

# Die D&O-Versicherung in der Hauptversammlung

## Anschreiben an Versammlungsleiter, Aufsichtsräte und Vorstände

wegen einer signifikanten Zunahme von D&O-Schadenfällen werden (aktivistische) Aktionäre zukünftig in Hauptversammlungen D&O-Policen verstärkt kritisch hinterfragen. Versammlungsleiter, Aufsichtsräte und Vorstände sollten sich auf einen Blitzeinschlag gefasst machen. **Von Dr. Burkhard Fassbach und Dr. Niklas Rahlmeyer**

**D**as Aktionariat könnte sich wie folgt melden:

**„Sehr geehrter Herr Versammlungsleiter, sehr geehrte Aufsichtsräte, sehr geehrte Vorstände,**

als Aktionär melde ich mich in unserer heutigen Hauptversammlung in Sachen D&O-Versicherung zu Wort. Sie wissen: Das zentrale Leistungsversprechen jeder D&O-Police ist die Abwehr von unbegründeten Schadenersatzansprüchen. Erweisen sich die Ansprüche hingegen als begründet, erfolgt die Freistellung und damit eine Befriedigung der geschädigten Gesellschaft. Beide Funktionen stehen nach dem Verständnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gleichberechtigt nebeneinander.

Als Aktionär bin ich in tiefer Sorge, ob die für unser Unternehmen bestehenden D&O-Policen im Ernstfall unser Gesellschaftsvermögen schützen. Denken Sie bitte nur an die schwarzen Kassen bei Siemens. Bei einer gewaltigen Schadenssumme von 1,6 Mrd. EUR und einer D&O-Deckungssumme von 250 Mio. EUR hat das Konsortium der D&O-Versicherer am Ende nur die lausige Summe von 100 Mio. EUR gezahlt. Im Ergebnis kann ich persönlich darin keinen Bilanzschutz erkennen. Teuer wird es wohl auch für die Aktionäre der Deutschen Bank. Aussagen des Ex-Chefs Breuer über den Medienunternehmer Kirch in einem Bloomberg TV-Interview haben die Deutsche Bank 925 Mio. EUR gekostet. Die Zeche für diese Kapitalvernichtung werden am Ende wohl hauptsächlich die Aktionäre der Bank zahlen.

Sie wissen: Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Verstehen Sie mich bitte nicht falsch, liebe Vorstände: Ich habe großes Vertrauen in Ihre Amtsführung. Als Aktionär muss ich aber auch den „Worst Case“ im Blick haben. Wenn es einstige Ikonen der deutschen Wirtschaft getroffen hat, kann es potenziell auch Sie treffen!

Meine erste Frage lautet: Halten Sie die bestehende Deckungssumme der D&O-Police in Bezug auf die Risiken unserer Gesellschaft für angemessen? Meine zweite Frage lautet: Haben Sie sich intensiv mit den aktuellen Entwicklungen im Bereich der D&O-Versicherung in Deutschland beschäftigt? Hierzu erlauben Sie mir bitte einige Hintergrundinformationen:

Die D&O-Versicherung hat ihren Ursprung in den USA. Dort gibt es – anders als in Deutschland – keine institutionalisierte Trennung von Überwachung und Geschäftsleitung. Wegen der unreflektierten Übernahme amerikanischer Deckungskonzepte gehören auch in Deutschland Vorstand und Aufsichtsrat beide zum Kreis der Versicherten und sind herkömmlich gemeinsam „unter einem Dach“ des selben D&O-Versicherers versichert.

Kann das überhaupt funktionieren? Ich stelle diese Frage, weil Aufsichtsräte und Vorstände im D&O-Schadenfall potenziell kollidierende Interessen haben. Nach dem



### ZU DEN AUTOREN

**Dr. Burkhard Fassbach** ist Rechtsanwalt und Of Counsel bei **Hendricks Rechtsanwälte** in Düsseldorf. Er verfügt über eine langjährige Praxiserfahrung in der Beratung von Gesellschaftern, Aktionären und Aufsichtsräten in den Bereichen D&O-Versicherung und Organhaftung.

**Dr. Niklas Rahlmeyer** ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro von **Field Fisher Waterhouse LLP**. Er berät schwerpunktmäßig im Aktienrecht und ist spezialisiert auf die Beratung bei Fragen zur Haftung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern sowie Geschäftsführern unter Einbeziehung von D&O-Versicherern.

Motto „Angriff ist die beste Verteidigung“ verkünden beklagte Vorstandsmitglieder neuerdings in Managerhaftungsprozessen Aufsichtsratsmitgliedern fast schon reflexartig den Streit. Salopp gesprochen: Dann steht ein und derselbe D&O-Versicherer hinter zwei sich streitenden „Parteien“. Hier ist der D&O-Versicherer in einem natürlichen Interessenkonflikt verhaftet. Und die Lösung kann nur sein, dass man die „Parteien“ und die Interessenvertreter trennt.

Denn nach der Rechtsprechung des für Versicherungsrecht zuständigen IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs hat der Versicherer im Haftpflichtprozess die Interessen des Versicherten so zu wahren, wie das ein von diesem beauftragter Anwalt tun würde. Deshalb sind in Deutschland neuerdings Deckungskonzepte im Gespräch, die Interessenkollisionen von Vorstand und Aufsichtsrat ausschließen. Danach besteht eine Trennung der Deckungen mit separaten Risikoträgern für beide Organe. Man nennt dies in der D&O-Fachsprache „Twin-Tower“ oder „Two-Tier-Trigger“-Konzept“.

Hierfür gibt es gewichtige Argumente: Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen. Die Krux dieser Überwachungspflicht wurde im Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag treffend formuliert. Ich zitiere: ‚Da dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsführung obliegt, kann theoretisch jeder Fehler, der der Geschäftsleitung unterläuft, in einen Fehler des Aufsichtsrats umgemünzt werden, nach dem Motto: Wäre der Aufsichtsrat seiner Überwachungsverantwortung gerecht geworden, wäre es zu diesem Fehler gar nicht gekommen.‘

Nach der ARAG-Doktrin des Bundesgerichtshofs hat der Aufsichtsrat die Pflicht, das Bestehen von Schadenersatzansprüchen der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen und diese dann auch zu verfolgen. Kommt der Aufsichtsrat seiner Verfolgungspflicht nicht nach, so verletzt er seine Pflichten und kann selbst von der Gesellschaft auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Ist aber der Aufsichtsrat wirklich ein Jäger, wie es dem Idealbild des Bundesgerichtshofs entspricht? Oder hat der Aufsichtsrat immer noch eine Beißhemmung, weil Aufsichtsratsmitglieder durch Streitverkündungen selbst zu Gejagten werden? Tatsächlich ist es wohl so, dass die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bereits im Rahmen der Anspruchsprüfung und der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs „aus Angst vor Streitverkündungen“ gefährdet ist.

Das Aktionariat hat das größte Interesse an der Wiederauffüllung des geschädigten Gesellschaftsvermögens. Deshalb haben wir Aktionäre auch ein elementares Interesse an einem unabhängigen Aufsichtsrat. Ein separater D&O-Schutzschirm für die Aufsichtsratsmitglieder leistet aus meiner Sicht einen wertvollen Beitrag für eine gute Corporate Governance, weil damit die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung auch auf Ebene der D&O-Versicherung sichergestellt wird. Deshalb frage ich Sie: Teilen Sie meine Auffassung im Lichte des Shareholder-Value-Konzepts?

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!“

#### WEITERFÜHRENDE LITERATURHINWEISE:

Fassbach, *Activist Shareholder: Neue Figur auf dem D&O-Schachbrett*, in: *Der Aufsichtsrat* 2014, S. 144-145.

Fassbach, *Die D&O-Versicherung in der Aufsichtsratspraxis*, in: *BOARD Magazin*, 2014, S. 156-161.

Fassbach, *Deckungskonzepte für eine Aufsichtsrats-D&O-Versicherung*, in: *Der Aufsichtsrat* 2013, S. 26-28.