

Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements

Haftungs- und Strafvermeidung
für Corporate Compliance

Herausgegeben von

Frank Romeike

Mit Beiträgen von

Dr. Jens-Hinrich Binder,
Dr. Jörg Borchert,
Dr. Jutta Jessenberger,
Dr. Manuel Lorenz,
Dr. Thomas Münzenberg,
Frank Romeike,
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski,
Dr. Peter Winter,
Gundolf Zimmermann

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über dnb.ddb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 10647 9](http://ESV.info/978%203%20503%2010647%209)

ISBN 978 3 503 10647 9

Alle Rechte vorbehalten.

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2008

www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen
der Deutschen Bibliothek und der Gesellschaft für das Buch
bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht
sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso
Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: Jung Crossmedia, Lahnau

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Jean-Baptiste Poquelin (besser bekannt als Molière, 1622–73) erkannte bereits vor einigen Jahrhunderten: „Wir sind nicht nur für das verantwortlich, was wir tun, sondern auch für das, was wir nicht tun.“

Ein Urteil des Landgerichts München vom 5. April 2007 (Az.: 5 HK O 15964/06) unterstreicht noch einmal die Relevanz eines funktionierenden Risikomanagementsystems sowie die adäquate Dokumentation der Risikomanagement-Prozesse und -Verantwortlichkeiten. So mangelte es in diesem speziellen Fall eines Münchener Unternehmens unter anderem an der schriftlichen Dokumentation des Risikomanagements. Die Richter wiesen in diesem Kontext darauf hin, dass ein Vorstand geeignete Risikomanagement-Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einrichten sollte, damit eine den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklung früh erkannt werden könne. Der hier heranzuziehende § 91 Absatz 2 Aktiengesetz ist vom Gesetzgeber deshalb eingeführt worden, um angesichts offensichtlich fehlender Risikomanagementsysteme in den Unternehmen durch eine ausdrückliche Regelung diese Verpflichtung besonders hervorzuheben.

Das Risikomanagement soll in diesem Kontext nicht nur die technischen Bedrohungen erkennen, sondern auch die rechtlichen Auswirkungen einzelner Bedrohungen und die Haftungsrisiken berücksichtigen. Hierzu ist erforderlich, die für das jeweilige Unternehmen und die jeweilige Branche einschlägigen gesetzlichen und regulatorischen Anforderungen zu evaluieren, ebenso das Maß ihrer tatsächlichen Erfüllung im Unternehmen.

Die Münchener Richter rügten in ihrem Urteil auch die Arbeit der Wirtschaftsprüfer. Denn bei der Prüfung des Jahresabschlusses müssen sie auch das Überwachungssystem zur Risikofrüherkennung untersuchen, das der Vorstand nach § 91 Absatz 2 Aktiengesetz einrichten muss. Dazu stand im Bericht: „Der Vorstand hat (...) ein Überwachungssystem eingerichtet, um bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Unsere Prüfung hat ergeben, dass für das vom Vorstand eingerichtete Überwachungssystem keine formelle Dokumentation vorliegt. Somit war eine Funktions- und Systemprüfung nicht möglich.“

Jedoch hatten sich die Wirtschaftsprüfer „durch Befragung des Vorstandes“ davon überzeugt, dass die Gesellschaft über ein informelles Risikofrüherkennungssystem verfügt. „Wir haben den Vorstand auf seine Pflicht zur Dokumentation des Risikofrüherkennungssystems hingewiesen.“ Diese Passage fehlte jedoch in einem korrigierten Jahresabschluss der Gesellschaft. Der Bericht des Aufsichtsrats enthält ebenfalls keinen Hinweis auf das mangelhafte Risikomanagement.

Die Richter sahen nun einen schwerwiegenden Rechtsverstoß in der fehlenden Dokumentation des Risikofrüherkennungssystems.

Bereits in älteren Urteilen hatten Gerichte die Verantwortung des Vorstands zum Aufbau eines Risikofrüherkennungs- sowie Risikoüberwachungssystems ange-mahnt (siehe beispielsweise Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, RiskNET-News vom 7.9.2004, www.risknet.de).

In dem Urteil vom 8. Juli 2004 entschied die für Versicherungsaufsichtsrecht zu-ständige Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main über die Klage eines Vorstandsmitglieds, der sich gegen die Rechtmäßigkeit zweier Verfügungen der Ba-Fin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) wandte. Mit diesen Verfügun-gen hatte die BaFin vom Aufsichtsrat des Versicherers verlangt, den Kläger als Mit-glied des Vorstandes abzurufen. Zwischen dem 10. und dem 14. Juni 2002 fand bei dem Versicherer eine örtliche Prüfung seitens der BaFin statt. Diese Prüfung er-gab unter anderem, dass bei dem Versicherer die stillen Lasten aus Aktienengage-ment in mehreren Investmentfonds auf etwa 93 Mio. Euro angewachsen waren, die sich zum Jahresende 2001 auf etwa 55 Mio. Euro und Mitte 2001 auf etwa 26 Mio. Euro belaufen hatten. Im Juni 2002 kam es auf Anordnung der BaFin daraufhin zur Einsetzung eines Sonderbeauftragten für den Vorstand des Versicherers.

Mit Bescheid vom 12. Dezember 2002 verlangte die BaFin schließlich vom Auf-sichtsrat der zwei Versicherungsunternehmen, in denen der Kläger Vorstandsmit-glied war, ihn als Mitglied des Vorstandes abzurufen. Diesem Verlangen folgten die jeweiligen Aufsichtsräte. Die BaFin begründete ihr Vorgehen damit, dass der Kläger nicht mehr den Anforderungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes bzgl. der fachlichen Eignung von Geschäftsleitern von Versicherungsunternehmen ge-nüge. Bei dem Versicherer sei im Hinblick auf die stillen Lasten aus Aktienengage-ments in mehreren Fonds eine existenzgefährdende Lage eingetreten. Diese finan-zielle Schiefelage sei maßgeblich auch auf fachliche Mängel im Bereich Controlling zurückzuführen. Bestimmte Missstände seien maßgeblich dem Kläger als für das Controlling zuständigen Vorstandsmitglied anzulasten. Vor dem Hintergrund dieser Mängel sei das Abberufungsverlangen notwendig, um Belange der Versicherten zu wahren.

Der Kläger hielt dem entgegen, er habe in der kritischen Phase der Unternehmen seine Verantwortung als Ressortvorstand Controlling durchgängig aktiv wahrgenom-men. Er habe sich zum Beispiel wiederholt mit eindeutigen Warnungen gegenüber Aufsichtsrat und Vorstand des Versicherers zu Wort gemeldet. Das Ressortcontrolling habe dem Vorstand regelmäßig monatlich über die Entwicklung der Zeitwerte und der stillen Lasten berichtet. Die Installation eines Risikosystems sowie eines Risiko-limitsystems sei der Beklagten zugesichert worden. Für den Bereich Kapitalanlage sei ein anderes Vorstandsmitglied zuständig gewesen. Dieses habe dem Kläger nach bestimmten Vorgaben berichten sollen. Eine solche Informationsmitteilung seitens des Bereichs Kapitalanlagen sei jedoch zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Es habe für ihn aber auch keinerlei Anzeichen dafür gegeben, dass die Vorstände für den Bereich Ka-pitalanlage oder den Bereich Revision ihre erhaltenen Aufträge nicht ausführen wür-den.

Versicherungsunternehmen dürfen ihren Geschäftsbetrieb nur mit einer Erlaubnis der BaFin als Aufsichtsbehörde aufnehmen (§ 5 VAG). Diese Erlaubnis ist unter anderem dann zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, die den Schluss darauf zu-lassen („die die Annahme rechtfertigen“), dass der Betriebsinhaber oder – bei juris-

tischen Personen – ein gesetzlicher oder satzungsmäßiger Vertreter nicht zuverlässig ist oder aus anderen Gründen nicht den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Erstversicherungsunternehmens zu stellenden Ansprüchen genügt. Unter den selben Voraussetzungen kann die BaFin auch ein Abberufungsverlangen stellen, wenn ihr nachträglich solche Tatsachen bekannt werden (§ 87 Abs. 6 VAG). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hat die BaFin auf dieser Gesetzesgrundlage rechtmäßig gehandelt, so dass der Kläger nicht in seinen Rechten verletzt ist.

Das Gericht stellte des Weiteren klar, dass der Vorstand in seiner Gesamtverantwortung ein Risikofrüherkennungs- und -überwachungssystem einzurichten hat, damit eine den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklung früh erkannt werden könne. In diesem Kontext wies das Gericht auch darauf hin, dass bereits vor Inkrafttreten des hier entsprechend anwendbaren § 91 Abs. 2 Aktiengesetz entsprechende Verpflichtungen zur Schaffung angemessener interner Kontrollverfahren bestanden (§ 81 Abs. 1 Satz 5 Versicherungsaufsichtsgesetz und § 25 a Kreditwesengesetz). Mit Einführung des § 91 Abs. 2 Aktiengesetz im Jahre 1998 habe der Gesetzgeber die Verpflichtung der Geschäftsleitung hervorheben wollen, Risikofrüherkennungs- sowie Risikoüberwachungssysteme in den Unternehmen einzurichten, um Entwicklungen vorzubeugen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden könnten. Der Gesetzgeber habe nämlich erkannt, dass die Ursache von Fehlentwicklungen vielmals an einer mangelhaften Risikoeinschätzung der Unternehmensleitungen gelegen habe, so dass nicht frühzeitig auf drohende Schieflagen der Unternehmen habe reagiert werden können.

In der vorliegenden Publikation werden die gesetzlichen Grundlagen des Risikomanagements zusammenfassend dargestellt. Hierbei handelt es sich entweder um zwingende Rechtsvorschriften (§ 91 Absatz 2 AktG, § 93 Absatz 1 Satz 1 AktG etc.) oder um „Codes of Best Practise“ (COSO Report, Cadbury Committee etc.). Ausgangspunkt ist ein branchenübergreifender Überblick über den gesetzlichen Rahmen.

Dr. Manuel Lorenz skizziert in seinem Einführungsbeitrag die gesetzlichen Grundlagen des Risikomanagements im nationalen Kontext. Einen ganz wesentlichen Beitrag zur Fortentwicklung Deutscher Corporate Governance lieferte der deutsche Gesetzgeber bereits mit der Verabschiedung des KonTraG („Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich“). Das KonTraG verpflichtet seit 1. Mai 1998 Vorstände börsennotierter Unternehmen in Deutschland explizit zur Einrichtung eines Überwachungssystems, um Risiken frühzeitig zu erkennen. Der Beitrag „Anforderungen des Deutschen Corporate Governance Kodexes an das Risikomanagement“ (**Frank Romeike**) liefert einen Überblick über das Ergebnis der Diskussion um „gute Unternehmensführung“ in Deutschland. **Dr. Peter Winter** gibt in seinem Beitrag einen Überblick über Standards im Risikomanagement. Mit den straf- und zivilrechtlichen Auswirkungen auf die Haftung der Unternehmensleitung setzt sich **Dr. Thomas Münzenberg** auseinander.

Der zweite Teil des Buches setzt sich mit den branchenspezifischen Rechtsgrundlagen des Risikomanagements auseinander. **Dr. Jens-Hinrich Binder** stellt in seinem Beitrag die rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements in Banken und Finanzdienstleistungsinstituten dar. So stellt insbesondere der „New Basel Capital Accord“ (besser bekannt unter dem Begriff „Basel II“) höhere Anforderungen an das Con-

trolling und Risikomanagement von Banken. **Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski** skizziert in seinem Beitrag die rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements in Versicherungsunternehmen. So müssen Versicherer zukünftig ihren Eigenkapitalbedarf nach EU-einheitlichen Vorgaben (Solvency II) wesentlich mehr als bisher an den eingegangenen Risiken ausrichten. In diesem Zusammenhang sollen auch die Aufsichtsregeln harmonisiert werden. Anfang Juli 2007 wurde die Solvency-II-Rahmenrichtlinie von der EU-Kommission verabschiedet. **Dr. Jutta Jessenberger** und **Gundolf Zimmermann** konzentrieren sich in ihren Ausführungen auf die spezifischen rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements im internationalen Industriekonzern. Schließlich skizziert **Dr. Jörg Borchert** die rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements im Energiemarkt/-handel.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit nutzen, um denjenigen Personen zu danken, die zum Gelingen des Buches beigetragen haben. Als Herausgeber bedanke ich mich bei allen mitwirkenden Autoren für Ihre spontane und bleibende Bereitschaft zur Mitarbeit. Ein besonderer Dank gilt Frau Dr. Anette Köcher, die durch ihr theoretisches und praktisches Wissen im Bereich des Risikomanagements stets als kompetente und kritische Gesprächspartnerin zur Verfügung stand. Darüber hinaus gilt mein Dank Herrn Dr. Joachim Schmidt, mit dem ich gemeinsam die Idee zu diesem Buch hatte und der das Projekt über die vergangenen Monate verlagsseitig begleitet hat.

Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie aus dem Buch viele Anregungen für die Entwicklung oder Weiterentwicklung Ihrer vorhandenen Managementsysteme finden, die den Umgang mit den unvermeidlichen Risiken jeglicher unternehmerischen Tätigkeit verbessern. Kritik und Wünsche nehmen wir gerne auf: Schreiben Sie eine E-Mail an buch@risknet.de.

Oberaudorf am Kaisergebirge im August 2007

Frank Romeike

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Erster Teil: Branchenübergreifende Rechtsgrundlagen des Risikomanagements	
I. Einführung in die rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements <i>Dr. Manuel Lorenz, LL.M., Rechtsanwalt und Solicitor (England & Wales)</i>	3
II. Anforderungen des Deutschen Corporate Governance Kodexes (DCGK) an das Risikomanagement <i>Frank Romeike, RiskNET GmbH, Risk Management Association e. V.</i>	31
III. Standards im Risikomanagement <i>Dr. Peter Winter, Universität Mannheim</i>	71
IV. Das Risikomanagement und seine straf- und zivilrechtlichen Auswirkungen auf die Haftung der Unternehmensleitung <i>Dr. Thomas Münzenberg, Rechtsanwalt</i>	101
Zweiter Teil: Branchenspezifische Rechtsgrundlagen des Risikomanagements	
V. Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements in Banken und Finanzdienstleistungsinstituten <i>Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M., Albert-Ludwigs-Universität Freiburg</i>	133
VI. Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements in Versicherungsunternehmen <i>Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Humboldt-Universität zu Berlin</i>	177
VII. Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements im internationalen Industriekonzern <i>Dr. Jutta Jessenberger, Gundolf Zimmermann, Xerox GmbH</i>	207
VIII. Risikomanagement in der Energiewirtschaft: Eine Risikoanalyse der elektrizitätswirtschaftlichen Wertschöpfungskette <i>Dr. Jörg Borchert</i>	231
Autorenverzeichnis	271