

MARSHALLPLAN FÜR DIE D&O-VERSICHERUNG

„Munter drauflos klagen“ lautete eine Schlagzeile in der Süddeutschen Zeitung vom 18. Juni 2012. Immer mehr Unternehmen verlangen von Managern und ihren Haftpflichtversicherern viel Geld wegen Fehlleistungen. Nach Schätzungen sind derzeit 6000 Managerhaftungsverfahren mit durchschnittlich zwei bis drei Beklagten vor deutschen Gerichten anhängig. Die meisten davon betreffen die mittelständische Wirtschaft. Die Zeitung DIE WELT veröffentlichte am 28. Juli 2015 unter der Schlagzeile „Wer trägt die Kosten, wenn Manager Fehler machen?“ eine grafische Übersicht pressebekannter Managerhaftungsfälle großer Unternehmen mit den drei wesentlichen Parametern. Diese sind: (1) Schadenssumme, (2) Deckungssumme der D&O-Versicherung und (3) Zahlung des D&O-Versicherers. Für die geschädigten Unternehmen sind die dort genannten Zahlen alarmierend. In den meisten Fällen waren die Unternehmen dramatisch unterversichert, d.h. die Schadenssumme war in der Regel signifikant höher als die Deckungssumme der D&O-Police. Hinzu kommt, dass auch die schlussendliche Zahlung des D&O-Versicherers meist nur einen Bruchteil der (ohnehin viel zu geringen) Deckungssumme betrug. Faktisch ist die D&O-Versicherung damit eine Rechtsschutzversicherung für die Manager mit nur einem kleinen Topf für wachsweiße und lausige Vergleiche. Nach einer Schätzung entfallen 50 % bis 70 % der Auszahlungen von D&O-Versicherern nicht auf die Regulierung der Schäden selbst, sondern auf Kosten für Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Gutachter und Gerichte. Aktionäre und Gesellschafter geschädigter Unternehmen zahlen am Ende die Zeche für die Kapitalvernichtung. Was denn D&O-Polices überhaupt noch wert seien, wenn (fast) nichts gezahlt werde, entrüstet man sich in betroffenen Unternehmen.

Bei allem Unmut über die Schadenregulierungspraxis muss man sich immer wieder das eigenartige Konstrukt der D&O-Versicherung und das Leistungsversprechen der D&O-Police vor Augen führen: Versicherungsnehmer der D&O-Police ist nämlich nicht der Manager, sondern das Unternehmen, welches auch die Versicherungsprämie zahlt. Die Rechte aus der D&O-Police stehen aber im Schadenfall allein dem Manager als versicherter Person zu. Überträgt man das Konstrukt der D&O-Versicherung auf den Straßenverkehr, dann wäre es in etwa so, als wenn das Unfallopfer für den Unfallverursacher und Unfallgegner im eigenen Namen eine Haftpflichtversicherung

abschließt und auch noch die dazugehörige Versicherungsprämie zahlt.

Leistungsversprechen der D&O-Police ist zunächst die Abwehr von Schadenersatzansprüchen. Dabei „kämpft“ der D&O-Versicherer im Lager der beklagten Manager. Erweisen sich die Schadenersatzansprüche des Unternehmens als begründet, erfolgt die Freistellung und damit eine Befriedigung der geschädigten Gesellschaft.

Nach dem Verständnis der Rechtsprechung stehen Abwehr- und Rechtsschutzfunktion und die Schadenausgleichsfunktion einer D&O-Police gleichberechtigt nebeneinander. Dies scheint allerdings nicht immer das Verständnis der Versicherer zu sein. Die Underwriter kalkulieren die Prämien so, als sei die D&O-Versicherung eine reine Rechtsschutzversicherung. Aktuell lautet die Faustformel im Markt: EUR 1.000 Prämie für EUR 1 Mio. Deckungssumme. So kann die Schadenausgleichsfunktion der D&O-Versicherung natürlich nicht funktionieren. Die Unternehmen werden regelrecht in Haftungsprozesse getrieben. Eine außergerichtliche Regulierung der Schäden findet praktisch überhaupt nicht statt. Realität ist, dass die Unternehmen oft zermürbt und müde vom Streit in der unteren Instanz aufgeben und sich auf wachsweiße Vergleiche einlassen. Sucht man nach Gründen hierfür, so ergeben sich im Wesentlichen folgende Erklärungen:

Der Gang durch die Instanzen wird oftmals auch wegen des gewaltigen Prozesskostenrisikos nicht mehr angetreten.

Zur Verdeutlichung: Bei einer Klagesumme von EUR 30 Mio. und drei beklagten Vorstandsmitgliedern nebst Prozessbevollmächtigten beträgt das Prozesskostenrisiko unter Zugrundelegung der gesetzlichen Gebühren über drei Instanzen insgesamt ca. EUR 5 Mio.

Die klagenden Aufsichtsräte geraten in Managerhaftungsprozessen selbst unter Beschuss.

Nach dem Motto „Angriff ist die beste Verteidigung“ erheben die beklagten Vorstände im Rahmen von Streitverkündungen gegenüber den Aufsichtsräten den Vorwurf, diese seien immer vollumfänglich über die streitgegenständlichen Pflichtverletzungen informiert worden und die Aufsichtsräte hätten die Entscheidungen des Vorstands auch befürwortet und mitgetragen.

Die Unternehmen scheuen Reputationschäden durch eine negative Prozessberichterstattung in den Medien.

Ein öffentlich ausgetragener Streit schädigt den Ruf und hält ein Thema wach, welches alle am liebsten beenden würden.

Aufgrund der schlechten Schadenregulierungs-Praxis läuft die D&O-Versicherung in Deutschland Gefahr, in Zukunft einen Kampf gegen die Bedeutungslosigkeit zu führen. Im Interesse der geschädigten Unternehmen muss die Schadenausgleichsfunktion als Leistungsversprechen der D&O-Polices wiederbelebt werden. Ohne effektiven Bilanzschutz macht die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung für die Unternehmen nur wenig Sinn. Es besteht also dringender Handlungsbedarf.

Ein Marshallplan für die D&O-Versicherung in Deutschland sollte insbesondere folgende Agenda-punkte beinhalten:

1. Litigation Committees

Organisation und Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist so zu gestalten, dass sich der Aufsichtsrat seiner Verfolgungsverantwortung stärker bewusst wird. Zweckmäßig wäre die Einrichtung eines mit unabhängigen und einschlägig versierten Mitgliedern besetzten Haftungs- oder Verfolgungsausschusses.

2. Third Party Litigation Funding

Im Kontext der Geschäftsleiterhaftung gewinnt die Prozessfinanzierung zunehmend an Bedeutung. Der Aufsichtsrat sollte die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung erkunden. Prozessfinanzierer können als polare Kraft gegenüber den D&O-Versicherern wirken und das Kräfteverhältnis im Rahmen der gerichtlichen Haftungsfeststellung faktisch zu einem effektiven Schadenausgleich verschieben. Mittels einer Prozessfinanzierung kann das Unternehmen das bei hohen Klagesummen gewaltige Kostenrisiko auf den Prozessfinanzierer verlagern. Dieser hat einen langen Atem und lässt sich in der Regel nicht in der ersten Instanz mit niedrigen Vergleichssummen abweisen. Die Finanzierungszusage erfolgt erst nach einer intensiven und unabhängigen „Due Diligence“ der Erfolgsaussichten der Klage. Dabei werden haftungs- und deckungsrechtliche Fragen beleuchtet. Da der Prozessfinanzierer die Klage auf eigenes Risiko voll durchfinanziert, muss ein bereits geschädigtes Unternehmen

kein gutes Geld dem schlechten hinterherwerfen und kann die Liquidität besser anderswo im Unternehmen einsetzen. Im Gegenzug für die Übernahme des Kostenrisikos steht dem Prozessfinanzierer im Erfolgsfall der Klage eine Erlösbeteiligung zu. Sollten Prozessfinanzierer nach Prüfung des Falls das Risiko nicht übernehmen, so wäre dies ein Warnsignal für den Aufsichtsrat. So kommt der Prozessfinanzierung auch die Steuerungsfunktion zu, die Spreu vom Weizen zu trennen, so dass im Ergebnis nur noch erfolgversprechende Klagen geführt werden. Dies würde schließlich auch die Versichertengemeinschaft schonen und die Kassen der Versicherer stünden für die Regulierung der Schäden zur Verfügung. Die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats nach der ARAG-Doktrin hat aber weiterhin Gültigkeit.

3. Two-Tier Trigger Policy

Aktionäre müssen ein Interesse an einem unabhängigen Aufsichtsrat haben, der seiner Verfolgungspflicht (ARAG-Doktrin) durch einen separaten D&O-Schutzschirm bei einem unabhängigen D&O-Versicherer gerecht werden kann. Die hergebrachte D&O-Gesamtpolice für Vorstand und Aufsichtsrat wird den Interessen der Organmitglieder nicht gerecht und schafft zugleich unlösbare Interessenkonflikte verschiedener Beteiligter. Zur Verbesserung der Absicherung ist auf den Abschluss getrennter Policen für den Vorstand einerseits und für den

Aufsichtsrat andererseits zu drängen. Hierbei darf der Versicherer des Aufsichtsrats nicht auch den Vorstand versichern, um die Interessenkonflikte zu vermeiden. Der Anspruch der Aufsichtsräte auf einen separaten D&O-Schutzschirm sollte in einer Satzungsregelung verankert sein, wozu es eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses bedarf.

4. Arbitration

Haftungsfeststellungen durch die staatlichen Gerichte führen wegen der damit verbundenen Gerichtsöffentlichkeit mitunter zu einem massiven Reputationsschaden für die Unternehmen und sind überdies wegen des Instanzenzuges sehr zeitintensiv. Als Alternative hierzu besteht neuerdings die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens für Organhaftungsfälle. Haben die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen, wird das Verfahren hinter verschlossener Tür geführt. Hochwertige D&O-Policen ermöglichen ein Schiedsgerichtsverfahren und binden den Versicherer an den Schiedsspruch. Aufsichtsräte sollten darauf drängen, eine entsprechende Regelung bereits in den Dienstverträgen der Geschäftsleiter zu verankern.

Für die Zukunft bleibt zu hoffen, dass das Aktionariat die Werthaltigkeit der D&O-Policen in den Hauptversammlungen kritisch hinterfragt. Dabei geht es im Kern um die Bilanzschutzfunktion der Policen und das Shareholder-Value-Prinzip.



Dr. Burkhard Fassbach,
Rechtsanwalt,
Of Counsel,
Hendricks Rechtsanwälte,
Düsseldorf



Dr. Niklas Rahlmeyer,
Rechtsanwalt,
Field Fisher Waterhouse LLP,
Düsseldorf

ORGANHAFTUNG UND SCHIEDSVERFAHREN

Die Bedeutung von Organhaftungs- und korrespondierenden Deckungsansprüchen gegen D&O-Versicherer ist in den vergangenen Jahren weiter gestiegen.¹ Häufig betreffen solche Ansprüche sensible Themen und berühren Geschäftsgeheimnisse des (in Anspruch nehmenden) Unternehmens, so dass sich für sie ein Konfliktlösungsmechanismus wie das Schiedsverfahren, in dem nichtöffentlich verhandelt wird, anbietet. Gleichwohl haben Schiedsverfahren weder in Organhaftungs- noch in Deckungsstreitigkeiten bislang größere praktische Bedeutung erlangt.² Der vor-

liegende Beitrag stellt einige der Vor- und Nachteile dar, die das Schiedsverfahren in solchen Streitigkeiten mit sich bringt.

1. Schiedsverfahren über Organhaftungs- und D&O-Deckungsstreitigkeiten – pro & contra

a. Vertraulichkeit von Schiedsverfahren

Die Vertraulichkeit gehört zu den Vorteilen, die dem Schiedsverfahren üblicherweise attestiert werden.³ Sie kann bei *Innenhaftungsansprüchen* zum einen möglichen Reputationsschäden auf Seiten des Unternehmens oder des betroffenen Organmitglieds durch die Presseberichterstattung über den Schadensfall vorbeugen, zum anderen betriebliche

Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens wahren. Generell sind Organmitglieder zwar zur Verschwiegenheit verpflichtet, und zwar auch über das Ende ihrer Amtszeit hinaus.⁴ Die Verschwiegenheitsverpflichtung tritt allerdings hinter das berechtigte Interesse des Organmitglieds an einer ordnungsgemäßen Verteidigung gegen geltend gemachte Organhaftungsansprüche zurück.⁵ In diesem Fall droht bei einer Verhandlung vor öffentlichen Gerichten und einer möglichen späteren Veröffentlichung des Urteils die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen. Dagegen haben bei einem Schiedsverfahren grundsätzlich weder Unbeteiligte Zugang zum Verfahren noch wird der Schiedsspruch

* Die Autoren sind Anwälte der internationalen Anwaltssozietät DLA Piper UK LLP im Bereich Dispute Resolution in München.

1 Vgl. etwa VOV D&O Studie 2014: *Managerhaftung und D&O-Versicherung*, S. 6, 34.

2 Thümmel, *Organhaftung und D&O-Versicherung in der schiedsgerichtlichen Praxis*, in: *Ars aequi et boni in mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, 633, 633.

3 Vgl. z.B. Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 8 ff.; Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl. 2008, Rn. 119 ff.

4 Vgl. Krieger, in: Krieger/Schneider, *Handbuch Managerhaftung*, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 33; Levinger, *NJW* 2014, 657, 658.

5 Fleischer, in: Spindler/Stilz, *Aktiengesetz*, 2. Aufl. 2010, § 93 Rn. 168; Spindler, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 133.