



Professor Dr. Thomas M. J. Möllers
Juristische Fakultät – Universitätsstraße 24 – 86159 Augsburg

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Herrn MdB Dr. Volker Wissing
Platz der Republik 1

10011 Berlin

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers

Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Inter-
nationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
Jean Monnet ad personam Lehrstuhl
Jean Monnet Chair for European Company, Capital Market
and Competition Law



Managing Director of the Center for
European Legal Studies

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg
Telefon: (0821) 598-4516
Telefax: (0821) 598-4517
E-Mail: thomas.moellers@jura.uni-augsburg.de
Internet: www.thomas-moellers.de

5. Oktober 2010

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes
zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten,
zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur
Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung
(Restrukturierungsgesetz)
(BT-Drs. 17/3024)**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Einladung des Finanzausschusses, zum Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (BT-Drs. 17/3024) Stellung zu beziehen. Meine Ausführungen beschränken sich auf Art 3 (Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute – Restrukturierungsfondsgesetz) und Art. 6 (Änderung des Aktiengesetzes) des Gesetzesentwurfs. Herrn Assessor Benjamin Fekonja und Herrn Dipl.-iur. Mauritz C. Poppele habe ich zum Zwecke der Erstellung dieser Stellungnahme hinzugezogen.

A. Zusammenfassung

I. Zu Art. 3 (Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute – Restrukturierungsfondsgesetz)¹

1. Die Mitglieder des Leitungsausschusses der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung sollten vom Bundesministerium der Finanzen **im Benehmen mit dem Haushaltsausschuss und dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages ernannt werden**. Die Mitglieder des Leitungsausschusses sind dabei aus einem Kreis in Bank- und Kreditfragen besonders anerkannten und erfahrenen Persönlichkeiten auszuwählen.

2. Der Leitungsausschuss der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung sollte verpflichtet werden, dem **Haushaltsausschuss und dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages einen Jahresbericht über die Tätigkeit des Restrukturierungsfonds zu unterbreiten**. Dieser Jahresbericht soll die Grundlage für eine allgemeine Aussprache im Deutschen Bundestag bilden. Zu diesem Zweck können die Mitglieder des Leitungsausschusses von den zuständigen Ausschüssen gehört werden.

II. Zu Art. 6 (Änderung des Aktiengesetzes)²

1. Die Verlängerung der Verjährungsfrist des § 93 Abs. 6 AktG von gegenwärtig fünf auf zehn Jahre ist in der vorgeschlagenen Form **abzulehnen**.

2. Gegenwärtig werden Vorstände für Pflichtverletzungen nicht im erforderlichen Umfang in Anspruch genommen, es bestehen **Defizite in der Rechtsdurchsetzung**.

3. Organmitglieder haben Unternehmensdokumente mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft zurückzugeben, bei späterer Inanspruchnahme steht ihnen laut BGH allerdings ein Einsichtnahmerecht zu. Die gesetzlichen **Aufbewahrungsfristen** für Unternehmensdokumente sind jedoch **regelmäßig deutlich kürzer als zehn Jahre**. Sofern die Dokumente bereits vernichtet sind, kann der Vorstand dann nicht mehr den nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG erforderlichen Entlastungsbeweis erbringen.

4. Der Gesetzesentwurf sieht eine Verlängerung der einschlägigen Aufbewahrungspflichten nicht vor. Aufgrund der **potentiell hohen Folgekosten** kann keine pauschale Verlängerung dieser Aufbewahrungspflichten empfohlen werden.

¹ S. unter B.

² S. unter C.

5. Alternative Regelungsansätze, die sich für eine Übernahme der (modifizierten) bürgerlich-rechtlichen Verjährungsregeln der §§ 194, 199 BGB aussprechen, sind abzulehnen. Neben dem Argument der Systemwidrigkeit sprechen die potentiell hohen Folgekosten dagegen.
6. Zudem ist zu überdenken, ob sich eine Steuerung des Vorstandshandelns nicht auch durch einen **Ausbau weiterer Haftungstatbestände** kompensieren ließe. Hierdurch könnten die bestehenden Defizite der Rechtsdurchsetzung besser als durch eine Verlängerung der Verjährungsfrist behoben werden. Vorschläge liegen in zahlreicher Form vor.

B. Zu Art. 3 (Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute – Restrukturierungsfondsgesetz)

I. Einleitung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sieht die Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute in Form eines Sondervermögens des Bundes vor (§§ 1, 3 Abs. 3 RStruktFG-E). Zweck dieses Fonds ist die Finanzierung künftiger Restrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen bei systemrelevanten Banken.³ Nach genau zwei Jahren ist dies nun der zweite Fonds, der errichtet werden soll, um notleidenden Banken mit enormen finanziellen Mitteln zu helfen. Zwar soll diesmal der Fonds durch Beiträge der Kreditinstitute finanziert werden. Dennoch besteht die Gefahr, dass letzten Endes doch wieder der Steuerzahler für die Rettungsmaßnahmen aufzukommen hat.⁴

Sondervermögen sind haushaltsrechtlich problematisch. Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG sieht für Sondervermögen⁵ eine verfassungsrechtliche Ausnahme von der Pflicht einer vollständigen Budgetierung im Bundeshaushalt vor, die es der Bundesregierung erlaubt nur die sog. Zuführungen oder Ablieferungen (also die Salden ihrer Einnahmen und Ausgaben) in den Haushaltsplan einzustellen. Der Überblick über die Haushalts- und Vermögenslage

³ BT-Drs. 17/3024, S. 2 unter Nr. 3.

⁴ § 10 RStruktFG-E.

⁵ Zum Begriff: *Hillgruber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 110 Rdn. 45; *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 110 Rdn. 19; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 126 ff.

des Bundes droht damit verloren zu gehen.⁶ Sondervermögen werden daher oftmals auch als „Schattenhaushalte“ bezeichnet. Sie untergraben die **Haushaltshoheit**, eines der vornehmsten Rechte des Parlaments. Diese grundsätzliche Problematik wird durch das Bewilligungsverfahren im Gesetzesentwurf der Bundesregierung noch verschärft.

Schon die Erfahrungen mit dem Finanzmarktstabilisierungsfonds haben gezeigt, dass kostspielige Rettungspakete ohne Beteiligung des parlamentarischen Gesetzgebers erfolgen.⁷ Die nachträgliche Kontrolle durch das Finanzmarktgremium⁸ kommt hingegen oft spät und ist aufgrund der Geheimhaltungsverpflichtung wenig geeignet, eine demokratische Öffentlichkeit herzustellen. Aus diesem Grunde sind Instrumentarien vonnöten, die den Einfluss des parlamentarischen Gesetzgebers auf den Restrukturierungsfonds stärken. Solche Instrumentarien müssen zum einen bereits im Vorfeld, bei der Auswahl der Mitglieder des Leitungsausschusses einen parlamentarischen Einfluss garantieren. Zum anderen muss sichergestellt werden, dass sich der Deutsche Bundestag umfassend, aus eigener Initiative und aus erster Hand über die Tätigkeit des Restrukturierungsfonds informieren kann. Im Folgenden wird daher ein Vorschlag unterbreitet, wie dieser Problematik begegnet werden sollte.

II. Ernennung der Mitglieder des Leitungsausschusses der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilität im Benehmen mit dem Deutschen Bundestag

1. Gegenwärtige Rechtslage und Regierungsentwurf

Nach § 3a Abs. 2 S. 1 FmStFG besteht der Leitungsausschuss der Finanzmarktstabilisierungsanstalt aus drei Mitgliedern, die vom Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank ernannt werden.⁹ Auf Vorschlag der Bundesregierung¹⁰ soll § 3a Abs. 3 S. 1 FmStFG dahingehend geändert werden, dass die Wörter „im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank“ gestrichen werden. Eine Beteiligung des Deutschen Bundestages an der Ernennung der Mitglieder sieht weder der gegenwärtige § 3a Abs. 3 FmStFG vor noch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Gesetzesänderung. Auch

⁶ *Becker/Mock*, FmStG- Kommentar FmStFG § 10a Rdn. 9.

⁷ Dies war erst jüngst bei der Verabschiedung von Stabilisierungsmaßnahmen für die Hypo Real Estate erneut zu beobachten, FAZ vom 12.9.2010, abrufbar unter www.faz.net.

⁸ § 10a FmStFG.

⁹ Mitglieder des Leitungsausschusses sind gegenwärtig:

- a) Dr. *Hannes Rehm*, ehemals Vorstandsvorsitzender der NordLB
- b) Dr. *Christopher Pleister*, ehemals Präsident des Bundesverbandes der Volks- und Raiffeisenbanken sowie
- c) *Gerhard Stratthaus*, ehemals Finanzminister des Landes Baden-Württemberg.

fehlen Kriterien, anhand derer bestimmt werden könnte, welche fachlichen Voraussetzungen die Mitglieder des Leitungsausschusses erfüllen müssen.

2. Kritik

Diese fehlende Beteiligung des parlamentarischen Gesetzgebers bei der Ernennung der Ausschussmitglieder ist in Anbetracht der weitgehenden Befugnisse des Leitungsausschusses nicht gerechtfertigt. Der Leitungsausschuss ist das oberste Organ der Finanzmarktstabilisierungsanstalt. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 RStruktFG-E hat er über die Maßnahmen des Restrukturierungsfonds zu entscheiden. **Dies beinhaltet u.a. die Übernahme von Garantien in einer Größenordnung von bis zu 100 Milliarden Euro (§§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 6 Abs. 3 RStruktFG-E).** Auch nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz kommen dem Leitungsausschuss weitreichende Kompetenzen zu. Die Mitglieder des Leitungsausschusses sind jeglicher (sowohl personeller als auch sachlicher) Einflussnahme durch den Deutschen Bundestag entzogen.

Ein Vergleich mit der Europäischen Zentralbank (EZB) zeigt, dass die Ernennung der Mitglieder im Leitungsausschuss **demokratische Legitimationsdefizite** aufweist. Nach Art. 283 Abs. 2 lit. b des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) werden der Präsident, der Vizepräsident und die weiteren Mitglieder des Direktoriums vom Europäischen Rat auf Empfehlung des Rates, erst nach einer Anhörung des Europäischen Parlaments und des Rats der EZB, ernannt. Ein solches Verfahren sichert nicht nur eine hinreichende parlamentarische Kontrolle bei der Auswahl der Direktoriumsmitglieder, sie garantiert auch ein **Mindestmaß an demokratischer Öffentlichkeit**. Dies gilt umso mehr, als die Auswahl ausdrücklich an bestimmte fachliche Kriterien gebunden ist. Denn die zukünftigen Mitglieder sind aus dem Kreis der in Währungs- oder Bankfragen anerkannten und erfahrenen Persönlichkeiten auszuwählen (Art. 283 Abs. 2 lit. b AEUV, Art. 11. 2 S. 2 der EZSB-Satzung).

Auch im nationalen Recht finden sich ähnliche Regelungen, die die Auswahl von Mitgliedern leitender Gremien an die Erfüllung bestimmter fachlicher Voraussetzungen knüpfen. So bestimmt § 7 Abs. 2 S. 2 des Bundesbankgesetzes, dass die Mitglieder des Vorstands der Bundesbank eine besondere fachliche Eignung besitzen müssen. § 7 Abs. 1 Nr. 1 HS. 2 des Gesetzes über die KfW fordert, dass der Vorsitzende des Verwaltungsrats der

¹⁰ BT-Drs. 17/3024, S. 51.

Kreditanstalt und dessen Stellvertreter auf dem Gebiete des Kreditwesens besonders erfahrene Persönlichkeiten darstellen.

3. Empfehlung:

§ 3a Abs. 3 S. 1 FmStFG ist wie folgt zu fassen:

„(3) Die Anstalt wird von einem Leitungsausschuss geleitet, der aus drei Mitgliedern besteht, die vom Bundesministerium der Finanzen *im Benehmen mit den Mitgliedern des Haushaltsausschusses und des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages* ernannt werden.“

Es wird ein neuer Satz 2 eingefügt:

„Die Mitglieder des Leitungsausschusses werden aus einem Kreis in Bank- und Kreditfragen besonders anerkannten und erfahrenen Persönlichkeiten ernannt.“

Eine Entscheidung „im Benehmen“ erfordert keine Willensübereinstimmung zwischen dem ernennenden Ministerium und den Ausschüssen des Deutschen Bundestages, sondern bedeutet lediglich, dass die anderen Stellen gehört werden müssen, und ihnen Gelegenheit gegeben wird, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen.¹¹

Die Anknüpfung an eine besondere fachliche Eignung stellt sicher, dass die Auswahlentscheidung einer besonderen Rechtfertigung seitens des ernennenden Ministeriums bedarf, die durch den parlamentarischen Gesetzgeber und die Öffentlichkeit auf Schlüssigkeit kontrolliert werden kann. Gleichzeitig wird der Gefahr entgegengewirkt, dass verdiente Persönlichkeiten ohne fachliche Qualifikationen, alleine aus politischer Opportunität einen Posten in diesem Gremium bekommen können.

III. Jahresbericht, Rechenschaftslegung

1. Gesetzesentwurf der Bundesregierung

§ 13 Abs. 3 S. 2 RStruktFG-E sieht vor, dass der Haushaltsausschuss und der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages durch das Bundesministerium der Finanzen regelmäßig über den aktuellen Sachstand (der Wirtschaftsführung und Rechnungslegung) zu unterrichten ist. § 14 Abs. 3 RStruktFG-E erweitert die Informationsrechte des parlamentarischen Gesetzgebers, indem er das Bundesministerium der Finanzen verpflichtet, das Gremium

nach § 10a FmStFG über alle Maßnahmen und Aktivitäten, die den Restrukturierungsfonds betreffen, zu unterrichten.

2. Kritik

Die Informationspflichten des Bundesfinanzministeriums sind in ihrer Ausgestaltung wenig konkret. So bleibt unklar, was „regelmäßige Unterrichtung“ bedeutet. Auch sind in dem Gesetzesentwurf keine Regelungen enthalten, die es dem parlamentarischen Gesetzgeber ermöglichen, Mitglieder des Leitungs- und Lenkungsausschusses zu befragen und sich damit die notwendigen Informationen selbst zu beschaffen.

3. Empfehlung

Auch hier bietet sich eine Orientierung an den Regelungen auf europäischer Ebene an. Art. 284 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Europäische Zentralbank dazu, dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission einen Jahresbericht über die Tätigkeit des EZSB im vergangenen und laufenden Jahr zu unterbereiten.¹² Auf der Grundlage dieses Jahresberichts findet eine allgemeine Aussprache im Europäischen Parlament statt, an der der Präsident der EZB teilnimmt. **Durch die parlamentarische Kritik wird ein Mindestmaß an demokratischer Öffentlichkeit hergestellt.**¹³ Darüber hinaus haben sowohl die zuständigen Ausschüsse des Europäischen Parlaments als auch das Europäische Parlament selbst das Recht, auf eigene Initiative den Präsidenten der EZB und die anderen Mitglieder des Direktoriums anzuhören (Art. 284 Abs. 3 lit. b AEUV). Diese demokratische Rechenschaftspflicht bietet dem Europäischen Parlament die Möglichkeit die Tätigkeit des EZSB öffentlich zu kritisieren und dadurch politischen Druck auf die EZB auszuüben.¹⁴ Vor dem Hintergrund, dass ein demokratisch nicht legitimierte Gremium über die Vergabe von Garantien in einer Größenordnung von bis zu 100 Milliarden EURO entscheiden können soll, sollte diese Möglichkeit der demokratischen Kontrolle, wie wir sie bereits auf europäischer Ebene vorfinden, auch dem Deutschen Bundestag zugestanden werden. Dies gilt umso mehr, als den EU-Institutionen häufig ein Demokratiedefizit attestiert wird. Wenn aber be-

¹¹ BVerwGE 92, 258 (262) = NVwZ 1993, 890; OVG Greifswald LKV 2008, 381 = UPR 2008 197 (198); so auch zur alten Regelung des § 3 Abs.1 S. 1 FmStFG: *Ewer/Behnsen* NJW 2008; 3457, 3458.

¹² Nach Art. 15.1 der EZSB- Satzung erstellt die EZB mindestens vierteljährlich Berichte über ihre Tätigkeit.

¹³ *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/ AEUV 5. Aufl. Art. 284 Rdn. 3; *Palm* in: Grabitz/ Hilf EU-Kommentar, Art.113 Rdn. 19 (21. EL 2003).

¹⁴ *Palm* in: Grabitz/ Hilf EU-Kommentar, Art.113 Rdn. 16 (21. EL 2003); *Streinz/Kempfen* EUV/EGV Art. 113 Rdn. 7.

reits auf EU-Ebene solche Formen demokratischer Kontrolle vorzufinden sind, so stünde es dem Deutschen Bundestag sicherlich gut an, diesen Standard der klassischen Gewaltenteilung ebenfalls zu übernehmen.

§ 13 Abs. 3 S. 2 RStruktFG-E ist daher wie folgt zu fassen:

(3) „Der Leitungsausschuss unterbreitet dem Haushaltsausschuss und dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages einen Jahresbericht über die Tätigkeit des Restrukturierungsfonds im vergangenen und im laufenden Jahr.

Es wird ein neuer Satz 3 eingefügt:

„Die Mitglieder des Leitungsausschusses können auf Ersuchen des Deutschen Bundestages von den zuständigen Ausschüssen gehört werden.“

C. Zu Artikel 6: Änderung des Aktiengesetzes

I. Zu Art. 6 Nummer 1 (§ 93 Abs. 6 AktG)

1. Regelungsgehalt

Nach § 93 Abs. 6 AktG-E soll die Verjährungsfrist für Ersatzansprüche gegen Vorstände und Aufsichtsräte börsennotierter Unternehmen sowie von Kreditinstituten¹⁵ künftig zehn Jahre betragen.¹⁶ Der objektive Anknüpfungspunkt der Verjährungsfrist bleibt unverändert. Für die Entstehung des Anspruchs muss zwar ein Schadenseintritt feststellbar sein, jedoch ist nicht erforderlich, dass die Schadensentwicklung bereits abgeschlossen ist.¹⁷ Diese Frist gilt über § 116 S. 1 AktG auch für die Ersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder.

2.Rechtspolitische Einschätzung: Rechtsdurchsetzungsdefizite und Finanzkrise

Die Neuregelung der Verjährungsfrist wird zum einen mit Rechtsdurchsetzungsdefiziten bei börsennotierten Gesellschaften begründet:¹⁸ Börsennotierte Gesellschaften verfügen regelmäßig über eine breite und daher anonymisierte Aktionärsbasis. Für diese Aktionäre steht die Gewinnerzielung im Vordergrund ihrer Unternehmensbeteiligung und weniger

¹⁵ Laut *Baums* Managerhaftung und Verjährungsfrist, ILF-Working Paper Series No. 119, 07/2010, abrufbar unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_119.pdf, S. 3, sind allerdings nur 10 Prozent der Kreditinstitute als Aktiengesellschaften organisiert.

¹⁶ BT-Drs 17/2024, S. 70, 132.

¹⁷ MünchKommAktG/*Spindler* 3. Aufl. 2008, § 93 Rdn. 256 m.w.N.

¹⁸ BT-Drs 17/2024, S. 70, 132.

der Gedanke einer strategischen Mitunternehmerschaft. In der Vergangenheit sind die Aufsichtsräte ihrer Pflicht, Ersatzansprüche gegenüber Vorständen geltend zu machen, nur ungenügend und nicht zeitnah nachgekommen. Diese beiden Faktoren haben zur Folge, dass Ersatzansprüche in vielen Fällen erst spät und auch nur im Rahmen von Sonderprüfungen entdeckt werden. Eine längere Verjährungsfrist könnte daher die Rechtsdurchsetzung der Vorstandshaftung verbessern.

Zum anderen wird mit der Finanzmarktkrise argumentiert, zu der insbesondere Kreditinstitute beigetragen haben. Die Aufarbeitung der Finanzmarktrechte ist zeitaufwändig und hat verdeutlicht, dass sich Manager nicht mehr für ihr persönliches Handeln verantwortlich fühlten.¹⁹ An kurzfristigen Erfolgen bemessene variable Vergütungsinstrumente haben diese Entwicklung begünstigt.²⁰ Die Verlängerung der Verjährungsfrist könnte nicht nur die Aufarbeitung der Finanzmarktkrise sicherstellen, sondern zudem auch eine positive Steuerungswirkung im Principal-Agent-Konflikt zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung entfalten.²¹

3. Kritik

a) Verjährung und Rechtsdurchsetzung

Es sind keine empirischen Beweise dafür ersichtlich, dass die bisherige fünfjährige Verjährungsfrist einen Fehlanreiz bei der Orientierung der Leitungsorgane auf eine nachhaltig positive Unternehmensentwicklung bewirkt hat.²² Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die haftungsrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise aufgrund des bevorstehenden Eintritts der Verjährung zu scheitern droht.²³ Die Kritik an der Beschränkung der Neuregelung auf bör-

¹⁹ BT-Drs 17/2024, S. 132.

²⁰ BT-Drs 17/2024, S. 132.

²¹ So tendenziell *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 912; grundlegend zur Steuerungswirkung durch Haftungsnormen beispielsweise *Ihrig* in: Bachmann/Caspar/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 17, 18.

²² *Lorenz* Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten – Überblick und erste Einordnung, NZG 2010, 1046, 1052; ebenso *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins* Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, NZG 2010, 897; hierzu umfassend *Baums* Managerhaftung und Verjährungsfrist, ILF-Working Paper Series No. 119, 07/2010, abrufbar unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_119.pdf, S. 1.

²³ Siehe *Lorenz* Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten – Überblick und erste Einordnung, NZG 2010, 1046, 1052 unter Hinweis auf das IKB-Verfahren.

sennotierte Gesellschaften und der pauschalen Einbeziehung von Kreditinstituten ist insofern berechtigt.²⁴

Das Argument des Defizits bei der Rechtsdurchsetzung lässt sich mit der Rechtstatsächlichkeit eindrucksvoll belegen. So wurden in der Vergangenheit Vorstände nur vereinzelt und überwiegend erst nach einem Wechsel in der personellen Besetzung des Aufsichtsrates für Pflichtverletzungen in Anspruch genommen.²⁵ Trotz der Verbesserung der Rechte der Aktionärsminorität durch Einführung der §§ 142, 148 AktG wird im Schrifttum zutreffend festgestellt, dass nach wie vor ein Rechtsdurchsetzungsdefizit besteht.²⁶ Dessen Ausmaß verdeutlicht **der Fall der Siemens AG**: Der aus Pflichtverletzungen von Organmitgliedern resultierende Gesamtschaden in Höhe von 2,5 Mrd. Euro war bis auf eine Summe in Höhe von 270 Mio. Euro verjährt.²⁷ Eine Verringerung des Rechtsdurchsetzungsdefizits durch Verlängerung der Verjährungsfrist kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden.²⁸

b) Systemkonformität der Neuregelung

Die Verlängerung der Verjährungsfrist wird in der Literatur als systemwidrig empfunden.²⁹ Im Kapitalmarktrecht hat sich der Gesetzgeber mit der Aufhebung von § 37a WpHG³⁰ und

²⁴ *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins* Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, 897, 898; *Lorenz* Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten – Überblick und erste Einordnung, NZG 2010, 1046, 1052 stellt hinsichtlich der pauschalen Einbeziehung von Kreditinstituten fest, dass bei einer Organhaftung nicht der etwaige Beitrag des Instituts zur Finanzkrise Prüfungsmaßstab ist, sondern allein die Frage, ob ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig ist oder nicht; kritisch auch *Ulrich* Vorstände sollen länger haften, GmbHR 2010, R293; *Jahn* Managerhaftung zu streng, FAZ v. 08.09.2010, S. 21, unter Bezugnahme auf *Theodor Baums*: „(...) die Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften sowie auf Kreditinstitute (überzeuge, d. Verf.) nicht“.

²⁵ *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 912 f.; ebenso *Sturm* Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG, 2005, S.27 f.

²⁶ Beispielsweise *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 912; statt vieler auch *Habersack* in: *Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung*, S. 5, 34 f.

²⁷ Bericht des Aufsichtsrats und des Vorstands der Siemens AG an die Hauptversammlung v. 26.02.2010, siehe *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 912.

²⁸ *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 912; Im Ergebnis auch *Schneider/Schmitz* Börsen-Zeitung v. 26.02.2010, S. 8, welche lediglich die Angemessenheit einer Verlängerung der Verjährungsfrist bezweifeln.

§ 47 BörsG a.F.³¹ von der objektiven Anknüpfung der Verjährung verabschiedet. § 46 BörsG knüpft nunmehr die einjährige Verjährung des Ersatzanspruchs nach § 44 BörsG an die subjektive Kenntniserlangung des Erwerbers an, zusätzlich gilt eine Verjährungshöchstfrist von drei Jahren.

c) Auswirkungen auf die Entlastungsmöglichkeiten der Vorstandsmitglieder - Aufbewahrungsfristen für Unternehmensdokumente

§ 93 Abs 2 S. 2 AktG sieht eine Beweislastumkehr zulasten des Vorstandsmitgliedes vor. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist des § 93 Abs. 6 AktG könnte für den Vorstand die Gefahr begründen, aufgrund fehlender Unterlagen den Entlastungsbeweis nicht mehr erbringen zu können.³² Dies wäre dann der Fall, wenn die einschlägigen Fristen für die Aufbewahrung von Unternehmensdokumenten kürzer als die zehnjährige Verjährungsfrist sind.

Zunächst verpflichtet § 91 AktG den Vorstand zur Einrichtung eines Dokumentations- und Überwachungssystems. Hierzu zählen die handelsrechtliche Buchführungspflicht gemäß § 3 AktG i.V.m. §§ 6, 238 Abs. 1 HGB sowie die steuerrechtliche Buchführungspflicht nach den §§ 140 ff. AO.³³ Handelsbriefe und deren Wiedergaben sind gemäß § 257 Abs. 4 Alt. 2 HGB, Abs. 1 Nr. 2, 3 HGB **sechs Jahre** aufzubewahren, alle anderen Unterlagen wie beispielsweise Jahresabschlüsse und Buchungsbelege gemäß § 257 Abs. 4 Alt. 1 HGB, Abs. 1 Nr. 1, 4 HGB zehn Jahre. Steuerrechtlich gelten ebenfalls Aufbewahrungsfristen von sechs bzw. zehn Jahren gemäß § 147 Abs. 2 S. 1 AO.

²⁹ *Rubner/Leuering* Neue Verjährungsregeln bei Organhaftung, NJW-Spezial 2010, 527; *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, NZG 2010, 897, 898; wohl auch *Keiluweit* Die geplante Verlängerung der Verjährungsfristen für Organhaftungsansprüche – Pro & Contra, GWR 2010308636 (III.4.).

³⁰ Art. 4 Nr. 5 des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung v. 31.07.2009, BGBl. I, S. 2512, 2518; siehe auch BR-Drs 180/09, S. 42. Im Schrifttum wurde die Aufhebung größtenteils begrüßt vgl. *Brinckmann* Lehman-Zertifikate und die Neuregelungen bei der Anlageberatung anlässlich der Reform des SchVG – Lässt sich eine vorsichtiger Beratungspraxis etablieren?, BKR 2010, 45, 50 Fn. 88 m.w.N.; **a.A.** *Böhm* Regierungsentwurf zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen aus Falschberatung, BKR 2009, 221, 227 f.

³¹ In der Fassung gültig bis zum Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. I 1998, S. 529; siehe hierzu *Assmann* in: *Assmann/Schütze* (Hrsg.), *Kapitalanlagerecht*, 3. Aufl. 2007, § 6 Rn. 255.

³² So *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins* Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, NZG 2010, 897; siehe auch *Baums* Managerhaftung und Verjährungsfrist, ILF-Working Paper Series No. 119, 07/2010, abrufbar unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_119.pdf, S. 15.

Die nach § 15b Abs. 1 WpHG von Emittenten zu erstellenden Insiderverzeichnisse sind gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 WpAIV mindestens **sechs Jahre** aufzubewahren. Noch kürzer sind die Aufbewahrungsfristen nach dem Geldwäschegesetz: § 8 Abs. 3 S. 1 GWG sieht eine mindestens fünfjährige Aufbewahrung der nach § 8 Abs. 1, 2 GWG anzufertigenden Aufzeichnungen vor. Ebenso ist nach § 34 Abs. 3 S. 1 WpHG eine mindestens **fünfjährige** Aufbewahrungspflicht für Aufzeichnungen über die Erbringung von Wertpapierdienst- und -neben dienstleistungen gemäß § 34 WpHG, § 14 WpDVerOV einzuhalten.

Die Verlängerung der Verjährungsfrist **gefährdet den Entlastungsbeweis der Organmitglieder, den die Gesellschaft grundsätzlich durch die Herausgabe der maßgeblichen Unternehmensdokumente zu unterstützen hat.**

Beispielsweise kann der Verstoß eines Vorstands gegen das kapitalmarktrechtliche Insiderhandelsverbot gemäß § 14 WpHG auch eine Haftung gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG begründen, soweit der Gesellschaft hierdurch ein Schaden entstanden ist. Die Führung des Entlastungsbeweises im Rahmen des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG wird jedoch dadurch erschwert, dass das Organmitglied dazu verpflichtet ist, sämtliche Unterlagen nach Beendigung der Amtszeit zurückzugeben.³⁴ Die Interessen des Organmitglieds sollen insofern dadurch geschützt werden, dass die Gesellschaft die vorgeworfene Pflichtverletzung zu bezeichnen und Einsicht in die relevanten Unterlagen zu gewähren hat.³⁵

Dieses Einsichtnahmerecht konfliktiert jedoch mit den Aufbewahrungsfristen, die teilweise erheblich kürzer als zehn Jahren sind. Insbesondere Handelsbriefe haben eine vergleichsweise hohe Beweiskraft, da hierunter alle Schriftstücke zu verstehen sind, die der Vorbereitung, dem Abschluss, der Durchführung oder Rückgängigmachung eines Handelsgeschäfts dienen, unabhängig von ihrer Versendungsform, als auch E-Mail- und Internetkommunikationen.³⁶ Der Anspruch des Organmitglieds auf Einsichtnahme ist wertlos, wenn die Dokumente nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist bereits vernichtet wurden, der gegen den Vorstand geltend gemachte Vorwurf jedoch mit Dokumenten hinterlegt werden kann. **Die aus Gründen der Haftungsverschärfung grundsätzlich zu befürwortende Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG führt in derartigen Fällen dazu, dass der Entlastungsbeweis kaum noch geführt werden kann.** Dies ist mit den

³³ MünchKommAktG/Spindler 3. Aufl. 2008, § 91 Rn. 4 f.

³⁴ BGH, Beschl. v. 07.07.2008, NZG 2008, 834.

³⁵ BGH, Beschl. v. 07.07.2008, NZG 2008, 834 f.; siehe *Redeke* Zur Verlängerung der Haftungsfristen für Organmitglieder, BB 2010, 910, 914.

³⁶ *Wiedmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 257 Rdn. 15.

Verfahrensgrundsätzen aus Art. 103 Abs. 2 GG (in dubio pro reo) und § 6 EMRK nicht zu vereinbaren. Die Probleme der richterlichen Rechtsfindung sind in solchen Fällen vorprogrammiert und stehen einer Verurteilung aller Voraussicht nach entgegenstehen.

Abhilfe könnte die Verlängerung der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen auf ebenfalls zehn Jahre schaffen. Wenngleich ein Großteil der Dokumente heutzutage nur noch virtuell archiviert wird, sind die **Folgekosten** einer Verlängerung der Aufbewahrungsfrist **nicht absehbar** und im Gesetzesentwurf auch nicht berücksichtigt. Verlängert der Vorstand die Aufbewahrungspflichten eigenmächtig, ohne dass hierfür eine gesetzliche Pflicht besteht, könnte er sich wiederum schadensersatzpflichtig machen.

3. Alternative Regelungsmodelle

a) Rechtsvergleichender Überblick

In Österreich³⁷ und der Schweiz³⁸ hat sich der Gesetzgeber für eine Ausgestaltung der Verjährungsregeln mit subjektiv-objektiven Elementen entschieden: Die jeweils fünfjährige Verjährungsfrist beginnt mit subjektiver Kenntnisnahme und wird objektiv durch eine Verjährungshöchstfrist von 40³⁹ bzw. zehn Jahren⁴⁰ begrenzt.

b) Übernahme der Regelverjährung des BGB

Eine pauschale Übernahme der allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195, 199 BGB ist abzulehnen.⁴¹ Der Vorschlag von *Baums*, zwar die dreijährige Regelverjährungsfrist sowie die zehnjährige Höchstfrist gemäß § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB zu übernehmen, diese Frist jedoch anstelle der subjektiven Kenntnis mit Schluss des Jahres beginnen zu lassen, in dem der Vorstand aus dem Amt ausscheidet,⁴² ist gleichermaßen abzulehnen: Neben fehlender

³⁷ § 84 Abs. 6 AktG (Österreich); hierzu MünchKommAktG/*Kalss* 3. Aufl. 2008, § 93 Rdn. 325 m.w.N.

³⁸ Art. 760 Abs. 1 OR; hierzu *Bürgi/Zimmermann* in: Kommentar ZGB, Bd. III, 1979, Art. 760 OR Rdn. 9 m.w.N.

³⁹ Gemäß § 1485 iVm. § 1472 ABGB.

⁴⁰ Art. 760 Abs. 1 OR.

⁴¹ Umfassend *Baums* Managerhaftung und Verjährungsfrist, ILF-Working Paper Series No. 119, 07/2010, abrufbar unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_119.pdf, S. 16 ff.; ebenso *Keilweit* Die geplante Verlängerung der Verjährungsfristen für Organhaftungsansprüche – Pro & Contra, GWR 2010308636 (IV.1.): Die Verjährungshöchstfristen von zehn bzw. dreißig Jahren gemäß § 199 Abs. 3 BGB würden wiederum jahrzehntelange latente Haftungsrisiken zur Folge haben; **a.A.** *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins* (Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, NZG 2010, 897.

⁴² Hierzu *Baums* Managerhaftung und Verjährungsfrist, ILF-Working Paper Series No. 119, 07/2010, abrufbar unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_119.pdf, S. 19 ff.; auch unter Verweis auf die Regelung im italienischen Recht gemäß Art. 2392 (3), Art. 2941 Nr. 7 Codice civile (S. 19 Fn. 58).

Systemkonformität spricht insbesondere dagegen, dass Organmitglieder in der Praxis oftmals frühzeitig abberufen werden, der Schaden jedoch nicht selten erst erheblich später zu Tage tritt – in diesem Fall würde ausschließlich die dreijährige Verjährungsfrist gelten. Dies würde eine erhebliche und nicht zu rechtfertigende Verkürzung der Verjährungsfrist darstellen. Auch eine Übernahme der österreichischen bzw. Schweizer Regelungen kann nicht überzeugen: Neben der Problematik, auf wessen Kenntnisnahme hinsichtlich des Verjährungsbeginns abzustellen ist – Aufsichtsrat, Hauptversammlung oder einzelne Aktionäre – müssten die Aufbewahrungsfristen auch in diesem Fall auf zehn Jahre verlängert werden. Hiergegen spricht wiederum, dass die Folgekosten dieser Maßnahme im vorliegenden Gesetzesentwurf nicht berücksichtigt wurden.

4. Alternative Haftungsmodelle

Die Verjährungsregeln sind stets das **letzte Glied eines Haftungsregimes**. Insofern ist es aus Präventivgründen sinnvoller, anstelle einer Verlängerung der Haftung nicht der Ausbau weiterer Haftungstatbestände zielführender wäre. Mit den speziellen Haftungsnormen für fehlerhafte Ad-hoc-Publizität gem. §§ 37b, c WpHG hatte der deutsche Gesetzgeber Neuland betreten. Zudem verlangt Art. 7 Transparenz-RiL eine zivilrechtliche Haftung für unrichtige Halbjahres-, Jahresfinanzberichte sowie Zwischenmitteilungen nach den jeweiligen nationalen Vorschriften.⁴³ Der Gesetzgeber hat in dem Transparenz-Umsetzungsgesetz auf eine Umsetzung dieser Norm verzichtet, ohne diesen Verzicht in der Gesetzesgeschichte weiter zu begründen. Der Gesetzgeber glaubte wohl, dass die jetzige Fassung der §§ 93, 116 AktG der Umsetzungspflicht genüge. Dagegen spricht jedoch, dass der europäische Gesetzgeber eine solche Innenhaftung der Gesellschaft gegen die Gesellschafter in der Änderungs-RiL 2006/46/EG zur Jahresabschluss-RiL 78/660/EWG bei einer Haftung für fehlerhafte Jahresabschlüsse,⁴⁴ nicht aber in der Transparenz-RiL genannt hat.⁴⁵

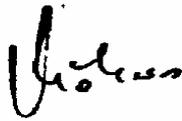
⁴³ Art. 7 Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG v. 15.12.2005, ABl. Nr. L 390, S. 38 (Transparenz-RiL lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Verantwortung für die in den Artikeln 4, 5 und 6 vorgeschriebene Zusammenstellung und Veröffentlichung der Informationen beim Emittenten oder dessen Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan liegt und dass *ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften* über die Haftung auf die Emittenten, die in diesen Artikel genannten Organe oder die beim Emittenten verantwortlichen Personen anwendbar sind.“ (Kursivdruck vom Verfasser).

⁴⁴ Art. 50c Jahresabschluss-RiL 78/660/EG, eingeführt durch Änderungs-RiL 2006/46/EG v. 14.6.2006, ABl. Nr. L 224, lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Haftungsbestimmungen *ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften* auf die Mitglieder der in Art. 50b dieser Richtlinie genannten Verwaltungs-, Leitungs-

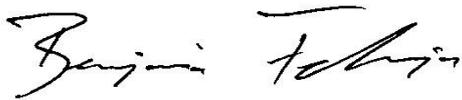
Der Gesetzgeber sollte neben der Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Publizität alsbald einen **weiteren Haftungstatbestand für fehlerhafte Quartals-, Halbjahres- und Jahreszahlen schaffen**. Dieser könnte sich ohne weiteres an den sprachlich überarbeiteten § 37b WpHG-E anlehnen.⁴⁶ Mit seiner solchen Feinsteuerung könnte man schließlich auch dem Vorwurf der Übermaßhaftung entgegentreten, dem sich das gescheiterte KapInHaG ausgesetzt sah.⁴⁷

5. Empfehlung

Die geplante Verlängerung der Verjährungsfrist des § 93 Abs. 6 AktG ist in der vorgeschlagenen Form abzulehnen.



Professor Dr. Thomas M.J. Möllers



Ass.iur. Benjamin Fekonja
(Wirtschaftsjurist Univ. Bayreuth)



Dipl.-Jur. Mauritz C. Poppele, LL.B.

und Aufsichtsorgane Anwendung finden, *zumindest was deren Haftung gegenüber der Gesellschaft wegen Verletzung der in Artikel 50b genannten Pflicht betrifft.*“ (Kursivdruck vom Verfasser).

⁴⁵ Im Ergebnis bejahen Mülbert/Steup WM 2005, 1633, 1653 eine Außenhaftung.

⁴⁶ Hierzu Möllers/Leisch in: KK-WpHG, 2007, §§ 37b, c Rn. 73.

⁴⁷ S. schon Möllers JZ 2005, 75, 82; Semler/Gittermann NZG 2004, 1081 ff.; Casper BKR 2005, 83 ff.; Sauer ZBB 2005, 24 ff.; Veil BKR 2005, 91 ff.; Gottschalk Der Konzern 2005, 274, 279 ff.; Schulte VuR 2005, 121; Hopt/Voigt in: Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, 2006, S. 9, 109 ff.; Sethe in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c Rdn. 27; Stellungnahme des DAI v. 26.10.2004, unter 2. hin, s. <http://www.dai.de>; ebenso Handelsrechtsausschuss des DAV, ZIP 2004, 2344, 2351.