

Haftpflicht international – Recht & Versicherung



D&O-Versicherung für das Innenverhältnis dargestellt an Ziffer 1.3 der AVB AVG des unverbindlichen GDV-Modells

von Rechtsanwalt Dr. Horst Ihlas und
Rechtsanwältin Dr. Katrin Stute, LL.M

Beilage zu PHi 4/2003

I Einführung			
1 Wachsendes D&O-Risiko			
2 Immer mehr alte und neue Klauseln bewirken Unübersichtlichkeit der D&O-Verträge			
3 Versicherungstechnische Ergebnisse der D&O-Sparte			
II Warum der Wunsch nach „Voller Innenverhältnisdeckung“ nur in Deutschland eine Hauptrolle spielt			
III Modifiziertes Innenverhältnis			
1 Das unverbindliche GDV-Modell			
2 „Back to Basics“: Die D&O ist eine Haftpflicht-Versicherung			
2.1 Haftpflicht-Versicherungen sind keine Eigenschadenversicherungen			
2.2 Kollusion, Gerichts- und Kündigungsklauseln			
2.2.1 Kollusionsgefahr, freundliche Inanspruchnahme, Manipulationsrisiko			
2.2.2 Unzulänglichkeit der Gerichtsklauseln			
2.2.3 Unzulänglichkeit der Kündigungsklauseln			
2.3 Unternehmerisches Risiko: Bilanzschutzfunktion der D&O?			
2.4 Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähen- theorie“ und nicht die D&O	2.5	Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles bei Ansprüchen unter Mitwirkung von versicherten Personen	bzw. Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin
	3	Einschluss von Ansprüchen, die ohne Weisung, Veranlassung oder Empfehlung (Mitwirkung) der versicherten Unternehmen oder versicherten Personen geltend gemacht werden	3.3.5 Versicherte Person als Vertreter der HV bei der Geltendmachung des Ersatzanspruchs? 3.3.6 Aufsichtsrat als gesetzlicher Vertreter der Versicherungsnehmerin gegenüber dem Vorstand bzw. Geschäftsführer 3.3.7 Versicherte Person als Sonderprüfer?
	3.1	Modifiziertes Innenverhältnis nach dem Modell des GDV	3.4 Tochterunternehmen 3.4.1 100%ige Tochterunternehmen 3.4.2 Repräsentantenhaftung 3.4.3 Tochterunternehmen mit außenstehenden Minderheitsgesellschaftern
	3.2	Grundsätzliches	4 Denkbare Deckungserweiterungen, die über die modifizierte Innenverhältnisdeckung des GDV hinausgehen
	3.2.1	Beispielfälle	4.1 Abwehrkosten
	3.2.2	Beweislast	4.2 Beschluss des Aufsichtsrats der Versicherungsnehmerin
	3.2.3	Underwriting „der Motivation“ unmöglich, daher Generalklausel	4.3 Insolvenzverwalter der Versicherungsnehmerin
	3.2.4	Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten	
	3.3	Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin	
	3.3.1	Mehrheitsvotum	
	3.3.2	Kein Ausschluss des Mehrheitsgesellschafters bzw. Hauptaktionärs	
	3.3.3	Aufsichtsräte des Hauptaktionärs bzw. Mehrheitsgesellschafters	
	3.3.4	Auskunftsrechte der Haupt-	
			IV Vorteile der modifizierten Innenverhältnisdeckung des GDV

D&O-Versicherung für das Innenverhältnis dargestellt an Ziffer 1.3 der AVB AVG des unverbindlichen GDV-Modells

Dr. Horst Ihlas und
Dr. Katrin Stute, LL.M.

Rechtsanwälte, Köln.

I Einführung

Der folgende Beitrag gibt die Auffassung der Autoren wieder, die in Deutschland noch als Minderheitsmeinung im Ausland als Mehrheitsmeinung gilt. Es geht im Kern um die modifizierte Innenverhältnisdeckung in Ziffer 1.3 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB AVG). Bei den AVB AVG handelt es sich um die unverbindlichen Empfehlungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) aus dem Jahr 1997. Sie sollen hier ausführlich erläutert werden. Die Meinung der Autoren muss nicht von den Mitgliedern der Arbeitsgruppe D&O des GDV geteilt werden. Mit diesem Beitrag wird erstmals eine ausführliche Erläuterung der Ziffer 1.3 AVB AVG geleistet. In Deutschland erscheint dies nötig. Im Ausland wird diese Regelung nicht hinterfragt sondern als Standard akzeptiert.

1 Wachsendes D&O-Risiko

Nach mehreren Jahren steigender Insolvenzzahlen, fallender Aktienkurse und der schon über ein Jahrzehnt andauernden gesellschaftsrechtlichen Dauerreform,¹ welche die Managerhaftung immer weiter verschärft, sowie vielen Unternehmenszusammenbrüchen und -skandalen mit Schäden in bisher unvorstellbaren Größenordnungen, erstaunt es nicht, dass sich zuletzt auch die deutsche D&O-Versicherungswirtschaft anschickt, die Prämien anzuheben und die Versicherungsbedingungen einzuschränken. Die Marktverhärtung begann mit Nachdruck in den USA im Jahr 2000 und dauert bis heute

an. 2001 war diese dann in England und anderen führenden europäischen D&O-Märkten feststellbar. Wie üblich hat der deutsche D&O-Markt in den Entwicklungen mit Verspätung dann letztlich 2002 nachgezogen. Es gilt als Dogma, dass die D&O-Versicherung in Deutschland „ganz anders“ sei als im europäischen Ausland und erst recht als in den USA. Zutreffend ist jedenfalls, dass sie stets mit einer erheblichen Verspätung das nachholt, was sich im Ausland bereits Jahre zuvor ereignet hat. Dies ist schon deshalb verwunderlich, weil die weltweite Rezession überall gleichzeitig spürbar war. Diese „Kunst der Langsamkeit“ ist auch erstaunlich, weil Deutschland im europäischen Vergleich als Wirtschaftsstandort einmalige Reputationsverluste zu verzeichnen hatte. Es könnte sein, dass der deutsche D&O-Versicherungsmarkt gar nicht so „besonders“ und einzigartig ist. Vielleicht funktioniert er einfach schlechter. Merkwürdig ist bspw., dass in deutschen Vorträgen und Artikeln zur D&O-Versicherung häufig die Skandale bei Enron und Worldcom bemüht werden, um Gründe für eine Marktverhärtung zu nennen. Dabei ist auch die jüngere deutsche Unternehmensgeschichte an spektakulären Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen nicht arm.

2 Immer mehr alte und neue Klauseln bewirken Unübersichtlichkeit der D&O-Verträge

Die D&O-Versicherungsbedingungen werden seit einigen Monaten mit einer zunehmenden Geschwindigkeit eingeschränkt. Je größer die Risiken und je höher die Deckungssummen, desto langwieriger ziehen sich die Erneuerungs-

verhandlungen hin, und desto mehr Klauseln verändern die ursprünglichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Führenden. Die Entwicklung der Deckungskonzeptionen ist dynamisch, uneinheitlich und wird mit progressiver Geschwindigkeit in Richtung Unübersichtlichkeit vorangetrieben. Fragwürdige Anpassungsklauseln, die dem führenden Versicherer das Recht geben sollen, höhere Prämien und restriktivere Versicherungskonditionen später beteiligter Versicherer zu einem einheitlichen und widerspruchsfreien Vertragswerk im Nachhinein zusammenfassen zu dürfen, sind ein gewichtiges Indiz für die Orientierungslosigkeit. Man will führen, weiß jedoch nicht genau wie. Es steht außer Frage, dass sich bei den Großrisiken der Markt mit zunehmender Geschwindigkeit verhärtet.

Die Restriktionen sind weitgehend aus älteren Klauseln zusammengesetzt, die in den Zeiten eines weichen D&O-Markts in den 90er-Jahren in Vergessenheit geraten waren und nunmehr eine Renaissance erleben. Hinzu kommen neue Klauseln mit sehr unterschiedlichem Ursprung und sehr weitgehenden Qualitätsunterschieden. Größere Verträge weisen durchschnittlich zwischen 15 und teilweise über 30 Abweichungen auf, die weitgehend eine Tendenz zu Deckungseinschränkungen zeigen.

So gibt es eine lange Liste von objektiv wirkenden Ausschlüssen und Restriktionen, die hier nur stichwortartig Erwähnung finden soll und kann. Ausgeschlossen werden Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Produkthaftungspflicht, Planungshaftpflicht, Vertragsstrafen, Bußen sowie Entschä-

digungen mit Strafcharakter (insbesondere die sog. punitive and exemplary damages), vertraglichen Haftungsverschärfungen, unlauterem Wettbewerb, Kreditgefährdung oder Geschäftsschädigung, unterlassenem, fehlerhaftem oder zu niedrigem Abschluss von Versicherungen, Überschreiten von Voranschlägen oder Krediten, Beleidigung oder übler Nachrede, Mergers & Acquisitions, feindlichen Übernahmen, Insider Trading, Mitarbeiterkriminalität, Vorteilsannahme, Bestechlichkeit, Mankohaftung, Insolvenz der Versicherungsnehmerin, Insolvenz von Tochterunternehmen, Insolvenz aller versicherter Unternehmen, konzerninternen Ansprüchen nach den §§ 309, 310, 317 und 318 AktG, konzerninternen Bereicherungsansprüchen, Asbest, Umwelthaftung oder Umwelteinwirkungen, Terror, Erbringung von Finanzdienstleistungen, Erbringung jeglicher Dienstleistung seitens der versicherten Unternehmen, Nachverhandlungen bezüglich einer Preiserhöhung („bump up“) oder Preissenkung („bump down“) bei Firmenübernahmen bzw. Firmenverkäufen.

Die Verträge und deren Erneuerungsverhandlungen werden damit für alle Beteiligten zunehmend so unübersichtlich, dass es nahe liegt, an eine Überarbeitung der zugrunde liegenden AVB zu denken. Der Ruf nach Grundwerten der D&O-Versicherung („Back to Basics“) wird laut. Allerdings besteht Konsens darüber, dass Disconsens darüber besteht, was diese „basics“ sind.

Vorweggenommen sei hier, dass die Antwort auf den Ruf „zurück zu den Grundlagen bzw. Back to Basics“ gerade darin liegt, dass es

.....

1 In Deutschland sind hier hervorzuheben das Finanzmarktförderungsgesetz (FMFG, 1990), das zweite FMFG von 1994, das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG, 1994), das dritte FMFG von 1998, das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz in Unternehmen (KonTraG, 1998), die neue Insolvenzordnung von 1999, das vierte FMFG (2002), der Verhaltenskodex der Corporate Governance Kommission (2001), das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG, 2002), die Entwürfe zum fünften FMFG (2003) und nunmehr der Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung des Anlegerschutzes und des Vertrauens in die Aktienmärkte vom 25.2.2003 (sog. 10-Punkte-Plan in Form eines weiteren Maßnahmenbündelgesetzes).

sich bei der D&O-Versicherung um eine Haftpflichtversicherung handelt. Mit anderen Worten geht es gerade darum, subjektiv herauszuarbeiten, wer der Dritte ist, der gegen die versicherten Personen Ansprüche geltend macht. Dies leistet die hier darzustellende Regelung in Ziffer 1.3 der AVB AVG des GDV. Fast alle aktuellen Ausschlüsse oder restriktiven Klauseln zielen hingegen auf rein objektiv benannte Gefahren ab. Setzt sich dieser Trend fort, wird es bald mehr als 50 objektive Ausschlüsse geben. Das Kernproblem, das subjektive Risiko in den D&O-Policen zu begrenzen, wird dadurch jedoch immer evidenter. Alle Beteiligten stellen sich nun immer dringender die Frage: „Was nun?“ Das Bedürfnis nach einer Antwort resultiert daraus, dass die Vertragskonzeptionen bald nicht mehr überschaubar und schon jetzt nicht mehr kommunizierbar sind. Handlungsbedarf besteht vor allem wegen der sich nun verschlechternden versicherungstechnischen Ergebnisse.

Wenn zukünftig der Trend zu objektiven Ausschlüssen anhält, kann es nur noch unübersichtlicher werden. Die Anzahl der Aktivitäten eines Konzerns ist so unüberschaubar, dass ein Konzept objektiver Risikoausschlüsse stets lückenhaft bleiben muss. So fehlt beispielsweise immer der objektive Risikoausschluss „unauthorized trading – UAT“ (Vollmachtsüberschreitung im Handelsbereich ohne persönliche Bereicherungsabsicht). „Insider Trading“ hingegen wird häufig ausgeschlossen. Logisch ist dies nicht, weil das UAT-Risiko um ein Vielfaches größer ist. Es ist vielmehr Gewohnheit der Underwriter. Denkbar wäre auch ein Kalkulationsirrtumsausschluss. Der Phantasie sind hier keine Grenzen gesetzt, wohl aber der Länge der Ausschlussstatbestände. Der UAT-Ausschluss und der Kalkulationsirrtumsausschluss sind noch marktunüblich. Wenn sich hingegen die objektive Ausschluss technik weiterhin verbreiten sollte, könnten künftig folgende weitere Ausschlüsse objektiver Natur auftauchen: Patente und sonstige Verletzungen von Immaterialgüterrechten, Subsidiarität zur Haftung von Wirt-

schaftsprüfungsgesellschaften bei eklatanten Unterlassungssünden im Bereich von Stichproben, Unterlassen von Vieraugenkontrollmechanismen bezüglich Vermögenswerten, die „x“-Prozent der Versicherungssumme überschreiten, Gewinnprognosen, Pensionskassen und -verpflichtungen.² Vorhersehbar sind zurzeit weder Anzahl noch Inhalt neuer objektiver Ausschlüsse.

3 Versicherungstechnische Ergebnisse der D&O-Sparte

Ein Sprichwort lautet: „Verluste hat man erst, wenn man sie realisiert“. Aufgrund des Spätschadenrisikos ist die D&O-Versicherungssparte hinsichtlich ihrer gegenwärtigen und zukünftigen Profitabilität sehr schwierig zu kalkulieren. Die D&O-Versicherung gilt heute eher noch als der Hoffnungsträger im Industriegeschäft. Wo winken sonst hohe Wachstumszahlen und (scheinbar) hohe Gewinne? Daher ist noch eher zuviel Optimismus als zuviel Pessimismus an der Tagesordnung.

Die AIG als weltgrößte Versicherungsgesellschaft verbuchte im vierten Quartal 2002 erstmals seit 1990 einen Verlust. Insgesamt wurden für Spätschadenreserven USD 3,2 Mrd. zusätzlich in die Rücklagen eingestellt. Andere Quellen zum gleichen Thema nennen eine Zahl von USD 1,8 Mrd. und scheinen hierbei Steuern und Rückversicherungen abgezogen zu haben. Neben Asbest, Enron, Worldcom und anderen Problemen wurde hierzu veröffentlicht, dass 25 % dieser USD 1,8 Mrd. netto Spätschadenreserveaufstockung auf die D&O-Sparte entfallen sollen.³ Die vorstehenden Zahlen beziehen sich auf die weltweite Rechnungslegung der AIG. Unbekannt ist, wie viel von dieser Summe auf Europa und insbesondere auf Deutschland entfällt. In einer Pressemitteilung der CHUBB Corporation mit Sitz in den USA vom 4. Februar 2003 zu den Ergebnissen des vierten Quartals 2002 wurde verlautbart, dass bezüglich der Tochtergesellschaft CHUBB Insurance Company of Europe S.A. eine Vorsteueraufstockung der Spät-

2 Es handelt sich hier um eine Spartenabgrenzung zur Fiduciary-Versicherung. Sie ist bisher in den USA und England sowie der Schweiz bekannt. Die immens großen Probleme der betrieblichen Altersversorgung lassen den D&O-Versicherern zukünftig wohl keine andere Wahl, als diesen Risikobereich auch außerhalb der USA (dort bekannt als „ERISA-Ausschluss“) in ihren AVB oder in ihren besonderen Bedingungen mit einem Ausschluss zu belegen.

3 Handelsblatt vom 14./15.2.2003, S. 23, „Rückstellung beschert AIG Verlust“.

schadenreserve für D&O- und E&O-Reserven in Höhe von USD 100 Mio. gesetzt wurde. Unbekannt ist, wie hoch davon der auf Deutschland entfallende Anteil ist. Von der Allianz⁴ wurde geäußert: „Wir haben in Deutschland eine – im internationalen Vergleich – überproportionale Schadenhäufigkeit bei D&O“.

II Warum der Wunsch nach „voller Innenverhältnisdeckung“ nur in Deutschland eine Hauptrolle spielt

Der im Vergleich zu den anderen hoch industrialisierten Nationen jüngste D&O-Versicherungsmarkt Deutschland erlebt eine Krise. Das ist merkwürdig, hätte man doch aus den Erfahrungen der älteren ausländischen D&O-Märkte seine Schlussfolgerungen ziehen können, bevor man sich im deutschen D&O-Markt mit seinen Versicherungsprodukten und seinem D&O-Marketing platziert.

Hier soll daher untersucht werden, warum der „Nachzügler-D&O-Markt-Deutschland“ schon nach acht Jahren vor so vielen grundsätzlichen Fragen nach Sinn und Zweck, Grenzen und Umsetzbarkeit der D&O-Versicherung steht.

Nahe gelegen hätte, dass der D&O-Markt Deutschland aus den Erfahrungen der anderen ausländischen D&O-Versicherungsmärkte gelernt hätte. Leider ist das Gegenteil der Fall, weil die deutsche Erst- und Rückversicherungswirtschaft sich bis 1995 einheitlich gegen die Einführung einer D&O-Versicherung für deutsche Manager ausgesprochen hatte, basierend auf der Desinformation, dass es nur sehr selten Managementhaftungsfälle geben würde. Wenn überhaupt, so wurde unzutreffend behauptet, dann würde es sich um Innenverhältnisansprüche handeln. Diese Argumentation wurde von 1986 bis 1996 gegen die beiden US-amerikanischen Versicherer vorgebracht, die bereits ab 1986 in Deutschland D&O-Versicherungen angeboten hatten.

Aufgrund des sprunghaften und explosiven Anstiegs der Anzahl der

Gerichtsurteile zur Organhaftung im Zeitraum 1976 bis 1995⁵ wurde der Druck auf die deutsche Erst- und Rückversicherungswirtschaft, nunmehr endlich auch D&O-Versicherungen anzubieten, 1995 zu stark. 1995 erschien die Zeit für den Einstieg in dieses Risikosegment noch gut. Es gab steigende Börsenindices, eine prosperierende Volkswirtschaft und wenige Insolvenzen. Auch nach 1995 stieg das Haftungsrisiko trotz dieser wirtschaftlich guten Rahmenbedingungen weiterhin signifikant an. Zu den Haftungsfällen im Innenverhältnis bei der Aktiengesellschaft⁶ und bei der GmbH⁷ ergehen immer mehr Gerichtsurteile.

Das Dilemma für alle Versicherer, die bis 1995 ein Haftungsrisiko für Organmitglieder negiert hatten, bestand nunmehr darin zu erklären, warum eine D&O-Versicherung in Deutschland jetzt notwendig wäre. Im Jahr 1996 versechsfachte sich die Zahl der D&O-Versicherer in Deutschland von zwei auf zwölf. Der Wettbewerbsdruck und die vorstehende Desinformation führten dazu, dass die D&O-Versicherung zum Opfer der eigenen Propaganda wurde. Undifferenziert wurde nunmehr die D&O-Versicherung von Einigen als „Innenverhältnisversicherung“ vertrieben. Wie unten⁸ ausführlicher dargestellt, entstand teilweise gar die unzutreffende und undifferenzierte Meinung, die D&O-Versicherung habe als Hauptaufgabe Bilanzschutz zu leisten.

Innenverhältnisansprüche gibt es natürlich auch in anderen europäischen Ländern und in den USA. Sie sind gesellschaftsrechtlich denknotwendig. Nicht alle Haftungsansprüche müssen bzw. können versichert werden. Lediglich in Deutschland ist hier vielfach im D&O-Markt die naive Erwartungshaltung anzutreffen, dass man alle Facetten von Innenverhältnisansprüchen umfassend versichern können müsse. Bei einigen Marktteilnehmern ist die Versicherung des Innenverhältnisses das Lieblingsthema. Dies gilt vor allem für den Vertrieb. Insofern nimmt Deutschland hinsichtlich der Erwartungshaltung im internationa-

4 Hagemann in VW 2003, S. 603.

5 Vgl. hierzu die sich auf den Zeitraum von 1886 bis 1995 erstreckende Untersuchung der Rechtsprechung zur Vermögensschadenhaftung von Organmitgliedern von Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 310 f. i.V.m. dem Rechtsprechungsverzeichnis, 396 - 431 m.w.N.

6 BGHZ, AG 2001, 46; BGHZ, AG 2002, 34; BGHZ, AG 1997, 377. BGHZ, AG 1997, 42; BGHZ, AG 1997, 372; OLG Saarbrücken, AG 2001, 483; OLG Köln, AG 2001, 363; OLG München, AG 2001, 197; OLG Hamburg, AG 2001, 141; OLG München, AG 2000, 426; OLG München, AG 1997, 57; OLG München, AG 1997, 575; OLG Düsseldorf, AG 1997, 231; OLG Düsseldorf, AG 1996, 373; OLG München, AG 1996, 327; OLG Frankfurt a.M. AG 2001, 534; LG Berlin, AG 2002, 682; 110; LG Verden, AG 2002, 109; LG München, AG 2002, 104; LG Dortmund, AG 2002, 97; LG Bonn, AG 2001, 484; LG Stuttgart, AG 2000, 237; LG Bielefeld, AG 2000, 136; AG Ingolstadt, AG 2002; s.a. Glöckner, AG 2001, 344 und Roschmann/Frey, AG 1996, 449.

7 BGHZ, GmbHR 2002, 1197; BGHZ, GmbHR 2002, 588; OLG Celle, GmbHR 2002, 976; OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 854; OLG Schleswig, GmbHR 2001, 97; OLG Oldenburg, GmbHR 2001, 865; OLG Hamburg, GmbHR 2001, 392; OLG Thüringen, GmbHR 2001, 243; OLG Köln, GmbHR 2001, 73; OLG Hamburg, GmbHR 2000, 1263; OLG Celle, GmbHR 2000, 1151; OLG München, GmbHR 2000, 732; OLG Düsseldorf, GmbHR 2000; OLG Saarbrücken, GmbHR 1999, 1295; OLG Koblenz, GmbHR 1999, 120; OLG Zweibrücken, GmbHR 1999; KG Berlin, GmbHR 1999, 663; KG Berlin, GmbHR 1999, 346; OLG Naumburg, GmbHR 1999, 344; OLG Naumburg, GmbHR 1998, 1180; OLG München, GmbHR 1997, 1103; OLG Düsseldorf, GmbHR 1996, 689; Lutter, GmbHR 2000, 301; Weber/Lohr, GmbHR 2000, 698; Rocco, GmbHR 2001, 806; Leibner, GmbHR 2002, 424; Amend/Walker, GmbHR 2001, 375; Gieseke, GmbHR 1996, 486.

8 Vgl. Abschnitt III.2.3 „Unternehmerisches Risiko: Bilanzschutzfunktion der D&O?“

len Vergleich eine Ausnahmestellung als D&O-Markt ein. Es ist an der Zeit, über die Grenzen der Versicherbarkeit von Innenverhältnisanprüchen nachzudenken.

III Modifiziertes Innenverhältnis

1 Das unverbindliche GDV-Modell

Die modifizierte Innenverhältnisdeckung ist nicht neu. Sie wurde bereits von 1990 bis 1996 und somit vor der Empfehlung durch den GDV im Jahr 1997 von drei Erstversicherern in Deutschland und der Schweiz verwendet. Die Markthärtung in den USA Mitte der 80er-Jahre brachte die Idee eines subjektiven Ausschlusses von Innenverhältnisanprüchen hervor (insured vs. insured exclusion).⁹ Der GDV hatte sich ebenfalls für das Konzept der „modifizierten Innenverhältnisdeckung“ entschieden. In den unverbindlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB AVG) – Musterbedingungen des GDV – von 1997 lautet die entsprechende Formulierung unter Ziffer 1.3 im Gegenstand der Versicherung:

„... sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde, gilt:

Versicherungsschutz für Schadenersatzansprüche der Versicherungsnehmerin oder einer ihrer Tochter- oder Konzerngesellschaften gegen versicherte Personen besteht nur unter der Voraussetzung, dass diese Ansprüche nicht auf Weisung, Veranlassung oder Empfehlung einer versicherten Person, einer Tochter- oder Konzerngesellschaft oder deren Organmitgliedern geltend gemacht werden. Eine Weisung, Veranlassung oder Empfehlung liegt nicht vor bei Erfüllung gesetzlicher oder satzungsgemäßer Berichts- und Informationspflichten.“

Mit der unverbindlichen Regelung der „modifizierten Innenverhältnisdeckung“ unter der Ziffer 1.3 AVB AVG des GDV wurde seitens der Arbeitsgruppe D&O des Haftpflichtausschusses des GDV klarge-

stellt, dass diese subjektive Regelung im Problemkreis der freundlichen Inanspruchnahme und der Versicherbarkeit des unternehmerischen Risikos eine gegenüber den unter Ziffer 5. aufgeführten objektiven Ausschlussatbeständen herausragende Bedeutung hat. Die Arbeitsgruppe des GDV wollte derartige Ansprüche gar nicht erst zum Gegenstand der Versicherung machen und hat daher die sog. eingeschränkte Innenanspruchsdeckung nicht in den Bereich der Ausschlüsse unter Ziffer 5., sondern in den Bereich des Gegenstands der Versicherung unter Ziffer 1.3 aufgenommen.

Diese vertragliche Konzeption basiert auf der grundsätzlichen Überlegung, dass in einer D&O-Versicherung die wesentlichen Ausschlüsse subjektiver Natur sein müssen. Es geht darum zu klären, wessen Ansprüche gegen wen man versichern kann. Eine auf objektiv benannte Gefahren ausgerichtete Ausschluss technik¹⁰ ist uferlos und dem innerhalb einer Konzernstruktur bestehenden Risikogeflecht inadäquat.

Die modifizierte Innenverhältnisdeckung gem. Ziffer 1.3 des GDV-Modells fand nach 1997 in einer Zeit des „weichen“ Markts selten Verwendung. Ob sie heute und zukünftig in einer Zeit des „harten“ Markts Kernbestandteil von D&O-AVB werden, hängt davon ab, wie viel unternehmerisches Risiko die D&O-Versicherer ihren Versicherungsnehmern abnehmen wollen.

2 „Back to Basics“: D&O ist eine Haftpflicht-Versicherung

Bevor die Funktionsweise der modifizierten Innenverhältnisdeckung¹¹ näher erläutert wird, soll in diesem Kapitel noch einmal daran erinnert werden, welche Bedenken die Haftpflichtversicherung grundsätzlich gegen den Einschluss von Ansprüchen versicherter Personen und versicherter Unternehmen hat.

9 So zu der der modifizierten Innenverhältnisdeckung weitgehend ähnlichen „insured vs. insured exclusion“ in den USA Wollny, Die directors' and officers' liability insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung) – Vorbild für eine Aufsichtsratshaftpflicht-Versicherung in Deutschland?, (Diss.) Frankfurt a.M. 1993, 322 („abgekartete“); und Scheifele, Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika, (Diss.) Karlsruhe 1993, 215 („freundliche“).

10 Vgl. Abschnitt I. 2.

11 Vgl. Abschnitt III. 3.

2.1 Haftpflicht-Versicherungen sind keine Eigenschadenversicherungen

Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine sog. Versicherung für fremde Rechnung. Nach der Legaldefinition des § 74 Abs. 1 VVG schließt dabei der Versicherungsnehmer im eigenen Namen die Versicherung für die Person des Versicherten ab. Nicht dem Versicherungsnehmer, sondern der versicherten Person stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag zu (vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 VVG).

In den „AHB“¹² und den „AVB-Vermögen“¹³ werden jeweils in § 7 Abs. 2 bei Abschluss einer Versicherung für fremde Rechnung Ansprüche der Versicherungsnehmer gegen die versicherten Personen ausgeschlossen. Dass ein entsprechender Ausschluss auch in den beiden wichtigsten Haftpflicht-AVB Deutschlands enthalten ist, zeigt, dass es sich beim Innenverhältnisausschluss um einen Standardausschluss der Haftpflichtversicherung handelt.

Kennzeichnend für die Haftpflichtversicherung ist gem. § 149 VVG das Dreiecksverhältnis zwischen dem geschädigten Dritten, dem versicherten Schädiger und dem Versicherer. Bei der Versicherung für fremde Rechnung wird hieraus ein „Viereck“ mit der Besonderheit, dass die Rechte aus dem gem. § 74 Abs. 1 VVG von der Versicherungsnehmerin abgeschlossenen Vertrag nach § 75 Abs. 1 VVG nur dem Versicherten zustehen. Der Versicherungsschutz im Innenverhältnis zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Versicherten bedeutet, dass die Versicherungsnehmerin Begünstigte ist. Der Vertrag wird im Innenverhältnis theoretisch wieder zu einer Dreiecksbeziehung. Das subjektive Risiko stellt sich aber hier für den Versicherer viel schlechter dar als bei einer traditionellen Haftpflichtversicherung i.S.d. § 149 VVG. Dort besteht vor dem Versicherungsfall regelmäßig keine Beziehung zwischen dem Dritten und dem Versicherten. Im Innenverhältnis besteht hingegen vor dem Versicherungsfall eine sehr intensive

Vertrags- und Vertrauensbeziehung zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Versicherten. Im Vergleich zu diesem engen Verhältnis muss der Versicherer bei wirtschaftlicher Betrachtung als „Dritter“ angesehen werden. Mit anderen Worten liegt regelmäßig eine „unechte“ Eigenschadenversicherung vor. Eine „echte“ und damit wirtschaftlich unmögliche Eigenschadenversicherung würde z.B. im Fall einer D&O-Versicherung für den Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH vorliegen.¹⁴ Mit dem Wort „unecht“ wird bei einer juristischen Person der Unterschied zwischen dem Organ und dem Gesellschafter bezeichnet. De iure kann eine juristische Person nur durch ihre Organe handeln. De facto sind hingegen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Gesellschafter einer juristischen Person Dritte, die von deren Organmitgliedern geschädigt werden können. Die D&O-Versicherung der Ersatzansprüche einer Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder ist de iure eine Eigenschadenversicherung.¹⁵ Sie ist insoweit m.a.W. keine Haftpflichtversicherung.

2.2 Kollusion, Gerichts- und Kündigungsklauseln

2.2.1 Kollusionsgefahr, freundliche Inanspruchnahme, Manipulationsrisiko

Die Versicherungsnehmerin hat die Prämie entrichtet. Sie könnte daher geneigt sein, nun zusammen mit den Versicherten den Versicherer in Anspruch zu nehmen. Liegt bei der Versicherung für fremde Rechnung ein kollusives Zusammenwirken von Versicherungsnehmerin und Versicherten vor, wird der Versicherer im Schadenfall erhebliche Schwierigkeiten haben, ohne Hilfe des Versicherten irgendeine Abwehrmöglichkeit zu erkennen. Der Ausschluss der Innenverhältnisansprüche soll in der Haftpflichtversicherung der Gefahr der Kollusion begegnen.¹⁶ Neben der Kollusionsgefahr spricht man hier auch vom Manipulationsrisiko oder dem Risiko einer sog. freundlichen Inanspruchnahme.

-
- 12 Allgemeine Haftpflichtbedingungen.
 - 13 Allgemeine Versicherungsbedingungen Vermögen.
 - 14 Derartige „echte“ Eigenschäden werden vom Versicherungsschutz z.B. in Ziff. 4.2 AVB AVG ausgeschlossen; hierzu Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 298.
 - 15 Küpper, VP 1986, 196, 198; vgl. gds. zur Eigenschadenversicherung Voit in Prölss/Martin, AVB Vermögen, Anm. 3.
 - 16 Späte, Haftpflichtversicherung, § 7 AHB Anm. 10. Die Versicherungswirtschaft hat grds. unabhängig vom jeweiligen Versicherungszweig keinen genauen Überblick über die durch Versicherungsbetrug verursachten Schäden. Der Gesamtbetrag wird auf DEM 8 Mrd. pro Jahr geschätzt. Ein Drittel der Bevölkerung hält Versicherungsbetrug für ein Kavaliersdelikt. Die Versicherungswirtschaft versucht zu verhindern, „dass die Ehrlichen die Dummen sind“. „Betrug zum Nachteil der Versicherungen ist kein Kavaliersdelikt“, FAZ vom 22.3.1995, S. 18.

Die Gefahr eines Missbrauchs der D&O-Versicherung im Innenverhältnis wird auch in Deutschland als hoch angesehen.¹⁷ Bei der Haftung von Organmitgliedern wird diese Gefahr durch die Beweislastumkehr erheblich vergrößert.¹⁸ Bei vielen Schadenersatzansprüchen der juristischen Personen gegen ihre Organmitglieder findet eine Beweislastumkehr statt. Die versicherte Person muss dann beweisen, dass sie nicht gegen Pflichten verstoßen hat. Diese Beweisführung kann ohne ihre Mitwirkung im Fall einer Kollusion kaum gelingen.

Zaghafte Versuche der Underwriter, der Kollusionsgefahr zu begegnen, stellen die „Kündigungsklausel“¹⁹ und die „Gerichtsklausel“²⁰ dar, die in den beiden folgenden Abschnitten dargestellt werden.

Als Alternative zur modifizierten Innenverhältnisdeckung gem. Ziffer 1.3 AVB AVG hatte die D&O-Arbeitsgruppe des GDV die Kündigungs- bzw. Trennungs- sowie die Gerichts- bzw. Öffentlichkeitsklausel diskutiert. Obwohl erkannt wurde, dass die modifizierte Innenverhältnisdeckung i.S.v. Ziffer 1.3 AVB AVG des GDV für den Vertrieb ohne weitere Erläuterungen nicht einfach zu vermitteln sein würde, wurde sie dennoch den einfacher zu erläuternden Kündigungs-/Trennungs- und Gerichts-/Öffentlichkeitsklauseln mehrheitlich vorgezogen. Denn die modifizierte Innenverhältnisdeckung i.S.v. Ziffer 1.3 AVB AVG des GDV begrenzt das schwerwiegende unternehmerische Risiko,²¹ das nicht versicherbar ist. Die Trennungs- bzw. Kündigungsklauseln und die Gerichts- bzw. Öffentlichkeitsklauseln hingegen behandeln primär lediglich das kleinere Problem des Manipulations- bzw. Kollusionsrisikos. Und sie tun dies unzulänglich.

2.2.2 Unzulänglichkeit der Gerichtsklauseln

Es gibt verschiedene Arten von Gerichtsklauseln. Sie werden auch als Öffentlichkeitsklausel bezeichnet. Sie beziehen sich stets auf Ansprüche im Innenverhältnis. Bei Ansprüchen von versicherten Unternehmen gegen versicherte Perso-

nen wird teilweise bereits die Leistung von Abwehrkosten an das Erfordernis einer gerichtlich anhängigen Klage geknüpft. Teilweise wird das Vorliegen eines Versicherungsfalles bei Innenverhältnisansprüchen erst dann bejaht, wenn eine Klage gerichtlich anhängig gemacht ist. Eine Anzeige von Umständen oder die vorgerichtliche Korrespondenz reichen als Versicherungsfall dann nicht aus. Fast alle Gerichtsklauseln knüpfen die Leistung von Schadenersatz an das Erfordernis einer rechtskräftig oder zumindest erstinstanzlich festgestellten Haftung. Die Dauerdiskussion um die Gerichtsklausel folgt dem Wunsch, das unternehmerische Risiko²² auf den Versicherer zu verlagern. Kürzlich äußerte ein Makler seine Meinung zur Gerichtsklausel dahingehend, dass sie zwar bei kleineren Unternehmen und Familiengesellschaften akzeptiert werden könne aber „... unzumutbar ist die Klausel allerdings insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften, die wegen negativer Publizität den Gang zum Gericht vermeiden müssen. Jahrelang haben die D&O-Versicherer ihre Policen mit dem Argument des Bilanzschutzes und der Vermeidung negativer Publizität verkauft“. Diese Aussage indiziert die Verkennung von fundamentalen Haftpflichtprinzipien, eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit einer D&O-Versicherung und eine Unkenntnis der differenzierten Kommunikation der Versicherer zum Thema „Bilanzschutz“. Das Gegenteil trifft zu. Außergerichtlich können kleinere Unternehmen mit kleineren Schäden sicherlich immer leichter in der Schadenregulierung behandelt werden als große börsennotierte Gesellschaften mit großen Schäden. Denn gerade bei großen Schäden türmen sich schnell die Akten zu Bergen und füllen mitunter ganze Zimmer. Hier schnell außergerichtlich eine vergleichsweise Einigung zur Vermeidung negativer Publizität herbeiführen zu können, ist in der Praxis wohl äußerst selten möglich. Eine Haftpflichtpolice hat primär die Aufgabe, Haftpflichtansprüche abzuwehren. Die Zeit und die Komplexität der Sachverhalte stärken zwar die Abwehrmöglich-

17 Uwe H. Schneider/Ihlas, DB 1994, 1123, 1127; Mertens, Organhaftung, 155, 160; Küpper, VP 1986, 196, 198; Klinkhammer, VP 1988, 173, 174; Thevessen, VP 1989, 101, 105; Hübner, Managerhaftung, 45; Thümmel/Sparberg, DB 1995, 1013, 1018.

18 Uwe H. Schneider/Ihlas, DB 1994, 1123, 1127; Thümmel/Sparberg, DB 1995, 1013, 1018.

19 Vgl. hierzu Ihlas, a.a.O. (Fn. 5), 295.

20 Vgl. ebenda, 296.

21 Vgl. Abschnitt III. 2.3.

22 Vgl. hierzu den Abschnitt III.2.3 „Unternehmerisches Risiko: Bilanzschutzfunktion der D&O?“

keiten. Für eine schnelle außergerichtliche Einigung fehlt es aber zumeist bereits an der Antwort der Hauptfrage, zu welchem Betrag man sich vergleichen solle. Die Schwankungsbreite ist in diesem frühen Stadium meistens unüberbrückbar weit.

Die D&O-Underwriter bezwecken mit dieser Regelung, „freundliche Inanspruchnahmen“ im vorgegerichtlichen Stadium zu vermeiden und durch die Gerichtsöffentlichkeit eine Gefahr für die Reputation der versicherten Unternehmen bzw. der versicherten Personen zu erhöhen. Vor allem besteht die Hoffnung, dass bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Aufklärung des Sachverhalts und der Verteidigungsmöglichkeiten gründlicher vorangetrieben wird. Bei „freundlichen Inanspruchnahmen“ besteht außergerichtlich häufig die Situation, dass sowohl die Anspruchsteller als auch die Anspruchsgegner einvernehmlich behaupten, dass eine Haftung gegeben sei. Wenn dadurch die Verteidigungsmöglichkeiten vor der Aufnahme der gerichtlichen Streitigkeit scheinbar hoffnungslos scheinen, zeigt die Praxis, dass die Gefahr einer Manipulation des Gerichts dann zu einem „Einschlafen“ der „freundlichen Inanspruchnahme“ führt.

Tatsächlich sind aber auch hier unterschiedliche Lebenssachverhalte denkbar, welche die Gerichtsklausel im Nachhinein als unzureichend erscheinen lassen. Je höher der Schaden ist, desto unvermeidlicher wird eine gerichtliche Auseinandersetzung. Je komplexer der Sachverhalt ist, desto wahrscheinlicher wird eine gerichtliche Auseinandersetzung. In Deutschland obliegt nach dem Versicherungsvertragsgesetz die Pflicht zur Verteidigung dem Haftpflichtversicherer. Zudem ist ein Anerkenntnisverbot für die versicherten Personen vereinbart. Auch bei einer sehr schwachen Abwehrbereitschaft ist so für einen Versicherer ohne Vereinbarung einer Gerichtsklausel fast immer die Möglichkeit gegeben, eine „freundliche Inanspruchnahme“ gerichtlich anhängig zu machen.

Andererseits kann es bei Vereinbarung der Gerichtsklausel durchaus auch vorkommen, dass der Haftpflichtversicherer keinerlei Interesse hat, eine solche Auseinandersetzung herbeizuführen, so z.B. bei schlechten Erfolgsaussichten für die Anspruchsabwehr oder günstigen Vergleichsangeboten. Eine Fallkonstellation, in der trotz Vereinbarung der Gerichtsklausel alle Parteien eine außergerichtliche Streitbeilegung befürworten, wird im Abschnitt „Unternehmerisches Risiko“²³ unter dem Stichwort „Verdampfung der Abwehrkosten“ dargestellt. Es handelt sich hier um den öffentlich bekannt gewordenen Fall bei der Philipp Holzmann AG, wo eine gerichtliche Auseinandersetzung deshalb vermieden wurde, weil hier bereits DEM 21,6 Mio. (ca. EUR 11 Mio.) Abwehraufwendungen zur Reduktion der Versicherungssumme geführt hätten. Durch die Vermeidung der gerichtlichen Auseinandersetzung konnte erreicht werden, dass hier unter Einsparung der Abwehraufwendungen DEM 38 Mio. (ca. EUR 19,4 Mio.) Schadenersatzsumme unter der D&O-Police geleistet werden konnten.

Auch hier zeigt sich, dass die im Vorhinein vereinbarte Gerichtsklausel lediglich grob den Interessenkonflikt umreißt, den der Versicherungsvertrag lösen muss. Eine Lösung, die dem Einzelfall gerecht wird, kann sich hingegen erst ex ante finden lassen, wenn man prüft, ob bei den Motiven, die den Parteien bei der beabsichtigten Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung zugrunde liegen, eine Mitwirkung anzunehmen ist.

Zudem sind nach allgemeinem Versicherungsvertragsrecht Standardregelungen vorhanden, die diese Problematik weitgehend lösen. Wenn sich das beklagte Organmitglied selbst anklagt, kann hierin eine Verletzung des Anerkenntnisverbots liegen. Will sich das beklagte Organmitglied nicht verteidigen, kann hierin eine Obliegenheitspflichtverletzung liegen. Beides führt zum Ausschluss der Deckung. Soweit diese Standard-Haftpflicht-Vertragsregelungen rei-

.....
23 Vgl. III.2.3.

chen, ist die Gerichtsklausel redundant.

Die mit der Gerichtsklausel intendierte Öffentlichkeitswirkung wird mit der modifizierten Innenverhältnisdeckung in einem angemesseneren Umfang erreicht. Denn danach entscheiden Gesellschafter bzw. Aktionäre der Versicherungsnehmerin als die informierte Öffentlichkeit über die haftungsrechtliche Inanspruchnahme von versicherten Personen.

2.2.3 Unzulänglichkeit der Kündigungsklauseln

Es gibt unterschiedliche Arten von und Bezeichnungen für Kündigungsklauseln. Sie werden auch als Trennungsklausel oder Klausel „Arbeitsrechtliche Konsequenzen“ bezeichnet. Letztere Bezeichnung meint wohl eher „Dienstvertragliche Konsequenzen“. Eine marktübliche Klausel „Arbeitsrechtliche Konsequenzen“ sieht z.B. wie folgt aus:

„Die Versicherung von Schadenersatzansprüchen der versicherten Unternehmen setzt voraus, dass die Organstellung der versicherten Person aufgehoben ist. Weiterhin ist die rechtswirksame Beendigung des Arbeits-/Dienstverhältnisses erforderlich.“

Bezweckt wird regelmäßig, die Schadenersatzleistung seitens des Versicherers an die Beendigung des Dienstvertrags und die Aufhebung der Organstellung zu knüpfen. Es wird ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen somit vorausgesetzt, dass die Anspruchstellerin und somit ein versichertes Unternehmen bezüglich des Anspruchsgegers, einer für sie tätigen versicherten Person, sowohl hinsichtlich der Organstellung als auch hinsichtlich des Dienstvertrags, eine Aufhebung herbeiführt. Die Probleme in der Praxis liegen hier in der wirksamen Beendigung des Dienstvertrags. Es kommt nicht selten vor, dass die mit der Beendigung des Dienstverhältnisses verbundenen Vergütungs- und Altersversorgungsfragen mit den behaupteten Schadenersatzansprü-

chen im Innenverhältnis im Wege der Aufrechnung verknüpft werden. Daher wird in einigen Kündigungsklauseln das Erfordernis der rechtswirksamen Beendigung des Dienstvertrags fallen gelassen und vielmehr auf die tatsächliche Beendigung der Dienste abgestellt.

Unausgesprochen ist die naive Intention dieser im Vorhinein im D&O-Versicherungsvertrag vereinbarten Kündigungsklausel, dass sich wegen einer solchen Trennung die auf Schadenersatz in Anspruch genommene versicherte Person intensiv gegen den Schadenersatzanspruch verteidigen wird. Umgekehrt wird unterstellt, dass bei einem Verbleib im Unternehmen die Verteidigungsbereitschaft gering sein könnte.

Die Schwächen einer solchen Klausel liegen auf der Hand. Die möglichen Umgehungs Sachverhalte lassen sich nicht annähernd erfassen. Die Lebenswirklichkeit erlaubt hier viel zu viele Varianten, die im Vorhinein nicht im Underwriting geregelt werden können. Beispielsweise kann es sein, dass zwar die Organstellung aufgehoben wird, aber der Dienstvertrag fortläuft. Es kann sein, dass sowohl die Organstellung als auch der Dienstvertrag beendet werden, aber eine sehr günstige Aufhebungsvertragsvereinbarung hinsichtlich der noch zu zahlenden restlichen Gehälter und der Pensionsansprüche getroffen wird. Es kann sogar sein, dass diese restlichen Gehaltsansprüche und Pensionsansprüche erhöht werden. Denkbar wäre auch, dass in einer Beteiligungsgesellschaft der Versicherungsnehmerin ein neuer Arbeitsplatz geschaffen wird, dessen Vergütungspaket für die versicherte Person im Vergleich zum vorherigen Arbeitsverhältnis wesentlich günstiger ist. Gleiches könnte für den Ehegatten der versicherten Person denkbar sein. Die im Schadenfall gegebenen Möglichkeiten, die Intention und den Wortlaut der Kündigungsklausel zu unterlaufen, sind unendlich.

Es kommt natürlich auch auf die Höhe des Schadens an. Ab einer bestimmten Schadenhöhe ist für den auf Schadenersatz in Anspruch

genommenen Manager stets von einer „feindlichen Inanspruchnahme“ auszugehen. Wer auf EUR 100.000 Schadenersatz in Anspruch genommen wird, mag im Wege einer „freundlichen Inanspruchnahme“ noch auf Zusagen seines Arbeitgebers vertrauen. Bei EUR 100 Mio. Schadenersatz kann er nicht nur wegen der Komplexität der haftungs- und deckungsrechtlichen Fragen nicht darauf vertrauen, dass sein Arbeitgeber ihm im Vorhinein zusichert, dass er sich lediglich gegen den D&O-Versicherer wenden wird und letztlich keinerlei verbleibendes persönliches Haftungsrisiko für das auf Schadenersatz in Anspruch genommene Organmitglied verbleiben wird. Ob der Schaden nun klein oder groß ist, eines bleibt gleich problematisch: die Frage, inwieweit eine Enthaftung gesellschaftsrechtlich überhaupt zulässig ist.

Prüft man hingegen diese widersprüchlichen Fälle von Milde und Härte des Arbeitgebers im Nachhinein, kann sich hieraus ein gewichtiges Indiz für eine Mitwirkung ergeben.

Eine weitere Schwäche der Kündigungsklausel ist, dass sie keine Differenzierung hinsichtlich der Höhe des Haftungsbetrags vorsieht. Natürlich wird bei einer Geltendmachung eines Kleinstschadens die Klausel viel zu hart sein. Bei einem katastrophal hohen Schaden werden die Voraussetzungen dieser Klausel fast immer eingehalten werden. Wo aber dazwischen die Grenze liegt, ist im Vorhinein bei der Gestaltung der D&O-Policen nicht erkennbar. Daher werden bei der Vereinbarung der Kündigungsklausel keine Mindestschadenbeträge vereinbart. Auch hier zeigt sich, dass im Vorhinein eine vernünftige Regelung dieses Interessenkonflikts nicht möglich ist. Die Klausel ist daher allenfalls eine Absichtserklärung, die dann beim Eintritt eines konkreten Versicherungsfalles die Problematik oft unzutreffend regelt.

Abschließend lässt sich festhalten, dass erfahrungsgemäß die Gefahr einer „freundlichen Inanspruch-

nahme“ mit der Höhe des eingetretenen Vermögensschadens immer weiter abnimmt. Bei einer Schadenhöhe, die das Privatvermögen des in Anspruch genommenen Organmitglieds um ein Vielfaches übersteigt, ist die Auflösung des Dienstvertrags und der Gang zu den Gerichten eher die Regel als die Ausnahme.

2.3 Unternehmerisches Risiko: Bilanzschutzfunktion der D&O?

Sehr viel größer als das Manipulationsrisiko ist das ebenfalls im Innenverhältnis angesiedelte unternehmerische Risiko.²⁴ Vermögensschäden treten sehr häufig ein. Die Pflichtenkataloge der Organmitglieder werden immer länger, so dass sich für jeden Vermögensschaden ein passender Pflichtverstoß behaupten lässt, wenn im Licht der späteren Erkenntnisse ex post danach gesucht wird.²⁵ Die Generalabrechnungsfälle belegen, dass sich nicht nur ein, sondern viele Pflichtenverstöße finden lassen.²⁶

Bei den Generalabrechnungsfällen geht es um die Aufhebung des Dienstvertrags eines Spitzenmanagers mit einer signifikanten Restlaufzeit. Der Spitzenmanager begehrt dann beispielsweise zwei oder drei noch ausstehende Jahresgehälter sowie sonstige Vergünstigungen insbesondere aus Pensionszusagen. Der Grund für die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses ist die Verursachung eines oder mehrerer Vermögensschäden. In dieser Situation ist es häufig so, dass der Arbeitgeber nicht lediglich einen Innenverhältnisanspruch, sondern unter Umständen einige Dutzend schadenstiftende Sachverhalte vorträgt. Hierdurch soll die Vergleichsbereitschaft des nunmehr in Ungnade gefallenen Spitzenmanagers bei der Aufhebung des Dienstvertrags erhöht werden. Bei diesen Generalabrechnungsfällen geht es somit um eine Vielzahl von Vorwürfen gegen einen einzelnen Manager.

In den letzten Jahren haben mehrere klangvolle Unternehmenszusammenbrüche und größere Unternehmenskrisen einen neuen Typ von „Multi-Generalabrech-

24 So zuletzt Mertens, *Organhaftung*, 155, 160 mit seinem Hinweis auf die betriebs- und volkswirtschaftliche Unmöglichkeit einer Großschadensversicherung; vgl. hierzu Ihlas, a.a.O. (Fn. 5), 281 f.

25 Ambrosch/Reder berichten über die Feststellungen von Uwe H. Schneider und Dupichot, dass sich ein Fehlverhalten immer finden lasse, in Kreuzer, *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*, Diskussionsbericht, 209.

26 S. hierzu Ihlas, a.a.O. (Fn. 5), 230.

nungsfällen“ hervorgebracht. Nennen wir sie „Totalrevisionen“. Mit dem Auftreten des ersten dieser Totalrevisionsfälle begann das Ende der D&O-Innenverhältnisdeckung in Deutschland in der bisherigen Form, ob man es nun schon wahrhaben will oder noch nicht. Der Fall der Philipp Holzmann AG dürfte aus der Presse bekannt sein. Bei solchen „Totalrevisionen“ werden die D&O-Versicherer mit Dutzenden von Sachverhalten und Dutzenden von haftenden Managern konfrontiert. Wegen der dann regelmäßig bereits in zweistelliger Millionenhöhe zu erwartenden Abwehrkosten wird auf einen schnellen Vergleich hingearbeitet. Man will seitens der Versicherungsnehmerin eine sog. Verdampfung der unzureichenden Versicherungssumme durch Abwehrkosten vermeiden und gleich zur „Kasse“ bitten. So hatte man im bekannten Philipp Holzmann-Haftungsfall im Vorfeld des Vergleichs kalkuliert, dass die Abwehraufwendungen mit DEM 21,6 Mio. (ca. EUR 11 Mio.) bei drei Instanzen unverhältnismäßig hoch werden würden. Der Vergleich wurde später in Höhe eines Gesamtbetrags von DEM 38 Mio. (ca. EUR 19,4 Mio.) geschlossen. Die „Verdampfung“ der Versicherungssumme durch Abwehrkosten wurde so bereits in der ersten Instanz vergleichsweise gestoppt. Obwohl bei führenden D&O-Versicherern mittlerweile ein Verhältnis von einem Schadensachbearbeiter zu fünf Underwritern besteht, sind derartige „Totalrevisionen“ in den Schadenabteilungen nicht zu bewältigen. Auf der Seite der Versicherungsnehmerin sowie bei deren ehemaligen Managern tritt eine hohe zweistellige Zahl von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Staatsanwälten oder sonstigen Spezialisten auf. Die Fälle der Totalrevision sind der Beweis, dass es im Innenverhältnis nicht nur einen „Run auf das Limit“ gibt. Man sollte hier eher von einem Volkslauf sprechen.

Eine besondere Form der Schadenmeldung ist die sog. Bilanzfixmeldung. Dabei werden dem D&O-Versicherer zusammen mit der Anzeige des Versicherungsfalls Gutachten von Anwaltskanzleien über-

reicht. Darin wird sowohl die Haftungs- als auch die Deckungsfrage bejaht. Es handelt sich um Fälle, deren Beträge bilanzwirksam sind. Teilweise handelt es sich um Fälle, die zu einer Ad-hoc-Meldung führen müssten, wenn die Versicherungsnehmerin eine börsennotierte Aktiengesellschaft wäre. Der Zweck dieser „Bilanzfixmeldung“ ist, eben keine Ad-hoc-Meldung abgeben zu müssen und in der Bilanz eine Forderung gegen den D&O-Versicherer verzeichnen zu können. Damit wird verhindert, dass in der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung ein Verlust ausgewiesen werden muss. Bezweckt sein kann damit u.a. auch, die Stellung eines Insolvenzantrags vermeiden zu können. Mit den „Bilanzfixmeldungen“ hat sich die Vertriebspropaganda vom „Bilanzschutz“ ein Denkmal gesetzt. Für die Versicherer ist es ein „Mahnmal“. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann in dieser „Verbesserung“ des Geschäftsberichts und der verzögerten Information der Gesellschafter oder Aktionäre ein weiterer Haftungstatbestand liegen.

Grundsätzlich sei hier angemerkt, dass die meisten Versicherer mit dem Vertriebsargument „Bilanzschutzfunktion der D&O-Versicherung“ sehr verantwortungsvoll umgehen und darauf hinweisen, dass dies nur ein ungewollter Nebeneffekt der D&O-Versicherung sein kann.

Der Vertrieb sollte hier durch entsprechende Gesprächsnotizen und Bestätigungsschreiben sofort darauf hinweisen, dass eine D&O-Versicherung keine Bilanzschutzversicherung darstellt. Die Verkaufsunterlagen der meisten Versicherer sowie die Dokumentierung der Verkaufsgespräche seitens der Versicherer sind hier erfahrungsgemäß genau. Der mündlich und schriftlich seitens der D&O-Versicherer erteilte warnende Hinweis, dass eine D&O-Versicherung eine Haftpflicht- und keine Bilanzschutzversicherung ist, gehört zum täglichen Handwerk des D&O-Underwriters. Gleiches gilt für die entsprechende Dokumentation dieser warnenden Hinweise.

Grotesk ist die unverwütlische aber naive Erwartung, dass die D&O-Versicherung ein tragfähiges Auffangnetz für die Weltwirtschaftskrise sei. Kürzlich wurde in einer Wirtschaftszeitung unter der Überschrift „Nackt im Wind“ ein Makler mit der Behauptung zitiert „Wir steuern streng auf US-Verhältnisse zu. Am Ende wird es Manager geben, die keiner mehr versichert. Dann richten Versicherungssachbearbeiter über die Qualität und die Karriere der Manager.“

Der deutsche D&O-Versicherungsmarkt wurde in den letzten Jahren in Größenordnungen von EUR 150 bis 250 Mio. Prämienvolumen geschätzt. An den Börsen in den USA und Europa wurden seit März 2000 bis heute rund EUR bzw. USD 7 Bill. verloren. Das weltweite D&O-Prämienvolumen i.H.v. rund USD 3,5-6 Mrd. ist im Vergleich hierzu lediglich ein 2000-fach kleinerer Tropfen im Meer der Vermögensschäden. Das vorstehende Zitat ist nur ein Beispiel für den Irrglauben, dass die D&O-Police als Bilanzschutz einen Transfer des unternehmerischen Risikos von der Versicherungsnehmerin auf den D&O-Versicherer leisten könnte.

In den USA wurde berechnet, dass die Aktionäre bei bestehender Haftung für Schäden und D&O-Deckung nach Abzug der Kosten lediglich rund 3 % des Gesamtschadens ersetzt bekommen.

Durch den ständigen Kontakt mit dem Spitzenmanagement entsteht beim Makler und Underwriter eine Identifikation, die mitunter den Blick auf die Größenunterschiede vernebelt. Bescheidenheit für D&O-Versicherer und -Verkäufer ist hier Pflicht. Kein Wort kann die Abweichung vom fundamentalen Haftpflichtversicherungsprinzip der Unversicherbarkeit des unternehmerischen Risikos besser darstellen als das Wort „Bilanzschutz“. Ein Beispiel reicht aus, um die Absurdität der Argumentation zu belegen, dass eine D&O-Versicherung „Bilanzschutz“ leisten kann: AOL-Time Warner wies für 2002 einen Verlust in Höhe von USD 99 Mrd. aus.²⁷ Dies ist der größte Verlust, den ein nicht insolventes Unter-

nehmen weltweit bisher verkraften musste.

Als letztes Zitat sei hier ebenfalls eine aktuelle Aussage eines anderen Maklers wiedergegeben: „Denn zum einen ist die Existenz einer D&O-Versicherung z.B. für die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens (bei geringer Kapitalquote) unverzichtbar ...“ Nach dieser Ansicht soll also die D&O-Versicherung die Kreditwürdigkeit des Unternehmens verstärken. Auch dies ist eine realitätsferne Aufblähung der Bilanzschutzwirkung einer D&O-Police. Die Solvenz eines Unternehmens ist häufig eine Zeitfrage. Keinesfalls kann hier eine D&O-Police wegen der Langjährigkeit der Klärung der Haftungs- und Deckungsfragen einen Ersatz für kurzfristig fehlende Liquidität oder fehlende Kreditwürdigkeit bieten. Neben diesem zeitlichen Unterschied ist natürlich auch der Summenunterschied im Underwriting zu erwähnen. Unternehmen mit geringer Kreditwürdigkeit werden nur Versicherungssummen erhalten können, die einen geringen Teil ihrer Eigenkapitalmenge ausmachen.

Wenn im Vertrieb die Leistungsfähigkeit eines Versicherungsprodukts fehlerhaft dargestellt wird, müssen künftige Versicherungsprodukte auf die Einfügung entsprechender Belehrungen hin überdacht werden. Schulungen des Vertriebs reichen hier nicht mehr aus.

Eine solche Belehrung ist in der modifizierten Innenverhältnisdeckung der Ziffer 1.3 der AVB AVG des GDV enthalten. Die eingeschränkten Voraussetzungen, unter denen dort Innenverhältnisanprüche eingeschlossen werden, begrenzen den Transfer des unternehmerischen Risikos. Durch die Stellung in Ziffer 1 der Bedingungen wird diese Aussage hervorgehoben. Zugleich berücksichtigt und bestärkt Ziffer 1.3 AVB AVG des GDV dort, wo sie keinen Versicherungsschutz leistet, die Schutzfunktion der „Krähentheorie“.

.....
²⁷ Kort, Handelsblatt vom 31.1./1.2.2003, S. 11, „AOL-Time Warner: 99 Mrd. Miese“.

2.4 Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähentheorie“ und nicht die D&O

Schadenersatzansprüche, die auf Empfehlung, Weisung oder Veranlassung einer versicherten Person beruhen, werden durch das GDV-Modell nicht versichert. Hier findet die Praxis der gegenseitigen Rücksichtnahme der Organmitglieder eine vertragliche Bestätigung. Die versicherten Personen sollen sich möglichst weitgehend so verhalten, als ob keine Versicherung bestünde. Es versteht sich von selbst, dass gesellschaftsrechtliche Zielsetzungen einer möglichst weitgehenden Realisierung von Schadenersatzansprüchen mit versicherungsrechtlichen Zielsetzungen der Risikoverringerung nicht übereinstimmen. Schadenersatzansprüche, die auf der Mitwirkung versicherter Personen beruhen, nicht in den Versicherungsschutz einzuschließen, ist eine versicherungsvertragliche Bekräftigung und Inkarnation der gesellschaftsrechtlich gelebten „Krähentheorie“, die im Weiteren zu betrachten ist.

Dort, wo bei der Versicherungsnehmerin oder einem Tochterunternehmen ein Anspruch unter Mitwirkung versicherter Personen erhoben wird, spricht man vom sog. erweiterten Innenverhältnis. In diesem erweiterten Innenverhältnis wirkt ein anderer Faktor einer theoretisch häufig möglichen Anspruchserhebung massiv entgegen. Was in der Wissenschaft höflichst mit vielen Worten umschrieben wird,²⁸ soll hier in Anknüpfung an ein bekanntes Sprichwort („Eine Krähe hackt der anderen Krähe kein Auge aus“) als „Krähentheorie“ bezeichnet werden. Es handelt sich um ein allgemeines gruppenspezifisches Phänomen, das den Zusammenhalt und die Funktionsfähigkeit der Gruppe sichert. Ein Organmitglied wird Ersatzansprüche der Gesellschaft regelmäßig nicht verfolgen, wenn menschliche Beziehungen und/oder die Gefahr einer eigenen Haftung entgegenstehen.

Im erweiterten Innenverhältnis ist das Know-how über die Pflichten

und die eventuell haftungsbegründenden Sachverhalte um ein Vielfaches höher als im Außenverhältnis oder im modifizierten Innenverhältnis. Dort gelten allgemein das Informationsdefizit und das Kostenrisiko als die wichtigsten Hindernisse bei der Erhebung eines Ersatzanspruchs gegen Organmitglieder.²⁹ Im erweiterten Innenverhältnis bestehen diese Hindernisse nicht. Gemeint sind hiermit vor allem konzerninterne Gesellschaftsansprüche, die von versicherten Personen gegen versicherte Personen geltend gemacht werden. Grundsätzlich werden alle Organmitglieder der Holding und der Tochterunternehmen versichert. Auf der Ebene der Tochterunternehmen werden dann regelmäßig in deren Gesellschafter- bzw. Hauptversammlungen und Aufsichtsräten jeweils versicherte Personen zur Beschlussfassung über Ersatzansprüche gegen versicherte Personen befugt sein. Insbesondere ist hier das bei Großkonzernen vorherrschende Modell der sog. Doppelmandate zu nennen.³⁰ Der Vorstandsvorsitzende der Holding verfügt über einen Sitz in den Aufsichtsräten der wichtigsten Tochterunternehmen. Deren Vorstände sind andererseits im Vorstand der Holding vertreten.

Ein uneingeschränkter Versicherungsschutz im erweiterten Innenverhältnis basiert auf dem Vertrauen in die Fortsetzung dieser wechselseitigen Schonung, verändert aber zugleich die der „Krähentheorie“ zugrunde liegende Interessenkonstellation.³¹ Die im Fall eines Schadens bzw. Verlustes der Gesellschaft von deren Organmitgliedern vorzunehmende Abwägung zwischen dem privaten Interesse an einer friedlichen Koexistenz mit den Kollegen im Organ einerseits und dem Unternehmensinteresse andererseits entfällt. Nicht der Kollege, sondern die Versicherung kommt nun für den Schaden auf. Die Statik der Konfrontation der Organkollegen ist aufgehoben. Die „Krähen“ schließen sich zur Verwirklichung des jetzt nicht nur de iure, sondern auch de facto absoluten Unternehmensinteresses im Kreis um den D&O-Versicherer herum zusammen.

28 Vgl. die Umschreibungen dieser Theorie bei Hüffer, § 147 AktG, Rn. 1; Mertens, AG 1990, 49, 51, und Forstmoser, Verantwortlichkeit, Rn. N 1192, sowie die Ausführungen zur ratio legis des § 147 AktG in Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), in den Abschnitten „Hauptversammlung“, 102 und „Aktionär und Minderheit“, 104. Vgl. auch zu der mit den Schlagworten „Deutschland AG“ bzw. „Kartell des wechselseitigen Wohlverhaltens“ geführten Kritik m.w.N. Götz, AG 1995, 337, 344; Peltzer, WM 1981, 346, 348 („Bißsperre“); Trescher, DB 1995, 661 f., 662 („Bißgrenze“, „Blockade“).

29 So unter Bezug auf die Schweiz Forstmoser, Verantwortlichkeit, Rn. N 1191.

30 Vgl. hierzu Martens, ZHR 159 (1995), 567 f.

31 Unter Bezug auf die drei von Geck genannten Faktoren, die eine Haftung für Vermögensschäden fördern bzw. hemmen, ist dies der „Propensity-Factor“ (Propensity = Hang, Neigung) VW 1992, 118, 119. Die Neigung, Ersatzansprüche des Unternehmens geltend zu machen, ist im Regelfall äußerst gering, wenn keine nennenswerten Gesellschaftsanteile gehalten werden. Kollegialität und die Erwartung gegenseitiger Schonung wirken hier einer Verfolgung des Ersatzanspruchs entgegen. Ist hingegen über eine gegen einen Kollegen gerichtete Ersatzklage ohne persönliche Gefahr der Unternehmensgewinn zu steigern, realisiert sich dieser „Propensity-Factor“. Vgl. hierzu Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), den Abschnitt „Aktuelles Haftungsrisiko und Entwicklungstendenzen“, 310.

Würde nun eine dem vorbenannten gruppenspezifischen Prinzip widersprechende „asoziale“ Anspruchsverfolgung über die erweiterte Innenverhältnisversicherung mit der Ersatzleistung des Versicherers belohnt, wären dessen Reserven bald erschöpft. Für die Versicherung des erweiterten Innenverhältnisses und somit die Durchbrechung der „Krähentheorie“ müssten die Versicherungsprämien unbezahlbar hoch sein.³²

2.5 Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls bei Ansprüchen unter Mitwirkung von versicherten Personen

Die Versicherung von Ansprüchen im erweiterten Innenverhältnis ist auch unter einem weiteren gesetzlichen Aspekt bedenklich: Es geht um die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, die den Versicherer unter den Voraussetzungen der §§ 61 oder 152 VVG von seiner Leistungspflicht befreit. Während § 61 VVG als allgemeine Norm für die Schadenversicherung gilt, liegt es zunächst nahe, § 152 VVG als die spezielle Norm für die Haftpflichtversicherung heranzuziehen. Die D&O-Versicherung ist grundsätzlich eine Haftpflichtversicherung („Back to Basics“!).³³ Der hier wesentliche Unterschied zwischen beiden Normen ist aber, dass in der Haftpflichtversicherung die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls nur dann zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt, wenn sie „widerrechtlich“ war. Einem Dritten vorsätzlich zugefügte Schäden sind z.B. im Fall eines rechtfertigenden Notstands gem. §§ 228, 904 BGB oder der Selbsthilfe i.S.d. §§ 229 f. BGB weiterhin versichert.³⁴ Anders als bei der Haftpflichtversicherung, die nach § 149 VVG begriffsnotwendig das Dreieck zwischen dem Versicherungsnehmer, Dritten und Versicherer voraussetzt, liegt bei der D&O-Versicherung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder in der Form der Versicherung für fremde Rechnung gem. den §§ 74 f. VVG aber keine Haftpflichtversicherung, sondern eine unechte Eigenschadenversicherung vor.³⁵

Anwendung findet daher § 61 VVG. Danach ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung befreit, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeiführt. Das VVG definiert den Begriff des Versicherungsfalls nicht, vielmehr bleibt dessen Definition dem Vertragsrecht überlassen.³⁶ Der D&O-Versicherung liegt das Anspruchserhebungsprinzip zugrunde. Die Geltendmachung des Anspruchs ist der Versicherungsfall. Mit den Begriffen „Empfehlung, Weisung oder Veranlassung“ wird die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls i.S.d. § 61 VVG konkretisiert. § 61 VVG ist ein subjektiver Ausschluss, der das subjektive Risiko begrenzen und verhindern soll, namentlich dass das Bestehen von Versicherungsschutz die Herbeiführung von Schäden induziert („moral hazard“).³⁷ Das Verhalten der Organe der juristischen Person wird der Versicherungsnehmerin als ihr eigenes Verhalten zugerechnet.³⁸

Auch daher schließt die nachfolgend beschriebene modifizierte Innenverhältnisdeckung solche Innenverhältnisansprüche nicht ein, die unter Mitwirkung (m.a.W. Empfehlung, Weisung oder Veranlassung) von Versicherten geltend gemacht werden.

3 Einschluss von Ansprüchen, die ohne Weisung, Veranlassung oder Empfehlung (Mitwirkung) der versicherten Unternehmen oder versicherten Personen geltend gemacht werden

Im Folgenden soll das unverbindliche Modell des GDV bezüglich des Konzepts einer modifizierten Innenverhältnisdeckung erläutert werden.

3.1 Modifiziertes Innenverhältnis nach dem Modell des GDV

In den unverbindlichen Musterbedingungen AVB AVG des GDV von 1997 lautet die Formulierung der modifizierten Innenverhältnisdeckung im Gegenstand der Versicherung unter Ziffer 1.3:

32 So zur Prämienhöhe bei Einschluss des unternehmerischen Risikos Späte, § 1 AHB Rn. 85.

33 Vgl. Abschnitt III.2.

34 Voit in Pröls/Martin, § 152 VVG Anm. 2.

35 Hierzu Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 201.

36 Späte, AHB, § 1 Rn. 44; Voit in Pröls/Martin, § 149 VVG Anm. 2) A. a); Eichler, 33 f.

37 Pröls/Martin, § 61 VVG Anm. 1.

38 Ebenda, Anm. 2 m.w.N.

„sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde, gilt:

Versicherungsschutz für Schadenersatzansprüche der Versicherungsnehmerin oder einer ihrer Tochter- oder Konzerngesellschaften gegen versicherte Personen besteht nur unter der Voraussetzung, dass diese Ansprüche nicht auf Weisung, Veranlassung oder Empfehlung einer versicherten Person, einer Tochter- oder Konzerngesellschaft oder deren Organmitgliedern geltend gemacht werden. Eine Weisung, Veranlassung oder Empfehlung liegt nicht vor bei Erfüllung gesetzlicher oder satzungsgemäßer Berichts- und Informationspflichten.“

Für die Begriffe „Weisung, Veranlassung oder Empfehlung“ wird hier der Oberbegriff „Mitwirkung“ gewählt.

3.2 Grundsätzliches

Mit der vorstehenden Regelung wird ein auf einem Beschluss einer Mehrheit der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung oder ein auf einem erfolgreich durchgeführten Klageerzwingungsverfahren einer Minderheit beruhender Schadenersatzanspruch gegen die Organmitglieder der Versicherungsnehmerin versichert. Die Arbeitsgruppe D&O beim GDV wollte mit dieser Formulierung eine Grenze ziehen: „Bei einer Auslösung von außen besteht Deckung, bei einer Auslösung im Managementteam selber besteht keine Deckung“.³⁹ Unter „außen“ wird hier neben Dritten auch die Gesellschafter- bzw. Aktionärsversammlung der Versicherungsnehmerin verstanden, soweit die Beschlussfassung nicht auf einer Mitwirkung der versicherten Personen beruht. Wortlaut und Zweck dieser Regelung sind einfach und klar. In diesem Kapitel sollen die vielfältigen Konsequenzen dieser Regelung vor dem Hintergrund verschiedener Fallkonstellationen und Kategorien detaillierter dargestellt werden.

3.2.1 Beispielfälle

Hier seien kurz einige Beispielfälle genannt, wo nach Meinung der Autoren eine Weisung, Empfeh-

lung oder Veranlassung von versicherten Personen zum Ausschluss aus dem Versicherungsgegenstand wegen Mitwirkung führt. Bei den hier genannten kurzen und einfachen Beispielfällen ist zu unterstellen, dass diese Sachverhalte vom Versicherer bewiesen werden können. In dieser Unterstellung liegt das Hauptproblem für den Versicherer. Auf die Beweisproblematik bei einer Mitwirkung wird im nächsten Kapitel⁴⁰ und weiter unten⁴¹ ausführlicher eingegangen. Den Versicherern wird die Beweisführung in der Praxis häufig sehr schwer fallen.

Beispiel 1:

Der mit den Stimmen des Hauptaktionärs gewählte Aufsichtsratsvorsitzende⁴² erhält Kenntnis von einem Sachverhalt, der einen Schadenersatzanspruch gegen den Finanzvorstand rechtfertigt und erfolgreich erscheinen lässt. Er unterdrückt diese Thematik in den folgenden Aufsichtsratsitzungen, weil die Aufsichtsratsmitglieder versicherte Personen sind und er eine Mitwirkung i.S.d. Ziffer 1.3 AVB AVG des GDV-Modells vermeiden will. Er schreibt folgenden vertraulichen Brief an den Mehrheitsaktionär:

„Sehr geehrter Herr ...,
... empfehle ich Ihnen bezüglich des nachfolgend beschriebenen und dokumentierten haftungsbegründenden Fehlverhaltens des Finanzvorstands, das Thema „Beschlussfassung über die Schadenersatzgeltendmachung gegen den Finanzvorstand“ auf die Tagesordnung der nächsten Hauptversammlung setzen zu lassen. Dort können Sie dann mit der Mehrheit Ihrer Stimmrechte einen durch unsere D&O-Versicherung abgedeckten Ersatzanspruch gegen den Finanzvorstand beschließen. Es geht um den folgenden Sachverhalt ... Bitte nennen Sie nicht die Quelle Ihrer Informationen. ...
Mit freundlichen Grüßen ...
Anlagen.“

In diesem Verhalten des Aufsichtsratsvorsitzenden ist eine Mitwirkung in der Form der Empfehlung und Veranlassung zu sehen.

39 So die Formulierung aus einem Bericht der Arbeitsgruppe D&O des VDS vom 11.7.1996.

40 Vgl. III.3.2.2 „Beweislast“.

41 Vgl. III.3.2.4 „Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten“.

42 Zum Einschluss von Aufsichtsratsbeschlüssen in die D&O-Versicherung vgl. Abschnitt III. 4.2.

Beispiel 2:

Dem Aufsichtsratsvorsitzenden wird zugetragen, dass ein Tochterunternehmen durch den Ankauf eines konzernfremden Unternehmens ohne Durchführung einer due diligence einen zu hohen Kaufpreis entrichtet hat und eine Wertberichtigung in den Bilanzen des Tochterunternehmens zum Schaden der Versicherungsnehmerin durchführen musste. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Versicherungsnehmerin empfiehlt dem Vorstandsmitglied der Versicherungsnehmerin, welches 100 % der Stimmrechte der Versicherungsnehmerin in der Gesellschafterversammlung des Tochterunternehmens ausübt, den Geschäftsführer des Tochterunternehmens auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. Dieses Verhalten seitens des Aufsichtsratsvorsitzenden ist eine Empfehlung. Die Beschlussfassung des Vorstandsmitglieds der Versicherungsnehmerin in der Gesellschafterversammlung des Tochterunternehmens auf Schadenersatz gegen dessen Geschäftsführer ist eine Mitwirkung in Form der Veranlassung.

Beispiel 3:

Der für Finanzen zuständige Geschäftsführer erhält von einem Wirtschaftsprüfer vertrauliche schriftliche Informationen, die ein haftungsbegründendes Verhalten des für den Bereich Technik zuständigen Geschäftsführers belegen. Er leitet diese Informationen an einen befreundeten Journalisten weiter, um seinen Rivalen im Bereich Geschäftsführung Technik zu schädigen. Es kommt zu einem öffentlichen Skandal und einem in der nachfolgenden Gesellschafterversammlung beschlossenen Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer im Bereich Technik. Hierin wäre eine Mitwirkung i.S. der Veranlassung zu sehen.

Beispiel 4:

Einem Geschäftsführungsmitglied, das für den Bereich Einkauf zuständig war, wird von der Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin in einem Beschluss auf Geltendmachung von Schadenersatz seitens der GmbH vorgeworfen, ein bestimmtes Einkaufs-

projekt fahrlässig viel zu teuer durchgeführt zu haben. Der Geschäftsführer weiß, dass der Verkäufer zwischenzeitlich insolvent geworden ist und ihn zuvor erfolgreich getäuscht hatte. Der für den Bereich Einkauf zuständige Geschäftsführer vernichtet nunmehr die umfangreichen Dokumente, die seine sorgfältige Recherche hinsichtlich der günstigsten Einkaufsgelegenheit dokumentieren könnten. Der Schadenersatzanspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer Einkauf wird hierdurch rechtskräftig erfolgreich durchgesetzt. In diesem Verhalten liegt eine Mitwirkung i.S. der Veranlassung.

Derartige Beispielfälle ließen sich in vielfältigen Variationen weiter konstruieren. Unten werden weitere Indizien⁴³ dargestellt, die auf eine Mitwirkung versicherter Personen hindeuten können. Die Begriffe Weisung, Empfehlung oder Veranlassung von versicherten Personen bzw. Unternehmen sind klar und auch für einen Laien stets auf den konkreten Sachverhalt anwendbar. Unschön ausgedrückt handelt es sich bei dieser Art von Mitwirkung um eine Durchbrechung der oben dargestellten „Krähentheorie“.⁴⁴

3.2.2 Beweislast

Die Vertragsauslegung ist am Einzelfall orientiert und unter möglichst weitgehender Wahrung der Zwecke des § 61 VVG vorzunehmen. Die sich aus dem Aktiengesetz eventuell ergebenden Pflichten kann ein Versicherungsvertrag bzw. die Gemeinschaft der Versicherungsnehmer nur bis zur Grenze der Kollusion berücksichtigen. Bei der modifizierten Innenverhältnisdeckung geht es darüber hinaus um das ausschlussbewährte Merkmal der Mitwirkung. Dann kann dahinstehen, ob in dem die Mitwirkung begründenden Verhalten eine Obliegenheitsverletzung lag. Die Beweislast trägt der Versicherer.

Die Korrespondenz der vergangenen Jahre, welche an die Schadenabteilung der D&O-Versicherer gerichtet war, hat sich sehr schnell

43 Vgl. Abschnitt III.3.2.4.

44 Vgl. Abschnitt III.2.4.

qualitativ und quantitativ geändert. Anfänglich war sie von der überholten Vorstellung gezeichnet, dass ein Manager gar nicht haften kann. Heute geht die Korrespondenz dahin, Haftung und Deckung zu bejahen und Beweiserleichterungen zu erbitten.

Die Kernfrage bezüglich des Ausschlusses der Mitwirkung lautet, ob sich hier Organmitglieder verteidigen oder aber gegenseitig haften lassen wollen, um – zum Wohl der dahinter stehenden versicherten Unternehmen – den D&O-Versicherer in Anspruch zu nehmen. Letzteres ist eine Mitwirkung und nicht versichert. Auf die Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten können, wird unten⁴⁵ eingegangen.

3.2.3 Underwriting „der Motivation“ unmöglich, daher Generalklausel

Vor Abschluss des Versicherungsvertrags prüfen zu wollen, ob sich die versicherte Person später als haftungsbedrohtes Individuum verteidigen oder aber versuchen wird, zusammen mit anderen versicherten Personen das unternehmerische Risiko auf den D&O-Versicherer zu verlagern, ist unmöglich. Oben⁴⁶ wurden viele vor allem objektiv wirkende Risikobegrenzungen genannt, mit denen die Underwriter letztlich versuchen, im Voraus Motivationen zu erkennen. Trotz vieler objektiver Risikoausschlüsse ist es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unmöglich, ein Underwriting von Motivationen zu betreiben. Die D&O-Police ist hier mit ihren objektiven Gefahrenausschlüssen wie ein Gesetz. Es gilt der Satz: „Wer das Gesetz kennt, findet die Lücke“. Die Motivation der Mitwirkung ist, das unternehmerische Risiko auf den Versicherer zu verlagern. Diese Motivation wird bei noch so vielen objektiven Klauseln immer wieder die Lücken finden, mit denen Teilbereiche des unendlich großen unternehmerischen Risikos dann doch noch auf den D&O-Versicherer verlagert werden können.

Kernprobleme und insbesondere wegen der Gefahr der Verlagerung des unternehmerischen Risikos erscheint eine generalklauselartig formulierte Risikobegrenzung bzw. Beschreibung des Gegenstands der Versicherung geboten. Die Vielfalt der Lebenssachverhalte ist unendlich und konkrete Einzelfallausschlüsse können hier nicht abschließend alle Varianten im Vorhinein erfassen.

Bei Motivationen ist eher die Psychologie als die Betriebswirtschaft oder die Jurisprudenz gefragt. Das Underwriting von Motivationen kann erfolgreich nur im Nachhinein erfolgen. Zuständig ist dafür dann die Schadenabteilung, die anhand des konkreten Versicherungsfalles prüft, ob hier Indizien auf eine Mitwirkung hindeuten. Motivationen im Vorhinein im Zeitpunkt des D&O-Vertragsabschlusses oder der D&O-Vertragsverlängerung durch Klauseln regeln zu können, ist eine Sisyphusarbeit. Sie sieht zwar geschäftig und versicherungstechnisch künstlerisch aus, ist letztlich aber vor der Vielfalt der Lebenssachverhalte zum Scheitern verurteilt. Über besondere Bedingungen dieses Motivationsunderwriting vollständig zu leisten, ist die sprichwörtliche Suche nach der Stecknadel im Heuhaufen. Im Nachhinein in der Schadenabteilung zu prüfen, ob eine zum Deckungsausschluss führende Mitwirkung vorlag, ist hingegen einfacher. Die Versicherungsfälle und die ihnen zugrunde liegenden Rechtsstreitigkeiten laufen insbesondere schriftlich ab. Die Sachverhalte und Beteiligten stehen letztlich zumeist fest.

Auch wenn hier das Bedürfnis nach Vertragssicherheit verständlich ist, im Vorhinein konkrete Einzelfallausschlüsse zu haben, so würde es letztlich zu unüberschaubar langen Katalogen von Ausschlüssen führen. Bei einer generalklauselartigen Eingrenzung des Versicherungsgegenstands hingegen obliegt dem Versicherer die Beweislast für das Vorliegen der Mitwirkung. Die Gerichte werden hier sicherlich strenge Maßstäbe anlegen. Eine interessengerechte Lösung im Nachhinein ist so besser

Mit Blick auf die zuvor im Kapitel „Back to Basics“⁴⁷ dargestellten

45 Vgl. Abschnitt III.3.2.4.

46 Vgl. Abschnitt I.2.

47 Vgl. Abschnitt III.2.

erreichbar. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien in klaren Fällen einer Mitwirkung den Deckungsprozess nur ungern anstrengen werden.

Einfach ausgedrückt, versucht die Eingrenzung des Versicherungsgegenstands eine Grenze zwischen „guten“ und somit versicherbaren Versicherungsfällen und „schlechten“ und also nicht versicherbaren Sachverhalten zu ziehen. Die Kernaussage der deckungsbegrenzenden Generalklausel an die versicherten Personen lautet vereinfacht, sich so zu verhalten, als ob kein Versicherungsschutz bestehen würde. Die Generalklausel appelliert damit an die Einhaltung der „Krähentheorie“. Ob nun ein „schlechter“ Versicherungsfall vorliegt wird im Einzelfall anhand vieler Indizien abzuwägen und letztlich zu beweisen sein.

3.2.4 Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten

Die Beweislast für das Vorliegen einer Mitwirkung trägt der Versicherer. Die oben genannten „Beispielsfälle“⁴⁸ unterstellen, dass dem Versicherer die entsprechende Beweisführung gelungen ist.

In dem hier folgenden Kapitel geht es um Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten. Manchmal wird es ausreichen, dass ein Indiz vorliegt. Regelmäßig wird aber das Zusammentreffen mehrerer Indizien erforderlich sein, um das Vorliegen einer Mitwirkung beweisen zu können. Es kommt hier stets auf den Einzelfall an.

Einige der nachfolgend beschriebenen Indizien sind auch Themen von Besonderen Bedingungen. Es ist hier die Meinung der Autoren, dass einige dieser Besonderen Bedingungen, z.B. die Gerichts- oder Kündigungsklausel, viel zu statisch sind und die Vielfalt der denkbaren Lebenssachverhalte nur unzureichend abbilden. Daraus wird ersichtlich, dass hier die zutreffende vertragstechnische Lösung nur über eine generalklauselartige Formulierung möglich ist.

Die nachfolgende Liste der Indizien kann nicht abschließend sein. Die Reihenfolge, in der die Indizien Erwähnung finden, ist zufällig. Mit der Reihenfolge soll also keine Aussage über die Bedeutung dieser Indizien getroffen werden. Man sollte berücksichtigen, dass ein Indiz je nach konkretem Sachverhalt eine ganz andere Bedeutung haben kann.

Die Indizien werden hier nur mit Blick auf die Mitwirkung im Rahmen der modifizierten Innenverhältnisdeckung behandelt. Ob hier zugleich andere vertragliche oder gesetzliche Regelungen einschlägig sein könnten, z.B. Kenntnisabschluss, Obliegenheitsverletzungen im Versicherungsfall, Anzeigepflichten, Obliegenheitsverletzungen, Versicherungsbetrug oder das Anerkenntnisverbot, wird nicht thematisiert.

3.2.4.1 Information durch den Anspruchsgegner

Ein Hauptindiz für die Mitwirkung sind unternehmensinterne vertrauliche Dokumente, die zwischen versicherten Personen ausgetauscht wurden, von dort in die Hände der Gesellschafter bzw. Aktionäre der Versicherungsnehmerin gelangt sind und den Schadenersatzanspruch als Beweismittel stützen. Hat der Anspruchsgegner vorsätzlich die Informationen an die Anspruchsteller weitergeleitet, damit diese ihn erfolgreich auf Haftung in Anspruch nehmen können, liegt hierin ein klarer Fall von Mitwirkung. Sollte es unerklärlich bleiben, wie die Anspruchsteller in den Besitz der Informationen gelangt sind, wird dem Versicherer seine Beweisführung nicht gelingen. Lässt der Anspruchsgegner auf seinem Schreibtisch als streng vertraulich bezeichnete Unterlagen wochenlang während eines Urlaubs liegen und weiß er, dass in seiner Abwesenheit Gesellschafter-Organmitglieder als potentielle Anspruchsteller häufig Zugang zu seinem Büro haben und nimmt er weiterhin billigend in Kauf, dass diese so von dem Material Kenntnis nehmen können, wird hierin eine Mitwirkung zu sehen sein. Unschädlich ist, wenn die Aktionäre

.....
48 Vgl. Abschnitt III.3.2.1.

der Hauptversammlung vom haftungsbegründenden Verhalten aufgrund von Ad-hoc-Meldungen aus den Medien Kenntnis erhielten. Bezüglich der Frage, wie die Anspruchsteller in den Besitz der Beweismittel gekommen sind, sind unendlich viele Varianten denkbar.

3.2.4.2 „Kleinigkeiten“ in der Gesellschafterversammlung

Weiterhin gilt der Grundsatz, dass sich die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung nicht um Kleinigkeiten kümmert. Wenn hier nun die Beschlussfassung über die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs i.H.v. bspw. EUR 2 Mio. in der Tagesordnung der Hauptversammlung der Versicherungsnehmerin auftaucht, die eine Bilanzsumme im zweistelligen Milliardenbereich aufweist, ist dies ein Indiz für eine Mitwirkung.

3.2.4.3 Überspringen von Hierarchieebenen

Ein weiteres wesentliches Indiz ist das Überspringen konzerninterner Zustimmungsebenen bei der haftungsbegründenden Beschlussfassung bis hinein in die Tagesordnung der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung der Versicherungsnehmerin. Hat bspw. der für Finanzen zuständige Geschäftsführer eines Enkelunternehmens in haftungsbegründender Weise einen uneinbringlichen Kredit an einen Dritten gewährt, so wäre es ein Indiz für eine Mitwirkung, wenn weder in der Gesellschafterversammlung des Enkelunternehmens, noch in der Gesellschafterversammlung des dieses zu 100 % besitzenden Tochterunternehmens, noch in dem Aufsichtsrat der Versicherungsnehmerin eine haftungsbegründende Beschlussfassung erfolgt und das Thema vielmehr direkt in der Hauptversammlung der Versicherungsnehmerin unter dem Stichwort „Organisationsverschulden des Finanzvorstands der Versicherungsnehmerin“ zur Beschlussfassung anhängig gemacht wird.

3.2.4.4 Kleines Unternehmen

Je kleiner eine Gesellschaft ist, desto eher wird eine Mitwirkung in Betracht kommen. Dieses Indiz basiert auf der Unterstellung, dass hier wegen der geringeren Anzahl der Beteiligten und der größeren Nähe eine höhere Kollisionsgefahr vorliegt. Es ist ein schwächeres Indiz.

3.2.4.5 Wenig Gesellschafter

Je geringer die Anzahl der Gesellschafter bzw. Aktionäre ist, desto eher wird eine Mitwirkung in Betracht kommen können als vergleichsweise bei einer breit gestreuten Publikumsgesellschaft. Auch dies ist ein schwächeres Indiz.

3.2.4.6 Organ-Gesellschafter

Je mehr Organ-Gesellschafter bzw. Organ-Aktionäre vorhanden sind bzw. je höher deren Anteile am Gesellschaftsvermögen sind, desto eher kann es zu einer Mitwirkung kommen. Alleine für sich genommen dürfte dieses Indiz zu schwach sein.

3.2.4.7 Umgehung des Eigenschadenausschlusses

Ein Indiz ist gegeben, wenn zwar der Organ-Gesellschafter an der Verursachung beteiligt war, aber eine andere versicherte Person, die für ihren kleineren Anteil an der Verursachung lediglich gesamtschuldnerisch mithaftet und keine Gesellschaftsanteile hält, allein für den Schaden haftbar gemacht wird. Das Indiz wird verstärkt, wenn diese andere Person dann dem Gesellschafter-Organmitglied nicht den Streit verkündet.

Dieses Problem der Versicherbarkeit eines am Grundkapital der Aktiengesellschaft beteiligten Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds taucht häufiger auf, je kleiner die Aktiengesellschaft ist. Soweit ein solches Aktionär-Organmitglied der Aktiengesellschaft einen Schaden zufügt, ist der dem prozentualen Anteil am Grundkapital entsprechende Teil des Schadens ein sog. echter Eigenschaden. Echte

Eigenschäden gelten in der Haftpflichtversicherung als nicht versicherbar.⁴⁹ In den meisten Verträgen wird hier eine Besondere Bedingung „Eigenschadensabschluss“ vereinbart.

3.2.4.8 Testballon

Bei dem als „Testballonfall“ bezeichneten Indiz für das Vorliegen einer Mitwirkung liegt zunächst noch kein Schadenersatzanspruch vor. Es fehlt z.B. die gesellschaftsrechtlich notwendige Beschlussfassung. In der Praxis gibt es z.B. Fälle, in denen der amtierende gegen den ehemaligen Vorstand vorgeht oder die amtierende gegen die ehemalige Geschäftsführung. Die Legitimation für derartige Ansprüche liegt ausschließlich beim Aufsichtsrat bzw. bei der Gesellschafterversammlung. Dies geht sogar so weit, dass teilweise ein Organmitglied selbst vorträgt, für einen Schaden verantwortlich zu sein, und dieses potentiell haftende Organmitglied die Schadenabteilung persönlich befragt, ob Versicherungsschutz bestehe. Oft wird hier auch der Versicherungsmakler vorgeschoben. Es liegt dann weder ein Versicherungsfall noch eine vorsorgliche Anzeige von Umständen vor, sondern lediglich eine angeblich „rein theoretische Anfrage ohne tatsächlich vorhandenen Hintergrund“. Hier können sowohl die Versicherungsmakler als auch die D&O-Versicherer in eine erhebliche Interessenkollision geraten. Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung. Begünstigte sind die versicherten Personen. In diesen „Testballonfällen“ versuchen die versicherten Unternehmen über den D&O-Versicherer herauszufinden, wie man die Haftungs- und Deckungsfrage bei Innenverhältnisansprüchen optimal zum Wohle der versicherten Unternehmen beantworten kann. Die Vorgänge um einen „Testballon“, der später zu einem Versicherungsfall wird, können eine Mitwirkung indizieren.

3.2.4.9 Kündigung und sonstige Konsequenzen

In vielfältiger Weise können sich Indizien für das Vorliegen einer

Mitwirkung daraus ergeben, wie der Anspruchsteller und somit das versicherte Unternehmen den Anspruchsgegner und somit die versicherte Person ab dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme behandelt. Harte Auseinandersetzungen sind normal. Hohe Schadenersatzforderungen ohne Kündigung indizieren eine Mitwirkung. Ausführlich wurde die Problematik oben im Kapitel „Unzulänglichkeiten der Kündigungsklausel“⁵⁰ behandelt.

3.2.4.10 Öffentlichkeitsscheu, Meidung der Gerichte

Ein weiteres Indiz dafür, dass eine Mitwirkung vorliegt, kann im Willen des Klägers, des Beklagten oder beider Parteien liegen, die Auseinandersetzung außergerichtlich einvernehmlich zu regeln. Im Vorhinein versuchen die D&O-Underwriter, diese Problematik durch Vereinbarung einer sog. Gerichtsklausel zu regeln. Wann hier der Gang zum Gericht normal ist und wann nicht und inwiefern dies ein Indiz für eine Mitwirkung sein kann, wurde oben im Kapitel „Unzulänglichkeiten der Gerichtsklausel“⁵¹ dargestellt.

3.2.4.11 Familie, Angehörige, Stimmrechtsbeschränkungen

Sollte bspw. der Anspruch mit den Stimmen eines Angehörigen oder der Familie eines Organmitglieds gegen dieses Organmitglied erhoben werden, liegt nach der Lebenserfahrung die Vermutung nahe, dass hier eine Mitwirkung vorliegt. Hier dürfte für den Versicherer ein Anscheinsbeweis ausreichen, um die Behauptung einer Mitwirkung zu beweisen, wenn das Verhältnis harmonisch ist.⁵² Solche Fälle sind eher theoretischer Natur.

Fälle von erheblichen und andauernden Streitigkeiten zwischen Angehörigen und/oder Familie der Organmitglieder sind hingegen keine Seltenheit. Hier wäre es lebensfremd, eine Mitwirkung zu unterstellen.

Subjektiv wirkende Ausschlussregelungen für Angehörige und Familienmitglieder unterstellen, dass

.....

49 Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 298.

50 Vgl. Abschnitt III. 2.2.3.

51 Vgl. Abschnitt III. 2.2.2.

52 Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 289.

sich hier die für das Gesellschafterorgan geltenden Stimmrechtsbeschränkungen im Versicherungsbereich automatisch auf die Angehörigen und Familienmitglieder erstrecken müssen.

Denknotwendige Regelungen zu diesem Problemkreis enthält § 136 AktG „Ausschluss des Stimmrechts“ bzw. § 47 Abs. 3 GmbHG. Dort ist geregelt, dass ein Aktionär bzw. Gesellschafter nicht für sich oder einen anderen das Stimmrecht ausüben kann, wenn es um die Beschlussfassung darüber geht, ob er zu entlasten ist oder die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll.

Keinesfalls ist es aber so, dass sich diese Stimmrechtsbegrenzungen des § 136 AktG oder § 47 GmbHG gesellschaftsrechtlich automatisch und immer auch auf die Familienmitglieder oder Angehörigen erstrecken. In der Rechtsprechung und der Kommentierung zu diesen Vorschriften finden sich zahlreiche Differenzierungen. Es wird darauf abgestellt, ob die Aktien bzw. Gesellschaftsanteile gemeinschaftliches Vermögen von Miterben sind (§§ 2032 ff. BGB), ob sie Ehegatten gehören, die in Gütergemeinschaft leben (§§ 1415 ff. BGB) oder aber ob sie Teilhabern einer Bruchteilsgemeinschaft zustehen (§§ 741 ff. BGB).⁵³ In diesen Fällen ist das gegen einen der Beteiligten gerichtete Stimmverbot nicht ohne weiteres auch auf den anderen zu erstrecken.⁵⁴ Etwas anderes kann sich ergeben, wenn der betreffende Teilhaber die Stimmabgabe maßgeblich beeinflussen kann, wie im Fall einer Nachlassübertragung auf einen Miterben.⁵⁵ Bei nahen Angehörigen und persönlicher Verbundenheit (Ehepartner, Vater, Mutter, Sohn, Tochter, Lebensgefährten) gilt ein Stimmverbot.⁵⁶ Personen, die vom Stimmrechtsausschluss erfasst werden, sind wiederum von den Personen zu unterscheiden, die ihnen verwandtschaftlich oder rechtlich nahe stehen. Letztere werden nicht vom Stimmrechtsausschluss erfasst. Dies ergibt sich daraus, dass einerseits die Erstreckung des materiellen Interessenkonflikts aufgrund des Näheverhältnisses nicht ausnahmslos und

zwangsläufig eintreten muss und andererseits daraus, dass eine Abgrenzung des so zu erfassenden verwandtschaftlich oder rechtlich nahe stehenden Personenkreises zu Rechtsunklarheiten führen würde.⁵⁷ Umgehungs Sachverhalte können so auftreten, dass ein Geschäftsanteil abgetreten wird, um einen in der Person des Zedenten begründeten Stimmrechtsausschluss zu umgehen. Hier ist anerkannt, dass der Erwerber in gleicher Weise vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.⁵⁸

Aufgrund der vorstehend nicht genannten Differenzierungen ist auch hier klar, dass die Vielfalt der Lebenssachverhalte im Vorhinein durch eine Klausel, die Stimmrechtsanteile von Familienmitgliedern oder Angehörigen ausschließt, nicht abschließend sein kann. Der Sinn dieser subjektiven Ausschlussklauseln ist zwar klar, da aber Ausschlüsse eng ausgelegt werden müssen, wird es beim Wortlaut auch dann bleiben, wenn bspw. Spannungen im Angehörigen- und Familienkreis bestehen, die keine Kollusionsgefahr begründen. Andererseits werden diese im Vorhinein vereinbarten subjektiven Ausschlüsse leer laufen, wenn Umgehungsversuche der Stimmrechtsverbote nicht entdeckt werden. Auch hier erscheint es besser, die Problematik von Angehörigen- und Familienstimmrechten nicht im Vorhinein zu regeln, sondern sie vielmehr im Nachhinein bei der Frage der Indizienbewertung für das Vorliegen einer Mitwirkung heranzuziehen.

3.2.4.12 Selbstbehalt

Einen Hinweis auf das Vorliegen einer Mitwirkung kann eine Senkung des Selbstbehalts kurz vor Eintritt des Versicherungsfalls beinhalten. Auch der kurz zuvor erfolgte Abschluss einer Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung kann einen solchen Hinweis enthalten. Letztere soll dann z.B. den Selbstbehalt in der D&O-Versicherung decken. Denkbare Motiv für den Abschluss einer Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung kann auch sein, im Haftungsrechtsstreit „arm“ auftreten zu können,

53 Hüffer, AktG, § 136 Rn. 15.

54 BGH, WM 1976, 204, 205.

55 Hüffer, AktG, § 136 Rn. 15.

56 BGH, NJW 1971, 1265; BGH, NJW 1981, 1512; Hüffer, AktG, § 136 Rn. 16.

57 BGH 80, 69, 71; Roth, GmbHG, § 47 Rn. 5.4.4; Scholz, GmbHG, § 47 Rn. 154.

58 Roth, GmbHG, § 47 Rn. 5.4.4; BGH, NJW 1976, 713.

weil nur Rechtsschutz und nicht Haftpflicht versichert ist.

3.2.4.13 Erhöhung der Versicherungssumme vor Eintritt des Versicherungsfalls

Grundsätzlich indizieren auch kurz vor der Meldung eines Versicherungsfalls erhöhte Versicherungssummen das Vorliegen einer Mitwirkung.

3.2.4.14 Deckungserweiterungen, die wenig später gemeldete Versicherungsfälle begünstigen

Gleiches gilt, wenn kurz vor Eintritt des Versicherungsfalls Verbesserungen des Versicherungsschutzes vereinbart werden, die dann beim später gemeldeten Versicherungsfall eine für die Versicherten günstige Wirkung entfalten.

3.2.4.15 Schäden größer als Versicherungssumme

Übersteigt der Schaden die Versicherungssumme und begrenzt die Versicherungsnehmerin ihre Forderungen auf die Höhe der Versicherungssumme, kann auch hierin ein Indiz für eine Mitwirkung liegen.

3.2.4.16 Geschontes Privatvermögen, obwohl die Versicherungssumme kleiner ist als der Gesamtschaden

Kommt dann als weiteres Indiz hinzu, dass erhebliches Privatvermögen des Anspruchsgegners unangetastet bleibt und sein Abwehrwille fehlt, verstärken sich die verschiedenen für eine Mitwirkung sprechenden Indizien erheblich.

3.2.4.17 Fehlende oder geringe Verteidigungsbereitschaft

Es ist ein Indiz für Mitwirkung, wenn sich ein auf Schadenersatz in Anspruch genommener Manager nicht intensiv gegen die Vorwürfe verteidigt, zumal es ja nicht nur um Geld sondern auch um seine Reputation geht.

3.2.4.18 Atypische Haftungssachverhalte wie Produkte, Umwelt, Versicherungen, Derivatgeschäfte

Ebenso wie es Haftungssachverhalte bei Organmitgliedern gibt, die sehr häufig vorkommen, gibt es atypische Haftungssachverhalte, die wegen ihrer Seltenheit andeuten können, dass hier eine Mitwirkung vorliegt. Nochmals sei angemerkt, dass es sich hier lediglich um Indizien handelt, die auf eine Mitwirkung hindeuten können aber nicht müssen.

Den Verfassern sind in Deutschland keine Fälle bekannt, in denen die Gesellschafter juristischer Personen gegen ihre Organmitglieder Produkthaftpflichtfälle verfolgen. Die Ursachen hierfür sind nicht im juristischen, sondern im soziologischen Bereich zu suchen. Mit dem Produkt steht und fällt der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens. Es wird hier als asozial angesehen, für Fehler des Produkts die Organe persönlich haften zu lassen.

Äußerst selten sind auch Umwelthaftpflichtfälle. Hier besteht die Gefahr, dass Gesellschafter, die ihre Organmitglieder hierfür persönlich haften lassen, diesen einmaligen Vorgang später damit bezahlen müssen, dass alle Mitarbeiter künftig zu sehr engagierten Umweltschützern werden und weniger Zeit für ihre sonstigen unternehmerischen Aufgaben übrig behalten.

In diesem Zusammenhang sind auch Sachverhalte erwähnenswert, die in der Organhaftung selten oder gar nicht vorkommen, aber im Vertrieb der D&O-Versicherung häufig diskutiert werden. Es geht um Lücken oder Fehler beim Abschluss von Versicherungsverträgen, die zunächst über andere Sparten erfolglos einer Schadensersatzlösung zugeführt werden und letztlich dann dem D&O-Versicherer gemeldet werden. Es gibt z.B. Fälle, bei denen ein versichertes Unternehmen zumeist aus Kostendämpfungsgründen den Abschluss einer Kreditversicherung unterlassen hat. Weiterhin kann es vorkommen, dass aufgrund der

Abhängigkeit eines versicherten Unternehmens von einem Kunden dessen Forderungen in eine unvertretbare Größenordnung ansteigen und die Kreditversicherer daraufhin den angeforderten Versicherungsschutz ablehnen. Treten dann Schäden auf, wird in solchen Fällen häufig mehrere Quartale im Kreis der versicherten Unternehmen oder im Dialog mit dem Kreditversicherer nach einer Lösung gesucht. Atypisch ist, wenn solche Sachverhalte, die unterhalb der Holdingebene passieren, dann später in die Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin getragen werden und dort Schadenersatzansprüche gegen das für das Ressort Finanzen zuständige Organmitglied beschlossen werden. Es ist dann davon auszugehen, dass hier über eine Mitwirkung ein nicht versicherter Sachverhalt auf die Ebene der zu Schadenersatzansprüchen legitimierten Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin hinauf berichtet wurde.

Ein ähnlicher Risikobereich, der typischerweise unterhalb der Organebene der Versicherungsnehmerin angesiedelt ist, ist der Handel mit Terminkontrakten und sonstigen Derivat-Geschäften. Hier können größere Schäden entstehen. Unternehmenskatastrophen von der Größe der Metallgesellschaft AG werden in der Presse häufig bekannt. Atypisch ist es dann, wenn kleinere Beträge, welche die Existenz des Konzerns nicht gefährden, gegenüber den im Konzern für die Organisation, Kontrolle und Überwachung zuständigen Spitzenkräften mit Schadenersatzansprüchen geltend gemacht werden. Es handelt sich bei derartigen Geschäften um hochfrequente und großvolumige Entscheidungen, die gut oder schlecht verlaufen können.

Atypisch ist in beiden Fällen, dass hier ein Konzernleitungsorganmitglied für ein Organisations-, Kontroll- oder Überwachungsverschulden haftbar gemacht wird. Derartige Geschäfte dienen dem Ausgleich von Risiken. Wenn auch kleinere Fehler bei Risikoausgleichsgeschäften mit Haftungsansprüchen

gegen Organmitglieder sanktioniert werden, wird eher eine Lähmung bewirkt.

Diese atypischen Haftungsszenarien könnten natürlich haftungs- und deckungsrechtlich voll von einer D&O-Versicherung geschützt sein. Betont werden soll im Zusammenhang mit den hier aufzulistenden Indizien lediglich, dass es sich trotz der Größe der hier volkswirtschaftlich eintretenden Vermögensschäden um Sachverhalte handelt, die soziologisch regelmäßig äußerst selten gegen die Organmitglieder der Versicherungsnehmerin verfolgt werden. Es handelt sich um Themen, die entweder anderweitig versicherbar sind oder mit einer Vielzahl von Personen kontrolliert und verwaltet werden bzw. auf Tochterunternehmen ausgelagert sind, so dass man üblicherweise eine Fehlsteuerung in diesem Bereich nicht einem Organmitglied der Versicherungsnehmerin anlastet. Man sieht dies eher als Teil des unternehmerischen Risikos des Konzerns.

3.2.4.19 Atypischer Beklagter

Während die vorstehenden Indizien unter dem Themenkomplex der atypischen Haftungsfälle etwas schwerer verständlich sind, wenn man in der Praxis der Managementhaftung nicht längere Zeit tätig war, sind die in diesem Abschnitt behandelten Fälle des atypischen Beklagten leicht nachvollziehbar. Es handelt sich um Haftungssachverhalte, bei denen die Hauptverantwortlichen leicht identifizierbar sind. Die versicherten Unternehmen gehen hingegen gegen einen Mitverursacher vor, den man bei unbefangener Betrachtungsweise nicht als den Haupttäter sehen würde. Es gibt hier eine Vielzahl von Varianten, bei denen ein atypischer Beklagter als Indiz für eine Mitwirkung gewertet werden könnte. Stichwortartig seien hier die Fälle erwähnt, in denen zwecks Vermeidung des Gesellschafterorgan-Eigenschadenschlusses nicht das einflussreiche Organ-Gesellschaftermitglied auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird, sondern eine versicherte Person mit geringerem Ver-

antwortungsanteil. Es mag auch sein, dass ein Vorsatztäter verschont wird und lediglich ein evtl. fahrlässig handelndes Organmitglied auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird, weil die D&O-Verträge eine wissentliche Pflichtverletzung vom Versicherungsschutz ausschließen. Es kommen hier mitunter gar Fälle vor, in denen der Vorsatztäter die Inanspruchnahme gegen den lediglich fahrlässig, gesamtschuldnerisch mithaftenden Organkollegen im Konzern veranlasst.

Für den Leser mögen die vorstehend bezeichneten Indizien für sich betrachtet äußerst spekulativ wirken. Für den mit der Regulierung von Managementhaftungsfällen vertrauten Schadensachbearbeiter hingegen ist dies die Praxis. Die Beweislast für den Versicherer wiegt schwer.

3.3 Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin

3.3.1 Mehrheitsvotum

Wie in den vorstehenden Kapiteln⁵⁹ ausgeführt, sind Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder der Versicherungsnehmerin, basierend auf einem Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung, versichert, es sei denn, es hat eine Mitwirkung versicherter Personen vorgelegen.

3.3.2 Kein Ausschluss des Mehrheitsgesellschafters bzw. Hauptaktionärs

Das GDV-Modell hat keinen Hauptaktionärs-Ausschluss. Die Versicherung von Mehrheitsbeschlüssen auf Geltendmachung von Schadenersatz gegen Organmitglieder beruhend auf den Stimmen des Hauptaktionärs der Versicherungsnehmerin ist ein erhebliches Risiko.

Bei der AG sind Ansprüche, die in der Hauptversammlung beschlossen werden, unabhängig von der Größe der Anteile der Anteilseigner versichert.⁶⁰ Das Risiko der Versicherung von durch Hauptaktionäre ausgelösten Ersatzansprüchen

gilt als hoch.⁶¹ Die Manipulationsgefahr steigt mit der Konzentration der Aktienanteile auf wenige Aktionäre. Je größer die AG und der Anteil des Hauptaktionärs bzw. der Hauptaktionäre, desto weniger bedürfen sie nach wirtschaftlichen Überlegungen des mittelbaren Schutzes ihres Vermögens durch Zahlungen des D&O-Versicherers an ihre Gesellschaft. Anders als Aktionäre mit Anteilen am Streubesitz können sich die Hauptaktionäre vorbeugend durch Einfluss auf die Personalpolitik und Unternehmensziele und die regelmäßig über einen Sitz im Aufsichtsrat gegebenen Möglichkeiten vor Eintritt eines Schadens am Vermögen ihrer Aktiengesellschaft schützen. Die Hauptaktionäre werden daher im anglo-amerikanischen Ausland und einigen kontinentaleuropäischen Ländern vielfach in D&O-Policen mit einer Besonderen Bedingung als Anspruchsteller ausgeschlossen. Diese sog. major shareholder exclusion⁶² erfasst sowohl die Verfolgung eigener Ansprüche als auch die über die Hauptversammlung beschlossene Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Was in Deutschland als „major shareholder“ anzusehen ist, ist unklar. Die Frage stellt sich bereits ab einem die Grenze des § 147 Abs. 1 AktG von 5 % Beteiligung am Grundkapital bzw. EUR 500.000-Anteil am Grundkapital übersteigenden Aktienanteil und ist jedenfalls ab einer Beteiligung von 50 % zu bejahen.

Die vorstehenden Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Gesellschafterversammlung der GmbH. Die modifizierte Innenverhältnisdeckung des GDV enthält keinen Mehrheitsgesellschafters-Ausschluss.

3.3.3 Aufsichtsräte des Hauptaktionärs bzw. Mehrheitsgesellschafters

Über eine Besondere Bedingung, die als spezielle Regelung das modifizierte Innenverhältnis i.S.d. Ziffer 1.3 der AVB AVG des GDV verdrängt, könnte hier ein vom Aufsichtsrat gegen den Vorstand beschlossener Schadenersatzanspruch in die Versicherung auf-

59 Vgl. Abschnitte III.3.1 und III.3.2.

60 Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 102 f. u. 104 f.

61 Z.B. Ihlás, ebenda, 65 Fn. 212 u. Fn. 213 m.w.N. zu den Fällen beim Deutschen Herold und bei der ARAG.

62 Ihlás, ebenda, 275.

genommen werden. Dies wird unten⁶³ als mögliche Deckungserweiterung angesprochen.

Liegt ein solcher Einschluss nicht vor, kann das Zusammenspiel von Aufsichtsrat und Hauptversammlung der Versicherungsnehmerin problematisch sein. Hierin kann eine Mitwirkung von versicherten Personen liegen, die gem. Ziffer 1.3 AVB AVG nicht versichert ist. Das unverbindliche GDV-Modell setzt hier auf den Fortbestand der Praxis der gegenseitigen Schonung.⁶⁴

Nach § 101 AktG werden die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung gewählt. Je mehr Hauptaktionäre mit je größeren Aktienpaketen dort auftreten, desto häufiger werden Aufsichtsratsmitglieder zugleich Repräsentanten dieser Großaktionäre sein. Ihre Amtszeit beträgt nach § 102 AktG regelmäßig vier Jahre und sie werden nach § 103 AktG wiederum von der Hauptversammlung abberufen. Auch hierdurch entsteht eine enge Bindung zwischen den mit den Stimmen der Großaktionäre gewählten Aufsichtsratsmitgliedern und somit der Hauptversammlung einerseits und diesen Aufsichtsratsmitgliedern andererseits. Nach § 111 AktG hat der Aufsichtsrat die Aufgabe, die Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert. Für den Beschluss genügt die einfache Mehrheit (§ 111 Abs. 3 AktG). Unterstellt man nun, dass der Aufsichtsrat ganz maßgeblich auf die Tagesordnung und Beschlussfassung der Hauptversammlung einwirkt, wird der Konflikt offensichtlich.

3.3.4 Auskunftsrechte der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin

Wird zuviel Auskunft gegeben, kann hierin eine Mitwirkung liegen.⁶⁵ Wird zuwenig Auskunft gegeben, können Auskunftsrechte verletzt sein. Es ist unüblich, über Haftungs- und Deckungsfragen in den Haupt- und Gesellschafterversammlungen Auskünfte zu erteilen. Unabhängig vom Vorliegen eines Versicherungsfalls werden

die Aktionäre einen Auskunftsanspruch hinsichtlich des Bestehens einer D&O-Versicherung haben. Die Erteilung der Auskunft dürfte jedenfalls dann nicht als Mitwirkung zu werten sein, wenn sie ohne Zusammenhang mit einem Verstoß oder der Frage der Geltendmachung eines daraus resultierenden Ersatzanspruchs erfolgte. Ob darüber hinaus Auskunft bezüglich der Prämien⁶⁶, Bedingungen⁶⁷ und Versicherungssumme zu geben ist, ist fraglich. Einschlägig könnte das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG sein. Das „Verschleierungspotential“⁶⁸ gilt aufgrund des Auskunftsverweigerungsrechts als erheblich. Die restriktive Auslegung durch die Rechtsprechung erschwert die Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs.⁶⁹ Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG setzt voraus, dass nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung die Erteilung der Auskunft geeignet ist, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Ein Nachteil für Organmitglieder rechtfertigt die Auskunftsverweigerung nicht. Vielmehr kann die Aufdeckung von haftungsbedingenden Pflichtverletzungen der Verwaltung ein dominierender Vorteil der Gesellschaft bei der im Rahmen dieses Auskunftsverweigerungsrechts vorzunehmenden Gesamtabwägung von Vor- und Nachteilen sein.⁷⁰ Ausreichend ist jede einigermaßen gewichtige Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses. Abzustellen ist auf die vernünftige kaufmännische Beurteilung. Die subjektive Überzeugung des Vorstands ist unerheblich. Notwendig ist eine gewisse „Plausibilität“ und es ist streitig, ob eine Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung überhaupt zu begründen ist.⁷¹

Auch hier wird es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Da die Gefahr der Verwirkung des Versicherungsschutzes besteht, sollte im Zweifel keine Auskunft erteilt werden. Der Nachteil für die Gesellschaft liegt in der Gefahr, dass der Versicherungsvertrag nicht oder nur eingeschränkt bzw. zu einer erhöhten Prämie fortgesetzt wird. Soweit bei vernünftiger kauf-

63 Vgl. Abschnitt III.4.2

64 Vgl. Abschnitt III.2.4 „Krähentheorie“.

65 Vgl. Abschnitte III.3.2.4.1 „Informationen durch den Anspruchsgegner“ und III.3.2.4.2 „Kleinigkeiten in der Gesellschafterversammlung“ unter III.3.2.4 „Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten“.

66 In England besteht nach dem „Companies Act 1985“ die Pflicht, im Geschäftsbericht das Bestehen einer D&O-Versicherung mitzuteilen, nicht hingegen die Höhe der Prämie; „Schedule 7, Part 1, § 5A“, eingeführt durch „section 137(2) Companies Act 1989“; vgl. zu sonstigen die D&O-Versicherung in England betreffenden gesetzlichen Regelungen Barham in Campbell/Campbell, 270. Eine Mitteilungspflicht hinsichtlich der Höhe der Prämie würde bei einer dem Wettbewerb unterliegenden Prämienfindung mit Blick auf den zyklischen Verlauf sowohl die Phase des Prämienverfalls als auch diejenige des Prämienanstiegs erheblich verkürzen und so die Vertragssicherheit beeinträchtigen. Zum zyklischen Verlauf des D&O-Markts Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 37.

67 Eine Pflicht zur Bekanntgabe der Bedingungen hätte in abgeschwächter Form den gleichen Beschleunigungseffekt wie die in der vorstehenden Fußnote dargestellte Pflicht zur Bekanntgabe der Prämien.

68 Uwe H. Schneider/Burgard in FS für Beusch, 783, 793.

69 Vgl. z.B. BayObLG, DB 1996, 130; Uwe H. Schneider/Burgard (a.a.O., Fn. 38), m.w.N.; Götz, ZIP 1995, 1310, 1311; Brandes, WM 1994, 2177, 2184.

70 BGHZ 86, 1, 19 = NJW 1983, 878; Hüffer, § 131 AktG Rn. 27.

71 Vgl. zu den vorstehenden Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG Hüffer, Rn. 24 - 26.

männischer Beurteilung kein Ersatzanspruch der Gesellschaft besteht, sollte keine Auskunft erteilt werden. Eine Auskunft wird die Verfolgung des aussichtslosen Anspruchs verlängern. Dies kann den Ruf und Kredit der Gesellschaft schädigen. Stets ist zu bedenken, dass über die Hauptversammlung auch die Gläubiger Kenntnis erlangen und zur Anspruchserhebung veranlasst werden können. Auch Ersatzansprüche von Gesellschaftern aus eigenem Recht könnten ausgelöst werden. Dies gilt insbesondere bei zweifelhafter Liquidität der Gesellschaft. Kennt ein Dritter die D&O-Police, wird er seltener ein Vergleichsangebot akzeptieren. Auch dies verlängert die Auseinandersetzung und damit die Zeit der Gefährdung des Rufes und Kredits der Gesellschaft. Insbesondere die Höhe der Versicherungssumme wird in der Praxis als Geheimnis gehütet, bis die Vergleichsverhandlungen aufgenommen werden. Deren Kenntnis erleichtert dem Anspruchsteller die Festlegung der Höhe seiner Ersatzforderung, soweit sie über das Privatvermögen des Haftenden ersichtlich hinausgeht. Hieran ist dem Anspruchsteller außerhalb der USA gelegen, da sie sein Kostenrisiko zu reduzieren hilft. Wird die Versicherungssumme zu früh bekannt, verlängert dies häufig den Rechtsstreit. Ob darin eine Weisung oder sonstige Mitwirkung zu sehen ist, ist fraglich.

3.3.5 Versicherte Person als Vertreter der HV bei der Geltendmachung des Ersatzanspruchs?

Hat die HV gem. § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG z.B. ein Mitglied des Aufsichtsrats zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs bestellt, ist ebenfalls fraglich, ob dessen Handeln dann eine Veranlassung bzw. Mitwirkung darstellt.

Der besondere Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG wird mit der Annahme des Amtes gesetzlicher Vertreter und als solcher Organ der Gesellschaft.⁷² Er tritt mit der Beschränkung auf den Wirkungsbereich seiner Bestellung nicht neben, sondern an die Stelle⁷³ von Aufsichtsrat und/oder Vorstand als

die sonst handelnden Organe der Gesellschaft (§147 Abs. 2 Satz 1 AktG). Die ihm übertragenen Aufgaben hat der besondere Vertreter mit der im Verkehr üblichen Sorgfalt zu erledigen. Der Gesellschaft gegenüber hat er dieselben Treuepflichten wie Vorstandsmitglieder.⁷⁴ Zum besonderen Vertreter kann jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person und somit auch ein Aktionär oder ein Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstands bestellt werden.⁷⁵ Dies wird daraus geschlossen, dass der besondere Vertreter anstelle der Verwaltungsorgane die Gesellschaft vertritt. §§ 76, Abs. 2, 100 Abs. 1 AktG bestimmen, dass Organe der Gesellschaft nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein können. Das gilt auch hier. Andere Einschränkungen hinsichtlich der Person des besonderen Vertreters werden gesetzlich nicht getroffen.

Soweit ersichtlich ist es in der Praxis nie vorgekommen, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstands zum besonderen Vertreter bestellt worden ist.⁷⁶ Dies erklärt sich aus dem Interessenkonflikt. Ein Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstands, das untätig geblieben ist oder es abgelehnt hat, Ersatzansprüche geltend zu machen, müsste ja auch als besonderer Vertreter der Aktiengesellschaft oft einen Ersatzanspruch gegen sich selbst in Erwägung ziehen. Die Vorstellung, dies könnte mit der erforderlichen Neutralität im ausschließlichen Interesse der Gesellschaft erfolgen, ist absurd.⁷⁷ Daher werden fast immer externe, m.a.W. nicht von den versicherten Unternehmen angestellte Rechtsanwälte zu besonderen Vertretern bestellt.⁷⁸ Die eingangs aufgeworfene Frage stellt sich in der Praxis also nicht.

Ergänzend angemerkt sei hier, dass, wenn ein Rechtsanwalt zum besonderen Vertreter – also zum Organ der Aktiengesellschaft – bestellt worden ist, seine Haftung eine Organ- und nicht mehr eine Rechtsanwaltschaftung ist. Die D&O-Polices haben den Einschluss der Haftung des besonderen Vertreters in den Versicherungsschutz

72 *Heidel/Koch, Aktienrecht § 147 Rn. 25; BGH ZIP 1981, 178, 179.*

73 *Köln Komm AktG /Kronstein/Zöllner, § 147 Rn. 13; Heidel/Koch, Aktienrecht, § 147 Rn. 25.*

74 *Heidel/Koch, Aktienrecht, § 147 Rn. 28.*

75 *Großkommentar Aktienrecht, § 147 Rn. 43; Heidel/Koch, Aktienrecht, § 147 Rn. 34.*

76 *Heidel/Koch, Aktienrecht, § 147 Rn. 35.*

77 *Ebenda.*

78 *Heidel/Koch, Aktienrecht, § 147 Rn. 36; Happ, Formularhandbuch zum Aktienrecht, 10.16 Erzwingung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen.*

bisher nicht ausdrücklich geregelt. Andererseits ist aufgrund der zu meist pauschalen Definitionen des Kreises der versicherten Personen oft davon auszugehen, dass über den atypischen Organstatus des besonderen Vertreters eine typische Mitversicherung als Organ besteht. Die AVB versichern zu meist pauschal alle Organmitglieder. Wie bereits erwähnt, tritt der besondere Vertreter gem. § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG mit der Beschränkung auf den Wirkungsbereich seiner Bestellung nicht neben, sondern anstelle von Aufsichtsrat und/oder Vorstand als den sonst handelnden Organen der Gesellschaft auf.⁷⁹ Daraus ergibt sich, dass der besondere Vertreter nicht weisungsgebunden handelt. Der besondere Vertreter fällt eine eigene Entscheidung darüber, ob er Ersatzansprüche geltend macht oder nicht. Folglich ist der Versicherungsschutz nicht aufgrund einer Mitwirkung ausgeschlossen.

3.3.6 Aufsichtsrat als gesetzlicher Vertreter der Versicherungsnehmerin gegenüber dem Vorstand bzw. Geschäftsführer

Nach § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Bei GmbHs ist gem. § 52 i.V.m. § 112 AktG oft eine ähnliche Befugnis vorhanden, wenn sie einen Aufsichtsrat haben. Wenn der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder vertritt, liegt eine Mitwirkung in Form der Veranlassung vor. An dieser Stelle erscheint den Autoren das GDV-Modell ergänzungsbedürftig.⁸⁰

3.3.7 Versicherte Person als Sonderprüfer?

In § 142 AktG ist geregelt, wie ein Sonderprüfer bestellt wird. Nach Absatz 1 kann zur Prüfung von Vorgängen der Geschäftsführung die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit Prüfer (Sonderprüfer) bestellen. Bei der Beschlussfassung kann ein Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats

weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der Entlastung oder Einleitung eines Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied zusammenhängen.

Der Gesetzgeber hat hier Vorkehrungen getroffen, die stets vermeiden dürften, dass eine versicherte Person zum Sonderprüfer bestellt wird. Erst wenn ein kaum denkbarer Ausnahmefall eintritt, also eine versicherten Person alle Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt und als Sonderprüfer bestellt wird, könnte die Frage auftauchen, wann eine zum Deckungsausschluss führende Mitwirkung vorliegt.

Nach § 143 Abs. 1 AktG ist es erforderlich, dass der Sonderprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren ist. Zudem muss der Sonderprüfer unparteiisch und unbefangen sein. Nach § 143 Abs. 2 Satz 1 AktG darf Sonderprüfer nicht sein, wer nach § 319 Abs. 2 HGB nicht Abschlussprüfer sein darf oder während der Zeit, in der sich der zu prüfende Vorgang ereignet hat, nicht Abschlussprüfer hätte sein dürfen. Nach § 319 Abs. 2 HGB darf ein Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchprüfer nicht Abschlussprüfer sein, wenn er oder eine Person, mit der er seinen Beruf gemeinsam ausübt, Anteile an der zu prüfenden Kapitalgesellschaft besitzt (Ziffer 1), gesetzlicher Vertreter oder Mitglied des Aufsichtsrats oder Arbeitnehmer der zu prüfenden Kapitalgesellschaft ist bzw. in den letzten drei Jahren vor seiner Bestellung war (Ziffer 2), ein Organmitglied einer juristischen Person oder ein Gesellschafter einer Personengesellschaft ist, die mit der zu prüfenden juristischen Person verbunden ist oder von dieser juristischen Person mehr als 20 % der Anteile besitzt (Ziffer 3).

§ 319 HGB listet noch viele weitere Fälle von Interessenkollisionen auf, die zum gesetzlichen Verbot der Tätigkeit als Sonderprüfer führen. Insgesamt festzuhalten ist, dass

79 Kronstein/Zöllner, Köln Komm AktG, § 147 Rn. 13; Heidel/Koch, Aktienrecht § 147 Rn. 25.

80 Vgl. den Vorschlag zur Deckungserweiterung für Aufsichtsräte unter Abschnitt III.4.2.

das enge Regelwerk des § 319 HGB die Möglichkeit einer Mitwirkung sehr weitgehend ausschließt. Sollte hier in der Praxis ein atypischer Sachverhalt auftauchen, der eine Interessenkollision in der Person des Sonderprüfers beinhaltet und dennoch von § 143 AktG i.V.m. § 319 HGB nicht ausgeschlossen ist, kann hierin ein Indiz für das Vorliegen einer Mitwirkung liegen.⁸¹

3.4 Tochterunternehmen

Die Zahl der Anzeigen von Versicherungsfällen, welche die Organmitglieder von Tochterunternehmen betreffen, hat in den letzten Jahren stärker zugenommen als die Zahl der die Organmitglieder der Versicherungsnehmerin betreffenden Anzeigen. Vergleicht man die Anzahl der Tochterunternehmen mit der einzigen Versicherungsnehmerin, so ist jedoch weiterhin das Haftungsrisiko für Organmitglieder der Versicherungsnehmerin um ein Vielfaches höher als dasjenige der Organmitglieder von Tochterunternehmen.

3.4.1 100%ige Tochterunternehmen

Auf der Ebene Tochterunternehmen ist bei einer 100%igen Kontrolle der Stimmrechte über die Muttergesellschaft bzw. Versicherungsnehmerin aufgrund des pauschalen Einschlusses aller Organe eine Inanspruchnahme auf Schadenersatzleistung an das Tochterunternehmen ohne eine Mitwirkung von versicherten Personen nicht möglich. Daher wird das Innenverhältnis bei 100%igen Tochterunternehmen nicht über das modifizierte Innenverhältnismodell des GDV erfasst.

In Deutschland gilt das Dogma, dass man über das modifizierte Innenverhältnis hinaus auch das erweiterte Innenverhältnis⁸² und somit vor allem die Organmitglieder auf der Ebene der Tochterunternehmen versichern können muss. Dies ist aber nicht versicherbar. Es gilt weiterhin der Glaubensgrundsatz, dass „Deckung Haftung erzeugt“. Die Wechselwirkung zwischen Deckung und Haftung im Bereich der Organhaftpflichtversi-

cherungen in Deutschland ist schon an anderer Stelle dargestellt worden.⁸³ Mit der Renaissance der modifizierten Innenverhältnisdeckung endet die steigende Anspruchsfrequenz und Höhe im erweiterten Innenverhältnis. Dort ist eine Rechtsschutz-Versicherungslösung möglich.⁸⁴ Weiterhin ist im erweiterten Innenverhältnis eine Enthaltungslösung denkbar, soweit dies gesetzlich möglich ist.⁸⁵ Versicherbar ist das erweiterte Innenverhältnis hingegen nicht. Einfach, verkürzt und grundsätzlich ausgedrückt versichert die modifizierte Innenverhältnisdeckung das Organmitglied der Versicherungsnehmerin, nicht aber die Organmitglieder, die bei einem zu 100 % der Versicherungsnehmerin gehörenden Tochterunternehmen tätig sind.

Tochterunternehmen können im Underwriting unter Zeit-, Kommunikations-, Publizitäts- und Kostenaspekten nicht analysiert werden. Je größer der Konzern und je höher die Anzahl der Tochterunternehmen, desto unmöglicher wird das Underwriting der Tochterunternehmen. Regelmäßig unterliegen die Tochterunternehmen auch keiner Publizitätspflicht. Die Underwriter erhalten zur Prüfung des Risikos lediglich den Geschäftsbericht und sonstige Informationen der börsennotierten AG. Selbst Aufsichtsbehörden haben gelegentlich keinen Zugang zu Informationen auf der Ebene der Tochterunternehmen, wie unlängst bei einem größeren deutschen Bankenskandal bekannt wurde. Ausländische Beispiele belegen ebenfalls, dass die Publizitätspflicht einer börsennotierten Holding gerade dadurch unterlaufen werden kann, dass dann innerhalb der nicht publizitätspflichtigen Tochterunternehmen Bilanzmanipulationen vorgenommen werden. Eine Analyse des Risikos im Tochterunternehmensbereich ist mangels Publizitätspflicht bei nicht börsennotierten Tochterunternehmen schlicht unmöglich und basiert auf freiwilligen Angaben der Unternehmen. Eine Innenverhältnisdeckung für Tochterunternehmen ist aus Sicht des Underwritings ein Blindflug. Auch deshalb ist es kon-

81 Dies ist aber so unwahrscheinlich, dass es in Abschnitt III.3.2.4 „Indizien, die auf eine Mitwirkung hindeuten“ nicht weiter behandelt wurde.

82 Vgl. Abschnitt III.2.4 „Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähentheorie“ und nicht die D&O“.

83 Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 327.

84 Vgl. Abschnitt III.4.1 zum Einschluss „Abwehrkosten“.

85 Vgl. z.B. die restriktive Regelung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG.

sequent, keinen Einschluss für Innenverhältnisansprüche auf der Ebene der Tochterunternehmen zu bieten.

Ein unzutreffender Einwand im deutschen Markt, der gegen den fehlenden Einschluss von Innenverhältnisansprüchen gegen Organmitglieder von 100 %-Tochterunternehmen vorgebracht wird, lautet, in den USA wäre hier eine Enthftung möglich. Tatsächlich ist dies auch in den USA aus Gründen des Gläubiger- und Gesellschafter-schutzes im Innenverhältnis ex ante nicht möglich. Im Nachhinein können Gerichte im Einzelfall Ausnahmen machen, falls das Organmitglied „verantwortungsbe-wusst“ gehandelt hatte. Im er-weiterten Innenverhältnis schützt somit auch in den USA allenfalls die „Krähentheorie“ und nicht die D&O.⁸⁶ Anderenfalls käme es im Innenverhältnis zu einem Zirkel-effekt. Eine Enthftung für Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihr Organmitglied durch die Ge-sellschaft würde im Kreis laufen.

3.4.2 Repräsentantenhaftung

Fraglich ist, wann eine Mitwirkung einer Tochtergesellschaft vorliegt. Auch dieser Fall wird von Ziffer 1.3 AVB AVG als Möglichkeit der Mit-wirkung genannt. Eine „Empfeh-lung, Weisung oder Veranlassung“ seitens eines Tochterunterneh-mens liegt vor, wenn ein nicht ver-sichertes Organmitglied oder ein unterhalb der Organebene stehen-der, nicht versicherter Repräsen-tant i.S.d. Repräsentantenhaftung⁸⁷ den Versicherungsfall herbeiführt. Sind alle Organmitglieder und Repräsentanten in den Versiche-rungsschutz einbezogen, wird im-mer die Mitwirkung einer versi-cherten Person vorliegen. Personel-le Ausschnittsdeckungen sind heu-te jedoch selten anzutreffen. Bspw. könnte ein nicht versicherter Auf-sichtsrat eines Tochterunterneh-mens die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den versicherten Geschäftsführer beschließen. For-mal handelt dann bei der An-spruchserhebung eine nicht versi-cherte Person. Sein Verhalten als Organ wird aber dem Tochter-unternehmen zugerechnet. Das

Tochterunternehmen hat dann den Versicherungsfall veranlasst, so dass die Voraussetzungen des Deckungseinschlusses nicht erfüllt sind.

3.4.3 Tochterunternehmen mit außenstehenden Minderheits-gesellschaftern

Bei Konzernunternehmen, die nicht zu 100 % kontrolliert wer-den, können Innenverhältnisan-sprüche gegen deren Organmit-glieder unter gewissen Umstän-den über Ziffer 1.3 AVB AVG versichert sein. Wenn hier die außenstehen-den unabhängigen Gesellschafter bzw. Aktionäre die Geltendma-chung von Schadenersatzansprü-chen beschließen, besteht Versi-cherungsschutz, wenn keine Mit-wirkung von versicherten Perso-nen vorliegt. Als Beispielsfälle wä-ren hier Ansprüche eines Aktionärs eines beherrschten Unternehmens gem. § 309 Abs. 4 AktG sowie die Haftung der gesetzlichen Vertreter eines herrschenden Unternehmens gem. § 317 Abs. 1 u. 3 AktG zu nennen.

Das Risiko eines durch den Minder-heitsgesellschafter eines Tochter-unternehmens erhobenen Ersatz-anspruchs hängt von der Größe dessen Anteils, dem Sitz und der Rechtsform des Unternehmens ab. Rund 40 % der Konzernbeteili-gungen sind keine Alleinbeteili-gungen.⁸⁸ Bezweckt wird damit ei-ne Reduzierung des eigenen finan-ziellen Engagements, die Aufnah-me von fremdem Eigenkapital,⁸⁹ die Kontinuität des Engagements der Gründer des Tochterunterneh-mens, die Einhaltung ausländi-scher Vorschriften über den Min-destanteil der einheimischen Ge-sellschafter o.ä.. Streitigkeiten mit außenstehenden Minderheitsge-sellschaftern bzw. Aktionären bei Tochterunternehmen drehen sich regelmäßig um die Frage der Be-wertung der Ein- oder Verkaufs-konditionen von Dienstleistungen bzw. sonstigen Aktiva dieses Toch-terunternehmens im konzerninter-nen Geschäftsverkehr.

Grundsätzlich wächst das von der modifizierten Innenverhältnisde-ckung versicherte Risiko einer

86 Vgl. Abschnitt III.2.4 „Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähentheorie“ und nicht die D&O“.

87 Vgl. hierzu Pröls/Martin, § 6 VVG Anm. 8 B a, b.

88 Binder, AG 1994, 391, 396.

89 Binder, a.a.O.; vgl. auch Ihlás, a.a.O. (Fn. 5) den Abschnitt „Abhängige Aktien-gesellschaft“, 116.

Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Minderheitsgesellschafter von Tochterunternehmen.⁹⁰

4 Denkbare Deckungserweiterungen, die über die modifizierte Innenverhältnisdeckung des GDV hinausgehen

Der Vorsitzende der D&O-Arbeitsgruppe des GDV Lattwein teilte anlässlich der Fachinformationsveranstaltung „D&O-Versicherung“ am 26. Juni 2003 in Köln mit, dass die Überprüfung der unverbindlichen AVB AVG ein aktuelles Handlungsfeld der Arbeitsgruppe sei. In diesem Abschnitt gehen die Autoren dieses Beitrags (und nicht der GDV) einigen Überlegungen nach, wo zukünftig Diskussionsbedarf bestehen könnte. Die Überlegungen sind auf den Bereich der modifizierten Innenverhältnisversicherung des unverbindlichen GDV-Modells beschränkt.

4.1 Abwehrkosten

Abwehrkosten für Ansprüche im erweiterten Innenverhältnis werden seit langer Zeit mit der Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung abgesichert. Die Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung wurde ab Ende der 80er-Jahre als eine Rechtsschutzversicherungsalternative zur US-amerikanischen D&O-Haftpflichtversicherung im deutschen Markt von Rechtsschutzversicherern angeboten. Insbesondere bei der Regulierung größerer Schäden hat sich häufig gezeigt, dass Doppelversicherungen mit Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherungen und gleichzeitigen D&O-Versicherungen bestanden. Hier wird dann zumeist im Haftpflichtprozess das Bestehen einer D&O-Versicherung verschwiegen und die Abwehr mit erheblichem Kostenaufwand ausschließlich über die Rechtsschutzversicherung geleistet. Zumeist blieb die D&O-Versicherung aufgrund erfolgreicher Abwehr der Innenverhältnisansprüche im Hintergrund. Die fundamentalen Probleme, die eine Eigenschadenversicherung aufwirft,⁹¹ stellen sich bei einer Rechtsschutzversicherung für Innenverhältnisansprüche

nicht. Daher ist diese Erweiterung versicherbar.

4.2 Beschluss des Aufsichtsrats der Versicherungsnehmerin

Zu überlegen wäre weiterhin, die Geltendmachung von Innenverhältnisansprüchen, die unmittelbar auf einem Beschluss des Aufsichtsrats der Versicherungsnehmerin beruhen und sich gegen Vorstandsmitglieder oder Mitglieder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin richten, in das Deckungskonzept des modifizierten Innenverhältnisses einzuschließen. Der Aufsichtsrat ist das einzige unabhängige Kontrollorgan innerhalb des Gesamtkonzerns.⁹²

Zu den o.g. Ausführungen zur „Krähentheorie“⁹³ steht das ARAG-Urteil des BGH im genauen Gegensatz. Der BGH verpflichtet den Aufsichtsrat zur Geltendmachung eines Haftungsanspruchs gegen den Vorstand grundsätzlich dann, wenn ein Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung einen solchen als weitgehend begründet und durchsetzbar erscheinen lassen. Hier trete eine sog. Ermessensreduzierung auf Null ein.

Die vielfältigen personellen Verflechtungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat können hier für die D&O-Versicherung erhebliche Probleme auslösen. Eines von vielen ist bspw., dass die kontrollierten Vorstände auf dem Weg in den Ruhestand häufig in einer Art Zwischenstufe vom Vorstand in den Aufsichtsrat wechseln. Eine weitere Problematik liegt daran, dass letztlich die wesentlichen und damit herausragend relevanten Schaden stiftenden Ereignisse über die Zustimmungskataloge vom Vorstand dem Aufsichtsrat vorgelegt werden müssen. Daher hat bei allen größeren Schäden der Aufsichtsrat zumeist irgendwann am Schaden stiftenden Fehlverhalten mitgewirkt oder dies zumindest zur Kenntnis gebracht bekommen. In der Rechtsprechung sind in jedem zweiten Urteil neben den handelnden Vorständen bei der AG oder eingetragenen Genossenschaft zugleich auch Aufsichtsratsmitglieder beklagt. Daher werden

90 Hierzu Ihlás, a.a.O. (Fn. 5), 125 f. u. 310 f.

91 Vgl. Abschnitt III.2 „Back to Basics“.

92 Martens, ZHR 159 (1995), 567, 591.

93 Vgl. Abschnitt III.2.4.

trotz der ARAG-Entscheidung des BGH Aufsichtsräte immer auch bedenken, ob der zur Entscheidung anstehende Beschluss über die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen ein Vorstandsmitglied nicht später auch für sie selbst Regressansprüche des Vorstands oder eine Streitverkündung zur Folge haben könnte.

In Anbetracht dessen erscheint es sinnvoll für den Einschluss von Schadenersatzansprüchen, die auf einem Aufsichtsratsbeschluss beruhen, die Einführung eines Sublimits zu erwägen. Der Vorstand selbst hat kein Interesse daran, dass die vollständige Versicherungssumme auch dann zur Verfügung gestellt wird, wenn der Aufsichtsrat einen entsprechenden Beschluss auf Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs fasst. Für den Vorstand einer AG kann es hier durchaus interessanter sein, das vollständige Limit der D&O-Police an das Erfordernis eines HV-Beschlusses zu knüpfen. Hat zuvor der Aufsichtsrat einen entsprechenden Haftungsbeschluss geführt und wird dieser später von der HV bestätigt, würde dann lediglich das Sublimit für den Aufsichtsrat gelten. Mit Blick auf den Einschluss der Ansprüche über die HV läge nämlich eine Mitwirkung versicherter Personen vor. In diesem Fall wären es die Aufsichtsräte als versicherte Personen.

Es lässt sich nur vermuten, wie das ARAG-Urteil bei einer solchen Sublimitkonstellation ausgefallen wäre. Wahrscheinlich aber anders. Es hätte bei einem Zuwarten auf den Beschluss der Hauptversammlung ja kein „waste of corporate assets“ vorgelegen.

Ein solches Sublimit für den Einschluss von Aufsichtsratsbeschlüssen wäre letztlich eine Parallele zur „Krähentheorie“ auf der Ebene der Versicherungssumme und würde für den Vorstand die Gefahr einer Inanspruchnahme durch den Aufsichtsrat reduzieren. Gerade in diesem Bereich sind seit vielen Jahrzehnten Teilklagen an der Tagesordnung. Diese Teilklagen orientieren sich hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Schadenersatz-

anspruchs regelmäßig am vorhandenen Privatvermögen des Vorstandsmitglieds. Eine Sublimitierung der D&O-Versicherung von Schadenersatzansprüchen, die durch den Aufsichtsrat der Versicherungsnehmerin beschlossen werden, erscheint daher sinnvoll.

Zur Vollständigkeit sei hier noch auf die Situation in einer GmbH hingewiesen. Üblicherweise haben GmbHs keinen Aufsichtsrat. In welchen Ausnahmefällen sie dann analog Aktiengesetz einen Aufsichtsrat gründen, steht in § 52 GmbHG. Grundsätzlich jedoch gilt in Abwesenheit eines Aufsichtsrats für die Beschlussfassung bei Schadenersatzansprüchen gegen Geschäftsführer § 46 Nr. 8 GmbHG. Damit obliegt der Bestimmung der Gesellschafterversammlung die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ihre Geschäftsführer sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen gegen ihre Geschäftsführer. Daher ist die Konzeption der modifizierten Innenverhältnisdeckung gerade bei einer GmbH ohne Aufsichtsrat im Vergleich zur Aktiengesellschaft einfach darstellbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um einen sog. Fremdgeschäftsführer handelt, der keinerlei Gesellschaftsanteile an der GmbH hält.

4.3 Insolvenzverwalter der Versicherungsnehmerin

Zu denken wäre hier z.B. an den Einschluss von Ansprüchen des Insolvenzverwalters, die im Fall der Insolvenz der Versicherungsnehmerin geltend gemacht werden. Das Aktiengesetz gestattet den Gläubigern, die keine Befriedigung von der Aktiengesellschaft erhalten können, die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Organmitglieder geltend zu machen (§§ 93 Abs. 5 Satz 1, 117 Abs. 5 Satz 1, 309 Abs. 4 Satz 3, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4 und 318 Abs. 4 AktG).⁹⁴ Im Fall einer Insolvenz werden deren Rechte vom Insolvenzverwalter ausgeübt (§§ 93 Abs. 5 Satz 4, 117 Abs. 5 Satz 3, 309 Abs. 4 Satz 5, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4 und 318 Abs. 4 AktG).⁹⁵

94 Ihlas, a.a.O. (Fn. 5), 114.

95 Ebenda.

96 Vgl. Abschnitt III.2 „Back to Basics: D&O ist eine Haftpflichtversicherung“.

97 Vgl. Abschnitte III.2.2.2 „Unzulänglichkeit der Gerichtsklausel“ und III.2.2.3 „Unzulänglichkeit der Kündigungsklausel“.

98 Vgl. Abschnitt I.2 „Immer mehr alte und neue Klauseln bewirken Unübersichtlichkeit der D&O-Verträge“.

99 Vgl. Abschnitt III.3.4. „Tochterunternehmen“.

100 Vgl. Abschnitt III.2.4. „Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähentheorie“ und nicht die D&O“.

101 Vgl. Abschnitte III.2.4. „Im erweiterten Innenverhältnis schützt die „Krähentheorie“ und nicht die D&O“ und III.4. „Denkbare Deckungserweiterungen: Abwehrkosten“.

102 Vgl. Abschnitt III.3.2.4.8.

103 Zum Aufsichtsrat vgl. die Abschnitte III.3.3.3 und III.4.2.

Stellt man hier ausdrücklich nur auf die Versicherungsnehmerin ab, bedeutet dies gleichzeitig, dass Innenverhältnisansprüche anlässlich der Insolvenz eines Tochterunternehmens nicht erfasst sein sollen. Es ist für den D&O-Underwriter eines Konzerngeflechts nicht prüfbar, ob die Muttergesellschaft objektiv bzw. subjektiv Willens ist, Tochterunternehmen vor einer Insolvenz oder einer Liquidation bzw. Abwicklung zu schützen. Es ist daher interessengerecht, dass, wenn schon eine Muttergesellschaft ihr Tochterunternehmen in die Insolvenz oder die Liquidation bzw. Abwicklung entlässt, eine D&O-Versicherung nicht im Anschluss daran Versicherungsschutz für die daraus resultierenden Innenverhältnisansprüche gewähren kann.

Für 2003 werden in Europa grob 200.000 Insolvenzen befürchtet. Es handelt sich hier um ein Risiko, das im Underwriting nicht erfasst werden kann, jedenfalls soweit es die Tochterunternehmen betrifft.

IV Vorteile der modifizierten Innenverhältnisdeckung des GDV

Die modifizierte Innenverhältnisdeckung löst fundamentale Probleme der Haftpflichtversicherung⁹⁶, wie vor allem die Unversicherbarkeit des unternehmerischen Risikos, viel besser als alternative Konzeptionen.⁹⁷

Ein wesentlicher Vorteil der modifizierten Innenverhältnisdeckung ist ihre internationale Akzeptanz. Dies ist wichtig für den Aufbau hoher Kapazitäten bei Großrisiken.

Mit dem modifizierten Innenverhältnis kann der Versicherungsschutz auf der Ebene der Muttergesellschaft in zweifacher Hinsicht optimiert werden: Erstens steht die Versicherungssumme vor allem den Organmitgliedern der Versicherungsnehmerin zur Verfügung. Sie tragen das größte Risiko und Kapazitäten sind knapp. Organmitglieder der Versicherungsnehmerin sind nicht bereit, ihr Gehalt, ihren Dienstwagen oder ähnliche persönliche Vorteile mit den Organ-

mitgliedern der Tochterunternehmen zu teilen. Warum sollten sie dies ausnahmsweise bei der D&O-Versicherungssumme tun, wo sie doch das höchste D&O-Risiko tragen? Zweitens bedeutet die hier beschriebene Technik der modifizierten Innenverhältnisdeckung im Kern, dass es auf der Ebene der Muttergesellschaft nicht auf die objektiv benannten Gefahren ankommt, die in Deutschland ausgeschlossen werden, sondern auf das subjektive Risiko der Anspruchsteller. Soweit die Organmitglieder der Versicherungsnehmerin betroffen sind, reduziert die modifizierte Innenverhältnisdeckung den Katalog der sonstigen Ausschlüsse und Regelungsmodifikationen der D&O-AVB erheblich. Die im deutschen Markt vorherrschende Ausschluss technik zielt auf objektive Gefahren ab und durchlöchert dadurch im internationalen Vergleich den Schutz für die Manager, die auf der Ebene der Muttergesellschaft tätig sind in vielfältiger Weise. Diese zur Zeit noch vorherrschende objektive Klauseltechnik begünstigt das Organmitglied auf der Ebene der Tochterunternehmen und belastet es auf der Holdingebene. Der zuletzt genannte Vorteil für die Organmitglieder der Versicherungsnehmerin wird immer wichtiger werden. Die alternative Technik der objektiven Risikobegrenzungen ufert jetzt immer schneller aus.⁹⁸

Die modifizierte Innenverhältnisdeckung schließt aus dem Deckungsschutz aus, was im Underwriting nicht geprüft werden kann: die Organhaftungsrisiken bei den Tochterunternehmen.⁹⁹ Hier kann nur die Praxis der gegenseitigen Schonung helfen.¹⁰⁰

Rechtsschutzlösungen haben sich im Bereich des erweiterten Innenverhältnisses als versicherbar erwiesen.¹⁰¹

Die modifizierte Innenverhältnisdeckung beantwortet die von Praktikern immer häufiger gestellte Frage, was ein „guter“ und was ein „schlechter“ Versicherungsfall ist. Wer soll auf den verschiedenen Ebenen der Organe eines Konzerns die Legitimation erhalten, in dem

nicht zu durchbrechenden Kreislauf von Führung, Anweisung, Ausführung und Kontrolle D&O-versicherte Haftungsansprüche zu erheben? Alle Berechtigten? Die Antwort kann hier nur lauten: das Kapital i.S. der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Versicherungsnehmerin.

Durch die Vereinbarung der modifizierten Innenverhältnisdeckung ist eine Reduktion des hohen Anteils der „Testballons“¹⁰² an den Schadenmeldungen, Umstandsmeldungen oder rein theoretischen Fragestellungen gewährleistet. Alle Beteiligten können so mehr Zeit für die „guten D&O-Versicherungsfälle“ aufwenden.

Die Mitversicherung von Versicherungsfällen, die auf Beschlüssen des Aufsichtsrats der Versicherungsnehmerin beruhen, wäre zwar vom Ansatz her gesehen zukünftig zu erwägen, ist aber nicht unproblematisch.¹⁰³

Impressum

Herausgeber: Kölnische Rückversicherungs-Gesellschaft AG, Theodor-Heuss-Ring 11, 50668 Köln
<http://www.gcr.com>

Redaktion: RAin Regina Dahm-Loraing (verantwortlich); RA Michael Köhler; Reinhard Müller; RA Dr. Mathias Schubert; Dipl.-Übersetzerin Ursula Smoll.

Anschrift der Redaktion:
Theodor-Heuss-Ring 11, 50668 Köln
Telefon (0221) 9738 1650
Fax (0221) 9738 453
Email rlorain@gcr.com; smoll@gcr.com

Verlag: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH
Postfach 64 69, 76044 Karlsruhe
Telefon (0721) 3 50 90, Fax (0721) 3 18 33

Druck: Fries, Köln

Erscheinungsweise: (zweimonatlich)
Januar, März, Mai, Juli, September, November

Bestellungen: direkt beim Verlag

Bezugspreis: Jahresabonnement EUR 100;
Einzelheft EUR 23,50 zuzüglich Versand- bzw.
Zustellkosten (Preisänderungen vorbehalten);
die Preise verstehen sich inklusive Mehrwert-
steuer.

Der Abonnementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist zum Jahresende unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist möglich.

Die veröffentlichten Beiträge genießen urheberrechtlichen Schutz, solche mit Angabe des Verfassers stellen nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers oder der Redaktion dar.

© Kölnische Rückversicherungs-Gesellschaft AG 2003
ISSN 0946-9540

Zitiervorschlag: PHi, Jahr, Seitenzahl