

D&O - Wege durch den harten Markt

von Rechtsanwalt Thomas Lindner, München

Seit über zwei Jahren steckt die D&O-Versicherung im harten Markt fest. Die Preise steigen kontinuierlich, die Kapazitäten werden immer knapper. Viele Kunden haben Probleme, ihre D&O-Programme mit ausreichenden Versicherungssummen zu füllen. Die Fragen der Versicherer für die Risikoprüfung werden umfangreicher, ebenso die Deckungs-Ausschlüsse. Gleichzeitig wird der zeitliche Versicherungsschutz eingeschränkt, sei es bei der Rückwärtsversicherung oder wenn es darum geht, Schäden auch noch nach dem Ende der Police unter die Deckung zu melden (sogenannte ‚Nachhaftung‘).

Schon wird der Ruf nach Alternativen lauter. Dabei tun sich viele Fragen auf, etwa: Ist es möglich, die Haftung der Manager*innen / Organe vertraglich einzuschränken? Helfen D&O-Verschaffungsklauseln den Beteiligten weiter? Kann wenigstens ein Teil der Risiken in eine Captive, also einen firmeneigenen Versicherer, eingebracht werden? Was ist bei einem alternativen Risikotransfer zu beachten?

Alle Wege dabei sind steinig, wie sich gleich noch zeigen wird. Aussitzen funktioniert allerdings auch nicht, weil die Schäden sonst an den Unternehmen hängenbleiben. Oder an den Organen, falls die Gesellschaft zahlungsunfähig wird.

Vertragliche Haftungsbegrenzungen schaffen nur wenig Luft

Angesichts der enormen Schadenshöhen, die in der Managerhaftung inzwischen erreicht werden, wird immer wieder der Versuch unternommen, die Risiken bereits in den Anstellungsverträgen der Organe zu begrenzen. Eine Möglichkeit besteht darin, den Grad des Verschuldens auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz anzuheben. Eine andere bzw. zusätzliche Option wäre, die Haftung der Höhe nach zu begrenzen, beispielsweise auf drei Jahresgehälter.

Allerdings verhindert § 93 Absatz 4 Satz 3 des deutschen Aktiengesetzes eine vorzeitige Entlassung der Organe von Aktiengesellschaften aus deren Haftung gegenüber den eigenen Unternehmen (Binnenhaftung). Vielmehr braucht es eine Zustimmung der Hauptversammlung, die frühestens drei Jahre nach Entstehung des Schadenersatzanspruchs erfolgen kann. Ähnliche Hürden bestehen in vielen Bundesstaaten der USA, aber auch in anderen Ländern innerhalb und außerhalb Europas.

Somit ist es nur bei einem Teil der Gesellschaften möglich, schon im Vorwege Vereinbarungen zu treffen, welche die Binnenhaftung auf ein zumutbares Maß reduzieren könnten.

Außerdem verbleiben die Schäden dann bei den Unternehmen, die sich deshalb genau überlegen müssen, ob sie solche Risiken selbst tragen können oder besser doch auf Dritte transferieren, um nicht in eine finanzielle Schieflage zu geraten.

Ein weiteres Augenmerk sollte auf die sogenannte Außenhaftung gerichtet werden. Darunter fallen alle Forderungen, die von Anspruchstellern außerhalb der Unternehmen an die Organe herangetragen werden, etwa von Behörden, Gläubigern, Aktionären oder privaten Geschädigten (prominentes Beispiel ist hier der Fall Leo Kirch gegen Rolf Breuer, der erst nach jahrelangem Streit beigelegt werden konnte). Alle diese Ansprüche können naturgemäß nicht durch vertragliche Regelungen gemindert werden. Es wäre zwar grundsätzlich zulässig, dass die Unternehmen ihre Organe von Forderungen Dritter freistellen. Den finanziellen Verlust trifft dann aber das Unternehmen, sofern es den Schaden nicht (mehr) an eine Versicherung weiterreichen kann.

Versicherungsverschaffungsklauseln erzeugen ambivalente Wirkungen

Schon seit etlichen Jahren wird ins Spiel gebracht, die Organe mit sogenannten ‚Verschaffungsklauseln‘ in ihren Anstellungsverträgen abzusichern. Oft wird dabei der Versuch unternommen, die Unternehmen dauerhaft zu verpflichten, ein gewisses Mindestmaß an Versicherungsschutz zugunsten der Organe (=versicherte Personen) aufrechtzuerhalten. Diese Garantie soll sowohl für die Höhe der Versicherungssumme als auch für den inhaltlichen Umfang der Deckung gelten. Eine entsprechende Formulierung würde lauten:

„Die Gesellschaft verpflichtet sich, für Herrn / Frau XY eine D&O-Versicherung mit einer Deckungssumme von XXX Mio. Euro abzuschließen beziehungsweise bereits bestehenden D&O-Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten. Zum Zeitpunkt des Beginns des Dienstvertrages gilt der Versicherungsschutz im Umfang der D&O Police und der Versicherungsbedingungen, die als Anlage diesem Anstellungsvertrag beigefügt sind.

Die Gesellschaft verpflichtet sich gegenüber Herrn / Frau XY, den in der Anlage definierten Versicherungsschutz als Mindeststandard (Deckungssumme, allgemeine und besondere Versicherungsbedingungen) für die Laufzeit des Dienstvertrages und nach Beendigung des Dienstvertrages für die Laufzeit der Verjährungsfrist von Organhaftungsansprüchen nicht zu unterschreiten.“

Es darf davon ausgegangen werden, dass sich solche oder so ähnliche Klauseln inzwischen in einer Vielzahl von Anstellungsverträgen der Organe finden. Hintergrund ist der sehr weiche D&O-Markt, der sich über eineinhalb Jahrzehnte in Deutschland und in vielen anderen Ländern ausgebreitet hatte. In einem solchen Umfeld war es für die Gesellschaften kein Problem, ihren obersten Führungsriege

großzügige Zusagen zu machen, da sie mit Leichtigkeit immer bessere D&O-Programme zu auch noch fallenden Preisen organisieren konnten.

In einer harten Marktphase, wie wir sie nunmehr erleben, lassen sich diese Versprechungen aber nicht mehr einlösen, weil schon die Deckungssummen immer mehr schrumpfen. So entsteht das Problem, dass sich die Unternehmen regresspflichtig gegenüber den Organen machen, wenn sie in einem Schadenfall nicht mehr die garantierte Deckung zur Verfügung stellen können. Im Falle einer Binnenhaftung hat das die Kuriosität zur Folge, dass sich dann zwei Schadenersatzforderungen gegenüberstehen. Anders ausgedrückt: Die Binnenhaftung reduziert sich um den Teil, der aus dem ursprünglich versprochenen Versicherungs-Topf fehlt.

Um diese Situation zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Garantien einer Versicherungsveranschaffung so aufzuweichen, dass sie mit der jeweiligen Situation auf den D&O-Märkten zusammenpassen, beispielsweise mit der Formulierung:

„Sollte der definierte Mindeststandard aufgrund eines härter werdenden D&O-Marktes zukünftig nicht aufrechterhalten werden können, so hat die Gesellschaft den in der jeweiligen Marktphase optimal möglichen Versicherungsschutz zu verschaffen.“

Der eine oder andere Kunde mag vielleicht aber auch denken, dass diese verzwickte Situation gar nützlich sein könnte, um das Verbot einer Enthaltung zu umgehen. Man könnte - so die Idee - ganz bewusst eine überhöhte Deckungsgarantie versprechen und dabei in Kauf nehmen, diese gar nicht einhalten zu können. Letztlich trüge das Unternehmen den Schaden aus eigener Tasche, sparte sich aber die Prämien, indem es sich gar nicht ernsthaft um eine ausreichende Deckung bemüht.

Allerdings laufen diejenigen, die eine solche Entscheidung treffen, wohl ihrerseits Gefahr, eine Pflichtverletzung zu begehen und dem Unternehmen jene Summe ersetzen zu müssen, die hätte versichert werden können. Die hinreichende Absicherung der Risiken eines Unternehmens gehört nun einmal zu den wesentlichen Pflichten des Managements.

Wie man es dreht und wendet bleibt es schließlich dabei, dass Verschaffungsklauseln einen Risikotransfer auf Versicherer oder sonstige Dritte nicht ersetzen können. Der Schaden manifestiert sich vielmehr bei den Gesellschaften. Und wenn diese auch noch insolvent sind, haben wieder die Organe den schwarzen Peter in der Hand, jedenfalls dann, wenn der Schadenersatzanspruch gegen sie von dritter Seite kommt (Außenhaftung).

Neue Kapazitätsgeber sind rar

Die derzeitige Marktverhärtung in D&O begründet sich hauptsächlich durch die vielen und stets teurer werdenden Schäden in dieser Sparte. Zudem wachsen die Risiken der Organe konstant weiter, sei es durch eine immer stärkere Regulatorik, kaum mehr beherrschbare Unternehmensgrößen, pandemie-

oder rezessionsgetriebene Finanzschwächen oder einfach nur durch eine höher werdende Anspruchsmentalität und Klagebereitschaft der Geschädigten.

Auf der anderen Seite gibt es nach wie vor viel freies Kapital, dessen Eigentümer fieberhaft nach Anlagemöglichkeiten fahnden. Diese Situation wird aller Voraussicht nach auch weiterhin so bleiben, weil die Europäische Zentralbank keinerlei Anstalten macht, die Zinsen in absehbarer Zeit wieder anzuheben. Vermutlich ginge das auch gar nicht, ohne den finanziellen Kollaps zahlreicher Mitgliedsstaaten zu riskieren. Die äußeren Umstände sind also weiterhin günstig für neue oder bereits bestehende Anbieter, in die D&O-Märkte einzusteigen bzw. sich dort weiter vorzuwagen.

Allerdings besteht - wie gesagt - das Problem der Schäden, die auf viele Versicherer eine abschreckende Wirkung haben. Neue Spieler machen deshalb erst mal einen Bogen um D&O oder Cyber. Andere Risikoträger ziehen es vor, sich nur im Exzedentenbereich zu positionieren. Dazu kommt, dass ein Engagement als Grundversicherer einen deutlich höheren Aufwand erzeugen, ob im Underwriting, in der Produktentwicklung oder in der Schadensabwicklung. Dies erfordert wiederum, dass die Versicherer mehr Geld in die Hand nehmen müssten, was viele Verantwortliche scheuen, zumal ja kaum Geld da ist, um die Schäden zu bezahlen.

Eine Lösung durch neue Anbieter bzw. Kapazitäten in klassischer Versicherungsform ist derzeit also auch nicht in Sicht.

Alternativer Risikotransfer kann ein neuer Weg sein

Eine andere Überlegung besteht darin, zumindest Teile der D&O-Risiken alternativ zu transferieren, beispielsweise über eine Captive (firmeneigene Versicherer) oder über einen sonstigen Fronter mit Versicherungslizenz („virtuelle Captive“). Captives bringen zwar einen erheblichen administrativen und finanziellen Aufwand mit sich. Vielleicht ist es aber möglich - und sollte zumindest ernsthaft geprüft werden -, über Captives auch D&O-Risiken anderer Unternehmen abzusichern.

Für die sogenannten Side A-Risiken, welche die direkte Inanspruchnahme der Organe durch das eigene Unternehmen betreffen, ist die Eigenversicherung allerdings kompliziert. Dies vor allem dann, wenn wie in Deutschland Verbote oder Einschränkungen für die Enthftung der Organe bestehen. In diesen Fällen muss darauf geachtet werden, dass die alternative Absicherung für einen ausreichenden Transfer auf Dritte sorgt. Andernfalls läge eine unzulässige Umgehung der Regelungen zur (eingeschränkten) Enthftung der Organe vor.

Eine der Hauptsituationen, in denen Organe nicht enthftet werden können, wird bei Insolvenz der Unternehmen virulent. Denn in einer traditionellen Captive-Lösung wird die Versicherung von einer (dazu extra gegründeten) Tochtergesellschaft des Unternehmens bereitgestellt. Eine solche Eigenversicherung funktioniert aber nicht, wenn in der Insolvenz des Konzerns das Vermögen der

Captive nicht ausreichend vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt ist. Es kommt zum Ausfall der Absicherung mit der Folge, dass die Organe auf den Schäden sitzenbleiben.

Eine angemessene Finanzierung des firmeneigenen Versicherers kann zwar für die versicherten Personen einen gewissen Schutz vor Insolvenz oder finanzieller Schieflage der Muttergesellschaft bieten. Ein solcher Schutz stellt aber keineswegs eine sichere Finanzierung der Freistellungsverpflichtungen dar.

Es empfiehlt sich zumindest, getrennte Identitäten der Captive vom Unternehmen zu bilden und gewissenhaft beizubehalten. Die Captive sollte dazu ausreichend aktiviert sein, um genügend Reserven und Betriebskosten ohne regelmäßige Kapitalzufuhr bereitzustellen. Sie sollte zudem unabhängig verwaltet werden und auf einer marktüblichen, wirtschaftlich angemessenen Basis betrieben werden.

Zudem lehnen es viele Organe ab, dass Entscheidungen darüber, ob ihre Versicherung ausgezahlt werden soll oder nicht, von einer Stelle getroffen werden, die letztlich der Kontrolle des Unternehmens unterliegt, von dem sie zur Verantwortung gezogen werden. Gerade in der Binnenhaftung möchten die Betroffenen sichergestellt wissen, dass alle Entscheidungen bei der Bearbeitung und Kontrolle von Schäden objektiv und unabhängig vom Unternehmen getroffen werden.

Somit bietet es sich an, sowohl die Policierung als auch die Schadenbearbeitung auf eine unabhängige Versicherungsgesellschaft zu transferieren, die dann wiederum rückversichert werden kann. Mit diesem Modell einer ‚virtuellen Captive‘ werden aus Sicht der versicherten Personen sowohl die Insolvenzgefahren des Unternehmens gebannt als auch eine weitestgehende Unabhängigkeit im Umgang mit dem Versicherungsschutz gewährleistet.

Das Ausfallrisiko würde vielmehr der Versicherer übernehmen, der deshalb auf die Finanzstärke der Unternehmen achten wird, während das eigentliche Haftungsrisiko eher in den Hintergrund tritt. Somit ist es für die Unternehmen geboten, sich rechtzeitig vor einer Krise zu wappnen und um alternativen Risikotransfer zu bemühen.

Wie geht es nun weiter?

Risikomanager dürfen nicht einfach die Augen schließen und darauf verweisen, die Märkte gäben nicht mehr Versicherungsschutz für die Organe her. Hoffen, dass der Kelch an ihrem Unternehmen einfach irgendwie vorüberginge, ist keine Lösung. Vielmehr geht es jetzt darum, nach neuen Wegen Ausschau zu halten, wie sie auch schon in anderen Sparten beschritten werden, sobald die Kapazitäten der „klassischen“ Versicherer nicht ausreichen, den Bedarf der Kunden zu decken. Gefragt ist sogenannter alternativer Risikotransfer (ART), der insbesondere dann zum Zuge kommt, wenn Risiken sehr hoch oder so speziell sind, dass sich kein ausreichender Versicherungsmarkt dazu bildet.

Angesichts der zunehmend schwierigeren Marktbedingungen bietet sich an, virtuelle Captives entweder als Alternative oder als Ergänzung zu klassischen Versicherungen zu installieren, um die Herausforderungen der Kapazitätsbeschaffung zu bewältigen. Zu diesem Zweck sollten jedoch die Feinheiten im Umgang mit D&O-Risiken auf der einen Seite und deren Transfer über virtuelle Captives auf der anderen Seite mit gebührender Sorgfalt geprüft, strukturiert und umgesetzt werden.

Die Versicherer können ihren Kunden zur Seite stehen, auch wenn sie die Risiken nicht oder nur teilweise übernehmen wollen. Es bleibt genügend Raum für Unterstützung beim Aufbau der Pools, im Underwriting und Monitoring der Risiken oder in der Schadenbearbeitung. Auf diese Weise können die Beteiligten die schwierigen Marktverhältnisse gemeinsam meistern.