

Die Mehrfachaufsicht von
Versicherungsunternehmen durch
Aufsichtsrat, BaFin und Wirtschaftsprüfer
– Duplizierung oder Ergänzung?

Dokumentation über das Symposium
„Aufsicht in der Assekuranz“ am 8. April 2011
im Hause Aon, Hamburg



Gefördert durch



www.aon.com/germany/

Herausgeber:
Hamburger Gesellschaft
zur Förderung des Versicherungswesens mbH
Caffamacherreihe 16
D 20355 Hamburg

www.hgfv.de

Band 37
Oktober 2011

Die Mehrfachaufsicht von
Versicherungsunternehmen durch
Aufsichtsrat, BaFin und Wirtschaftsprüfer
– Duplizierung oder Ergänzung?

Dokumentation über das Symposium
„Aufsicht in der Assekuranz“ am 8. April 2011
im Hause Aon, Hamburg



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2011 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Herstellung printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 0947-6067

ISBN 978-3-89952-465-9

Vorwort

Gegenstand der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens mbH (HGFV) ist neben der Förderung von wissenschaftlichen Arbeiten in den Bereichen Versicherungswesen und Risk Management auch die Organisation und Durchführung von Symposien mit namhaften Vertretern aus Wissenschaft und Wirtschaft.

Seit der HGFV Gründung im Jahr 1982 wurden insgesamt 8 Symposien veranstaltet, bei denen primär versicherungstechnische Themen im Vordergrund standen. Bei der Planung des 9. Symposiums war der Beirat sich im Frühjahr 2010 bei der Themensuche einig, die Mehrfach-Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen und hier speziell die Frage nach deren Duplizierung und/oder Ergänzung in den Fokus eines neuen Symposiums zu nehmen.

Den Beiratsmitgliedern und dem Organisationsteam gelang es in recht kurzer Zeit, sachkundige Kenner als Referenten und Mitdiskutanten zu gewinnen. So setzte sich der Teilnehmerkreis aus Vertretern der Erst- und Rückversicherung, aus versicherungsnehmender Wirtschaft und Vermittlerschaft ebenso zusammen wie aus Wirtschaftsprüfern, Versicherungsaufsicht und Wissenschaft. Die Diskussionen im Anschluss an die einzelnen Referate wurden von jeweils einem der HGFV-Beiratsmitglieder moderiert. Der Beiratsvorsitzende Dr. Lothar Meyer fasste die gewonnenen Erkenntnisse am Ende des eintägigen Symposiums zusammen.

Auf die Thematik des Symposiums eingestimmt wurden die Gäste am Vorabend durch ein After-Dinner-Speech von Rechtsanwältin Daniela Weber-Rey, die die Entwicklungen der Corporate Governance im Spannungsverhältnis Europa und Deutschland aufzeigte.

Gern nimmt der Beirat dieses Vorwort zum Anlass, den Referenten ganz herzlich zu danken, zumal sie überwiegend ihre Referatsunterlagen zum kompletten Abdruck überlassen haben; gleichzeitig gilt der Dank der engagierten und konstruktiven Mitarbeit der Mitdiskutanten sowie den Moderatoren für ihre jeweilige Diskussionsleitung. Frau Svenja Richartz von der juristischen Fakultät der Universität Hamburg hat erneut erfolgreich die

Protokollierung und Gestaltung dieser Dokumentation übernommen, wofür
ihr ein besonderer Dank gebührt.

Hamburg, im Herbst 2011

Der Beirat
Hamburger Gesellschaft zur Förderung
des Versicherungswesens mbH

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung in die Thematik, <i>Jan-Oliver Thofern, Dr. Lothar Meyer</i>	1
2. Die Aufsicht über das Versicherungsunternehmen durch die BaFin und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats	5
2.1 Aufsichtsratspflichten nach AktG und Überschneidungen zum VAG <i>Prof. Dr. Peter Hommelhoff</i>	7
2.2 BaFin-Aufsicht und Aufsichtsratsüberwachung <i>Prof. Dr. Meinrad Dreher und Hendrik Häußler</i>	15
Diskussion, Leitung: <i>Prof. Dr. Christian Armbrüster</i>	86
3. BaFin-Aufsicht – Duplizierung oder Ergänzung? <i>Gabriele Hahn</i>	95
Diskussion, Leitung: <i>Dr. Lothar Meyer</i>	111
4. Anmerkungen zur Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit Aufsichtsrat und BaFin <i>Dr. Frank Ellenbürger</i>	117
Diskussion, Leitung: <i>Dr. Hermann Jörissen</i>	131
5. Zusammenfassung <i>Dr. Lothar Meyer</i>	137
Referenten, Moderatoren und Mitdiskutanten	139

1. Einführung in die Thematik

Jan-Oliver Thofern, CEO Aon Benfield

Dr. Lothar Meyer, ERGO Versicherungsgruppe

Herr Thofern, CEO Aon Benfield, begrüßte die Teilnehmer des diesjährigen Symposiums „Die Mehrfachaufsicht von Versicherungsunternehmen durch Aufsichtsrat, BaFin und Wirtschaftsprüfer – Duplizierung oder Ergänzung?“ der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens im Hause Aon in Hamburg.

Im Anschluss an die Begrüßung übernahm Herr Meyer eine kurze Einführung in das Thema. Er erläuterte zunächst die Beweggründe für die Themenwahl. So existiere die doppelte Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen durch die Vorschriften des Aktiengesetzes mit der Überwachung und Durchsetzung durch den Aufsichtsrat und des Versicherungsaufsichtsgesetzes mit der Überwachung und Durchsetzung durch die BaFin seit Anbeginn. Sie sei allerdings bisher weitgehend unabhängig voneinander erfolgt.

Durch die gravierenden Änderungen hinsichtlich der Anforderungen an die Corporate Governance für kapitalorientierte und börsennotierte (Versicherungs-) Unternehmen, habe sich das Bild gewandelt. So habe es eine Vielzahl von strukturellen Änderungen, wie z.B. die gestiegenen Anforderungen an die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, ihre Unabhängigkeit und die Anzahl ihrer ausgeübten Aufsichtsratsmandate, gegeben. Zugleich sei auch eine erhebliche Ausweitung und Detaillierung der Kontrollpflichten des Aufsichtsrats durch das AktG, das HGB sowie den Corporate Governance Kodex erfolgt, wie vor allem die Verantwortung für die Effizienz des Risikomanagementsystems, des internen Audit, der Rechnungslegungssysteme und des Compiencesystems. Das gelte sowohl für die Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften als auch für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Diese Änderungen hätten die Rolle des Aufsichtsrats zwar grundsätzlich gestärkt, jedoch seien die Erwartungen an den Aufsichtsrat als Kontrollorgan deutlich gestiegen. Der „schwarze Peter“ für den Fall möglicher orga-

nisatorischer Mängel bzw. nicht rechtzeitigen Feststellung von Fehlentwicklungen sei nunmehr neben dem Wirtschaftsprüfer auf den Aufsichtsrat hin ausgeweitet worden. Das gelte sowohl für die Aufsichtsräte von Versicherungsaktiengesellschaften als auch für diejenigen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit.

Daneben stehe ein umfassender Katalog von zusätzlichen Kontrollbereichen, wie die MaRisk, Solvency II und die Kapitalanlagevorschriften. Auf der anderen Seite werde jedes Versicherungsunternehmen systematisch von der BaFin überwacht. Dies beinhalte die Qualität der Aufsichtsräte, die Zustimmung zur Bestellung von Vorständen, umfassende Berichte über die Entwicklung des Unternehmens einschließlich detaillierter monatlicher Zahlen, aber auch die detaillierte Prüfung der Risikomanagementsysteme, Einhaltung der Solvenzanforderungen (zukünftig Solvency II) und vieles mehr. Die BaFin erhalte regelmäßig umfassende Berichte, u.a. den Risikobericht, den internen Auditbericht des jeweiligen Versicherungsunternehmens und habe darüber hinaus das Recht Sonderprüfungen anzusetzen und durchzuführen.

Um die Vielfalt der Überwachung von Versicherungsunternehmen zu vervollständigen, trete neben den Aufsichtsrat und die BaFin der Wirtschaftsprüfer als weiteres Kontrollorgan. Grundsätzlich wird dieser vom Aufsichtsrat mit einer Prüfung beauftragt. Die BaFin habe allerdings das Recht einen Wirtschaftsprüfer jederzeit mit einer Sonderprüfung zu beauftragen. Der Prüfauftrag des Wirtschaftsprüfers ist dabei weniger umfassend als die Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats oder derjenige der BaFin. Er beschränke sich auf das Zahlenwerk, die Organisation des Rechnungswesens und die Rechnungslegung.

In der Betrachtung dieser nebeneinander bestehenden und sich zum Teil überschneidenden Kontrollmechanismen dürfe auch der Verantwortliche Aktuar nicht fehlen. Er wird durch den Aufsichtsrat bestellt und ist damit eigentlich ein Organ des Aufsichtsrats. Diesem ist der Verantwortliche Aktuar im Rahmen der jährlichen Bilanzaufsichtsratssitzung gegenüber berichtspflichtig. Sollten außergewöhnliche Ereignisse eine unterjährige Berichtspflicht auslösen, so bestehe die Berichtspflicht jedoch gerade nicht

gegenüber dem Aufsichtsrat, sondern nur gegenüber dem Vorstand und der BaFin, § 11 VAG; ein systematischer Fehler, den es zu beseitigen gilt.

Wenn man sich nun diese unterschiedlichen Aufsichtssysteme ansehe, so bestehe der Prüfauftrag der BaFin in erster Linie aus Sicht des schutzwürdigen Versicherungsnehmers bzw. Verbrauchers. Ihr Prüfauftrag umfasse aber auch die Aufgabe den Bestand des Versicherungsunternehmens selbst zu sichern sowie die Verhinderung systematischer Risiken. Dagegen umfasse der Prüfauftrag des Aufsichtsrats primär die Wahrung der Belange der Aktionäre. Dies bedinge natürlich auch die Bestandserhaltung des Unternehmens und – indirekt – die Wahrung der Zufriedenheit der Kunden. Es gäbe also zahlreiche Überschneidungen. Das Symposium solle hinterfragen - und wenn möglich auch beantworten -, ob Aufsichtsrat und BaFin hinsichtlich der Überschneidungen wirklich dasselbe prüfen und wenn ja, ob sich der Aufsichtsrat auf die detaillierten Prüfungen der BaFin verlassen dürfe und seinerseits auf Prüfungen verzichten könne, ohne eine Pflichtverletzung zu begehen.

Dies sei insbesondere im Hinblick auf die neuen Kontrollpflichten im Rahmen der MaRisk, Solvency II und dem internen Risikomodell von Interesse, aber auch die Effizienz der Risikomanagementsysteme, des internen Audits, usw. Die BaFin führe in diesen Bereichen umfangreiche, zeitintensive und detaillierte Prüfungen durch. Es stelle sich die Frage, ob ein Aufsichtsrat die Prüfungen seinerseits noch einmal langwierig und detailliert durchführen müsse oder ob eine Heranziehung der Prüfergebnisse der BaFin zulässig sei. Weitere Fragen, die sich in der täglichen Praxis der Aufsichtsräte stellen würden, sind z.B. die Frage nach dem Bestehen einer Informationspflicht der BaFin gegenüber dem Aufsichtsrat bei Kenntnis von gravierenden Fehlentwicklungen oder die Zulässigkeit einer direkten Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und BaFin in Kontrollfragen, die Frage, ob die Aufsicht durch den Aufsichtsrat und die BaFin einer Hierarchie unterliege, ob die Rundschreiben der BaFin die Aufsichtspflichten des Aufsichtsrats verschärfen und damit einen Einfluss auf die Haftungssituation haben oder auch welche Rolle Wirtschaftsprüfer bei den neuen Kontrollpflichten nach MaRisk, Solvency II oder bei dem internen Risikomodell zukomme.

2. Die Aufsicht über das Versicherungsunternehmen durch die BaFin und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats

Prof. Dr. Peter Hammelhoff, KPMG AG

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.,

Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

Der Vortrag „Die Aufsicht über Versicherungsunternehmen durch die BaFin und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats“ wurde gemeinschaftlich von den Herren Hommelhoff und Dreher gehalten. Die Folien und die an beide Vorträge anschließende Diskussion sind daher im Anschluss an den Vortrag von Dreher eingefügt.

Dreher übernahm im Rahmen des Vortrags zunächst das „Warm-Up“. Er stellte klar, dass der Vorstand das jeweilige Unternehmen leite und der Aufsichtsrat diesen bei seiner Tätigkeit überwache. Die Abgrenzung sei bereits nach gesellschaftsrechtlichen Kriterien als sehr problematisch zu bewerten. Ein Aufsichtsrat laufe stets Gefahr entweder in unzulässiger Weise in die Leitung einzugreifen oder aber keine ausreichende Kontrolle der Unternehmensleitung durchzuführen. Diese problembeladene Konstellation erfahre in der Versicherungswirtschaft eine weitere Verschärfung durch das Hinzutreten eines Dritten - der Aufsichtsbehörde. Deren „Verlautbarungen“¹ prägten die Arbeit des Vorstands und des Aufsichtsrats in erheblichem Maße.

Eine weitere Klarstellung erfolgte hinsichtlich der Verwendung der Begriffe Überwachung und Beaufsichtigung. Die Überwachung obliege dem Aufsichtsrat. Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde sei retrospektiv und daher ausschließlich mit dem Begriff Beaufsichtigung zu beschreiben.

¹ Dreher benutzte diesen Begriff bewusst. Die Rechtsqualität der Verlautbarungen der BaFin sollte zu einem späteren Zeitpunkt Gegenstand der Erörterungen sein.

Die Verlautbarungen der Aufsichtsbehörde, wie z.B. die Kapitalanlagegrundsätze oder die Grundsätze über die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, betreffen nicht nur die Aktiengesellschaften oder die Europäischen Aktiengesellschaften. Ebenso betroffen seien die öffentlich-rechtlichen Versicherer, da die jeweils einschlägigen Landesgesetze vielfach direkt auf das AktG verwiesen, sowie die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, da auch die sie regelnden Vorschriften auf das AktG verwiesen.

2.1 Aufsichtsratspflichten nach AktG und Überschneidungen zum VAG

Prof. Dr. Peter Hommelhoff, KPMG AG

Hommelhoff übernahm die systematischen Gesamtdarstellung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats und eine Darstellung des Aufsichtsratssystems als besondere Ausprägung der Corporate Governance. Diese beiden Leitaspekte des deutschen Systems seien aus seiner Sicht notwendig, da zum einen das Zusammenwirken der Organe einer Gesellschaft und der BaFin oder auch anderen Aufsichtsbehörden nur systemisch erfassbar sei und dadurch auch erst die Unstimmigkeiten der Regelungen deutlich würden, wie z.B. in der Rolle des Aktuars. Zum anderen würde nur die Erfassung als besondere Ausprägung des Corporate Governance die Erfassung von Entwicklungstendenzen – auch auf europäischer Ebene - und deren Inkorporation ermöglichen. Die Übertragung des Begriffs des englischen Verwaltungsrates in die deutsche Sprache mit dem Begriff des Aufsichtsrats sei aus seiner Sicht ein großer Fehler.

Zunächst ging es um die Frage der Corporate Governance von Versicherungsunternehmen. Diese lasse sich im ersten Schritt verhältnismäßig einfach als Steuerung und Kontrolle der Unternehmensleitung definieren. In der Wissenschaft sei lange umstritten gewesen, in wessen Interesse die Steuerung und Kontrolle stattfinde. Die Streitfrage wurde aus seiner Sicht in der Praxis abgearbeitet. Demnach stehen Steuerung und Kontrolle der Unternehmensleitung im Interesse der Shareholder sowie sonstiger Stakeholder. Der Stakeholder-Ansatz sei heute in der europäischen Diskussion kein Streitpunkt mehr.

Man unterscheide zwei Hapterscheinungsformen der Corporate Governance – die interne und die externe Corporate Governance. Die interne Corporate Governance umfasse dabei das dualistische Modell des AktG mit der verbindlichen Aufgabenzuweisung an den Vorstand bzw. den Aufsichtsrat, die Steuerung und Kontrolle des unternehmerischen Systems durch die Hauptversammlung und den Abschlussprüfer als weiteren Funktionsträger.

Das dualistische System, wie es durch den Vorstand und den Aufsichtsrat geprägt ist, sei eine deutsch/österreichische Besonderheit. In anderen europäischen Ländern würden die Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat gewöhnlich innerhalb eines Organs auf unterschiedliche Personen verteilt. Die zunächst formale Aufteilung in Vorstand und Aufsichtsrat sei weitergehend als die Aufgabenzuweisung an verschiedene Personen innerhalb eines Organs. Sie ermögliche die verbindliche Zuweisung von Aufgaben an jeweils ein Organ und schaffe damit ein erhöhtes Maß an Transparenz bezüglich der Verantwortlichkeiten. Es sei keine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich, wer wann in welcher Position für welche Aufgaben die Zuständigkeit besaß. Die Aufgabe des Vorstandes erstrecke sich ausdrücklich „nur“ auf die Leitung des Unternehmens, während sich die Aufgabe des Aufsichtsrats auf die Überwachung der Unternehmensführung erstrecke.

Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft ist nach deutscher Konstruktion in diesem System nicht auf eine Ausgleichsfunktion zwischen den beiden Organen beschränkt, sondern besitze vielmehr eine eigene Steuerungs- und Kontrollfunktion. Diese könne sie durch die ihr gegenüber bestehende Berichtspflicht, die obligatorische Aussprache während der Hauptversammlung und den Entlastungsbeschluss wahrnehmen. In diesem Zusammenhang seien auch die Möglichkeit zur Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses oder die Minderheitenrechte, wie die Sonderprüfung, der Auskunftsanspruch gemäß § 131 AktG oder auch die Klagebefugnis einzelner Aktionäre zu sehen.

Der Abschlussprüfer sei ebenfalls ein Funktionsträger im System der Corporate Governance. Bereits mit der gesetzlichen Einführung des Abschlussprüfers im Jahre 1931 hatte dieser eine Doppelfunktion inne. So habe er grundsätzlich intern die Möglichkeit den Aufsichtsrat in seiner Tätigkeit zu unterstützen, als auch extern durch sein Testat, das den Aktionären wie auch der Allgemeinheit die Recht- und Gesetzmäßigkeit der Rechnungslegung des Vorstandes verlautbart, seine Kontrollfunktion wahrzunehmen.

Die externe Corporate Governance umfasse diverse Elemente, wie z.B. die Publizität des Lage- und Geschäftsberichts, die allgemeine Öffentlichkeit

als eine Art „Sounding Board“, die Börse mit den Entwicklungen der Börsenkurse, der Markt für Beteiligungen und Beteiligungserwerbe und schließlich die Aufsichtsbehörden und hier für die Versicherungs- und Bankwirtschaft speziell die BaFin, die die Unternehmen aufsichtsbehördlich begleite und ggf. eingreife. Es sei eine interessante Entwicklung festzustellen, die institutionellen Anleger als besondere Aktionärsgruppe ebenfalls verstärkt in die Pflicht zu nehmen.

Nach dem AktG habe der Aufsichtsrat vier Hauptaufgaben bei der Überwachung zu erfüllen. Zunächst die ordnungsgemäße Besetzung des Vorstands mit geeigneten Personen, die Überwachung ihrer Tätigkeit, die unternehmerischen Mitentscheidungen und die Beratung des Vorstands. Hinsichtlich des Aspekts der unternehmerischen Mitentscheidung lasse sich feststellen, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH eine zunehmende Einbeziehung des Aufsichtsrats erfolge. Aus seiner Sicht sei diese Einbeziehung von Beginn an im Aktienrecht festgeschrieben gewesen und finde ihre Grundlage heute in der Vorschrift des § 58 AktG bei der gemeinsamen Abschlussfeststellung und der Rücklagendotation. Er konstatierte, „wer die Kasse bestimmt, macht die Musik“. Daneben trete der Katalog an zustimmungspflichtigen Aufgaben gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Es sei in jedem Fall ein obligatorischer Regelungsauftrag durch den Gesetzgeber verteilt worden. Die Aufgabe der Beratung erschließe sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus der Rechtsprechung des BGH als Nebenauftrag an die Aufsichtsratsmitglieder. So müssen größere Vorhaben zwangsweise zwischen Vorstand und Aufsichtsrat erörtert werden, wobei die Zustimmung nicht stets durch ausdrückliche Beschlussfassung stattfinde, sondern auch durch Kenntnisnahme ohne Einwände erfolgen könne.

Die Überwachung sei dabei die zentrale Aufgabe im Tätigkeitsspektrum des Aufsichtsrats. Sie sei eine gesetzliche Tätigkeitsvorgabe, die auf den Aufsichtsrat konzentriert sei. Er habe diese Aufgabe im Grundsatz allein wahrzunehmen. Das Delegieren von einzelnen Aspekten der Tätigkeit auf den Vorstand oder den Wirtschaftsprüfer entlaste den Aufsichtsrat nicht von seiner Verpflichtung. Es muss für Außenstehende transparent sein, wer dem Aufsichtsrat angehöre und dass dieser seine Aufgabe wahrnehme und erledige. Ein wesentliches Instrument der Überwachung sei die Bestellung des Vorstands. Durch die Bestellung eines unzuverlässigen Vorstands stei-

ge die Überwachungsverpflichtung erheblich an, ebenso wenn sich bei einem berufenen Vorstandsmitglied nachträglich herausstelle, dass dieser nicht voll zuverlässig sei. Es müsse schon aus Gründen der Überwachungsaufgabe heraus überlegt werden, ob eine Abberufung nicht das einzig probate Mittel darstelle.

Hinsichtlich der Art der Ausführung der Überwachung stellte er fest, dass es sich bei der gesetzlichen Grundlage des § 111 Abs. 1 AktG um eine Generalklausel handle, die einer Ergänzung bedürfe. Die Überwachung erstrecke sich nur auf die Geschäftsführung des Vorstands. Der Begriff des Vorstands müsse in diesem Zusammenhang als formal-organisationsrechtlicher Begriff verstanden werden, § 111 i.V.m. § 77 AktG. Er erstrecke sich z.B. nicht auf nachgeordnete Prokuristen, die als Bereichsvorstände firmieren. Ebenso sei nicht das gesamte unternehmerische Geschehen Gegenstand der Überwachung, sondern nur die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands, also die Steuerung des Unternehmens. Auf die besondere Problematik bei tiefgestaffelten Unternehmen wurde aus Zeitgründen nur hingewiesen. Es sei schwierig die Bedeutung der Entfaltung der Überwachung konkret aus der Vorschrift des § 111 Abs. 1 AktG herzuleiten. Flankiert und damit auch strukturiert werde diese Vorschrift durch § 90 AktG, der vorgäbe, welche Informationen der Vorstand in regelmäßigen Abständen an den Aufsichtsrat heranzutragen hat. Dieses gesetzliche Informationssystem beschreibe die Aufgaben des Aufsichtsrats. Aus systematischer Sicht sei die Regelung, wie die Aufgabe zu erledigen ist, mit der Verankerung in § 171 Abs. 1 AktG als unglücklich zu bezeichnen. § 171 Abs. 1 AktG stelle in dem Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung die Rechnungslegung in den Mittelpunkt. Damit mache der Gesetzgeber deutlich, dass ein Aufsichtsrat, der sich schwerpunktmäßig mit der Überwachung der Rechnungslegung befasse, im Wesentlichen seiner Überwachungsaufgabe nachkomme. Das erfahre nun seit einiger Zeit eine Erweiterung, „versteckt“ in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG. Diese Vorschrift regle an sich die Binnenorganisation des Aufsichtsrats. Daraus leite sich ab, dass der Aufsichtsrat neben der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses auch die Überwachung des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems leisten müsse.

In der jüngeren Vergangenheit habe die Compliance-Überwachung ein besonderes Gewicht erlangt. Diese besage kurz zusammengefasst, dass sich nicht nur der Vorstand rechtmäßig und gesetzeskonform verhalten müsse, sondern das Verhalten im gesamten Unternehmen diesem Anspruch genügen müsse. Dies sei vom Vorstand zu überwachen. Der Aufsichtsrat habe seinerseits zu überwachen, ob der Vorstand dieser Aufgabe gerecht werde. Für den Bankensektor existiere mit § 33 WPHG eine eigene Vorschrift, die auf das Compliance-System Bezug nehme. Die BaFin habe hieraus bereits ein umfangreiches Regelwerk entwickelt. Es sei abzuwarten, wann diese Bestrebungen auf die Versicherungswirtschaft übertragen werden.

Für den Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens ergäben sich weitere Konkretisierungen der Überwachungspflicht aus den bereichsspezifischen Vorschriften des VAG, insbesondere § 64a VAG, der Vorgaben zur Geschäftsorganisation und des Risikomanagements enthalte. Weitere spezial-gesetzliche Vorgaben, §§ 53c ff., 65 ff. VAG, enthielten Handlungspflichten der Geschäftsführung des Versicherungsunternehmens und damit mittelbar auch für den Aufsichtsrat.

Die Überwachung, wie sie durch den Aufsichtsrat ausgeübt werde, sei im Grunde eine nachlaufende Überwachung, d.h. vergangenheitsbezogen. Es gäbe aber auch eine präventive (gegenwarts- bzw. zukunftsbezogene) Überwachung. Die präventive Überwachung umfasse die Zustimmungsvorbehalte gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Diese haben eine Doppelfunktion inne. Zum einen gäbe es aus Sicht des Gesetzgebers besonders wichtige Entscheidungen in Bezug auf den Bestand des Unternehmens, die eine gewisse Schadensneigung aufweisen würden, so dass eine Vorabkontrolle durch den Aufsichtsrat nicht nur gerechtfertigt sondern sogar notwendig sei. Zum anderen weise die Vorabzustimmung eine Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats in der unternehmerischen Mitentscheidung aus. Der Gesetzgeber habe durch die Regelungsaufträge zu verstehen gegeben, dass sich der Aufsichtsrat zu diesen Themen in jedem Fall Gedanken machen müsse. Im Bereich der Versicherungswirtschaft gäbe es einen gesetzlichen Zustimmungsvorbehalt in § 56a Abs. 1 S. 1 VAG, Rückstellung für Überschussbeteiligung der Versicherten. Eine vergleichbare Bestimmung gäbe es für keinen anderen Wirtschaftszweig.

Ziel und Maßstab der Überwachung durch den Aufsichtsrat seien die Rechtmäßigkeits-, die Wirtschaftlichkeits- und die unternehmerische Zweckmäßigkeitkontrolle. Die Business Judgement Rule, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, gelte zunächst für den Vorstand, entfalte jedoch auch Wirkung für den Aufsichtsrat. So müsse sich der Aufsichtsrat bei seiner Überwachungstätigkeit gegenüber dem Vorstand davon leiten lassen, dass diesem bei der Ausübung seiner Tätigkeit ein unternehmerischer Ermessensspielraum zustehe. Er dürfe nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Vorstands setzen. Die korrekte Ausübung des Ermessens setze gemäß dem BGH voraus, dass der Vorstand sich umfangreich informiert und eine sorgfältige Abwägung vorgenommen hat. Ansonsten bestehe im Rahmen der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats eine Eingriffsmöglichkeit. § 116 AktG verweise seinerseits auf § 93 AktG und somit stehe auch dem Aufsichtsrat bei der Ausübung seiner Zustimmungsvorbehalte ein Ermessensspielraum zu. Ebenso bezüglich seines genuin eigenen Tätigkeitsbereichs, der Bestellung des Vorstands.

Für den Aufsichtsrat bestehe der gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Grundsatz der Erledigungsautonomie. Er könne und müsse seine Aufgaben autonom wahrnehmen. Dabei stehe es ihm frei zu wählen wie, in welcher Form und mit welchem Ziel er seine Aufgaben erfülle. Dies ergäbe sich bereits aus seiner Funktion als Kontrollorgan des Vorstands. Eine Eingrenzung bestehe nur insoweit als er an den Unternehmenszweck gebunden ist. Für die Ermittlung der konkreten zeitlichen Dimension für die Erfüllung der Aufgaben sei Grundlage der einmal jährlich vorzulegende Unternehmensplan des Vorstands. Die erforderliche Überwachung und ihre konkreten Maßnahmen ergäben sich aus den Planungen des Vorstands. Diese Planungen werden jährlich fortgeschrieben. Die wichtigste Ausprägung der Erledigungsautonomie sei die Selbstorganisation des Aufsichtsrats mit Blick auf die Einrichtung und Zuweisung von Aufgaben an Ausschüsse und Berichterstatter, wobei § 107 Abs. 3 S. 3 AktG zu beachten sei, der die Auslagerung bestimmter Aufgabenbereiche an ersetzende Ausschüsse untersage. Als Besonderheit hob Hommelhoff den Prüfungsausschuss hervor. Der deutsche Corporate Governance Kodex empfehle seine Einrichtung, z.T. gäbe es auch eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung, § 324a HGB. In der Praxis haben die meisten Aufsichtsräte einen Prüfungsausschuss eingerichtet. Es ließe sich feststellen, dass die Praxis dazu neige, dem Prüfungs-

ausschuss neben seiner originären Aufgabe der Prüfung der Rechnungslegung weitere Aufgaben zu zuweisen, u.a. die Prüfung des Risikomanagementsystems oder der Compliance. Dies überfordere den Prüfungsausschuss. Ein weiterer Gesichtspunkt sei die Besetzung der Ausschüsse. Diese sollten grundsätzlich mit den erforderlichen Spezialisten besetzt werden. Das erfordere eine Aufgaben-adäquate Besetzung des Aufsichtsrats insgesamt. Die Aufsichtsratsmitglieder müssen zunächst über eine generelle Befähigung zur Erfüllung der Aufgaben eines Aufsichtsrats verfügen und darüber hinaus über weitergehende spezielle Fähigkeiten, um in einem Ausschuss tätig werden zu können. Für Aufsichtsratsmitglieder eines Versicherungsunternehmens gelte die Sondervorschrift des § 7a Abs. 4 VAG, wonach das jeweilige Aufsichtsratsmitglied über die erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit verfügen muss.

Aus der Selbstorganisationspflicht ergäbe sich im Umkehrschluss, dass der Aufsichtsrat regelmäßig überprüfen muss, ob seine Aufbau- und Ablauforganisation den Anforderungen an seine Tätigkeit noch gerecht wird. Ebenso bedürfe es einer regelmäßigen Überprüfung, ob die individuellen Leistungspotentiale für die Aufgabenerledigung ausreichend sind. In der Konsequenz müsse die eigene Arbeit regelmäßig evaluiert werden. Strittig sei, inwieweit ob und wenn ja, in welcher Weise, solche Evaluationen verlautbart werden müssen.

Im Anschluss erörterte Hommelhoff die Stellung des Abschlussprüfers im System der Überwachung durch den Aufsichtsrat. Der Abschlussprüfer unterstütze den Aufsichtsrat in zentralen Aspekten seiner Tätigkeit und sei damit integraler Bestandteil der internen und externen Corporate Governance. Seine Tätigkeit sei als Zuarbeit zu qualifizieren und nicht als Ersetzung. Der Abschlussprüfer habe den Jahresabschluss, den Lagebericht und die Buchführung zu prüfen, ebenso wie die Risikoerkennung. Die Prüfung der Systeme in Richtung auf § 171 Abs. 1 S. 2 AktG erfordere nur die Vornahme einer Schwächen-/Stärkenanalyse bezogen auf den Rechnungslegungsprozess. Für den Bereich der Versicherungswirtschaft treten Zusatzaufgaben gemäß §§ 57 Abs. 1, 1a, 58f VAG hinzu. Die Kooperationsverpflichtung mit der BaFin sei dabei aus systematischer Sicht als Störung zu qualifizieren. Nichts anderes dürfe für den Aktuar und seine Berichts-

pflicht gegenüber der BaFin gelten. Die wichtigste Zuarbeit für die Erfüllung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats sei der Prüfbericht.

Abschließend nahm Hommelhoff noch kurz zu der Frage Stellung, ob der Aufsichtsrat leitende Angestellte zwecks Information auf seinen Sitzungen direkt befragen dürfe, sowie zu der Frage der Gefahr unzulässiger Unternehmenslenkung durch den Aufsichtsrat mit Hilfe der Auslobung von Incentives o.ä. für Vorstandsmitglieder.

2.2 BaFin-Aufsicht und Aufsichtsratsüberwachung

*Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M. und Ass. Hendrik Häußler,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz²*

I. Einleitung

Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Dem Vorstand dagegen weist § 76 Abs. 1 AktG die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu. Diese Zentralnormen des Aktienrechts dienen zunächst der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, ohne jedoch den Gegenstand der Leitungs- bzw. Überwachungsaufgaben abschließend festzulegen.³ Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und die hierzu notwendigen Befugnisse sind dezentral und nur punktuell im Aktiengesetz – etwa in den §§ 111 Abs. 2 bis 4 AktG, 77 Abs. 2 Satz 1 AktG zur Geschäftsordnungsbefugnis, 84 Abs. 1 und 3 AktG zur Personalkompetenz und 314 Abs. 1 AktG zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts – geregelt. Im Übrigen ergeben sie sich spiegelbildlich aus den Vorstandspflichten nach § 76 Abs. 1 AktG.

Weitergehende Konkretisierungen der Leitungs- bzw. Aufsichtspflichten finden sich für Versicherungsunternehmen außerhalb des Aktiengesetzes im Versicherungsaufsichtsrecht, insbesondere im VAG. Besonders die jüngsten Reformbemühungen des Gesetzgebers⁴ haben für Versicherungsunternehmen qualitativ wie quantitativ zu einer deutlichen Akzentuierung der Pflichtenlage von Vorstand und Aufsichtsrat geführt. Für beaufsichtigte Versicherungsunternehmen besteht im Vergleich zur Normal-AG die Besonderheit, dass die Einhaltung dieser speziellen Organpflichten von der Aufsichtsbehörde kontrolliert und widrigenfalls sanktioniert wird. Dies kann im Ergebnis zu einer Verdoppelung der Kontrolle durch BaFin-Aufsicht und Aufsichtsratsüberwachung führen. Damit kommt die Frage

² Hierbei handelt es sich um die schriftliche Ausarbeitung des Vortrags des Erstverfassers bei dem Symposium.

³ Vgl. statt vieler nur *Hüffer*, in: AktG, 9. Aufl. 2010, § 111 Rdnr. 1.

⁴ Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2305.

auf, wie sich die staatliche Aufsicht zu dem allgemeinen aktienrechtlichen Kompetenzgefüge der Organe in der Versicherungsaktiengesellschaft oder in der Versicherungs-SE⁵ – aber auch im VVaG⁶ und in öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen⁷ – und zu den daraus folgenden Organpflichten verhält. Sie bildet einen Ausschnitt aus dem größeren Thema, in welchem Rangverhältnis aufsichtsrechtliche Regelungen einerseits und gesellschafts- oder kapitalmarktrechtliche Regelungen andererseits zueinander stehen.⁸ Für das Verhältnis der Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten in Kreditinstituten und bankbezogener BaFin-Aufsicht ergäben sich daher im vorliegenden Zusammenhang keine abweichenden Folgerungen. Insoweit steht das Versicherungsaufsichtsrecht pars pro toto für die BaFin-Aufsicht allgemein.

Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Gegenstände einer möglichen gleichzeitigen Überwachung durch den Aufsichtsrat und der Aufsicht durch die BaFin zu identifizieren (unten II.). Anschließend sind die Auswirkungen einer Doppelung auf die materiellen Organpflichten des Aufsichtsrats unter besonderer Berücksichtigung der haftungs- sowie versicherungsaufsichtsrechtlichen Folgen zu untersuchen (unten III.).

⁵ Vgl. § 7 Abs. 1 VAG.

⁶ Für Versicherungsunternehmen in der Rechtsform des VVaG ordnen §§ 34, 35 VAG die entsprechende Geltung aktienrechtlicher Normen an.

⁷ Das VAG selbst stellt Organe öffentlich-rechtlicher Versicherungsunternehmen in § 3 dem Vorstand und dem Aufsichtsrat gleich und erklärt in § 156 Abs. 2 VAG auf den Vorstand §§ 80, 91 II AktG sowie auf den Verwaltungsrat § 80 AktG ausdrücklich für anwendbar. Auch wenn die öffentlich-rechtlichen Errichtungsgesetze z.T. Sonderregelungen für Vorstände und Verwaltungsräte enthalten, sind sie doch erheblich am AktG orientiert oder verweisen sogar darauf. Nach Art. 17 Abs. 2 Solvency II-Richtlinie, ABl.EU Nr. L 335 v. 17.12.2009, S. 1 ff. müssen öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen in Zukunft „Versicherungs- oder Rückversicherungsgeschäfte unter den gleichen Bedingungen wie private Unternehmen durchführen“, womit primär die Anforderungen an die Versicherungstätigkeit, sekundär aber sicher auch die Anforderungen an die grundsätzliche Pflichtensituation von Vorstand und Verwaltungsrat gemeint sein werden.

⁸ Vgl. z.B. zur Frage der aufsichts-, handels- und kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten der Versicherungsunternehmen nach Solvency II schon *Dreher/Schaaf*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung*, 2009, S. 129, 160 ff.

II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelung von Überwachung und Aufsicht

1. Die Überwachung durch den Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens nach Aktienrecht

a) Der Gegenstand und die Maßstäbe der Überwachung

Nach § 111 Abs. 1 AktG unterliegen die gesamte Leitungstätigkeit des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG und wesentliche Einzelmaßnahmen, soweit sie über das bloße Tagesgeschäft hinausgehen,⁹ der Überwachung durch den Aufsichtsrat. Weitere Hinweise zum Gegenstand der Aufsicht liefern die Berichtspflichten des Vorstands nach § 90 Abs. 1 AktG, wonach dem Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (Nr.1), die Rentabilität der Gesellschaft (Nr. 2), den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft (Nr. 3) und Geschäfte von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft (Nr. 4) gemäß § 90 Abs. 2 AktG regelmäßig und rechtzeitig zu berichten ist. Eine Kontrolle nachgeordneter Leitungsebenen durch den Aufsichtsrat ist weder gesetzlich vorgesehen noch notwendig, da die Delegation von Leitungsaufgaben durch den Vorstand als wesentlicher Teil der Geschäftsführung ebenfalls Gegenstand der Überwachung ist.¹⁰

Kernelemente der Überwachungstätigkeit sind Tatsachenerhebung – sei es durch Entgegennahme der Vorstandsberichte gemäß § 90 Abs. 1 AktG, sei es durch eigene Tatsachenfeststellung¹¹ – sowie Prüfung und Beurteilung des Vorstandshandelns auf seine Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit hin.¹² Der Aufsichtsrat teilt dem Vorstand

⁹ Vgl. *Boujong*, AG 1995, 203, 205; *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, § 111 Rdnr. 12.

¹⁰ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 3 Rdnr. 68 f.; a.A. *Hüffer* (Fn. 1), § 111 Rdnr. 3; BGHZ 75, 120, 133 = NJW 1979, 1879, 1882; differenzierend *Habersack* (Fn. 9), § 111 Rdnr. 21, 23; *Dreher*, in: FS Hopt, 2010, S. 517 ff.

¹¹ Vgl. dazu z.B. *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 1996, S. 94 ff.

¹² Vgl. statt vieler nur *Hüffer* (Fn. 1), § 111 Rdnr. 6.

das Ergebnis seiner Prüfung mit, beanstandet gegebenenfalls einzelne Maßnahmen oder wirkt weitergehend auf den Vorstand ein.¹³ Sämtliche Einsichts- und Einwirkungsrechte verpflichten den Aufsichtsrat, sich ihrer zu bedienen, falls dies im Interesse einer effizienten Überwachung notwendig ist.

Die Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat ist jedoch nicht auf die Bewertung und gegebenenfalls Sanktionierung vergangener Sachverhalte beschränkt,¹⁴ auch wenn die vergangenheitsbezogene Überwachung den wohl größten Teil der Tätigkeit des Aufsichtsrats ausmacht. Vielmehr erstreckt sich die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne einer „in die Zukunft gerichteten Kontrolle“¹⁵ auch auf noch andauernde oder zukünftige Vorgänge. Dies lässt sich an den zukunftsorientierten Berichtspflichten des Vorstands gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 AktG festmachen. Die Beratung des Vorstands wird dabei ganz überwiegend nicht als selbstständige Aufgabe neben der allgemeinen Überwachung,¹⁶ sondern als unselbstständiger Teilaspekt derselben gesehen.¹⁷ Dies folgt unter anderem daraus, dass sich die Überwachung abgeschlossener Vorgänge hinsichtlich des Verfahrens, der anzulegenden Maßstäbe, des überwachten Personenkreises und der rechtlichen Erfassung von der Überwachung zukünftiger Vorgänge im Aktienrecht nicht unterscheidet.¹⁸

b) Die Mittel der Überwachung

Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Einzelmaßnahme oder die Geschäftsführung insgesamt nicht den Anforderungen an Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit

¹³ Dazu sogleich unter II. 1. b).

¹⁴ Hüffer (Fn. 1), § 111 Rdnr. 5; Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, Bd. 4, 4. Aufl. 2006, § 111 Rdnr. 56, 58f.; Lutter/Krieger (Fn. 10), § 3 Rdnr. 94 ff.

¹⁵ BGHZ 114, 127, 130.

¹⁶ Differenzierend Jäger, DStR 1996, 671, 674.

¹⁷ Vgl. z.B. Habersack (Fn. 9), § 111 Rdnr. 39 ff.; Hopt/Roth (Fn. 14), § 111 Rdnr. 61, 288, 290 ff.; Hüffer (Fn. 1), § 111 Rdnr. 5; Lutter/Krieger (Fn. 10), § 3 Rdnr. 94; Semler (Fn. 11), S. 141 ff.; Dreher, ZHR 155 (1991), 349, 360.

¹⁸ Vgl. nur Semler (Fn. 11), S. 142, 149.

keit genügt, so stellt ihm das Aktiengesetz Mittel zur Einwirkung auf den Vorstand zur Verfügung. Hierzu zählt das Recht des Aufsichtsrats, zu bestimmten Fragen der Geschäftsführung gemäß § 111 Abs. 3 und 4 AktG die Hauptversammlung einzuberufen. Weitere Einwirkungsmöglichkeiten wirken repressiv. Das gilt etwa für Rügen im Jahresbericht nach § 171 Abs. 2 Satz 2, Hs.1 AktG, die Verweigerung, Jahres- oder Konzernabschlussberichte nach §§ 171 Abs. 2 Satz 4, 172 Abs. 1 AktG zu billigen, oder die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs. 2 AktG.¹⁹ Andere Maßnahmen wirken präventiv auf das zukünftige Verhalten des Vorstands ein. Beispiele bilden die Ausübung der Geschäftsordnungsbefugnis des Aufsichtsrats nach § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG und die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Ein besonders wichtiges Instrument der allgemeinen Überwachung ist die dem Aufsichtsrat in § 84 Abs. 1 und 3 AktG zugewiesene Personalkompetenz,²⁰ die sowohl präventive als auch repressive Elemente aufweist. Im Rahmen seiner Bestellungszuständigkeit gemäß § 84 Abs. 1 AktG prüft der Aufsichtsrat, ob die für eine bestimmte Vorstandsposition in Aussicht genommenen Kandidaten die gesetzlichen Voraussetzungen des § 76 Abs. 3 AktG erfüllen sowie ob sie die hinreichende fachliche Eignung für die spezifische Aufgabe vorweisen können. Hierdurch nimmt der Aufsichtsrat präventiv-überwachend Einfluss auf das zukünftige Verhalten des Vorstands. Weiter weist § 84 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG dem Aufsichtsrat die Befugnis zu, durch Abberufung einzelner Vorstandsmitglieder oder des Vorstands insgesamt aus wichtigem Grund ein Fehlverhalten in der Vergangenheit zu sanktionieren.

c) Die Selbstorganisations- und die Selbstüberwachungspflicht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat hat zur pflichtgemäßen Überwachung der Geschäftsführung seine gesamte Tätigkeit nach § 111 Abs. 5 AktG selbstverantwortlich

¹⁹ Vgl. dazu BGHZ 135, 244 ff. = JZ 1997, 1074 ff. m. Anm. Dreher.

²⁰ Hopt/Roth (Fn. 14), § 111 Rdnr. 67; Habersack (Fn. 9), § 111 Rdnr. 27 missverständlich: „nicht Mittel zur Erfüllung der Überwachungsaufgabe“, zutr. dann aber Rdnr. 33.

auszuführen und an dem Gebot der effektiven Überwachung auszurichten. Das bedeutet ganz allgemein, dass der Aufsichtsrat sowohl organisatorisch als auch personell ständig in der Lage sein muss, seiner Aufsichtspflicht nachzukommen.

Der Aufsichtsrat ist daher berechtigt und verpflichtet, Strukturen zu schaffen – das einzelne Mitglied hat sich hierfür nötigenfalls einzusetzen –²¹, mittels derer er die Überwachung effizient durchführen kann. Dies hat namentlich durch den Erlass einer Geschäftsordnung – wie sie auch Ziff. 5.1.3. des DCGK empfiehlt –, die Wahl eines Vorsitzenden und mindestens eines Vertreters nach § 107 Abs. 1 Satz 1 AktG, die sachgerechte Bildung und Zusammensetzung von Ausschüssen nach § 107 Abs. 3 AktG oder die Mitwirkung an der eigenen Besetzung durch Wahlvorschläge nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG²² beziehungsweise durch Einleitung eines gerichtlichen Abberufungsverfahrens gemäß § 103 Abs. 3 AktG zu geschehen. Hierbei hat sich der Aufsichtsrat der hinreichenden Qualifikation der in Aussicht genommenen Kandidaten²³ gemäß der Hertie-Rechtsprechung des BGH²⁴ zu vergewissern. Ansonsten trifft ihn ein Vorschlags-,²⁵ das betroffene Aufsichtsratsmitglied nach Amtsantritt ein Übernahmeverschulden.²⁶

Schließlich hat der Aufsichtsrat die Effizienz seiner Arbeit turnusmäßig – entsprechend der Empfehlung in Ziff. 5.6. DCGK, soweit dieser einschlägig ist –, gegebenenfalls auch unter Einbeziehung einzelner Ausschüsse oder Aufsichtsratsmitglieder, zu evaluieren.²⁷

²¹ Vgl. dazu *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 12 Rdnr. 889.

²² Vgl. dazu *Dreher/Lange*, *ZVersWiss* 2011, 211, 225 f.

²³ Vgl. dazu aus aktienrechtlicher Sicht *Dreher*, in: FS Boujong, 1996, S. 71 ff.

²⁴ BGHZ 85, 293, 295 f. (Hertie) und dazu *Dreher* (Fn. 24).

²⁵ Vgl. z.B. *Lutter*, *ZIP* 2003, 417, 9; kritisch bis ablehnend *Sünner*, *ZIP* 2003, 834 ff.

²⁶ Vgl. dazu z.B. *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 16.

²⁷ Vgl. z.B. *Semler*, in: FS Raiser, 2005, S. 399, 401 f.; *Habersack* (Fn. 9), § 111 Rdnr. 48; *Hüffer* (Fn. 1), § 107 Rdnr. 2a; *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 11 Rdnr. 655.

d) Beispiele für Pflichtaufgaben in der Überwachung durch den Aufsichtsrat

aa) Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand²⁸

- Einsichts- und Prüfungsrecht, § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG
- Einsichtnahme und Prüfung von Jahresabschluss und Abhängigkeitsbericht, §§ 171, 314 AktG
- Vorlage des Konzernabschlusses, § 317 Abs. 1 AktG
- Prüfung Regelberichte des Vorstands, § 90 Abs. 1 AktG
- Anforderungsberichte zur Sicherstellung der eigenen Informationsversorgung, § 90 Abs. 3 AktG
- Gegebenenfalls Einführung einer Informationsordnung, Ziffer 3.4 Abs. 3 DCGK

bb) Die Überwachung der ordnungsgemäßen Besetzung und Organisation des Vorstands durch den Aufsichtsrat

- Überwachung der Organisation der Geschäftsführung durch den Vorstand (insbes.: horizontale und vertikale Delegation von Geschäftsführungsaufgaben²⁹ auf leitende Angestellte und deren Überwachung durch den Vorstand; Besetzung von oberen Führungspositionen)
- Überwachung der Qualifikation von Vorstandsmitgliedern (als Bestellungsvoraussetzung, aber auch während der Amtszeit)
- Überwachung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen, § 87 Abs. 1 AktG
- Einhaltung der Geschäftsordnung durch den Vorstand

²⁸ Vgl. zum Ganzen z.B. *Kropff*, in: FS Raiser, 2005, S. 225 ff.; *Semler*, in: ders./von Schenk (Hrsg.), *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl., 2009, § 1 Rdnr. 91 ff.; *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 6 Rdnr. 191 ff.

²⁹ Zum Ganzen *Dreher* (Fn. 10), S. 517 ff.

cc) Die Überwachung der Unternehmensorganisation und Planung

- Sicherstellung der Informationsversorgung des Vorstands durch Einrichtung eines effektiven Rechnungs- und Berichtswesens
- Existenz einer nachvollziehbaren lang-, mittel- und kurzfristigen Unternehmensplanung, aus § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG abgeleitet
- Personalplanung und angemessene Wahrnehmung sozialer Verpflichtungen, aus § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG abgeleitet
- Buchführungspflicht, § 91 Abs. 1 AktG
- Systeme zur Risikofrüherkennung: Interne Revision, Controlling, Compliance, § 91 Abs. 2 AktG³⁰
- Sicherung der Liquidität, aus § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 AktG abgeleitet

dd) Die Selbstorganisation des Aufsichtsrats

- Organisation der internen Arbeitsabläufe etwa durch Erlass einer Geschäftsordnung, Ziff. 5.1.3. DCGK
- Wahl eines Vorsitzenden und mindestens eines Vertreters, § 107 Abs. 1 Satz 1 AktG
- Bildung und Zusammensetzung von Ausschüssen, § 107 Abs. 3 AktG
- Regelmäßige Sitzungen, § 110 Abs. 3 AktG
- Sicherstellung eines hinreichenden Qualifikationsniveaus der Aufsichtsratsmitglieder, §§ 124 Abs. 3 Satz 1, 103 Abs. 3 AktG
- Effizienzprüfung, Ziff. 5.6. DCGK

³⁰ Vgl. Dreher, in: FS Hüffer, 2010, S. 161 ff.; ders., ZGR 2010, 496, 523 ff.

2. Die Aufsicht durch die BaFin über Versicherungsunternehmen nach dem VAG

a) Der Gegenstand und der Maßstab der Beaufsichtigung

Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 VAG unterliegt der „gesamte Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht allgemein und einer Finanzaufsicht im besonderen“ der Aufsicht durch die BaFin. Gemäß Satz 2 ist „dabei auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten“ sowie die Einhaltung der für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts geltenden Gesetze zu achten. Hieraus aber eine umfassende materielle Aufsicht ableiten zu wollen, die sich auf alle Haupt- und Nebengeschäfte, alle Vorgänge tatsächlicher Art, alle vom Unternehmen gehaltenen und genutzten Gegenstände, alle im Unternehmen tätigen Personen usw. erstreckt,³¹ begegnete spätestens seit dem grundlegenden Neuansatz der europarechtlichen Versicherungsrichtlinien im Jahr 1994 und der zunehmenden Orientierung an rechtsstaatlichen Anforderungen auch im nationalen Wirtschaftsaufsichtsrecht erheblichen verfassungs- und europarechtlichen Zweifeln. Diese überkommene Ansicht war daher zugunsten einer beschränkten, tatbestandsgebundenen Sitzland- und Tätigkeitslandaufsicht zu verwerfen.³²

Wenn man die Aufsicht als rechtsbezogene Missstandsaufsicht, d.h. als tatbestandsgebundene Legalitätskontrolle versteht, stellt sich weiter die Frage nach dem konkret anzulegenden Überwachungsmaßstab. Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG achtet die BaFin auf die ausreichende Wahrung der

³¹ Diese Auffassung war bis zur versicherungsaufsichtsrechtlichen „Revolution“ durch die Dritte EG-Richtliniengeneration im Jahr 1994 allgemeine Meinung im Versicherungsaufsichtsrecht. So danach aber noch *Kollhossner*, in: Prölss, VAG, 12. Aufl., 2005, § 81 Rdnr. 9.

³² Ausf. schon *Dreher*, VersR 1993, 1443, 1446 ff.; *ders.*, WM 1995, 509 ff.; *ders.*, Die Konkretisierung der Mißstandsaufsicht nach § 81 VAG, 1997, S. 9; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008, § 31 Rdnr. 25 ff. und 93 ff.; dem folgend z.B. *Bähr*, in: Fahr/Kaulbach/Bähr, VAG, 4. Aufl., 2007, § 81 Rdnr. 2 ff. und *Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, § 3, S. 67 f.; zur Legalitätskontrolle unter Solvency II vgl. *Bürkle*, in: Dreher/Wandt (Hrsg.), Solvency II in der Rechtsanwendung, 2011, S. 191 ff. und *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 831 f.; für ein extensives Verständnis dagegen noch der frühere BAV-Präsident *Müller*, in: 100 Jahre Materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, 2001, S. 155, 159.

Belange der Versicherten und auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Nach Satz 4 gehören hierzu alle „aufsichtsrechtlichen, (...) und alle sonstigen die Versicherten betreffenden Vorschriften“. Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Geschäftsbetriebs eines Versicherungsunternehmens sind damit zunächst sämtliche Vorschriften des VAG „einschließlich der Normen, auf die in ihnen Bezug genommen wird“³³ nebst versicherungsaufsichtlicher Verordnungen.³⁴ Dazu gehören allgemeine, für alle Versicherungsunternehmen geltende Verweisungen in das Aktienrecht wie die häufige Anknüpfung an aktienrechtliche Begriffe z.B. in §§ 5 Abs. 3 Nr. 3, 13 Abs. 1a Satz 7, 53d Abs. 1 und 3, 83 Abs. 5a Nr. 4 und 119 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VAG. Keine Verweisungsziele bilden dagegen die Normen im Aktiengesetz, auf welche die §§ 34, 35, 36, 36b und 47 Abs. 3 VAG für den VVaG verweisen. Denn dabei handelt es sich um historisch zufällig im VAG normiertes Gesellschaftsrecht. Allein der Standort gesellschaftsrechtlicher Regelungen kann nicht über die sachliche Reichweite der Versicherungsaufsicht entscheiden. Für eine anderenfalls wesentlich intensivere Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen in der Rechtsform des VVaG als in den Rechtsformen der AG, der SE und – jedenfalls teilweise – in den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen gäbe es auch keinen sachlichen Grund. Darüber hinaus können diese Verweisungen der BaFin erst recht keinen „rechtsformunabhängigen“ Aufsichtsmaßstab, d.h. mit Geltung auch für Aktiengesellschaften eröffnen.³⁵ Dies folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut der §§ 34, 35 VAG und der systematischen Stellung dieser Vorschriften im III. Abschnitt über die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Sonstige Normen außerhalb des VAG, auf die es nicht direkt verweist, bilden nur dann einen Aufsichtsmaßstab i.S.d. § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG, wenn sie für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten und einen spezifischen, objektiven Bezug zu den Belangen der Versicherten gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 und 4 VAG – „alle sonstigen die Versicherten betreffenden

³³ RegE zum 3. Durchführungsgesetz/EWG zum VAG, BT-Drucks. 12/6959, S. 82 f.

³⁴ *Bähr* (Fn. 32), § 81 Rdnr. 17; *Kollhosser* (Fn. 33), § 81 Rdnr. 20.

³⁵ VG Frankfurt/M. VersR 2005, 57, 59; zur Kritik vgl. *Dreher*, ZVersWiss – Supplement Jahrestagung 2006, 375, 377f.; *ders.*, AG 2006, 213 ff.; *Wolf*, VersR 2005, 1042 ff.

Vorschriften“ – ähnlich einem Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB aufweisen.³⁶ Ein solcher Bezug lässt sich jedenfalls für diejenigen Normen etwa des AktG ermitteln, die ohne direkte Verweisung aus dem VAG eine versicherungsaufsichtsrechtliche Überformung erfahren, wie im Bereich der Organqualifikation gemäß § 7a Abs. 1 und 4 VAG, der Vergütungssysteme gemäß § 64b VAG oder des Risikomanagement gemäß § 64a VAG. Dies hat zur Folge, dass die hierzu entwickelten aktienrechtlichen Rechtsprechungsgrundsätze³⁷ ebenfalls zur Ermittlung einer Rechtsverletzung i.S.d. § 81 VAG heranzuziehen sind.³⁸

Wie auch die Überwachungsmittel des Aufsichtsrats wirken diejenigen Aufsichtsbefugnisse, über die die BaFin verfügt, sowohl repressiv als auch präventiv.³⁹ Sie dienen einerseits der Beobachtung der Versicherungsunternehmen. Andererseits stellen die entsprechenden VAG-Befugnisnormen es schon nach ihrem Wortlaut in das – pflichtgemäße – Ermessen der Behörde, ob und welche Maßnahmen sie zur Beseitigung von festgestellten oder erwarteten Missständen ergreifen will. Hierbei ist die Behörde auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterworfen.

b) Beispiele für die Aufsicht durch die BaFin

aa) Das pflichtgemäße Handeln des Vorstands

- Einrichtung und Unterhaltung einer angemessenen Geschäftsorganisation, insbesondere einer angemessenen, ordnungsgemäßen Verwaltung und Buchhaltung sowie eines unternehmensindividuellen Risi-

³⁶ Zu den Auslegungsschwierigkeiten vgl. *Dreher* (Fn. 32/1997), S. 24 f.; a.A. *Kollhosser* (Fn. 31), § 81 Rdnr. 37, der der Aufsicht auch die innere und äußere Unternehmensorganisation im Rahmen der Aufsicht im Übrigen gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 VAG unterwerfen will.

³⁷ Zu den Auslegungsschwierigkeiten vgl. *Dreher* (Fn. 32/1997), S. 6, 15f.

³⁸ Ob das allerdings den Umkehrschluss zulässt, dass alle anderen Normen des AktG nicht Aufsichtsmaßstab sind, weil der Gesetzgeber sich bislang mangels aufsichtsrechtlicher Relevanz gegen eine Konkretisierung im VAG entschieden hat, muss an dieser Stelle offen bleiben.

³⁹ Vgl. *Winter*, *VersR* 2005, 145, 150.

komanagement (interne Modelle, Ablaufüberwachung, internes Steuerungs- und Kontrollsystem, interne Revision), § 64a VAG⁴⁰

- Einrichtung transparenter Vergütungssysteme für Mitarbeiter, § 64b Abs. 1 und 4 VAG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VersVergV⁴¹
- Einrichtung und Unterhaltung von angemessenen Systemen zur Erkennung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, § 80d VAG
- Einrichtung und Unterhaltung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation i.S.d. Art. 9 RL 2002/87/EG für Finanzkonglomerate, § 104s VAG⁴²
- Zuführung von Beträgen zum Sicherungsvermögen in angemessener Höhe und vorschriftsmäßige Anlage sowie Sicherstellung, § 72 Abs. 1 VAG, § 66 VAG
- Benennung eines Schadenregulierungsbeauftragten in der KFZ-Haftpflichtversicherung, § 7b VAG
- Bestellung eines unabhängigen Treuhänders (Prämienanpassungen und Bedingungsänderungen), § 11b Satz 2 i.V.m. § 12b Abs. 3, 4 VAG i.V.m. § 203 Abs. 2, 3 VVG
- Qualifikation als Bestellungs voraussetzung; Weiterbestehen der Anforderungen nach Bestellung als Vorstandspflicht, Arg. ex § 87 Abs. 6 i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG; Fehlverhalten eines Vorstandsmitglieds, das zur Annahme der Unzuverlässigkeit führt (etwa Verstöße gegen die Treue-/Verschwiegenheitspflicht), § 7a Abs. 1 VAG
- In dem Bereich der Finanzaufsicht z.B. die Verfügbarkeit ausreichender, freier und unbelasteter Eigenmittel zur Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verträge, § 53c Abs. 1 VAG
- Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Treuhänders in der Lebensversicherung, §§ 11b Satz 2, 12b Abs. 3 VAG
- Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Treuhänders in der Krankenversicherung, § 12b Abs. 3 VAG

⁴⁰ Vgl. dazu *Dreher*, VersR 2008, 998 ff.; *Dreher/Schaaf*, WM 2008, 1865 ff.; *Dreher/Schaaf*, VersR 2009, 1151 ff.

⁴¹ Vgl. näher *Dreher*, VW 2010, 1508 ff.; *Armbrüster*, VersR 2011, 1 ff.

⁴² Vgl. dazu *Krämer*, in: Bähr (Hrsg.) Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 10 Rdnr. 113 ff.

bb) Die Personalkompetenz des Aufsichtsrats

- Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Vorstands, § 7a Abs. 1 VAG i.V.m. § 84 AktG
- Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Verantwortlichen Aktuars, §§ 11a Abs. 1, 12 Abs. 2 VAG
- Bestellung eines geeigneten Treuhänders für das Sicherungsvermögen, §§ 71 Abs. 1, 70 Satz 1 VAG
- Bestellung des Abschlussprüfers, § 341k Abs. 2 Satz 1 HGB i.V.m. § 58 Abs. 2 VAG

cc) Die zustimmungspflichtigen und sonstigen Geschäfte

- Eine Aufsicht durch die BaFin erfolgt nur dann, wenn sich ein nach § 111 Abs. 3 Satz 2 AktG festgelegter Zustimmungsvorbehalt auf Entscheidungen des Vorstands bezieht, die Gegenstand der Aufsicht durch die BaFin sind. Dies ist beispielsweise der Fall bei Personalmaßnahmen des Vorstands in Form der Besetzung von Schlüsselfunktionen wie bei der Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Treuhänders in der Krankenversicherung nach § 12b Abs. 3 VAG
- Materielle Änderung von Satzungsänderungen, die die Hauptversammlung beschlossen hat, infolge eines Änderungsverlangens der BaFin, durch den Aufsichtsrat von Erstversicherungsunternehmen aufgrund einer Ermächtigung der Hauptversammlung in Abweichung von § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG gemäß §§ 156 Abs. 1, 39 Abs. 3 VAG

dd) Die Selbstorganisation des Aufsichtsrats

- Sicherstellung eines hinreichenden Qualifikationsniveaus, § 7a Abs. 4 VAG i.V.m. §§ 124 Abs. 3 Satz 1, 103 Abs. 3 AktG

3. Die Überschneidungsbereiche in der Überwachung durch Aufsichtsrat und der Aufsicht durch die BaFin

Doppelzuständigkeiten von Aufsichtsrat und BaFin finden sich also überall dort, wo versicherungsaufsichtsrechtliche Organpflichten abweichend vom Aktienrecht – z.B. im Bereich der Kapitalausstattung – neu geschaffen oder aktienrechtliche Pflichten wie die Errichtung von Risikomanagementsystemen nach § 91 Abs. 2 AktG durch § 64a VAG konkretisiert werden. Sämtliche versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorstandspflichten sind zugleich Pflichten i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG und werden damit zum Gegenstand der spiegelbildlichen Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. Dies gilt jedoch nicht umgekehrt: So unterfällt nicht jede aktienrechtliche Vorstandspflicht der Aufsicht durch die BaFin, mithin auch nicht die korrespondierende aktienrechtliche Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. Im Ergebnis überschneiden sich die Gegenstände der Überwachung daher nur in den Bereichen, auf die sich die Legalitätskontrolle der BaFin erstreckt.

III. Die Auswirkungen der Versicherungsaufsicht auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats

1. Keine Ersetzung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats durch die Versicherungsaufsicht

Die Feststellung einer Doppelzuständigkeit bei der Überwachung bzw. Aufsicht über die vorstehend angeführten Sachverhalte durch Aufsichtsrat bzw. BaFin führt zu der Frage, welche Auswirkungen dies auf die materielle Pflichtenlage des Aufsichtsrats beziehungsweise seiner Mitglieder hat. Insoweit ist in der Unternehmenspraxis immer wieder der Gedanke aufgetaucht, die versicherungsaufsichtsrechtliche Tätigkeit der BaFin ersetze und erübrige damit im Überschneidungsbereich möglicherweise die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats.

Im Ergebnis ist eine solche Substituierung der Organfunktion kraft aufsichtsbehördlicher Tätigkeit jedoch ausgeschlossen. Dagegen spricht schon das Delegationsverbot des § 111 Abs. 5 AktG. Es ist Ausdruck des „Ge-

bot[s] persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung“.⁴³ Ein Rückzug von der Aufgabenerfüllung durch den Aufsichtsrat unter Verweis auf eine thematisch gleichlaufende Aufsichtspflicht der BaFin wäre damit nicht zu vereinbaren. Im Gegenteil geht das Versicherungsaufsichtsrecht mit den Qualifikationsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder, insbesondere dem der „erforderlichen Sachkunde“ nach § 7a Abs. 4 Satz 1 VAG davon aus, dass diese ihre Aufgaben jederzeit sachgerecht und sachkundig selbst ausüben. Unabhängig davon wäre eine Ersetzung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats von Versicherungsunternehmen durch die Tätigkeit der BaFin aber auch in keiner Weise wünschenswert. Wäre sie doch Ausdruck davon, dass die privatautonome Veranstaltung Aktiengesellschaft in einem wesentlichen Teil der hoheitlichen Kontrolle und Steuerung überantwortet wäre. Der Einstieg in ein aktienrechtliches Regime unter der Ägide des vielfach perhorreszierten Aktienamts⁴⁴ wäre damit verwirklicht.

Hinzu kommen die unterschiedlichen Zielsetzungen der jeweiligen Tätigkeiten⁴⁵ trotz teilweise übereinstimmender Überwachungsgegenstände, woraus sich unweigerlich Konsequenzen für die Bewertung eines bestimmten Verhaltens des Vorstands ergeben. Der Gesetzgeber definiert als Ziel der Aufsicht durch die BaFin in § 81 Abs.1 Satz 2 und 5 VAG die „ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten“, namentlich die Sicherstellung der „dauerhafte(n) Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungen“. Primärziel der Versicherungsaufsicht ist daher der Versicherungerschutz. Darüber hinaus rückt nicht zuletzt wegen der jüngsten Krisen in der Finanzwirtschaft verstärkt die Erhaltung eines funktions- und wettbewerbsfähigen Versicherungswesens,⁴⁶ d.h. die Systemstabilität der Versicherungswirtschaft i.S. eines kollektiven Funktionsschutzes,⁴⁷ als weiteres

⁴³ BGH (Fn. 24), 295.

⁴⁴ Vgl. zu der sog. Publizierung des Aktienrechts *Dreher*, AG 2006, 213, 221 f. und zur Privatautonomie der Unternehmensträger *Rittner/Dreher* (Fn. 32), § 9 Rdnr. 46 ff.

⁴⁵ *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1294; *Kollhosser* (Fn. 32), § 81 Rdnr. 11.

⁴⁶ Der Schutz der Versicherungswirtschaft wird bereits in den Motiven zum VAG, Nachdruck 1963, S. 24 als für die Wahrung der Versicherteninteressen notwendiges Zwischenziel anerkannt; BVerfG VersR 2005, 1127. Zur Funktionsschutztheorie vgl. erstmals *Stein*, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 14 ff.

⁴⁷ Vgl. näher z.B. *Winter* (Fn. 32), § 3, S. 80 f; *Eilert*, VersR 2009, 709 ff.

Aufsichtsziel in den Vordergrund. Dies zeigt sich an der wachsenden Zahl von Normen zur Unternehmensorganisation wie etwa zu einer „ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation“ nach § 64a VAG oder zu der Anteilseignerkontrolle nach §§ 7a Abs. 2, 104 Abs. 2 VAG, die neben der Wahrung der Versichertenbelange auch auf die Stabilität des Versicherungssektors insgesamt⁴⁸ und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Versicherungsunternehmen zielen.⁴⁹ Es findet seinen Ausdruck weiter aber zum Beispiel in § 2 FMStFG. Danach dient der Finanzmarktstabilisierungsfonds „der Stabilisierung des Finanzmarktes“. Einbezogen sind ausdrücklich auch Versicherungsunternehmen.

Der individuelle Funktionsschutz, d.h. die Bestandssicherung der einzelnen Versicherungsunternehmen, ist kein Anliegen des VAG. Er ergibt sich nur mittelbar aus dem Primärziel des Versichertenschutzes, indem dieses auf die Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verträge abstellt oder manche VAG-Regelungen – z.B. die Kontrolle der Inhaber bedeutender Beteiligungen – auch schädliche Einflüsse auf einzelne Versicherungsunternehmen abwehren sollen.⁵⁰ Aber auch dem mittelbaren individuellen Funktionsschutz ziehen das europäische Versicherungsaufsichtsrecht⁵¹ und das VAG deutliche Grenzen, wie insbesondere aus den Regelungen zu den Sicherungsfonds in §§ 124 ff. VAG folgt. Sie zielen nämlich nicht auf eine Unternehmenssicherung, sondern auf eine Anspruchssicherung.

Bisher war die Frage nach dem Rangverhältnis der beiden Zielsetzungen Schutz der Versicherten und kollektiver Funktionsschutz⁵² im Kollisionsfall auf der Grundlage des Schutzzwecks der jeweils einschlägigen Vorschrift

⁴⁸ Winter (Fn. 33), § 3, S. 81.

⁴⁹ Begründung zum 9. VAG-Änderungsgesetz BT-Drucks. 16/6518, S. 10; Winter (Fn. 32), § 3, S. 81 f.

⁵⁰ Vgl. dazu Eilert (Fn. 47), 714.

⁵¹ Vgl. nur RiLi 2001/17/EG über die Sanierung und Liquidierung von Versicherungsunternehmen und als praktischen Fall zuletzt ABlEU 2011 Nr. C 32, S. 13.

⁵² Den Motiven zum VAG (Fn. 46), S. 24 folgend, betont z.B. Winter (Fn. 32), 80, 83 den Charakter der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Versicherungswesens als dem Schutz der Versicherten dienendes Nebenziel, während z.B. Bähr, Das Generalklausel- und Aufsichtssystem des VAG im Strukturwandel, 2000, S. 85 zunächst zustimmt, dann auf S. 86 unter Punkt 1. den Funktionsschutz des Versicherungswesens zum vorrangigen Zweck der Versicherungsaufsicht erklärt.

und unter Hinzuziehung von verfassungs- sowie europarechtlichen Vorgaben einzelfallweise zu lösen⁵³ und damit keine verallgemeinerungsfähige Aussage über das grundsätzliche Verhältnis der Aufsichtsziele zu treffen. Dieser Zielkonflikt ist nunmehr zugunsten des Versichertenschutzes positivrechtlich im Erwägungsgrund 16 sowie Artt. 27, 28 der Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II)⁵⁴ entschieden. Hiernach soll der angemessene Schutz der Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten vorrangiges Ziel der Versicherungsaufsicht sein. In Art. 28 und in Erwägungsgrund 16 werden als weitere, aber dem Versichertenschutz ausdrücklich untergeordnete Aufsichtsziele die Finanzstabilität sowie – dies ausschließlich in Erwägungsgrund 16 - faire und stabile Märkte⁵⁵ genannt.

Für den Aufsichtsrat bildet hingegen das privatautonom⁵⁶ durch den Unternehmensträger in den Grenzen der Sozialbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG frei definierbare und interessenpluralistisch geprägte Unternehmensinteresse⁵⁷ als Sammelbegriff für die oft widerstreitenden Interessen von Anteilseignern, Arbeitnehmern, Organmitgliedern, Gläubigern der Gesellschaft sowie der Allgemeinheit die Richtschnur für sein Handeln. Dabei steht die Bestands- und Rentabilitätssicherung – individueller Funktionsschutz – zur Wahrung auch der Gläubigerinteressen – vorliegend insbesondere der Versicherteninteressen – im Vordergrund.⁵⁸ In diesem Bereich gibt es zwar Berührungspunkte zwischen dem Unternehmensinteresse und den Zielen der Versicherungsaufsicht. Jedoch ist der individuelle Funktionsschutz wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Optimie-

⁵³ Vgl. z.B. *Winter* (Fn. 32), § 3 S. 83.

⁵⁴ ABlEU Nr. L 335 v. 17.12.2009, S. 1 ff.; zur Frage der Hierarchie der Ziele untereinander vgl. *Wandt/Sehrbrock*, in: *Dreher/Wandt* (Fn. 32), S. 23 f.; *dies.*, in: *FS Schneider*, 2011, S. 1395 ff. und zur Frage der Vollharmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts durch Solvency II, *Dreher/Lange* (Fn. 33), 825 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu *Wandt/Sehrbrock*, *ZVersWiss* 2011, 193, 196 ff.

⁵⁶ *Rittner/Dreher* (Fn. 32), § 9 Rdnr. 60 f.

⁵⁷ Vgl. dazu die Überblicke z.B. von *Rittner/Dreher* (Fn. 32), § 9 Rdnr. 56 ff. und *Habersack* (Fn. 9), § 76 Rdnr. 69 ff.

⁵⁸ Vgl. *Rittner/Dreher* (Fn. 32), § 9 Rdnr. 58; *Habersack* (Fn. 9), § 76 Rdnr. 73 und § 111 Rdnr. 42; *Spindler*, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, Vorbem. § 76 Rdnr. 44, § 76 Rdnr. 73f.; *Armbrüster* (Fn. 45), 1294.

rungsverbots⁵⁹ im Gegensatz zur aktienrechtlichen Konzeption nicht vorrangiges Ziel, sondern allenfalls Reflex versicherungsaufsichtsrechtlicher Maßnahmen.⁶⁰

Darüber hinaus haben der Vorstand bei der Konkretisierung des Unternehmensinteresses⁶¹ und spiegelbildlich dazu der Aufsichtsrat in Ausübung seiner Überwachungs- und Beratungstätigkeit kollektiv-funktionsschützende Zielsetzungen des Versicherungsaufsichtsrechts bereits als Konsequenz der Sozialbindung von Eigentum aus Art. 14 Abs. 2 GG zu beachten. Diese Bindung ist abhängig vom Grad des Sozialbezugs und der Sozialfunktion des betroffenen Eigentums.⁶² So sieht beispielsweise § 64a Abs. 5 VAG für kleinere und damit für das Gemeinwohl insgesamt weniger bedeutende Unternehmen erhebliche Erleichterungen hinsichtlich der Geschäftsorganisation vor. Dieser Gemeinwohlbezug „öffentliches Interesse“ ist für die BaFin das Leitmotiv ihrer Aufsichtsaufgabe, wie § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG klarstellt. Für den Aufsichtsrat ist der Sozialbezug bei der Erfüllung seiner Aufsichtsaufgabe dagegen nur ein Faktor von vielen.

Gegen eine Ersetzung der Aufsichtspflicht spricht schließlich auch mit großem Gewicht, dass die von der BaFin und einem Aufsichtsrat anzulegenden Aufsichts- bzw. Überwachungsmaßstäbe nur teilweise identisch sind, nämlich hinsichtlich der Rechtmäßigkeits- bzw. Legalitätskontrolle.⁶³ Wegen des Optimierungsverbots⁶⁴ entzieht sich der Bereich der aktien-

⁵⁹ Vgl. oben so schon in der Begründung zum RegE (Fn. 33) S. 82; BVerwG VersR 1981, 221, 223 (DAS); vgl. dazu Rittner, VersR 1982, 205 ff.; Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991, S. 215 ff.; Rittner/Dreher (Fn. 32), § 31 Rdnr. 96; Winter (Fn. 32) § 3 S. 70; Schmidt/Präve, in: Prölss, VAG, 12. Aufl. 2005, Vorbem. Rdnr. 56 ff.; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 234; Winter (Fn. 39), 151.

⁶⁰ Eilert (Fn. 47), 714; Kollhosser (Fn. 31), § 81 Rdnr. 11.

⁶¹ Vgl. Rittner/Dreher (Fn. 32), § 9 Rdnr. 73 ff.

⁶² Rittner/Dreher (Fn. 32), § 9 Rdnr. 70 m.w.Nachw.

⁶³ Die Sicherstellung der Einhaltung der Gesetze, die nach § 81 Abs. 1 Satz 2 Alternative 2 VAG für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten, ist trotz der Verknüpfung mit der Zielvorgabe „Wahrung der Versichertenbelange“ in Alternative 1 kein selbstständiges Aufsichtsziel, sondern nur eine Betonung der Verrechtlichung der Aufsicht, mithin Aufsichtsmaßstab. So wohl auch Bähr (Fn. 32), § 81 Rdnr. 14 f., 17; a.A. Winter (Fn. 32), § 15, S. 632.

⁶⁴ Siehe oben bei Fn. 59.

rechtlich vorgesehenen Zweckmäßigkeitskontrolle bei restriktiver Handhabung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnisse⁶⁵ vollständig der Überwachung durch die BaFin. Dies gilt aber nur insoweit, als ein Verhalten des Versicherungsunternehmens nicht von einem konkreten Tatbestand erfasst wird und deshalb der Rechtsaufsicht unterfällt.⁶⁶ Es bleibt als gemeinsamer Aufsichts- bzw. Überwachungsmaßstab lediglich die Überprüfung der Geschäftstätigkeit auf Rechtsverletzungen.

2. Die Verschärfung der aktienrechtlichen Überwachungspflicht des Aufsichtsrats durch versicherungsaufsichtsrechtliche Konkretisierung

Die Aufsichtstätigkeit der BaFin entbindet den Aufsichtsrat nicht von seinen Überwachungspflichten. Vielmehr ist sogar das Gegenteil festzustellen: Das Versicherungsaufsichtsrecht konkretisiert die aktienrechtlichen Leitungs- und Überwachungspflichten in zahlreichen Regelungen.⁶⁷ Dies gilt etwa für die Konkretisierung von § 91 Abs. 2 AktG durch § 64a VAG und von § 87 AktG durch § 64b Abs. 1 und 4 VAG i.V.m. §§ 3, 4 VersVergV sowie von §§ 76 bzw. 111 i.V.m. §§ 93, 116 AktG durch § 7a Abs. 1 und 4 VAG. Darüber hinaus begründet es spezifisch versicherungsaufsichtsrechtliche Organisationsregeln. Dies gilt etwa für §§ 7b, 55c, 66, 80d VAG und für § 11b Satz 2 i.V.m. § 12b Abs. 3, 4 VAG i.V.m. § 203 Abs. 2, 3 VVG. In allen diesen Bereichen verschärft das Versicherungsaufsichtsrecht mithin die Anforderungen an eine pflichtgemäße Leitung der Gesellschaft und damit korrespondierend auch den Maßstab für eine pflichtgemäße Überwachung durch den Aufsichtsrat qualitativ wie quantitativ.⁶⁸ Die Pflichtenintensivierung betrifft nicht nur die vergangenheitsbezogene Kontrolle, sondern insbesondere auch die zukunftsorientierte Bera-

⁶⁵ Vgl. *Dreher* (Fn. 32); in diesem Sinne auch Punkt 7.1 Nr. 1 rechte Spalte MaRisk VA: „Die Geschäftsstrategie ist nicht Gegenstand von Prüfungshandlungen von Aufsicht oder interner Revision.“ Sie wird nur inzident in Bezug auf die Übereinstimmung mit der Risikostrategie geprüft. A.A. *Müller* (Fn. 32), S. 159.

⁶⁶ *Dreher* (Fn. 32/WM 1995), 511.

⁶⁷ Vgl. ausf. *Dreher* (Fn. 30/ZGR 2010), 496 ff.

⁶⁸ *Dreher* (Fn. 30/ZGR 2010), 502 ff.; *Schaaf*, *ZVersWiss* 2010 (Bd. 98), 613, 621; *ders.*, *Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen – aufsichtsrechtliche Anforderungen und Organverantwortung*, 2010, S. 216, 219 ff.

tungstätigkeit des Aufsichtsrats. So sehen beispielsweise die MaRisk VA⁶⁹ in Punkt 7.1 (Risikostrategie) unter Nr. 4 die Erörterung von Geschäfts- und Risikostrategie mit dem Aufsichtsrat und in Punkt 1. Nr. 2 MaRisk VA die regelmäßige und adäquate Information des Aufsichtsrats durch den Vorstand über die Risikosituation vor.

3. Die Auswirkungen der Versicherungsaufsicht auf die Haftung und die Beweisbelastung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 AktG

a) Die Versicherungsaufsicht und die Business Judgement Rule

aa) Die Business Judgement Rule

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Business Judgement Rule auch zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern über den Verweis von § 116 Satz 1 AktG auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG steht außer Frage.⁷⁰ Ebenso ist im vorliegenden Zusammenhang nicht auf die Frage einzugehen, ob die Business Judgement Rule die objektiven Pflichten des handelnden Organs beschränkend konkretisiert,⁷¹ tatbestandsausschließend wirkt⁷² oder eine unwiderlegliche Vermutung objektiv pflichtgemäßen Verhaltens aufstellt⁷³. Maßgeblich ist, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule bereits der Pflichtwidrigkeitsvorwurf und nicht erst der Verschuldensvorwurf entfällt. Gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

⁶⁹ Vgl. dazu allg. unten III. 4. a).

⁷⁰ Vgl. statt vieler nur *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 2 Rdnr. 54, § 13 Rdnr. 986; *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 39.

⁷¹ So z.B. *Hopt/Roth* (Fn. 14), § 93 Abs. 1 S. 2, 4 n.F. Rdnr. 12; *Spindler* (Fn.58), § 93 Rdnr. 38.

⁷² So z.B. *Lutter*, in: FS Canaris, 2007, S. 245, 247.

⁷³ So z.B. *Hüffer* (Fn. 1), § 93 Rdnr. 4c f.

bb) Die unternehmerische Entscheidung

Wesentliches Merkmal von unternehmerischen Entscheidungen ist deren Prognosecharakter. Dieser setzt ein gerichtlich nicht überprüfbares⁷⁴ Ermessen voraus.⁷⁵ Keine unternehmerische Entscheidung ist daher bei einer strikten Pflichtenbindung des Entscheiders anzunehmen.

Bei der Leitung der Gesellschaft ist dem Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG regelmäßig ein Ermessensspielraum zuzugestehen.⁷⁶ Dagegen ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats überwiegend durch rechtliche Bindungen geprägt. Sie lassen nur ausnahmsweise einen Ermessensspielraum zu. Im Übrigen enthält die Beratung des Vorstands in Fragen der zukünftigen Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat meist⁷⁷ keine Elemente einer Entscheidung⁷⁸ und die vergangenheitsbezogene Kontrolle ist regelmäßig streng pflichtgebunden.

Auch wenn Gegenstand der vergangenheitsbezogenen Überwachung Ermessensentscheidungen des Vorstands sind, kommt dieses Ermessen dem Aufsichtsrat nicht zugute. Denn er hat gemäß der ARAG-Entscheidung des BGH⁷⁹ „nur insoweit (an diesem Ermessen) Anteil, wie das Gesetz auch ihm unternehmerische Aufgaben überträgt, wie z.B. bei der Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern oder im Rahmen des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, d.h. überhaupt überall dort, wo er die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands im Sinne einer präventiven Kontrolle begleitend mitgestaltet.“ Neben der Entscheidung über die Ausübung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG und der Bestellung des Vorstands nach § 84 Abs. 1 AktG wird der Aufsichtsrat auch in Fragen der Vorstandsorganisation – etwa im Rahmen seiner Geschäftsordnungsbefugnis nach § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG –, bei der Entscheidung über die Wahl

⁷⁴ Begr. RegE UMAG BT-Drucks. 15/5092 S. 11.

⁷⁵ Vgl. z.B. *Hopt/Roth* (Fn. 14), § 93 n.F. Rdnr. 18; *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 39 ff., jew.m.w.Nachw.

⁷⁶ So z.B. BGH (Fn. 19), 254 f.

⁷⁷ Soweit auch Entscheidungen im Rahmen von Zustimmungsvorbehalten z.B. hierher zu zählen sind.

⁷⁸ Vgl. z.B. *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 42; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1258; für das Risikomanagement nach § 64a VAG vgl. *Schaaf* (Fn. 68/ZVersWiss 2010), 635.

⁷⁹ BGH (Fn. 20).

des Vergütungssystems,⁸⁰ bei der Bestellung des Abschlussprüfers nach § 341k Abs. 2 Satz 1 HGB i.V.m. § 58 Abs. 2 VAG, bei der Erteilung des Prüfungsauftrags nach § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG, bei der Ausübung des Vorschlagsrechts hinsichtlich weiterer Aufsichtsratsmitglieder⁸¹ sowie bei seiner eigenen Organisation unternehmerisch tätig und hat insoweit einen Ermessensspielraum.

Hingegen ist der Aufsichtsrat zum Beispiel in den Fällen der Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund,⁸² bei der Entscheidung über die persönliche Vergütung von Vorstandsmitgliedern⁸³ sowie bei der Entscheidung über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand nach § 93 Abs. 1 AktG⁸⁴ in seiner Sachverhaltsbeurteilung pflichtgebunden und verfügt insoweit über keinen Ermessensspielraum.⁸⁵

Diese Feststellungen gelten für die Normal-AG. Die vorliegend interessierende Frage ist, ob beispielsweise die Konkretisierungen des VAG hinsichtlich der Vergütungssysteme oder der Ausübung der Personalkompetenz des Aufsichtsrats zu einer Beschneidung oder gänzlichen Beseitigung des unternehmerischen Ermessensspielraums des Aufsichtsrats von Versicherungsunternehmen und damit zu der Unanwendbarkeit der Business Judgment Rule führen. Wie bereits festgestellt, verfügt der Aufsichtsrat der Normal-AG hinsichtlich der Wahl des Vergütungssystems – anders als im Fall der individuellen Vergütung, Arg. ex § 87 Abs. 2 AktG⁸⁶ – über ei-

⁸⁰ Vgl. z.B. *Kropff* (Fn. 29), S. 225, 233.

⁸¹ Vgl. z.B. *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2106.

⁸² Vgl. dazu *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 7 Rdnr. 368; *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 39; *Hüffer* (Fn. 3), § 24 Rdnr. 26; a.A. *Spindler* (Fn.58), § 84 Rdnr. 115.

⁸³ Vgl. z.B. *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 41.

⁸⁴ BGH (Fn. 19): In Ausnahmefällen wird in das Ermessen des Aufsichtsrats gestellt, auf eine gerichtliche Verfolgung von Schadensersatzansprüchen zu verzichten. Dies ist etwa der Fall, wenn überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.

⁸⁵ *Hopt/Roth* (Fn. 14), § 93 n.F. Rdnr. 16, 18 m.w.Nachw.

⁸⁶ Nach § 87 Abs. 2 AktG soll der Aufsichtsrat die individuellen Bezüge von Vorstandsmitgliedern angemessen herabsetzen, wenn eine ungeminderte Weiterzahlung wegen der Lage der Gesellschaft unbillig wäre. Liegen diese Voraussetzungen vor, hat der Aufsichtsrat, anders als es der Wortlaut des § 87 Abs. 2 AktG mit dem Wort „soll“ suggeriert, kein Ermessen bei der Entscheidung ob und in welcher Höhe er die Vergütung des jeweiligen

nen Ermessensspielraum. Versicherungsunternehmen sind jedoch darüber hinaus den besonderen Konkretisierungen des § 64b VAG i.V.m. der VersVergV⁸⁷ unterworfen, welche über die Anforderungen des AktG hinausgehende Kriterien für die Ausgestaltung von Vergütungssystemen aufstellen.

Gemäß § 64b Abs. 1 VAG müssen Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder angemessen, transparent und auf eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausgerichtet sein. Mit dem letzten Kriterium vollzieht § 64b Abs. 1 VAG lediglich das bedeutungsgleiche⁸⁸ aktienrechtliche Nachhaltigkeitsprinzip in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG für alle Versicherungsunternehmen unabhängig von ihrer Börsennotierung nach, dehnt es aber zugleich durch die Erstreckung auf Mitarbeiter und Aufsichtsratsmitglieder extrem weit aus. Ob den Kriterien der Angemessenheit und Transparenz in § 64b Abs. 1 VAG daneben eine eigenständige Bedeutung zukommt oder ob diese lediglich Ausformungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes sind, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter zu erörtern. Denn insbesondere unter Rückgriff auf die ausfüllungsbedürftigen Kriterien des § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 VersVergV erscheinen sie nicht geeignet und bestimmt⁸⁹, das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrats bei der Wahl des Vergütungssystems vollständig zu binden. Vielmehr handelt sich bei den Kriterien der Angemessenheit und Transparenz in § 64b VAG um unbestimmte Rechtsbegriffe, die einer inhaltlichen Ausfüllung

Vorstands herabsetzt. Sie hat einzelfallbezogen angemessen zu sein, vgl. z.B. *Weisner/Kölling*, NZG 2003, 465, 466. Insoweit gleicht die Situation auch der Pflichtenbindung des Aufsichtsrats im Falle der Abberufung von Vorständen aus wichtigem Grund gemäß § 84 Abs. 3 AktG.

⁸⁷ Überblicke über die Neuregelung bei *Simon/Koschker*, BB 2011, 120ff.; *Annuß/Samme*, BB 2011, 115ff.; zur Kritik vgl. *Dreher*, VW 2010, 1508 ff.

⁸⁸ Vgl. *Armbrüster*, VersR 2011, 1, 4.

⁸⁹ Nach der Begründung zum RegE zu den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen, BT-Drucks. 17/1291, S. 12, stellt § 64b VAG lediglich eine Kodifikation bisheriger Aufsichtsgrundsätze zur Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern gemäß der Rundschreiben 1/78 des BAV und 23/2009 der BaFin dar, welche durch eine weitgehend wortgleiche Übernahme des letztgenannten Rundschreibens in die VersVergV ergänzt wird. Diese Verwaltungspraxis hatte wiederum nicht zum Ziel, dem Aufsichtsrat die Ausgestaltung von Vergütungssystemen als Instrument der Unternehmenssteuerung aus der Hand zu nehmen.

bedürfen. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass dem Aufsichtsrat bei der konkreten Ausgestaltung des Vergütungssystems ein Ermessensspielraum bleibt, der sich einer gerichtlichen Kontrolle entzieht.⁹⁰ Auch die Verpflichtung zur jährlichen Angemessenheitsüberprüfung der Vergütungssysteme gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 und 3 VersVergV belässt dem Aufsichtsrat weiterhin Ermessen hinsichtlich eventuell vorzunehmender Anpassungen.

Nicht anders ist der Befund bezüglich des Ermessens des Aufsichtsrats in der Frage der Bestellung oder Abberufung von Vorstandsmitgliedern. § 7a Abs. 1 VAG konkretisiert die persönlichen Anforderungen an Geschäftsführer von Versicherungsunternehmen über § 76 Abs. 3 AktG hinaus. Danach müssen diese nicht mehr nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen, sondern auch zuverlässig und fachlich geeignet sein.⁹¹ Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – und dieser ist in der Regel bei fehlender Qualifikation anzunehmen⁹² – hat der Aufsichtsrat regelmäßig ohne Ermessen⁹³ die Bestellung gemäß § 84 Abs. 3 AktG zu widerrufen. Andersherum bleibt dem Aufsichtsrat bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern gemäß § 84 Abs. 1 AktG weiterhin ein Auswahlermessen, beschränkt lediglich auf diejenigen Kandidaten, welche die zusätzlichen Voraussetzungen des § 7a Abs. 1 VAG erfüllen.

Im Ergebnis verschärfen die Konkretisierungen des Aufsichtsrechts insgesamt die Pflichten des Aufsichtsrats zwar mittelbar oder unmittelbar.⁹⁴ Auch reduzieren sie den Ermessensspielraum auf die Wahl zwischen den Entscheidungsvarianten, die die besonderen aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllen. Die aufsichtsrechtlichen Konkretisierungen gehen jedoch weder in ihrer Zielsetzung noch in ihrem Wortlaut so weit, dass sie die aktienrechtlich vorgesehene unternehmerische Beteiligung des Aufsichtsrats

⁹⁰ Vgl. zur Parallelsituation beim Risikomanagement gemäß § 64a VAG *Armbrüster* (Fn. 45), 1296 f.

⁹¹ Zum Ganzen ausf. *Dreher* (Fn. 35/ZVersWiss 2006), 375 ff.

⁹² Die Abberufung aus anderen Gründen wie etwa des Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung nach § 84 Abs. 3 Satz 2, 3. Fall AktG bleibt davon unberührt.

⁹³ So z.B. auch *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 7 Rdnr. 368; *Habersack* (Fn. 9), § 116 Rdnr. 39.

⁹⁴ Vgl. schon oben III. 2.

bei der Willensbildung in der Aktiengesellschaft zugunsten rechtlich gebundener Entscheidungen völlig aufheben würden.⁹⁵

cc) Die angemessene Informationsgrundlage

Problematischer stellt sich das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Informationsgrundlage i.S.v. §§ 93 Abs. 1 Satz 2, 116 Satz 1 AktG dar. Auf einer solchen Grundlage muss der Aufsichtsrat seine unternehmerische Entscheidung treffen. Bereits der Gesetzeswortlaut stellt in zeitlicher Hinsicht das Verhältnis von Informationsgrundlage zu Entscheidung klar: Die entscheidungstragenden Informationen müssen vor der Entscheidung vorliegen. Diese offensichtlich anmutende Feststellung hat jedoch Konsequenzen für die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Bereich der Versicherungswirtschaft.

Dies gilt etwa im Falle der Bestellung von Vorständen für Versicherungsunternehmen. So wird sich der Aufsichtsrat, der einen Kandidaten bestellen will und dies der BaFin gemäß § 13d Nr. 1 VAG anzeigt, zwar in der Regel darauf verlassen dürfen, dass die Billigung durch die BaFin – in der Annahme der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu dem Kandidaten⁹⁶ – eine ausreichende⁹⁷ Informationsgrundlage darstellt. Dies würde aber voraussetzen, dass der Willensbildungsprozess im Moment der Anzeige an die BaFin noch nicht abgeschlossen ist. Dem steht allerdings der Wortlaut des § 13d Nr. 1 VAG entgegen, der ausdrücklich von der Absicht der Bestellung als Anzeigegegenstand spricht und damit von einem vor der Anzeige abgeschlossenen unternehmensinternen Willensbildungsprozess ausgeht, für den die Billigung der BaFin nicht mehr ursächlich werden kann. Nicht anders verhält es sich in den Fällen der Bestellung eines zuverlässigen und fachlich geeigneten Verantwortlichen Aktuars nach § 11a Abs. 1 VAG und eines geeigneten Treuhänders für das Sicherungsvermögen nach §§ 71 Abs. 1, 70 Satz 1 VAG nebst der Anzeigepflichten für die Bestellungsabsicht nach § 12 Abs. 2 bzw. § 71 Abs. 2 VAG.

⁹⁵ So zum Risikomanagement ebenfalls *Bürkle*, *VersR* 2009, 866, 869 f.

⁹⁶ Vgl. dazu *Präve*, in: *Prölss, VAG*, 12. Aufl., 2005, § 5 Rdnr. 116, § 7a Rdnr. 7, 9.

⁹⁷ Vgl. *Spindler* (Fn. 58), § 93 Rdnr. 47.

Durch die Erfüllung der Anzeigepflichten nach § 13d VAG und die anschließende Billigung der BaFin kann sich der Aufsichtsrat also nicht eine angemessene Informationsbasis schaffen, die erst noch entscheidungserheblich würde. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit, die BaFin zu bestimmten Fragen um eine Vorabprüfung unter Vorlage der z.B. gemäß § 13d Nr. 1 VAG beurteilungsrelevanten Angaben vor Abschluss der aufsichtsratsinternen Willensbildung zu ersuchen. Eine dann ergehende Entscheidung oder Empfehlung kann sich der Aufsichtsrat als Grundlage seiner Entscheidung mit ausschlaggebendem Charakter zu eigen machen. Denn die BaFin ist als Verwaltungsbehörde zu sachlich und rechtlich zutreffenden Auskünften und Beratungen verpflichtet.⁹⁸ Dabei darf der Aufsichtsrat aber nicht blind und ohne eigene Tatsachenbewertung auf die Richtigkeit eines Prüfungsergebnisses der BaFin vertrauen und sich damit der selbstverantwortlichen Prüfung entziehen. Vielmehr genügt der Aufsichtsrat den Anforderungen an die Schaffung und Verwertung einer ausreichenden Informationsbasis nur dann, wenn er sämtliche verfügbaren Informationsmöglichkeiten nutzt⁹⁹ und wegen des Delegationsverbots des § 111 Abs. 5 AktG selbstständig bewertet.¹⁰⁰

dd) Die Rechtsfolgen des Verstoßes

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht vor, obwohl sie grundsätzlich einschlägig ist, so indiziert dies einen Pflichtverstoß,¹⁰¹ zieht jedoch nicht automatisch die Haftung des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds nach sich. Es kann nämlich darlegen und beweisen, dass die Entscheidung objektiv pflichtgemäß war, wenngleich ihm dieser Beweis in praxi kaum gelingen dürfte. Die Beweislast folgt aus der Beweislastregel des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.

⁹⁸ Vgl. allgm. und statt vieler *Schwarz*, in: HK VerwR VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 38 Rdnr. 9 m.w.Nachw.

⁹⁹ So z.B. *Spindler* (Fn. 58), § 93 Rdnr. 47; zum Umfang der Informationsgrundlage vgl. den Überblick bei *Re-deke*, ZIP 2011, 59, 60 ff.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. BGH NJW-RR 2007, 390; *Lutter/Krieger* (Fn. 10), § 13 Rdnr. 986.

¹⁰¹ Siehe oben III. 3. a) aa).

Die Haftungsvorschriften der §§ 93, 116 AktG knüpfen an die Organstellung als Sonderrechtsbeziehung mit besonderer Pflichtenlage an¹⁰² und definieren neben dem Verschuldensmaßstab auch einen normativ geprägten, objektiven Verhaltensmaßstab. Dieser ist nicht dispositiv, kann also nicht im Vorhinein durch Satzung oder Anstellungsvertrag erleichtert werden. Auch eine nachträgliche Haftungserleichterung oder ein Ausschluss der Haftung ist nur in engen Grenzen möglich, etwa in den Fällen des § 93 Abs. 4 und 5 AktG.¹⁰³ Dies hat seinen Grund darin, dass die Haftungsvorschriften nicht nur dem Schutz der Gesellschaft dienen, sondern auch mittelbar den Gesellschaftsgläubigern die Haftungsmasse erhalten sollen, wie sich u.a. aus § 93 Abs. 5 AktG ergibt. Für Versicherungsunternehmen tritt noch hinzu, dass die Erhaltung des Gesellschaftskapitals auch im Interesse einer effektiven Wahrung der Versichertenbelange ist.

Wollte man also Stellungnahmen der BaFin eine haftungsmodifizierende Wirkung zubilligen, führte dies zu einer aktienrechtlich nicht vorgesehenen Entlastung der handelnden Organe. Daraus ergäben sich zugleich mit den Schutzziele der §§ 93, 116 AktG nicht in Einklang zu bringende Eingriffe in das Pflichtengefüge von Aktiengesellschaften. Eine solche Wirkung widerspräche auch den Aufsichtszielen des VAG.¹⁰⁴

b) Die Versicherungsaufsicht und die Informationsbeschaffung sowie -verwertung durch den Aufsichtsrat

Die entscheidende Frage bei der Feststellung, ob ein Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig gehandelt hat, liegt mithin oft darin, ob es – sowie der Gesamtaufsichtsrat – die verfügbaren Entscheidungsgrundlagen ermittelt und die gewonnenen Informationen bei der Entscheidung zugrunde gelegt hat. Im vorliegenden Zusammenhang ist maßgeblich, was „alle“ Erkenntnisquellen sind, wenn die BaFin eine Frage bereits – aus ihrer Sicht – beantwortet hat. Kann dann der Umfang der Informationen, die sich der Aufsichtsrat beschaffen muss, noch genauso weit gezogen sein, wie wenn es eine entsprechende BaFin-Stellungnahme nicht gäbe? Und müssen nicht

¹⁰² Vgl. *Hopt/Roth* (Fn. 14), § 93 Rdnr. 20, 225 f.

¹⁰³ Vgl. dazu ausf. *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010.

¹⁰⁴ So i.E. auch *Armbrüster* (Fn. 45), 1294.

auch der Umfang einer BaFin-Prüfung – z.B. eine mehrwöchige vor-Ort-Prüfung des Risikomanagement – und die dabei positiv oder negativ getroffenen Feststellungen die Anforderungen an die angemessene Informationsbasis beeinflussen, die sich der Aufsichtsrat zu beschaffen hat? Der Schlüssel zu der Antwort auf derartige Fragen liegt im Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information. Dies gilt zunächst in Bereichen, für die die Business Judgement Rule anwendbar ist. Hier folgt das Kriterium unmittelbar aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Es gilt sodann jedoch in gleicher Weise für Bereiche, in denen es allein um rechtlich gebundene Entscheidungen des Aufsichtsrats geht. Denn auch zur Konkretisierung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung i.S.v. § 87 AktG i.V.m. § 64b VAG i.V.m. §§ 3, 4 VersVergV oder einer „ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation“ bzw. einer „ordnungsgemäßen Ausführung der ausgegliederten Funktionen und übertragenen Aufgaben“ beim Outsourcing nach § 64a VAG bedarf es jeweils umfangreicher Informationen. Das Kriterium gilt hier also in gleicher Weise aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder in Erfüllung ihrer organschaftlichen Aufgaben nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG i.V.m. § 116 AktG, ohne dass dies einen speziellen gesetzlichen Ausdruck finden müsste.

Ergibt sich bei der Einholung der erforderlichen Informationen durch den Aufsichtsrat aus der Tätigkeit der BaFin, dass die Überwachungsaufgabe auf denselben, von der BaFin zu Aufsichtszwecken bereits eingeholten Informationen beruht, kann sich die Aufgabe des Aufsichtsrats entsprechend dem vorstehend Ausgeführten wie folgt beschränken: Der Aufsichtsrat kann grundsätzlich von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns – und erst recht entsprechenden, nachfolgenden gerichtlichen Handelns – ausgehen. Zugleich darf er hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen einer aufsichtsrechtlichen Prüfung davon ausgehen, dass die für die Zwecke der Aufsicht erforderlichen Informationen bei der Prüfung in vollem Umfang vorlagen und sie in diese eingeflossen sind. In dem Umfang kann der Aufsichtsrat bei seiner eigenen Prüfung also sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen als auch hinsichtlich der daraus rechtlich zu ziehenden Schlussfolgerungen zunächst im Sinne einer Plausibilitätsvermutung – erforderlichenfalls abgesichert durch stichprobenartige Wiederholung einzelner Erhebungen – auf die Feststellungen der BaFin zurückgreifen und sich darauf grundsätzlich auch stützen.

Allerdings kann es dabei schon sub specie des eigenen, spezifisch gesellschafts- und versicherungsaufsichtsrechtlich ausgelegten Prüfungszwecks weder um eine pauschale noch um eine eins-zu-eins-Übernahme gehen. Der Aufsichtsrat muss sich vielmehr selbst vergewissern, ob und inwieweit die von der BaFin zugrunde gelegten tatsächlichen Annahmen für seine eigene Prüfung von Bedeutung sind, ob sie – im Sinne des Plausibilitätstests – für die daraus gezogenen Feststellungen ausreichend und tragend sind und inwieweit sie für die eigene Prüfung der Ergänzung durch weitere Informationen bedürfen. Erfüllt er diese Pflichten, bestimmt die BaFin-Tätigkeit im Ergebnis also mit über den Umfang der angemessenen Information, die für jede Aufsichtsrats-tätigkeit erforderlich ist. In diesem Sinne kann sie zugleich einzelne Dimensionen des Pflichtenkanons des Aufsichtsrats für diesen entlastend mitprägen, ohne aber zugleich – wie bereits ausgeführt –¹⁰⁵ dessen Rechtspflichten zu ersetzen. Im Gefolge einer zunehmend weniger regel-, sondern prinzipiengebundenen Rechtssetzung nach dem Vorbild von Solvency II¹⁰⁶ bei gleichzeitig zunehmender konkreter Aufsichtstätigkeit der BaFin¹⁰⁷ dürfte dies eine immer größere Bedeutung erlangen.

Ein Beispiel aus dem Bereich des Risikomanagement nach § 64a VAG kann diese Zusammenhänge verdeutlichen. Zu der Prüfung interner Modelle geht die BaFin von folgendem aus: „Mit der Zulassung eines internen Risikomodells zur Ermittlung der aufsichtsrechtlich relevanten Eigenmittelunterlegung stellt die BaFin fest, dass das Modell in seiner konkreten, zum Zeitpunkt der Prüfung bestehenden Gestaltung und der konkreten Form seine Einbindung in das Risikomanagement der Versicherung die aufsichtsrechtlichen Vorgaben erfüllt.“¹⁰⁸ Da die internen Modelle von den Unternehmen der BaFin vorgeschlagen werden, kann diese Aussage nur Bedeutung für die Willensbildung im Aufsichtsrat nach Verabschiedung des internen Modells in dem betreffenden Versicherungsunternehmen haben. Kommt es aber im Gefolge der Genehmigung eines solchen Modells z.B. zu der Frage, ob es weiter geeignet und angemessen in das Risikoma-

¹⁰⁵ Siehe oben III. 1.

¹⁰⁶ Siehe oben Fn. 54.

¹⁰⁷ Vgl. nur *Hemeling*, ZHR (2010), 635, 637: „klare Tendenz zu immer mehr Aufsicht“.

¹⁰⁸ BaFinJournal 05/2010, S. 5.

nagement eingebettet ist, kann die Genehmigungsentscheidung der BaFin für den Aufsichtsrat erheblich sein. Denn er kann zunächst auf die Ordnungs- und Rechtmäßigkeit des internen Modells und seine Einbindung in das Risikomanagement zur Zeit der Genehmigung vertrauen. Sodann muss er sich aber darüber hinaus vergewissern, ob dieses Vertrauen aufgrund neuer oder zusätzlicher Umstände jetzt noch gerechtfertigt ist. Hierzu gehören z.B. die Fragen der Veränderung von tatsächlichen Annahmen infolge Zeitablaufs, das Auftreten neuer Risiken aus dem Geschäftsmodell infolge externer Einflüsse oder die geänderte rechtliche Bewertung zugrundeliegender Sachverhalte. Zu allen solchen Themen muss sich der Aufsichtsrat also eine angemessene Informationsbasis neu schaffen. Die Feststellungen der BaFin, für die die Plausibilitätsvermutung gilt, sind hierzu in ein – wiederum angemessenes – Verhältnis zu setzen. Je mehr sich die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen zur Zeit der Aufsichtsratstätigkeit verändern, umso unbedeutender sind dafür dann die bereits vorliegenden Feststellungen der BaFin.

4. Einzelfragen zum Verhältnis von Versicherungsaufsicht und Aufsichtsratsüberwachung¹⁰⁹

a) Die MaRisk VA und die Aufsichtsratstätigkeit

Die MaRisk VA sind in einem Rundschreiben der BaFin aus dem Jahr 2009 enthalten.¹¹⁰ Sie bringen voluminöse Aussagen zu dem Risikomanagement in Versicherungsunternehmen sowie Erläuterungen dazu. Die BaFin gibt in Nr. 1.1 MaRisk VA die „Zielsetzung des Rundschreibens“ dahingehend an, dass es „für die Aufsichtsbehörde verbindlich den § 64a

¹⁰⁹ Neben den vorliegend erörterten Einzelfragen stellen sich in der gesamten Bandbreite der Zuständigkeiten von Versicherungsaufsicht und Aufsichtsrat zahlreiche weitere Fragen: vgl. z.B. zu der Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen *Dreher* (Fn. 30/ ZGR 2010), 507 ff. und *Dreher/Lange* (Fn. 22), 211 ff.; zu den Direktkontakten des Aufsichtsrats zu Unternehmensmitarbeitern *Dreher* (Fn. 30/ZGR 2010), 514 ff.; zu Inhalt und Organisation des Risikomanagement *ders.* (Fn. 30/FS Hüffer), S. 161 ff., *ders.* (Fn. 30/ZGR 2010), S. 523 ff. und *Schaaf* (Fn. 68), passim.

¹¹⁰ BaFin-Rundschreiben 3/2009 (VA) – Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA) vom 22.01.2009, zum Teil aufgehoben durch das Rundschreiben 23/2009 (VA) vom 21.12.2009.

und § 104s VAG auslegt“. Es handele sich also um „Verwaltungsinterpretationen, die die Aufsicht zugrunde legt“.

Damit wagt sich die BaFin allerdings sehr weit vor. Denn in zahlreichen Bereichen gehen die MaRisk erheblich über das geltende Versicherungsaufsichtsrecht hinaus oder wollen völlig davon losgelöst eigenständige Pflichten der Versicherungsunternehmen sowie für ihre Organe Vorstand und Aufsichtsrat schaffen.¹¹¹ Die Rechtsprechung ist demgegenüber zu Recht der Ansicht, dass den MaRisk „weder gegenüber den Adressaten noch gegenüber den Gerichten eine wie auch immer geartete Rechtsverbindlichkeit zukommen kann“. Stattdessen handele es sich dabei „lediglich um die Kundgabe einer Rechtsauffassung“ der BaFin.¹¹² Unabhängig davon, wie weit sich die BaFin daher mit den MaRisk VA als „Ersatzgesetzgeber“¹¹³ betätigt und versucht, „selbstgeschaffenes Recht der Aufsichtsbehörde“¹¹⁴ zu setzen, haben die MaRisk VA für die Versicherungsunternehmen und damit auch für deren Aufsichtsräte im Ergebnis keine normative Verbindlichkeit.¹¹⁵ Da die darin enthaltenen aufsichtsrechtlichen „Mindestanforderungen“ lediglich die Widergabe einer Rechtsansicht darstellen, kann die bloße Zugrundelegung dieser Rechtsansicht den Auf-

¹¹¹ Vgl. näher *Dreher*, ZVersWiss 2009, 187, 216 f.; *ders.* (Fn. 30/ZGR 2010), 506; *Bürkle* (Fn. 95), 868 ff.

¹¹² So VGH Kassel WM 2007, 392, 393 zu den MaRisk BA; vgl. auch LG Düsseldorf ZIP 1995, 1985, 1996 (ARAG), insoweit durch die nachfolgenden Instanzen unberührt: „Die Klägerin stützt sich (...) auch auf veröffentlichte und unveröffentlichte Meinungsäußerungen des BAV. Damit erweckt sie den Eindruck, als hätten diese Äußerungen gesetzesähnlichen Charakter. Dem ist vorab entgegenzuhalten, daß die Aufsichtsbehörde authentische Interpretationen des Gesetzestextes liefern kann, die sicherlich in der Regel von höchster Relevanz sind, die aber gleichwohl gerichtlich nachprüfbar sein müssen.“; sehr zurückhaltend zu den MaRisk BA auch OLG Frankfurt AG 2008, 453, 454 f.; vgl. zum Ganzen weiter *Bürkle* (Fn. 95), 867 f.; z.T.a.A. *Michael*, VersR 2010, 141. Wie hier aus ökonomischer Sicht z.B. *Boetius*, in: *Ellenbürger/Ott/Frey/Boetius* (Hrsg.), *MaRisk für Versicherungen*, 2009, S. 8, 15.

¹¹³ So *Dreher*, FAZ Nr. 216 vom 17.09.2009, S. 22.

¹¹⁴ So *Dreher* (Fn. 30/ZGR 2010), 506.

¹¹⁵ In einer bemerkenswerten Parallele hat der BGH DB 2011, 649, 650 Rdnr. 14 zu einem Verhaltenskodex eines Verbands und der Frage seiner Wirkung für die Beurteilung der Lauterkeit eines Verhaltens darauf hingewiesen, dass „es verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen würde, wenn zur Ausfüllung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG Wettbewerbsregeln oder andere Regelwerke herangezogen würden, denen keine Gesetzesqualität zukommt.“.

sichtsrat bei seiner Entscheidung auch nicht entlasten. Gefordert ist also auch hier, dass sich der Aufsichtsrat eine eigene Überzeugung bildet. Wenn er sich in diesem Rahmen die Rechtsauffassung der BaFin nicht zu eigen macht, so wird er am Ende zum Beispiel haftungsrechtlich nicht daran gemessen, ob die BaFin in den MaRisk VA eine andere Rechtsansicht vertreten hatte, sondern ob die eigene Rechtsansicht des Aufsichtsrats vertretbar war. Soweit sich der Aufsichtsrat bei seiner Tätigkeit im Rahmen der Business Judgement Rule bewegt, muss die Rechtsansicht, die die BaFin in den MaRisk VA vertritt, über das Kriterium des Handelns auf einer angemessenen Informationsgrundlage in die Entscheidung des Aufsichtsrats einfließen.¹¹⁶

Wenn Versicherungsunternehmen die MaRisk VA weitestgehend befolgen, liegt die Frage nahe, ob sich diese mit weitergehenden Folgen auch für den Aufsichtsrat zu einem Branchenstandard entwickeln könnten.¹¹⁷ Der BGH geht nämlich für die Organhaftung davon aus, dass „eine Pflichtverletzung insbesondere dann gegeben (ist), wenn das Vorstandsmitglied gegen die in dieser Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungsgrundsätze verstößt.“¹¹⁸ Derartige Branchenstandards sind also zunächst für den Vorstand im Hinblick auf seinen Pflichtenrahmen erheblich. Sodann prägen sie aber auch die korrespondierenden Überwachungspflichten des Aufsichtsrats mit.

Für die MaRisk VA ist eine solche Bedeutung allerdings wenig naheliegend. Denn sie bilden ausdrücklich lediglich Mindeststandards. Jedes Versicherungsunternehmen muss daher prüfen, ob die eigene Lage und Größe der Gesellschaft – sub specie des Proportionalitätsgrundsatzes –¹¹⁹ nicht zu abweichenden Standards zwingen. Weiter sind die MaRisk VA nach deren Nr. 1.2 „prinzipienorientiert konzipiert“. Die „konkrete Ausgestaltung des Risikomanagement“ mit Blick auf die unternehmensspezifischen Gegebenheiten ist demgemäß ebenso ausdrücklich „dem Unternehmen bzw.

¹¹⁶ Vgl. insoweit zur Business Judgement Rule oben III. 3. a) cc) und III. 3. b). Wie hier auch *Bürkle* (Fn. 95), 872.

¹¹⁷ Vgl. dazu schon *Bürkle* (Fn. 95), 872.

¹¹⁸ BGH VersR 2003, 208, 209 für den Vorstand einer Genossenschaftsbank.

¹¹⁹ Vgl. MaRisk VA (Fn. 110), 1.2.

dem der Gruppen überlassen“. Ferner kann die Übernahme aufsichtsbehördlicher Rechtsansichten auch durch eine große Zahl von Versicherungsunternehmen nicht einen für den Vorstand bestehenden – und damit zugleich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats präformierenden – Ermessensspielraum beseitigen, den das Gesellschaftsrecht zwingend gewährt, solange nicht spezielleres Aufsichtsrecht ihn beseitigt.

Im Ergebnis beeinflusst allein die Tatsache, ob der Vorstand die MaRisk VA befolgt oder nicht befolgt und der Aufsichtsrat dies bei der Überwachung beanstandet oder nicht, die Frage nicht, ob der Aufsichtsrat pflichtwidrig handelt. Maßgeblich ist allein, dass Vorstand und Aufsichtsrat die Rechtsmeinung der BaFin in Form der MaRisk VA bei ihrer Tätigkeit und Willensbildung mit einbeziehen. Unter den genannten Voraussetzungen – insbesondere im Hinblick auf eine unternehmensspezifische Adaption im Bereich der Norminterpretation und auf eine Infragestellung im Bereich durch die MaRisk VA selbstgeschaffenen „Aufsichtsrechts“ – können die MaRisk VA für den Aufsichtsrat bei der Überwachung des Vorstands daher allenfalls einen versicherungsaufsichtsrechtlichen safe harbour darstellen.¹²⁰ Für das jeweilige Gesellschafts- oder Körperschafts- bzw. Anstaltsrecht, insbesondere das Haftungsrecht, gilt dies dagegen nicht. Unabhängig davon haben die MaRisk VA ebenso wie andere Verlautbarungen der BaFin eine große tatsächliche Bedeutung. Schon aus Gründen rechtlicher Vorsicht im Hinblick auf ihren möglichen Einfluss auf spätere behördliche oder gerichtliche Entscheidungen empfiehlt es sich, bewusste Abweichungen von BaFin-Verlautbarungen – gegebenenfalls mit Sachgründen – im Protokoll einer Aufsichtsratssitzung zu dokumentieren.

Fraglich könnte aber weiter sein, ob Vorstand und Aufsichtsrat, wenn sie den MaRisk VA – soweit aus unternehmensspezifischer Sicht möglich – folgen, im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsfrage bei einem gleichwohl entstehenden Schaden im Nachgang zu der Prüfung der Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens überhaupt noch ein Schuldvorwurf zu machen ist. Hintergrund ist die Rechtsprechung zum Umweltrecht: Bedient sich ein

¹²⁰ So – allerdings ohne Einschränkung – *Bürkle*, Versicherungsrecht 2010, 1005, 1010.

Verkehrssicherungspflichtiger bestimmter DIN- oder ISO-Normen¹²¹ oder hält er sich im Rahmen behördlicher Genehmigungen, Verwaltungsvorschriften oder Auflagen, vermutet die Rechtsprechung¹²² regelmäßig dessen Verschuldensfreiheit, falls dennoch ein Schaden eintritt. Dies gilt jedoch zugunsten des Pflichtigen nur, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er sich aufgrund einer eigenen Einzelfallprüfung nicht veranlasst sehen musste, weitere Maßnahmen zu treffen.¹²³ Der Pflichtige kann sich exkulpieren, indem er nachweist, dass er über die Standards hinausgehende, im konkreten Fall zusätzlich erforderliche Maßnahmen ergriffen hat.¹²⁴

Hinter dieser Rechtsprechung steht der allgemeine Rechtsgedanke, dass ein Pflichtiger sich nicht durch den pauschalen Verweis auf die Einhaltung von technischen Vorschriften oder Verwaltungsanweisungen von seinem Verschulden i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB befreien können soll. Dies lässt sich auch auf die Organhaftung übertragen. So genügt z.B. der Vorstand dem Leitbild des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG von vornherein nicht, wenn er sich seiner organschaftlichen Verantwortung durch die ungeprüfte Anwendung bestimmter Regelwerke entzieht. Ein Vorstandsmitglied bleibt vielmehr abweichend von der allgemeinen Beweislastverteilung in § 823 Abs. 1 BGB¹²⁵ gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für seine Verschuldensfreiheit beweisbelastet. Dies gilt umso mehr, als dem Tatbestandsmerkmal des Verschuldens wegen seiner weitgehenden Verobjektivierung¹²⁶ im Rahmen der Organhaftung bei Fest-

¹²¹ Zwar handelt es sich auch dabei um Regelungswerke ohne gesetzliche Grundlage. Anders als die versicherungsaufsichtsrechtlichen – z.B. MaRisk VA – oder vergaberechtlichen – z.B. VOB/A – Parallelwerke enthalten sie jedoch keine normativen Regelungen im Sinne einer Sollensordnung, sondern beschränken sich auf rein technische Fragen; vgl. zu dieser Unterscheidung *Dreher*, NVwZ 1999, 1265 ff.; *ders.*, in: FIW (Hrsg.), Enforcement – Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, 2006, S. 91, 96 f.

¹²² Vgl. zu dem Beispiel der TA Luft BGHZ 92, 143, 152; BGH NJW 1997, 2748, 2749 (Katzendreck).

¹²³ Vgl. BGH NJW 1984, 801, 802; BGH NJW 1985, 620, 621; OLG Hamm VersR 1996, 1517, 1518.

¹²⁴ BGHZ 92, 143, 152 (Kupolofen).

¹²⁵ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 823 Rdnr. 80.

¹²⁶ Vgl. nur *Hopt* (Fn. 14), § 93 Rdnr. 255.

stellung der Pflichtwidrigkeit des Handelns nur noch in sehr eng umgrenzten Ausnahmefällen eine eigenständige Bedeutung zukommt.¹²⁷

b) Die Versicherungsaufsicht und die Aufsichtsratstätigkeit nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex

Versicherungsunternehmen unterliegen dem Anwendungsbereich des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), soweit sie börsennotiert sind. Die Frage nach dem Zusammenhang von Aufsichtsratstätigkeit im Versicherungsbereich und DCGK betrifft daher nur börsennotierte Versicherungsaktiengesellschaften. Öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen und VVaG können nicht börsennotiert sein. Ihnen ist es allerdings möglich, sich zu einer freiwilligen Beachtung des DCGK zu verpflichten. In diesem Fall ist die Anwendung des DCGK aufgrund der andersartigen, d.h. anstalts- bzw. körperschaftlichen oder genossenschaftsähnlichen Struktur der Vereinigung rechtsformgeprägt zu modifizieren.¹²⁸

Im Übrigen gilt auch hier der Vorrang des Versicherungsaufsichtsrechts gegenüber den Empfehlungen oder Anregungen des DCGK. So geht die BaFin davon aus, dass „bei jeder Aufsichtsratssitzung eine vorstandsfreie Zeit eingefügt wird“.¹²⁹ Diese Regelung – die Frage ihrer Verbindlichkeit als selbstgeschaffenes Recht der Aufsichtsbehörde¹³⁰ im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht gelassen – deckt sich nicht mit der bloßen Anregung in Ziffer 3.6 Abs. 2 DCGK, wonach „der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen sollte“.¹³¹ Bei den Regelungen des DCGK handelt es sich aber „lediglich um eine unverbindliche Empfehlung einer unabhängigen Expertengruppe, die weder unmittelbare noch mittelbare Gesetzeskraft hat und noch nicht einmal einen Handelsbrauch darstellt.“¹³² Gleichwohl müssen Versicherungsunternehmen im Anwendungsbereich

¹²⁷ Zu den Abgrenzungsproblemen zwischen objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit vgl. z.B. *Spindler* (Fn. 58), § 93 Rdnr. 158 ff.

¹²⁸ Vgl. zu der freiwilligen Beachtung des DCGK durch VVaG *Benkel*, in: FS Schneider, 2011, S. 113 ff.

¹²⁹ VerBaFin 2002, 248; strenger noch BAV, VerBAV 2002, 67.

¹³⁰ Vgl. dazu oben III. 4. a).

¹³¹ Vgl. auch *Benkel* (Fn. 1289), S. 122.

¹³² OLG Zweibrücken, DB 2011, 754 Rdnr. 27; ebenso schon z.B. OLG Schleswig ZIP 2004, 1143.

des DCGK wegen § 161 AktG entsprechende Erklärungen abgeben, wenn sie vom DCGK abweichen. Dies könnte etwa für die Nichtberücksichtigung einer Benchmark bei der variablen Vorstandsvergütung gelten. Während der DCGK Ziffer 4.2.3 „anspruchsvolle, relevante Vergleichsparameter“ empfiehlt, kennen die versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen zur variablen Vorstandsvergütung - § 64b VAG i.V.m. VersVergV – eine solche Benchmark nicht.

Jenseits dessen stellt sich die Frage, ob nicht der DCGK selbst auf die Besonderheiten der beaufsichtigten Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute eingehen sollte, wodurch dann auch deren Aufsichtsräte vielfach und intensiv betroffen wären. Immerhin gibt es mittlerweile nicht nur für privatrechtliche Familienunternehmen,¹³³ sondern auch für öffentliche Unternehmen¹³⁴ jeweils eigene Kodices. Und immerhin hatte der Deutsche Juristentag 2010 – mit einer Stimme Mehrheit – für die Einführung eines bankspezifischen Kodex votiert.¹³⁵ Schließlich lässt auch die Europäische Kommission mit ihrem Grünbuch „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“ vom Juni 2010¹³⁶ das Bedürfnis nach einer Stärkung der Corporate Governance gerade bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen erkennen.

Gleichwohl ist die Ausgangsfrage zu verneinen. Der DCGK ist schon heute zu Recht nicht unerheblicher Kritik hinsichtlich seiner Legitimation, seiner Wirkungen sub specie einer Deparlamentarisierung des Aktienrechts und seiner immer ausufernderen sachlichen Reichweite ausgesetzt.¹³⁷ Für die Aufnahme bereichsspezifischer Regelungen fehlt die Grundlage ebenso wie der Bedarf. Sie würde wegen der Vielzahl der beaufsichtigten oder regulierten Wirtschaftsbereiche – sie reicht jenseits der Finanzbranche z.B. von der Verkehrs- über die Telekommunikations- bis hin zur Energiewirtschaft – auch keine einheitliche Struktur des DCGK mehr erkennen lassen

¹³³ Vgl. *Lange*, BB 2005, 2585 ff.; *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion*, ZCG 2010, 161 ff.

¹³⁴ Vgl. Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes vom 30.06.2009.

¹³⁵ Vgl. dazu *Bachmann*, AG 2011, 181, 187.

¹³⁶ KOM (2010) 284 endg. = BR-Drucks. 337/10.

¹³⁷ Vgl. nur *Rittner/Dreher* (Fn. 32), § 9 Rdnr. 7 m.w.Nachw.; *Goette*, in: FS Hüffer, 2010, S. 225, 227 f.; *Bachmann* (Fn. 1356), 191 f.; *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173 ff.; *Kremer*, ZIP 2011, 1177 f.

und der Sache nach in die Schaffung einzelner sektoraler Sonderkodizes sowie eine entsprechende Fragmentierung des DCGK münden. Für die betreffenden Unternehmen – im vorliegenden Zusammenhang also die Versicherungsunternehmen – würde neben das europäische und das nationale Aufsichtsrecht eine weitere Regelungsebene treten. Diese Entwicklung wäre im Hinblick sowohl auf die Intensität und den Umfang der neuen Regelungen als auch auf die damit verbundenen Kosten und sonstigen Belastungen für die Unternehmen nicht mehr beherrschbar. Hinzu kämen zahlreiche weitere Probleme. So würde ein sektorspezifischer DCGK z.B. ausschließlich börsennotierte Versicherungsunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betreffen. Schließlich bedürfte die Kodex-Kommission für jeden Schritt in eine solche Richtung nicht nur einer entsprechenden Legitimation, sondern auch einer erheblichen Verstärkung ihres sektorbezogenen Sachverstands.

c) Das Teilnahme- und Rederecht der BaFin bei Aufsichtsratssitzungen

Nach § 83 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VAG ist die BaFin befugt, „zu Sitzungen des Aufsichtsrats (...) Vertreter zu entsenden, denen auf Verlangen das Wort zu erteilen ist.“ Außerdem kann die BaFin nach § 83 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VAG „die Einberufung der in Nummer 5 bezeichneten Sitzungen und Tagungen sowie die Ankündigung von Gegenständen zur Beschlussfassung verlangen.“ Im Sinne des a maiore ad minus gilt dies alles auch ohne ausdrückliche Regelung für Sitzungen von Aufsichtsratsausschüssen. Fraglich ist daher, ob diese Regelungen – und gegebenenfalls welche – Auswirkungen auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats haben, wenn die BaFin von ihrem Recht auf Teilnahme, Mitsprache und Einberufung Gebrauch macht.

Was zunächst das Einberufungs- und Teilnahmerecht für sich betrachtet angeht, hat dies keine Rückwirkung auf die Tätigkeit oder die Rechtsstellung des Aufsichtsrats. Nehmen BaFin-Vertreter¹³⁸ an Sitzungen eines Aufsichtsrats oder seiner Ausschüsse lediglich teil, sind sie steinerne Gäste. Sie sehen und hören, aber äußern sich nicht. Darin erschöpft sich – vor-

¹³⁸ Das VAG lässt die Höchstzahl der teilnahmeberechtigten BaFin-Vertreter offen. Im konkreten Fall wäre sie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu begrenzen.

behaltlich nachfolgender Aufsichtsmaßnahmen – die Rechtsausübung in Bezug auf das Teilnahmerecht.

Allerdings ist in § 83 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VAG auch ein Rederecht vorgesehen. Da dieses ausdrücklich nur „auf Verlangen“ besteht, gibt es keine Redepflicht von BaFin-Vertretern im Aufsichtsrat. Dies hat Bedeutung z.B. im Fall eines aus aufsichtsrechtlicher Sicht rechtswidrigen Beschlusses des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsbehörde kann sich also auch in einem solchen Fall auf nachträgliche Aufsichtsmaßnahmen beschränken. Sie muss in einer Aufsichtsratssitzung weder den Aufsichtsrat vor einem bestimmten Vorgehen warnen, noch es unmittelbar danach beanstanden. Dies folgt schon daraus, dass die aufsichtsrechtliche Lage zunächst oder sogar bis zu einer gerichtlichen Entscheidung oft unklar ist oder tatsächliche Annahmen für eine sofortige Bewertung zu komplex sein können.

Sofern sich die BaFin-Vertreter aus eigenem Antrieb in einer Aufsichtsratssitzung äußern, stellt sich die Frage, welche Wirkung derartige Äußerungen für den Aufsichtsrat haben. Ein Beispiel kann die Problematik verdeutlichen: Der Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens beabsichtigt die Bestellung eines neuen Vorstandsmitglieds. Dieses Vorstandsmitglied ist allerdings als künftig einziges der deutschen Sprache nicht mächtig. Ein BaFin-Vertreter weist bei der Erörterung des Tagesordnungspunkts darauf hin, dass die Bestellung eines solchen Vorstandsmitglieds möglicherweise mit dem Aufsichtsrecht kollidiere¹³⁹ und die Tätigkeit des Vorstands sowie des Aufsichtsrats¹⁴⁰ vielfältig negativ berühren könne. In einem solchen Fall ist der Aufsichtsrat durch die Äußerung des BaFin-Vertreters in keiner Weise gebunden. Er muss sie allerdings mit dem ihrer Begründung zukommenden Gewicht in seine Willensbildung mit einbeziehen. Regelmäßig dürfte für den Aufsichtsrat aus einem solchen Redebeitrag die Pflicht einer in Intensität und Umfang gesteigerten Sach- und/oder Rechtsprüfung folgen. Nach einer solchen Prüfung kann der Aufsichtsrat ohne weiteres bei seiner Absicht bleiben, sofern die BaFin-Äußerung keinen durchgreifenden Anlass für eine andere Bewertung ergibt. Dies gilt

¹³⁹ Vgl. dazu *Dreher* (Fn. 35/ZVersWiss 2006), 397 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Dreher*, in: FS Lutter, 2000, S. 357 ff.

auch für den Beispielsfall der Bestellungsabsicht in Bezug auf ein ausschließlich fremdsprachiges Vorstandsmitglied.¹⁴¹

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass für BaFin-Vertreter in Aufsichtsratssitzungen lediglich ein Rederecht besteht, ist allerdings im Sinne einer Ermessensreduzierung auf null mit der Folge einer Redepflicht anzunehmen, wenn BaFin-Vertreter eine bestimmte Aufsichtsratsaktivität bereits in der Sitzung eindeutig als rechtswidrig bewerten. Als Träger öffentlicher Gewalt kann die BaFin die Schaffung eines rechtswidrigen Zustands, den sie unter Umständen durch Ausübung ihres Rederechts verhindern könnte, nicht durch Passivität zulassen. § 83 Abs. 1 VAG kann daher im Einzelfall mehr sein als eine Norm zur bloßen Informationserlangung.¹⁴² Für Abschlussprüfer¹⁴³ ging die Rechtsprechung¹⁴⁴ schon früh, d.h. vor der Schaffung immer detaillierterer und heute weitgehenderer Regeln in §§ 316 ff. HGB, davon aus, dass der Zweck der aktienrechtlichen Abschlussprüfung die Aufgabe begrenzt. Daraus folge, dass „sie nicht die Aufgabe hat, die Geschäftsführung der Verwaltung zu untersuchen und zu beanstanden, fehlerhafte Entschlüsse zu verhindern oder Vorstand und Aufsichtsrat die Verantwortung abzunehmen.“¹⁴⁵ Allerdings gebieten es die Aufgaben des Abschlussprüfers – heute u.a. in §§ 317, 321 HGB normiert –, „seine Stimme warnend zu erheben, wenn ihm bei der Abschlussprüfung schwerwiegende Bedenken gegen die Geschäftsführung, die Rentabilität oder Liquidität kommen. Seine (...) Erkenntnisse darf er solchenfalls nicht für sich behalten, sondern muss darüber Vorstand und Aufsichtsrat (...) unterrichten.“¹⁴⁶ Nichts anderes gilt im Ausgangspunkt und im Ergebnis für den Parallelfall, dass BaFin-Vertreter an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen.

¹⁴¹ Vgl. näher *Dreher* (Fn. 35/ZVersWiss 2006), 397 f.

¹⁴² Darauf begrenzt jedoch die aufsichtsrechtliche Literatur bisher den Charakter von § 83 VAG, vgl. z.B. *Bähr* (Fn. 32), § 81 Rdnr. 10 und § 83 Rdnr. 1; *Kollhosser* (Fn. 31), § 83 Rdnr. 2 a.E.

¹⁴³ Die Abschlussprüfer ihrerseits haben eine Redepflicht gegenüber der BaFin nach §§ 341k Abs. 3, 321 Abs. 1 Satz 3 HGB und § 57 Abs. 1 Sätze 4 sowie 5 VAG.

¹⁴⁴ BGHZ 16, 17.

¹⁴⁵ BGH (Fn. 1445), 23.

¹⁴⁶ BGH (Fn. 1445), 25, wobei die dort genannte Möglichkeit nur eines der beiden Organe zu unterrichten, im vorliegenden Parallelfall mangels Teilnahme der BaFin an Vorstandssitzungen und mangels Identität der Tagesordnungen nicht erheblich ist.

Unter den genannten Voraussetzungen, also ganz ausnahmsweise, haben sie eine Redepflicht. Eine Entlastung des Aufsichtsrats erfolgt dadurch jedoch nicht. Im Gegenteil kann der Aufsichtsrat aufgrund ablehnender Äußerungen von Seiten der BaFin haftungsrechtlich bösgläubig werden. Entsprechende BaFin-Interventionen erhöhen folglich den Umfang und die Intensität der eigenen Prüfungspflicht des Aufsichtsrats zu dem betreffenden Vorgang.

d) Direktkontakte zwischen BaFin und Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens

„Der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.“ So lautet fast apodiktisch § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG. Der Aufsichtsrat ist als Aktiv- und Passivvertreter der Gesellschaft nur ausnahmsweise berufen: nach § 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 AktG für den Fall, dass eine Gesellschaft vorübergehend keinen Vorstand hat, als Passivvertreter und nach § 112 AktG für den Fall, dass eine Vertretung gegenüber dem Vorstand erfolgt, als Aktiv- sowie als Passivvertreter. Weiter bestehen Vertretungsrechte des Aufsichtsrats nach §§ 111 Abs. 2 Satz 2 und 3 AktG für die Erteilung von Prüfungsaufträgen und nach §§ 246 Abs. 2 Satz 2, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Nach dem Aktienrecht vertritt also der Vorstand die Gesellschaft auch gegenüber der BaFin. Das Versicherungsaufsichtsrecht kennt hiervon – jedenfalls derzeit¹⁴⁷ keine Abweichung.¹⁴⁸ Es sieht lediglich im Verhältnis zu bestimmten Dritten eine Vertretung des Versicherungsunternehmens durch den Aufsichtsrat vor. Dies gilt zunächst für die Bestellung des Treuhänders des Sicherungsvermögens nach § 71 Abs. 1 Satz 1 VAG. Denn die Bestellung erfordert nicht nur einen entsprechenden Beschluss des Aufsichtsrats, sondern auch dessen Bekanntgabe an den künftigen Treuhänder und die Entgegennahme von dessen Einverständnis. Sodann gilt dies z.B. auch für die Bestellung des Abschlussprüfers und die Erteilung des Prüfungsauftrags an ihn durch den Aufsichtsrat nach §§ 341k Abs. 2, 318 Abs. 1 Satz 4 HGB

¹⁴⁷ Vgl. für die Zukunft die Überlegungen im Grünbuch der Kommission: Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM (2010) 284 endg. = BR-Drucks. 337/10 bei 5.1.

¹⁴⁸ Dies gilt z.B. auch für die mögliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats bei Vorlagen der BaFin nach einer Änderung dieser von der Hauptversammlung beschlossenen Satzungsänderung, vgl. dazu oben II. 2. b) cc).

i.V.m. § 111 Abs. 2 Nr. 3 AktG¹⁴⁹ oder die Bestellung bzw. Entlassung des Verantwortlichen Aktuars durch den Aufsichtsrat nach § 11a Abs. 2a VAG. Einen solchen Außenkontakt zur BaFin sehen aber weder das VAG noch diese ergänzende Rechtsnormen vor. Die MaRisk VA befassen sich mit der Frage nicht. Sie gehen in Punkt 2.4 bei 5. nur auf die nicht weniger problematische Frage des Direktkontakts des Aufsichtsrats mit leitenden Mitarbeitern eines Versicherungsunternehmens ein.¹⁵⁰

Fraglich ist allenfalls, ob die BaFin auch gegenüber dem Aufsichtsrat eine Informationspflicht hat, wenn sie von Mängeln oder sogar einem rechtswidrigen Verhalten bei einem Versicherungsunternehmen ausgeht. Das Teilnahme- und Rederecht bei Aufsichtsratssitzungen begründet eine solche Informationspflicht grundsätzlich nicht. Eine ganz seltene Ausnahme hiervon besteht entsprechend dem zuvor Ausgeführten¹⁵¹ nur dann, wenn sich das Rederecht der BaFin selbst zu einer Redepflicht verdichtet. Jenseits dessen ist alleiniger Ansprechpartner der BaFin der Vorstand. Diese gilt auch für Warnungen oder Beanstandungen, die die BaFin einem Versicherungsunternehmen übermittelt. Eine Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat besteht hier ebenso wenig wie ein Informationsrecht des Aufsichtsrats gegenüber der BaFin. Informationsmittler des Aufsichtsrats ist vielmehr entsprechend der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung der Vorstand der Gesellschaft.

Selbst wenn ein Versicherungsunternehmen seine Absicht anzeigt, ein neues Vorstandsmitglied bestellen zu wollen,¹⁵² und ebenso im Rahmen der nachfolgenden Geschäftsleiterkontrolle¹⁵³ vertritt ausschließlich der Vorstand das Versicherungsunternehmen gegenüber der BaFin. Die aufsichtsrechtliche Literatur hält allerdings für die Anzeige der Bestellungsab-

¹⁴⁹ Zur Aufsicht in diesem Zusammenhang vgl. § 58 Abs. 2 VAG. Nach § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG bestellt i.Ü. grundsätzlich die Hauptversammlung den Abschlussprüfer.

¹⁵⁰ Vgl. dazu *Dreher* (Fn. 30/ZGR 2010), 515 ff. Neuestens sieht auch § 4 Abs. 7 Satz 3 VersVergV ein „direktes Auskunftsrecht“ des Aufsichtsratsvorsitzenden gegenüber dem nicht auf der Ebene des Aufsichtsrats anzusiedelnden Vergütungsausschuss des Versicherungsunternehmens vor.

¹⁵¹ Vgl. oben III. 4. c).

¹⁵² Vgl. dazu ausf. *Dreher* (Fn. 35/ZVersWiss 2006), 402.

¹⁵³ *Dreher* (Fn. 35/ZVersWiss 2006), 376 ff.

sicht und die Mitteilung „des Ausscheidens“ oder des Entzugs der Vertretungsmacht eines Vorstandsmitglieds nach § 13d Nr. 1 und 2 VAG zum Teil „auch den Aufsichtsrat“ für anzeigepflichtig.¹⁵⁴ Dabei wird jedoch übersehen, dass sich der Regelungsgehalt von § 13d Nr. 1 und 2 VAG darin erschöpft, eine Anzeigepflicht zu postulieren. Eine Abweichung von der aktienrechtlichen Vertretungszuständigkeit hat der Gesetzgeber dabei nicht vorgesehen. Hinzu kommt, dass § 112 AktG die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats ausdrücklich auf eine Vertretung „Vorstandsmitgliedern gegenüber“ beschränkt. Zweck der Regelung ist der Schutz der Aktiengesellschaft vor einer Gefährdung ihrer Interessen aus einer Doppelbeteiligung bei Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen.¹⁵⁵ Darum geht es im vorliegenden Zusammenhang nicht.

Bei der Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern fallen innerhalb der Aktiengesellschaft alle materiellen Entscheidungen in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Im Verhältnis zu der BaFin handelt es sich für den vertretungsberechtigten Vorstand nur um die Übersendung oder Entgegennahme von Informationen, die die Zuständigkeit des Aufsichtsrats betreffen. Die Vertretung des Versicherungsunternehmens im Rechtsverkehr mit der BaFin durch den Aufsichtsrat auch in Bezug auf diese Angelegenheiten wäre daher vom Regelungszweck des § 112 AktG nicht erfasst. Soweit Sachverhalte vorliegen, bei denen Vorwürfe gegen Vorstandsmitglieder selbst – zum Beispiel ein Korruptionsverdacht – im Raum stehen und damit auch die BaFin im Rahmen der Geschäftsleiterkontrolle befasst ist, lassen sich eventuell erforderliche Beschränkungen des Informationskreises auch auf andere Weise sicherstellen.¹⁵⁶

Von der Frage des Direktkontakts des Aufsichtsrats als Organ mit der BaFin ist schließlich noch eine andere, damit allerdings verbundene Frage zu trennen. Sie betrifft den Direktkontakt eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, das von der Kontrolle der BaFin über die Eignung und Zuverlässigkeit

¹⁵⁴ So *Präve* (Fn. 967), § 13d Rdnr. 4 und ihn referierend *Bähr* (Fn. 32), § 13d Rdnr. 2.

¹⁵⁵ Vgl. statt vieler nur *Hüffer* (Fn. 3), § 112 Rdnr. 1.

¹⁵⁶ Vgl. *Dreher*, in: FS Goette, 2011, S. 43, 48 ff., 53 f. für das entsprechende Verhältnis von Aufsichtsrat und Vorstand.

sigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 7a Abs. 4 Satz 1 VAG¹⁵⁷ betroffen ist.¹⁵⁸ Hier unterliegt das – unter Umständen erst künftige – Aufsichtsratsmitglied der Auskunftspflicht nach § 83 Abs. 1 Nr. 1 VAG¹⁵⁹ und muss das betreffende Aufsichtsratsmitglied – im Verhältnis zur Gesellschaft jedenfalls auch – seine subjektiven Rechte im Verhältnis zur BaFin selbst wahrnehmen können.¹⁶⁰ Dies folgt schon aus seiner Betroffenheit in der Ausübung des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG. Das zugleich betroffene Versicherungsunternehmen wird in diesem Zusammenhang ebenfalls durch den Vorstand und nicht durch den Aufsichtsrat als Organ vertreten.

5. Die Selbstbindung der BaFin im Rahmen ihrer Eingriffsbefugnisse durch Schaffung eines Vertrauenstatbestands

In vielen Fällen genehmigt die BaFin ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Entscheidung eines Versicherungsunternehmens, in anderen Fällen nimmt sie dazu lediglich Stellung und in wieder anderen Fällen entscheidet sie versicherungsaufsichtsrechtliche Fragen ohne Bezug zu einem Genehmigungsantrag durch Verwaltungsakt. Unterläuft der BaFin dabei ein Fehler – bis hin zu dem Erlass eines später vor Gericht als rechtswidrig festgestellten Verwaltungsakts –, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die weitere Ausübung ihrer Eingriffsbefugnisse haben kann.

Zu denken ist an eine Selbstbindung der BaFin aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG,¹⁶¹ von Vertrauensschutzaspekten¹⁶² bzw. den Grundsätzen konsequenten Verwaltungshandelns oder Treu und

¹⁵⁷ Vgl. künftig auch Art. 34 Abs. 2 Solvency II-Richtlinie als europarechtliche Rechtsgrundlage, soweit die Solvency II-Richtlinie nach Artt. 40, 248, 257 überhaupt eine entsprechende Kontrolle vorsieht oder zulässt.

¹⁵⁸ Vgl. dazu *Dreher/Lange* (Fn. 22), 215 ff.

¹⁵⁹ Vgl. *Bürkle/Scheel*, in: Bähr (Fn. 42), § 13 Rdnr. 161.

¹⁶⁰ Vgl. als Parallele die persönliche Klage eines Vorstandsmitglieds gegen ein Abberufungsverlangen der BaFin und dazu VG Frankfurt (Fn. 35).

¹⁶¹ Vgl. BVerwG NJW 1985, 1234 f.

¹⁶² BGHZ 124, 327, 332; BVerwGE 104, 203, 223; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 40 Rdnr. 83, 104.

Glauben,¹⁶³ – insbesondere eines *venire contra factum proprium*. Dabei spielt für das Eintreten der Bindungswirkung zwar keine Rolle, welcher Handlungsform – Verordnung, Satzung, Verwaltungsakt, Verwaltungsvorschrift, sonstige Verlautbarungen¹⁶⁴ oder einfaches Verwaltungshandeln – sich die Verwaltung bedient.¹⁶⁵ Jedoch hängen hiervon die Stärke der Bindung und damit die Voraussetzungen für ihre Durchbrechung ganz wesentlich ab.¹⁶⁶ Für Verlautbarungen wie die MaRisk VA ergibt sich so eine Selbstbindung der BaFin.¹⁶⁷ Die Bindung der Verwaltung an Verordnungen oder Satzungen ist als gesetzesgleich zu bezeichnen.¹⁶⁸ Für Verwaltungsakte ist dagegen in den §§ 48, 49 VwVfG die grundsätzliche Möglichkeit der Lösung nebst den Entschädigungsmodalitäten für betätigtes Vertrauen vorgesehen. Der allgemeine Grundsatz, der darin zum Ausdruck kommt, nämlich Lösung von einer Bindung gegen Entschädigung, gilt – mit Abstrichen wegen der schwächeren Bindungswirkung – auch für einfaches Verwaltungshandeln, dann unter den weiteren Voraussetzungen der Amtshaftung nach § 839 Abs.1 BGB i.V.m. Art. 34 GG und § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG.

Die Selbstbindung der Verwaltung tritt nicht per se ein, sondern ist unter zwei negative Voraussetzungen gestellt. Zum einen darf die Verwaltung nicht in geschützte Rechtspositionen Dritter eingreifen. Zum anderen darf sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Beides folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG. Mit einer später von Gerichten für rechtswidrig erklärten Entscheidung der BaFin, durch die auch die Belange der Versicherten zumindest mittelbar berührt werden können, soll die BaFin nach verbreiteter

¹⁶³ Vgl. zum Ganzen *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 104 Rdnr. 54 ff.

¹⁶⁴ Bsp: Merkblatt der BaFin zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG v. 22.02.2010. Mit Merkblättern legt die BaFin die Maßstäbe für ihr künftiges Verwaltungshandeln selbstbindend fest, vgl. dazu allg. z.B. *Pietzcker*, NJW 1981, 2087, 2089 f.

¹⁶⁵ Ein bloßes Dulden eines bestimmten Verhaltens führt nach ganz überwiegender Auffassung keine Bindungswirkung herbei, vgl. BVerwG NVwZ-RR 1992, 546; *Pietzcker*, JZ 1985, 209, 215. Wird die Duldung etwa in Form einer Zusicherung bestätigt, entfaltet sie Bindungswirkung, vgl. VGH Mannheim NJW 1990, 3163, 3164.

¹⁶⁶ *Ossenbühl* (Fn. 1634), § 104 Rdnr. 64 ff.; *Pietzcker* (Fn. 1645), 2091.

¹⁶⁷ Vgl. *Bürkle* (Fn. 121), 1010.

¹⁶⁸ Vgl. *Pietzcker* (Fn. 1645), 2091.

Meinung jedoch nicht in Rechte Dritter eingreifen. Ein solcher Eingriff setze nämlich gemäß der Schutznormtheorie¹⁶⁹ eine subjektiv-öffentliche¹⁷⁰ Rechtsposition Dritter voraus. Das VAG insgesamt räume individuelle Rechtspositionen dagegen nicht ein, in die die BaFin eingreifen könnte.¹⁷¹ Nach § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG sei sie nämlich nur im öffentlichen Interesse tätig.

Diese überkommene Ansicht ist vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu den Ansprüchen der Versicherten aus dem VAG¹⁷² nicht mehr haltbar. Unabhängig davon scheidet eine Bindung der BaFin an rechtswidriges formelles wie informelles¹⁷³ Verwaltungshandeln an dem Gesetzesvorrang gemäß Art. 20 Abs. 3 GG,¹⁷⁴ dem das Verwaltungshandeln insgesamt unterworfen ist. Eine zunächst falsche Sachverhaltsbeurteilung oder Gesetzesanwendung der BaFin kann nie zur Duldung rechtswidriger Zustände zwingen und hindert sie folglich auch nicht an der Ausübung ihrer Befugnisse nach den §§ 81 ff. VAG. Bindet eine fehlerhafte Auskunft oder Beratung¹⁷⁵ die BaFin schon nicht an deren Inhalt, so steht dagegen einem Versicherungsunternehmen, soweit ihm ein kausaler Schaden entstanden ist, trotz § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG die Möglichkeit offen, einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 Abs.1 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegen die BaFin geltend zu machen.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Vgl. *Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 20. Aufl. 2010, Vor § 42 Abs. 2 Rdnr. 94 ff.

¹⁷⁰ Vgl. schon *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 224.

¹⁷¹ Vgl. *Kaulbach* (Fn. 32), § 8 Rdnr. 16 m.w.Nachw.

¹⁷² Vgl. BVerfG VersR 2005, 1109, 1115 zu den „eigentumsrechtlich geschützten Rechtspositionen“ der Versicherten; ebenso BVerfG VersR 2005, 1127, 1131.

¹⁷³ Vgl. *Sachs* (Fn. 1623), § 40 Rdnr. 117 ff.

¹⁷⁴ BGH NVwZ 1986, 76; BVerfG NVwZ 1994, 475, 476.

¹⁷⁵ Vgl. dazu z.B. *Reinert*, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand: 01.08.2010, § 839 Rdnr. 38 ff.

¹⁷⁶ „Öffentliches Interesse“ schließt eine Amtshaftung selbst nach der überkommenen Ansicht nur gegenüber Dritten, also dem einzelnen Versicherten aus – *Bähr* (Fn. 32), § 81 Rdnr. 9 m.w.Nachw. –, nicht aber gegenüber dem Versicherungsunternehmen, da die Beratungstätigkeit der BaFin für es ein schutzwürdiges Vertrauen schafft.

6. Die Bindung von Gerichten in aufsichtsratsbezogenen Sachverhalten durch Feststellungen der Versicherungsaufsicht

a) Die Bindung von Zivilgerichten

Wenn die BaFin Sachverhalte feststellt und rechtlich beurteilt, kann sich im Nachgang die Frage stellen, ob die Zivilgerichte daran gebunden sind. Dies gilt etwa für Schadenersatz- oder gerichtliche Abberufungsverfahren gegen Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen. Verlautbarungen, Mitteilungen, Auskünfte oder sonstige Verwaltungsanweisungen wie die MaRisk VA binden zwar unter bestimmten Voraussetzungen die BaFin selbst.¹⁷⁷ Dagegen sind die Gerichte und damit auch die Zivilgerichte an derartige behördliche Verlautbarungen selbstverständlich nicht gebunden.¹⁷⁸

Erlässt die BaFin nicht allgemeine Verlautbarungen, sondern einen Verwaltungsakt, ist weiter zu unterscheiden, ob es sich um einen rechtsgestaltenden oder um einen feststellenden Verwaltungsakt – z.B. die Feststellung, dass ein bestimmtes Modell zum Risikomanagement den Anforderungen des § 64a VAG entspricht – handelt. Letzteren sowie feststellenden Teilgehalten von Verwaltungsakten ist ein die Zivilgerichte bindender Inhalt jenseits einer spezifischen Rechtsgrundlage¹⁷⁹ abzusprechen. Dafür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage,¹⁸⁰ wie sie zum Beispiel § 33 Abs. 4 GWB für feststellende Verwaltungsakte der Kartellbehörde enthält, oder an einer rechtsgestaltenden Wirkung des Verwaltungsakts. Weil sie eine solche Wirkung haben, sind rechtsgestaltende Verwaltungsakte – z.B. Genehmigungen im Rahmen der Zulassungsaufsicht – im Unterschied zu den rein feststellenden Verwaltungsakten für ordentliche Gerichte beachtlich.¹⁸¹

¹⁷⁷ Siehe oben III. 4. a) zu den MaRisk VA und III. 5.

¹⁷⁸ Vgl. nur LG Düsseldorf ZIP 1995, 1985, 1994; so wohl auch OLG Frankfurt AG 2008, 453, 455 mit Zweifeln, ob die MaRisk BA überhaupt den banküblichen Sorgfaltsmaßstab bilden; *Dreher/Schaaf* (Fn. 40/VersR 2009), 1151; *Bürkle* (Fn. 95), 872; *ders.* (Fn. 1678), 1010; *Armbrüster*, (Fn. 45), 1293, 1297.

¹⁷⁹ BVerwG NJW 1963, 1419; *Sachs* (Fn. 1623), § 43 Rdnr. 139.

¹⁸⁰ Zur Bindung von Gerichten nur an materielles Recht vgl. BVerfG NJW 1989, 666, 667 f.

¹⁸¹ BGH NJW 1993, 1580; vgl. dazu die Anm. v. *Bauer/Bitzer* JR 1994, 103, 104; BVerwG NJW 1990, 930.

Voraussetzung ist, dass sie wirksam und nicht zurückgenommen sind. Eine Erstreckung der Bindungswirkung auf die Genehmigung tragende Vorfragen und Tatsachenfeststellungen wäre jedoch wiederum nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage möglich.¹⁸² Der Bindung unterliegt also nur der Entscheidungssatz eines Verwaltungsakts.¹⁸³ Abweichungen von der Tatsachenermittlung und den tragenden Gründen bleiben den Zivilgerichten vorbehalten,¹⁸⁴ falls der Verwaltungsakt nicht zuvor verwaltungsgerichtlich bestätigt wurde.¹⁸⁵

Sofern es zu einer Bindung kommt, bedeutet dies im Ergebnis nicht, dass damit zugleich über das Bestehen der Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds aus dem betreffenden Sachbereich entschieden wäre. Denn mit einem bindenden Entscheidungssatz steht nur fest, dass der maßgebliche Verwaltungsakt zu der Zeit seines Erlasses in der Gestalt für den Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens Grundlage von dessen Entscheidung war. Der Aufsichtsrat hat jedoch, wie bereits festgestellt,¹⁸⁶ die Pflicht, selbst eine eigene Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information zu treffen. Ein rechtsgestaltender BaFin-Verwaltungsakt fließt daher in eine solche Entscheidung nur als Teil der Informationsgrundlage ein, determiniert sie aber nicht. Ein Beispiel bildet ein solcher Verwaltungsakt im Anwendungsbereich der MaRisk VA. Die Genehmigung einer Funktionsausgliederung i.S.v. § 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG im Rahmen der Zulassungsaufsicht durch die BaFin enthebt den Vorstand sowie gegebenenfalls – z.B. aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts – den Aufsichtsrat nicht einer eigenständigen Prüfung, ob bei der späteren konkreten Durchführung der Funktionsausgliederung die besonderen Anforderungen des § 64a Abs. 4 VAG i.V.m. Nr. 8 MaRisk VA eingehalten sind. Falls in einem zivilrechtlichen Haftungsprozess gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Schäden des Versicherungsunternehmens aufgrund des Outsourcing dessen Rechtmäßigkeit fraglich wäre, würde sich die Bindungswirkung einer bestandskräftigen

¹⁸² Vgl. BVerwG DVBl. 1984, 1227; BVerwG DVBl.1990, 206; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 43 Rdnr. 26 f.

¹⁸³ *Schemmer*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, Stand: 01.10.2010, § 43 Rdnr. 25.

¹⁸⁴ Siehe dazu *Sachs* (Fn. 1623), § 43 Rdnr. 138.

¹⁸⁵ Vgl. BGH NJW 1992, 1384, 1386; *Schemmer* (Fn. 1834), § 43 Rdnr. 35.

¹⁸⁶ Siehe oben III. 3. b).

aufsichtsrechtlichen Zulassungsentscheidung auch des Outsourcing also nur auf dessen Zulassung nach § 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG, nicht aber auch auf dessen ordnungsgemäße Durchführung nach § 64a Abs. 4 VAG i.V.m. Nr. 8 MaRisk VA beziehen.

b) Die Bindung von Verwaltungsgerichten

In Bezug auf die Voraussetzungen, den Gegenstand und den Umfang einer Bindungswirkung von behördlichen Verlautbarungen, Mitteilungen, Auskünften, Verwaltungsanweisungen sowie Verwaltungsakten gilt für die Frage der Bindung von Verwaltungsgerichten das zuvor zu der Bindung von Zivilgerichten Ausgeführte entsprechend.

7. Die Auswirkungen der Versicherungsaufsicht auf aufsichtsratsbezogene Straf- und Bußgeldvorschriften

Schließlich sind mögliche Auswirkungen der behördlichen Billigung oder Hinnahme eines bestimmten Verhaltens von Gesellschaftsorganen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 134 ff. VAG bzw. §§ 394 f., 399 ff. AktG zu untersuchen.

Zu denken ist an die grundsätzliche Möglichkeit eines Tatbestandsausschlusses durch Erklärung eines behördlichen Einverständnisses. Ein solcher Ausschluss kommt nur dort in Betracht, wo der Tatbestand gerade an die Willensbeugung des Geschädigten wie im Falle des Geheimnisverrats gemäß § 404 AktG bzw. § 138 VAG anknüpft. So ist bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt, wenn sich die Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend mit der Offenbarung einverstanden erklärt oder der Offenbarung des Geheimnisses ein entsprechender Hauptversammlungsbeschluss zugrunde liegt,¹⁸⁷ mithin gerade die Befugnis zur Offenbarung bestand.¹⁸⁸ Nur die durch § 404 AktG bzw. § 138 VAG geschützten Rechtsgutsinhaber, also Gesellschaft und Aktionäre, sind dispositionsbefugt, nicht hinge-

¹⁸⁷ So zur Parallelnorm des § 85 GmbHG *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 85 Rdnr. 9 ff.

¹⁸⁸ Vgl. *Schaal*, in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 9b, 2. Auflage 2006, § 404 Rdnr. 33 f.

gen Dritte. Denn die Norm bezweckt nicht deren Schutz.¹⁸⁹ Damit ist aber auch die BaFin nicht dispositionsbefugte Dritte. Denn sie hat nur ein allgemeines („öffentliches“) Interesse i.S.d. § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG an dem Wohlergehen einer Gesellschaft.¹⁹⁰ Das wird auch daran deutlich, dass die BaFin nicht zum Kreis der Strafantragsberechtigten i.S.d. § 138 Abs. 3 VAG zählt.

Tatbestandslos handelt hingegen dasjenige Organ, welches bei der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen einer gesetzlichen Verpflichtung folgt.¹⁹¹ Eine eventuell zu großzügige Auslegung des Anwendungsbereichs der Anzeigepflichten nach § 13d VAG durch die BaFin hat jedoch keine Auswirkungen auf die Tatbestandlichkeit. Sie führt allenfalls einen entschuldigenden Irrtum i.S.v. § 17 StGB des handelnden Organs herbei.¹⁹² Auch eine Befreiung von dem Rechtswidrigkeitsvorwurf aufgrund eines rechtfertigenden Einverständnisses der BaFin scheidet mangels Disponibilität des Rechtsguts aus.

Entscheidend ist die Frage, unter welchen Umständen eine Verlautbarung der BaFin – im Einzelfall auch abhängig von deren Rechtsnatur – geeignet sein kann, in dem Handelnden einen unvermeidbaren indirekten Verbots- oder Subsumtionsirrtum mit der Folge einer Haftungsmilderung gemäß § 17 Satz 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB hervorzurufen. Voraussetzung einer

¹⁸⁹ Vgl. *Schaal* (Fn. 1889), Rdnr. 3.

¹⁹⁰ Vgl. allgemein zu Arbeitnehmern und Gläubigern der Gesellschaft *Schaal* (Fn. 1889), Rdnr. 3 und *Oetker*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, § 404 Rdnr. 1; a.A. *Kollhosser* (Fn. 31), § 138 Rdnr. 1 und *Müller*, in: Goldberg/Müller, VAG, § 138 Rdnr. 2., welche Gläubiger und Versicherungsnehmer zum geschützten Personenkreis des § 138 VAG zählen. Beide übersehen, dass weder Gläubiger noch Versicherungsnehmer antragsbefugt gem. § 138 Abs. 3 VAG und somit auch nicht in den Schutzbereich dieser Norm einbezogen sind. Dafür spricht im Übrigen auch, dass § 138 VAG weitestgehend § 404 AktG nachempfunden ist, der selbst nur Gesellschafter und Aktionäre, nicht aber Gläubiger schützen will. Auch der grundlegende Schutzzweck des VAG insgesamt, d.h. die „Wahrung der Versichertenbelange“, vermag keine Einbeziehung von Versicherungsnehmern in den Schutzbereich des § 138 VAG zu tragen: zum einen, weil auch die BaFin als Hüterin der Versichertenbelange nicht antrags- und damit nicht dispositionsbefugt ist, zum anderen, weil die Disponibilität eines Schutzgutes dann zu verneinen ist, wenn es sich um öffentliche und nicht um Individualschutzgüter handelt.

¹⁹¹ Vgl. dazu z.B. *Oetker* (Fn. 1901), § 404 Rdnr. 13.

¹⁹² Vgl. zur Parallelsituation in kartellrechtlichen Bußgeldverfahren *Dreher/Thomas*, WuW 2004, 8 ff.

solchen Haftungsmilderung ist, dass der Irrtum des Handelnden unvermeidbar war. Die von der Rechtsprechung hieran gestellten Anforderungen sind streng.¹⁹³ So indiziert die Tatbestandlichkeit in der Regel die Rechtswidrigkeit. Nach vornehmlich in der Literatur vertretener Ansicht sollen zumindest im Nebenstrafrecht positiv-generalpräventive Erwägungen nicht zur Rechtfertigung eines strengeren Maßstabs als bei der Tatfahrlässigkeit genügen.¹⁹⁴ Unvermeidbar gemäß § 17 Satz 1 StGB ist ein Irrtum also dann, wenn der Handelnde bei ihm zumutbarer Anspannung des Gewissens das Verbotensein seiner Handlung hätte erkennen können,¹⁹⁵ also wenn er keinen konkreten Anlass zu Zweifeln am Erlaubtsein seiner geplanten Handlung hatte. Ein solcher Anlass zu Erkundigungen besteht, wenn der Handelnde sich in Bereichen betätigt, die von besonderen Rechtsnormen – wie sie etwa für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts oder für eine Aktiengesellschaft allgemein bestehen – geprägt ist und um deren Existenz er weiß.¹⁹⁶ Nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen könnte daher ein Anlass zu Zweifeln zugunsten einer Haftungsmilderung entfallen, wenn die zuständige Behörde das Vorgehen duldet und ihre Billigung anderweitig zum Ausdruck bringt.¹⁹⁷ Eine völlige Straflosigkeit ist auf diesem Weg jedoch auch dann nicht zu erreichen.

IV. Zusammenfassung

1. Der Umfang, in dem die BaFin Versicherungsunternehmen beaufsichtigt, legt die Gegenstände einer möglichen Doppelzuständigkeit von Aufsichtsrat einerseits und BaFin andererseits fest. Die Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat erstreckt sich auch auf die Legalitätspflicht im weitesten Sinne, also auf die Beachtung der Rechtsordnung insgesamt. Dazu gehört die Einhaltung von versicherungsaufsichtsrechtlichen Pflichten des Versicherungsunternehmens. Umgekehrt entzieht sich die Einhaltung aktienrechtlicher Pflichten durch den Vorstand und den Auf-

¹⁹³ BGHSt 4, 236, 243; *Joecks*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 17 Rdnr. 36.

¹⁹⁴ So z.B. *Joecks* (Fn. 193), Rdnr. 37 a.E.

¹⁹⁵ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 17 Rdnr. 13 ff.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Hamm NJW 1975, 1042; BGH NJW 1988, 272, 273.

¹⁹⁷ So etwa im Bereich der Umweltstraftaten, vgl. AG Lübeck StV 1989, 348; OLG Celle NSTZ 1993, 291.

sichtsrat einer Überprüfung durch die BaFin im Rahmen ihrer Legalitätsaufsicht, soweit nicht das VAG auf aktienrechtliche Normen verweist oder diese zielgerichtet dem Schutz der Versicherten dienen.

2. Wegen des Delegationsverbots bei der Aufsichtsratsstätigkeit, der unterschiedlichen Zielsetzung sowie der nur teilidentischen Maßstäbe und Gegenstände der Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat und der Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen durch die BaFin kann diese eine aktienrechtliche Überwachungspflicht des Aufsichtsrats auch im Bereich einer Doppelzuständigkeit nicht substituieren. Jedes andere Ergebnis würde zwangsläufig zu einer Infragestellung der aktienrechtlichen Überwachungsaufgabe führen: Eine Pflichtentlastung des Aufsichtsrats entzöge seiner Verantwortlichkeit und Inanspruchnahme nach §§ 93, 116 AktG den Boden.

3. Die Regelungen des VAG verschärfen die Pflichtenlage des Vorstands eines Versicherungsunternehmens qualitativ und quantitativ. Spiegelbildlich hierzu steigen die Anforderungen an eine pflichtgemäße Überwachung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat.

4. Ein Aufsichtsratsmitglied kann über § 116 Satz 1 AktG in den Genuss einer Haftungsbefreiung nach den Grundsätzen der Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kommen, wenn und soweit der Aufsichtsrat eine eigene Ermessensentscheidung trifft. Dies ist unter anderem der Fall bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern, bei der Wahl des Vergütungssystems, bei Vorschlägen zur weiteren Besetzung des Aufsichtsrats und bei der Ausübung von Zustimmungsvorbehalten. Denn in diesen Fällen räumt das Aktiengesetz dem Aufsichtsrat zumindest teilweise einen Ermessensspielraum ein. Im übrigen ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats meist pflichtgebunden. An dieser Aufteilung ändern die versicherungsaufsichtsrechtlichen Konkretisierungen der Vorstands- und Aufsichtsratspflichten nichts. Der Ermessensspielraum des Aufsichtsrats – soweit er besteht – wird hierdurch lediglich beschränkt.

5. Eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats eines Versicherungsunternehmens i.S.d. Business Judgment Rule muss aufgrund einer angemessenen Informationsbasis getroffen werden. Hierzu zählen auch

Verlautbarungen und Stellungnahmen der BaFin. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG setzt aber zwingend voraus, dass eine durch die BaFin vermittelte Information für die Entscheidung des Aufsichtsrats noch kausal werden kann. Folglich können sich die Unternehmensorgane zum Beispiel bei der Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anzeigepflichten gegenüber der BaFin bereits in zeitlicher Hinsicht keine entsprechenden Informationen verschaffen. Denn die Anzeige erfolgt erst nach beendeter Willensbildung. Das Ergebnis einer nicht-förmlichen Vorabanfrage zu Einzelfragen der Anwendung des Aufsichtsrechts durch Versicherungsunternehmen bei der BaFin kann dagegen im Sinne der Business Judgement Rule zu der Grundlage angemessener Information i.S.v. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG beitragen.

6. Unabhängig von der Business Judgement Rule bedarf der Aufsichtsrat für seine gesamte Tätigkeit angemessener Information. In diesem Rahmen kann der Aufsichtsrat bei der eigenen Prüfung einer Frage zur ordentlichen und gewissenhaften Erfüllung seiner Pflichten nach §§ 93, 116 AktG sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen als auch hinsichtlich der daraus gegebenenfalls rechtlich zu ziehenden Folgerungen im Sinne einer Plausibilitätsvermutung auf entsprechende Feststellungen der BaFin – z.B. im Rahmen der Genehmigung eines internen Modells oder einer vor-Ort-Prüfung – zurückgreifen. Er muss sich allerdings selbst vergewissern, ob und inwieweit die von der BaFin zugrundegelegten Annahmen für seine sowohl gesellschaftsrechtlich als auch versicherungsaufsichtsrechtlich ausgelegten Prüfungszwecke von Bedeutung sind, die Feststellungen zum maßgeblichen Jetzt-Zeitpunkt noch tragen und der Ergänzung durch weitere oder aktuellere Informationen bedürfen. Erfüllt der Aufsichtsrat diese Anforderungen, kann eine unternehmensbezogene BaFin-Tätigkeit also den Pflichtenkanon des Aufsichtsrats in einzelnen Dimensionen entlastend mitprägen.

7. Die MaRisk VA haben teils norminterpretierenden Charakter, teils geriert sich die BaFin damit als Ersatzgesetzgeber. Ihre Wirkung erschöpft sich in der „Kundgabe einer Rechtsauffassung der BaFin“ (VGH Kassel). Für die Versicherungsunternehmen und damit auch für deren Aufsichtsräte haben sie keine normative Verbindlichkeit. Im Rahmen seiner eigenen Überzeugungsbildung muss sich der Aufsichtsrat allerdings mit den Regelungen der MaRisk VA auseinandersetzen. In diesem Sinne können die

MaRisk VA für den Aufsichtsrat bei seiner Überwachungsaufgabe allenfalls einen versicherungsaufsichtsrechtlichen, nicht aber einen gesellschaftsrechtlichen – und insbesondere nicht einen haftungsrechtlichen – safe harbour darstellen. Unter anderem im Hinblick auf eine nicht auszuschließende Orientierung von Gerichten an aufsichtsbehördlichen Verlautbarungen und deren faktische Bedeutung empfiehlt es sich, eine bewusste Abweichung von der MaRisk VA oder anderen aufsichtsbehördlichen Stellungnahmen im Protokoll des Aufsichtsrats – gegebenenfalls mit Sachgründen – zu dokumentieren.

8. Auch die breitflächige Befolgung der MaRisk VA durch die Versicherungsunternehmen kann diesen Anforderungen aufgrund ihres konkreten Inhalts und ihres Rechtscharakters nicht die Bedeutung eines haftungsrechtlich erheblichen Branchenstandards geben.

9. Der DCGK gilt auch für börsennotierte Versicherungsunternehmen. Seine Empfehlungen und Anregungen können auf versicherungsaufsichtsrechtliche Grenzen stoßen. Der DCGK seinerseits sollte nicht auf sektorspezifische Besonderheiten, d.h. auch nicht auf die aufsichtsrechtliche Erfassung von Versicherungsunternehmen, eingehen.

10. Die BaFin hat das Recht, an Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen, sich darin zu äußern oder die Einberufung solcher Sitzungen zu verlangen. BaFin-Vertreter in Aufsichtsratssitzungen können sich auf die Rolle steinerer Gäste beschränken. Nur ganz ausnahmsweise verdichtet sich ihr Rederecht zu einer Redepflicht. Die Ausübung des Rederechts entlastet den Aufsichtsrat nicht, verstärkt im Gegenteil sogar dessen eigene Prüfungspflicht.

11. Im Verhältnis von BaFin und Versicherungsunternehmen vertritt der Vorstand das Versicherungsunternehmen. Direktkontakte des Aufsichtsrats als Organ mit der BaFin sind grundsätzlich weder gesellschaftsrechtlich zulässig noch versicherungsaufsichtsrechtlich vorgesehen. Dies gilt sowohl im Rahmen der neuen Kontrolle der BaFin über die Eignung und Zuverlässigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern als auch für den Kontakt der Versicherungsunternehmen zur BaFin sub specie der Bestellung oder Abberu-

fung von Vorstandsmitgliedern als auch bei Beanstandungen der Tätigkeit eines Versicherungsunternehmens durch die BaFin.

12. Genehmigungen, Stellungnahmen, Beratungen und sonstige Verlautbarungen der BaFin begründen nur dann Vertrauensschutz zugunsten handelnder Organe sowie deren Mitglieder – also auch des Aufsichtsrats – und damit eine Selbstbindung der BaFin, wenn die aufsichtsrechtliche Maßnahme rechtmäßig ist und nicht in Rechtspositionen Dritter eingreift. Fehlerhafte Sachverhaltsbeurteilungen hindern die BaFin bei einer daraus folgenden Rechtswidrigkeit der Entscheidung daher nicht, später von ihren aufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnissen Gebrauch zu machen. Ein betroffenes Versicherungsunternehmen kann dann allerdings möglicherweise Schadenersatz für Dispositionen aufgrund der fehlerhaften Entscheidung verlangen.

13. Behördliche Meinungsäußerungen binden Zivilgerichte, vor denen ein Rechtsstreit mit Bezug zu einem Aufsichtsratsmitglied anhängig ist, grundsätzlich nicht. Nur bestandskräftige rechtsgestaltende und nicht bloß feststellende Verwaltungsakte sind für Zivilgerichte beachtlich. Der Bindung unterliegt eine behördliche Meinungsäußerung nur insoweit, wie sie im Entscheidungssatz zum Ausdruck kommt. Tatbestand und tragende Gründe eines Verwaltungsakts sind jenseits einer spezifischen Rechtsgrundlage für Zivilgerichte unbeachtlich. Verwaltungsgerichte sind ebenfalls nur an bestandskräftige, rechtsgestaltende Verwaltungsakte gebunden.

14. Schreitet die BaFin gegen ein strafrechtlich relevantes Verhalten, das einem Aufsichtsratsmitglied angelastet wird, nicht ein, kann dies allenfalls in äußerst seltenen Ausnahmefällen zu einem unvermeidbaren Irrtum des Organmitglieds über das Verbotensein seines Handelns und in der Folge zu einer strafrechtlichen Haftungsmilderung führen. Ein Ausschluss der Strafbarkeit bereits auf der Tatbestandsebene durch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis kommt schon wegen der Indisponibilität der aufsichtsrechtlichen Schutzgüter für die BaFin nicht in Betracht.

*KPMG's Audit Committee Institute***Die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
durch Aufsichtsrat und BaFin***Prof. Dr. Meinrad Dreher Universität Mainz**Prof. Dr. Peter Hommelhoff Universität Heidelberg
KPMG Audit Committee Institute*

I. Einführung:

„Mit der Zulassung eines internen Risikomodells zur Ermittlung der aufsichtsrechtlich relevanten Eigenmittelunterlegung stellt die BaFin fest, dass das Modell in seiner konkreten, zum Zeitpunkt der Prüfung bestehenden Gestaltung und der konkreten Form seiner Einbindung in das Risikomanagement der Bank oder Versicherung die aufsichtsrechtlichen Vorgaben erfüllt.“

BaFin Journal 05/10, Seite 5



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

1. Die Corporate Governance von Versicherungsunternehmen
2. Aufsichtsrats-Überwachung nach dem Aktiengesetz
3. Eigenverantwortliche Aufsichtsrats-Überwachung
4. Die Zuarbeit des Abschlussprüfers
5. Aufgaben-bezogene Informationsversorgung
6. Das Vorstands-bezogene Steuerungspotential des Aufsichtsrats
7. Reaktionen gegenüber dem Aufsichtsrat



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

1. Die Corporate Governance von Versicherungsunternehmen
CG: Steuerung und Kontrolle der Unternehmensleitung im Interesse der shareholder und sonstigen stakeholder
 - a) Interne Corporate Governance
 - dualistisches Modell des Aktiengesetzes
 - Vorstand und Aufsichtsrat
 - Steuerung und Kontrolle über die Hauptversammlung
 - der Abschlussprüfer
 - b) Externe Corporate Governance
 - die allgemeine Öffentlichkeit
 - der Markt für Beteiligungen und Beteiligungserwerbe
 - die Aufsichtsbehörden



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

2. Aufsichtsrats-Überwachung nach dem Aktiengesetz

- Vorstandsbesetzung
- Überwachung
- Unternehmerische Mitentscheidungen
- Beratung

a) Die Überwachung im Aufgabenspektrum des Aufsichtsrats

- gesetzliche Tätigkeitsvorgabe
- Konzentration der Aufgaben-Erledigung
- Transparenz der Verantwortlichkeit
- Überwachung und Vorstandsbesetzung



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

2. Aufsichtsrats-Überwachung nach dem Aktiengesetz

b) Die Überwachung der Geschäftsführung: der aktienrechtliche Rahmen

- die Generalklausel des § 111 Abs. 1
- Vorstandsorientierung
- Entfaltung
- der Spezialauftrag aus § 171 Abs. 1
- die Systemprüfungen nach § 107 Abs. 3 Satz 2
- insbes.: die Compliance-Überwachung

c) Konkretisierungen nach dem Versicherungsaufsichtsrecht

- Vorgaben zur Geschäftsorganisation, insbesondere zum Risikomanagement nach § 64a VAG
- Handlungspflichten für die Geschäftsführung nach §§ 53c ff / 65 ff VAG und Aufsichtsrats- Überwachung



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

2. Aufsichtsrats-Überwachung nach dem Aktiengesetz

d) Präventive Überwachung, Zustimmung und Beratung nach AktG und VAG

- Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG
- Regelungsaufträge an Satzungsgeber oder Aufsichtsrat
- präventive Überwachung und Mitentscheidung
- der gesetzliche Zustimmungsvorbehalt nach § 56 a Abs. 1 S. 1 VAG
- Beratung und Überwachung

e) Ziel und Maßstab der Aufsichtsrats-Überwachung

- Rechtmäßigkeits-, Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeits-Kontrolle
- Aufsichtsrats-Überwachung und business judgement rule



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

3. Eigenverantwortliche Aufsichtsrats-Überwachung

a) Der Grundsatz der Erledigungsautonomie

- Bedeutung und Rechtsgrundlagen
- Eingrenzungen
- die Selbstorganisationspflicht

b) Ermittlung des bevorstehenden Überwachungsspektrums

- die zeitlich-konkrete Dimension der Überwachungsaufgabe
- Grundlage: die Unternehmensplanung des Vorstands
- die Fortschreibung des Überwachungsprozesses



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

3. Eigenverantwortliche Aufsichtsrats-Überwachung

c) Die Selbstorganisation des Aufsichtsrats in Aufbau und Ablauf

- Plenum, Ausschüsse und Berichterstatter
- vorbereitende, ersetzende und überwachende Ausschüsse
- insbes.: Prüfungs- und Risikoausschuss
- unverzichtbare Plenaraufgaben
- die Aufsichtsrats-internen Informationsströme
- die Ausschussbesetzung

d) Besetzung der Aufsichtsratspositionen

- Aufgaben-adäquate Gesamtbesetzung (diversity)
- Aufsichtsrats-Vorschlag (§ 124 Abs. 3 S. 1) und Verantwortlichkeit
- generelle und spezielle Befähigung
- Arbeitnehmer-Vertreter im Aufsichtsrat



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

3. Eigenverantwortliche Aufsichtsrats-Überwachung

e) Anforderungen nach dem VAG

- die Sonderanforderungen nach § 7a Abs. 4
 - Zuverlässigkeit
 - Sachkunde

f) Selbstüberwachung und Evaluation

- die Überprüfung der Aufbau- und Ablauforganisation im Aufsichtsrat
- die Überprüfung des Befähigungsstandes
- Rechtsgrundlage: die Selbstorganisationspflicht
- Konsequenz: Evaluationen



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

4. Die Zuarbeit des Abschlussprüfers

- Unterstützung des Aufsichtsrats
- der Abschlussprüfer im Corporate Governance-System

a) Die Prüfungsaufgaben nach Handelsrecht

- Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht und Buchführung
- Prüfung der Risikoerkennung
- Prüfung der Systeme in Richtung auf § 171 Abs. 1 S. 2 AktG?

b) Zusatzaufgaben nach VAG

- Erweiterungen und Konkretisierungen des Prüfungsfeldes nach § 57 Abs. 1/1a VAG
- Kooperationen mit der Aufsichtsbehörde nach § 58 f VAG



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

4. Die Zuarbeit des Abschlussprüfers

c) Verlautbarungen im Prüfungsbericht

- Funktion und Bedeutung des Prüfungsberichts
- Prüfungsbericht: Prüfungsausschuss und Aufsichtsratsplenum
- der Vorwegbericht (§ 321 Abs. 1 S. 2 HGB)
- Besonderheiten für Versicherungsunternehmen

5. Aufgaben-bezogene Informationsversorgung

- Aufgaben, Erledigung und Informationsgrundlagen

a) Vorstandsberichte nach § 90 AktG

- Bringschuld des Vorstands
- Quartals- und Jahresberichte
- Berichte aus besonderem Anlass
- Berichtsadressaten



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

5. Aufgaben-bezogene Informationsversorgung

b) insbesondere: Berichterstattung über die Risikolage

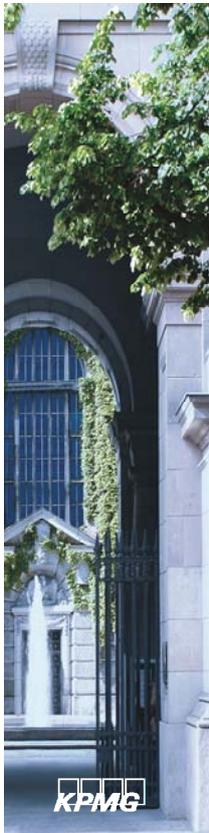
- Risiko als Teilaspekt von Lage und Geschäftsgang
- Quartalsbericht

c) Rechnungslegung

- zentrale Bedeutung
- Aufbereitung durch Abschlussprüfer und Prüfungsausschuss
- Eigenprüfung und Information
- die Gesamtverantwortlichkeit im Aufsichtsratsplenium

d) Das Berichtsrecht des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

- Holschuld des Aufsichtsrats
- Individualrecht und Informationssystem



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

5. Aufgaben-bezogene Informationsversorgung

e) Einsichts- und Prüfungsrechte

- Anlassfreiheit
- Organisation der Rechtsausübung

f) Informationen von nachgeordneten Dritten

- der Entwicklungstrend
- Vorstands(eigen)verantwortlichkeit
- Lösungsansätze

g) Der Zustimmungsvorbehalt und seine Ausübung

- Vorbehalts-bezogene Vorabinformationen
- Beratung des Vorhabens

h) Der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

6. Das Vorstands-bezogene Steuerungspotential des Aufsichtsrats

- das Initiativrecht des eigenverantwortlichen Vorstands und die Steuerung des Vorstandsverhaltens durch den Aufsichtsrat
- a) Verlautbarungen gegenüber der Hauptversammlung**
 - der Aufsichtsratsbericht nach § 171 Abs. 2 AktG
 - der Entlastungsvorschlag des Aufsichtsrats (§ 124 Abs. 3 AktG)
- b) Steuerung über die Vorstandsbezüge**
 - u.a. Leistungs-bezogene Festsetzung (§ 87 Abs. 1 S. 1 AktG)
 - Regelung für Versicherungsunternehmen (§ 64b VAG/VersVergVO)
- c) Wiederbestellung und vorzeitige Abberufung**
 - Funktion der zeitlich begrenzten Vorstandsbestellung/ Wiederbestellung
 - Absicherung der Vorstandsposition und vorzeitige Abberufung

© 2010 KPMG's Audit Committee Institute

Hamburg, 8. April 2011

Folie 15



II. Die Gegenstände einer möglichen Doppelaufsicht

7. Reaktionen gegenüber dem Aufsichtsrat

- der Aufsichtsrat innerhalb des Corporate Governance-Systems
- a) Organhaftung**
 - Pflichtenlage und Beweislastverteilung
 - Durchsetzung der Organhaftung
 - Aktionärsklage
 - Sonderprüfung
- b) Wiederbestellung und vorzeitige Abberufung**
 - tatsächlicher Stellenwert der Behelfe
 - vorzeitige Abberufung
 - grundlos (§ 103 Abs. 1 AktG)
 - aus wichtigem Grund (§ 103 Abs. 3 AktG)
 - das entsandte Aufsichtsratsmitglied
- c) Abberufung nach VAG**
 - Abberufungsverlangen nach § 87 Abs. 8 VAG

© 2010 KPMG's Audit Committee Institute

Hamburg, 8. April 2011

Folie 16

III. BaFin-Aufsicht und Aufsichtsratsüberwachung – Gliederung –

1. Beaufsichtigte Unternehmen und Aufsichtsmaßstab
2. Aufsichtsgegenstände
 - a) Vorstandsangelegenheiten
 - b) Aufsichtsratsangelegenheiten
3. Überschneidungsbereiche von Aufsicht und Überwachung
4. Aufsichtswirkungen
 - a) Keine Ersetzung der Überwachung durch den Aufsichtsrat
 - b) Verschärfung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats
 - c) Aufsichtsratshaftung
 - d) Informationsbeschaffung und -verwertung
5. Einzelfragen
 - a) MaRisk VA und Aufsichtsratsstätigkeit
 - b) Versicherungsaufsicht und DCGK
 - c) Versicherungsaufsicht und Aufsichtsratssitzungen
 - d) Direktkontakte zwischen BaFin und Aufsichtsrat

III. 1. Beaufsichtigte Unternehmen und Aufsichts- maßstab

Normadressaten des VAG (z.T. eingeschränkte Geltung):

1. Unternehmen, die den Betrieb von Erst- und Rückversicherungsgeschäften zum Gegenstand haben
2. Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung
3. Versicherungs-Zweckgesellschaften
4. Öffentlich-rechtliche Versorgungseinrichtungen
5. Versicherungs-Holdinggesellschaften
6. Künftige Inhaber bedeutender Beteiligungen an VU
7. Finanzkonglomerate

Gegenstand der Aufsicht nach § 81 VAG:

- Gesamter Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen
 - Keine umfassende Aufsicht über sämtliche Geschäfte und Vorgänge im Sinne einer materiellen Staatsaufsicht
 - beschränkte, tatbestandsgebundene Sitzland- und Tätigkeitslandaufsicht

III. 1. Beaufsichtigte Unternehmen und Aufsichtsmaßstab

Rechtsbezogene Missstandsaufsicht nach § 81 VAG:

- VAG
- Normen, auf die das VAG verweist
Problem: Aktienrecht
- Sonstige Normen außerhalb des VAG
Problem: vom VAG überformtes Aktienrecht
- Versicherungsaufsichtsrechtliche Verordnungen
- Problem: selbstgeschaffenes Aufsichtsrecht („Missstände“),
Rundschreiben der BaFin

III. 2. Aufsichtsgegenstände

a) Vorstandsangelegenheiten

- Fachliche Eignung und Zuverlässigkeit der Vorstandsmitglieder als Bestellungs- und Bleibevoraussetzung, § 7a Abs. 1 VAG; § 87 Abs. 6 i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG
- Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nebst Risikomanagement, § 64a VAG
- Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation i.S.d. Art. 9 RL 2002/87/EG für Finanzkonglomerate, § 104s VAG
- Sicherstellung der finanziellen Grundlagen des VU, § 53c Abs. 1 VAG; § 66, § 72 Abs. 1 VAG
- Vergütungssysteme, § 64b VAG i.V.m. VersVergV
- Systeme zur Erkennung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, § 80d VAG
- Benennung eines Schadenregulierungsbeauftragten für die KFZ-Haftpflichtversicherung, § 7b VAG
- Bestellung eines unabhängigen Treuhänders in der Lebens- und Krankenversicherung, § 11b, § 12b VAG i.V.m. § 203 Abs. 2, 3 VVG

III. 2. Aufsichtsgegenstände

b) Aufsichtsratsangelegenheiten

Personalkompetenz

- Bestellung zuverlässiger und fachlich geeigneter Vorstandsmitglieder, § 7a VAG Abs. 1 VAG i.V.m. § 84 AktG
- Bestellungen eines zuverlässigen und fachlich geeigneten verantwortlichen Aktuars, § 11a Abs. 1, § 12 Abs. 2 VAG
- Bestellung eines geeigneten Treuhänders für das Sicherungsvermögen, § 71 Abs. 1, § 70 Satz 1 VAG

Zustimmungspflichtige Geschäfte

- Voraussetzung: zustimmungspflichtiges Geschäft ist seinerseits aufsichtspflichtig

Selbstorganisation

- Sicherstellung eines hinreichenden Qualifikationsniveaus, § 7a Abs. 4 VAG i.V.m. § 124 Abs. 3 Satz 1, § 103 Abs. 3 AktG
- Problem: Gesamtqualifikation

III. 3. Überschneidungsbereiche von Aufsicht und Überwachung

- BaFin beaufsichtigt und Aufsichtsrat überwacht die Einhaltung sämtlicher Vorstands- und Aufsichtsratspflichten aus dem VAG
- BaFin beaufsichtigt nicht die Einhaltung aller aktienrechtlichen Organpflichten
- Schnittmengen nur in den Bereichen, auf die sich die rechtsbezogene Missstandsaufsicht der BaFin erstreckt

III. 4. Aufsichtswirkungen

a) Keine Ersetzung der Überwachung durch den Aufsichtsrat

	AktG	VAG
Amtsausübung	Delegationsverbot der AR-Tätigkeit	„Erforderliche Sachkunde“ für AR-Tätigkeit
Tätigkeitsziel	Unternehmensinteresse Sozialbindung (Problem)	Schutz der Versicherten Kollektiver Funktionsschutz Individueller Funktionsschutz (Problem)
Tätigkeitsmaßstab	Legalität Zweckmäßigkeit	Legalität -> Optimierungsverbot -> Verhältnismäßigkeit

III. 4. Aufsichtswirkungen

b) Verschärfung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats

	AktG	VAG
Vorstand	Persönliche Eignungsvoraussetzungen, § 76	fachlich geeignet und zuverlässig, § 7a Abs. 1
Vorstand	Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, § 93	ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, § 64a
Vorstand	Risikofrüherkennungssystem, § 91 Abs. 2	Risikomanagement, § 64a
Vorstand	angemessene Vergütung, § 87	angemessenes, transparentes und auf eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausgerichtete Vergütungssystem, § 64b i.V.m. VersVergV
Vorstand	Bestandssicherung, § 76	Sicherung finanzieller Grundlagen, § 53c, § 66
Aufsichtsrat	Mindestqualifikation (BGH, Ausn. § 100 Abs. 5)	erforderliche Sachkunde und zuverlässig, § 7a Abs. 4

III. 4. Aufsichtswirkungen

c) Aufsichtsratshaftung – Versicherungsaufsicht und Business Judgement Rule (I) –

- Anwendungsbereich: Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder
- 1. Voraussetzung: Unternehmerische Entscheidung (Prognosecharakter; Ermessensspielraum)
- Vorstand: Leitungsermessen
- Aufsichtsrat:
 - Kein Anteil am Leitungsermessen; grundsätzlich strenge Pflichtenbindung bei vergangenheitsbezogener Kontrolle; zukunftsorientierte Beratung ohne Entscheidungscharakter
 - Eigenes Ermessen: Bestellung von Vorstandsmitgliedern; zustimmungspflichtige Geschäfte; Geschäftsordnungsbefugnis; Vergütungssystem; Erteilung des Prüfungsauftrags; Vorschlagsrecht Besetzung des Aufsichtsrats
 - Aufsichtsrechtliche Konkretisierungen begrenzen Ermessensspielräume

III. 4. Aufsichtswirkungen

c) Aufsichtsratshaftung – Versicherungsaufsicht und Business Judgement Rule (II) –

- 2. Voraussetzung: angemessene Informationsgrundlage
 - Entscheider muss alle verfügbaren Informationsmöglichkeiten nutzen und selbstständig bewerten
 - Entscheidung muss aufgrund vorher beschaffter Informationen getroffen werden
 - Absichtsanzeige an BaFin und Billigung durch die BaFin unerheblich
 - Möglichkeit der Vorabprüfung durch die BaFin
 - Kein Ersatz für eigenverantwortliche Prüfung durch den Aufsichtsrat
- 3. Voraussetzung: gutgläubiges Handeln zum Wohl des Unternehmens

III. 4. Aufsichtswirkungen

c) Aufsichtsratshaftung –Versicherungsaufsicht und Business Judgement Rule (III) –

- **Rechtsfolgen eines Verstoßes: Pflichtwidrigkeit**
- **Beweis der Pflichtgemäßheit bleibt (theoretisch) möglich; Beweislast trägt Aufsichtsratsmitglied**
- **Erleichterungen der Haftung durch Satzung oder Anstellungsvertrag nicht im Vorhinein möglich**
- **Nachträglich nur ausnahmsweise Erleichterung (etwa durch HV-Beschluss)**

Grund: Schadenersatz erhält Gläubigern die Haftungsmasse (auch zur Wahrung der Versichertenbelange)

III. 4. Aufsichtswirkungen

d) Informationsbeschaffung und -verwertung (I)

Problem: Modifikation der Aufsichtsratstätigkeit durch BaFin-Stellungnahmen?

Lösung: „Angemessenheit“ der Information

Grund: Angemessene Informationsbeschaffung und -verwertung als Ausdruck der organschaftlichen Sorgfaltspflicht

Folgen: Einschränkung der Anforderungen möglich, wenn BaFin einen Sachverhalt zuvor aufgrund derselben Informationen beurteilt hat

- **Doppelte Plausibilitätsvermutung zugunsten des Aufsichtsrats hinsichtlich**
- **des Prüfungsergebnisses**
- **der Vollständigkeit der von der BaFin ermittelten Entscheidungsgrundlagen**

Nicht modifizierbarer Kern der Aufsichtsratspflicht:

- **Relevanzprüfung der BaFin-Feststellungen und -Beurteilungen durch den Aufsichtsrat**
- **Prüfungspflicht Aufsichtsrat bei Zweifeln an der Plausibilität**

Ergebnis: BaFin-Tätigkeit kann Informationspflichtenkanon des AR entlastend mitprägen

III. 4. Aufsichtswirkungen

d) Informationsbeschaffung und -verwertung (II)

Beispiel: Risikomanagement-System

- Genehmigung eines internen Modells durch BaFin:

Modell erfüllt die gesetzlichen Vorgaben; spätere externe oder interne Zweifel am Risikomanagement der Gesellschaft

- Ausgangspunkt: Plausibilitätsvermutung der Genehmigungsentscheidung
- Grenze: neue oder zusätzliche Umstände
 - Veränderung von tatsächlichen Annahmen infolge Zeitablaufs
 - Veränderung der Risikosituation
 - Veränderung der rechtlichen Bewertung einzelner Sachverhalte

III. 5. Einzelfragen

a) MaRisk VA und Aufsichtsratstätigkeit (I)

- Inhalt:**
- „Verwaltungsinterpretationen, die die Aufsicht zugrunde legt“ (BaFin)
 - Teils Norminterpretation, teils „selbstgeschaffenes Recht der Aufsichtsbehörde“
- Rechtsnatur:**
- „Für die Aufsichtsbehörde verbindliche Auslegung des § 64a und § 104s VAG“ (BaFin)
 - „Kundgabe einer Rechtsauffassung“ der BaFin (VGH Kassel)
- Folgen:**
- Selbstbindung der BaFin
 - Keine rechtliche Bindung für Versicherungsunternehmen und Gerichte
 - Große faktische Bedeutung (voraussetzender Gehorsam der VU, Ausgangspunkt für Gerichte)

III. 5. Einzelfragen

a) MaRisk VA und Aufsichtsratsstätigkeit (II)

- | | |
|-------------------------------------|---|
| MaRisk als Branchenstandard: | <ul style="list-style-type: none">• Pflicht zur Befolgung der in einer Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungssätze (BGH)• MaRisk als Branchenstandard ungeeignet |
| MaRisk und Folgepflicht: | <ul style="list-style-type: none">• Ermessen der Unternehmensorgane durch MaRisk nicht eingeschränkt• Rechtspflichten für Unternehmensorgane durch MaRisk nicht etabliert• Entlastung nur durch eigene Überzeugungsbildung, nicht durch schematische MaRisk-Befolgung• MaRisk allenfalls versicherungsaufsichtsrechtlicher, nicht aber gesellschaftsrechtlicher (Haftung) safe harbour• Gleichwohl im Sinne AR-Risikomanagement intensive Beachtung und Dokumentation bewusster Abweichungen ratsam |
| MaRisk und AR-Verschulden: | <ul style="list-style-type: none">• Rechtsprechung zum Umweltrecht• Sorgfaltspflicht AR erfordert eigene Sach- und Rechtsprüfung |

III. 5. Einzelfragen

b) Versicherungsaufsicht und DCGK

- **Anwendungsbereich DCGK:**
 - Börsennotierte Versicherungsaktiengesellschaften
 - Freiwillige Beachtung durch andere Versicherungsgesellschaften, öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen und VVaG
- **Verhältnis Aufsichtsrecht zu DCGK**
 - VAG als Gesetzesrecht
 - DCGK hat „weder unmittelbare noch mittelbare Gesetzeskraft und stellt noch nicht einmal einen Handelsbrauch dar“ (OLG Zwei-brücken 2011)
- **Soll der DCGK bereichsspezifische Regelungen für Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute vorsehen?**

III. 5. Einzelfragen

c) Versicherungsaufsicht und Aufsichtsratssitzungen

- **Einberufungs-, Teilnahme- und Rederecht der BaFin in Bezug auf Aufsichtsratssitzungen**
- Rechtsgrundlage: § 83 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 5 und 6 VAG

- **Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Aufsichtsrats**
 - Einberufungs- und Teilnahmerecht: keine Auswirkungen
 - Rederecht:
 - grundsätzlich keine Redepflicht
 - keine Pflicht zum Einschreiten bei rechtswidrigen Beschlüssen
 - keine Pflicht zur Warnung oder unmittelbar anschließenden Beanstandung
 - keine Bindung des AR an BaFin-Meinungsäußerung
 - BaFin-Redebeitrag löst ggf. Pflicht des AR zu gesteigerter Sach- und/oder Rechtsprüfung aus

III. 5. Einzelfragen

d) Direktkontakte zwischen BaFin und Aufsichtsrat

- **Aktienrecht:**
- **Grundsatz:** Außenvertretung der Gesellschaft obliegt dem Vorstand
- **Ausnahme:** Vertretung durch den Aufsichtsrat
 - Gesellschaft zeitweise ohne Vorstand, § 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 AktG
 - Vertretung gegenüber dem Vorstand, § 112 AktG
 - Erteilung von Prüfungsaufträgen, § 111 Abs. 2 Satz 2 und 3 AktG
 - Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen, § 246 Abs. 2 Satz 2, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG

- **Versicherungsaufsichtsrecht:**
- **Grundsatz:** Lässt aktienrechtliche Zuständigkeitsverteilung unberührt
 - Informationspflicht der BaFin bei Kenntnis von evidenten Mängeln nur gegenüber dem Vorstand
 - Anzeigepflichten zur Vorstandsbestellung und -abberufung treffen Vorstand
- **Ausnahme:** Direktkontakt einzelner AR-Mitglieder zu BaFin
 - Einzelnes Aufsichtsratsmitglied ist von Qualifikationskontrolle durch BaFin nach § 7a Abs. 4 VAG negativ betroffen

Diskussion

Leitung: Prof. Dr. Christian Armbrüster, Freie Universität Berlin

In der anschließenden Diskussion wurden die Voraussetzungen und die Anwendung der Business Judgement Rule aufgegriffen und vertieft. Als eine wesentliche Voraussetzung gelte die Freiheit von Interessenkonflikten. Diese Voraussetzung werde seit letztem Jahr zunehmend diskutiert. Aus Sicht von Weber-Rey müsste der Aspekt für den Aufsichtsrat von noch größerer Bedeutung sein als für den Vorstand. Hinsichtlich der Relevanz, insbesondere auf europäischer Ebene und in der europäischen Rechtsentwicklung, wurde der Aussage zugestimmt. Hinsichtlich der Bedeutung der Freiheit von Interessenkonflikten für Aufsichtsratsmitglieder gingen die Meinungen auseinander. Hommelhoff hielt entgegen, dass der BGH sich schon vor Jahren wiederholt mit der Frage von widerstreitenden Interessen bei Aufsichtsratsmitgliedern auseinandergesetzt habe. Er nahm dabei Bezug auf eine Entscheidung über die Weisungsgebundenheit bzw. Weisungsungebundenheit von Beamten aus der Wirtschaftsbehörde während ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat der HEW (zu einer Zeit als die Freie und Hansestadt Hamburg Hauptanteilseigner der HEW war). Der damalige Wirtschaftssenator habe sein Weisungsrecht gegenüber den Beamten auch für ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied beansprucht, um Interessen der Stadt Hamburg durchsetzen zu können. Der BGH hat ein derartiges Weisungsrecht mit dem ausdrücklichen Hinweis verneint, dass Interessenkonflikte grundsätzlich in der Person, in der sie auftreten, auszutragen und zu bereinigen seien. Wenn ein Beamter der Stadt Hamburg im Aufsichtsrat der HEW sitze, habe er ausschließlich die Interessen der HEW zu vertreten. Es bestehe kein Weisungsrecht. Aus seiner Sicht habe die deutsche Rechtsprechung damit schon vor Jahren für Klarheit gesorgt. Wenn jemand in seiner Person widerstreitende Interessen vereine, dann habe er jeweils für das Amt in dem er gerade unterwegs ist, das Interesse wahrzunehmen. Es bedürfe aus deutscher Sicht keiner Ergänzung durch die Business Judgement Rule. Diese sei geprägt durch das anglo-amerikanische Verständnis und stoße in Brüssel auf offene Ohren. Die Auswirkungen seien kleinteilige Interessenvermeidungsmechanismen, wie man sie in der Vorschrift § 319 HGB zum Wirtschaftsprüfer nachlesen könne. Dreher fügte an, dass das Thema Interessenkonflikte aus aufsichtsrechtlicher Sicht keine beson-

deren Implikationen aufweise. Es handele sich um ein rein gesellschaftsrechtlich geprägtes Thema.

Es wurde nachgefragt, ob man heute noch von einer Bringschuld der Informationen durch den Vorstand sprechen könne oder ob man nicht aufgrund der gestiegenen Anforderungen an den Aufsichtsrat eher von einer Holschuld des Aufsichtsrats ausgehen müsse. Und wenn man von einer Holschuld ausgehe, wie weitreichend diese sein würde. Auch diese Frage wurde kontrovers diskutiert. Zum einen wurde angemerkt, dass das deutsche Aktienrecht auf der Prämisse aufbaue, dass die Informationen vom Vorstand beigebracht werden. Dies werde durch § 90 AktG untermauert, der die Informationsinitiative beim Vorstand festschreibe. Dem Aufsichtsrat stehe demgegenüber das Recht zu ergänzende und vertiefende Nachfragen zu stellen, wenn er der Auffassung sei, dass Informationen fehlen würden. Dies sei mit Blick auf die Aufgabenzuweisung die systemadäquate Vorgehensweise. Zum anderen wurde angemerkt, man aus aufsichtsrechtlicher Perspektive mit dem Zuwachs an Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats auch eine Verlagerung hin zu einer Holschuld konstatieren müsse. In diesem Zusammenhang wurde weiterhin erörtert, dass eine Verpflichtung zur Systemüberwachung auch mit dem Recht zur Einholung systembezogener Informationen einhergehen sollte. Allerdings räume das deutsche Recht keinen Zugriff auf andere Personen als den Vorstand ein. Als Lösung wurde vorgeschlagen, dass der Aufsichtsrat die Möglichkeit nutzen sollte eine Informationsordnung zu beschließen, wonach die individuell erforderlichen Informationen in den Vierteljahresbericht aufgenommen werden müssten. Aus der Praxis wurde berichtet, dass es mittlerweile durchaus Direktkontakte des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zu leitenden Angestellten gäbe. Diese Kontakte seien vom Vorstand zumeist nicht geliebt, aber in jedem Fall akzeptiert, sofern er entsprechend informiert werde. Diese Kontakte würden hauptsächlich in den Bereichen Revision und Compliance stattfinden, aber auch im Bereich der Rechnungslegung. Darüber hinaus müsse man sich die Frage stellen, ob dem Aufsichtsrat – vor dem Hintergrund der Betonung des Risikomanagements – nicht künftig ein Recht zum Direktkontakt mit der BaFin eingeräumt werden müsste. Die Teilnahme von Vertretern der BaFin an Sitzungen des Aufsichtsrats ohne deren Äußerung sei aus Sicht des Aufsichtsrats dann mit einem Wertzuwachs verbunden, wenn im Nachgang zu der Sitzung eine

Besprechung der behandelten Themen erfolgen dürfte. Umgekehrt sollte dem Aufsichtsrat das Recht zustehen, bei der Feststellung von gravierenden Verstößen die BaFin direkt kontaktieren zu dürfen. Das wurde dahingehend ergänzt, dass man diese beiden Fragestellungen parallel regeln müsste, um Wertungswidersprüchen vorzubeugen.

Die Nachfrage, ob man unter den heute erweiterten Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats zu einer anderen Einschätzung hinsichtlich einer Klagepflicht bei einer Vorstandstätigkeit außerhalb des Unternehmensinteresses käme, wurde von Dreher für die Praxis verneint. Der Haftungsautomatismus, der der Rechtsprechung des BGH entnommen werde, das ein bestehender Anspruch auch durchgesetzt werden müsse, sei wohl auch bei veränderter Position des Aufsichtsrats nicht mehr rückholbar. Das Urteil sei aus seiner Sicht überinterpretiert. Es bestehe auch bei einer schadenersatzberechtigenden Tätigkeit des Vorstands immer noch das Unternehmensinteresse und dies könne im Einzelfall das Interesse an einer Schadenersatzklage überwiegen. Eine solche Abwägung müsse aber auch einzelfallbezogen stattfinden. Die Praxis würde jedoch den Weg gehen in jedem Fall eine Schadenersatzklage zu erheben wie der Fall Siemens jüngst gezeigt hätte. Hommelhoff stimmte dem zu. Für den Fall das sich der Vorstand außerhalb des unternehmerischen Interesses bewege, sei der Aufsichtsrat verpflichtet tätig zu werden. Das sei jedoch nicht gleichbedeutend mit einer Pflicht zur Klageerhebung.

Im Zusammenhang mit der Frage nach der rechtlichen Qualität der MaRisk im Vergleich zu der MaComp und deren unterschiedlicher Handhabung in der Praxis der Bank- und Versicherungswirtschaft, wurde auch auf die Prüfungspraxis der Wirtschaftsprüfer und der Bundesbank verwiesen, die diese Vorgaben mit der Begründung einer Ermessenreduzierung gegen Null als Maßstab für ihre Prüfungen zugrunde legen würden. Dreher führte aus, dass die Rechtsnatur bei den MaRisk und den MaComp identisch sei. Es handele sich nicht um unmittelbar geltendes Recht und ebenfalls nicht um 1:1 anwendbare Handlungsleitlinien. Es handele sich hierbei um die Interpretation der Verwaltungsbehörde (BaFin) zu den Vorschriften §§ 25a KWG, 64a VAG und § 33 WpHG. Eine direkte Anwendung der MaRisk oder der MaComp sei sicherlich bequem, aber nicht in jedem Fall angemessen. Es müsse in jedem Fall eine Individualisierung auf das jeweils be-

troffene Unternehmen stattfinden. Die „gehorsame“ Übernahme in der Bankwirtschaft stelle aus seiner Sicht eher ein übereifriges, schematisches Abhaken eines Musterkataloges dar. Hommelhoff erwiderte, dass die MaComp, die ihre Grundlage in § 33 WpHG habe, etwas differenzierter zu betrachten sei. Diese Vorschrift befaße sich als einzige mit Vorgaben für ein Compiancesystem. Dies schaffe für Wertpapierdienstleister ein enges Regelwerk, das eingehalten werden müsse mit konkreten Vorgaben zur Einrichtung und Sicherstellung bestimmter Abläufe, deren Kontrolle, usw. Für Wertpapierdienstleister bestehe insoweit wenig Möglichkeit zur Individualisierung der Vorgaben. Eine Übernahme auf §§ 25a KWG, 64a VAG verbiete sich jedoch. Dreher schärfte seine Aussage nach. § 33 WpHG enthalte ein Angebot, dass ein Compiancesystem so organisiert werden könne, dass die Hauptaufgaben den Vorgaben der MaComp i.V.m. § 33 WpHG entsprächen. Es sei trotz allem die Prüfung der Angemessenheit für das jeweilige Unternehmen erforderlich. Diesen Ausführungen widersprach Meyer mit Blick auf die Praxis. Es sei unbestritten, dass den MaRisk keine Gesetzesqualität zukomme, aber die BaFin verfüge in der Praxis sehr wohl über Repressionsmöglichkeiten die MaRisk oder die MaComp durchzusetzen. Ein Unternehmen, das die Vorgaben der MaRisk nicht erfülle, verfüge nach Diktion der BaFin über keine ordnungsgemäße Geschäftsführung, womit die Möglichkeit zur Abberufung der Geschäftsleitung bestehe. Für den Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens ergäbe sich ein weiteres schwerwiegendes Problem. Die MaRisk sei für Versicherungsunternehmen Bestandteil von Solvency II. Solvency II stelle nicht nur Mindestanforderungen an das Eigenkapital, sondern schaffe die Möglichkeit für die BaFin, zusätzliche, eigene Kapitalanforderungen stellen zu können, wenn bestimmte operationelle Risiken vorhanden seien. Hier schließe sich der Kreis zu den MaRisk wieder. Der Verweis auf einen eigenen Ermessenspielraum des Aufsichtsrats bei der Handhabung dieser Interpretationshilfe greife in der Praxis nicht. Dreher betonte, dass er weder für ein formelhaftes Abhaken noch für eine Missachtung der MaRisk sei, sondern für eine reflektierte Anwendung der MaRisk plädiere.

Hasford wandte den Blick auf Konzernunternehmen. Dort fände die Überwachung teilweise nur noch auf einem „verdünnten“ Aggregationsniveau statt. Als Beispiel wählte er einen Versicherungskonzern. Das verdichtete Kontrollsystem bei einer Lebensversicherungs- oder Schaden/Unfalltochter

bedeute faktisch, dass der Wirtschaftsprüfer ebenso wie der Verantwortliche Aktuar ein höheres Aggregationsniveau präsentierten. Auf der Ebene der Obergesellschaft fehle der Posten des Verantwortlichen Aktuars völlig und damit herrsche dort ein schwächeres Kontrollsystem. Zudem sei die Frage der Selbstkontrolle kritisch zu hinterfragen, wenn die Vorstände aus der Obergesellschaft in den Aufsichtsräten der Untergesellschaften bestellt seien. Es stelle sich dann auch die Frage wie weit die Selbstorganisationspflicht der Aufsichtsrats dann gehe und ob konsequenterweise alle Inhalte, die den gleichen Erheblichkeits- und Materialitätsgrad haben wie die Vorstandsvergütung, künftig abschließend im Aufsichtsratsplenum behandelt werden müssten. Hommelhoff merkte einleitend an, dass man sich mit Blick auf den Konzern auf rechtlich unsicheren Boden begäbe. Es sei bis heute nicht abschließend geklärt, ob man den Konzern ggf. als Einheitsunternehmen anzusehen habe oder ob man den Konzern von seinen Einzelbausteinen, den Untergesellschaften, her sehen müsse. Die Rechtsfigur Konzern existiere so nicht, auch wenn die Praxis anders verfare. Es sei strittig, ob man der Sichtweise der Praxis aus Rechtsgründen unter dem Aspekt, welche Informationen müssten von unten nach oben geliefert werden, damit die Konzernspitze ihrer Leitungspflicht und der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht abbilde, folgen sollte. Davon unabhängig sei die Betrachtung, welche Vorgehensweise sich praktisch empfehle.

Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft sei unmissverständlich für alle Unternehmen zuständig. Er müsse den Vorstand der Obergesellschaft anweisen, ein den Anforderungen entsprechendes Monitoring der Untergesellschaften durchzuführen und alle erforderlichen Informationen einzuholen. Der Vorstand müsse alle Informationen bei den Untergesellschaften einholen, die sich auf die Obergesellschaft auswirken könnten. Dieses Vorgehen spräche für die Sicht des Konzerns als Einheitsunternehmen und werfe die spannende weitere Frage auf, ob die Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften aus der Verantwortung entlassen sind. Diese Frage breche sich häufig an dem Thema der Festsetzung der Vorstandsvergütung, § 87 AktG, seine Bahnen. Sie müsse allerdings verneint werden. Die Festsetzung der Vorstandsvergütung könne nicht von oben erfolgen. Die Sicht auf den Konzern sei zwar einerseits auf das Einheitsunternehmen ausgerichtet, andererseits werden bestimmte Verantwortlichkeiten definitiv den Untergesellschaften zu ihren Aufsichtsräten zugewiesen. Zur Absicherung könne man daher

nur eine doppelte Überwachung empfehlen. Dreher ergänzte, dass man diesbezüglich wohl an die Grenze des Modells von den zwei Hüten stoße und doch einen „handfesten“ Interessenkonflikt habe, der nicht ohne Weiteres zu lösen sei. An dieser Stelle würde sich dann die eingangs von Weber-Rey gestellte Frage nach einem Übernahme- oder ggf. Auswahlverschulden bei der Bestellung des Aufsichtsrats wiederholen. Hommelhoff entgegnete, dass das Befolgen dieser Ansicht den Tod des faktischen Konzerns bedeuten würde. Der Gesetzgeber habe mit den Regelungen in §§ 312-314 AktG Regelungen getroffen, um antizipierten, unerträglichen Interessenkonflikten vorzubeugen. Dreher erwiderte, dass unter der Prämisse, dass die Aufsicht innerhalb des Konzerns funktioniere, keine Änderung im deutschen System erforderlich sei. Etwas anderes müsse ggf. für den Fall gelten, dass die Aufsicht innerhalb des Konzerns nicht funktioniere. Daneben sei zu bedenken, dass § 64a Abs. 3 VAG Anforderungen an den Konzern stelle, die zu der problematischen Konstellation führen könnte, dass unter aufsichtsrechtlichen Anforderungen mehr Informationen gefordert werden, als nach den Regelungen des Gesellschaftsrechts herausgegeben werden müssten.

Dem fügte Hemeling an, dass es einen fatalen Automatismus darstelle, wenn Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft mit der Begründung eines Interessenkonfliktes automatisch für ungeeignete Aufsichtsratsmitglieder in den Untergesellschaften erachtet würden. Dann solle man den Weg konsequent zu Ende gehen und das VAG als *lex specialis* zum AktG verstehen. Auf Nachfrage von Dreher, der diese These ablehnte, führte er aus, dass *de lege lata* kein Vorrang des VAG bestehe. Man müsse sich aber die Frage stellen, wie man den Konflikt im Zusammenhang mit der Diskussion um Interessenkonflikte lösen könne. Wenn aufgrund vermeintlicher Interessenkonflikte die Leitung eines Konzerns unmöglich sei, weil aufsichtsrechtliche Vorgaben bestünden, die gesellschaftsrechtlich und damit faktisch nicht umsetzbar seien, dann müsse es dem Vorstand der Konzernobergesellschaft ermöglicht werden, *de lege ferenda* direkte Vorgaben im Konzern zu machen und durchzusetzen, z.B. im Bereich der Rechnungslegung und ggf. weiteren Bereichen. Insbesondere mit Blick auf die fortschreitende Entwicklung im Aufsichtsrecht mit Bezug zu Solvency II.

Meyer merkte an, dass das Modell des Konzerns in der Versicherungswirtschaft aufgrund des Spartentrennungsprinzips eine derart große Verbreitung aufweise. Als Normalfall müsse man für diesen Wirtschaftszweig den Vertragskonzern ansehen und dann müsse man davon ausgehen, dass alle Anforderungen, die in den Einzelgesellschaften bestünden, als Berichtspflicht auf die Konzernebene hochzuziehen seien. Dies umso mehr als manche Untergesellschaften lediglich als Hülle fungierten, für die zwar Bilanzen erstellt würden, die aber im Extremfall gar nicht über eigene Mitarbeiter verfügten. Hommelhoff griff den Aspekt auf und führte aus, dass das Spartentrennungsprinzip nichts anderes sei, als das hehre Prinzip des Konzerns Risiko- und Haftungsinselfen zu bilden, damit im Ernstfall nicht der ganze Konzern zum Scheitern verurteilt sei. Wenn man diese Haftungstrennung aufrechterhalten wolle, müsse man die entsprechenden Konsequenzen ziehen, d.h. autonome Tochter- und Enkelgesellschaften antizipieren. Er appellierte daran in Systemen zu denken.

Weiterhin wurde allgemein angemerkt, dass sich die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrates gar nicht so sehr gewandelt hätten, auch nicht im Hinblick auf Beratungspflichten gegenüber dem Vorstand. Vielmehr habe sich die Diskussion gewandelt, ob der Aufsichtsrat seine Aufgabe vernünftig wahrnehme. Es herrsche kein Informationsdefizit, sondern eine Informationsschwemme. Bezogen auf die einzelne Aufsichtsratssitzung müsse man sagen, dass eine Überflutung mit Informationen in Form von Power Point Präsentationen mit mehr als hundert Charts keine Seltenheit sei. Um eine qualitativ hochwertige Arbeit leisten zu können, müssten sich die Aufsichtsratsmitglieder gegen eine solche Schwemme verwehren. Es gäbe ausreichend Sachverstand und Erfahrung in den Aufsichtsräten, um den Vorständen klare Vorgaben bezüglich der erforderlichen Informationen und des Umfangs ihrer Präsentation zu machen.

Die zu Beginn von Weber-Rey angestoßene Diskussion, um die Anwendung der Business Judgment Rule und ein ggf. vorliegendes Übernahme- bzw. Auswahlverschulden wurde erneut aufgegriffen. Die Verwendung des Terminus Übernahmeverschulden wurde dabei in Frage gestellt. Mit der Zustimmung des Kandidaten zur Annahme eines angetragenen Mandats, werde dieses Mandat schließlich noch nicht ausgeübt. Die Tatsache, dass man sich zur Ausübung bereits erkläre, müsste bei der Bestimmung eines

Verschuldens im Sinne der Business Judgement Rule außen vor sein. Dem wurde insoweit beigeplichtet, als der maßgebliche Zeitpunkt der Amtsantritt sei und die nicht die Annahme des Mandats. Dieser Zeitpunkt sei dann aber bindend für die Feststellung der Eignung. Eine Nachqualifizierung wie sie von der BaFin zugelassen werden solle, sei gesellschaftsrechtlich nicht zulässig. Bezogen auf ein mögliches Auswahlverschulden bei der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern müsse man festhalten, dass die Business Judgement Rule die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens vorschreibe. Man müsse geeignete Kandidaten aussuchen und davon überzeugt sein, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Wenn dann im Einzelfall im Laufe der Tätigkeit festgestellt werden müsse, dass der Kandidat der Falsche sei, scheidet eine Haftung aus dem Aspekt des Auswahlverschuldens jedoch aus. Dem wurde entgegen gehalten, dass die Einhaltung von Verfahrensregeln alleine nicht ausreichend sei. Das Anforderungsprofil könne mit einem ungeeigneten Kandidaten nicht erfüllt werden und dann müsse man doch von einem Auswahlverschulden ausgehen. Auf die Erwiderung, dass die Anforderungsprofile teilweise so detailliert gefasst seien, dass man keinen einzigen Kandidaten für die Tätigkeit finden könne, wurde Übereinstimmung gefunden, dass in diesen Fällen kein Auswahlverschulden vorliegen könne. Es sei aber auch in diesen Fällen nicht zulässig, irgendjemandem die Position anzutragen.

Abschließend betonte Hommelhoff noch einmal die rechtspolitische Bedeutung der Diskussion um den Einheitskonzern bzw. das aufgefächerte Konzernrecht wie es zurzeit die gültige deutsche Sichtweise darstelle. Unter den neuen Anforderungen sei die rechtliche Konstellation des Einheitskonzerns u.U. die passende Lösung. Diese Grundsatzfrage müsse vom Gesetzgeber geklärt werden. Ebenso müsse der Gesetzgeber das Zusammenwirken von speziellem Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht ernster nehmen und zu systemtreuen Regelungen kommen. Regelungen, wie § 87 Abs. 3 VAG, die der BaFin als Verwaltungsbehörde das Recht einräume von einem Aufsichtsrat die Abberufung eines Vorstandsmitglieds zu verlangen, seien ein solcher Systembruch. Wenn einer Verwaltungsbehörde das Recht zur Untersagung der Berufsausübung eingeräumt werde, dann solle sie dieses auch selbständig wahrnehmen müssen. Ansonsten führe es im Falle eines Prozesses zu der widersinnigen Konstellation, dass vor einem Zivilgericht die Zulässigkeit bzw. Angemessenheit einer Verwal-

tungsentscheidung geprüft werden müsste. Armbrüster ergänzte diese Ausführungen um die parallele Problematik des Rechts der BaFin, bei Unterschreiten der Solvabilitätsspanne die Auszahlung der Vorstandsvergütung untersagen zu dürfen. Anders als die im Gesellschaftsrecht geregelte Befugnis – und Pflicht – des Aufsichtsrats, in einem solchen Fall unter Umständen die Vorstandsbezüge zu kürzen, müsse man das Recht der BaFin wohl so verstehen, dass seine Ausübung nur die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs hinausschiebe. Der öffentlich-rechtliche Regelungsansatz kollidiere auch in diesem Fall mit demjenigen des Gesellschaftsrechts.

3. BaFin-Aufsicht – Duplizierung oder Ergänzung?

Gabriele Hahn, Exekutivdirektorin BaFin

Hahn thematisierte zunächst die Aufsicht über das Versicherungsunternehmen durch den Aufsichtsrat, um dann in einem zweiten Teil dessen Aufgaben und Zielsetzungen mit denen der Aufsicht durch die BaFin zu vergleichen. Zum Abschluss gab die Vortragende Antwort auf die Frage, ob es sich bei den beiden Aufsichtsregimen um eine Duplizierung oder Ergänzung handle. Ihre Ausführungen bezogen sich dabei auf Versicherungsaktiengesellschaften und größere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Es wurde betont, dass die Ausführungen grundsätzlich auch auf Pensionsfonds und auf kleinere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, soweit diese von der Möglichkeit zur Bestellung eines Aufsichtsrats Gebrauch gemacht hätten, zuträfen.

Die Kernaufgabe des Aufsichtsrats sei gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Überwachung der Geschäftsführung. Diese Überwachungsaufgabe lasse sich dabei in fünf Kategorien unterteilen: die Überwachungsziele, die Überwachungsinhalte, die Überwachungsmaßstäbe, die Überwachungszeiträume und die Überwachungsintensität. Die Unterteilung in diese Kategorien vereinfache den Vergleich mit der Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen durch die BaFin. Daneben sei die Bestellung von Vorstandsmitgliedern und speziell bei Versicherungsunternehmen die Bestellung des Verantwortlichen Aktuars eine wichtige Aufgabe des Aufsichtsrats.

Die Überwachungsziele des Aufsichtsrats seien mit den Leitungszielen des Vorstands identisch. Der Aufsichtsrat sei ebenso Organ der Gesellschaft wie der Vorstand und verpflichtet, die Ziele des Unternehmens zu sichern. Die Wahrung des Unternehmensinteresses beanspruche dabei oberste Priorität. Es umfasse zumindest die Bestandssicherung, aber ebenso die Sicherung von Wachstum und Rendite für das Unternehmen.

Bei der Aktiengesellschaft gehöre nach herrschender Meinung auch die Sicherung der Interessen der Aktionäre, Mitarbeiter und sonstiger Stake-

holder zum Unternehmensinteresse, wobei eine Abwägung der Interessen im Einzelfall statt zu finden habe. Die Sicherung dieser Interessen und die Abwägung der Interessen gegeneinander seien zwar nicht ausdrücklich im Gesetz verankert, jedoch im Deutschen Corporate Governance Kodex festgeschrieben. Eine abweichende Meinung vertrete noch die Auffassung, dass die Interessen der Aktionäre den Interessen anderer Stakeholder vorgehen müssten.

Die inhaltliche Ausgestaltung der Überwachungspflichten beziehe sich dabei nicht auf die gesamte Geschäftstätigkeit, sondern vorrangig auf die Leitungstätigkeit des Vorstands im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG. Teilweise seien die Inhalte vom Gesetzgeber konkretisiert worden. So habe der Aufsichtsrat den Rechnungslegungsprozess und die Abschlussprüfung zu überwachen, sowie die Wirksamkeit des internen Kontrollsystems des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems. Für diese Bereiche ergebe sich die Überwachungsverpflichtung indirekt aus § 107 Abs. 3 S. 2 AktG. Gemäß dieser Vorschrift sei der Aufsichtsrat zur Einrichtung eines Ausschusses für die Prüfung dieser inhaltlichen Bereiche berechtigt; dann müsse er auch die Pflicht zur Überwachung dieser Bereiche haben. Weiterhin müsse der Aufsichtsrat den Jahresabschluss prüfen, § 171 Abs. 1 S. 1 AktG, und als wichtige Besonderheit für Versicherungsunternehmen trete die Pflicht zur Prüfung des Erläuterungsberichts des Verantwortlichen Aktuars hinzu, § 11a Abs. 2 S. 2 VAG.

Als Maßstab für die Überwachungstätigkeit gelte die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit bzw. Untätigkeit des Vorstands. Die Legalitätskontrolle des Aufsichtsrats sei dabei das Spiegelbild der Legalitätsverpflichtung des Vorstands. Der Aufsichtsrat sei verpflichtet zu kontrollieren, ob der Vorstand sich an seine gesetzlichen Verpflichtungen halte. Das betreffe z.B. die Einrichtung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation im Sinne des § 64a VAG und hierbei insbesondere das angemessene Risikomanagement. Weitere Maßstäbe neben der Rechtmäßigkeit seien die Ordnungs- und Zweckmäßigkeit, d.h. die Wirtschaftlichkeit. Diese spielten in der Versicherungsbranche gegenüber der Legalitätskontrolle eine untergeordnete Rolle. Im Gegensatz zu anderen Branchen sei die Versicherungswirtschaft sehr stark reguliert. Dementsprechend habe der Vorstand eines Versicherungsunternehmens deutlich mehr gesetzliche Regelungen zu beachten.

Das Legalitätsprinzip sei dabei das Bindeglied zwischen der Aufsicht nach dem Aktienrecht und der Aufsicht nach dem Aufsichtsrecht. Das Aufsichtsrecht verschärfe in vielerlei Hinsicht die Anforderungen des Aktienrechts, etwa beim Risikomanagement. Nach den Vorschriften des AktG sei der Vorstand „nur“ verpflichtet, ein Überwachungssystem zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen einzurichten, § 91 Abs. 2 AktG. Es gebe nach überwiegender Ansicht keine Verpflichtung zur Einrichtung eines umfassenden Risikofrüherkennungssystems. Eine Versicherungsaktiengesellschaft habe demgegenüber im Rahmen der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation über ein angemessenes Risikomanagement zu verfügen. Dies sei einer der wichtigsten Bestandteile der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation u.a. im Hinblick auf Solvency II. § 64a VAG regle das Erfordernis einer Risikostrategie und eines internen Kontrollsystems, deren Details sich dann aus den MaRisk VA (= Rundschreiben 03/2009 der BaFin) ergeben. Dies gelte bis auf wenige Ausnahmen für alle Versicherungsunternehmen und schaffe damit im Vergleich zu anderen Branchen eine spürbare Belastung. Andererseits diene das Risikomanagement in erster Linie nicht der Aufsicht. Vielmehr solle es das Unternehmen in die Lage versetzen, seine Strategie so auszurichten, dass alle Risiken erkannt und ihnen begegnet werden könne. Dies sei im ureigensten Interesse der Unternehmen, ihrer Aktionäre und der Versicherten.

Der Zeitraum der Überwachung durch den Aufsichtsrat sei zum einen vergangenheitsbezogen und zum anderen, soweit es die präventive Überwachung betreffe, gegenwarts- und zukunftsbezogen. Die vergangenheitsbezogene Überwachung umfasse die abgeschlossene Leitungstätigkeit des Vorstands, z.B. den Prüfbericht oder ggf. die Prüfung von Schadenersatzansprüchen. Demgegenüber umfasse die präventive Überwachung das Risikomanagement. Die Beratung des Vorstands solle ein Unterfall der Überwachung sein.

Die erforderliche Überwachungsintensität sei von der Lage des jeweiligen Unternehmens abhängig. So erfordere eine Sonderlage, hierunter falle eine wirtschaftliche angespannte Lage des Unternehmens, eine andere Intensität der Überwachung als eine Normallage. Grundsätzlich gelte die Faustregel, je angespannter die wirtschaftliche Situation, desto intensiver ist die Leitungstätigkeit zu überwachen. Eine intensivere Überwachung sei auch er-

forderlich, wenn bedeutsame Entscheidungen anstehen, z.B. größere Investitionen oder die Erschließung neuer Geschäftsfelder. Diesbezüglich ziehe § 111 Abs. 4 S. 1 AktG eine Grenze. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat haben jedoch für bestimmte Arten von Geschäften ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats festzuschreiben, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Hinsichtlich der Bestellung und ggf. Abberufung von Vorstandsmitgliedern habe der Aufsichtsrat vorab zu prüfen, ob die Kandidaten die Anforderungen des AktG, z.B. § 76 Abs. 3 AktG, und ggf. der Satzung erfüllen. So könne die Satzung fordern, dass das potentielle Vorstandsmitglied eine Mindestanzahl von Unternehmensaktien halten müsse. Sofern es sich um ein Versicherungsunternehmen handele, sei zusätzlich zu prüfen, ob der Kandidat die gemäß § 7a Abs. 1 S. 1 VAG erforderliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung für die Ausübung des Postens besitze. Diese Prüfung sei zwingend und lasse keinen Ermessensspielraum zu. Hinsichtlich weiterer, weder im Gesetz noch in der Satzung geregelter, Kriterien stehe dem Aufsichtsrat jedoch ein Ermessensspielraum zu. Die Bestimmungen über die Anforderungen an die Bestellung und Entlassung des Verantwortlichen Aktuars durch den Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens seien in § 11a VAG geregelt. Demnach müsse der Aufsichtsrat ebenfalls vorab die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung des Kandidaten überprüfen, § 11a Abs. 1 S. 2 VAG. In jedem Fall habe der Aufsichtsrat die Verpflichtung zur laufenden Überwachung der Tätigkeit.

Wenn man diese Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats nun mit der Überwachungsaufgabe der BaFin vergleiche, lassen sich eine Reihe von wichtigen Überschneidungen in den unterschiedlichen Kategorien feststellen. Sowohl der Aufsichtsrat als auch die BaFin überwachten den Vorstand hinsichtlich der Errichtung/Unterhaltung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation im Sinne des § 64a VAG, insbesondere mit Blick auf ein angemessenes Risikomanagement. Beide kontrollierten den Jahresabschluss und überprüften bei der Bestellung eines Geschäftsleiters dessen Qualifikation und überwachten dessen Tätigkeit. Die Überwachung des Vorstands sei in beiden Aufsichtssystemen nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern mit Blick auf die präventive Aufsicht auch gegenwarts- bzw.

zukunftsbezogen. Und in beiden Aufsichtssystemen hänge die erforderliche Überwachungsintensität von der Lage des Versicherungsunternehmens ab.

Um verstehen zu können, welche Gründe den Gesetzgeber zu der Schaffung von zwei Aufsichtssystemen für Versicherungsunternehmen bewogen habe, müsse man auf die Unterschiede der Systeme abstellen. Das primäre Überwachungsziel des Aufsichtsrats sei die Wahrung des Unternehmensinteresses, besonders die Bestandssicherung des Unternehmens. Die primären, gesetzlich festgeschriebenen Ziele der BaFin seien die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten in ihrer Gesamtheit (Rechtsaufsicht), die Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen (Finanzaufsicht) und die Gewährleistung eines gesetzmäßigen Betriebs des Versicherungsgeschäftes. Die Verfolgung dieser Ziele diene mittelbar auch dem Unternehmensinteresse. Denn nur ein solventes Versicherungsunternehmen sei letztlich in der Lage die Ansprüche seiner Versicherten langfristig zu erfüllen. Es sei aber nicht das primäre Ziel der Aufsicht der BaFin, sondern lediglich ein „Beiprodukt“. Weitere allgemein anerkannte Ziele der Aufsicht durch die BaFin seien der Schutz der Funktionsfähigkeit des gesamten privaten Versicherungswesens und die Sicherung der Finanzmarktstabilität. Die Sicherung der Finanzmarktstabilität lasse sich zum einen aus dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz ableiten, werde wohl aber zukünftig im VAG festgeschrieben werden, wenn die Umsetzung der Solvency II Richtlinie erfolge. Die Sicherung der Finanzmarktstabilität sei in Art. 28 der Richtlinie als Nebenziel ausdrücklich festgeschrieben. Der Schutz der Interessen der Aktionäre sei dagegen gerade kein Überwachungsziel der BaFin. Diesen Interessen sei allein der Aufsichtsrat verpflichtet.

Weitere wichtige Unterschiede in den Zielsetzungen der Aufsichtssysteme seien beim Umfang der Überwachung des Vorstands, der Legalitätskontrolle und der Abberufung von Geschäftsleitern festzustellen. Der Aufsichtsrat überwache den Vorstand, und zwar mit dem Fokus auf dessen Leitungstätigkeit. Die BaFin überwache demgegenüber den gesamten Geschäftsbetrieb des Versicherungsunternehmens, § 81 Abs. 1 S. 1 VAG. Anders als den Aufsichtsrat interessiere sich die BaFin dabei nicht für die Unternehmensstrategie. Sie sei nur daran interessiert, dass der Geschäfts-

betrieb dergestalt organisiert werde, dass der Schutz der Versicherten in ihrer Gesamtheit und die Erfüllbarkeit ihrer Ansprüche soweit wie möglich sichergestellt werden. Die Überwachung der BaFin sei diesbezüglich auf einen weiteren Personenkreis ausgerichtet, in der Zielrichtung selbst jedoch enger gefasst. Die Legalitätskontrolle und die Kompetenzen der BaFin bei der Abberufung von Geschäftsleitern seien ebenfalls enger gefasst als die des Aufsichtsrats. So beziehe sich die Legalitätskontrolle durch den Aufsichtsrat auf alle gesetzlichen Vorschriften, die der Vorstand bei Ausübung seiner Tätigkeit zu beachten habe, während die Aufsicht der BaFin z.B. nicht auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben des BDSG oder des GWB beziehe. Im Gegensatz zum Aufsichtsrat könne die BaFin nur im Falle von mangelnder fachlicher Eignung oder Unzuverlässigkeit die Abberufung von Geschäftsleitern vom Aufsichtsrat verlangen, § 87 Abs. 6 VAG. Ein eigenes Rechts zur Abberufung stehe ihr nicht zu. Diese Begrenzung ihrer Kompetenzen bei der Überwachung sei bedingt durch die primäre Zielsetzung ihrer Überwachungsaufgabe zum Schutz der Versicherten. Dieser Schutz sei bereits mit den im Gegensatz zum Aufsichtsrat begrenzten Kompetenzen zu verwirklichen. Der Aufsichtsrat könne hingegen weitere Aspekte in seine Entscheidung zur Abberufung eines Geschäftsleiters einbeziehen, § 84 Abs. 3 AktG. Es sei bereits ausreichend, wenn ein wichtiger Grund vorliege, z.B. der Entzug des Vertrauens durch die Hauptversammlung. Gerade bei der Abberufung von Geschäftsleiters zeige sich die unterschiedliche Zielsetzung der beiden Aufsichtssysteme sehr deutlich.

Zusammenfassend stellte die Vortragende fest, dass es grundsätzlich eine Reihe von Überschneidungen bei der Überwachungsintensität und den Überwachungszeiträumen gibt. Darüber hinaus bestünden auch Überschneidungen gegenständlicher Art, wie etwas bei der Prüfung der Qualifikation der Geschäftsleiter oder des Risikomanagements. Soweit die Überschneidungen gegenständlicher Art seien, stelle sich die Frage, ob die beiden Aufsichtssysteme sich ergänzen oder ob eine unnötige Duplizierung der Überwachungsaufgaben vorliege.

Aus Sicht der BaFin sei eine Ergänzung der Aufsichtssysteme gegeben. Sie begründete dies mit den unterschiedlichen Überwachungszielen und dem aus ihrer Sicht noch wichtigeren Argument der Bedeutung des Versiche-

rungswesens für die Gesellschaft, das Funktionieren der Gesellschaft und das Vertrauen der Menschen in diese Gesellschaftsstruktur.

Die gegenseitige Ergänzung der Aufsichtssysteme schließe dabei nicht den Vorrang eines der Systeme aus. Als Beispiel hierfür nannte sie die Bestellung des Geschäftsleiters. Unter der Prämisse, dass alle gesetzlichen und satzungsmäßigen Anforderungen in der Person des Kandidaten gegeben seien, könne der Aufsichtsrat im Gegensatz zur BaFin noch Ermessen ausüben. Der Aufsichtsrat könne z.B. berücksichtigen, ob mit der Bestellung auch die Interessen der Aktionäre gewahrt wären. Die BaFin müsse dagegen jede ausgewählte Person akzeptieren, die fachlich geeignet und zuverlässig ist, § 13d Nr. 1, § 87 Abs. 6 VAG. Ein vergleichbares Bild ergäbe sich bei der Abberufung von Geschäftsleitern. Für diesen Bereich sei also die Aufsicht (interne Kontrolle) durch den Aufsichtsrat vorrangig. Das gelte tendenziell auch für weitere Bereiche. Das sei aus ihrer Sicht korrekt, da der Aufsichtsrat als internes Organ der Gesellschaft im Unternehmensinteresse tätig werde und bei der Gestaltung interner Strukturen das Wohl des Unternehmens berücksichtigen könne (und müsse) und deshalb an „vorderster Front“ im Aufsichtssystem stehen müsse. Aufgrund seiner Informationslage könne der Aufsichtsrat diese Aufgabe auch wahrnehmen. Die BaFin habe demgegenüber „nur“ die Wahrung der Belange der Versicherungsgemeinschaft zum Ziel. Aus dieser Zielsetzung heraus sei es ihre Aufgabe zu prüfen, ob die Aufsicht, wie sie durch den Aufsichtsrat wahrgenommen wird, im Sinne der Versicherungsgemeinschaft funktioniere. Daher sei es eine logische Folge, dass die BaFin die Mitglieder des Aufsichtsrats und deren Tätigkeit kontrolliere und sich diese nicht durch die Aufsichtstätigkeit der BaFin entlasten könnten. Es fände keine Verschiebung von Verantwortlichkeiten aufgrund der Kontrolle der BaFin statt.

Als Fazit ihres Vortrages hob Hahn die Ergänzung der Aufsichtssysteme hervor. Auch soweit es Überschneidungen gegenständlicher Art gebe, handle es sich wegen der Bedeutung des Versicherungswesens für das öffentliche Interesse nicht um eine unnötige Verdopplung. Tendenziell habe die interne Kontrolle durch den Aufsichtsrat Vorrang. Dies bedinge wiederum die besondere Bedeutung der Kontrolle der Aufsichtsratsmitglieder durch die BaFin.

Die Aufsicht über Versicherungsunternehmen durch Aufsichtsrat und BaFin – Duplizierung oder Ergänzung?

Gabriele Hahn, BaFin

Hamburg, 08.04.2011

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 1

Inhaltsübersicht

-  **Aufsicht über Versicherer durch den Aufsichtsrat (AR)**
-  **Vergleich mit der Aufsicht über Versicherer durch die BaFin**
-  **Duplizierung oder Ergänzung der Aufsicht?**
-  **Fazit**

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 2

Aufsicht durch Aufsichtsrat: Überblick

- Kernaufgabe des ARs: **Überwachung der Geschäftsführung** (§ 111 Abs. 1 AktG)
 - Überwachungs**ziele**
 - Überwachungs**inhalte**
 - Überwachungs**maßstäbe**
 - Überwachungs**zeiträume**
 - Überwachungs**intensität**
- Weitere wichtige Aufsichtsaufgaben des ARs: **Bestellung der Vorstandsmitglieder** und – bei Versicherern – des Verantwortlichen Aktuars

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 3

Aufsichtsrat: Überwachungsziele

- Überwachungsziele des ARs entsprechen Leitungszielen des Vorstands.
- Oberstes Ziel: Unternehmensinteresse wahren
- Umfasst mindestens die **Bestandssicherung**
- Darüber hinaus sind nach überwiegender Auffassung bei AG die Interessen der **Aktionäre**, der **Mitarbeiter** und der sonstigen *stakeholder* maßgebend (etwa Deutscher Corporate Governance Kodex, 4.1.1).  Interessenabwägung im Einzelfall
- Abweichende Ansicht: Vorrang der Interessen der Aktionäre (*shareholder value*)

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 4

Aufsichtsrat: Überwachungsinhalte

- Überwachung bezieht sich nicht auf die gesamte Geschäftsführung, sondern in erster Linie auf die **Leitungstätigkeit des Vorstands** i. S. d. § 76 Abs. 1 AktG.
- Inhalte teilweise gesetzlich konkretisiert; wichtige Beispiele:
- Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Abschlussprüfung sowie der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionsystems (folgt indirekt aus § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG)
- Jahresabschluss (§ 171 Abs. 1 Satz 1 AktG)
- Bei Versicherern: Erläuterungsbericht des Verantwortlichen Aktuars (folgt indirekt aus § 11a Abs. 2b Satz 2 VAG)

Aufsichtsrat: Überwachungsmaßstäbe

- Wichtigster Maßstab des ARs: **Rechtmäßigkeit** der (Un-) Tätigkeit des Vorstands
- Die Legalitätskontrolle durch den AR entspricht der Legalitätspflicht des Vorstands.
- Legalitätsprinzip ist bei Versicherern besonders ausgeprägt.
- Beispiel: AR muss darauf achten, dass Vorstand für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation i. S. d. § 64a VAG sorgt, besonders für ein angemessenes Risikomanagement.
- Weitere Maßstäbe: **Ordnungs- und Zweckmäßigkeit** (Wirtschaftlichkeit)

Aufsichtsrat: Überwachungszeiträume

- Vergangenheitsbezogene Überwachung abgeschlossener Leitungstätigkeiten des Vorstands
- Umfasst ggf. auch Prüfung von Schadenersatzansprüchen

- Gegenwarts- und zukunftsbezogene Überwachung = präventive Überwachung
- Beratung des Vorstands

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 7

Aufsichtsrat: Überwachungsintensität

- Abhängig von der Lage des Unternehmens
- Unterscheidung: **Normal- und Sonderlage**
- Je angespannter die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ist, desto intensiver muss die Überwachung des Vorstands durch den AR sein.
- Intensivere Überwachung auch, wenn bedeutsame Entscheidungen anstehen, etwa größere Investitionen
- Grenze für die Überwachung:** Maßnahmen der Geschäftsführung können dem AR nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG).
- Bestimmte Arten von Geschäften können jedoch der **Zustimmung des ARs** bedürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Präsentationstitel | 16.09.2011 | Seite 8

Aufsichtsrat: Weitere wichtige Aufgaben

- **Bestellung** (und ggf. Abberufung) **der Vorstandsmitglieder** (§ 84 Abs. 1 und 3 AktG)

- Vor Bestellung hat der AR zu prüfen: Anforderungen nach Aktiengesetz (z. B. § 76 Abs. 3) und Satzung sowie – bei Versicherern – Zuverlässigkeit und fachliche Eignung i. S. d. § 7a Abs. 1 Satz 1 VAG.

- Im Übrigen kann der AR bei Bestellung Ermessen ausüben.

- Spezialaufgabe nach VAG: **Bestellung** (und ggf. Entlassung) **des Verantwortlichen Aktuars** (§ 11a Abs. 2a VAG)

- Vor Bestellung muss der AR die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung i. S. d. § 11a Abs. 1 Satz 2 VAG prüfen.

- In beiden Fällen: nach Bestellung laufende Überwachung

Vergleich: Aufsicht durch AR und BaFin (1)

Wichtige Überschneidungen:

- Sowohl AR als auch BaFin achten darauf, dass Vorstand für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation i. S. d. § 64a VAG sorgt, besonders für ein angemessenes Risikomanagement.

- AR und BaFin kontrollieren den Jahresabschluss.

- AR und BaFin prüfen bei Bestellung Qualifikation der Geschäftsleiter und überwachen dann ihre Tätigkeit.

- AR und BaFin überwachen den Vorstand nicht nur vergangenheits-, sondern auch gegenwarts- und zukunftsbezogen (präventive Aufsicht).

- Die Überwachungsintensität hängt in beiden Fällen von der Lage des Versicherers ab.

Vergleich: Aufsicht durch AR und BaFin (2)

Unterschiede bei den Überwachungszielen:

- Wahrung des Unternehmensinteresses und Bestandssicherung: zwar Ziele der Aufsicht durch AR, nicht aber Ziele der nur im öffentlichen Interesse handelnden staatlichen Versicherungsaufsicht.

Ziele der Versicherungsaufsicht (u.a. § 81 Abs. 1 VAG):

- Ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten in ihrer Gesamtheit (Rechtsaufsicht)
- Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungen (Finanzaufsicht)
- Gesetzmäßiger Betrieb des Versicherungsgeschäftes

Vergleich: Aufsicht durch AR und BaFin (3)

Weitere Ziele der Versicherungsaufsicht:

- Schutz der Funktionsfähigkeit des gesamten privaten Versicherungswesens
- Sicherung der Finanzmarktstabilität (vgl. u.a. Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Artikel 28 der Solvency II Richtlinie).
- Versichertenschutz in Form der Finanzaufsicht durch die BaFin kann jedoch die Versicherer *mittelbar* schützen.
- Schutz der Interessen der Aktionäre: zwar Ziel der Aufsicht durch den AR, nicht aber Ziel der Aufsicht durch die BaFin.

Vergleich: Aufsicht durch AR und BaFin (4)

Weitere wichtige Unterschiede:

- Überwachung durch den AR bezieht sich vor allem auf den Vorstand, und zwar in erster Linie auf dessen Leitungstätigkeit.
- BaFin überwacht dagegen nicht nur Vorstand, sondern gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherer (§ 81 Abs. 1 Satz 1 VAG).
- Legalitätskontrolle durch den AR bezieht sich auf alle Gesetze, die der Vorstand beachten muss.
- BaFin ist dagegen nach dem VAG für eine Reihe wichtiger Gesetze **n i c h t** zuständig (z. B.: Bundesdatenschutzgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).
- Abberufung von Geschäftsleitern: AR (§ 84 Abs. 3 AktG) hat deutlich mehr Kompetenzen als BaFin (§ 87 Abs. 6 VAG).

Duplizierung oder Ergänzung der Aufsicht?

- Es gibt nicht nur Überschneidungen bei der Überwachungsintensität und den -zeiträumen, sondern auch Überschneidungen gegenständlicher Art, etwa bei der Prüfung der Qualifikation der Geschäftsleiter und des Risikomanagements.
- Soweit die Überschneidungen gegenständlicher Art sind, stellt sich die Frage, ob es sich um eine Duplizierung (im Sinne einer unnötigen Verdoppelung) der Aufsicht handelt, oder ob die Kontrolle durch den AR und die BaFin sich ergänzen.
- Aus Sicht der BaFin **ergänzen sich die Aufsichtsregime:**
- Überwachungsziele sind sehr unterschiedlich.
- Bedeutung des Versicherungswesens für die Gesellschaft rechtfertigt mehrfache Aufsicht.

Vorrang eines Aufsichtsregimes? (1)

- Dass die Aufsicht durch den AR und die BaFin sich ergänzen, schließt Vorrang eines Aufsichtsregimes nicht aus.
- Beispiel: Bestellung eines Geschäftsleiters
- Annahme: Alle Anforderungen nach Gesetz und Satzung sind erfüllt.
- AR kann Ermessen ausüben und dabei etwa Interessen der Aktionäre berücksichtigen.
- BaFin hat kein Ermessen; sie muss ggf. die vom AR ausgewählte Person akzeptieren (§ 13d Nr. 1, § 87 Abs. 6 VAG).
- Auch bei Abberufung von Geschäftsleitern hat der AR deutlich mehr Kompetenzen als die BaFin.

Vorrang eines Aufsichtsregimes? (2)

-  Bezüglich Geschäftsleitern ist die Aufsicht durch den AR (= interne Kontrolle) vorrangig.
- **Vorrang der internen Kontrolle** tendenziell auch in anderen Bereichen
- **Dementsprechend kontrolliert die BaFin die AR-Mitglieder** (vor allem § 7a Abs. 4 VAG; Merkblatt der BaFin vom 22.02.2010, s. www.bafin.de/Veroeffentlichungen).
- Keine Entlastung der AR-Mitglieder von ihrer Verantwortung aufgrund der Aufsicht durch die BaFin.

Fazit

- Die Aufsicht durch den AR und die BaFin ergänzen sich; auch soweit es Überschneidungen gegenständlicher Art gibt, handelt es sich wegen der Bedeutung des Versicherungswesens für das öffentliche Interesse **nicht** um eine unnötige Verdoppelung.
- Tendenzieller Vorrang der internen Kontrolle.
- Daher besondere Bedeutung der Kontrolle der AR-Mitglieder durch die BaFin.

Diskussion

Leitung: Dr. Lothar Meyer,

Aufsichtsrat ERGO Versicherungsgruppe AG

Die an den Vortrag anschließende Diskussion wies einen Schwerpunkt im Bereich der Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern und deren Abberufung bzw. die Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf, sowie die Frage der Prinzipienorientierung der Aufsicht durch die BaFin mit Blick auf die bestehende Regelungsdichte.

Zunächst fragte Rhein nach, ob und wenn wie die BaFin sicherstellen wolle, dass künftig alle Aufsichtsratsmitglieder über ausreichende Qualifikation für die Ausübung ihrer Tätigkeit verfügen. Von den zur Zeit tätigen geschätzten 8.000 Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften und größeren und kleineren Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit sei der größere Teil nicht oder nicht ausschließlich nach seiner Qualifikation berufen, sondern auch aus lokalen Gründen bzw. aus Gründen der Abbildung von Produzentengruppen. Diese würden nicht zweifelsfrei über die erforderliche Qualifikationen im Hinblick auf die Anforderungen im Rahmen Solvency II verfügen. Wenn man nun als primäre Aufgabe der BaFin die Kontrolle des Aufsichtsrats konstatiere, dann müsste in der Konsequenz die BaFin die nicht qualifizierten Aufsichtsratsmitglieder durch entsprechend qualifizierte Personen ersetzen. Hahn widersprach der Angabe, dass es sich bei der Kontrolle des Aufsichtsrats um eine primäre Aufgabe der BaFin handle. Die primäre Zielsetzung der Aufsicht durch die BaFin sei eine andere. Grundsätzlich könne man feststellen, dass die Anforderungen an Aufsichtsräte in vielerlei Hinsicht stark gestiegen seien bzw. sich auch stark gewandelt hätten. Das sei zunächst keine Spezialität des Versicherungswesens. Die BaFin werde zukünftig verstärkt auf die Eignung der Aufsichtsratsmitglieder achten und, sofern sie feststellen müsse, dass es an der erforderlichen Eignung fehle, dieses sicherlich deutlich aussprechen und im schlimmsten Fall die Ausübung der Tätigkeit untersagen. Sie betonte, dass die schärfste Sanktionsmöglichkeit niemals die erste Wahl sei. Wenn Tendenzen festzustellen seien, dass es an der erforderlichen Eignung fehle, sei der sachgerechte Weg sicherlich zunächst zu klären, wie ein Aufsichtsrat in die Lage versetzt werden könne, seine Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Dies könne durch geeignete Schulungsmaßnahmen erfol-

gen. Im Vordergrund müsse sicherlich die Frage nach entsprechenden Qualifizierungsmaßnahmen für Aufsichtsräte stehen. Auf Nachfrage von Weber-Rey, ob darunter eine Verpflichtung von Aufsichtsräten auf Schulungs- bzw. Fortbildungsmaßnahmen zu verstehen sei, gab Hahn zurück, dass es in erster Linie Aufgabe der Unternehmen sei, ihre Aufsichtsräte zu schulen oder diese zur Wahrnehmung von Schulungsmaßnahmen zu verpflichten. Weber-Rey hielt dagegen, dass der Corporate Governance Kodex für börsenorientierte Gesellschaften dem Einzelnen die Pflicht zur Ergreifung geeigneter Fortbildungsmaßnahmen zuweise und die Gesellschaft nur für besondere Themen in der Pflicht sehe. Man müsse sich fragen, ob diese Konstellation sinnvoll sei, da das Unternehmen durch den Vorstand repräsentiert werde und dieser damit seinem Aufsichtsrat bei besonderen Themen speziell auf Möglichkeiten und Notwendigkeiten der eigenen Überwachung hinweisen müsse. Müller wandte ein, dass dies natürlich auch eine Aufgabe der Mitgliedervertretung sei. Er wolle den Eindruck verhindern, dass die BaFin nicht über ausreichend Möglichkeiten zur Reaktion verfüge. Natürlich könne bei fehlender Eignung des Aufsichtsrats ein Sonderbeauftragter eingesetzt werden. Dieser Weg sei im Zweifel schneller und effektiver als eine langwierige Schulungsverpflichtung. Hahn wandte ein, dass diese Möglichkeit zwar bestehe, aber in der freiheitlichen Gesellschaftsordnung nicht das erste Mittel sei. Zunächst sei jeder selber dafür verantwortlich, für die erforderliche Qualifikation zu sorgen. Und es sei sicherlich sinnvoll, wenn der Vorstand seinen Aufsichtsrat z.B. durch Hinweise auf geeignete Fortbildungsmaßnahmen unterstütze. Die Eigenverantwortung der Aufsichtsratsmitglieder entfiere dadurch aber nicht.

Hommelhoff fragte nach, ob aus ihrer Sicht die Befugnis der BaFin die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 87 Abs. 8 VAG von den Organen der Gesellschaft verlangen zu können, deren Ermessensspielraum, der nach den Vorschriften des AktG besteht, auf Null reduzieren würde. Hahn antwortete, dass sie diese Frage gerne aus einer pragmatischen Sichtweise heraus beantworten möchte. Aus ihrer Sicht sei das gewichtigste Auslegungskriterium der Sinn und Zweck einer Regelung. Es mache Sinn, dass die BaFin, so sie zu der Erkenntnis komme, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats nicht die erforderliche Qualifikation besitze, dies dem Unternehmen mitteile und begründe. Die Organe der Gesellschaft könnten ihrerseits eine abweichende Meinung vortragen und begründen. Die BaFin

würde dann diese Meinung anhören, überprüfen und sicherstellen, dass alle Aspekte Berücksichtigung finden. Eine andere Vorgehensweise sei aus ihrer Sicht nicht sinnvoll. Hommelhoff fand diese Antwort nach eigenem Bekunden beruhigend. Hahn betonte erneut, dass grundsätzlich die interne Kontrolle vorrangig sei. Kutz merkte an, dass diese Diskussion aus seiner Sicht theoretischer Natur sei, da die BaFin in der Praxis noch kein einzelnes Aufsichtsratsmitglied moniert habe. Zudem bestünde für die zur Zeit berufenen Aufsichtsratsmitglieder ein Bestandsschutz bis zur nächsten Berufung. Er könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sich seit der Zusammenführung der Aufsichtsbehörden in der BaFin eine Änderung in der Art der Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen ergäben habe. So habe sich die Aufsicht von einer Gesamtaufsicht hin zu einer Personenaufsicht, wie sie im Bankenbereich etabliert sei, gewandelt. Hommelhoff wandte ein, dass die Diskussion nicht theoretischer Natur sei, da bereits vereinzelt Aufsichtsratsmitglieder durch die Aufsichtsbehörde abberufen worden seien. Hahn betonte, dass es sich insgesamt um Einzelfälle handele.

Michaels fragte nach, ob die Vortragende die „Gesprächsaufsicht“, wie sie in der Vergangenheit traditionell das Verhältnis von Aufsichtsbehörde und Versicherungsunternehmen geprägt habe und die juristisch wie politisch wiederholt kritisiert wurde, als problematisch einstufe. Hahn erwiderte, dass diese Vorgehensweise eine Gratwanderung darstelle, insbesondere zu welchem Zeitpunkt sinnvollerweise ein Übergang vom Gespräch hin zu einer Aufsichtsmaßnahme zu erfolgen habe. Grundsätzlich mache es aber immer Sinn, zuerst miteinander zu reden. Die BaFin sei nicht direkt im Unternehmen vertreten, sie erhalet zwar eine Vielzahl von Informationen, aber es müsse stets nachgefragt bzw. überprüft werden, ob die Annahmen der Tatsachenlage entsprechen. Nur für die Extrempositionen lasse sich eine definitive Aussage treffen. So dürfe es nicht dazu kommen, dass das Gespräch die Aufsichtsmaßnahme ersetze. Ebenso wie eine Aufsichtsmaßnahme nicht vor einem Gespräch erlassen werden dürfe. Für alle Vorgänge dazwischen sei eine pauschale Aussage nicht möglich. Es komme auf den Einzelfall und auf den jeweiligen Sachverhalt an. Die Entscheidung, wann tatsächlich eine Aufsichtsmaßnahme durchgeführt werden müsse, sei auch eine Frage von Erfahrung und Gespür. Es solle natürlich nicht der Fall eintreten, dass durch eine unnötige Ausdehnung von Gesprächen eine Verzögerung herbeigeführt werde. Dreher führte an, dass für die Verwaltung

immer der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmend sei. Die „Eskalationsleiter“, wie sie vom BVerwG für korrekt befunden sei, verfüge über sieben Stufen, beginnend bei der ersten Stufe, der Verwarnung, und endend mit der siebten Stufe, der Abberufung. Er führte weiter aus, dass es in der Theorie unbestritten sei, dass die Geschäftsstrategie einer Gesellschaft nicht Aufsichtsziel der BaFin sei, aber praktisch ergäben sich viele Trennschwierigkeiten. Die Erschließung neuer Geschäftsfelder oder auch die Entwicklung neuer Produkte sei ebenfalls ein Teil der Geschäftsstrategie. Die Vorgaben der MaRisk widersprächen jedoch dieser Trennung. Hahn entgegnete, dass es immer Interdependenzen geben werde. Sobald die Erschließung eines neuen Geschäftsfeldes mit Risiken für den Bestand des Unternehmens oder die Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge verbunden sei, müsse die BaFin dieses beaufsichtigen. In solchen Fällen habe die Geschäftsstrategie Auswirkungen auf die Ziele der Aufsicht. Es sei aber immer noch ein Unterschied, wenn sich die Geschäftsleitung zwischen verschiedenen Geschäftsstrategien entscheide, die allesamt keine Risiken für den Bestand bedeuten. Denn in diesen Fällen habe sich die BaFin nicht für die gewählte Strategie zu interessieren.

Hemeling merkte an, dass Kontrolle und Aufsicht in regulatorischer Sicht, aber auch durch Schaffung neuer Institutionen, in den letzten Jahren deutlich zugenommen habe. So würden die Abschlussprüfer, die Prüfstelle Rechnungswesen, die BaFin, das Bundesministerium für Finanzen, EIOPA, das Stability Board und nicht zuletzt die G20 Regeln emittieren. Dies führe zu einer Zersplitterung. Es fände eine Aufteilung von Kontrollaufgaben selbst im operativen Geschäft statt. Die Vorstände seien heute durch die Kontrollaufgaben so stark gebunden, dass teilweise das bestandssichernde Wirtschaften als Aufgabe dahinter zurück trete. Hahn entgegnete, dass dies bisher als Grund zur Beunruhigung nicht an sie herangebracht worden sei. Es handele sich stets um „Pendelbewegungen“. So habe man vor 15-20 Jahren eine enorme Deregulierung vorgenommen und während der Finanzkrise festgestellt, dass es so nicht weitergehen könne. Nun würden wieder vermehrt Regelungen geschaffen. Aus ihrer Sicht gehe es darum, Ziel und/oder Ergebnisse zu formulieren. Wie der Weg zum Erreichen dieses Ziels beschritten werde, sei Sache der einzelnen Unternehmen. Dies sei schließlich die große Änderung. Weg von der regelbasierten hin zur prinzipienbasierten Aufsicht. Diese Änderung sei für alle Beteiligten

ein neuer Weg, an den man sich erst gewöhnen müsse. Dreher hakte nach, ob man bei der enormen Regelungsdichte für den Aufsichtsrat noch von einer Prinzipienorientierung der Aufsicht durch die BaFin sprechen könne. Zurückkommend auf die angesprochene Prinzipienorientierung der Aufsicht teilte Hahn mit, dass die Regelungsdichte nicht nur im Versicherungsbereich zunehmend sei. Unabhängig davon seien die Rundschreiben der BaFin als normgestützte Interpretationshilfen zu den abstrakten gesetzlichen Regelungen zu verstehen und nicht als eigene Regelung. Die Rundschreiben hätten den Sinn, den Verantwortlichen eine Hilfestellung an die Hand zu geben und aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung würde damit ein Stück positiver Rechtssicherheit geschaffen. Grundsätzlich bestünde natürlich die Möglichkeit, keine Rundschreiben zu veröffentlichen. Intern wären diese Rundschreiben aber in jedem Fall notwendig, um eine gleichmäßige Aufsicht zu gewährleisten. Dann könne man die Schreiben auch veröffentlichen. Das bedeute zwar einen erhöhten Aufwand für die Verantwortlichen, schaffe andererseits aber Klarheit über die Position der Aufsichtsbehörde. Zudem stehe es den Verantwortlichen frei, Hilfe von weiteren Personen in Anspruch zu nehmen. Die Aufsichtsratsmitglieder müssten schließlich nicht alles in persona erledigen.

Die abschließende Frage von Meyer, ob man die Detailprüfungen der BaFin als Entlastung für den Aufsichtsrat werten dürfe, verneinte Hahn nachdrücklich.

4. Anmerkungen zur Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit Aufsichtsrat und BaFin

Dr. Frank Ellenbürger, KPMG AG

Ellenbürger erörterte die Art der Zusammenarbeit zwischen Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsrat bzw. BaFin, sowie die ggf. bestehenden Erwartungslücken bei den Beteiligten. Abschließend gab er einen Ausblick auf die aktuellen Entwicklungen.

Einleitend stellt der Vortragende fest, dass die Qualität des Verhältnisses von Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer entscheidend von dem Ausmaß und der Tiefe des gegenseitigen Informationsaustauschs geprägt werde. Er betonte dabei, dass diese Kommunikation gegenseitig erfolgen müsse. Es handele sich um eine Kombination von Hol- und Bringschuld bei der Mitteilung von Informationen und es müsse exakt definiert werden, wann welche (wessen) Schuld einsetze. Sowohl der Abschlussprüfer, als auch die BaFin und der Aufsichtsrat hätten eine Überwachungsfunktion inne, die im Interesse der Effizienz möglichst überschneidungsfrei organisiert werden sollte. Es müsse daher darum gehen, sich Klarheit über die gegenseitigen Aufsichtsbereiche zu verschaffen. Abweichend zu anderen Wirtschaftsbereichen werde der Abschlussprüfer eines Versicherungsunternehmens nicht von der Hauptversammlung beauftragt, sondern durch den Aufsichtsrat, § 111 Abs. 2 AktG.

Um die Zusammenarbeit zwischen dem Aufsichtsrat und dem Wirtschaftsprüfer näher beleuchten zu können, müsse man sich zunächst die Zielsetzung und Umfang der Abschlussprüfung und dann die Aufgaben des Aufsichtsrats, die Systeme innerhalb des Versicherungsunternehmens und ihre Überwachung, sowie die Berichterstattung vor Augen führen.

In die Abschlussprüfung sind die Jahres- bzw. Konzernabschlüsse, sowie die Lageberichte einzubeziehen. Für den Umfang der Jahres- bzw. Konzernabschlussprüfung sei festzuhalten, dass geprüft werden, ob die Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und der Anhang nach den geltenden Vorschriften erstellt wurden. Neben den gesetzlichen Vorgaben, §§ 316, 317

HGB, gehörten dazu auch die Satzungen und Gesellschaftsverträge. Darüber hinaus müsse der Abschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ergeben. Bei der Prüfung des Lageberichts durch den Abschlussprüfer gehe es im Kern um die Fragen, ob der Lagebericht mit den bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnissen im Einklang stehe, eine zutreffende Beschreibung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens gegeben werde und ob die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt werden. Ein Großteil der Tätigkeit der Abschlussprüfer sei vergangenheitsorientiert. Nichts desto trotz setzten sich externe Rechnungslegung und Abschlussprüfer auch mit zukunftsbezogenen Angaben auseinander und lieferten somit wichtige Angaben für die Tätigkeit des Aufsichtsrats. Dabei gehe es um die Prüfung bestimmter Bilanzposten, wie z.B. die Rückstellungen und den „Goodwill“, deren Bewertung zukunftsbezogen erfolge oder auch die Prüfung des Lageberichts, die sich ausführlich mit den Risiken der zukünftigen Entwicklung auseinandersetzen. Für Unternehmen, die nach IFRS bilanzieren, sei zusätzlich die Prüfung prospektiver und Risikomanagementspezifischer Angaben erforderlich. Gemäß IFRS 4 und IFRS 7 seien dies z.B. die Prüfung von Ergebnissen der Sensitivitätsanalysen oder die Prüfung von qualitativen Angaben zu Risiken und deren Steuerung.

Aufgrund der vorangegangenen Vorträge ging der Vortragende nur exemplarisch und sehr knapp auf die Aufgaben des Aufsichtsrats ein. Diesem obliege gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 AktG die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des gesamten internen Kontroll- und Risikomanagementsystems, des internen Revisionssystems und die Abschlussprüfung, insbesondere die Überwachung der Unabhängigkeit, Vergütung und Bestellung des Abschlussprüfers. Darüber hinaus sei der Aufsichtsrat gemäß den Regelungen des VAG in Verbindung mit der MaRisk gehalten, die Risikosituation, die Geschäfts- und Risikostrategie und den Risikobericht zu prüfen und zu überwachen.

Es stelle sich die Frage, wie die Zielsetzungen der Abschlussprüfung mit den Aufgaben des Aufsichtsrats zusammenpassten. Wenn man sich die in diesem Zusammenhang gebräuchlichen Begriffe näher ansehe, müsse man feststellen, dass es zwar ausführliche Definitionen der Begrifflichkeiten

gäbe, denen gemein sei, dass es sich dabei nicht um Legaldefinitionen handle.

Es sei jedoch klar, dass der Abschlussprüfer nur Ausschnitte der Tätigkeit leiste, zu der der Aufsichtsrat verpflichtet ist. Es stelle sich daher die Frage, wie der Wirtschaftsprüfer dem Aufsichtsrat eine sinnvolle Hilfestellung bei der Erfüllung seiner Arbeit geben könne. Am deutlichsten sei dies am Beispiel des Risikomanagements zu sehen. Das sogenannte Risikofrüherkennungssystem, § 91 Abs. 2 AktG, das allein Gegenstand der Abschlussprüfung sei, decke nur einen Teil des gesamten Risikomanagementsystems ab. Demnach sei nur die Fähigkeit des Vorstands, bestandsgefährdende Risiken zu identifizieren, Gegenstand der Tätigkeit des Abschlussprüfers. Der Umgang mit diesen Risiken und die Maßnahmen, die durch den Vorstand getroffen werden, würden nicht geprüft. Eine Hilfestellung könne durch die Festlegung von Sonderthemen als Prüfungsschwerpunkt erreicht werden. Diese Vorgehensweise würde auch vom deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen. Weiterhin könne durch vertragliche Vereinbarung jederzeit eine Ausweitung des (gesetzlichen) Prüfungsauftrags vorgenommen werden, z.B. zu den Maßnahmen der internen Revision. In der Tat ließe sich in der Praxis feststellen, dass von dieser Möglichkeit verstärkt Gebrauch gemacht werde. Der Schwerpunkt liege nach seiner Erfahrung bei Themen im Zusammenhang mit Solvency II Säule 2.

Die Kommunikation der Prüfungsinhalte und -ergebnisse laufe in vier gesetzlich vorgeschriebenen Schritten ab. So verfasse der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht, § 321 HGB, gäbe den Bestätigungsvermerk, § 322 HGB, und nehme an der Prüfungsausschuss- und der Aufsichtsratssitzung teil, § 171 Abs. 1 S. 2 AktG. Weiterhin habe der Abschlussprüfer eine Redepflicht, wenn im Rahmen der Prüfung Bestandsgefährdungen oder schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter gegen Gesetze, die Satzung oder die Geschäftsordnung festgestellt würden, §§ 172 Abs. 1 S. 2, 321 Abs. 1 S. 3 HGB. Der Prüfungsbericht enthalte die Bestätigung des Zahlenwerks sowie qualitative Anmerkungen, z.B. zu den Ermessensspielräumen bei sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen und sei daher für den Aufsichtsrat regelmäßig von hohem Interesse. Der Bestätigungsvermerk gäbe in komprimierter Form, faktisch als ein Formeltestat, das Ergebnis der Prüfung wieder. Der Abschlussprüfer sei zur Teilnahme an der

Prüfungsausschuss- und der Aufsichtsratssitzung verpflichtet. Er erstatte mündlich Bericht, insbesondere zu festgestellten wesentlichen Schwächen des rechnungslegungsbezogenen, internen Kontroll- und Risikomanagementsystems, wobei diese Begriffsdefinition nicht ausreichend klar sei. Weiterhin gäbe der Abschlussprüfer Auskunft auf Nachfragen. Bei bestimmten bestandsgefährdenden Feststellungen oder schwerwiegenden Verstößen habe er eine Redepflicht gegenüber diesen Gremien. Bei besonders gravierenden Verstößen könne u.U. eine sofortige Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat und/oder dem Bilanzausschuss entstehen.

Aus seiner Sicht sei es für die Praxis ratsam, dass sich der Aufsichtsratsvorsitzende oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses regelmäßig mit dem Wirtschaftsprüfer über wesentliche Geschäftsvorfälle, etc. austausche. Der Vorstand der Gesellschaft solle zur Vermeidung von Missverständnisse über die Treffen und die jeweiligen Themen unterrichtet werden, wobei er davon ausgehe, dass ein Wirtschaftsprüfer nur Themen besprechen werde, die zuvor bereits mit dem Management diskutiert wurden. Die Einrichtung von Prüfungsausschüssen werde von den Wirtschaftsprüfern begrüßt. Dieses Gremium erleichtere die Kommunikation und führe zu intensiveren Diskussionen. Es ließe sich jedoch feststellen, dass die Rückberichtserstattung vom Prüfungsausschuss in das Plenum meist nur cursorisch erfolge und dort wenig Nachfragen auslöse. Die Diskussion verlagere sich faktisch vom Plenum des Aufsichtsrats hin in den Prüfungsausschuss. Aufgrund der speziellen Anforderungen im Versicherungsbereich sei es wünschenswert, dass künftig vermehrt Versicherungsspezialisten in die Aufsichtsräte berufen würden.

Bezüglich der künftigen Entwicklungen im Hinblick auf das Verhältnis von Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsrat erwarte er eine zunehmend zukunftsorientierte Berichterstattung. Die Bedeutung von Prognosen mit Blick auf den Lagebericht, Impairments, Goodwill oder auch IFRS 4 Phase II, werde steigen. Das Problem für den Aufsichtsrat und den Wirtschaftsprüfer sei, dass der Ermessensspielraum bei subjektiven Einschätzungen dieser Art deutlich höher ausfallen wird. Der Wirtschaftsprüfer könne dem Aufsichtsrat durch Erläuterungen und Darlegungen der Sensivitäten dann eine Hilfestellung geben. Zudem ließe sich feststellen, dass der Prüfungsgegenstand zunehmend in Richtung einer Organisationsprüfung ausge-

dehnt werde. Die Tendenz gehe eindeutig von einer abschlussbezogenen, hin zu einer prozess- bzw. kontrollbezogenen Bewertung. Die Prüfung von Systemen und Prozessen werde in den Vordergrund treten und in diesem Zusammenhang werde der Wirtschaftsprüfer dann die Angemessenheit von Maßnahmen prüfen müssen. Es werde immer wieder die Prüfung der Tragfähigkeit von Geschäftsmodellen im Rahmen der Abschlussprüfung angesprochen. Ein Wirtschaftsprüfer beschäftige sich im Rahmen eines risikoorientierten Prüfungsansatzes auch mit dem Geschäftsmodell. Es könne jedoch nicht so weit gehen, zu prüfen, ob das gewählte Geschäftsmodell angemessen sei.

Bevor er auf die Grundlagen der Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit der BaFin einging, beschrieb er diese Zusammenarbeit als konstruktiv und positiv. So gäbe es einen strukturierten Dialog zwischen der BaFin, dem Gesamtverband der Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) und dem Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW). Im Rahmen von regelmäßigen Treffen tausche man sich über aktuelle Themen und Bilanzierungsthemen aus.

Zunächst werde der durch den Aufsichtsrat bestellte Abschlussprüfer der BaFin angezeigt, § 58 VAG. Die BaFin habe die Möglichkeit bei Vorliegen von entsprechenden Gründen, die Berufung des Abschlussprüfers abzulehnen. Ihre Befugnisse räumten ihr das Recht ein, ggf. selbst einen Abschlussprüfer zu bestellen, sofern ihrer Ablehnung nicht Rechnung getragen werde. Nach Erstellung des Prüfberichtes und Feststellung durch den Vorstand des Unternehmens, lege der Vorstand den Prüfbericht bei der BaFin vor. Grundlage für den Inhalt des Prüfberichts sei die Prüfungsberichterordnung. Die BaFin habe das Recht und die Möglichkeit, den Prüfbericht mit dem Wirtschaftsprüfer zu erörtern und könne ggf. Ergänzungen veranlassen, § 59 S. 2 VAG. Die BaFin benötige die Angaben aus dem Prüfbericht, um ihre Überwachungsaufgabe erfüllen zu können. Dementsprechend lege die BaFin viel Wert auf aussagekräftige Prüfberichte mit deutlichen, umfassenden Beschreibungen. Zusätzliche habe der Abschlussprüfer auch gegenüber der BaFin eine Redepflicht analog der Rede- und Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat, § 341k HGB.

Um künftige Entwicklungen und Bestrebungen besser einordnen zu können, sei es erforderlich, die Regelungen zur Abschlussprüfung für die Kreditinstitute kurz zu beleuchten. Für Kreditinstitute bestehe, neben den Erfordernissen wie sie für die Versicherungswirtschaft gelten, eine Prüfungspflicht bezüglich der Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagementsystems, § 29 Abs. 1 S. 2 KWG. Die BaFin dürfe Bestimmungen über den Inhalt der Jahresabschlussprüfung treffen, insbesondere über Prüfungsschwerpunkte, §§ 30, 44 KWG. Von diesem Recht würde in der Praxis aktiv Gebrauch gemacht. Die Abschlussprüfung für Kreditinstitute sei mithin umfangreicher als die für Versicherungsunternehmen. Aus seiner Sicht stelle sich die Frage, wie eine derart unterschiedliche Regelung bei der Prüfung des Risikomanagements bei ansonsten übereinstimmendem Aufsichtsansatz zu rechtfertigen sei. Vielleicht müsse man die Frage dahingehend präzisieren, wie lange ein solcher Unterschied noch zu rechtfertigen sei.

Die zukünftigen Entwicklungen würden eine Weiterentwicklung der Prüfungsberichterordnung zur Folge haben und zwar mit einem stärkeren Fokus auf die Risikoorientierung. In der Schweiz werde momentan von der Schweizer Finanzmarktaufsicht (FINMA) die verpflichtende Prüfung des Risikomanagementsystems von Versicherungsunternehmen diskutiert. Im Rahmen der Diskussion über die Fortentwicklung des deutschen Corporate Governance Kodex würde angedacht, den Wirtschaftsprüfer stärker an die Aufsichtsbehörde anzubinden und seine Prüfpflichten auf Aussagen über die Qualität der Arbeit des Aufsichtsrats zu erweitern. Es sei jedoch nicht sachgerecht, von einem Beauftragen eine Beurteilung über die Qualität des Aufsichtsrats zu verlangen und sei daher wieder verworfen worden.

Aus seiner Tätigkeit könne er berichten, dass in den Medien und in der Öffentlichkeit und leider auch des Öfteren bei Aufsichtsratsmitgliedern eine Fehleinschätzung in Bezug auf die Aussagekraft des Testats existiere. So werde das Testat in der Presse oft als wirtschaftliches Gütesiegel verstanden, als eine Art Solvenzbescheinigung. Das sei es gerade nicht. Eine weitere Erwartungslücke ergäbe sich insbesondere bei Bankern im Aufsichtsrat eines Versicherungsunternehmens. Aufgrund der umfassenderen gesetzlichen Regelung im Bankenbereich werde die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems häufig mit der Prüfung des Risikomanagementsystems

gleichgesetzt. Man könne in der Presse aber auch Tendenzen feststellen, die Anforderungen an die Aufsichtsräte der Unternehmen zu überspannen und damit Erwartungslücken in der öffentlichen Wahrnehmung zu schaffen. Mögliche Lösungsansätze für die Verkleinerung oder gar Verhinderung von Erwartungslücken, insbesondere in der öffentlichen Wahrnehmung, seien sicherlich die Erweiterung des Prüfungsumfangs und damit die Anpassung an die (öffentliche) Erwartungshaltung, verstärkte Aufklärung über den tatsächlichen Prüfungsumfang oder eine deutlichere Darstellung der Prüfungsergebnisse.

Im Jahr 2010 habe die EU-Kommission ein Grünbuch zum Thema Wirtschaftsprüfung herausgegeben. Sie habe sich darin mit der Struktur des Wirtschaftsprüfungsmarktes auseinandergesetzt und werfe die Frage auf, ob ausreichend Wettbewerb bestehe mit Blick auf die vier großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften auf dem Markt. Ebenso werde die Frage aufgeworfen, ob für diese vier Unternehmen eine Systemrelevanz im technischen Sinne festzustellen sei. Die EU-Kommission rege an, die Berichterstattung inhaltlich und in Bezug auf den Adressatenkreis auszuweiten. So solle eine stärkere Risikoausrichtung der Berichterstattung erfolgen und die Informationen der Öffentlichkeit, insbesondere den Aktionäre zugänglich gemacht werden. Die Prüfung der Tragfähigkeit von Geschäftsmodellen werde nicht direkt angesprochen. Jedoch fänden sich an vielen Stellen Hinweise darauf, etwa wenn angeregt werde, dass der Wirtschaftsprüfer künftig eine eigene Aussage über die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens treffen solle. Ebenfalls werde ein Ausbau der Kommunikation zwischen Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsbehörde zumindest für die systemrelevanten Unternehmen gefordert.

Abschließend gab der Vortragende den Diskussionsstand im Zusammenhang mit Solvency II wieder. Bereits heute seien viele Aspekte von Solvency II Gegenstand von Sonderprüfaufträgen. Es gäbe Diskussion, im Rahmen welcher der drei Säulen von Solvency II was geprüft und testiert werden solle. Künftig könne neben die bisherige Jahresabschlussprüfung eine Prüfung der an die Öffentlichkeit gerichteten aufsichtsrechtlichen Informationen und der internen Reports an die Aufseher hinzutreten.

Anmerkungen zur Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit Aufsichtsrat und BaFin

Gliederung

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat
2. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit der BaFin
3. Erwartungslücke
4. Aktuelle Entwicklungen
5. Diskussionspunkte

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Zielsetzung der Abschlussprüfung

Umfang der Jahres- bzw. Konzernabschlussprüfung

- Beachtung der geltenden Vorschriften bei der Abschlusserstellung
- Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage

Beantwortung folgender Fragen bei der Prüfung des Lageberichts

- Steht der Lagebericht mit bei der Prüfung gewonnen Erkenntnissen in Einklang?
- Vermittelt der Lagebericht eine zutreffende Vorstellung der wirtschaftlichen Lage?
- Sind die Risiken der zukünftigen Entwicklung zutreffend dargestellt?

Bei IFRS-Bilanzierern: Prüfung prospektiver und Risikomanagement-spezifischer Angaben erforderlich

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Aufgaben des Aufsichtsrats

Dem Aufsichtsrat obliegt gem. § 107 III 2 AktG die Überwachung

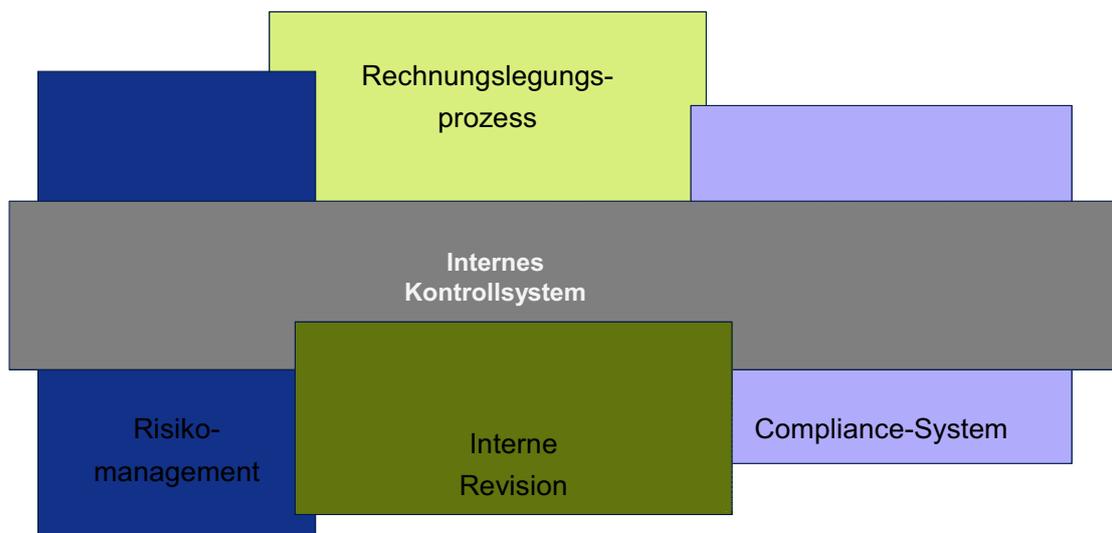
- des Rechnungslegungsprozesses
- der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems
- des Risikomanagementsystems
- des internen Revisionssystems
- der Abschlussprüfung

Weitere Pflichten ergeben sich aus dem VAG. Der Aufsichtsrat hat sich z.B. nach den MaRisk mit folgenden Bereichen zu beschäftigen:

- der Risikosituation
- der Geschäfts- und Risikostrategie
- dem Risikobericht

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Systeme des Versicherungsunternehmens



1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Systemüberwachung und Abschlussprüfung

Systeme gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG	Durch Abschlussprüfung abgedeckt
Rechnungslegungsprozess und internes Kontrollsystem (Finanzberichterstattung)	Ja, sofern sich der Abschlussprüfer im Rahmen der Abschlussprüfung darauf stützt
Internes Kontrollsystem (sonstige Bereiche) und Compliance-System	Nein, aber Berichtspflicht über wesentliche, bei der Prüfung aufgedeckte Gesetzesverstöße (Redepflicht)
Risikomanagementsystem	Nein, aber Risikofrüherkennungssystem
Interne Revision	Nein, aber Verwertung der Erkenntnisse der Internen Revision in der Abschlussprüfung

Handlungsoptionen für den Aufsichtsrat

- Festlegung von Sonderthemen als Prüfungsschwerpunkte
- Vereinbarung von Auftragserweiterungen z.B. zur Umsetzung der MaRisk
- Tendenz zu Sonderbeauftragung des Wirtschaftsprüfers zu Themen wie Solvency II-Datenhaushalt, Embedded Value

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Berichterstattung

Prüfungsbericht

Bestätigungsvermerk

Teilnahme des Abschlussprüfers an der Prüfungsausschusssitzung und Aufsichtsratssitzung

Redepflicht des Abschlussprüfers bei Bestandsgefährdung oder schwerwiegenden Verstößen

Unverzügliche Information über alle für die Aufgaben des Aufsichtsrats wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben (DCKG)

In der Praxis häufig fallweise Konsultationen über die gesetzlichen Vorschriften hinaus

1. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit dem Aufsichtsrat

Zukünftige Entwicklungen

Zunehmend zukunftsorientierte Berichterstattung in den Abschlüssen

Steigende Bedeutung von Prognosen:

- Lagebericht
- Goodwill, Embedded Value
- IFRS 4 Phase II

Ausdehnung des Prüfungsgegenstandes in Richtung Organisationsprüfung

Prüfung der Tragfähigkeit von Geschäftsmodellen?

2. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit der BaFin

Rechtliche Grundlagen

Anzeige des Abschlussprüfers gegenüber der Aufsichtsbehörde

Prüfungsberichteverordnung

Vorlage der Prüfungsberichte bei der Aufsichtsbehörde

Redepflicht des Abschlussprüfers gegenüber der Aufsichtsbehörde

2. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit der BaFin

Regelungen bei Kreditinstituten

Im Wesentlichen analog zu Versicherungen, zusätzlich:

Prüfungspflicht bzgl. Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagementsystems

BaFin kann Prüfungsinhalte und besondere Prüfungsschwerpunkte bestimmen

Wie ist die unterschiedliche Regelung bei der Prüfung des Risikomanagementsystems zu rechtfertigen?

2. Zusammenarbeit des Wirtschaftsprüfers mit der BaFin

Zukünftige Entwicklungen

Weiterentwicklung Prüfungsberichterordnung

Überlegungen der Schweizer Finanzmarktaufsicht FINMA zur Prüfung des Risikomanagements

Einschätzung der Qualität der Arbeit des Aufsichtsrats durch den Wirtschaftsprüfer?

3. Erwartungslücke

Testat ist keine Positivaussage zur Qualität des Geschäftsmodells oder des Managements

Prüfung Risikofrüherkennungssystem wird oft mit Prüfung Risikomanagementsystem gleichgesetzt

Verstärkt wird die Erwartungslücke durch die umfassendere gesetzliche Regelung im Bankenbereich

Gibt es in der Öffentlichkeit auch eine Erwartungslücke hinsichtlich der Tätigkeit der Aufsichtsräte?

4. Aktuelle Entwicklungen

Zukünftige Entwicklungen

Grünbuch zur Abschlussprüfung der Europäischen Kommission

- Branchenexpertise und internationale Abdeckung vs. Industriepolitik
- Ausweitung der Berichterstattung an die Öffentlichkeit?
- Prüfung der Tragfähigkeit von Geschäftsmodellen?
- Verstärkte Kommunikation mit der Aufsicht?

Solvency II-Diskussion betreffend:

- Prüfung der an die Öffentlichkeit gerichteten Informationen
- Prüfung der internen Reports

5. Diskussionspunkte

Die Aufgabenbereiche des Aufsichtsrats werden durch die gesetzlich vorgegebene Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers nur in Teilen abgedeckt.

Prüfungsschwerpunkte /-erweiterungen können den Aufsichtsrat bei seiner Tätigkeit zielgerichtet unterstützen.

Ist der unterschiedliche gesetzliche Prüfungsumfang im Hinblick auf die Angemessenheit des Risikomanagementsystems bei Banken und Versicherungen im Interesse der Aufsichtsräte?

Die Zusammenarbeit zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat wird durch Prüfungsausschüsse begünstigt.

Die Prüfung der Tragfähigkeit von Geschäftsmodellen ist im Rahmen der Abschlussprüfung nicht zu leisten.

Nicht nur die Tätigkeit der Abschlussprüfer sondern auch die der Aufsichtsräte kann Gegenstand einer Erwartungslücke sein.

Die Zukunftsbezogenheit der zukünftigen (IFRS-)Rechnungslegung führt zu erheblichen Ermessensspielräumen, die Abschlussprüfer und Aufsichtsrat vor neue Herausforderungen stellen.

Diskussion

Leitung: Dr. Hermann Jörissen, Allianz Global Corporate & Specialty AG

Die an den Vortrag anschließende Diskussion griff die Interessenkollision bei der Bestellung des Wirtschaftsprüfers durch den Aufsichtsrat, die mögliche Vereinnahmung des Wirtschaftsprüfers durch die BaFin und seine Stellung zum Prüfobjekt, den Umfang des Prüfungskatalogs in Bezug auf das Risikomanagementsystem und den Umfang und die Qualität des Berichts des Prüfungsausschussvorsitzenden an das Plenum auf.

Hemeling stellte die Besonderheit der Bestellung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat heraus. Die daraus resultierende potentielle Interessenkollision bei der Bewertung der Tätigkeit des Aufsichtsrats wäre durch eine Bestellung durch die Hauptversammlung vorbehaltlich der Zustimmung der BaFin zu umgehen. Dann wäre der Weg für eine Einschätzung der Qualität der Arbeit des Aufsichtsrats geebnet. Er wies in dem Zusammenhang auf den weiteren potentiellen Konflikt im Verhältnis zum Vorstand hin. Das Honorar des Wirtschaftsprüfers werde seiner Kenntnis nach in der Praxis zumeist auf Managementebene verhandelt, auch wenn es formal vom Prüfungsausschuss vereinbart werde. Es bestünde folglich auch in diesem Verhältnis ein potentieller Interessenkonflikt. Ellenbürger hielt entgegen, dass die Prüfungsausschüsse sich teilweise intensiv mit dem Honorar des Wirtschaftsprüfers befassen würden und auch der Aufsichtsrat insgesamt stark involviert sei, insbesondere durch die Verhandlungen um zusätzliche Beratungsleistungen. Eine Bestellung des Wirtschaftsprüfers durch die Hauptversammlung habe den Nachteil, dass bei einer Ablehnung des Abschlussprüfers durch die BaFin erneut eine Hauptversammlung einberufen werden müsste. Das Verfahren wäre erheblich umständlicher als die bestehende Sonderregelung im Versicherungsbereich. Zudem bestehe bei einer Bestellung durch die Hauptversammlung das Problem, dass dem Wirtschaftsprüfer sein Counterpart für die Berichterstattung fehle. Es sei schlecht vorstellbar, dass die gesamte Berichtserstattung gegenüber der Hauptversammlung erfolgen könnte und es fehle die Basis für intensive und vertrauensvolle Diskussion der Prüfungspunkte, die zwingend notwendig sei. Das bestehende System habe trotz potentieller Interessenkonflikte erhebliche Vorteile und sei daher vorzugswürdig. Hemeling entgegnete, dass in dem bestehenden System mit den sich abzeichnenden Ent-

wicklungen die Gefahr bestehe, dass der Wirtschaftsprüfer zu einem Instrument der BaFin werde. Die Entwicklungstendenzen würden in eine solche Richtung zeigen und die Unschärfen im Grünbuch der EU-Kommission zur Rolle des Wirtschaftsprüfers deuteten das ebenfalls an. Es dürfe nicht dazu kommen, dass versucht werde, dem Wirtschaftsprüfer zwei „Hüte aufzusetzen“. Entweder jemand sei ausschließlich im Interesse des Unternehmens tätig oder er habe einen öffentlich-rechtlichen Auftrag. Solange keine gesetzliche Regelung bestünde, müsse davon ausgegangen werden, dass nur eine Tätigkeit im Unternehmensinteresse ausgeübt werde. Ellenbürger stimmte zu, dass die Diskussion in Brüssel diesbezüglich nicht immer eindeutig sei. Die aufgeworfene Frage sei für die praktische Arbeit des Wirtschaftsprüfers nicht banal. Es müsse zu jedem Zeitpunkt klar erkennbar sein, wer was geprüft habe und für wen er tätig sei. Dreher bemerkte dazu, dass das Vertrauensverhältnis *de lege ferenda* wie es thematisiert werde mit Solvency II bereits keinen Bestand mehr haben werde. Unter dem Solvency II Regime würden die Redepflichten des Abschlussprüfers im Umfang hinsichtlich der redepflichtigen Fallkonstellationen deutlich zunehmen. Das sei *de lege lata* ab 2013 Realität und damit auch eine Gefährdung des Vertrauensverhältnisses. Ellenbürger erwiderte, dass Solvency II ein sehr umfangreiches Regelwerk sei mit einer Vielzahl von Vorgaben in Level 2 und 3. Sofern alle Ebenen einbezogen würden, sei die skizzierte Gefahr valide. Man müsse aber die Umsetzung von Solvency II im VAG abwarten. Die Gefahr relativiere sich dadurch, dass die Redepflicht des Abschlussprüfers ausschließlich im Zusammenhang mit eigenen Prüfungspflichten stünde. Es sei nicht originäre Aufgabe des Abschlussprüfers nach Verstößen zu suchen. Vielmehr sei es Aufgabe des Aufsichtsrats, die vollumfängliche Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften zu überwachen.

Lütke-Bornefeld merkte an, dass er eine schleichende Vereinnahmung der Wirtschaftsprüfer durch die BaFin für real erachte. Bisher fehle es an einer durchgehenden Prüfung der systematischen Qualität der Aufsichtsräte. Für den Bankensektor habe die BaFin in der letzten Berichtsperiode einen Prüfungsschwerpunkt hinsichtlich der Qualität der Tätigkeit der Aufsichtsräte gesetzt. Ellenbürger entgegnete, dass er sich nicht sicher sei, ob die BaFin in der Retrospektive mit dieser Schwerpunktsetzung glücklich sei. Für ihn stelle es in jedem Fall einen Widerspruch dar, seinem Auftraggeber über

die Qualität seiner Tätigkeit zu berichten. Meyer griff den Aspekt auf und sagte, dass man eine solche Schwerpunktsetzung auch als Anregung verstehen könne. In letzter Konsequenz sei nur erforderlich, dass zu jedem Zeitpunkt klar sei, wer die Hoheit über den Wirtschaftsprüfer ausübe. Aus seiner Sicht dürfe es nicht dazu führen, dass eine x-beliebige staatliche Stelle die Aufsicht erhalte. Bei einer vergleichenden Betrachtung mit sonstigen Industriezweigen falle jedoch auf, dass für deren Bereiche grundsätzlich keine Aufsichtsbehörde existiere. Die Versicherungswirtschaft habe diesbezüglich eben eine Sonderrolle. Er griff das Thema der regulären Prüfung des Risikomanagementsystems im Bankensektor auf. Dies sei kein regulärer Prüfungsaspekt bei Versicherungsunternehmen, müsse aber geprüft werden. Wenn diesbezüglich keine regelmäßige Überprüfung durch die BaFin stattfinde, so sei der Aufsichtsrat in der Pflicht. Dieser werde nicht umhin kommen, die Prüfung in Form eines Sonderprüfauftrages an den Wirtschaftsprüfer weiterzugeben, da die Fehler immer im Detail lägen und nicht im großen Ganzen.

Meyer fügte an, dass die Wirtschaftsprüfer bei der Erfüllung ihrer Tätigkeit nicht völlig allein auf sich gestellt seien. In Deutschland unterliegen alle Wirtschaftsprüfer indirekt einer Kontrolle durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR). Diese prüfe regelmäßig und ausführlich kapitalmarktorientierte Dax-Unternehmen. Sofern die DPR Verstöße gegen die Rechnungslegungsvorschriften feststelle, werde sie den betreffenden Wirtschaftsprüfer zum Gespräch bitten. Es gehe dabei nicht nur um Bewertungsansätze sondern z.B. auch um Fragen des Lage- und des Risikoberichtes. Die Wirtschaftsprüfer würden sich also nicht im luftleeren Raum bewegen. Ellenbürger bejahte, dass sich mit der Schaffung der DPR eine neue Situation ergäben hätte. Es kämen nicht nur Externe zur Vornahme einer separaten Prüfung, vielmehr würde die DPR auch über fundierte Kenntnisse speziell über die Besonderheiten der Versicherungsunternehmen verfügen und seien daher eine echte Bereicherung. Die DPR spreche ihrerseits eine Empfehlung aus und, sofern diese von der des Wirtschaftsprüfers abweiche, habe die BaFin das letzte Wort. Weiterhin merkte Meyer an, dass diese Selbsthilfeeinrichtung ein Stärkung der Stellung des Wirtschaftsprüfers gegenüber dem Versicherungsunternehmen bewirkt habe. Durch die separate Überprüfung durch die DPR sei der Druck für den Wirtschaftsprüfer gestiegen, problematische Erkenntnisse direkt mit dem

Unternehmen zu besprechen und auf seiner Sichtweise zu bestehen, da mehrere Fehlurteile nun Konsequenzen befürchten lassen. Er habe nun ein zusätzliches Argument an der Hand, um auf seiner Sichtweise zu beharren. Ellenbürger wandte ein, dass er es für fraglich halte, nur mit dem Argument der Existenz der DPR zu argumentieren. Gegenüber dem Auftraggeber müsse schon eine substantiierte Argumentation erfolgen.

Meyer wies an dieser Stelle noch auf mögliche Interessenkonflikte mit dem Vorstand hin. Ein Vorstand stände stets unter dem Druck, Kosten zu sparen und zu hinterfragen. Demgemäß stelle sich aus Sicht des Vorstands regelmäßig die Frage, ob eine derart umfangreiche (und damit auch teure) Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer erforderlich sei. Der Aufsichtsrat - und auch der Wirtschaftsprüfer als Hilfsorgan des Aufsichtsrats - sei stets in der Pflicht zu begründen, warum bestimmte Prüfungsschwerpunkte ausgewählt/zusätzlich vereinbart wurden.

Von Weichs griff den potentiellen Interessenkonflikt im Zusammenhang mit der Beauftragung des Wirtschaftsprüfers durch den Aufsichtsrat erneut auf. In der momentan bestehenden Konstellation der Beauftragung durch den Aufsichtsrat, könne der Wirtschaftsprüfer keine Einschätzung der Qualität des Aufsichtsrats abgeben. Eine denkbare Lösung sei, dass die BaFin den Aufsichtsrat zu (mehrstündigen) Gesprächen einlade oder diese vor Ort mit dem Aufsichtsrat durchführe. Auf die Frage, ob so ein Vorgehen denkbar sei, antwortet Hahn, dass sie so ein Vorgehen nicht ausschließen könne. Seit Beginn ihrer Tätigkeit sei ein solches Anliegen jedoch nicht an sie herangetragen worden. Im Prinzip hänge ein solches Vorgehen von den Anhaltspunkten, die sich für die BaFin ergäben, ab. Ein derartiges Gespräch sei in der Konsequenz der gesetzlichen Regelung angelegt, sofern entsprechende Anhaltspunkte vorlägen. Aufgrund der prinzipienbasierten Aufsicht sei es sicherlich nicht der Regelfall. Weber-Rey fügte hinzu, dass die FSA nicht auf den Einzelfall abstelle, sondern vielmehr jedes Mitglied des Aufsichtsrats ohne konkreten Anlass zum Gespräch bitte. Hahn erwiderte, dass sie nur für die deutsche Aufsicht sprechen könne und die sehe nur anlassbezogene Gespräche vor. Kutz merkte an, dass es nicht Ziel dieser Veranstaltung sein solle, die BaFin zur Erweiterung ihrer Prüfungstätigkeit zu ermuntern.

Hasford zeigte sich verwundert, dass die Prüfung des Risikomanagementsystems noch nicht gesetzlicher Bestandteil des Prüfungsumfanges sei. Die Verantwortung für die gesamte Prüfung des Risikomanagements liege beim Prüfungsausschuss und dieser sei schon zahlenmäßig nicht in der Lage, eine ausführliche Prüfung eigenständig vorzunehmen. Aus seiner Erfahrung käme die BaFin bereits mit 30-40 Personen ins Unternehmen, wenn sie eine Prüfung des Risikomodells vornehme. Es sei ein „Himmelfahrtskommando“, sollte der Prüfungsausschuss diese Aufgaben selber bewerkstelligen wollen. Zur eigenen Absicherung bleibe nur die Möglichkeit, einen Dritten mit der Prüfung zu beauftragen und dafür käme naturgemäß nur der Wirtschaftsprüfer in Betracht. Er stimmte den Ausführungen von Ellenbürger zu, dass der Bericht des Prüfungsausschussvorsitzenden in das Plenum in der Tat meist recht dünn sei. Aus seiner Sicht liege die Erklärung zum einen in der ausführlichen Diskussion zwischen Prüfungsausschuss, dem Chief Finance Officer (CFO) und dem Wirtschaftsprüfer einerseits und zum anderen in der Reihenfolge in der das Plenum unterrichtet werde. Das Plenum höre zunächst den Bericht des CFO, dann den Bericht des Wirtschaftsprüfers und zuletzt den Bericht des Prüfungsausschussvorsitzenden. Wenn die vorangegangenen Redner bereits alle Aspekte erwähnt hätten, blieben schlichtweg keine inhaltlichen Aspekte zur Berichterstattung mehr übrig, wolle der Prüfungsausschussvorsitzende nicht alles Vorangesagte wiederholen. Dill pflichtete der Aussage zu. Es bliebe für den Prüfungsausschussvorsitzenden lediglich die Konzentration auf die noch nicht behandelten Punkte. Hommelhoff entgegnete, dass er diese Einschätzung für bedenklich halte. Der Prüfungsausschuss arbeite dem Plenum zu und trage letztlich die Verantwortung. Er regte an, die Reihenfolge der Redner zu ändern, um dieser Anforderung gerecht zu werden. Dill hielt entgegen, dass es darum gehe, dass alles Wesentliche/Wichtige angesprochen werde. Es sei für das Plenum unerheblich, wer worüber berichte. Am Ende müsse sichergestellt sein, dass alle Themen angesprochen wurden. Lemppenau pflichtet Dill bei und berichtete, dass er gerade die Reihenfolge von der von Hommelhoff favorisierten Reihenfolge auf die von Hasford genannte Reihenfolge umgestellt habe. Dies habe sich aus seiner Sicht bewährt, da der Wirtschaftsprüfer geeigneter sei, die Aspekte der Prüfung sachgerecht zu schildern.

5. Zusammenfassung

Dr. Lothar Meyer, Aufsichtsrat ERGO Versicherungsgruppe AG

Als Resümée des Tages verkündete Meyer die Erkenntnis, dass der Aufsichtsrat sich bei seiner Tätigkeit nicht auf die eigenständigen Aufsichtstätigkeiten der BaFin und des Wirtschaftsprüfers verlassen dürfe.

Er müsse seine Überwachungsaufgabe vielmehr vollständig eigenständig wahrnehmen. Die Überwachungsaufgabe der BaFin sei nur eine Ergänzung und die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers „lediglich“ eine Hilfestellung zur Erfüllung der originär eigenen Aufgabe.

Dies stärke aus seiner Sicht die Stellung des Aufsichtsrats, führe aber in der Praxis dazu, dass Berichte von Wirtschaftsprüfern stets kritisch hinterfragt werden müssten; auch und insbesondere in Detailfragen.

Abschließend dankte er den Referenten für ihre interessanten und umfangreichen Vorträge und den Organisatoren für die Ausrichtung der aus seiner Sicht gelungenen Veranstaltung.

Referenten, Moderatoren und Mitdiskutanten

Prof. Dr. Christian **Armbrüster**, Freie Universität Berlin
Dr. Ludger **Arnoldussen**, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft
Prof. Dr. Jochen **Axer**, axis-Gruppe
Dr. Claus-Michael **Dill**, Kölnische Rückversicherungs-Gesellschaft AG
Prof. Dr. Meinrad **Dreher**, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz
Dr. Frank **Ellenbürger**, KPMG AG
Erwin **Flieger**, Bayrische Beamten Versicherung
Dr. Jörg Freiherr Frank **von Fürstenwerth**, GDV e.V.
Prof. Dr. Gerd **Geib**, KPMG AG
Gabriele **Hahn**, BaFin
Dr. Heiner **Hasford**, ERGO Versicherungsgruppe AG
Dr. Andreas **Hasse**, R+V Allgemeine Versicherung AG
Ernst-Henning **Heinsius**, HGFV
Dr. Peter **Hemeling**, Allianz SE
Dr. Helmut **Hoffmans**, Zurich Beteiligungs-Aktiengesellschaft
Prof. Dr. Peter **Hommelhoff**, KPMG AG
Dr. Hermann **Jörissen**, Allianz Global Corporate & Specialty AG
Dr. Peter **Klatt**, BMW, Bavaria Wirtschaftagentur
Günter **Kutz**, Signal-Iduna Gruppe
Dr. Joachim **Lemppenau**, Ideal Versicherung
Dr. Henneke **Lütgerath**, M. M. Warburg & Co
Dr. Peter **Lütke-Bornefeld**, MLP AG
Dr. Lothar **Meyer**, ERGO Versicherungsgruppe AG
Dr. Bernd **Michaels**, Rechtsanwalt, BLD Bach, Langheid & Dallmayr
Dr. Helmut **Müller**, ehem. BAV-Präsident
Uwe H. **Reuter**, VHV Holding AG
Dr. Hans-Werner **Rhein**, ARIAS
Svenja **Richartz**, Verband Deutscher Versicherungsmakler e.V.
Jan-Oliver **Thofern**, Aon Benfield
Ralph **Vogelgesang**, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft
Clemens **von Weichs**, Allianz RE
Daniela **Weber-Rey**, Clifford Chance Partnergesellschaft

Veröffentlichungen der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens mbH

Bisher erschienen:

- 1 Prof. Dr. Norbert Horn
Die Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB) und das AGB-Gesetz
(*vergriffen*)
- 2 Der Versicherungsbedarf der deutschen Wirtschaft nach dem Jahr 2000
Dokumentation eines Symposiums 1985, 10,20 €
- 3 Dr. Ralf Johannsen
Haftpflichtversicherungsschutz gegen Umweltschäden durch Verunreinigung des Erdbodens und der Gewässer
(*vergriffen*)
- 4 Prof. Dr. Attila Fenyves
Die rechtliche Behandlung von Serienschäden in der Haftpflichtversicherung
1988, 10,20 €
- 5 Dr. Friedrich Hosse und Wolfgang Poppelbaum
Systemvergleich der privaten und der öffentlichen Gebäudeversicherung
(*vergriffen*)
- 6 Prof. Dr. Hans Hölemann
Der Brandbegriff im Versicherungswesen aus naturwissenschaftlicher und technischer Sicht
(*vergriffen*)
- 7 Dr. Werner Pfennigstorf
Regulierung und Deregulierung im Versicherungswesen der Vereinigten Staaten
1989, 10,20 €
- 8 Prof. Dr. Ulrich Hübner
Rechtsprobleme des Abrechnungsverkehrs in der Erstversicherung bei Einschaltung von Versicherungsmaklern
1991, 10,20 €
- 9 Dr. Jürgen Kagelmacher
Die Schadenfallkündigung im Versicherungsvertragsrecht
1992, 10,20 €
- 10 Die Betriebsschadenklausel in der Feuerversicherung
Dokumentation eines Symposiums 1990 (*vergriffen*)
- 11 Prof. Dr. Siegfried Schulze
Die Entwicklung des Versicherungsrechts in der Sowjetischen Besatzungszone und in der Deutschen Demokratischen Republik
1992, 10,20 €
- 12 Versicherung des Kriegsrisikos
Dokumentation eines Symposiums 1992, 10,20 €
- 13 Beiträge über den Versicherungsmakler
Ewald Lahno gewidmet
1993, 10,20 €
- 14 Dr. Renate Köcher
Wandel des gesellschaftlichen Umfelds der Versicherungswirtschaft
1993, 10,50 €
- 15 Prof. Dr. Peter Albrecht
Ansätze eines finanzwirtschaftlichen Portefeuille-Managements und ihre Bedeutung für Kapitalanlage- und Risikopolitik von Versicherungsunternehmen
(*vergriffen*)
- 16 Prof. Dr. Helmut Bujard
Zum Einfluß des gesamtwirtschaftlichen Strukturwandels auf die Schadenversicherung der Produktionsbereiche
1997, 14,30 €, 978-3-88487-600-8
- 17 Die künftigen Risiken der Industrie: Ursachen und Ansätze zu ihrer Bewältigung
Dokumentation eines Symposiums 1997, 17,90 €, 978-3-88487-627-5

- 18 Prof. Dr. Ulrich Hübner et al.
Berufsregelung für Versicherungsvermittler in Deutschland
1997, 18,50 €, 978-3-88487-642-8
- 19 Dr. Thomas Holzheu
Die Belastung von Versicherungsdienstleistungen mit Verkehrssteuern
1998, 17,80 €, 978-3-88487-676-3
- 20 Andrea Heß
Financial Reinsurance
1998, 18,- €, 978-3-88487-670-1
- 21 Dr. Erwin Eszler
Versicherbarkeit und ihre Grenzen
1999, 40,- €, 978-3-88487-795-1
- 22 Stefan Häusele
„Standort Deutschland“ für Versicherungen
Eine vergleichende Analyse ausgewählter europäischer Länder
1999, 46,- €, 978-3-88487-799-9
- 23 Dr. Thomas Holzheu
Die Einbeziehung der Schaden-/Unfallversicherung in das Umsatzsteuersystem
2000, 18,50 €, 978-3-88487-824-8
- 24 Prof. Dr. Manfred Wandt
Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen
2000, 29,80 €, 978-3-88487-893-4
- 25 Robert von Winter
Risikomanagement und Interne Kontrollen beim Sachversicherer
2001, 37,- €, 978-3-88487-920-7
- 26 Der Umgang mit den Risiken im Grenzbereich der Versicherbarkeit
Dokumentation eines Symposiums
2002, 16,- €, 978-3-89952-012-5
- 27 Prof. Dr. Thomas Hoeren,
Prof. Dr. Gerald Spindler
Versicherungen im Internet –
Rechtliche Rahmenbedingungen
2002, 44,- €, 978-3-89952-014-9
- 28 Dr. Gerd Umhau
Vergütungssysteme der Versicherungsvermittlung im Wandel
2003, 31,- €, 978-3-89952-029-3
- 29 Prof. Dr. Christian Armbrüster
Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht
Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG
2003, 22,90 €, 978-3-89952-084-2
- 30 Pflichtversicherung
– Segnung oder Sündenfall –
Dokumentation eines Symposiums
2005, 32,- €, 978-3-89952-230-3
- 31 Dr. Andreas Horsch
Rating in der Versicherungswirtschaft
Eine ökonomische Analyse
2006, 32,- €, 978-3-89952-262-4
- 32 Prof. Dr. Peter Reiff
Versicherungsvermittlerrecht im Umbruch
2006, 32,- €, 978-3-89952-283-9
- 33 Dr. Christian Thomann
Terrorversicherung, Risikomanagement und Regulierung
2007, 37,- €, 978-3-89952-359-1
- 34 Ethik in der Assekuranz
Dokumentation eines Symposiums
2008, 29,- €, 978-3-89952-388-1
- 35 Harald Krauß
Die Vergütung des Versicherungsmaklers im Rahmen internationaler Entwicklungen
2009, 29,- €, 978-3-89952-518-234
- 36 Fluch und Segen der Kapitalmärkte für die Versicherungswirtschaft
Dokumentation eines Symposiums
2010, 27,- €, 978-3-89952-545-8

Bestellungen sind zu richten an:

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH
Postfach 6469
76044 Karlsruhe
Klosestraße 20–24, 76137 Karlsruhe
Telefax Vertrieb: 0721 3509-201
E-Mail: vertrieb@vww.de
www.vww.de

HAMBURGER GESELLSCHAFT ZUR FÖRDERUNG DES VERSICHERUNGSWESENS MBH, HAMBURG

Die HGFV wurde 1982 mit einer Kapitalausstattung
von 1 Mio. DM von Jauch & Hübener –
heute Aon – errichtet.

Gegenstand der Gesellschaft ist die Förderung von Untersuchungen
und wissenschaftlichen Arbeiten im Bereich
des Versicherungswesens und des Risk Managements.

Neben der Organisation und
Durchführung von Symposien mit prominenten
Vertretern aus Wissenschaft und Wirtschaft dienen dazu auch
das Unterstützen und Herausgeben von Publikationen.
Bisher fanden 7 Symposien statt; mehr als
35 Publikationen zu den unterschiedlichsten Themen
mit Bezug zum Versicherungswesen sind erschienen.
Bei ihrer Arbeit wird die Gesellschaft durch einen Beirat
unterstützt, dem namhafte Vertreter aus Versicherungswirtschaft,
Dienstleistung, Industrie und Wissenschaft angehören.
Der Beirat lenkt und überwacht die Vergabe
der nicht interessengebundenen Aufträge.

Beiratsmitglieder:

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Freie Universität Berlin
Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, GDV
Dr. Hermann Jörissen, Allianz Global Corporate & Speciality
Dr. Peter Klatt, Bavaria Wirtschaftsagentur
Prof. Stefan Materne, Fachhochschule Köln
Dr. Lothar Meyer, Bergisch-Gladbach (Vorsitzender des Beirats)
Dr. Helmut Müller, Berlin
Dr. Hans-Werner Rhein, Hamburg
Prof. Dr. J.-Matthias Graf von der Schulenburg, Leibniz Universität Hannover
Dr. Stefan Sigulla, HDJ-Gerling Industrie Vers. AG
Clemens Frhr. von Weichs, Allianz RE

Geschäftsführer:
Ernst-Henning Heinsius

