

AR
EX
—
20
18

*Der Award für
Aufsichtsrat EXzellenz*



Herausgeber

Dr. Josef Fritz

Das AREX-Buch 2018 wird Ihnen gewidmet von Brainloop und BOARD SEARCH.

Redaktionsteam: Silvia Halper, Andrea Ipsmiller, Dr. Josef Fritz, Mag. Helmut Pöllinger

Grafik: Mag. Christian Hochmeister

Druck: Lithoprint/Korneuburg

Dipl.-Ing. Burkhard Schwarz
Burkhard Schwarz Consulting

Aufsichtsrat: Das Risiko der persönlichen Haftung trotz D&O

Vielen gilt ein Aufsichtsratsmandat als krönender Abschluss ihrer erfolgreichen Karriere – und das ist es wohl auch:
Raus aus der operativen Hektik und den turnusmäßigen Abschlüssen hin zum Einsatz der eigenen Expertise und der unternehmerischen Weitsicht für ein ehrbares Ziel. Noch dazu ist gesellschaftliche Anerkennung für das Amt so gut wie sicher.

Jedoch sind sich Aufsichtsratsmitglieder – und ihre Anwärter – oft nicht bewusst, dass sie dem Unternehmen im Rahmen ihrer selbstständigen Beratungstätigkeit **haften, und zwar persönlich, unbeschränkt und mit ihrem gesamten Vermögen**. Was früher nur für Manager galt, ist unterdessen auch für die Aufsichtsorgane Gesetz: Der Aufsichtsrat ist selbst für einen Schaden haftbar, wenn er Ansprüche gegen die Geschäftsleitung nicht geltend macht, obwohl es geboten gewesen wäre. Das heißt konkret: Jedes Aufsichtsratsmitglied haftet de facto für jeden Fehler der Geschäftsleitung – die kleinste Nachlässigkeit kann bereits als folgenschwere Pflichtverletzung ausgelegt werden.

Nun mögen viele annehmen, dass man hinsichtlich dieses Risikos gut durch die Directors & Officers Versicherung (D&O) geschützt ist. Das ist leider häufig ein Trugschluss. Es gibt zahlreiche Konstellationen, bei denen die D&O-Versicherung nicht eintritt und das Haftungsrisiko sowie die Rechtskosten allein auf das Aufsichtsratsmitglied zurückfallen.

Dies kann in folgenden Zusammenhängen der Fall sein:

1 **Immanente Interessenskonflikte bei Gruppenversicherung**

Im Konfliktfall verkünden sich die Parteien zur Regresssicherung gegenseitig den Streit. Bestehen dann für die Geschäftsleitung, also der Geschäftsführung oder dem Vorstand auf der einen und dem Aufsichtsrat oder Beirat auf der anderen Seite keine getrennten Versicherungspolicen bei verschiedenen Versicherungsunternehmen, entsteht zwangsläufig ein Interessenskonflikt bei dem einen Versicherungsunternehmen, da es nicht Kläger und Beklagten gleicher-

maßen vertreten kann.

Dieser Konflikt wird sich unter anderem darin äußern, dass prozessentscheidende Sachverständigen-Gutachten der jeweils anderen Partei vorenthalten werden – aus prozesstaktischen Gründen oder schon allein wegen ansonsten unterstellbarem Parteiverrat.

Seine Ursache hat der polizen-immanente Interessenskonflikt in einem Versicherungskonstrukt, das aus dem amerikanischen One-Tier-System nach Europa eingeführt wurde, obgleich hier aus gutem Grund das Two-Tier-System vorherrscht – also die Trennung von Kontrollierenden und Kontrollierten.

2 **Versicherungsunterdeckung und Versicherungsausschlüsse**

Untersuchungen zu etwaigem Fehlverhalten sowie nachfolgende rechtliche Auseinandersetzungen erfolgen hierarchisch immer von unten nach oben (Sachbearbeiter, Abteilungsleiter, Bereichsleiter, Geschäftsführer/Vorstand, Aufsichtsrat/Beirat). Diese Ebenen und Organe werden im Streitfall zu Prozessgegnern. Dann ist die Versicherungssumme leicht aufgebraucht, bevor das Aufsichtsratsmitglied als letzter in der Kette persönliche Inanspruchnahme geltend machen kann.

Genauso fatal sind Haftungsausschlüsse in den Bedingungen der D&O-Versicherungen bei pflichtwidrigem Verhalten oder auch nur fahrlässigem Handeln. Die Abgrenzung ist selbst für Juristen regelmäßig schwierig, da die nicht-standardisierten Definitionen zwischen Begriffen wie „billiger Inkaufnahme“ und „wissentlichem Abweichen“ bis hin zu „vorsätzlicher Schadensverursachung“ und „vorsätzlicher Pflichtverletzung“ variieren, wobei letztere den schwerwiegendsten Ausschlussgrund darstellt.

3 **Claims-Made-Prinzip**

Oft werden etwaige Pflichtverletzungen der Aufsichtsorgane erst Jahre später im Rahmen von Ermittlungen zu Schadensersatzforderungen betroffener Unternehmen untersucht. Das für D&O-Versicherungen typische Claims-Made-Prinzip unterscheidet nun zwischen der Anspruchsentstehung, dem Haftungsfall, und der Anspruchsgeltendmachung, dem Versicherungsfall. Diese Ereignisse können zeitlich weit auseinander liegen; haftbar ist ein Aufsichtsratsmitglied jedoch bis zu zehn Jahre nach der Anspruchsentstehung. Ein Zeitpunkt also, zu dem das Mandat längst niedergelegt oder das Unternehmen bereits insolvent sein kann. Bestand oder besteht eine D&O-Versicherung nur zu einem dieser Zeitpunkte, führt dies rückwirkend zum Totalverlust des Versicherungsschutzes.

Das Aufsichtsratsmitglied hat weder Anspruch noch Einfluss auf die Fortführung der D&O-Versicherung. Schließlich ist das Unternehmen der zahlende Versicherungsnehmer und das Aufsichtsratsmitglied nur der Begünstigte. Enthält die Police keinen sogenannten Nachhaftungsschutz, wiegt sich das Organmitglied unter Umständen in der trügerischen Sicherheit, es sei noch D&O-versichert.

4 **Verzögerungstaktik und Deckungsablehnung**

Die stets um Kostensenkung bemühten Versicherer haben ein ganzes Repertoire an Methoden und Gründen entwickelt, um der eigenen Eintrittspflicht zu entgehen. Aus den Schilderungen

des eingeschüchterten Beschuldigten werden Obliegenheitsverletzungen wie Falschinformation, Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz abgeleitet – mit der Konsequenz der Deckungsablehnung.

Andere beliebte Taktiken sind die systematische und langfristige Verschleppung der Deckungszusage, im Zuge derer immer neue Informationen und Auskünfte in zahllosen Fragenkatalogen eingefordert werden – oder die Aufnahme von vagen Vergleichsverhandlungen, die genauso ergebnislos bleiben.

Über diesen langen und zermürbenden Zeitraum finanziert das mittlerweile vom Amt abberufene Aufsichtsratsmitglied seine Verteidigung selbst, während es in ständiger Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens lebt – mit allen Auswirkungen auf Gesundheit, Familie sowie das berufliche und gesellschaftliche Selbstbild.

5 **Rechtsschutz nach Standardgebührenordnung**

Ebenso aus Kostenoptimierungsgründen übernehmen D&O-Versicherungen gerne nur Rechtsanwaltskosten nach der Standard-Gebührenordnung. Da spezialisierte Fachanwälte jedoch nur für deutlich höhere Stundenhonorare arbeiten, sind Streitigkeiten mit dem Versicherer unausweichlich. Freie Anwaltswahl ohne Widerspruchsrecht des Versicherers und die volle Übernahme des Honorars sind essentiell, wenn sich ein Aufsichtsratsmitglied gegen einen Schuldvorwurf mit Hilfe eines Rechtsbeistandes zur Wehr setzen muss.

Das Risiko, dass sich Aufsichtsräte erheblichen Regressforderungen durch geschädigte Unternehmen gegenüber gestellt sehen, ist ganz real: Die Gerichte in Deutschland zählen in diesem Zusammenhang derzeit **6.000 laufende Gerichtsverfahren**, wobei auch die Versicherer selbst zunehmend zum Beklagten werden, weil sie die Deckung versagen. Statistisch wird jede zehnte D&O-Versicherungspolice formal in Anspruch genommen; wie viele Versicherer am Ende wirklich zahlen ist ein wohlbehütetes Geheimnis. Im Übrigen scheitert der Versuch, bei Mandatsniederlegung eine Ausgleichsklausel zu vereinbaren, wonach sämtliche Ansprüche der Vertragsparteien ausgeglichen und erledigt sind. Eine solche Klausel wäre rechtlich unwirksam.

Hinzu kommt, dass die Last, **die eigene Unschuld im Streitfall zu beweisen**, bei jedem Aufsichtsratsmitglied selbst liegt. Dass dieser Beweis in dem komplexen Mehrparteienverhältnis Vorstand-Aufsichtsrat-Versicherung schwer zu erbringen ist, leuchtet schnell ein. Zu dem materiellen Schaden tritt die Rufschädigung, sobald man in den Fokus von Ermittlungen gerät und Gegenstand der medialen Berichterstattung wird. Dann droht auch noch die Unvermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt auf nicht absehbare Zeit. Solche Situationen sind existenzbedrohend und können in die Privatinsolvenz führen. Und aus ist der Traum vom krönenden Abschluss der Karriere...

Jedem amtierenden oder angehenden Aufsichtsratsmitglied sei daher ans Herz gelegt, sich mit seiner rechtlichen Haftungsverpflichtung und der diesbezüglichen Absicherung vertraut zu machen. Bei sich neu formierenden Aufsichtsräten gehört **die ausführliche Erörterung der Bausteine der D&O-Versicherung**, die das Unternehmen für den Aufsichtsrat abgeschlossen hat, auf die Tagesordnung der konstituierenden Sitzung.

Hinweis: Dieser Kurzbeitrag kann nur eine Einführung vom Nicht-Juristen für Nicht-Juristen sein, um das Bewusstsein für ein gemeinhin unterschätztes Risiko zu schärfen.