

**Veranstaltung "Kartellbußen: Managerhaftung und Versicherung"
am 7. November 2018 bei der der Forschungsstelle für
Versicherungswesen der Universität Münster**

Vortrag von Dr. Burkhard Fassbach

Drei Fragen zur D&O-Versicherung: Cui bono? Quomodo operatur? Quo vadis?

D&O-Versicherungsfall:

Der Versicherer gewährt weltweit Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen Pflichtverletzungen, die sie bei ihrer Tätigkeit für die Versicherungsnehmerin oder Tochtergesellschaften begangen haben, für einen Schaden erstmals schriftlich in Anspruch genommen werden (Claims-Made Prinzip).

Versicherungsschutz:

Das Leistungsversprechen der D&O-Police ist die Abwehr von Schadenersatzansprüchen. Erweisen sich diese als begründet, so erfolgt die Freistellung und damit eine Befriedigung der geschädigten Gesellschaft. Die Abwehr- und Rechtsschutzfunktion und die Schadenausgleichsfunktion einer D&O-Police stehen nach dem Verständnis der Rechtsprechung gleichberechtigt nebeneinander.

D&O-Schadenregulierung

Fakten:

- nur 7 % der gemeldeten D&O-Fälle zeigen eine deutliche Haftungslage
- ca. 70 % der Zahlungen aus D&O-Policen betreffen Rechtskosten
- mehr als 90 % der Schadenersatzansprüche werden vergleichsweise erledigt

10. AGCS Fachforum Financial Lines am 17. Mai 2018 in Frankfurt am Main

DIE D&O-VERSICHERUNG IM UMBRUCH

TOP 5 D&O Schadenthemen in Deutschland (AGCS) 2016-18

1 Complianceverstöße

2 Insolvenzen

3 Vertragsverletzungen

4 Betrugshandlungen (z.B. Fake President)

5 Öffentliche Statements

Die Versicherbarkeit des Geldbußenregresses

(Literaturhinweis: Professor Dr. Stefan Thomas, Bußgeldregress, Übelzufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409-1419)

Nach allgemeiner Ansicht kommt eine unmittelbare Versicherung von Bußgeldrisiken als so genannte Eigenschadendeckung nicht in Betracht.

Das Unternehmen kann keinen Versicherungsvertrag schließen, wodurch der Versicherer dazu verpflichtet wäre, das Unternehmen unmittelbar von seiner Bußgeldpflicht freizustellen. Ein solcher Vertrag verstieße gegen § 138 BGB.

Wenn man davon ausgeht, dass die Unternehmensbuße ein gewöhnlicher Vermögensschaden iSv § 93 II AktG iVm § 249 BGB ist, dann handelt es sich nicht um die Freistellung von einer öffentlichrechtlichen Sanktion.

Die Einordnung der Unternehmensbuße als ersatzfähiger Vermögensschaden im Sinne des Organhaftungsrechts führt dazu, dass die Buße im Haftpflichtverhältnis ihren Bußgeldcharakter verliert und sich zur „normalen“ Vermögensschadenhaftpflicht des Organmitglieds wandelt.

Die Bußgeldlast kann im Innenverhältnis nicht zugleich zivilrechtlicher Haftpflichtschaden und hoheitliche Strafe sein.

Die Möglichkeit der Versicherbarkeit ist die unmittelbare Folge der Qualifizierung der Unternehmensbuße als Vorstandshaftpflicht nach § 93 II AktG.

Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) Musterbedingungen des GDV (Stand: August 2017)

5.10

"Ausgeschlossen vom Versicherungsschutz sind Haftpflichtansprüche wegen Schäden aufgrund von Vertragsstrafen, Kautionen, Bußgeldern und Entschädigungen mit Strafcharakter (punitive und exemplary damages), die gegen die Versicherungsnehmerin oder eine Tochtergesellschaft verhängt oder von ihnen übernommen wurden."

Thesen:

Ein Regressanspruch kann durch Nr. 5.10 nicht ausgeschlossen werden, weil es sich bei ihm nicht um eine Eigenschadendeckung der Unternehmensbuße handelt, sondern eine Versicherung des zivilrechtlichen Organhaftungsanspruchs.

Praxisbefund: Bedingungswerke enthalten teilweise prophylaktisch bereits Rückausschlüsse (so genannte carve backs) von Nr. 5.10. Danach sind (unterstellt mögliche) Innenregressansprüche wegen Unternehmensbußen ausdrücklich gedeckt.

Bedingungswerke, die noch keine solchen carve backs enthalten, sind mit Blick auf Kartellrechtsrisiken als weitgehend wertlos zu bezeichnen.

Carve-Back Klausel:

„Als Schadenersatzansprüche gelten ebenfalls Regressansprüche von oder im Namen von versicherten Unternehmen gegen versicherte Personen, die aufgrund von einer Vertragsstrafe, einem Bußgeld oder einer Geldstrafe geltend gemacht werden.“

Bilanzschutz?

Insurance breeds claims / Deckung schafft Haftung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - BGH-Urteil vom 05. April 2017 (Az. IV ZR 360/15) - dient die D&O- Versicherung als Haftpflichtversicherung auch dem Schutz des Geschädigten.

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 (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 Fußnote 45).

Gregor Bachmann weist 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 (vgl.: Gregor Bachmann, Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, S. 841, 851)

Unter Bilanzschutzgesichtspunkten kommen den sogenannten „Vorfeld-Deckungen“ eine besondere Bedeutung zu:

Cyber-Versicherung / Errors & Omissions (E&O)-Versicherung / Vertrauensschadenversicherung / Public Offering of Securities Insurance - (Prospekthaftungsrisiken – Versicherung für Wertpapier-Emissionen)

Michael Hoffmann-Becking, Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 181 (2017) 737–745:

„Im Haftungsprozess kämpft das Organmitglied mit Unterstützung des Versicherers gegen das Unternehmen, und das Unternehmen finanziert diesen Kampf durch seine Prämienzahlungen. Im Deckungsprozess kämpft das Organmitglied als Anspruchsinhaber mit Unterstützung des Unternehmens (und zu dessen Gunsten) gegen den Versicherer. Besonders deutlich wird die wechselnde Rollenverteilung, wenn der Versicherer den zunächst betriebenen Abwehrschutz beendet, aber seine Pflicht zur Schadensdeckung bestreitet. Bis die Zahlungspflicht des Versicherers endgültig feststeht, müssen nicht nur in der Theorie sondern nicht selten auch in der Praxis zwei getrennte Prozesse bis zur Rechtskraft geführt werden.“

Parameter des D&O-Versicherungsschutzes

Ist die Deckungssumme hoch genug?

Auch für mehrere Geschäftsleiter / Aufsichtsräte?

Honorargarantie

Vorsorgliche Rechtsberatung

Schiedsgericht als Alternative zur Gerichtsöffentlichkeit

Litigation-PR Kosten

Gehaltsfortzahlungen und Abfindungen vom Versicherer – trotz Aufrechnung

Kontinuitätsgarantie – Altlasten müssen versichert bleiben

Ausschluss nur bei direktem Vorsatz

Nachmeldefristen: Lange Verjährungsfristen müssen vom Versicherungsschutz abgedeckt sein

D&O-Vertragsrechtsschutz & Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung

Die D&O-Versicherung als Tresorpolice?

D&O-Verschaffungsansprüche

Architektur des D&O-Versicherungsprogramms

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

"Eine erhebliche Verbesserung der Rechtsposition sowohl der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder wäre erreicht, wenn es getrennte Policen für die Mitglieder des Vorstands einerseits und des Aufsichtsrats andererseits gäbe."

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 15/25, Till Wansleben:

"...Solche separaten Policen (mit separaten Deckungssummen) empfehlen sich aber aus Gründen guter Corporate Governance; einerseits um die Vertragsgestaltung jeweils zielgerichtet anpassen zu können und andererseits um insbesondere die notwendige Trennung und Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat (gerade bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen) sicherzustellen...Die naheliegende Empfehlung einer Trennung der Policen für Vorstand und Aufsichtsrat ist daher schon de lege lata zu betonen..."

Michael Hoffmann-Becking, Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 181 (2017) 737–745:

"...Für den Versicherer ergibt sich 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..."

Problemfeld Eigenbeteiligungen

§ 93 Absatz 2 Satz 3 AktG:

"Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen."

Übergesetzliche Eigenbeteiligung / Regulierungspraxis nach von Pierer und Neubürger

Praxisbeispiel:

Vergleichsvereinbarung zwischen der Siemens Aktiengesellschaft und Herrn Prof. Dr. Heinrich von Pierer

"...Herr Prof. Dr. von Pierer verpflichtet sich zu einer Leistung an die Gesellschaft... Er übernimmt diese Leistungspflicht ohne Anerkennung einer Rechtspflicht oder Setzung eines Präjudizes. Mit ihr verbindet sich insbesondere kein Anerkenntnis einer Schadensersatzpflicht und kein Anerkenntnis der seitens der Gesellschaft Herrn Prof. Dr. von Pierer zur Last gelegten Pflichtverletzungen....Die Höhe der Leistung beträgt EUR 5.000.000 (in Worten: fünf Millionen Euro). Sie wird unabhängig von der Höhe der Leistungen anderer ehemaliger Organmitglieder und der Leistungen der D&O-Versicherer geschuldet..."

Fundstelle: Einladung zur Hauptversammlung der Siemens AG am 26. Januar 2010, Anlage 6 – Vergleich mit Herrn Prof. Dr. Heinrich v. Pierer

https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf

Persönlicher D&O-Versicherungsschutz auf eigene Rechnung

1. Beweggründe

- mangelnde Kenntnis über den Versicherungsumfang der Unternehmens-D&O-Police
- Ausschöpfung von Deckungssummen
- Deckungsausschlüsse in der Unternehmens D&O-Police
- Anfechtung / vorvertragliche Obliegenheitsverletzungen

2. Versicherungskonzeption

- D&O stand alone mit Subsidiarität
- Selbstbehalte nach § 93 Abs. 2 AktG
- außergesetzliche Selbstbehalte im Rahmen von Vergleichen
- Deckungssumme: Jahresbruttovergütung 1,5-fach + verfügbares Privatvermögen
- Annex: persönlicher Strafrechtsschutz / Anstellungsvertragsrechtsschutz

(Vgl.: Michael Hendricks, D&O-Versicherung auf eigene Rechnung, VersicherungsPraxis 6/2016, S. 20 - 22)

Drei Schutzwälle gegen die strenge Organhaftung:

First Line of Defense: Corporate Compliance

Erste Verteidigungslinie ist die Prävention. Amtierende Geschäftsleiter müssen als Ausfluss der Legalitätspflicht ein wirksames Compliance-Management-System (CMS) einrichten.

(Vgl.: Frank Hülsberg und Jens Laue, Die Prüfung von Compliance Management-Systemen nach IDW PS 980, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance, 3. Auflage, Heidelberg 2017)

Second Line of Defense: Persönliche D&O-Versicherung

Michael Hendricks hat auf mindestens zehn gute Gründe hingewiesen, die für den D&O-Versicherungsschutz auf eigene Rechnung sprechen.

(Vgl.: Michael Hendricks: D&O-Versicherung auf eigene Rechnung - Versicherungspraxis 6 / 2016, S. 20 - 22)

Third Line of Defense: Asset Protection durch zivilrechtliche Gestaltungen

Schutz des Privatvermögens vor persönlicher Haftung des Vermögensinhabers durch hierfür geeignete Gestaltungsmöglichkeiten (Asset Protection). In der Praxis verbreitet sind insbesondere Güterstandsschaukeln, inländische Familienstiftungen, ausländische Rechtsträger, lebenslange Wohnrechte und Gestaltungen zur Vermeidung eines pfändbaren Vermögensanfalls.

(Vgl. grundlegend: Christian von Oertzen und Gerrit Ponath, Asset Protection im deutschen Recht, 3. Auflage 2018)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Burkhard Fassbach

Legal Counsel
Howden Germany GmbH
Franz-Rennefeld-Weg 5
40472 Düsseldorf
T +49 (0)211 940 83 – 0
M+49 (0)152 543 86 727
F +49 (0)211 940 83 - 83
E fassbach@fassbach.de