



HENDRICKS & CO GMBH
D&O Insurance Brokers

Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Forum Unternehmensrecht

11. November 2014

Die Organhaftung und ihre Versicherung

**Shareholder Activist:
Eine neue Figur auf dem D&O-Schachbrett in Deutschland**

Rechtsanwalt Dr. Burkhard Fassbach
HENDRICKS & CO GmbH Düsseldorf



Lithographie von Auguste Desperret, 1831



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).

Versicherte Personen:

Vorstand und Aufsichtsrat gehören zum Kreis der Versicherten und sind durch die Rezeption amerikanischer Deckungskonzepte in Deutschland herkömmlich gemeinsam „unter einem Dach“ versichert. Im US-amerikanischen System (one-tier board system) ist die Geschäftsleitung nicht institutionell von der Überwachung getrennt. Beide Funktionen werden von ein und demselben Organ (Board of Directors) wahrgenommen.

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.

Grundlegende **Pflichtlektüre zur D&O-Versicherung:**

Rechtsanwalt Wilfried Terno, Vors. Richter am BGH a.D., Strukturen und Probleme der D&O-Versicherung, SpV 1/2014, 2 ff.

Rechtsanwalt Dr. Oliver Sieg, Düsseldorf, D&O Versicherung des Managers, in: Krieger / Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage 2010, § 15.

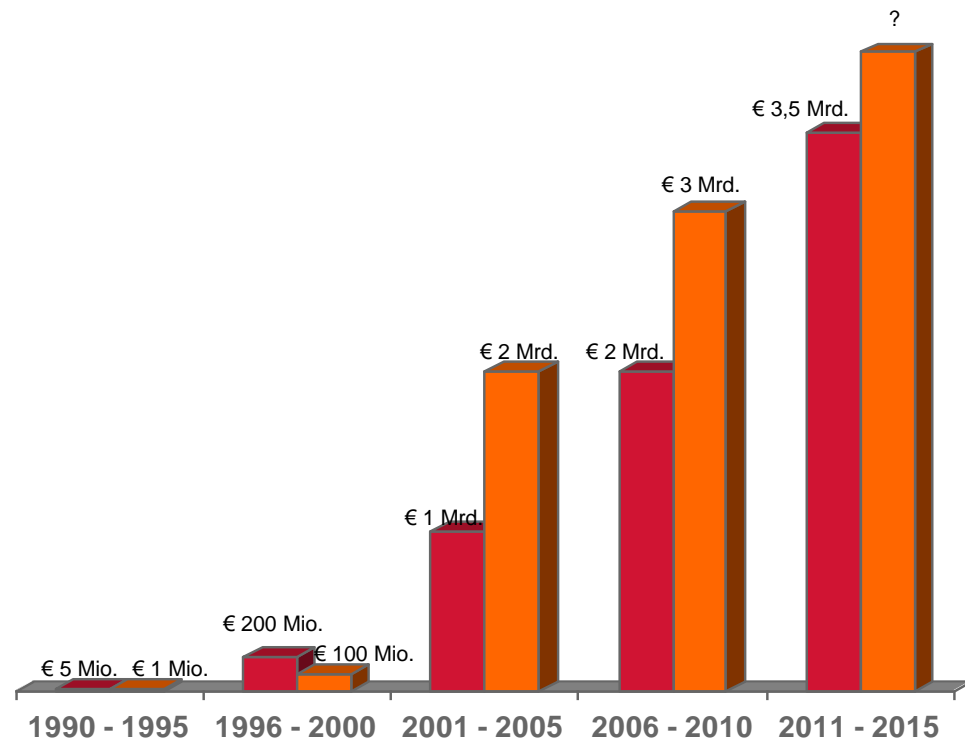


Entwicklung des D&O-Versicherungsprämien- und D&O-Schadenvolumens in Deutschland

Schätzung von

- Prämien
- Zahlungen und Reserven

in 5-Jahres-Abschnitten





D&O-Schadendatenbank

Erfahrung aus >800 D&O-Schadenmeldungen über einen Zeitraum von 15 Jahren

- ▶ ca. 80 % Innenverhältnis
- ▶ zunehmend freundliche und friedliche Inanspruchnahmen
- ▶ reduzierte Vergleichsbereitschaft
- ▶ aktuell:
Zunahme von Streitverkündungen: Beklagte Vorstände gegen klagende Aufsichtsräte



Interessenlage beim Abschluss von D&O-Versicherungen

Persönliche Motive

- ▶ unbegrenzte Haftung mit dem Privatvermögen
- ▶ gesamtschuldnerische Verantwortung

Unternehmensinteresse

- ▶ „Bilanzschutz“ / Schadenausgleich
- ▶ Vermeidung negativer Publizität durch außergerichtliche Konfliktlösung
- ▶ **Erfüllung von D&O-Verschaffungsansprüchen:** Musterklausel von Fassbach / Fleck, im Volltext abgedruckt im Management-Blog der Wirtschaftswoche vom 18. Dez. 2013: <http://blog.wiwo.de/management/2013/12/18/das-neue-zauberwort-fur-top-manager-verschaffungsklausel-fur-eine-managerhaftpflicht-versicherung-do/>



Aktienrechtliche Kompetenzregeln für die Gewährung von D&O-Versicherungsschutz

Der Berliner Universitätsprofessor Christian Armbrüster hat unter Bezugnahme auf das aktienrechtliche Schrifttum auf die Kompetenzregeln hingewiesen. Demnach hat über die Gewährung von D&O-Versicherungsschutz für die Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat zu befinden. Für die Gewährung von D&O-Versicherungsschutz für die Aufsichtsräte hat die Hauptversammlung zu entscheiden. Die D&O-Police ist sodann durch den Vorstand abzuschließen.

(Vgl.: Armbrüster, VersR 2014, 1 ff.)



Two-Tier Trigger Policy

In Deutschland ist die Geschäftsleitung institutionell von der Überwachung getrennt. Paradoxaerweise sind aber herkömmlich beide Organe, Vorstand und Aufsichtsrat, durch die Rezeption amerikanischer Deckungskonzepte gemeinsam bei ein und demselben D&O-Versicherer versichert.

Jan Eckert in Wachter, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2014, RdNr.: 49 zu § 93:

„Da inzwischen nicht nur Vorstands-, sondern auch Aufsichtsratsmitglieder vermehrt in Haftung genommen werden, sind aktuell Deckungskonzepte im Gespräch, die sich speziell am deutschen dualistischen System ausrichten und Interessenkollisionen von Vorstand und Aufsichtsrat ausschließen sollen. Danach besteht eine Trennung der Deckungen mit separaten Risikoträgern für beide Organe („Twin-Tower“ oder „Two-Tier-Trigger“-Konzept).“



Traditionelle Auffassung im renommierten C.H.Beck Verlag

Oliver Lange, Handbuch D&O-Versicherung und Managerhaftung, München 2014, § 1, RdNr. 96:

Im Übrigen ist eine **Tendenz zur Diversifizierung** der Produktangebote der Versicherer erkennbar. Durch Entwicklung von an die D&O-Versicherung angelehnten Versicherungsprodukten wird versucht, dem andauernden Wettbewerbsdruck zu entkommen. Beispielsweise werden Sonderkonzepte für bestimmte Branchen aufgelegt und mit Eigenschadenversicherungen kombiniert. D&O-Individualversicherungen für aus dem Unternehmen ausscheidende Manager oder als Ausfalldeckung zur D&O-Firmenversicherung angeboten und spezielle Aufsichtsratshaftpflichtversicherungen beworben, die den Versicherungsschutz der Aufsichtsratsmitglieder von dem der Vorstandsmitglieder und sonstigen Versicherten separieren. Derartige gesonderte „Organversicherungen“ liegen allerdings nicht im Unternehmensinteresse, wenn sie bei unterschiedlichen Versicherern bestehen.



Two -Tier Trigger Policy - Funktionsweise

Unternehmens-D&O

Versicherte:
Vorstand und Aufsichtsrat

TTT-D&O

Versicherte:
Aufsichtsräte ab Trigger

- ▶ 1. Trigger: Ausschöpfung der Deckungssumme der Unternehmens-D&O-Police
- ▶ 2. Trigger: Streitverkündung
- ▶ 3. Trigger: Anfechtung der Unternehmens-D&O-Police
- ▶ 4. Trigger: Besonderer Vertreter nach § 147 AktG



TTT - Grundsätzliches

- ▶ voneinander unabhängige Risikoträger in beiden Policen
- ▶ identische Wordings - full following form
- ▶ TTT-Versicherungsprämie 35 bis 60 % der Versicherungsprämie der Unternehmens-D&O-Police (bei identischen Deckungssummen)
- ▶ TTT-Kapazität derzeit € 300 Mio.



TTT - Alternative

Twin Tower Modell

- ▶ Aufsichtsräte sind nicht weiter in der Unternehmens-D&O-Police versichert
- ▶ eigenständige Aufsichtsratspolice ohne Trigger-Begrenzung

Problemstellungen des Twin Tower

- ▶ Deckung für Altlasten (Rückwärtsversicherung)?
- ▶ Angleichung der Deckungssummen
- ▶ Verdoppelung von Versicherungsprämien?



Die wichtigsten Argumente für die Two-Tier Trigger Policy:

I. Überwachungspflicht des Aufsichtsrats

Nach der Generalnorm des § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen.

Die Krux der Überwachungspflicht hat der Berliner **Universitätsprofessor Gregor Bachmann, Gutachter des 70. Deutschen Juristentages zum Thema „Reform der Organhaftung?“**, treffend formuliert:

"Da dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsführung obliegt, kann theoretisch jeder Fehler, der der Geschäftsleitung unterläuft, in einen Fehler des Aufsichtsrats umgemünzt werden, nach dem Motto: Wäre der Aufsichtsrat seiner Überwachungsverantwortung gerecht geworden, wäre es zu diesem Fehler gar nicht gekommen."

Pflichtlektüre: Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen.



II. Streitverkündungen und Interessenkollisionen

Die D&O-Schadenfallpraxis ist zunehmend dadurch geprägt, dass beklagte Vorstände den von der ARAG-Doktrin getriebenen Aufsichtsräten den Streit verkünden. Der D&O-Versicherer kann dann nicht gleichzeitig die widerstreitenden Interessen der beklagten Vorstände und der streitverkündeten Aufsichtsräte vertreten. Hier ist der Versicherer in einem natürlichen Interessenkonflikt verhaftet. Und die Lösung kann nur sein, dass man die Parteien und die Interessenvertreter trennt.

(Vgl.: Schäfer / Rückert, Interview im Director´s Channel, www.directorschannel.tv/do-versicherung_interessenkonflikt).



III. Ständige Rechtsprechung des für Versicherungsrecht zuständigen IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs:

Macht der Versicherer von seiner alleinigen Prozessführungsbefugnis Gebrauch, wenn auch unter dem Vorbehalt der Deckungsablehnung je nach dem Ausgang des Haftpflichtprozesses, hat er andererseits nach der Rechtsprechung des für Versicherungsrecht zuständigen IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs im Haftpflichtprozess die Interessen des Versicherten so zu wahren, wie das ein von diesem beauftragter Anwalt tun würde.

Vgl. BGH, Urteil v. 18.07.2001, r + s 2001, 499 (500); BGHZ 119, 276, 281.



Activist Shareholder: Neue Figur auf dem D&O-Schachbrett

Im Zuge der Finanzmarktkrise haben führende Corporate Governance Experten in den USA die Aufhebung der Personalunion von Chairman und CEO gefordert. In der Begründung wird dabei auch Bezug genommen auf die guten Erfahrungen Deutschlands mit dem Two-Tier Board System. Institutionelle Investoren und Aktivisten (Activist Shareholders) erzwingen den „Split Chairman/CEO“ in den USA im Rahmen von „Proxy Fights“ in den Hauptversammlungen mit zunehmendem Erfolg. Im Jahr 2012 haben bereits 44 % aller Unternehmen im S&P 500 getrennte Rollen von Chairman und CEO. Im Segment der NASDAQ 100 haben 62 % der Unternehmen die Trennung beider Rollen.

Der Trend könnte Auswirkungen auf die D&O-Versicherungspraxis in Deutschland haben. Aufgrund der aktienrechtlichen Kompetenzregeln ist die Hauptversammlung in Deutschland für die Gewährung eines separaten D&O-Schutzschirms für den Aufsichtsrat (Two-Tier Trigger Policy) zuständig. Hierbei haben institutionelle Investoren aus dem Ausland - insbesondere aus den USA - mitzuentcheiden.

Internationale Anleger halten fast 60 Prozent an den börsennotierten Unternehmen Deutschlands. Im Dax sind es sogar fast zwei Drittel. Der Anteil ausländischer Investoren an der Deutschen Börse AG ist mit 84 Prozent der höchste unter den Dax-Unternehmen. Dahinter folgen Linde (80 Prozent), Adidas und Münchener Rück (jeweils 74 Prozent) sowie Bayer (72 Prozent).



Die Activist Shareholder sind mit den Argumenten für eine separate Aufsichtsrats-D&O-Versicherung aus der amerikanischen Bewegung der Trennung der Rollen von Chairman und CEO vertraut. Auch dabei geht es allein um Fragen von Interessenkollisionen. Das gemeinsame Ziel beider Diskussionen ist der Split, also die Trennung.

SUPPORTING STATEMENT aus dem Proxy-Fight der Hauptversammlung 2013 bei JPMorgan Chase & Co.:

"JPM CEO James Dimon also serves as chair of the board of directors. We believe the combination of these two roles in a single person weakens a corporation's governance which can harm shareholder value. The separation of the two jobs goes to the heart of the conception of a corporation...Is a company a sandbox for the CEO, or is the CEO an employee? If he's an employee, he needs a boss, and that boss is the board. The chairman runs the board. How can the CEO be his own Boss? In our view, shareholder value is enhanced by an independent board chair who can provide a balance of power between the CEO and the board, and support strong board leadership. The primary duty of a board of directors is to oversee the management of a company on behalf of its shareholders. We believe that a CEO who also serves as chair operates under a conflict of interest that can result in excessive management influence on the board and weaken the board's oversight of management."

(Vgl. Fassbach, Activist Shareholder: The New Kid on the German D&O-Block, The D&O Diary vom 18. September 2014)



Der Aufsichtsrat als Jäger

Berichterstattung über den 70. Deutschen Juristentag:

Joachim Jahn, Manager in Existenzangst, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. September 2014:

"Die Münchner Rechtsanwältin Viola Sailer-Coceani warnte vor dem Trugschluss, noch immer gebe es bei Aufsichtsräten eine „Beißhemmung“, Vorstände zu verklagen. Die Prüfung und Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen seien vielmehr mittlerweile fast „tägliches Brot"."

ARAG-Doktrin des Bundesgerichtshofs (BGHZ 135, 244):

Der Aufsichtsrat hat auf Grund seiner Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren, die Pflicht, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht hat, muss er auf Grund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt. Gewissheit, dass die Schadensersatzklage zum Erfolg führen wird, kann nicht verlangt werden.



Stehen der Aktiengesellschaft nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadensersatzansprüche zu, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Anderen außerhalb des Unternehmenswohles liegenden, die Vorstandsmitglieder persönlich betreffende Gesichtspunkte, darf der Aufsichtsrat nur in Ausnahmefällen Raum geben.

Sanktionen:

Kommt der Aufsichtsrat seiner Verfolgungspflicht von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder nicht nach, so verletzt er seine Pflichten und kann selbst von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Daneben drohen dem Aufsichtsrat in solchen Fällen Strafanzeigen wegen Untreue.



Beißhemmung des Aufsichtsrats? Unabhängigkeit des Aufsichtsrats?

Prof. Dr. Dres. h.c. Theodor Baums, Managerhaftung und Verjährungsfrist, Frankfurt am Main 2010:

„Nun lässt sich zwar mutmaßen, dass ein Aufsichtsrat einer Publikumsgesellschaft, der, was die Anteilseignerseite betrifft, im Einvernehmen mit dem Vorstand ausgewählt worden sein mag, eine „Beißhemmung“ hat und Schadensersatzansprüche insbesondere dann nicht gegen den Vorstand durchsetzen wird, wenn ihm selbst Vorwürfe gemacht werden könnten oder gleichfalls betroffene Vorstandsmitglieder inzwischen selbst im Aufsichtsrat sitzen oder sogar den Aufsichtsratsvorsitz innehaben. Diese „Beißhemmung“ könnte in der Tat abnehmen, wenn seit der Pflichtverletzung und dem Eintritt eines Schadens eine geraume Zeit verstrichen ist, und das Personal in Vorstand und Aufsichtsrat inzwischen weitgehend ausgetauscht ist.“



Gefährdung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bereits im Rahmen der Anspruchsprüfung / der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs

Schlagzeile der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 12. Dezember 2012:

„Der Aufsichtsrat: Alles gefragt, nichts gewusst“

Zitat eines Aufsichtsratsvorsitzenden in DER SPIEGEL, Heft 51, 2012:

„Es gibt einige, die hinter dem Busch lauern und gucken, ob sie mir in die Wade schießen können“



Lausige Vergleiche

Die Eckdaten eines Vergleichs müssen im Rahmen des Vertretbaren liegen. Bei dieser sorgfältigen Abwägung geht es auch um die Vermeidung einer eigenen Haftung des Aufsichtsrats wegen Verschleuderung von Gesellschaftsvermögen oder Untreue. Wenn auch die Entscheidung, einen bestimmten Vergleich zu schließen, eine unternehmerische Entscheidung ist, so dass dem Aufsichtsrat grundsätzlich die Business Judgment Rule zugute kommt, darf die Gesellschaft im Rahmen eines Vergleichs doch keine beliebigen (willkürlichen) Zugeständnisse machen. Der Vergleich muss durch Gesichtspunkte des Unternehmensinteresses gerechtfertigt sein. Allerdings sind die Voraussetzungen der Business Judgment Rule oft nicht erfüllt, weil z.B. Aufsichtsratsmitglieder, die über einen Haftungsvergleich mit dem Vorstand zu befinden haben, sich häufig in einem Interessenkonflikt befinden werden. Denn die (angebliche) Pflichtverletzung des Vorstands wird nicht selten von einer Aufsichtspflichtverletzung des Aufsichtsrats begleitet sein, so dass der Vergleich nicht nur Interessen des Vorstands, sondern auch das Erledigungsinteresse des Aufsichtsrats betrifft.

(Vgl. Oliver Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, München 2014, § 19, RdNr. 39 unter Hinweis auf Dietz-Vellmer, Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft, NZG 2011, 248, 251.)



Effektuiierung des Aufsichtsrats / Litigation Committees

Das Problem der ARAG-Doktrin ist nicht ihre vermeintliche Strenge, sondern höchstens der Umstand, dass der Aufsichtsrat sie nicht konsequent genug anwendet. Es ist nach Wegen zu suchen, den Aufsichtsrat so zu gestalten, dass er seine Verfolgungsaufgabe ernst und unbefangen wahrnimmt. Der 2009 eingeschränkte Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat (§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG) und das verstärkte Unabhängigkeitspostulat (DCGK Ziff. 5.4.2) mögen das ihre dazu beigetragen haben. Zweckmäßig wäre darüber hinaus die Einrichtung eines mit unabhängigen und einschlägig versierten Mitgliedern besetzten Haftungs- oder Verfolgungsausschusses. Einer gesetzlichen Verpflichtung dazu bedarf es nicht, wenn sich dieser - wie in den USA (litigation committee) - von selbst etabliert.

(Vgl. Prof. Gregor Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, Reform der Organhaftung?, E 81, E 82).



BGH - Urteil vom 8. Juli 2014 - Az. II ZR 174/13

Das Vermögen der Gesellschaft steht wirtschaftlich nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu!

Wenn das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft durch eine Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat, muss die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen.

Die Einschaltung der Hauptversammlung entspricht auch dem Zweck der Regelung von § 93 Abs. 4 AktG, die dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre dient. Mit der Zahlung der Geldsanktion fügen die Aufsichtsräte der Gesellschaft bewusst einen Vermögensnachteil zu. Das Vermögen der Gesellschaft steht wirtschaftlich aber nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu, so dass diese berufen sind, eine solche Selbstschädigung zu beschließen, soweit der Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewahrt bleibt. Durch das Erfordernis einer Zustimmung der Hauptversammlung soll auch der Gefahr einer kollegialen Verschönerung des Vorstands oder einer Selbstenthaltung der Organe vorgebeugt werden (Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 161; Hopt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 354; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 278; MünchKomm AktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 252). Diese Gefahr besteht in besonderem Maße bei der Erleichterung einer stillschweigenden Beendigung von Straf- oder Ermittlungsverfahren für das Vorstandsmitglied durch die Übernahme einer verhängten Sanktion. Der Aufsichtsrat kann daran ein besonderes Interesse haben, um zu vermeiden, dass mit dem Bekanntwerden der dem Vorstand vorgeworfenen Pflichtverletzungen eine unzureichende Kontrolle durch den Aufsichtsrat aufgedeckt wird.



D&O-Schiedsgericht als Alternative zu den Mühlen der staatlichen Justiz

Haftungsfeststellungen durch die staatlichen Gerichte stellen wegen der damit verbundenen **Gerichtsöffentlichkeit** mitunter eine massive Belastung für die Betroffenen dar. Als Alternative hierzu hat Dieter Leuring neuerdings die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens für Organhaftungsfälle aufgezeigt. Haben die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen, wird das Verfahren hinter verschlossener Tür geführt. Hochwertige Policen ermöglichen ein Schiedsgerichtsverfahren und binden den Versicherer an den Schiedsspruch. Dabei sollte im Vorfeld ins Kalkül gezogen werden, dass Streitverkündungen im Schiedsverfahren grundsätzlich nicht möglich sind.

Pflichtlektüre: Rechtsanwalt Dr. Dieter Leuring, Organhaftung und Schiedsverfahren, NJW 2014, 657 ff.



Organhaftungsfälle im Schiedsverfahren

- ▶ Die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte kann durch ein Schiedsgericht verdrängt werden
- ▶ Voraussetzung: Entsprechende Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien
- ▶ Gestaltung einer entsprechenden Schiedsklausel ist anspruchsvoll; die üblichen bilateralen Klauseln genügen nicht
- ▶ Eckpunkte einer Schiedsklausel:
 - ▶ Gemeinsamer Schiedsvertrag zwischen allen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats
 - ▶ Ausdrückliche Erlaubnis einer Streitverkündung
 - ▶ Beitrittsrecht für den oder die D&O-Versicherer zwecks Nebenintervention
 - ▶ Schiedsrichterauswahl muss wohl auf einen unabhängigen Dritten übertragen werden



Der Vorstand in der Abwehr

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Pflichtlektüre: Prof. Dr. Andreas Cahn LL.M., Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WORKING PAPER SERIES NO. 141/2013 des INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt

Geniale Klageerwiderung: Vorstand schießt gegen Aufsichtsrat

„Diese Prozesstaktik beweist allerdings erneut, was schon der Klage auf die Stirn geschrieben stand: Es geht dem Aufsichtsrat der Klägerin, der diese Klage betreibt, nicht um die Sache, sondern nur darum, für einen Zusammenbruch der Kapitalmärkte, den niemand voraussehen konnte und den niemand zu vertreten hat, einen Sündenbock zu finden und seinen Aktionären sagen zu können, er habe alles versucht. Dass dies auf dem Rücken von Personen geschieht, die jahrelang loyal für die Klägerin gearbeitet haben, macht das Vorgehen des Aufsichtsrats der Klägerin zu einem besonders schäbigen Beispiel einer heute grassierenden „Cover Your Ass“-Mentalität, die glaubt, für alles einen Schuldigen finden und verfolgen zu müssen, auch wenn man es eigentlich besser weiß.“



Der Aufsichtsrat als Gejagter

Rechtsanwälte Dr. Thilo Fleck und Dr. Carsten Wettich, Düsseldorf:

„Nach unserer Wahrnehmung gerät der Aufsichtsrat zunehmend selbst in den Haftungsfokus, sei es aufgrund von Streitverkündung durch von der Gesellschaft verklagte Vorstandsmitglieder, aber auch allgemein durch Inanspruchnahme nach Eigentümerwechsel oder durch Insolvenzverwalter: Er wird damit vom Jäger zum Gejagten.“

Streitverkündung:

Die Anwälte der beklagten Vorstände raten zwecks Sicherung möglicher Regressansprüche zur Streitverkündung. Diese richtet sich nicht gegen den Aufsichtsrat als Kollektivorgan, sondern gegen einzelne Aufsichtsratsmitglieder. Die Streitverkündung ist zulässig, wenn der beklagte Vorstand (Streitverkünder) für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits glaubt, einen Anspruch auf Schadloshaltung (Regress) gegen ein oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin (Gesellschaft) erheben zu können (§ 72 ZPO). Der Streitverkündungsschriftsatz muss den Grund der Streitverkündung beinhalten und ist dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied (Streitverkündeter) zuzustellen (§ 73 ZPO).



Streitverkündungsschriftsatz:

„In dem Rechtsstreit verkünden wir hiermit namens und im Auftrag des Beklagten (Vorstand) dem Aufsichtsratsvorsitzenden - Streitverkündeter - den Streit, verbunden mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beizutreten....Die Klägerin (Gesellschaft vertreten durch den Aufsichtsrat) macht - zu Unrecht - geltend, dass die streitigen Entscheidungen des Vorstands pflichtwidrig waren und zu einem Schaden bei der Klägerin geführt haben. Der Aufsichtsrat, insbesondere der Streitverkündete (Aufsichtsratsvorsitzender), war im Detail über Hintergründe und Motivation der getroffenen Entscheidungen im Bilde und hat diese mitgetragen und befürwortet. Sollte die Klägerin mit ihrer Klage - wider Erwarten - gegenüber dem Beklagten durchdringen, so stünden dem Beklagten im Innenverhältnis Regressansprüche gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Klägerin zu. Solche Regressansprüche kämen aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 AktG, 426 BGB in Betracht. Zur Sicherung dieser möglichen Ansprüche ist deshalb eine Streitverkündung erforderlich.“



Regressansprüche des Vorstands gegen den Aufsichtsrat

Der Regressanspruch des Vorstandes bei gleichzeitiger Pflichtverletzung des Aufsichtsrates erfolgt im Innenverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nach dem zivilrechtlichen Gesamtschuldnerausgleich gemäß § 426 Abs. 1 BGB.

Der Vorstand hat ein Interesse an der Sicherung von Regressansprüchen durch Streitverkündungen insbesondere dann, wenn die Versicherungssumme nicht ausreicht.

Der Anwalt des streitverkündeten Aufsichtsratsmitglieds muss ein Regressgutachten erstellen und dabei den zentralen Vorwurf der Mitverantwortung prüfen.

Der Streit dreht sich im Kern dann immer um die Frage, ob der Vorstand den Aufsichtsrat ausreichend / vollumfänglich informiert hat (Argumentation des Vorstands) oder aber, ob der Aufsichtsrat nicht (ausreichend) informiert wurde, womöglich sogar hinters Licht geführt wurde (Argumentation des Aufsichtsrats).



Regressgefahr!

Welchen Inhalt hat die Allgemeine Überwachungspflicht ?

Zwei Facetten:



Präventive Funktion

Repressive Funktion



I

Präventive Funktion der Überwachungspflicht



**Grundsatzurteil des BGH v. 25.03.1991
sechs Jahre vor (!) ARAG Garmenbeck
(BGHZ 117, 127 ff)**

Die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen, enthält die Pflicht, den Vorstand in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung zu beraten.



Präventivcharakter der
Überwachungspflicht.
Nach BGH sehr weit !



BGH Urt. v. 25.03.1991 (BGHZ 117, 127 ff)

Diese Kontrolle (...) muß die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung einbeziehen.

Eine so verstandene Kontrolle kann wirksam nur durch ständige Diskussion mit dem Vorstand und insofern durch dessen laufende Beratung ausgeübt werden; die Beratung ist deshalb das vorrangige Mittel der in die Zukunft gerichteten Kontrolle des Vorstands.



Der Zustimmungsvorbehalt als besonderes Instrument vorbeugender Überwachung

Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat (...) zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen.

Folge des Zustimmungsvorbehaltes:

AR kann den ungebundenen Bereich des Vorstandes einengen.



Wenn ein Zustimmungsvorbehalt besteht, dann darf der Vorstand **nicht** ohne Zustimmung des Aufsichtsrates handeln. Es besteht dann kein Ermessen, denn:

ARAG Garmenbeck
(BGHZ 135, 244)

*(Nur) bei **Einhaltung von Gesetz, Satzung und Organbeschlüssen** (ist) dem Geschäftsführer (...) bei seinen Entscheidungen ein weites Ermessen zuzubilligen*



**Die Pflicht des Aufsichtsrates zu der Etablierung von
Zustimmungsvorbehalten
BGH Urteil v. 15.11.1993
(BGHZ 124, 111)**

Den Beschluss über die Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes (...) fasst der Aufsichtsrat grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen. Dieses Ermessen kann sich zu einer Pflicht verdichten, wenn eine gesetzeswidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes nur durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.



Was bedeutet nun der Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat?



**BGH Urt. v. 11.12.2006
(ZIP 2007, 224 ff)**

Der (...) Aufsichtsrat (...) verletzt seine (...) organschaftlichen Pflichten (...) dann, wenn er **ohne gebotene Information** und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt.



Was bedeutet gebotene Information?



BGH Urt. v. 14.07.2008 (BB 2008, 2370)

Eine Haftungsprivilegierung eines Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen des ihm zustehenden unternehmerischen Ermessens setzt voraus, dass das unternehmerische Handeln auf einer **sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen** beruht; das erfordert, dass er in der konkreten Entscheidungssituation **alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art** ausschöpft und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt und den erkennbaren Risiken Rechnung trägt.



Zusammenfassung der präventiven Pflichten des Aufsichtsrates



- ▶ AR schuldet laufende Beratung/ständige Diskussionen (BGH stellt strenge Anforderungen)
- ▶ Zustimmungsvorbehalte als besonderes Instrument vorbeugender Überwachung
- ▶ Gegebenenfalls: Pflicht zur Einführung eines Ad Hoc Zustimmungsvorbehaltes
- ▶ Pflicht des Aufsichtsrates zu gebotener Information vor Erteilung der Zustimmung (kein blindes „Abnicken“)
- ▶ Informationspflicht des Aufsichtsrates korreliert mit Pflicht des Vorstandes zur sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlage



HENDRICKS & CO GMBH
D&O Insurance Brokers

Folge für das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat



These:

- ▶ In der Praxis ist es selten, dass bei einer Pflichtverletzung des Vorstandes nicht gleichzeitig auch eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates wegen Verletzung der präventiven Kontrolle gegeben ist.
- ▶ Wo eine Pflichtverletzung des Vorstandes besteht, ist häufig auch eine eigenständige Pflichtverletzung des Aufsichtsrates gegeben.



II

Repressive Funktion der Überwachungstätigkeit



BGH Urt. v. 21.04.1997
ARAG Garmenbeck
BGHZ 135, 244

Die Entscheidung über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder ist Teil seiner nachträglichen Überwachungstätigkeit, (...)

Notwendigkeit der Wiederauffüllung des geschädigten Gesellschaftsvermögens führt zur Pflicht des Aufsichtsrates, Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen



Folge:

Häufig ist der Aufsichtsrat dazu verpflichtet, Ansprüche gegen ein Vorstandsmitglied in Zusammenhang mit Handlungen geltend zu machen, in denen gleichzeitig auch eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates gegeben sein kann (vgl. dazu These oben)



D&O-Versicherer: Aktive Haftungsabwehr und Sockelverteidigung

Nebenintervention: D&O-Versicherer tritt als Streithelfer auf Beklagtenseite dem Rechtsstreit bei.

- ▶ Der D&O-Versicherer trägt für alle beklagten Vorstände im Haftungsverfahren vor und koordiniert den darauf aufbauenden individuellen Vortrag der beklagten Vorstände.
- ▶ Der D&O-Versicherer hat einen eigenen anwaltlichen Berater für die Prüfung der Haftungssituation.
- ▶ Der D&O-Versicherer hat direkten Einfluss auf den Haftungsprozess (§ 67 ZPO) und erhält direkt alle Informationen aus dem Haftungsprozess.
- ▶ Direkter Einfluss des D&O-Versicherers auf die Qualität der Haftungsabwehr (trotz „freier“ Anwaltswahl der versicherten Personen).



Nebenintervention des D&O-Versicherers:

„Das rechtliche Interesse der Nebenintervenientin am Ausgang des Rechtsstreits gemäß § 66 Abs. 1 ZPO ergibt sich daraus, dass die Klägerin bei der Nebenintervenientin für das Jahr, in dem die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche erstmals erhoben wurden, eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) zugunsten der Beklagten unterhielt....Die Nebenintervenientin ist nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen verpflichtet, zugunsten der Beklagten als versicherte Personen unbegründete Haftpflichtansprüche abzuwehren und die versicherten Personen von begründeten Schadenersatzansprüchen freizustellen. Ein Urteil für oder gegen die Beklagten wirkt sich daher auch auf die Rechtsstellung der Nebenintervenientin aus.“



Begründung des Klageabweisungsantrags der Nebenintervenientin:

„Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten....Die Klägerin versucht nun mittels konstruierter und unberechtigter Vorwürfe, auch auf die nach dem Versicherungsvertrag vorgesehene Versicherungssumme zuzugreifen. Dabei ist es der Klägerin anscheinend gleichgültig, dass sie damit den Ruf jedes einzelnen Beklagten massiv schädigt.“



Der D&O-Versicherer zwischen den Fronten

Die Streitverkündung löst in der Unternehmens-D&O-Police, wo Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam versichert sind, den Versicherungsfall aus.

Die streitverkündeten Aufsichtsratsmitglieder müssen mit dem D&O-Versicherer die Anwaltswahl abstimmen und eine Deckungszusage für die Anwaltskosten (Regressgutachten) einholen; wobei genau dieser Versicherer sich zuvor im Wege der aktiven Haftungsabwehr als Streithelfer auf Beklagtenseite (Vorstand) betätigt hat, selbst einen Klageabweisungsantrag gestellt hat, und womöglich sogar die von einem Beklagtenvertreter ausgelöste Streitverkündung mitgetragen hat.

Der D&O-Versicherer kann bei Streitverkündungen nicht gleichzeitig die widerstreitenden Interessen der beklagten Vorstände und der streitverkündeten Aufsichtsräte vertreten.

Der Versicherer ist in einem natürlichen Interessenkonflikt verhaftet. Ganz offenkundig wird dies durch die Auskunftsrechte des Versicherers. Fordert er von den streitverkündeten Aufsichtsratsmitgliedern - unter Hinweis auf deren versicherungsvertraglichen Obliegenheiten - die Überlassung des Regressgutachtens, befürchten die Anwälte der Aufsichtsräte eine nahe an den Parteiverrat grenzende Vorgehensweise. Das vertrauliche Regressgutachten beleuchtet sowohl die belastenden als auch die entlastenden Momente hinsichtlich einer zu prüfenden Pflichtverletzung ihrer Mandanten. Wird das Regressgutachten dem Versicherer überlassen, so besteht zudem die Gefahr, dass dieses zur Verteidigung der Vorstände eingesetzt wird.



Stimmen aus Anwaltschaft und der Rechtswissenschaft zum Interessenkonflikt des D&O-Versicherers

Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Schäfer, Düsseldorf:

„Hier ist der Versicherer in einem natürlichen Interessenkonflikt verhaftet!“

Rechtsanwältin Dr. Susanne Rückert, Düsseldorf:

„Und die Lösung kann nur sein, dass man die Parteien und die Interessenvertreter trennt.“

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht, Freie Universität Berlin:

„Instruktiv zu den Gestaltungsmöglichkeiten Fassbach, Deckungskonzepte für eine Aufsichtsrats-D&O-Versicherung, Der Aufsichtsrat 2013, 26 ff.“



Rechtsanwalt Dr. Jürgen Johannes Witte, Düsseldorf:

„D&O-Versicherungsprogramme im Gleichklang mit d. dualistischen two-tier board System;
Saubere Trennung führt zur Abgrenzung der Deckungen mit unterschiedlichen Risikoträgern;
Stärkere Unabhängigkeit beider Mandate – Aufsichtsrat und Vorstand –;
Deckungslücken werden geschlossen;
Risikominderung;
Entstehen von Interessenkollisionen wird vermieden;
Vertrauensvolle Zusammenarbeit in jeder Lage;
Objektive und realitätsgerechte Beurteilung von Haftungsszenarien“



Sicht der betroffenen Vorstände

Postulat von Heinz-Joachim Neubürger:

„Daher muss es eine wirkliche Klageschwelle mit einem entsprechenden Klagerisiko für die Gesellschaft geben. Eine denkbare Klageschwelle könnte sein, dass das Unternehmen dem beklagten Organmitglied schadensersatzpflichtig wird, wenn es zu keiner Verurteilung z.B. wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit kommt. Dies würde vor allem Klagen zurückdrängen, bei denen es offensichtlich nur darum geht, an die Versicherungssumme zu kommen. Daher sollten auch die Versicherungen ein Interesse an einer diesbezüglichen Änderung haben und zur Bedingung für neue Policen machen.“

Vgl. Vortrag von Heinz-Joachim Neubürger, Organmitglieder brauchen ein persönliches Risikomanagement, 67. Deutscher Betriebswirtschaftler Tag 2013, Frankfurt 18. und 19.9.2013: (http://www.schmalenbach.org/images/stories/veranstaltungen/DBT_2013/Redemanuskript_NEUBÜRGER.pdf)

Traurige Rechtswirklichkeit:

Im Falle einer rechtskräftigen Klageabweisung (z.B.: Business Judgment Rule) - nach jahrelangem Prozessieren (womöglich ohne Einkommen) - bleibt den Betroffenen („saubere Weste“) in der Rechtswirklichkeit als theoretisch denkbare Anspruchsgrundlage nur die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung - durch Prozessführung - (§ 826 BGB). Diese kann einem nach der ARAG-Doktrin getriebenen Aufsichtsrat in der Praxis nicht nachgewiesen werden.



Sicht der Aktionäre

Aktionäre haben Interesse an der Wiederauffüllung des geschädigten Gesellschaftsvermögens.

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 Hauptversammlung entscheidet über den D&O-Versicherungsschutz für den Aufsichtsrat!

Schlusswort von Rechtsanwalt Dr. Niklas Rahlmeyer, Düsseldorf:

„Die Trennung der Deckungskonzepte leistet einen wertvollen Beitrag für eine gute Corporate Governance, weil damit die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung auch auf Ebene der D&O-Versicherung sichergestellt ist.“

Gute Corporate Governance = Two-Tier Board System & Two-Tier Trigger Policy !



Publikationen & Presseberichterstattung

Videobeitrag auf Director's Channel: Ungekürzte Fassung des Vortrags "Der Haftungsfall und dann?" von Michael Hendricks und Dr. Burkhard Fassbach beim 3. Frankfurter Aufsichtsratstag am 25.09.2014:

http://directorschannel.tv/directors_cut_der_haftungsfall_und_dann

Activist Shareholder: Neue Figur auf dem D&O-Schachbrett / Fassbach, Burkhard. - In: Der Aufsichtsrat. - Düsseldorf : Handelsblatt Fachmedien, Bd. 11 (2014), 10, S. 144-145

Die D&O-Versicherung in der Aufsichtsratspraxis / Fassbach, Burkhard. - In: BOARD Magazin, 4 / 2014, S. 156 ff.

(Full-Text English Translation of the article published in German BOARD magazine, issue 4/2014:

D&O (Directors and Officers) Liability Insurance in German Supervisory Board Practice)

Deckungskonzepte für eine Aufsichtsrats-D&O-Versicherung / Fassbach, Burkhard. - In: Der Aufsichtsrat. - Düsseldorf : Handelsblatt Fachmedien, Bd. 10 (2013), 2, S. 26-28



Die "D&O-Verschaffungsklausel" für Aufsichtsräte / Fassbach, Burkhard. - In: Der Aufsichtsrat. - Düsseldorf : Handelsblatt Fachmedien, Bd. 10 (2013), 10, S. 142-143

Die Vergleichsreihe des Aufsichtsrats im D&O-Schadenfall / Burkhard Fassbach und Thilo Fleck. – In: Der Aufsichtsrat. - Düsseldorf : Handelsblatt Fachmedien, Bd. 11 (2014), 3, S. 34-35

The German Two-Tier Corporate Board Structure and its Impact on D&O Insurance Cover / Michael Hendricks und Burkhard Fassbach. In: The D&O Diary, 2. Mai 2013:

www.dandodiary.com/2013/05/articles/international-d-o/guest-post-the-german-two-tier-corporate-board-structure-and-its-impact-on-do-insurance-cover

"Das neue Zauberwort für Top-Manager: Verschaffungsklausel für eine Managerhaftpflicht-Versicherung (D&O)" von Claudia Tödtmann im Management-Blog der Wirtschaftswoche vom 18. Dezember 2013: <http://blog.wiwo.de/management/2013/12/18/das-neue-zauberwort-fur-top-manager-verschaffungsklausel-fur-eine-managerhaftpflicht-versicherung-do/>



„**Die verlorene Ehre der Aufsichtsräte**“ von der Wirtschaftsjournalistin Claudia Tödtmann im Management Blog der Wirtschaftswoche vom 3. Juli 2013: <http://blog.wiwo.de/management/2013/07/03/die-verlorene-ehre-der-aufsichtsrate/>

„**Aufsichtsräte auf dem Schleudersitz**“ von Thomas Reisener in der Rheinischen Post vom 7. Juni 2013

„**Das Ende der Rotweinrunde**“ von der Wirtschaftsjournalistin Claudia Tödtmann in der Wirtschaftswoche vom 10. Juni 2013 (Heft Nr. 24)

Interessenkonflikt durch Streitverkündung / Beitrag von Prof. Dr. Frank Schäfer und Dr. Susanne Rückert im Director's Channel: Internet-TV für Aufsichtsräte: www.directorschannel.tv

Hendricks D&O-TV: Filmbeiträge zur „Two-Tier Trigger Policy“ für Aufsichtsräte mit Michael Hendricks, Rechtsanwalt Dr. Jürgen Johannes Witte (Hogan Lovells, Düsseldorf), Rechtsanwältin Dr. Susanne Rückert (FPS Rechtsanwälte, Düsseldorf) und Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Schäfer (Sernetz Schäfer, Düsseldorf): www.hendricks-gruppe.de/do-tv/do-tv/two-tier-trigger-policy/do-police-fuer-aufsichtsrate.html

Vortragspräsentation von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Johannes Witte (Hogan Lovells, Düsseldorf): **Two-Tier Trigger Policy - Spezifische Haftungsgefahren für Aufsichtsräte** – 15. EUROFORUM Jahrestagung Haftpflicht am 18. Januar 2013 in Hamburg



„Shareholder Activism“ in den USA :

The *Stanford* Rock Center for *Corporate Governance* hat eine Video-Serie zum Thema „Shareholder Activism“ ins Internet gestellt:

Teil 1: Activist Investing: Background, Impact and the Players

Teil 2: Non-contested situations in activism and behind-the-scenes influence

Teil 3: Contested Situations: Proxy Fights, PR wars and activist defense

<https://rockcenter.law.stanford.edu/videos/shareholder-activism/>

Harvard Law School Forum on *Corporate Governance* publiziert regelmäßig Beiträge zum Thema “Shareholder Activism”:

<http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/>

Getrieben wird die Bewegung an der *Harvard* Law School von Prof. Bebchuk. Hier dessen Schriftenverzeichnis:

<http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/published.shtml>

Grundlegende Schrift:

Bebchuk, Lucian A., **The Case for Increasing Shareholder Power**. *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 3, pp. 833-914, January 2005; *Harvard Law and Economics Discussion Paper* No. 500.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=387940>



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Dr. Burkhard Fassbach
Hendricks & CO GmbH Düsseldorf
Arnheimer Straße 142 - 40489 Düsseldorf
burkhard.fassbach@hendricks.eu.com

www.hendricks.eu.com

fon +49 (0)211 940 83 37

fax +49 (0)211 94083 83

Funkruf +49 (0)151 46 717 029

