

VersR Versicherungsrecht

Schriftenreihe

Egon Lorenz (Hrsg.)

Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung

Mit Vorträgen
von Mathias Habersack und
Ansgar Staudinger
und Dokumentation der Diskussion

43



 **VWW**
KARLSRUHE

ist. Wir gehen aus von der Pflichtaufgabe, der Pflicht, Ansprüche zu verfolgen, der Pflicht, Risikomanagementsysteme einzurichten, der Pflicht, die Verschwiegenheitspflicht zu wahren; und es ist dann Aufgabe des Organwalters, der meint, er müsse diese Pflicht nicht umsetzen, hierfür die entscheidenden Aspekte anzuführen. Auf der Grundlage des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG erschiene mir dies nicht gewährleistet.

Die hinreichende Information des Aufsichtsrats schließlich, das ist das A und O einer jeden Überwachung des Vorstands. Insoweit wird man weiter darüber nachzudenken haben, ob es das Recht des Aufsichtsrats zu Direktkontakten zu dem Vorstand nachgeordneten Instanzen wie etwa dem Leiter Revision gibt, ja, ob der Aufsichtsrat sogar verpflichtet ist, solche Informationen ohne Vermittlung durch den Vorstand einzuholen. Klar ist jedenfalls im Ausgangspunkt, dass die Information eine Holschuld des Aufsichtsrats und keine Bringschuld des Vorstands ist, der Aufsichtsrat sich also nicht auf den Standpunkt stellen darf, der Vorstand habe ihm keine Informationen geliefert und deshalb brauche er nichts zu wissen. Er muss selbst nachhaken, wenn er das Gefühl hat, dass es an Informationen fehlt. Doppelmandate, Interessenkonflikte, natürlich, die gibt es. Aber die Frage ist, ob wir das nicht auf der Grundlage des geltenden Konzernrechts in Kauf nehmen müssen, selbstverständlich unter strikter Trennung der Sphären und Pflichtenkreise. Ich glaube, dass dies gelingen kann, wenn man bedenkt, dass das Aktienkonzernrecht die nachteilige Einflussnahme unter Nachteilsausgleich zulässt und damit schon selbst über diesen konzernoffenen Charakter verfügt, womit sich auch die Blickrichtung des Organwalters der abhängigen Gesellschaft wandelt. Dieser hat darauf zu achten, dass die von mir angedeuteten Schranken des Konzernrechts – unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es zur Durchsetzung der besonderen Interessen des herrschenden Unternehmens kommen darf – gewahrt sind.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Ich will hier nicht als Hochschullehrer und auch nicht primär als Jurist reden, sondern – das mag manchen erstaunen – als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und Kreditausschuss einer Bank. Ich habe diese Funktion als Externer seit 1987 inne – glücklicherweise in der Bremer Landesbank, die immer einen sehr sorgsamen Umgang mit Risiken gepflegt und die deshalb nie Wertpapiere gekauft hat, die man heute als „toxisch“ bezeichnet. Ich will Ihnen ein wenig von meinen Erfahrungen im Aufsichtsrat berichten. Ich bin nicht – und das ist eine wichtige Weichenstellung – aufgrund mei-

ner unternehmerischen Erfahrungen gewählt worden. Die Belegschaft – meine Wähler – erwarten, dass ich mich um Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen kümmere, und das möglichst im Zusammenwirken mit dem Personalrat und der (allerdings sehr schwach vertretenen) Gewerkschaft. Im Amt angekommen, musste ich dann feststellen, dass der Staatsvertrag zwischen Bremen und Niedersachsen, der die rechtliche Grundlage der Bank ist, auf das Aktiengesetz verweist. Als Aufsichtsratsmitglied muss ich daher – so will es das Gesetz – die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters anwenden. Die Verantwortung erstreckt sich auf das ganze Unternehmen, nicht nur auf die Belegschaftsinteressen.

Die spontan aufkommende Ratlosigkeit wird durch die äußeren Abläufe eher vertieft. Der Aufsichtsrat tritt zwei Mal im Jahr zusammen, jeweils nachmittags um 16 Uhr. Der Vorstand berichtet eine Stunde – sachkundig und Powerpoint-unterstützt – vom Gang der Geschäfte. Dann kommen einige Rückfragen, meist von der Anteilseignerseite, aber natürlich können auch wir Arbeitnehmervertreter nachfragen. Allerdings steht um 18 Uhr ein anerkannt gutes Abendessen an – die Bank verfügt über eine exzellente Küche, die im Normalfall das Arbeitsessen mit einem mittelständischen Unternehmer erleichtert. Würde man um Viertel vor sechs eine etwas komplizierte Frage stellen, wäre dies noch sozialadäquat; würde man dann allerdings die Antwort als unbefriedigend empfinden und „nachhaken“, wäre der Lästigkeitswert beträchtlich.

Doch lassen wir die Gruppendynamik beiseite. Die Möglichkeit, auf unternehmerische Entscheidungen in der Sitzung selbst Einfluss zu nehmen, sind sehr beschränkt – um es diplomatisch auszudrücken. Ich erinnere mich an einen Fall im Kreditausschuss, wo man sich normalerweise mehr Zeit zur Diskussion nimmt. Es ging um die Finanzierung eines Schiffsbaus in China, allerdings zu einer Zeit, als dies noch ein höchst ungewöhnliches Unterfangen war. Wenn man auf einer ausländischen Werft ein Schiff bauen lässt, benötigt man für die Bauzeitfinanzierung eine Bankgarantie, und zwar von einer ordentlichen Bank des Landes, wo die Leistungen erbracht werden. Die chinesischen Banken hatten damals – in Schulnoten gesprochen – ein Rating zwischen vier und fünf, was damit zusammenhing, dass sie angeblich viele faule Kredite an Staatsunternehmen gegeben hatten, die nicht mehr zahlungsfähig waren. Eigentlich darf man einen solchen Bankgaranten nicht akzeptieren, aber die Finanzierung schien verlockend: „vier bis fünf“ ist nicht „fünf“, meinte der Vorstand und empfahl, dem Geschäft zuzustimmen. Wir sind ihm gefolgt – klar, wo hätte man denn Argumente herbringen sollen zur Kreditfähigkeit der chinesischen Banken? Auf Verdacht „nein“ zu sagen, wäre wenig sinnvoll. Auch reagiert der Vorstand ein wenig

verschneupft, wenn es einzelne Nein-Stimmen gibt – und weshalb soll ich mir seine Gunst verscherzen? Möglicherweise wird es Probleme meiner Wähler geben, bei deren Lösung ich auf die Kooperationsbereitschaft des Vorstands angewiesen bin. Im Ergebnis ist es auch gut gegangen; die Bank war sogar eine der ersten, die in diesem neuen Geschäftsfeld aktiv wurde. Ich bin gewissermaßen in eine gute Sache hineingestolpert – aber es hätte auch eine schlechte sein können.

Wie kann man sich in die komplizierten Strukturen des internationalen Bankgeschäfts einarbeiten? Ein Kollege aus einer anderen Bank sagte mir mal, es sei eigentlich vernünftig, von den unternehmerischen Entscheidungen die Finger zu lassen. Der Vorstand wolle sich schon nicht selbst in die Luft sprengen und gehe deshalb keine unvernünftigen Risiken ein. Aus heutiger Sicht war dies ein wenig weitsichtiger Rat, und ich habe mich auch nicht daran gehalten.

Das reale Mitdiskutieren und Mitentscheiden kommt nur in Betracht, wenn man zwei Hindernisse überwindet. Das eine ist die knappe Zeit. Als Externer verfügt man über eine Haupttätigkeit, die einen ausreichend in Anspruch nimmt. Wie kann ich dreißig Kreditvorlagen, die einen Leitz-Ordner füllen, so gründlich durcharbeiten, dass ich die kleine Ungereimtheit bei Nr. 23 und die allzu optimistische Markteinschätzung bei Nr. 27 erkenne? Und hier wird das zweite Hindernis deutlich: Man benötigt ein beträchtliches Insider-Wissen, um eine vernünftige Einschätzung abgeben zu können. Das hat man vielleicht als Bankbetriebswirt, nicht aber unbedingt als Jurist. Die Anteilseignervertreter haben ihre Zuarbeiter, die die Unterlagen durchschauen und konkrete Fragen vorformulieren; unsereiner darf sich am Wochenende hinsetzen und hat vielleicht eine kleine Chance, irgendeinen Punkt zu entdecken, den man diskutieren müsste. Die wirklich problematischen Dinge kommen nicht in den Aufsichtsrat oder den Kreditausschuss; sie werden so lange im Management diskutiert, bis man zu einem eindeutigen und in sich schlüssigen Votum kommt, das dann die Gremien absegnen – oder soll man sagen: absegnen müssen?

Ich habe mir dann vorgenommen, mich in bestimmte Bereiche gezielt einzuarbeiten. Die Bank hat mal ein Projekt finanziert, bei dem die Cayman Islands eine Rolle gespielt haben. Das war – jedenfalls damals – für eine öffentlich-rechtliche Bank nicht eben alltäglich und so habe ich im Kreditausschuss nachgefragt. Die Sache war höchst kompliziert und sie wirklich zu erklären, hätte Stunden in Anspruch genommen. Ich habe dann einen Termin bei dem Mitarbeiter bekommen, der für die ganze Sache verantwortlich war. Nach zwei Stunden hatte ich das Modell verstanden in dem Sinne,

dass ich es nachvollziehen konnte und dass mir auch klar war, dass die Bank lediglich eine höchst unsinnige Doppelbesteuerung vermieden hatte. Nur: In meinen eigenen aktiven Wortschatz hatte ich das Ganze noch nicht aufgenommen, es einem anderen zu erklären, hätte meine Möglichkeiten überstiegen. Ich war übrigens der erste Arbeitnehmervertreter, der sich einen derartigen Termin geben ließ.

Daneben habe ich in zwei Abteilungen Gewährsleute gefunden, die mich außerhalb der offiziellen Strukturen ein wenig über ihre Arbeit informierten. Das Modell der Depotverwaltung war ein höchst angreifbares – viel Rechenwerk, dessen Prämissen unbefragt blieben. Die Realität lässt sich nicht in mathematische Formeln pressen, und so konnte ich Lernprozesse miterleben, wie man das ganze System modifizierte. Doch: Aufsichtsrat und Kreditausschuss erfuhren nie etwas davon. Hätte ich die Problematik dort eingebracht, hätte ich nur Ärger und Enttäuschung verursacht – und in Zukunft aus diesem Bereich vielleicht nie mehr etwas erfahren.

Was die Haftungsfrage betrifft, so geht mein Votum aufgrund dieser Erfahrungen in zwei Richtungen – und ich setze jetzt wieder den Juristenhut auf.

Einheitliche Sorgfaltspflichten für alle Aufsichtsratsmitglieder erscheinen mir nicht gerechtfertigt. Es muss auch rechtlich einen Unterschied machen, ob jemand von den Eigentümern oder von der Belegschaft bestimmt ist, ob er aufgrund seiner unternehmerischen Erfahrung oder als Sachwalter von Arbeitnehmerinteressen gewählt wurde.

Zum Zweiten sollte man auch hier Ernst machen mit dem Grundsatz „impossibilia nulla est obligatio“. Man kann niemanden zu einem Verhalten zwingen, zu dem er nicht in der Lage ist. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters ist eine ganz und gar fiktive Figur, die nur deshalb die Jahrzehnte überdauert hat, weil es faktisch keine Instanz gab, die die daran geknüpfte Haftung eingefordert hätte. Dies heute plötzlich zu ändern und bestimmte Personen mit Millionenklagen zu überziehen, erscheint ganz und gar unangemessen. Nur wenn man die Sorgfaltspflichten auf ein realistisches Maß reduziert, ist es konsequent und richtig, die Managerhaftung aus ihrem Dornröschenschlaf zu holen und mit ihr wirklich Ernst zu machen. (Unruhe)

Ich weiß, dass ich mit meinem Erfahrungsbericht die Üblichkeiten dieses Kreises ein wenig verlassen habe, was sicherlich nicht nur Zustimmung findet. Vielleicht darf ich an eine neuere Untersuchung erinnern, die den

Informationsstand von Aufsichtsratsvorsitzenden in Großunternehmen zum Gegenstand hatte: Kein einziger hatte sich Informationen aus Quellen außerhalb des Unternehmens verschafft, der zu überwachende Vorstand war der wichtigste Informant über alle anstehenden Fragen.

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Berlin

Ich habe drei Fragen. Die erste betrifft die Ausführungen von Herrn Habersack zur Anwendbarkeit der *business judgement rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) auf Pflichtaufgaben des Vorstands. Diese Thematik ist für Versicherungsunternehmen besonders interessant, seit die allgemeine Regel des § 91 Abs. 2 AktG zur Einrichtung eines Frühwarnsystems durch § 64a VAG eine bereichsspezifische Konkretisierung und Erweiterung erfahren hat. Dabei stellt sich – ebenso wie bei der für den Bankensektor geltenden Parallelnorm des § 25a KWG – die Frage, ob die Vorstandsmitglieder sich bei ihren Entscheidungen zur Organisation und Durchführung des Kontrollsystems auf die *business judgement rule* berufen können oder nicht. Sie haben in Ihrem Vortrag darauf hingewiesen, dass diese Regel unternehmerische Entscheidungen betrifft, und um eine solche handelt es sich hier im Grundsatz nicht. Der Vorstand ist nämlich durch § 64a Abs. 1 VAG gesetzlich verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation zu sorgen. Sieht man sich diese Norm allerdings genauer an, so stößt man auf eine ganze Reihe von unbestimmten Begriffen: Das Risikotragfähigkeitskonzept und die auf der Risikostrategie beruhenden Prozesse müssen „angemessen“ sein, es bedarf einer „ausreichenden“ unternehmensinternen Kommunikation, die Berichterstattung gegenüber der Geschäftsleitung muss „aussagefähig“ sein usw. Durch solche allgemein gehaltenen Vorgaben werden dem Vorstand gewisse Handlungsspielräume eröffnet; er kann je nach Größe und Struktur des Unternehmens selbst entscheiden, welche Maßnahmen getroffen werden. Dies führt zu der Frage, ob § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG hierfür – möglicherweise mit Modifikationen – heranziehbar ist, so dass die Vorstandsmitglieder in einem gerichtlicher Kontrolle entzogenen Rahmen agieren können. Und: Welchen praktischen Unterschied macht es, wenn man diese Privilegierung nicht heranzieht?

Meine zweite Frage richtet sich an Herrn Staudinger; sie betrifft das materielle Recht im Bereich der D&O-Versicherung. Herr Lorenz hat ja schon in seiner Einleitung darauf hingewiesen, dass möglicherweise Schadensfälle im Einvernehmen zwischen Manager und Gesellschaft auf den Versicherer abgewälzt werden können. Und Herr Wagner hat die Besonderheit der D&O-Versicherung noch einmal auf den Punkt gebracht: Wir haben es mit

einem Versicherungsnehmer zu tun, der seinem potenziellen Anspruchsgegner, nämlich dem Manager, dessen Versicherungsschutz finanziert. Dies ist nicht zuletzt deshalb eine ungewöhnliche Konstellation, weil die Haftpflichtversicherung auch die Abwehr unbegründeter Ansprüche beinhaltet. Die Gesellschaft finanziert also dem Schädiger, von dem sie im Rahmen der Innenhaftung Ausgleich verlangt, dessen eigene Rechtsverteidigung. Diese Konstellation hat durch die VVG-Reform zusätzlich an Brisanz gewonnen. § 108 Abs. 2 VVG neuer Fassung sieht vor, dass die Abtretung des Freistellungsanspruchs aus der Haftpflichtversicherung an den geschädigten Dritten nicht mehr durch AVB ausgeschlossen werden kann. Eine solche Abtretung scheitert auch nicht an dem Ausschluss wegen Inhaltsänderung gem. § 399 Fall 1 BGB. Unstreitig verwandelt sich nämlich ein Freistellungsanspruch dann, wenn er an diejenige Person abgetreten wird, der gegenüber freizustellen ist, in einen Zahlungsanspruch. Falls diese Regeln auch für die D&O-Versicherung gelten, kann der Manager seinen Anspruch gegen den Versicherer an die eigene Gesellschaft abtreten, und diese vermag dann direkt vom Versicherer Zahlung zu verlangen. Ich habe erhebliche Zweifel daran, dass der Gesetzgeber das gewollt haben kann. Hier besteht nämlich die Gefahr, dass der Manager und das Unternehmen sich über die Abwälzung eines eingetretenen Schadens auf den Versicherer verständigen; die D&O-Versicherung könnte damit – überspitzt formuliert – zu einer Art Bilanzschutzversicherung für die Gesellschaft mutieren. Damit würde nicht nur die Fälligkeit des Anspruchs beeinflusst, sondern auch das Wahlrecht des Versicherers, der sich ja auch für eine Anspruchsabwehr entscheiden kann, beeinträchtigt. Meine Frage lautet, ob § 108 Abs. 2 VVG tatsächlich so verstanden werden muss oder ob diese Norm nicht vielmehr einen ganz anderen Zweck verfolgt, nämlich denjenigen, dem Geschädigten die Auseinandersetzung mit dem schädigenden Versicherungsnehmer und die Befassung mit dem versicherungsrechtlichen Innenverhältnis zu ersparen. Der Geschädigte kann auf diese Weise de facto einen Direktanspruch erlangen, den ihm das Gesetz ja – außer im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung – nicht einmal bei der Pflichtversicherung gewährt. Für die D&O-Versicherung scheint mir dies angesichts ihrer Besonderheiten unangemessen.

Der dritte Punkt betrifft die hier schon mehrfach angesprochene Frage nach dem Selbstbehalt in der D&O-Versicherung. Hierzu habe ich eine Frage an beide Referenten. Es ist ja schon ausgeführt worden, dass im Deutschen Corporate Governance Kodex eine Empfehlung enthalten ist, wonach ein angemessener Selbstbehalt vereinbart werden soll. Dies ist, wie sich den in der ZVersWiss veröffentlichten Zahlen entnehmen lässt, diejenige Empfehlung, die in der Praxis die geringste Gefolgschaft gefunden hat. Derzeit wird darüber diskutiert, ob ein angemessener Selbstbehalt per Gesetz vorge-