

---

CB-BEITRAG

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

# Die D&O-Versicherung im Gefüge der Compliance Management Systeme (CMS)

Geschäftsleiter und Aufsichtsräte als Adressaten der Organhaftung haften bereits bei leichter Fahrlässigkeit unbegrenzt mit ihrem Privatvermögen. Das deutsche Haftungssystem ist von Innenhaftungsansprüchen geprägt.

## I. Die D&O-Versicherung als Schutzschirm für Organe

Freistellungen durch „Indemnity Agreements“, wie in den USA üblich, sind in Deutschland nach § 93 Abs. 4 S. 3 Aktiengesetz grundsätzlich nicht möglich:

„Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.“

Im GmbH-Kontext können die Gesellschafter grundsätzlich auf Schadenersatzansprüche gegen einen Geschäftsleiter verzichten. Eine solche Befreiung ist allerdings nicht möglich, wenn die Ansprüche zur Befriedung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich sind. In einem Insolvenzverfahren ist allein der Insolvenzverwalter für die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen und zum Abschluss von Vergleichsvereinbarungen mit dem betroffenen Geschäftsführer zuständig.

So rückt in Deutschland die D&O-Versicherung als Pendant zu den amerikanischen „Indemnity Agreements“ in den Fokus. Ohne einen vertraglichen Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz im Geschäftsleiter-Dienstvertrag (D&O-Verschaffungsanspruch)<sup>1</sup> wird kaum ein qualifizierter Top-Manager bereit sein, das gefahrenträchtige Amt überhaupt erst anzutreten. Im internationalen Wettbewerb um das beste Führungspersonal liegt die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung auch deshalb im Interesse des Unternehmens.

Gelingt dem für die Prüfung und Verfolgung von Organhaftungsansprüchen zuständigen Aufsichtsrat die nach der ARAG/Garmenbeck-Doktrin des Bundesgerichtshofs<sup>2</sup> postulierte Wiederauffüllung eines durch schuldhaftes Managementversagen geschädigten Gesellschaftsvermögens nicht, so zahlen am Ende die geschädigten Aktionäre die Zeche. So verwundert es nicht, dass die CMS zunehmend von Aktionären im Hinblick auf deren Angemessenheit und Wirksamkeit kritisch hinterfragt werden. Dabei geht es dann bspw. um die Veröffentlichung eines Berichts über eine Internal Investigation oder um Fragen zu einer effektiven Kartellrechts-Compliance. Auch die Angemessenheit und Transparenz von Vorstandsvergütungen wurde

zuletzt in vielen Hauptversammlungen hinterfragt – bis hin zur Verweigerung der Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder.

## II. Legalitätspflicht zur Einrichtung eines Compliance Management-Systems

Richtungsweisend setzt sich neuerdings die Erkenntnis durch, dass die D&O-Versicherung als Teil des Compliance Management-Systems (CMS) betrachtet werden muss. Den Abschluss der D&O-Versicherung setzen die Versicherer unter den Vorbehalt der positiven Prüfung eines Fragebogens (Warranty Statement). Darin müssen Geschäftsleiter versichern, dass keine Pflichtverletzungen bekannt sind. In dem Fragebogen finden sich i. d. R. keine konkreten Fragen nach einem CMS. Es sollte aber allgemein bekannt sein, dass die Einrichtung eines CMS (die Frage des „Ob“) eine Legalitätspflicht ist, die nicht unter den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule fällt. Hingegen fällt die Frage der konkreten Ausgestaltung des CMS (die Frage des „Wie“) in den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule.<sup>3</sup> Manager sollten sich im eigenen Interesse intensiv mit der Angemessenheit und Wirksamkeit des CMS befassen und sich nicht allein auf den Schutz der D&O-Versicherung verlassen.

## III. Effizientes CMS bei der Bemessung von Geldbußen

CMS werden auch im Rahmen der Bemessung von Bußgeldern gegen das Unternehmen wichtig, welche womöglich bei den Organen regressiert werden können. Mit dem bahnbrechenden BGH-Urteil vom 9.5.2017<sup>4</sup> wurde die Frage der Berücksichtigung von CMS bei

---

1 vgl. Muster einer D&O-Verschaffungsklausel, Burkhard Fassbach und Thilo Fleck, veröffentlicht im MANAGEMENT-BLOG der Wirtschaftswoche vom 18. Dezember 2013: Das neue Zauberwort für Top-Manager: Verschaffungsklausel für eine Managerhaftpflicht-Versicherung (D&O)

2 Bundesgerichtshof, Urteil vom 21.04.1997, Az.: II ZR 175/95

3 vgl. Michaela Balke/Karen Klein, Vorstandshaftung für fehlerhafte Ausrichtung der Compliance-Organisation, ZIP 2017, S. 2038, 2041

4 BGH vom 9. Mai 2017 – 1 StR 265/16

der Bemessung einer Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG nun erstmals konkret richterlich beantwortet. In dem Urteil ging es um Vorwürfe der Steuerhinterziehung und Bestechung bei Rüstungsgeschäften. Die Vorinstanz hatte den Mitarbeiter eines Rüstungsunternehmens u. a. wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung verurteilt.

Gegen das Unternehmen selbst hatte das Landgericht München ein Bußgeld nach § 30 Abs. 1 OWiG verhängt. Für die Bemessung der gem. § 30 Abs. 1 OWiG zu verhängenden Geldbuße führt der Bundesgerichtshof aus, sei zweierlei von Bedeutung. Erstens inwieweit das Unternehmen der Verpflichtung genügt, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden. Und zweitens, ob es ein effizientes CMS installiert habe, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt ist. Dabei sei auch zu berücksichtigen, ob das Unternehmen in der Folge des Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und die betriebsinternen Abläufe so gestaltet habe, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig deutlich erschwert werden.<sup>5</sup>

Diskutiert wird immer noch die Frage, ob die Honorierung sich nur auf das sog. „Nachtatverhalten“ bezieht, also nicht auf die Prävention, was aber für die Anerkennung und Förderung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sehr wichtig ist. Im Kern geht es darum, die unternehmerische Abwägungsentscheidung des Managements, inwieweit in Compliance investiert werden soll, positiv dadurch zu beeinflussen, dass wirksame CMS bußgeldmindernde und damit unmittelbar positive finanzielle Wirkung entfalten.<sup>6</sup>

#### IV. Interesse der D&O-Versicherer an den CMS

Auch die D&O-Versicherer sollten – vor dem Hintergrund einer signifikanten Zunahme von D&O-Schadenfällen wegen Compliance Verstößen – ihr Augenmerk auf die CMS der versicherungsnehmenden Wirtschaft richten. Dieser Trend ist in den USA bereits zu verzeichnen. So stellt der D&O-Versicherer AIG in einem Antragsformular für eine Investment Management Insurance explizit die Frage, welche Audit Firm das CMS geprüft hat und ob etwaigen Beanstandungen der Wirtschaftsprüfer abgeholfen wurde. Auch werden detailliert Fragen gestellt nach Richtlinien zu Anti-Money-Laundering, Anti-Timing (Late Trading, Market Timing etc.), Fair Value Pricing, Mitarbeiterhandel, Zuteilung von Handelsaufträgen an Broker, Trade Allocation Practices (Bunch Trades etc.), Verkaufspraktiken und Gebührenvereinbarungen. Der D&O-Versicherer CHUBB stellt in Deutschland Compliance-Fragen hinsichtlich der CAP-Versicherung für Finanzdienstleister. Gefragt wird nach Unternehmens-Richtlinien zu Geschäftsethik, Interessenkonflikten/Insidertrading, Nebentätigkeiten, Geschenke von Kunden, Richtlinien hinsichtlich des zu betreibenden Geschäftes, Datenschutz, Geldwäsche, Compliance und ob alle Vorstandsmitglieder, Aufsichtsräte, Geschäftsführer und Angestellten verpflichtet sind, diese Richtlinien zur Kenntnis zu nehmen und dies schriftlich zu bestätigen.

#### V. Der Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (IDW) zu CMS

Richtungsweisend ist der vom IDW in Deutschland aufgestellte Standard zur Prüfung eines CMS (IDW PS 980). Mit Hilfe dieses Standards

wird beurteilt, ob das eingerichtete CMS geeignet ist, um mit hinreichender Sicherheit, Risiken für wesentliche Regelverstöße zu erkennen und auch solche Regelverstöße zu verhindern (Angemessenheitsprüfung) und ob das CMS in einem bestimmten Zeitraum wirksam war (Wirksamkeitsprüfung).<sup>7</sup> Dabei enthält der IDW PS 980 selbst Hinweise für ein angemessenes CMS, stellt aber gleichzeitig klar, dass angemessene Rahmenwerke wie etwa der ISO-Standard 19600 für CMS zugrunde gelegt werden können.

Der IDW PS 980 steht auch im Einklang mit den Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex: Demnach hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung hinzuwirken (Compliance).<sup>8</sup>

Dem Aufsichtsrat obliegt die Überwachung und Überprüfung des vom Vorstand eingerichteten CMS.<sup>9</sup> Bei unzureichenden Compliance-Bemühungen können die Verantwortlichen für hohe Geldbußen gegen das Unternehmen und Kosten einer Internal Investigation in Regress genommen werden.

Auch wenn die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Angemessenheit eines CMS eine Einzelfallbetrachtung (Ex-Ante Betrachtung) vornimmt und die Einhaltung der IDW- oder ISO-Compliance-Standards im Organhaftungsprozess kein „Freibrief“ ist, kann die Einhaltung der Standards – insbesondere im Hinblick auf die gebotene Dokumentation – einen wichtigen Beitrag leisten. Rolf Raum, Vorsitzender Richter am 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, hat die Anforderungen an Compliance-Systeme aus Sicht der Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst: Nach dem Prinzip „Tone from the Top“ müssen Mitarbeiter spüren, dass Compliance von ganz oben getragen wird; Compliance lebt von der permanenten Risikoanalyse, die branchenbedingt erfolgen muss; Whistle-Blowing Systeme oder Ombudsmann sind unverzichtbare Elemente eines funktionierenden CSM, wobei die Möglichkeit der geschützten Meldung jenseits des klassischen Hierarchieweges bestehen muss. Schließlich muss es eine Konsequenz in der Ahndung geben.<sup>10</sup> Nach dem Neubürger-Urteil des Landgericht München I vom 10.12.2013<sup>11</sup> gilt eine Pflichttrias: Der Vorstand hat bei konkreten Verdachtsmomenten die Pflicht, den Sachverhalt aufzuklären, systemwidrige Verhaltensweisen abzustellen und Verstöße zu ahnden.

Für Banken hat die Europäische Bankenaufsichtsbehörde („European Banking Authority“ EBA) ihre Leitlinien zur internen Governance (GL44) überarbeitet und am 26.09.2017 neue Leitlinien veröffentlicht. Die neuen EBA-Leitlinien weisen auf die Anforderungen aus dem „Modell der drei Verteidigungslinien“ besonders hin. Das Modell

5 vgl. Heiner Hugger und David Pasewaldt, BGH honoriert Compliance Management, Börsen-Zeitung vom 09.09.2017

6 vgl. Thomas Kremer und Christoph Klahold, Compliance in Industrieunternehmen, in Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage, Köln 2017, S. 776, 777

7 vgl. Frank Hülsberg und Jens Laue, Die Prüfung von Compliance Management-Systemen nach IDW PS 980, in: Inderst/Bannenber/Poppe, Compliance, 3. Auflage, Heidelberg 2017

8 Ziff. 4.1.3 Deutscher Corporate Governance Kodex

9 Ziff. 5.3.2 Deutscher Corporate Governance Kodex

10 vgl. Keynote Speech zum Thema „Anforderungen an Compliance-Systeme“ von Dr. Rolf Raum, Vorsitzender Richter, 1. Strafsenat am BGH vom 1. Juni 2016 im Rahmen des 3. DICO FORUM Compliance in Berlin; Fundstelle: <http://compliancechannel.tv/video/dico-forum-compliance-2016-keynote-speech-vrigh-dr-rolf-raum/>

11 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570 (m. Anm. Bachmann, S. 579)

sieht eine klare Trennung der folgenden drei Verteidigungslinien vor: Erste Verteidigungslinie: Marktbereich; zweite Verteidigungslinie: Risikomanagement und Compliance; dritte Verteidigungslinie: Interne Revision.<sup>12</sup>

In der Praxis ist die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen CMS für das Management mindestens ebenso bedeutend wie die D&O-Versicherung selbst. Die D&O-Versicherung ist eine Katastrophendeckung. Nur wenn alle Stricke reißen und die Compliance Systeme versagen, müssen Manager auf ein zentrales Leistungsversprechen der D&O-Versicherung vertrauen dürfen: Die Abwehr unbegründeter Ansprüche mit Hilfe hochspezialisierter Anwälte. Gegenüber den CMS kommt der D&O-Versicherung somit eine subsidiäre Bedeutung zu. Haftungsvermeidung durch ein wirksames CMS muss absolut im Vordergrund stehen.

## VI. Bilanzschutz

Zwar dient die D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>13</sup> auch dem Schutz des Geschädigten; in der Praxis münden die allermeisten D&O-Schadenfälle aber in 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.<sup>14</sup> An dieser Stelle auch der Hinweis auf ein bemerkenswertes aktuelles Zitat von Michael Hendricks, dem D&O-Wegbereiter im deutschsprachigen Raum: „Ich kann aus eigener Erfahrung nur berichten, dass Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte die Preisgestaltung von D&O-Versicherungen nicht nachvollziehen können. Wenn Verwaltungskosten und Maklercourtage von den Versicherungsprämien abgezogen werden, dann bleibt eine Risikoprämie von gerade einmal 300 Euro für 1 Mio. Euro Deckungssumme. Was bedeutet das für den Totalschaden? Die Paybackzeiten, also die Sanierung des Vertrages, benötigt einen Zeitraum von mehr als dreitausend Jahren. Verursacht der Geschäftsführer eines Unternehmens einen solchen Schaden, dann müssen schätzungsweise 100 folgende Generationen fehlerfreies Management liefern. Da kann doch etwas nicht stimmen!“<sup>15</sup>

Der Berliner Universitätsprofessor Gregor Bachmann weist zu Recht darauf hin, dass Gesellschaften, die mit der D&O-Versicherung Bilanzschutz betreiben wollen, sich zusätzlich absichern müssen, weil Bilanzschutz nicht die eigentliche Aufgabe der Organhaftung ist.<sup>16</sup> Unter Bilanzschutzgesichtspunkten kommen deshalb den sog. „Vorfeld-Deckungen“ eine besondere Bedeutung zu: Werden die Schäden eines Cyberangriffs durch eine Cyberversicherung gedeckt, Risiken aus Anlegerklagen durch eine Errors & Omissions (E&O)-Versicherung, Schäden aus Veruntreuung, Betrug Unterschlagung und Diebstahl durch eine Vertrauensschadenversicherung, dann gibt es keinen Schaden mehr, der bei den Organen der Gesellschaft regressiert werden kann.

## VII. Compliance-Versicherung

Eine in der Entwicklungsphase befindliche innovative Compliance-Versicherung knüpft als Entity-Cover an das vom Wirtschaftsprüfer nach IDW PS 980 geprüfte CMS an. Dabei wird der aktuelle jährliche Prüfungsbericht als Anlage zu der Versicherung genommen.

Solche Versicherungen werden maßgeschneidert. Dabei ist zu beachten, dass sich Compliance Audits in Abhängigkeit der konkreten Mandatierung auf einzelne Felder beschränken. Auch der räumliche Geltungsbereich muss definiert sein. So ist im Hinblick auf eine etwaige Cross-Border Investigation entscheidend, ob ausländische Tochtergesellschaften von dem Compliance Audit erfasst wurden.<sup>17</sup> Die Versicherer werden im Rahmen des Underwriting Prozesses im Hinblick auf die Komplexität mitunter externe Berater hinzuziehen müssen.

Der Versicherungsfall der Compliance-Versicherung ist dahingehend definiert, dass das zuständige Organ der Gesellschaft (Geschäftsleitung und/oder Aufsichtsrat) die Internal Investigation einleitet. Dafür sind schlüssige Verdachtsmomente erforderlich, welche Rechtsverstöße wahrscheinlich erscheinen lassen. In Deutschland sind Internal Investigations Ausfluss des Legalitätsprinzips und zugleich elementarer Bestandteil des CMS.<sup>18</sup>

Vom Versicherungsschutz der Compliance-Versicherung umfasst sind im Rahmen der vereinbarten Deckungssumme die Kosten einer Internal Investigation. Dabei werden die Kosten externer Ermittler erstattet; nur beim Einsatz externer Ermittler stellt sich die Glaubwürdigkeit des Ermittlungsergebnisses gegenüber den Behörden bzw. der Öffentlichkeit ein. Für die Einholung fachlichen Rats hat der Bundesgerichtshof das unmissverständlich entschieden.<sup>19</sup> Nur wo unabhängig und ergebnisoffen ermittelt wird, ist das Ermittlungsergebnis glaubwürdig.<sup>20</sup> Der Versicherer muss dafür ein erstklassiges Panel von auf Internal Investigations spezialisierten Experten vorhalten und auch die marktüblichen Honorare der Law Firms und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften akzeptieren. Wie hoch die Stundensätze sind, hat der Kölner Wirtschaftsverlag Juve zum Jahresbeginn 2016 auf Grundlage von 800 Selbstauskünften von Kanzleien ermittelt. Demnach beträgt der durchschnittliche Stundensatz eines Partners im Bereich Compliance Euro 395 und von Associates EUR 277.<sup>21</sup> Vorstand und Aufsichtsrat sind im Handlungszwang. Steht die eigene Existenz auf dem Spiel, ist es für viele zweitrangig, wie viel die Kanzlei verlangt.

Die Kostenerstattung bezieht sich auf das gesamte Instrumentarium (Ermittlungstools) der Internal Investigation:<sup>22</sup> Prüfung von Vorstandsberichten nach § 90 Abs. 3 Aktiengesetz. Einsichtnahme des Rechnungswesens, welche bei der Aktiengesellschaft durch den

12 vgl. Hartmut T. Renz und Alexander M. Brenner, Auswirkungen der neuen EBA-Leitlinien zur internen Governance im Compliance Bereich der Banken, Compliance Berater 11/2017, S. 397, 398

13 BGH-Urteil vom 05. April 2017 (Az. IV ZR 360/15)

14 vgl. Gregor Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, Hannover 2014, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, dort Fn. 45

15 vgl. Michael Hendricks, D&O-Versicherung vor dem Aus?, Versicherungsmonitor vom 7. November 2017

16 Gregor Bachmann, Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, S. 841, 851

17 instruktiv hierzu: Das Informationsportal „Global Investigations Review“ <http://globalinvestigationsreview.com>

18 Hans-Ulrich Wilisig und Sebastian Goslar, Internal Investigations, in Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage, Köln 2017, S. 408, 411

19 BGH, NZG 2011, 127

20 vgl. Lambertus Fuhrmann: Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?, NZG Heft 23/2016, S. 881, 886

21 vgl. <https://www.juve.de/rechtsmarkt/stundensaeetze>

22 vgl. Lambertus Fuhrmann, a. a. O. S. 881, 887 ff.

Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG jederzeit möglich ist. Der Aufsichtsrat oder ein von ihm beauftragter Sonderermittler kann sich die Akten vorlegen lassen und zwar auch dann, wenn es um Akten einzelner Arbeitnehmer geht. Gleiches gilt für Verträge, Geschäftsbriefe, ausgedruckte E-Mails, Besuchs- und Messeberichte, Gutachten oder Telefonnotizen. Auch in Bezug auf E-Mails der Vorstandsmitglieder ist dem Aufsichtsrat ein eigenständiges Prüfungsrecht zuzubilligen. Die Befragung von Mitarbeitern kann durch externe Berater erfolgen; der Arbeitnehmer ist grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet. Auch die Kosten für die Aufsetzung von Amnestieprogrammen sind vom Versicherungsschutz der Compliance Versicherung erfasst: Im Rahmen eines Amnestieprogramms kann insbesondere ein Kündigungsverzicht oder der Verzicht auf sonstige arbeitsrechtliche Sanktionen wie Zurückstufung oder Strafversetzung ausgesprochen werden. Weiter kann das Programm einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche vorsehen oder auch eine Erklärung zum Inhalt haben, wonach das Unternehmen keinen Strafantrag stellen oder Anzeige erstatten wird.

Nach Abschluss der Internal Investigation übernimmt der Versicherer der Compliance-Versicherung im Rahmen eines Sublimits auch die Kosten für die Optimierung des CMS. So werden vergleichbare Compliance-Verstöße in der Zukunft deutlich erschwert.

### VIII. Die Architektur des D&O-Versicherungsprogramms unter Compliance-Gesichtspunkten

Auch die Architektur der D&O-Dekung selbst muss Gegenstand guter Governance sein. So wird in einem Research Paper des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht die Empfehlung ausgesprochen, im deutschen Two-Tier Board System für Vorstand und Aufsichtsrat getrennte Versicherungen abzuschließen. Solche separaten Versicherungen (mit separaten Deckungssummen) empfehlen sich aus Gründen guter Corporate Governance, insbesondere um die notwendige Trennung und Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat (gerade bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen) sicherzustellen. Die Empfehlung einer Trennung der Versicherungen für Vorstand und Aufsichtsrat ist daher schon de lege lata zu betonen.<sup>23</sup> Auch Gregor Bachmann weist in seiner Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex darauf hin, dass die Gesellschaft für den Aufsichtsrat eine D&O-Versicherung abschließen kann und es dabei zweckmäßig ist, für Vorstand und Aufsichtsrat separate Versicherungen zu vereinbaren („Twin Tower“).<sup>24</sup> Damit wäre nach Kersten von Schenck eine erhebliche Verbesserung der Rechtsposition sowohl der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder erreicht.<sup>25</sup>

Mit überzeugenden Argumenten weist Michael Hoffmann-Becking darauf hin, dass sich für den D&O-Versicherer ein besonders ausgeprägter Interessenkonflikt ergibt, 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 Gruppenversicherungen für Vorstand und Aufsichtsrat mit verschiedenen Versicherern abgeschlossen

werden.<sup>26</sup> Dies liegt zugleich auch im Gesellschaftsinteresse. Durch einen optimalen D&O-Versicherungsschutz kann das Unternehmen qualifizierte und unabhängige Organmitglieder für sich gewinnen. In der Praxis werden die Prämien der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung von der Finanzverwaltung auch steuerlich anerkannt.

### IX. D&O Compliance Academy

Schließlich gilt auch im Minenfeld der Compliance Management Systeme: Es ist noch kein Meister vom Himmel gefallen. Neuerdings steht in innovativen D&O-Versicherungsbedingungen und Industriestrafrechtsschutz-Versicherungen geschrieben, dass versicherte Personen (Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte, Beiräte), einen Anspruch auf Teilnahme an freiwilligen und kostenfreien Compliance Schulungen/Compliance Coaching-Veranstaltungen haben. Compliance Experten aus der Anwaltschaft und den steuer- und wirtschaftsprüfenden Berufen beleuchten aktuelle Compliance-Themen.

### X. Fazit

Die D&O-Versicherung – insbesondere aus Gründen der Prävention – als Teil der CMS zu verstehen, ist ein wichtiger Paradigmenwechsel. Der IDW Standard PS 980 zur Prüfung des CMS kann einen wichtigen Beitrag zur Vermeidung von Organhaftungsfällen leisten. Eine innovative Compliance-Versicherung, die als Entity-Cover an dem vom Wirtschaftsprüfer nach IDW Standard geprüften CMS anknüpft und die Kosten der Internal Investigation durch externe Ermittler sowie im Nachgang der Internal Investigation auch die Kosten der Optimierung des CMS deckt, kann sich in Zukunft als wichtiger Baustein neben der D&O-Versicherung etablieren. Auch die Architektur der D&O-Dekung selbst muss Gegenstand guter Governance sein. So sollten im deutschen Two-Tier Board System von vornherein separate Gruppenversicherungen für Vorstand und Aufsichtsrat mit verschiedenen Versicherern abgeschlossen werden. Damit wäre eine erhebliche Verbesserung der Rechtsposition sowohl der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder erreicht und Interessenkonflikte für den Versicherer könnten vermieden werden.

Ein von den D&O-Versicherern initiiertes Compliance-Coaching durch Experten für versicherte Personen (Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte, Beiräte) soll ebenfalls zur Sensibilisierung und Haftungsvermeidung beitragen. Unter Bilanzschutzgesichtspunkten kommt den sog. „Vorfeld-Dekungen“ eine besondere Bedeutung zu. Mit Blick auf die Zukunft könnten sich auch Szenarien ergeben, in denen

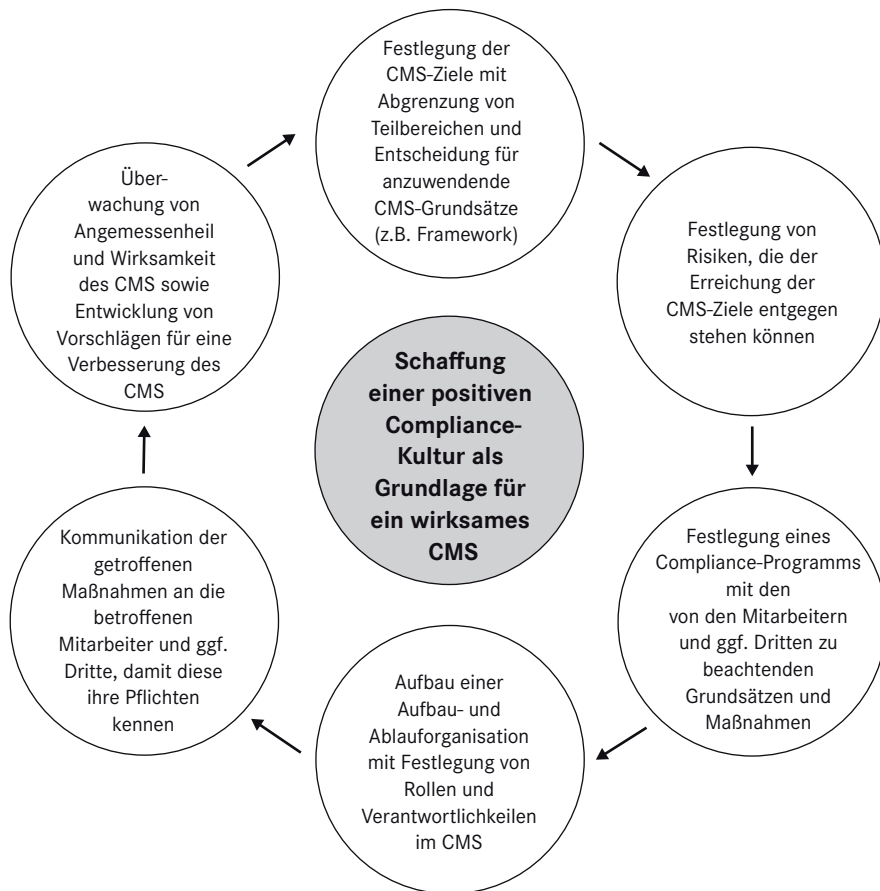
23 Wansleben, Till, Vermeidung und Überlagerung zwingenden Rechts durch Versicherungen: Vorstandsinnenhaftung und D&O-Versicherung (Avoiding and Supplanting Mandatory Law through Insurance: Internal Liability of Corporate Executive Board Members and D&O Insurance) (2016). Versicherungsmechanismen im Recht, pp. 183-238, Caspar Behme, Martin Fries, and Johanna Stark, eds., Mohr Siebeck, 2016; Max Planck Private Law Research Paper No. 15/25. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=269755475>

24 vgl. Gregor Bachmann in Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, Kodex-Kommentar, 6. Aufl. 2016, Rn. 689

25 vgl. Kersten von Schenck in Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, München 2015, § 116 Rn. 860

26 Michael Hoffmann-Becking, Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 181 (2017), S. 737, 743

Abb.: Prozess der Einrichtung eines CMS (Eibelshäuser/Schmidt, WPg 2011, S. 939 (942))



für bestimmte Branchen die zur Verfügung stehenden D&O-Versicherungssummen knapp werden. Dann wird die Qualität des CMS kriegsentscheidend. Schließlich müssen die CMS vom Aufsichtsrat überwacht werden und sollten vom Aktionariat aus Gründen guter Corporate Governance offensiv eingefordert werden.



**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. Dr. Hülsberg ist in zahlreichen Gremien zu diesen Themen vertreten, u. a. im Arbeitskreis „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft, als Vorstand der Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft NW e. V., als Vorstand der Financial Experts Association (FEA) sowie als Mitglied des Arbeitskreises „Prüfungsfragen und betriebswirtschaftliche Fragen zu Governance, Risk und Compliance“ (GRC) beim Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW).

**AUTOREN**



**Dr. jur. 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, Corporate Compliance, Organhaftung und D&O-Versicherung. In diesen Fachgebieten ist er Autor zahlreicher Fachpublikationen und übt eine umfangreiche Referententätigkeit aus. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, Frankfurt am Main und Mainz und dem juristischen Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main hat er im US-amerikanischen Reorganisationsrecht promoviert.