



achtziger Jahre mehr als 95% aller an der Börse von New York notierten Gesellschaften entsprechend versichert waren, wurde in Deutschland erstmals 1986 von der Tochtergesellschaft eines amerikanischen Versicherers eine D&O-Versicherung angeboten. Die ihr zugrundeliegenden „Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern (AVBU 86)“ waren indes nicht auf die weltweit üblichen D&O-Regelungen ausgerichtet, sondern aus den AVB-Vermögen, dem Standardbedingungswerk der Berufshaftpflichtversicherung von Rechtsanwälten, Notaren oder Maklern, abgeleitet. Sie enthielten einen Ausschluß von „unternehmerischen Fehlentscheidungen“, was ihre Tauglichkeit in Frage stellte. Die AVBU 86 wurden seit 1993 von den moderneren „Allgemeinen Bedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte (AVB OLA 93)“ verdrängt, die diesen Ausschluß nicht mehr enthielten. Seit Inkrafttreten des Dritten Durchführungsgesetzes/EWG zum VAG am 29. 7. 1994 werden AVB nicht mehr vorab vom BAV kontrolliert und genehmigt. Die Versicherer haben ihre neue Freiheit in der D&O-Sparte genutzt. Derzeit gibt es daher kein einheitliches oder überwiegend angebotenes Bedingungswerk in Deutschland mehr (S. 56 f.). Dies wird sich in Zukunft ändern, weil seit Juni 1997 die „Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG)“ als Verbandsempfehlung des GDV vorliegen. Erwas unvermittelt wirft *Ihlas* sodann die Frage auf, ob eine AG die Prämien für den D&O-Versicherungsschutz ihrer Organe zahlen darf, was wegen § 93 Abs. 4 S. 3 AktG umstritten ist. Danach darf die Gesellschaft erst 3 Jahre nach der Entstehung und nur dann auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder verzichten oder sich insoweit vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und wenn nicht eine Minderheit von 10% des Grundkapitals widerspricht. Verf. schließt sich insoweit der h. M. an, wonach die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung der AG nicht gegen § 93 Abs. 4 S. 3 AktG verstößt (S. 59 f.). Dies überzeugt, wäre aber wohl besser im Zusammenhang mit den übrigen Aussagen zu § 93 Abs. 4 S. 3 AktG erörtert worden (S. 179 ff.).

In Abschnitt C werden die „Grundzüge der gesetzlichen Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG bei Vermögensschäden unter Ausschluß reiner Vorsatztaten“ skizziert (S. 67–176). *Ihlas* beschränkt sich auf die Haftung von Vorstandsmitgliedern der AG. Er begründet dies damit, daß deren Haftungsrisiko um ein Vielfaches höher sei als das von GmbH-Geschäftsführern (S. 68). Dies ist möglich, wird aber durch den Umstand, daß sich bei seiner Recherche 60 Urteile zur AG fanden, aber nur 292 zur GmbH, obwohl es heute (!) 180mal soviel GmbHs wie AGs gibt, nicht belegt. Wohl um das große Haftungsrisiko der Vorstandsmitglieder zu verdeutlichen, werden in einem Unterabschnitt „Haftung gegenüber der Gesellschaft nach Aktiengesetz“ handbuchartig alle denkbaren Anspruchsgrundlagen unter Einschluß der Konzernarbestände vorgestellt (S. 74–98). Breiten Raum nimmt naturgemäß die zentrale Haftungsnorm, der § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, ein. Danach sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Die Generalklausel des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist Quelle vieler Pflichten, wobei im Zusammenhang mit dem Haftungsrisiko die Überwachungspflichten besondere Bedeutung haben, auch in bezug auf die von anderen Vorstandsmitgliedern betrauten Ressorts. Die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG setzt ein Verschulden des Vorstandes voraus. Maßstab ist nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters. An-

dererseits hat der Vorstand unternehmerisches Ermessen. Inwieweit dieses gerichtlich überprüft werden kann, ist nach *Ihlas* eine zentrale Frage des Haftungsrechts. Es bestehe die Gefahr, daß die Entscheidung *ex post* als ermessensfehlerhaft bewertet wird, weil das Gericht einseitig auf die Verkennung der schadensverhindernden Faktoren abstelle (S. 85). Hier hat das ARAG-Urteil des BGH v. 21. 4. 1997 mittlerweile partiell Klarheit gebracht. Danach muß dem Vorstand ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden, der das bewußte Eingehen von Risiken und die Gefahr von Fehleinschätzungen einschließe. Schadensersatzpflichtig mache noch nicht das Fehlen einer „glücklichen Hand“, sondern erst ein Handeln ohne vorherige sorgfältige Analyse der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen oder ein unverantwortliches Überspannen der Risikobereitschaft (NJW 1997, 1926, 1927 f.). Die Schärfe der Haftung aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ergibt sich auch aus der Beweislastumkehr in S. 2. Danach hat der Vorstand zu beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft, was insbesondere bei einem Sachverhalt, der Jahre zurückliegt, schwerfällt. Die Haftung verjährt nach § 93 Abs. 6 AktG in 5 Jahren; die Frist beginnt gemäß § 198 BGB mit der Entstehung des Anspruchs aus § 93 Abs. 2 AktG, also mit der Entstehung des Schadens dem Grunde nach. Wann dies der Fall ist, kann im einzelnen fraglich sein. Verf. verweist hier (S. 87) nur auf RG JW 1932, 1648 (noch zu §§ 241, 249 HGB a. F.), anstatt auf BGHZ 100, 228. Kürzlich hat das OLG München (ZIP 1998, 23) zu Recht entschieden, im Fall einer pflichtwidrigen Banküberweisung durch ein Vorstandsmitglied beginne die Verjährung noch nicht mit der Ausfertigung des Überweisungsauftrags, sondern erst mit der Belastung des Kontos durch die kontoführende Bank (hierzu *Reiff*, EWiR 1997, 917). In einem „Exkurs“ wird die „Haftung als Mitglied des Aufsichtsrates“ behandelt (S. 94–97). *Abs* hatte noch geäußert, es sei leichter, „eine Sau am eingeseiften Schwanz festzuhalten, als einen Aufsichtsrat haften zu lassen“ (S. 34 Fn. 8). Mittlerweile hat sich hier der Wind gedreht. *Ihlas* meint sogar, die Kontrolltätigkeit löse 26mal häufiger Ersatzansprüche aus als die kontrollierte Tätigkeit. Er begründet dies damit, daß die Aufsichtsrats­tätigkeit nur 1/40 der Zeit der Vorstandstätigkeit in Anspruch nähme, eine Analyse von 60 Urteilen aber eine Haftungsrelation Vorstand/Aufsichtsrat von 1,54 zu 1 ergeben habe.

Ein weiterer Unterabschnitt gilt der „Geltendmachung der Ansprüche der AG“ (S. 98–136). Dies ist nach § 112 AktG grundsätzlich Sache des Aufsichtsrates. Ob dem Aufsichtsrat bei dieser Entscheidung ein Ermessensspielraum zusteht, ist umstritten. *Ihlas* meint ja, nimmt aber enge Ermessensgrenzen an (S. 100 f.). Der BGH hat nunmehr im ARAG-Urteil mit überzeugender Begründung eine noch restriktivere Position eingenommen. Da diese Entscheidung des Aufsichtsrats nicht Teil seiner präventiven Kontrolle, sondern Teil seiner nachträglichen Überwachungstätigkeit sei, könne er insoweit kein Ermessen in Anspruch nehmen, sondern müsse die Ansprüche grundsätzlich geltend machen, es sei denn, gewichtige Interessen der Gesellschaft rechtfertigten es ausnahmsweise, davon abzusehen (NJW 1997, 1926, 1928). Dies bedeutet, daß die weitverbreitete Praxis von Aufsichtsräten, selbst bei gravierendem Versagen des Vorstandes von Schadensersatzforderungen abzusehen, den Aufsichtsrat seinerseits schadensersatzpflichtig macht (S. 102). Neben dem Aufsichtsrat können nach § 147 AktG auch die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit oder eine Minderheit von 10% des Grundkapitals beschließen, Ersatzansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen. Das Klageerzwingungsverfahren der Minderheit ist freilich insbesondere bei großen Publikumsgesellschaften ein stumpfes Schwert (S. 108 ff.). Seine größte Bedeutung liegt nach

dem Verf. in der Abschreckung (S. 114). Daneben können Gesellschaftsgläubiger und, in der Praxis bedeutsam, Konkursverwalter die Ersatzansprüche der AG geltend machen (S. 114 ff.). In der abhängigen AG besteht darüber hinaus eine Einzelklagebefugnis jedes einzelnen Aktionärs (vgl. §§ 309 Abs. 4, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4 und 318 Abs. 4 AktG). In seiner Stellungnahme „Zur rechtspolitischen Diskussion“ (S. 125 ff.) meint der Verf., auch der deutsche Gesetzgeber werde sich auf Dauer der internationalen Entwicklung nicht verschließen können und die Einzelklagebefugnis einführen müssen (S. 130). Die derzeit konkret diskutierte Erleichterung des Klageerzwingungsverfahrens durch eine Senkung des Quorums des § 147 AktG (vgl. hierzu nunmehr Regierungsentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes, „KonTraG“ ZIP 1997, 2059, 2065) sei ein Schritt in die richtige Richtung (S. 134).

Im letzten Unterabschnitt „Haftung gegenüber Dritten“ (S. 136–176) skizziert Verf. die außerhalb des Aktienrechts geregelten Ersatzansprüche Dritter gegen den Vorstand. Sie reichen von Ansprüchen aus *cic* und *pVV* über Ansprüche aus unerlaubter Handlung und UWG bis zur steuerrechtlichen Haftung. Hierher zählt Verf. auch Ansprüche der Aktionäre aus eigenem Recht. Solche Ansprüche läßt das deutsche Recht nur in sehr begrenztem Umfang zu. Die Vorstände deutscher Gesellschaften unterliegen aber dann dem weltweit schärfsten US-amerikanischen Haftungsrecht, wenn sich die Gesellschaften Zugang zum US-Kapitalmarkt verschafft haben. Völlig zu Recht und mit Nachdruck verweist *Ihlas* auf die daraus folgenden hohen Haftungsrisiken. So hat der D&O-Versicherer eines holländischen Konzerns vergleichsweise 9,25 Mio. US-\$ an Aktionäre gezahlt, die gegen den Vorstandsvorsitzenden Klage erhoben hatten, weil er die Lage des Konzerns in der Hauptversammlung zu günstig beurteilt habe und sie deshalb Anteile erworben hätten (S. 142).

In Abschnitt D „Haftungserleichterung und -freistellung für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft“ (S. 177–186) erörtert Verf. die Lage bei Ansprüchen Dritter und bei Ansprüchen der AG. Bei letzteren ist das Verzicht- und Vergleichsverbot des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG problematisch. Verf. meint, diese Vorschrift sei sehr restriktiv und gehe an den Bedürfnissen der Praxis vorbei. Die Praxis behilft sich, indem der Anspruch entweder schlicht nicht geltend gemacht wird, oder dadurch, daß die AG die Ersatzforderung gegen den Vorstand an ein anderes Konzernunternehmen abtritt und dieses sich vergleicht (S. 181).

Abschnitt E „Allgemeine Bedingungen für Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte (AVB OLA 93)“ ist eine sehr umfangreiche systematische Darstellung von D&O-AVB in Deutschland auf der Grundlage der AVB OLA 93, aber mit ständigen Verweisen auf andere Bedingungswerke (S. 187–309). Die vom Verf. aufgezeigten und erläuterten Rechtsfragen, die diese Bedingungen aufwerfen, sind so zahlreich, daß sie hier nicht mal ansatzweise wiedergegeben werden können. Es wird daher im folgenden nur zu zwei aus der subjektiven Sicht des Rezensenten interessanten Fragen Stellung bezogen. Versicherungsnehmerin ist bei der D&O-Versicherung regelmäßig die AG, so daß meist ein sogenanntes Großrisiko i. S. d. § 10 Abs. 1 EGVVG vorliegt, für das die Vorschrift des § 10 VAG über den Mindestinhalt von AVB nicht gilt, wie sich aus § 10 Abs. 3 VAG ergibt, nicht wie *Ihlas* S. 194 meint, aus § 10a Abs. 1 VAG. Nur in seltenen Fällen versichert sich ein Mitglied des Vorstandes selbst mittels einer sogenannten Einzelpolice für seine Organtätigkeit. Dann liegt kein Großrisiko vor und die D&O-AVB müssen daher den Anforderungen des Vollständigkeitsgebots des § 10

Abs. 1 VAG entsprechen. Verf. meint, nur wenige der zur Zeit in Deutschland verwandten AVB genügen diesen Ansprüchen (S. 194). Das dürfte noch zu optimistisch sein. Gerne hätte man auch etwas über die Konsequenzen hieraus gehört. Öffentlich-rechtliche Folge eines Verstoßes ist, daß das BAV nach § 81 VAG Anordnungen treffen kann, um insoweit Ergänzungen und Richtigstellungen in den Bedingungswerken zu erreichen. Äußerst schwierig und nur im Einzelfall zu beantworten ist die Frage, welche privatrechtlichen Konsequenzen ein Verstoß gegen § 10 Abs. 1 VAG hat. Zu denken ist an Schadensersatzpflichten des Versicherers oder sogar die Unwirksamkeit der entsprechenden Bedingungen (vgl. *Prölss/R. Schmidt*, VAG 11. Aufl. 1997, § 10 VAG Rn. 15).

Versicherte Personen sind außer den Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrats oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin nach § 1. 3. AVB OLA 93 „alle Personen in ihrer Tätigkeit als ehemalige, gegenwärtige und zukünftige Prokuristen und sonstige leitende Angestellte der Versicherungsnehmerin oder Tochterunternehmen, soweit sie zur Vornahme aller Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb *ihrer* Unternehmens mit sich bringt, ermächtigt sind“. Verf. legt dies dahin aus, daß alle Personen versichert sind, die Prokura oder eine darüber hinausgehende Vollmacht, zum Beispiel Generalvollmacht, haben. Der Oberbegriff des „leitenden Angestellten“ habe keine eigene Bedeutung (S. 199 f.). Dies erscheint teilweise zu eng und teilweise zu weit. Zu eng insoweit, als nur Personen mit Prokura und darüber hinausgehender Vollmacht versichert sein sollen. Näher liegt es, echte leitende Angestellte mit Generalhandlungsvollmacht ebenfalls als versichert anzusehen. Entgegen dem Verf. wiederholt die wiedergegebene Bedingung nämlich nicht die Legaldefinition der Prokura in § 49 Abs. 1 HGB, weil dort vom Betrieb *eines* Handelsgewerbes die Rede ist, sondern lehnt sich an die Generalhandlungsvollmacht des § 54 Abs. 1 1. Alt. HGB an, die alle gewöhnlichen Rechtsgeschäfte eines *derartigen* Handelsgewerbes erfaßt. Zu weit ist die Auslegung des § 1. 3. AVB OLA 93 durch den Verf. insoweit, als danach auch sogenannte „Titularprokuristen“ versichert sein sollen, die zwar im Außenverhältnis Prokura haben, aber im Innenverhältnis engen Schranken unterliegen und nicht als leitende Angestellte im Sinn des Nachsatzes von § 1. 3. AVB OLA 93 angesehen werden können. Hiergegen spricht, daß in dem auch vom Verf. herangezogenen, aber nicht ausgewerteten § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG ein Prokurist nur dann „leitender Angestellter“ ist, wenn „die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist“, so daß Titularprokuristen nicht unter diese Vorschrift fallen (GK-BetrVG/*Kraft*, 5. Aufl. 1994, § 5 Rn. 82 ff.). Gegen die Auslegung durch den Verf. spricht auch, daß die Klausel dann viel kürzer hätte gefaßt werden können. Die Erklärung des Verf., der Begriff des leitenden Angestellten und seine Umschreibung habe nur den Zweck, die Produktabkürzung OLA zu ermöglichen, ist nicht plausibel. Richtig erscheint es demgegenüber, § 1. 3. AVB OLA 93 so auszulegen, daß alle Personen, seien sie Generalbevollmächtigte, Prokuristen oder Generalhandlungsbevollmächtigte, als „leitende Angestellte“ versichert sind, wenn sie auch im Innenverhältnis im Sinn des Nachsatzes dieser Bedingung ermächtigt sind.

Im – abgesehen von einer „Zusammenfassung in Thesen“ – letzten Abschnitt F „Haftung und Versicherung“ (S. 310–333) belegt der Verf. seine ohnehin einleuchtende These, daß sich das Haftungsrisiko für Vorstände von AG in Zukunft verschärfen wird, eindrucksvoll, indem er die historische Verteilung von Organhaftungsurteilen in vier Abbildungen darstellt. Da sich anderenfalls bald die Grenzen der Versicherbarkeit zeigten,

empfiehlt Verf. dringend die Einführung einer gesetzlichen Haftungshöchstgrenze für Organmitglieder (S. 325). Daß bislang weltweit kein Gesetzgeber eine solche Höchstbetragsregelung eingeführt habe, sei darauf zurückzuführen, daß in Zeiten des politischen Aktionismus Politiker „den einfachen Ausweg bzw. die Vermeidung der Organ-Haftungskrise nicht wollten“ (S. 333). Nun ist Politikerschelte so modern wie Organhaftung und häufig auch berechtigt. In concreto trifft der Vorwurf von *Ihlas* aber wohl kaum. Näher liegt es nämlich, das Schweigen sämtlicher Gesetzgeber dieser Welt in den sachlichen Schwierigkeiten einer solchen Regelung begründet zu sehen. Die Forderung des Verf. nach einer Haftungshöchstgrenze ist nämlich ebenso berechtigt wie schwer zu erfüllen. Der von ihm als Vorbild genannte § 323 Abs. 2 HGB, wonach die Ersatzpflicht von Wirtschaftsprüfern bei Pflichtprüfungen auf 500.000 DM beschränkt ist, hilft nicht weiter. Abgesehen von den auf die Organhaftungssachverhalte nicht übertragbaren besonderen Zwecken dieser Vorschrift, nämlich die lukrativen Pflichtprüfungen nicht nur großen Gesellschaften, sondern auch einzelnen Wirtschaftsprüfern offenzuhalten (hierzu *Reiff*, AnwBl 1997, 14 Fn. 138 m.w.N), ist für die Organhaftung eine fixe Summe als Haftungshöchstgrenze nicht akzeptabel, weil sonst der Vorstandsvorsitzende des größten deutschen Konzerns dieselbe Haftungshöchstgrenze hätte wie der Geschäftsführer einer GmbH mit einer Bilanzsumme von 10 Mio. DM (Mindestgröße für die Versicherbarkeit, vgl. S. 306). Mit der Erkenntnis, daß die Höchstgrenze variabel sein muß, beginnen die Schwierigkeiten erst, weil völlig offen ist, welches Kennzeichen der Unternehmen als Bezugspunkt tauglich sein könnte (das bei der geplanten Reform des § 323 Abs. 2 HGB ins Auge gefaßte Hundertfache der vereinbarten Vergütung, vgl. S. 312 Fn. 17, scheidet offensichtlich aus) und wie die Haftungshöchstgrenze hierzu in Abhängigkeit gesetzt werden sollte. Fragen über Fragen, die nicht beantwortet zu haben dem Buch von *Ihlas* nicht vorgeworfen werden soll, dessen Lektüre ungeachtet der vorgetragenen Kritikpunkte sehr zu empfehlen ist.

Bonn

Prof. Dr. Peter Reiff