

# Redemanuskript

FEA Konferenz am 17. Juni 2015 in Düsseldorf

**Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Burkhard Fassbach bei der Veranstaltung der Financial Experts Association e.V. (FEA) und Flick Gocke Schaumburg am 17. Juni 2015 im Lindner Hotel Airport, Düsseldorf, zum Thema "Compliance für den Aufsichtsrat: Haftungsrisiken erkennen - Haftung vermeiden - Case Study „Korruption im Unternehmen“ - Was nun? Bewertung und Handlungsempfehlungen für das Aufsichtsratsmitglied aus der Perspektive der D&O-Versicherung"**

Herzlichen Dank für die freundliche Aufnahme. Wir springen sogleich ins kalte Wasser:

„Was hat der Aufsichtsrat eigentlich mit D&O-Versicherungen zu tun“, ist die große Frage. Ich war in Frankfurt auf einer Veranstaltung beim Deutschen Aktieninstitut. Da hat ein Aufsichtsrat einen Referenten aus einer sehr bekannten deutschen Anwaltssozietät gefragt: „Sollte ich mir vielleicht vom Vorstand mal die D&O-Policen und die Versicherungsbedingungen vorlegen lassen oder da mal nachfragen?“ Da war ich etwas irritiert, weil die aktienrechtlichen Kompetenzregeln eigentlich aussagen, dass zuständig für die Gewährung des D&O-Versicherungsschutzes für den Vorstand der Aufsichtsrat ist. Wenn es also zum Beispiel einen Kandidaten gibt, der bei der Deutschen Lufthansa Vorstandsvorsitzender werden will - sagen wir mal das wäre ein Amerikaner - und der kommt von einer großen amerikanischen Airline und der sagt: „In Amerika ist das Haftungsregime so, dass ich überhaupt in ein Board nur reingehe, wenn ich komplett freigestellt werde. Ich bekomme also eine ‚Indemnity‘, was nach den bundesstaatlichen Gesetzen von Delaware möglich ist, das heißt, ich werde von jedweden Ansprüchen, die gegen mich - zum Beispiel durch Aktionärsklagen - geltend gemacht werden, freigestellt“, muss man dem Kandidaten sagen: „In Deutschland gibt es das nicht in dieser Form.“

80 Prozent aller D&O-Schadenfälle in unserer deutschen Praxis sind Innenhaftungsansprüche. Das heißt, der Vorstand wird verklagt wegen einer Pflichtverletzung, die er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für das Unternehmen, das dann auch die Versicherungsnehmerin ist, begangen hat; er wird erstmals schriftlich in Anspruch genommen, und zwar während der Versicherungsperiode. Das ist die Versicherungsfalldefinition. Da fragt der Vorstand: „Wenn ich schon keine Freistellung bekomme, wie das in Amerika möglich ist, was ist das Pendant dazu in Deutschland?“ Das Pendant ist, dass man sich den Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz im Vorstandsdiensvertrag vertraglich verankern lässt.

Warum ist das für die Vorstände so wichtig? Das ist deshalb wichtig, weil, wenn ich einem Vorstand den besten D&O-Versicherungsschutz - von der Architektur her - gebe, ist der am Schluss nach dem Beratungsgespräch ganz glücklich. Aber: Ich muss dem sagen:

„Auch wenn Sie die Police jetzt platzieren (weil die Abschlusskompetenz für die Platzierung der Police beim Vorstand liegt), sind Sie nicht 100%ig sicher. Denn Ihr Nachfolger im Amt - sollten Sie das Vorstandsmandat nächstes Jahr beispielsweise abgeben - der könnte auf die Idee kommen,

- entweder die D&O-Versicherung ganz abzuschaffen oder
- die Deckungssumme zu reduzieren oder
- einen Versicherungsschutz mit einem schlechteren Bedingungsnetzwerk zu installieren.“

Sie müssen wissen: Bei der D&O-Versicherung gilt, weil es ein amerikanisches Produkt ist, das sogenannte Claims-Made Prinzip, das heißt: Immer jener Zeitpunkt, zu dem der Anspruch erstmals schriftlich geltend gemacht wird gegen das Organ (in der Regel gegen den Vorstand), zu diesem Zeitpunkt gilt der Versicherungsschutz.

Dazu müssen Sie sich vor Augen halten: Die allermeisten Ansprüche auf D&O-Versicherungsschutz in den Vorstandsdienstverträgen sind entweder suboptimal, falsch oder total schlecht. Da steht zum Beispiel drin: Während der Laufzeit des Vorstands- oder Geschäftsführerdienstvertrags besteht Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz. Das ist Schulnote sechs. Warum? Am letzten Tag im Amt besteht die Möglichkeit, eine Pflichtverletzung zu begehen. Wie lange haftet man dafür nach dem Restrukturierungsgesetz? Bei Banken und börsennotierten Gesellschaften 10 Jahre. Bei normalen GmbHs und Gesellschaften, die nicht an der Börse notiert sind, sind es fünf Jahre. Das heißt, fünf Jahre stehen die Leute noch im Feuer. Das müssen Sie sehen, wenn Sie diese D&O-Verschaffungsansprüche sich als Vorstand in die Dienstverträge reinzementieren lassen, dass der Schutzschirm der D&O-Versicherung natürlich auch für die Zeit der Verjährungsfristen gelten muss.

Zuständig, diesen Schutzschirm für den Vorstand zu gewähren, ist der Aufsichtsrat. Jetzt muss man sich die Frage stellen: Wie soll der Aufsichtsrat sich dazu jetzt eigentlich positionieren? Dazu müsste sich der Aufsichtsrat zunächst mal überhaupt mit dem zentralen Leistungsversprechen der D&O-Versicherung auseinandersetzen. Das zentrale Leistungsversprechen ist: Zunächst die Abwehr unbegründeter Ansprüche. Das heißt, der D&O-Versicherer wird dem in Anspruch genommenen Organ - meistens der Vorstand - einen Anwalt zur Seite stellen. Dieser Anwalt wird vom D&O-Versicherer bezahlt und der Anwalt wird alles versuchen, dass die Klage abgewiesen wird. Das heißt, die D&O-Versicherung ist auf dieser ersten „Raketenstufe“ nichts anderes als eine Rechtsschutzversicherung.

Wir haben eine optimale Musterklausel entworfen, die auch in der Wirtschaftswoche abgedruckt wurde. Ein Vorstandsvorsitzender einer großen deutschen Bank ist zu seinem Aufsichtsratsvorsitzenden gegangen und hat gesagt: „Diese Klausel möchte ich auch haben.“ Die haben die dann anwaltlich prüfen lassen. Der Aufsichtsrat war ein bisschen verunsichert und dann gab es halt diverse Fragen, weil wir bei dem Entwurf der Musterklausel das durch die Brille des Organs gesehen haben. Das ist ganz wichtig, weil die Rechte aus D&O-Versicherungen allein den versicherten Personen zustehen. Das Unternehmen hat aus der Police überhaupt keine Rechte. Sie müssen sich die D&O-Versicherung so vorstellen, als wenn Sie im Straßenverkehr die Versicherungsprämie Ihres Unfallgegners bezahlen, weil Prämienschuldner und Policyholder/ Versicherungsnehmerin ist das Unternehmen, die Rechte aus der Police stehen aber allein den versicherten Personen zu. Dazu gehören halt eben auch die Aufsichtsräte. Wenn man als Aufsichtsrat schlau ist, würde man sagen: Ich bekomme einen super Geschäftsführer oder Vorstand nur, wenn ich ihm auch D&O-Versicherungsschutz gewähre, und dafür bin ich nach den aktienrechtlichen Kompetenzregeln als Aufsichtsrat auch zuständig. Was hat das Unternehmen davon? Es bekommt super Leute als Geschäftsführer oder Vorstände. Also: Als Aufsichtsrat achten Sie darauf,

- dass D&O-Versicherungsschutz gewährt wird
- und dass die Personen dann auch einen Anspruch darauf haben für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Amt während der Verjährungsfristen,
- dass das auch ein qualitativ hochwertiger Versicherungsschutz ist,

- dass die Deckungssummen auch ausreichend sind.

Wenn Sie - zur Ausgangsfrage zurück - als Aufsichtsrat mit den Forderungen eines ganz kecken Vorstandskandidaten konfrontiert werden, der sagt: „Ich trete hier überhaupt nur an, wenn ich im Vorstandsdienstvertrag einen vertraglich abgesicherten Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz habe, damit man mir dieses Recht oder diesen Schutzschirm nicht einfach wieder entziehen kann“, dann fühlen Sie sich nicht provoziert, sondern überlegen Sie sich das gut, denn es spricht einiges dafür, dass Sie so auch gute Kandidaten bekommen. Im internationalen Wettbewerb ist das ja auch immer eine schwierige Geschichte.

Andererseits, als Aufsichtsrat tun Sie sich auch selber einen Gefallen damit, weil im Windschatten dieser Gewährung des D&O-Versicherungsschutzes für den Vorstand haben Sie sich selbst D&O-Versicherungsschutz verschafft, weil Sie nämlich als Aufsichtsrat auch zu dem Kreis der versicherten Personen gehören. Das hängt damit zusammen, weil die D&O-Versicherungen einfach unreflektiert aus Amerika nach Deutschland übertragen wurden. Die Amerikaner machen das dann mit allen Produkten gleich. Wenn Sie also eine Coca-Cola am Times Square in New York trinken, ist das die gleiche Coca-Cola, wie Sie sie hier in Düsseldorf im Hotel bekommen. Nur funktioniert das überhaupt bei einer D&O-Versicherung? Sie müssen nämlich bedenken, dass die Amerikaner ein One-Tier-Board-System haben. Einige von Ihnen haben vielleicht im Ausland schon mal so ein Mandat wahrgenommen. Da gibt es keine institutionelle Trennung von Überwachung - also einen Aufsichtsrat - und Geschäftsleitung, wie das in Deutschland der Fall ist, sondern alle sitzen in einem Gremium. Oft ist es sogar so, dass der Chief Executive Officer zugleich der Chairman of the Board in Personalunion ist. Das ist bei einigen der größten Aktiengesellschaften in den USA so. In Amerika war das nach der Kapitalmarktkrise eine Riesendebatte. Kann das überhaupt sein, dass der CEO und der Chairman in Personalunion sind? Das wurde dann von aktivistischen Aktionären in Frage gestellt. Mittlerweile sind schon die Hälfte aller Gesellschaften in den USA auch so gestrickt, dass die den Split von Chairman und CEO haben, da ist das also schon getrennt, auch unter Hinweis auf die guten Erfahrungen, die Deutschland mit dem Two-Tier-Board-System gemacht hat. Das heißt, der größte Exportschlager, den Deutschland vielleicht hat, ist dieses überlegene dualistische System der Trennung. In Asien, insbesondere in China haben sie das auch schon. In den USA geht eigentlich der Weg auch in diese Richtung, also den Chairman-CEO-Split, und dann stellt sich die Frage: Kann man ein solches amerikanisches D&O-Produkt überhaupt in Deutschland zum Einsatz bringen oder muss das Produkt angepasst werden auf das deutsche Haftungsregime?

80 Prozent aller Klagen in Deutschland - wir haben eine Datenbank von 800 Fällen, die sind mittlerweile ausgewertet, da gibt es auch eine Analyse zu - betreffen die Innenhaftung. Das heißt, der Aufsichtsrat verklagt die Geschäftsleitung. 20 Prozent der Fälle sind die bissigsten Kläger, das sind die Insolvenzverwalter. Die sind äußerst unangenehm für die Betroffenen. In Amerika ist es so, da gibt es eigentlich gar keine Innenhaftung. Innenhaftungsansprüche sind sogar ausgeschlossen, damit es keine Mauscheleien gibt. Das heißt dort „insured versus insured exclusion“. Die Ansprüche kommen aus dem Aktionärskreis und die gelten als Außenansprüche.

Es muss in Deutschland auf der Ebene der D&O-Versicherung einen Paradigmenwechsel geben. Das erste sind diese D&O-Verschaffungsansprüche, weil wenn ich keinen vertraglichen Anspruch auf D&O-Schutz habe, dann habe ich letztlich auch kein Recht. Für den Aufsichtsrat heißt das, er hat nicht so etwas wie einen Vorstandsdienstvertrag

oder einen Geschäftsführerdienstvertrag, der muss sich dann diesen Anspruch in der Satzung zementieren lassen.

Der nächste zweite große wichtige Punkt: Es funktioniert nicht, amerikanische Deckungskonzepte, die D&O-Versicherung heißt ja schon D&O, Directors and Officers, also One-Tier Board-System, auf das deutsche Two-Tier Board-System zu übertragen. Warum? Der Aufsichtsrat, und meine Vorredner haben das hervorragend herausgearbeitet, ist nach der ARAG-Doktrin ein Jäger, er muss nämlich die Geschäftsleitung jagen und verklagen. Macht er das nicht, kann Jedermann Anzeige wegen Untreue bei der Staatsanwaltschaft erstatten oder der Aufsichtsrat kann sich selbst schadenersatzpflichtig machen, wenn er es unterlässt, diese Ansprüche zu verfolgen. Jetzt hat aber eine Praxis, die wir in den deutschen Gerichtssälen sehen, in den letzten Jahren Einzug genommen, dass die Vorstände bis zur letzten Patrone in der Abwehr schießen und auf die Idee kommen: „Was ist die beste Verteidigung?“ Angriff ist die beste Verteidigung und wenn der Aufsichtsrat als Jäger mich angreift, dann mache ich als Vorstand den Aufsichtsrat selbst zum Gejagten. Heißt Streitverkündung. Der zentrale Vorwurf aus der Streitverkündung ist, dass ein beklagter Vorstand einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats, also nicht dem Gremium als solchem, sondern einzelnen Mitgliedern, in der Regel sind das die Aufsichtsratsvorsitzenden, den Streit verkündet und der Vorwurf lautet: „Sollte ich als beklagter Vorstand wider Erwarten diesen Rechtsstreit - beispielsweise auf EUR 100 Millionen Schadenersatz von der Gesellschaft verklagt - verlieren, dann ergäben sich - im Konjunktiv - Regressansprüche gegen den Aufsichtsrat.“ Es kommt eine Paragrafenkette, die fängt an mit dem § 116 Aktiengesetz, der Aufsichtsrat haftet unbegrenzt mit seinem Privatvermögen nach der Vorschrift - wie auch die Vorstandshaftung ist - § 93 Absatz 2 Aktiengesetz, das klang ja auch eben an, in Verbindung mit dem Gesamtschuldnerausgleich. Der Vorwurf ist: Ich als Vorstand habe den Aufsichtsrat über die streitgegenständlichen, angeblichen Pflichtverletzungen immer vollumfänglich informiert und der Aufsichtsrat hat das auch gebilligt und mitgetragen. Jetzt kommt diese Streitverkündung. Da war ich bei einem Aufsichtsratsvorsitzenden einer großen Bank, der hat gefragt: „Herr Fassbach, mir wurde der Streit verkündet, bin ich überhaupt versichert? Und übrigens, der Vorstand steht hier zuerst am kalten Buffet des D&O-Versicherers, ist am Schluss für mich als betroffenes Aufsichtsratsmitglied überhaupt noch was da von dem Buffet?“ Da habe ich gesagt: „Erstens, die Streitverkündung löst den Versicherungsfall ebenfalls aus unter der Police,“ - eigentlich absurd, dass Aufsichtsrat und Vorstand unter dem Dach ein und desselben D&O-Versicherers versichert sind – „zweitens, das zentrale Leistungsversprechen der Police ist die Abwehr. Wir versuchen mal eine Deckungszusage beim D&O-Versicherer zu bekommen.“ Wofür eigentlich? Der Aufsichtsrat, das Aufsichtsratsmitglied, dem der Streit verkündet wurde, muss zum Anwalt gehen und der wird dem wahrscheinlich raten: „Eigentlich macht es ja nur Sinn auf Klägerseite beizutreten.“ Der Bundesgerichtshof hat gesagt, ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied könne in dem Rechtsstreit der Gesellschaft gegen den Vorstand auf Seiten der klagenden Gesellschaft beitreten. Warum macht das Sinn? Erstens bekommt das einzelne Aufsichtsratsmitglied den ganzen Schriftverkehr vom Gericht und es kann in dem Verfahren schriftsätzlich vorgetragen werden, weil der Aufsichtsrat wird natürlich eine andere Argumentation haben als der Vorstand. Der Aufsichtsrat wird sagen: „Ich wurde nicht vollumfänglich informiert, ich wurde hinters Licht geführt.“ Das sind immer die zwei großen wesentlichen Argumentationslinien. Können Sie jeden Tag auch in der Wirtschaftspresse nachlesen. Im Zusammenhang mit den großen Stahlwerken in Brasilien hat die FAZ mal getitelt: „Der Aufsichtsrat von Thyssen Krupp, alles gefragt, nichts gewusst.“ Jetzt die Frage: Ist dieser zentrale Vorwurf, ich als Vorstand habe den Aufsichtsrat immer vollumfänglich informiert, berechtigt? Mir hat mal ein Anwalt erzählt, der ein Aufsichtsratsmitglied einer großen Bank beraten hat, dass man allein mit der

Masse an Informationen, wenn man das alles ausdrücken würde, was die Aufsichtsräte bekommen, ganze Wandschränke füllen könnte. Das heißt, der Vorwurf, dass der Vorstand den Aufsichtsrat informiert hat, ist relativ wahrscheinlich und der, dass der Aufsichtsrat das gebilligt hat, da kann man sich vielleicht streiten. Die einen sagen so, die anderen sagen so, ist dann vielleicht auch eine Beweisfrage. Was aber das Problem ist: Die D&O-Versicherer werden sagen: „Wir geben Dir, liebes Aufsichtsratsmitglied, keine Deckungszusage für einen Beitritt auf Klägerseite, also auf Seiten der Gesellschaft.“ Warum? Weil es ist keine Abwehr, sondern es ist ein Angriff und damit steht das Aufsichtsratsmitglied völlig schutzlos da, wenn das Aufsichtsratsmitglied nämlich beitreten will in dem Rechtsstreit, um dem aus seiner Sicht bewusst wahrheitswidrigen Vortrag des Vorstands, er hätte den Aufsichtsrat informiert, entgegenzutreten, dann muss er den Anwalt entweder aus der Privatschatulle bezahlen oder das Unternehmen springt ein und zahlt für den Aufsichtsrat die Rechnung. Dafür braucht man eigentlich auch keine D&O-Versicherung. Deshalb bin ich der Meinung, in dem deutschen Two-Tier Board-System stellt sich ein amerikanisches Deckungssystem, wo Aufsichtsrat und Vorstand bei ein und demselben D&O-Versicherer versichert sind, als absolute Mogelpackung dar. Das hängt auch damit zusammen, dass der D&O-Versicherer, der zunächst die Ansprüche für den Vorstand abwehrt, mit diesem die Abwehrstrategie abstimmt und die Streitverkündung auch selbst eigentlich mitträgt und auslöst, dann nicht gleichzeitig auf Seiten beider Parteien, also im Lager des Aufsichtsrats und im Lager des Vorstands, tätig sein kann, weil der Bundesgerichtshof, genauer gesagt, der für Versicherungsrecht zuständige Vierte Senat gesagt hat: „Der D&O-Versicherer muss die Interessen des Versicherten so wahren, wie das ein Anwalt auch tun würde.“ Bei jeder Ehescheidung ist es eigentlich so - zumindest wenn sie richtig streitig ausgetragen wird -, dass jede Partei ihren eigenen Anwalt haben muss. Da kommt der D&O-Versicherer in einen natürlichen Interessenkonflikt, den er selber nicht mehr auflösen kann. Die Lösung kann nur sein, dass der Aufsichtsrat einen separaten eigenen D&O-Schutzschirm benötigt. Das heißt, 20 Jahre sind der Vorstand und der Aufsichtsrat zusammen auf dem D&O-Highway in einem Auto gefahren und neuerdings lautet der Paradigmenwechsel, dass der Aufsichtsrat ein eigenes Auto braucht, das muss auch noch eine andere Automarke sein. Also Vorstand BMW, Aufsichtsrat Mercedes, sonst kommen Sie aus diesen Interessenkonflikten nicht mehr raus.

Letztlich ist es so, dass die Deckungssumme auch so schnell schmelzen kann wie ein Eis in der Sommersonne und die Deckungssumme müssen sich alle Personen, die unter der Police versichert sind, teilen. Es kann auch mehrere Versicherungsfälle in der Periode geben. Die Deckungen gelten auch weltweit, sodass der dritte Punkt des Paradigmenwechsels - also Punkt eins war Ansprüche auf D&O-Versicherungsschutz für den Vorstand im Dienstvertrag, für den Aufsichtsrat in der Satzung, Paradigmenwechsel Punkt zwei, separate Veranstaltung - ein separater D&O-Schutzschirm für den Aufsichtsrat bei einem unabhängigen Versicherer ist. Das sind neuerdings auch Weltkonzerne wie Allianz Global Corporate Specialty oder Zürich oder AXA, die da mitmachen. Der dritte Punkt ist ganz entscheidend für Aufsichtsräte, die sehr vermögend sind, dass man sich einen Schutzschirm selber schafft, indem man selbst eine D&O-Versicherung auf eigene Rechnung abschließt und diese Police dann auch zu Hause in den Safe legt. Es gilt der alte Grundsatz: „Insurance breeds claims“. Das heißt, ohne D&O-Versicherung würden die meisten Verfahren wahrscheinlich überhaupt nicht geführt. In diesem Sinne würde ich die Aufsichtsräte auffordern, mal über diesen Paradigmenwechsel nachzudenken, weil auch die Unabhängigkeit der Ausübung des Mandats konkret gefährdet wird. Wenn Sie als Aufsichtsrat, indem Ihnen der Streit verkündet wird, was die beklagten Vorstände neuerdings reflexartig machen, im eigenen Erledigungsinteresse sagen „dann schließen wir hier einen lausigen Vergleich ab“, dann handeln Sie nicht im Unternehmensinteresse,

sondern im alleinigen persönlichen Erledigungsinteresse. Das fördert nicht die Unabhängigkeit der Mandatswahrnehmung.

Weil ich eingangs das Beispiel nannte, wo ein Aufsichtsrat diese Frage im Aktieninstitut gestellt hat: „Soll ich überhaupt den Vorstand nach der D&O-Versicherung fragen?“, sage ich Ihnen: Kümmern Sie sich um dieses Thema, Sie sind nach den aktienrechtlichen Kompetenzregeln im „Driver Seat“. Sie müssen sich darum kümmern, Sie sind zuständig. Sonst haften Sie.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!