

# Lexikon

## Directors and Officers-Versicherung (D&O)

Franz Held, Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) und Mitglied der Geschäftsleitung VOV GmbH

Die (Unternehmens-) „D&O“-Versicherung ist ein nicht mehr hinwegzudenkendes Versicherungsprodukt (ausf. Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung; Held in Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, Kap. 33). „D&O“ ist die Abkürzung für „Directors and Officers“, d.h. für die Unternehmensleitung anglo-amerikanischer Kapitalgesellschaften. Das Kürzel D&O steht jedoch generell als Synonym für die versicherungsseitige Absicherung der Haftungsrisiken von Managern und Aufsichtsräten. Eine D&O-Police schützt vor den finanziellen Folgen einer persönlichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern für den Fall, dass sie wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung für den daraus resultierenden Vermögensschaden persönlich in Anspruch genommen werden.

### I. Grundlagen

Der Aufsichtsrat ist ein Gesellschaftsorgan, dessen Aufgabenschwerpunkt in der Überwachung der Unternehmensleitung (§ 111 AktG) liegt. Bei schuldhaften Pflichtverletzungen von Mitgliedern des Aufsichtsrats haften diese für einen hieraus der Gesellschaft entstandenen Schaden dieser gegenüber in gleicher Weise wie die Mitglieder des Vorstands. § 116 AktG verweist insofern auf § 93 AktG.

Bedeutsam für die Aufsichtsratshaftung ist das sog. ARAG/Garmenbeck-Urteil (BGHZ 135, 244), welches einen Fall der Nicht-Geltendmachung begründeter Haftpflichtansprüche ge-

gen die Unternehmensleitung betrifft. Der Aufsichtsrat hatte den Entschluss gefasst, keine Schadenersatzansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen, obwohl in diesem Fall große Aussicht auf Erfolg bestanden hatte. Der BGH erkannte hierin eine Pflichtverletzung, weil der Aufsichtsrat nach entsprechender Prüfung zur Durchsetzung der Haftpflichtansprüche gegenüber dem Vorstand verpflichtet ist – und hat somit für derartige Sachverhalte die Voraussetzungen einer entsprechenden Reduzierung des Ermessens festgestellt. Lediglich dann, wenn gewichtige Gründe des Unternehmenswohls entgegenstehen, kann der Aufsichtsrat ausnahmsweise von einer Geltendmachung von Ansprüchen absehen. Diesen individuellen Spielraum sollten Aufsichtsräte aber auch nutzen. Aufgrund seiner Überwachungspflicht muss der Aufsichtsrat also eigenverantwortlich prüfen, ob bei einem der Gesellschaft entstandenen Schaden mögliche Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsleitung bestehen und diese unter ausreichender Berücksichtigung des Unternehmenswohls ggf. geltend machen. Eine Art Automatismus zur Inanspruchnahme gibt ARAG/Garmenbeck also nicht her.

Ferner sollten Aufsichtsratsmitglieder insbesondere für einen angemessenen Informationsstand als Grundlage von zu treffenden Entscheidungen sorgen, alle Entscheidungen auffindbar dokumentieren und regelmäßige Compliance Checks im Unternehmen durchführen.

#### 1. Ausführliche Erklärung

Mit dem Abschluss einer D&O-Versicherung wird dem Aufsichtsrat die ständige Sorge vor einer möglichen

Privatinsolvenz weitestgehend genommen. Gleichzeitig hat sie aber erst recht im Falle hoher Forderungssummen bilanzschützenden Charakter für das Unternehmen.

Konkret übernimmt die D&O-Versicherung die Deckungsprüfung, die Kosten der qualifizierten Schadenabwehr und – sofern ein Anspruch berechtigt ist – die wegen der Sorgfaltspflichtverletzung zu leistende Schadenersatzzahlung. Der Versicherungsschutz umfasst somit sowohl die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter als auch die Befriedigung begründeter Haftpflichtansprüche. Wegen der Komplexität der Sachverhalte und einer erfahrungsgemäß erstmals wenig substanziierten Darlegung der behaupteten Anspruchsgründe kommt in der Praxis bereits dem qualifizierten Abwehrschutz eine wesentliche Bedeutung zu.

In der Praxis werden insbesondere wegen der komplexen Sach- und Haftungslage und aus Reputationsaspekten die meisten D&O-Schadenfälle durch eine vergleichsweise Einigung beendet. Durch eine vergleichsweise Erledigung wird ein „Kreise ziehen“ verhindert, da ansonsten möglicherweise weitere Mitglieder des Aufsichtsrats, aber auch weitere Geschäftsführungs-/Vorstandskollegen oder Anteilseigner in die Rechtsstreitigkeit einbezogen werden könnten. Im schlimmsten Fall könnte sich der Konflikt so ausweiten, dass das Unternehmen neben dem Reputationsverlust einen nur noch schwer abzuwendenden wirtschaftlichen Schaden erleidet. Daher ist das Verständnis aller an einem Schadenfall Beteiligten für deren unterschiedliche Interessen

und letztlich „Deeskalation“ im Schadenmanagement gefordert.

D&O-Standardausschlüsse gibt es nur in sehr begrenztem Umfang. Der zentrale Ausschluss ist der der „wissentlichen Pflichtverletzung“. Darüber hinaus verfügen die meisten D&O-Policen über deckungserweiternde oder aber auch deckungseinschränkende Besondere Vereinbarungen, die neben der Qualität des Schadenmanagements den Wert der D&O-Police bestimmen. Der Wissentlichkeitsausschluss führt dazu, dass nur ein Haftpflichtanspruch, der auf einer wissentlichen Pflichtverletzung des in Anspruch genommenen Managers beruht, nicht versichert ist. Eine wissentliche Pflichtverletzung begeht, wer sich sowohl der Pflicht, als auch ihrer Verletzung im Zeitpunkt der Tat bewusst ist. Für das Vorliegen des Ausschlusstatbestands ist der Versicherer beweispflichtig.

## II. Praxishinweis

Bei der am häufigsten abgeschlossenen Unternehmens-D&O-Versicherung handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung, was bedeutet, dass der Vertragspartner des Versicherers und damit Prämienschuldner das jeweilige Unternehmen ist und nicht etwa das einzelne Aufsichtsratsmitglied. Kaum noch ein Aufsichtsratsmitglied ist heute bereit, ohne effektiven D&O-Versicherungsschutz diese Aufgabe zu übernehmen – anderenfalls könnte sich die Suche nach qualifizierten Aufsichtsräten als sehr schwierig erweisen. Die D&O-Unternehmenslösung hat jedoch den Nachteil, dass sich der Aufsichtsrat mit den Vorständen/Geschäftsführern und den weiteren versicherten Personen die

Police „teilen“ muss und kaum Einfluss auf die Bedingungsgestaltung nimmt. Aufsichtsräte sollten sich aber nicht erst im Schadenfall mit ihrer D&O-Police vertraut machen. So ist es für den Schutz des Privatvermögens der versicherten Personen keineswegs von Vorteil, wenn in Unternehmens-D&O-Deckungen immer mehr Deckungselemente zugunsten der versicherungsnehmenden Gesellschaft anzutreffen sind. Die Frage nach Schutz des Privatvermögens des Aufsichtsrats auf der einen Seite und Bilanzschutz des Unternehmens auf der anderen Seite sollte eindeutig geklärt sein. Zu beachten ist auch, dass die Versicherungssumme auskömmlich ist oder aber zumindest eine Wiederauffüllungsoption bzw. eine Maximierung der Versicherungssumme besteht, sodass bei totalem Verbrauch der Versicherungssumme in einer Versicherungsperiode für einen weiteren Versicherungsfall die Deckungssumme gegen eine Zusatzprämie noch einmal zur Verfügung gestellt wird.

Der Versicherer sollte Abwehrschutz auch bereits vor Eintritt des Versicherungsfalls zur Verfügung stellen, sofern der Eintritt des späteren Versicherungsfalls aufgrund der konkret aufgeführten Umstände bereits droht. Von einer solchen oder ähnlichen Regelung wird bei der Schadenbearbeitung gern Gebrauch gemacht, da eine rechtzeitig begonnene Verteidigungsstrategie fast immer schadenmindernde Auswirkungen hat bzw. die Chancen der erfolgreichen Verteidigung deutlich erhöht. Versicherte Aufsichtsratsmitglieder sollten im Besitz einer Kopie des Versicherungsscheins

und der dazugehörigen Versicherungsbedingungen sein, da anderenfalls Unsicherheit über das richtige Verhalten im Schadenfall herrscht. Hinzu kommt, dass es keinen Bedingungsstandard gibt und der Teufel im Detail steckt. Daher sollten die Bedingungen in regelmäßigen Abständen unter Zuhilfenahme von D&O-Experten überprüft und up to date gehalten werden. Und schließlich sollte man sich bewusst sein, dass es neben der Unternehmens-D&O-Versicherung auch noch die Möglichkeit der Absicherung über eine individuelle, persönliche D&O-Police gibt. Bedarf nach einer eigenen Absicherung besteht insbesondere im Falle der Mandatsbeendigung. Denn der ausgeschiedene Aufsichtsrat kann das weitere Schicksal der Unternehmens-D&O-Police so gut wie gar nicht mehr beeinflussen und so fühlt er sich durch eine D&O-Deckung vermeintlich ausreichend abgesichert, obwohl nach seinem Ausscheiden möglicherweise die Versicherungsbedingungen anders gestaltet worden sind oder die Versicherungssumme reduziert wurde. Und diese fehlende Kontrolle über das Schicksal des D&O-Vertrags wird oftmals unterschätzt. Wer hier auf der sicheren Seite sein möchte, kauft sich seine eigene höchstpersönliche D&O-Versicherung ein. Der D&O-Markt bietet sehr bedarfsgerechte Individual-Versicherungslösungen an.

Quellen: Weiterführend: Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung, Kommentar zu den AVB-AVG, Beck 2016; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Auflage, Boorberg 2016