

Compliance Berater



5–6 / 2018

Betriebs-Berater Compliance

6.6.2018 | 6.Jg
Seiten 133–208

EDITORIAL

Dr. Ulrich Bergmoser

Integrität ist das bestimmende Elixier des Compliance-Managements | I

CORPORATE COMPLIANCE

Jörn Ulrich Fink, RA/Syndikus-RA

MiFID II – Neuerungen zu den Organisationspflichten der Compliance-Funktion | 133

Prof. Dr. Bartosz Makowicz

Verhaltenskodex – Methodik der effektiven Konzipierung und Umsetzung | 139

Dr. Malte Passarge, RA

Der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) – Das Gegenteil von gut gemacht ist gut gemeint | 144

Dr. Jens Brauneck, RA

Neuer Verhaltenskodex der EU-Kommission: Erleichtertes Lobbying, verbindliches Transparenzregister, verhinderte Sanktionierung? | 148

BAG: Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers – Organstellung und Rechtsmissbrauch | 156

BAG: Kündigung wegen illoyalen Verhaltens | 161

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Susana Campos Nave, RAin/FAstrafR

Das Know Your Customer-Prinzip und die Geldwäscheprävention | 166

Alexander Jung, LL.M.

Die Risikobestimmung im Rahmen der Datenschutzgrundverordnung | 170

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Friedrich Scheuffele, RA

Neues zu Hochzeitsrabatten – Konkretisierungen des sog. Anzapfverbots durch Gesetzgebung und Rechtsprechung | 176

RA Dr. Dr. Fabian Teichmann, RA, und MLaw Elena Park

Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Diamantenhandel (Schweiz) | 183

Dr. Burkhard Fassbach, RA, und Dr. Frank Hülsberg, StB, WP

Die D&O-Versicherung im Konfliktpotential des Two-Tier-Board-Systems | 186

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Emanuel H. F. Ballo, RA, und

Dr. Marcus Reischl, RA

Der Koalitionsvertrag 2018 – Neue Impulse für die Reform des Sanktionsrechts für Unternehmen | 189

Interview mit **Dr. Johannes Blassl**, RA
Garantenpflicht des Compliance Officers? – Ein Interview | 194

Marko Vogel

Umfassende IT-Sicherheit: Für Unternehmen ein Muss | 197

Jutta Sonja Oberlin, CIPM, C.O. (Univ. Augsburg), und Lorena Maria Gutzwiller

Neues chinesisches Cyber-Security-Law: Staatliches Kontrollinstrument statt Schutz des Datensubjektes | 200

Eckart Achauer, Dipl.-Bw.

Aktuelle Compliance-Studie offenbart weiterhin Nachholbedarf im deutschen Mittelstand | 205

CB-BEITRAG

Dr. Burkhard Fassbach, RA, und Dr. Frank Hülsberg, StB, WP

Die D&O-Versicherung im Konfliktpotential des Two-Tier-Board-Systems

Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung rückt zunehmend in den Fokus von Fragen guter Corporate Governance. Dabei geht es insbesondere um die Rollen und das Zusammenspiel zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im deutschen Two-Tier-Board-System. Das sich hieraus ergebende Konfliktpotential wird spätestens im D&O-Schadenfall offenbar.

I. Ausgangslage

Fälle, in denen der Aufsichtsrat Schadenersatzforderungen gegen den eigenen Vorstand erhebt oder umgekehrt, der Vorstand, dem Aufsichtsrat vor Gericht den Streit verkündet und mit in den Prozess hineinzwingt, machen mehr als 80 Prozent aller Schadenfälle in Deutschland aus.¹ Unter Governance-Gesichtspunkten sind die US-amerikanischen Ursprünge der D&O-Versicherung und die Probleme zu beachten, die daraus resultieren, dass die rechtlichen Gegebenheiten in den USA einerseits (directors and officers sitzen gemeinsam in einem board of directors, Risiken drohen im Wesentlichen von außen) und in Deutschland andererseits (Vorstand und Aufsichtsrat sind unterschiedliche Organe und können gegeneinander Haftungsansprüche geltend machen, Risiken drohen ganz überwiegend aus der Innenhaftung) ganz unterschiedlich sind, was zu unvermeidlichen Interessenkonflikten des Versicherers führt.²

II. Interessenkonflikt

In Manager-Haftungsprozessen kommt es zunehmend zu Streitverkündungen. Es gehört heute zur Verteidigungsstrategie eines Vorstands, dem Aufsichtsrat eine „Mitschuld“ an einem Schaden zuzuschreiben. Bei Streitverkündungen im Organhaftungsprozess ergibt sich für den D&O-Versicherer ein besonders ausgeprägter Interessenkonflikt, wenn das in Anspruch genommene (i. d. R. inzwischen ausgeschiedene) Vorstandsmitglied den Aufsichtsratsmitgliedern den Streit verkündet, um die Weichen für den späteren Gesamtschuldnerausgleich zu stellen (und, soweit die Aufsichtsratsmitglieder noch im Amt sind, sie zu verunsichern und zur Zurückhaltung bei dem Vorgehen gegen das ehemalige Vorstandsmitglied zu gemahnen). Der Versicherer muss dann gleichzeitig für verschiedene versicherte Personen mit widerstreitenden Interessen die Abwehr organisieren und finanzieren. Lösbar ist dieser Konflikt, indem von vornherein separate Gruppenpolicen für Vorstand und Aufsichtsrat mit verschiedenen Versicherern abgeschlossen werden.³ Solche separaten Policen (mit separaten Deckungssummen) empfehlen sich

aus Gründen guter Corporate Governance, um insbesondere die notwendige Trennung und Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat (gerade bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen) sicherzustellen.⁴

III. Getrennte D&O-Policen für Vorstand und Aufsichtsrat

Aufsichtsratsmitglieder haben ein Interesse, über eine eigene Deckungssumme zu verfügen, die sie nicht mit den Vorständen teilen müssen. In Fällen, in denen Vorstände und Aufsichtsräte wegen desselben Sachverhalts haften, erfolgt i. d. R. zunächst die Inanspruchnahme der Vorstände durch die Gesellschaft (vertreten durch den Aufsichtsrat). Es besteht das reale Risiko, dass die Deckungssumme der D&O-Firmenpolice bereits im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Vorstände verbraucht ist.⁵ Auch der Vorstand muss bei den in der D&O-Schadenfallpraxis sehr häufig vorkommenden Fällen des Deckungskonkurses, also unzureichender Versicherungssummen, ein Interesse an einer separaten Aufsichtsrats-D&O-Versicherung haben, weil nur bei deren Bestehen etwaige Regressansprüche von Vorstandsmitgliedern gegen Aufsichtsratsmitglieder überhaupt werthaltig sind. So wird eine erhebliche Verbesserung der

- 1 WirtschaftsWoche online vom 18.12.2017, Interview mit Michael Hendricks, <http://blog.wiwo.de/management/2018/01/31/interview-do-experte-michael-hendricks-die-unerklaerliche-geheimnistuerei-der-versicherer/>
- 2 Vgl. Kersten von Schenck, Rezension zu D&O-Versicherung und Managerhaftung, Handbuch von Oliver Lange, NZG 2015, S. 704.
- 3 Michael Hoffmann-Becking, Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 181 (2017) 737-745.
- 4 Till Wansleben, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 15/25, Vermeidung und Überlagerung zwingenden Rechts durch Versicherungen: Vorstandsinnenhaftung und D&O-Versicherung, <https://ssrn.com/abstract=2697554>.
- 5 Vgl. Maximilian Reichert und Oliver Suchy, Die Two-Tier-Trigger-Policy – Marketinginstrument oder zukunftsweisendes D&O-Versicherungskonzept?, NZG Heft 3/2017, Seite 88.

Rechtsposition sowohl der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder mit getrennten D&O-Policen erreicht.⁶

1. Anfechtung der D&O-Unternehmenspolice

Problematisch kann auch die Anfechtung der D&O-Unternehmenspolice werden. Hatte bspw. ein Vorstandsmitglied im Vorfeld der Platzierung dieser Police falsche Angaben (Erklärung zu bekannten Pflichtverletzungen) gemacht, so besteht die Gefahr, dass der Versicherer die Anfechtung des Vertrages insgesamt erklärt. Dann stehen alle Versicherten – also auch die in der D&O-Unternehmenspolice mitversicherten Aufsichtsräte – schutzlos da.

2. Streit zwischen den Organen

Eine weitere Interessenkollision kann sich ergeben, wenn ein besonderer Vertreter gleichzeitig Ansprüche gegen den Aufsichtsrat und den Vorstand geltend macht. Der Streit zwischen den Organen dreht sich im Kern dann immer um die Frage, ob der Vorstand den Aufsichtsrat informiert hat respektive ausreichend/vollumfänglich informiert hat (Argumentation des Vorstands) oder aber, ob der Aufsichtsrat nicht ausreichend informiert wurde; womöglich sogar hinters Licht geführt wurde (Argumentation des Aufsichtsrats).

IV. Two-Tier-Trigger-Policy

Nach der Architektur des Deckungskonzepts stellt die TTT (Two-Tier-Trigger) -Policy (Abb. 1) der herkömmlichen Globalpolice für sämtliche Organwalter eine separate Police für den Aufsichtsrat zur Seite, die wiederum bei einem anderen Versicherer gezeichnet wird. Diese Deckung greift bei ansonsten mit der Globalpolice identischem Wording (sog. Full Following Form) in bestimmten Fällen (Trigger) ein. Die Trigger sind alternativ: (1) Erschöpfung der Versicherungssumme aus der Globalpolice; (2) Streitverkündung durch Vorstandsmitglieder; (3) Anfechtung des Versicherungsvertrags durch den Versicherer wegen arglistiger Täuschung durch Vorstände und (4) gleichzeitige Inanspruchnahme von Vorständen und Aufsichtsräten durch einen besonderen Vertreter nach § 147 II 1 AktG.⁷ Auf Anfrage zeichnen die Versicherer im Einzelfall auch den Trigger „Investorendialog und Außenkommunikation des Aufsichtsrats“.

Abb. 1: Two-Tier Trigger Policy – Funktionsweise
(Quelle: Hendricks + Partner Rechtsanwälte)



- 1. Trigger: Ausschöpfung der Deckungssumme der Unternehmens-D&O-Police
- 2. Trigger: Streitverkündung
- 3. Trigger: Anfechtung der Unternehmens-D&O-Police
- 4. Trigger: Besonderer Vertreter nach § 147 AktG

V. Zuständigkeit für den Abschluss der D&O-Versicherung

Über die Frage, wer über den Abschluss der D&O-Versicherung zu entscheiden hat, herrscht ein heftiger akademischer Streit. Die Interessen von Gesellschaft und Vorstandsmitglied hinsichtlich des Leistungsversprechens der D&O-Versicherung sind im Schadenfall zumeist gegenläufig. Berücksichtigt man, dass die entscheidenden Weichen bereits bei Abschluss der D&O-Police gestellt werden, kommt damit der gesellschaftsrechtlichen Entscheidungszuständigkeit zur Gewährung von D&O-Versicherungsschutz zentrale Bedeutung zu.

1. Zuständigkeit des Vorstands

Nach tradierter Auffassung ist für die Entscheidung über den Abschluss einer D&O-Versicherung stets der Vorstand zuständig. In diesem Fall ist der Interessenkonflikt bereits bei Abschluss der D&O-Police angelegt. Denn Geschäftsleiter betrachten die D&O-Police naturgemäß auch bzw. sogar in erster Linie aus dem eigenen Blickwinkel der Abwehr. Sie stehen damit vor einem innerlichen Gewissenskonflikt, wenn sie für den Abschluss der eigenen D&O-Versicherung zuständig sind und sich damit von Rechts wegen in erster Linie an den Interessen der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin an der Schadensausgleichsfunktion der D&O-Police orientieren müssen.

2. Zuständigkeit des Aufsichtsrats

Geht man mit der sich im Vordringen befindlichen Meinung hingegen von einer Entscheidungszuständigkeit des Aufsichtsrats für die Gewährung eines gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherungsschutzes für den Vorstand aus, entschärfen sich die zuvor genannten Interessenkonflikte deutlich. Denn dann sind die Organmitglieder für die Entscheidung über die D&O-Police zuständig, die auch für die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin im Schadenfall die Ansprüche prüfen und geltend machen. Für diese Auffassung spricht der Entgeltcharakter der D&O-Police als Versicherung für fremde Rechnung. Aus Sicht der Vorstandsmitglieder steht beim Abschluss der Versicherung die eigene Absicherung vor Haftungsrisiken im Vordergrund.⁸

3. Orientierung am Deutschen Corporate Governance Kodex

Bis der Bundesgerichtshof den Streit über die Entscheidungszuständigkeit für die D&O-Versicherung entscheiden wird, sollten sich die Organwalter am Deutschen Corporate Governance Kodex orientieren: Nach Ziff. 3.1 DCGK arbeiten Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle des Unternehmens eng zusammen. Gute Corporate Governance dient dem Wohle des Unternehmens. Sind sich Aufsichtsrat und Vorstand den Interessenkonflikten in der D&O-Versicherung bewusst, dann dient eine gemeinsame Entscheidung von Aufsichtsrat und Vorstand für die aus Gründen guter Corporate Governance gebotenen separaten Policen mit separaten Deckungssummen bei unabhängigen Versicherern dem Unternehmenswohl. Für das persönliche

6 Kersten von Schenck, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, München 2015, § 116 Rn. 860.
7 Vgl. Christian Armbrüster, Interessenkonflikte in der D&O-Versicherung, NJW 2016 Heft 13, S. 897-901.
8 Vgl. Burkhard Fassbach und Carsten Wettich, Die D&O-Versicherung auf der Agenda des Aufsichtsrats, BOARD Magazin, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, Ausgabe 6/2016, S. 241 ff. m. w. N.

Wohl können Organwalter eine persönliche D&O-Versicherung auf eigene Rechnung abschließen.

VI. Praxistipp

Aufgrund der weit verbreiteten D&O-Verschaffungsansprüche verliert der Streit über Zuständigkeitsfragen zunehmend an Praxisrelevanz. Wegen des Anspruchserhebungsprinzips der D&O-Versicherung sollten Vorstände bei Abschluss oder Verlängerung ihres Anstellungsvertrags durchsetzen, dass sie einen vertraglichen Anspruch darauf haben, dass eine D&O-Versicherung in einer betragsmäßig bestimmten oder anhand definierter Parameter bestimmbarer Mindesthöhe besteht, für die Dauer der Verjährungsfrist für Ansprüche aus Pflichtverletzungen aufrechterhalten und bei Minderungen der Deckungssumme durch Inanspruchnahmen wieder aufgefüllt wird. Ist eine solche Deckung am Versicherungsmarkt nicht mehr verfügbar, ist eine D&O-Versicherung zu den bestmöglichen Konditionen zu kontrahieren. Aufsichtsratsmitglieder sollten darauf achten bzw. darauf hinwirken, dass es eine entsprechende Satzungsregelung gibt, wozu es ggf. eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses bedarf.⁹

⁹ Vgl. Kersten von Schenck, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015 Heft 13, S. 494-501.

AUTOREN



Dr. Burkhard Fassbach ist seit 1998 als Rechtsanwalt zugelassen. Als frei praktizierender Anwalt verfügt er über eine langjährige Erfahrung im internationalen Wirtschaftsrecht mit den Schwerpunkten Corporate Governance, Compliance, Organhaftung und D&O-Versicherung. In diesen Fachgebieten ist er Autor zahlreicher Fachpublikationen und übt eine umfangreiche Referententätigkeit aus.



Dr. Frank Hülsberg ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Seit März 2014 ist er als Senior Partner bei Warth & Klein Grant Thornton für den Bereich Governance, Risk & Compliance verantwortlich. Seine Schwerpunkte liegen in der Prävention und Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität, IT-Security, Data Analytics und in der Digitalisierung von Beratungs- und Prüfungsleistungen.