sein sollte).
3. Die **Privilegierung von Sanierungskrediten** in Sanierungsverfahren ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Allerdings sollte klargestellt werden, dass die pflichtwidrige Aufnahme solcher Kredite nach Gesellschaftsrecht auch eine Verantwortung der Geschäftsleiter begründen kann.
4. Zu Recht setzt die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens die **Insolvenzantragspflicht aus**.
5. Richtig ist die **Einbeziehung der Gesellschafter** in das Reorganisationsverfahren, so wie andererseits die Möglichkeit, dass ihre Stellung noch einen Restwert hat, zu Recht einen Entschädigungsanspruch begründet.
6. Die vorgeschlagene Neuregelung der **Verjährungsvorschriften** ist in vielerlei Richtung inkonsistent und sollte durch die Anwendbarkeit der **allgemeinen Verjährungsnormen** des BGB ersetzt werden. Eine **Vermutung**, dass eine Kenntnis der Gesellschaft von einem Schadenersatzanspruch frühestens mit einem Ausscheiden des potentiell ersatzpflichtigen Organs aus dem Amt angenommen werden kann, könnte die allgemeinen Regelungen ergänzen.
7. Wichtiger als eine Reform der Verjährungsvorschriften ist, dem **Aufsichtsrat** unmittelbaren **Zugriff auf die im Unternehmen vorhandenen Informationen** zu eröffnen.
8. Als Alternative zur Verschärfung der Haftungsvorschriften sollte zudem ein **Tätigkeitsverbot** nach US-amerikanischem Vorbild erwogen werden.
9. Hinsichtlich der **Bonuszahlungen** an Mitarbeiter von Unternehmen, die staatliche Finanzhilfen in Anspruch genommen haben, sollte klargestellt werden, dass die Vorschriften zur **Begrenzung der Organvergütung auch für andere Mitarbeiter** eines solchen Unternehmens gelten.
10. Zudem sollte die **allgemeinen Offenlegungsvorschriften des HGB** hinsichtlich der Höhe

der Vergütung nach US-amerikanischem Vorbild auch auf solche hoch bezahlten Mitarbeiter erstreckt werden, die keine Organmitglieder sind.