

RA Dr. Burkhard Fassbach/RA Dr. Carsten Wettich

Der Aufsichtsrat: Überwachungsaufgabe, persönliche Haftung und D&O-Versicherung

Die Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder sind in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Dies liegt sowohl in immer ausufernderen rechtlichen Vorgaben für den Aufsichtsrat und seine Mitglieder – insbesondere bei börsennotierten Unternehmen – als auch in einer zunehmenden gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder begründet. Eine Absicherung gegen die Risiken aus einer persönlichen Inanspruchnahme in existenzbedrohender Höhe bieten D&O-Versicherungen. Allerdings ist eine erhebliche Diskrepanz zwischen der materiell-rechtlichen Haftung des Aufsichtsrats und der in der Praxis vorherrschenden versicherungsrechtlichen Deckung über D&O-Gruppenpolicen festzustellen. Diese aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum stammende Konzeption führt im deutschen dualistischen System mit der Trennung des Leitungs- und Überwachungsorgans zwangsläufig zu Interessenkonflikten. Vorzugswürdig erscheint daher eine Trennung der Deckungen für Vorstand und Aufsichtsrat mit unterschiedlichen Risikoträgern.

A. Einführung

Namhafte, medienpräzente Fälle bei großen, internationalen Konzernen haben das Thema Organhaftung in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Die meisten Fälle einer Haftung des Aufsichtsrats betrafen ein (vorgebliches) Versagen der Aufsichtsorgane in der Finanzkrise oder bei der Überwachung der Compliance-Organisation im Hinblick auf Korruptionsfälle und Kartellabsprachen. Aber auch bei mittelständischen Unternehmen ist in der Praxis eine steigende Anzahl von Manager- und Aufsichtsratshaftungsfällen zu beobachten. Die lange verbreitete Auffassung, Vorstände hätten eine Beißhemmung hinsichtlich der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder, stimmt heute jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht mehr. Vielmehr gerät der Aufsichtsrat zunehmend selbst in den Haftungsfokus. Auslöser sind namentlich die Streitverkündung eines von der Gesellschaft klageweise in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds gem. § 72 ZPO an Aufsichtsratsmitglieder sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in der Insolvenz der Gesellschaft durch Insolvenzverwalter.¹ Zudem müssen Aufsichtsräte in der Praxis jedenfalls bei Aktiengesellschaften mit breiterem Aktionärskreis vermehrt befürchten, dass die Frage, ob der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht nachgekommen ist, zum Gegenstand von Sonderprüfungsanträgen gemacht wird.

Vor diesem Hintergrund kommt der Directors&Officers (D&O)-Versicherung als Vermögensschadens-Haftpflichtversicherungen für Aufsichtsratsmitglieder zunehmend praktische Bedeutung zu. Das aus dem angelsächsischen Raum stammende tradierte Konzept der D&O-Versicherung mit einer Gruppenpolice ist allerdings für das sog. One-Tier Board-System entwickelt worden, während das deutsche Gesellschaftsrecht von einer Trennung der Geschäftsleitung (Geschäftsführung, Vorstand) und des Überwachungsorgans (Aufsichtsrat) ausgeht (sog. Two-Tier Board-System). Dies

kann im Schadensfall zu Interessenkonflikten beim D&O-Versicherer führen, wenn sowohl Vorstands- als auch Aufsichtsratsmitglieder Deckung unter derselben D&O-Police suchen. Trotz der enormen praktischen Bedeutung wurde dieses Thema in der Rechtswissenschaft lange Zeit vernachlässigt. Erst in neuerer Zeit beschäftigen sich Autoren vereinzelt damit.² Der nachfolgende Beitrag versucht zu dieser beginnenden rechtswissenschaftlichen Diskussion einen Beitrag zu leisten. Nach einer Beschreibung der Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit seiner Überwachungsaufgabe (Abschnitt B.) wird der materiell-rechtliche Haftungstatbestand behandelt (C.). Ausgehend hiervon wird im Abschnitt D. die Funktionsweise der D&O-Versicherung dargestellt und aufgezeigt, dass in Abkehr von der gegenwärtig vorherrschenden Praxis einer D&O-Gruppenpolice eine Trennung der Deckungen für Vorstand und Aufsichtsrat mit unterschiedlichen Risikoträgern sinnvoll erscheint.

B. Die Überwachungsaufgabe und Pflichtenstellung des Aufsichtsrats

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder findet gem. § 116 AktG die Vorschrift des § 93 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder entsprechende Anwendung. § 93 AktG hat dabei doppelte Bedeutung: Zum einen werden in Abs. 1 die Sorgfaltspflichten des Aufsichtsratsmitglieds normiert. Aufsichtsratsmitglieder haben im Rahmen ihrer Amtsführung die Sorgfalt anzuwenden, die für eine ordentliche und gewissenhafte Erfüllung der Pflichten des Aufsichtsrats – insbesondere der Überwachungspflicht – erforderlich ist.³ Zum anderen enthält § 93 Abs. 2 AktG die zentrale Anspruchsgrundlage für die persönliche Haftung von Organmitgliedern. Gerade in dem Bereich der Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands (§ 111 Abs. 1 AktG), eine der zentralen Aufgaben des Aufsichtsrats neben seiner Personalkompetenz (Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, Festsetzung

¹ Hüffner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 1; v. Schenk, NZG 2015, 494 (494, 497); Wettich, AG 2015, 681 (684).

² Armbrüster, NJW 2016, 897; Fassbach, Board 2014, 156/160 f.; Fassbach/Wettich, GWR 2016, 199; v. Schenk, NZG 2015, 494.

³ Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AG, 4. Aufl. 2015, § 33 Rz. 72.

der Vorstandsvergütung, etc.), bestehen Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder.⁴ Diese können in einem konkreten Überwachungsversagen im Einzelfall begründet liegen, aber auch in der Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten hinsichtlich der zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe notwendigen Organisation des Aufsichtsrats.⁵

I. Gegenstand, Mittel und Umfang der Überwachungsaufgabe

Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats kann in eine vergangenheitsbezogene Kontrolle und eine präventive Beratung des Vorstands unterteilt werden.⁶ Sie erfasst gegenständlich die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand, nicht hingegen das Tagesgeschäft und nicht die Tätigkeit von Angestellten.⁷ Leitungsentscheidungen unterliegen einer Rechtmäßigkeits-, Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeitkontrolle durch den Aufsichtsrat. Sie sind also daraufhin zu überprüfen, ob sie im Einklang mit Gesetz und Satzung stehen sowie wirtschaftlich sinnvoll und zweckmäßig sind.⁸

Kerninstrument einer präventiven Kontrolle ist eine aktive Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat. Der auf börsennotierte Gesellschaften anwendbare Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) formuliert dies im beschreibenden Teil (Ziff. 3.3 DCGK) dahingehend, dass der Vorstand die strategische Ausrichtung des Unternehmens mit dem Aufsichtsrat abstimmt und mit ihm in regelmäßigen Abständen den Stand der Strategieumsetzung erörtert. Des Weiteren sind gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Zustimmungsvorbehalte festzulegen, bei denen der Vorstand zu bestimmten Arten von Geschäften die Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Ziff. 3.3 DCGK beschreibt dies wiederum dahingehend, dass hierzu Entscheidungen oder Maßnahmen gehören, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Durch die Aufstellung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte in der Satzung, einer Geschäftsordnung oder durch Beschluss des Aufsichtsrats kann der Aufsichtsrat in gewissem Umfang, wenn auch nur im Sinne eines Vetorechts, aktiv in die Unternehmensleitung des Vorstands eingreifen.

Hingegen steht dem Aufsichtsrat kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu. Der Vorstand leitet vielmehr die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ (§ 76 Abs. 1 AktG). Darin liegt ein wesentlicher Unterschied in der Corporate Governance der Aktiengesellschaft gegenüber der GmbH, in der der Gesellschafterversammlung Weisungsbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung zustehen. Auch dürfen dem Aufsichtsrat keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG). Das Gesetz verlangt also eine klare Trennung von Leitungsorgan Vorstand und Überwachungsorgan Aufsichtsrat. Dies bringt auch § 105 Abs. 1 AktG zum Ausdruck, wonach niemand zugleich Mitglied in Vorstand und Aufsichtsrat sein darf.

Mittel der Überwachung sind in erster Linie die Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat gem. § 90 AktG. Hiernach hat der Vorstand dem Aufsichtsrat regelmäßig zu berichten u.a. über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (mindestens einmal jährlich), über die Rentabilität der Gesellschaft (einmal jährlich in der Bilanzsitzung) und den Gang der Geschäfte (regelmäßig, mindestens vierteljährlich) sowie über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (anlassbezogen und möglichst so rechtzeitig, dass der Aufsichtsrat vor Vornahme des Geschäfts Stellung nehmen kann). Die vom Vorstand einzuhaltenden Berichtsstandards werden in § 90 Abs. 4 AktG näher konkretisiert. Sie müssen dem Aufsichtsrat ein zutreffendes und vollständiges Bild der Lage der Gesellschaft geben, damit der Aufsichtsrat seiner Überwachungsaufgabe nachkommen kann.

II. Einsichts- und Auskunftsrecht vs. Überwachungspflicht

Der Berichtspflicht des Vorstands (Bringschuld) steht ein entsprechendes Auskunftsrecht des Aufsichtsrats gegenüber. Zusätzlich zu den zuvor genannten Regelberichten kann der Aufsichtsrat – bzw. ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied an den Aufsichtsrat – vom Vorstand jederzeit Berichte über die Angelegenheiten der Gesellschaft und ihre verbundenen Unternehmen an den Aufsichtsrat verlangen, sog. Ad hoc-Berichtspflicht des Vorstands (§ 90 Abs. 3 S. 1 AktG). § 111 Abs. 2 S. 1 AktG normiert des Weiteren ein weites Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats, das er selbst oder durch die Beauftragung von Sachverständigen für bestimmte Aufgaben wahrnehmen kann.

Mit dem Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder gehen entsprechende Pflichten einher.⁹ Jedes Aufsichtsratsmitglied ist dazu verpflichtet, sich selbst eine ausreichende Wissensgrundlage zur Erfüllung seiner Aufgaben und insbesondere für Beschlussfassungen des Aufsichtsrats zu schaffen.¹⁰ Rechtsprechung und Lehre gehen insoweit von einem mehrstufigen System aus: Im Grundsatz darf sich der Aufsichtsrat auf die Berichte des Vorstands verlassen (Vertrauensgrundsatz). Er darf allerdings nicht sorglos sein. Denn der Vorstand als zu überwachendes Organ hat naturgemäß ein Interesse daran, seine Unternehmensleitung in einem positiven Licht darzustellen.¹¹ In Krisenzeiten, bei Verdachtsmomenten sowie bei riskanten Geschäften kann der Aufsichtsrat zu einer intensiveren Kontrolle verpflichtet sein. Seine Überwachungspflicht, so der BGH, intensiviere sich mit der Zunahme der Risikoträchtigkeit oder der strategischen Funktion des Geschäftes für die Aktiengesellschaft und könne somit das Gewand einer Pflicht zur selbständigen Risikoanalyse annehmen.¹² Gegebenenfalls hat das Aufsichtsratsmitglied externen fachkundigen Rat zu bemühen.¹³ Erst Recht dürfen sich die Aufsichtsratsmitglieder nicht damit begnügen, wenn Berichte nicht erteilt oder Berichtsstandards nicht eingehalten

4 Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AG, 4. Aufl. 2015, § 33 Rz. 76 unter Verweis auf BGHZ 179, 71 = AG 2009, 404/405 – MPS sowie BGH AG 2010, 785 – Doberlug.

5 Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 2.

6 BGHZ 114, 127 = BGH, NJW 1991, 1830/1831 = AG 1991, 312.

7 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des AR, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 985.

8 BGHZ 114, 127 = BGH, NJW 1991, 1830/1831 = AG 1991, 312; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des AR, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 986 ff.

9 BGHZ 179, 71 = AG 2009, 81 – MPS; BGH ZIP 2012, 2438/2439 = AG 2013, 90 – Piech; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des AR, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 984 ff.

10 Peltzer NZG 2002, 10 (14).

11 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2013, § 111 AktG Rz. 20.

12 BGH ZIP 2012, 2438 = AG 2013, 90 – Piech, in Bestätigung der Vorinstanz OLG Stuttgart ZIP 2012, 625.

13 BGH ZIP 2012, 2438 = AG 2013, 90.

werden. Dann müssen sie vielmehr auf aussagekräftige Unterlagen drängen und Nachfragen stellen, wenn Unklarheiten bestehen.¹⁴ In diesem Fall wandelt sich die Bringschuld des Vorstands also in eine Holschuld des Aufsichtsrats.

In der Rechtsprechung gibt es zahlreiche Fälle, in denen sich Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig machen, weil sie diese Vorgaben der Überwachungspflicht nicht beachten. Dabei ist eine Tendenz zu erkennen, dass der Gesetzgeber und die Gerichte zunehmend höhere Anforderungen an die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats stellen.

III. Überwachungspflicht und Aufsichtsratsausschüsse

Die Überwachung ist originäre Aufgabe des Gesamtaufwichtsrats. Zulässig ist gleichwohl die Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben durch einen Aufsichtsratsausschuss. Dieser kann die Überwachungsinstrumente einsetzen, die nach dem Gesetz dem Aufsichtsrat zustehen. In diesem Fall sind die nicht dem Ausschuss angehörenden Aufsichtsratsmitglieder aufgrund des Grundsatzes der Gesamtverantwortung¹⁵ jedoch zu einer - zumindest abgeschwächten - Überwachung ihrer Kollegen verpflichtet, die dem Ausschuss angehören. Daher muss der Ausschuss dem Aufsichtsratsplenum regelmäßig berichten (§ 107 Abs. 3 S. 4 AktG). Im Regelfall ist ausreichend, dass sich das Plenum auf diese Weise einen allgemeinen Eindruck von der Arbeitsweise des Ausschusses und der ordnungsgemäßen Erledigung der auf den Ausschuss delegierten Aufgaben verschafft.¹⁶ Bei Zweifeln an der Ordnungsgemäßheit der Tätigkeit des Ausschusses und seiner Mitglieder muss ein Aufsichtsratsmitglied dem hingegen aktiv nachgehen, den Aufsichtsratsvorsitzenden informieren und nötigenfalls die Angelegenheit im Aufsichtsratsplenum besprechen. Eine Verletzung dieser gegenseitigen Überwachungspflicht kann zu einer persönlichen Haftung der nicht dem Ausschuss angehörenden Aufsichtsratsmitglieder führen, wenn diese zwar tatsächlich nicht informiert waren, dies bei ordnungsgemäßer Überwachung des Ausschusses aber gewesen wären und daher hätten eingreifen können.¹⁷

IV. Haftungsrisiken bei Zustimmungsvorhalten und Unstimmigkeiten im Aufsichtsrat

Eine weitere Fallgruppe, in der die Aufsichtsratsmitglieder eine - dann zumeist neben die Haftung des Vorstands tretende - Schadensersatzpflicht trifft, ist die Zustimmung zu einer Maßnahme gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch den Aufsichtsrat, deren Erteilung sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen.¹⁸

Ein Aufsichtsratsmitglied, das im Rahmen von Beschlussfassungen des Aufsichtsrats Bedenken hinsichtlich einer Entscheidung oder Maßnahme hat, muss diese aufgrund seiner Organstellung und des Grundsatzes der Gesamtverantwortung aktiv vorbringen und seine Kollegen auf Risiken hinweisen. Im Fall einer Abstimmung darf es nicht für den Beschluss

stimmen, sondern muss sich jedenfalls der Stimme enthalten bzw. nach umstrittener und richtiger Ansicht sogar gegen den Beschluss stimmen.¹⁹ Aus Beweisgründen sollte das Aufsichtsratsmitglied eine Protokollierung seiner Stimmabgabe und des Abstimmungsergebnisses verlangen. Ob das Aufsichtsratsmitglied darüber hinaus eine Pflicht zu einem Einschreiten gegen die Beschlussausführung trifft, insbesondere durch Klageerhebung, ist umstritten und eine Frage des Einzelfalls.²⁰ Eine Pflicht zur Amtsniederlegung zur Vermeidung einer eigenen Haftung ist hingegen nicht anzuerkennen.²¹

Ähnliche Sorgfaltspflichten gelten auch außerhalb Beschlussfassungen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zu der Auffassung gelangt, eine Leitungsentscheidung des Vorstands sei rechtswidrig oder befinde sich außerhalb der Grenzen des dem Vorstand zuzubilligenden Ermessensspielraums und sei kaufmännisch nicht mehr vertretbar. Es hat dann das Recht, die Einberufung des Aufsichtsrates mit der Zielsetzung zu verlangen, die bevorstehende Tätigkeit der Geschäftsführung vom Aufsichtsrat ad hoc zu einer zustimmungsbedürftigen Maßnahme nach § 111 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 AktG erklären zu lassen. Dieses Recht kann sich nach der Rechtsprechung zu einer Pflicht verdichten, wenn eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.²²

V. Gesteigerte Sorgfaltspflichten

1. infolge besonderer Funktion im Aufsichtsrat

Eine besondere Sorgfaltspflicht kann sich für solche Aufsichtsratsmitglieder ergeben, die eine bestimmte Funktion im Gremium übernehmen. Nach herrschender Meinung trifft den Aufsichtsratsvorsitzenden allein aufgrund seiner Stellung als Vorsitzender und Kommunikationsbrücke zum Vorstand eine erhöhte Verantwortlichkeit.²³ Entsprechendes soll für den Ausschussvorsitzenden (§ 107 Abs. 3 S. 2, 3 AktG) und den unabhängigen Finanzexperten (§ 107 Abs. 4 AktG) gelten.

2. wegen besonderer Sachkenntnisse

Wird ein Mitglied wegen seiner Spezialkenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt, so korreliert die Zunahme seiner Sorgfaltspflichten mit eben diesen zusätzlichen Spezialkenntnissen. Nach Rechtsprechung und Lehre sind besondere Sachkenntnisse also pflichtensteigernd und wirken damit haftungsverstärkend.²⁴

3. in der wirtschaftlichen Krise

Befindet sich die Gesellschaft in wirtschaftlicher Schieflage, steigert sich die Überwachungspflicht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder in sachlicher und zeitlicher Hinsicht ent-

14 Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AG, 4. Aufl. 2015, § 32 Rz. 62a.

15 Ausführlich zum Grundsatz der Gesamtverantwortung von Organmitgliedern Wettich, *Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft*, 2008.

16 Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AG, 4. Aufl. 2015, § 32 Rz. 41 f.

17 Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des AR*, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 1004.

18 BGH NZG 2007, 187/188 = AG 2007, 167.

19 Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des AR*, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 998; Spindler in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 116 AktG Rz. 37; zur vergleichbaren Frage beim Vorstand Wettich, *Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft*, 2008, S. 275.

20 Habersack in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 38; Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des AR*, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 1000.

21 Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des AR*, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 1000; zur vergleichbaren Frage beim Vorstand Wettich, *Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft*, 2008, S. 279 ff.; a.A.: Spindler in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 116 AktG Rz. 37.

22 BGHZ 124, 111, 127 = NJW 1994, 520/524.

23 BGH AG 2011, 876/876; Hüfner/Koch, *AktG*, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 4; Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des AR*, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 1011.

24 BGH ZIP 2011, 2097 = AG 2011, 876 - Ison; Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AG, 4. Aufl. 2015, § 33 Rz. 74; Hüfner/Koch, *AktG*, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 4.

sprechend hierzu.²⁵ Der BGH stellt extrem hohe Anforderungen: Der Aufsichtsrat habe in einer Krisensituation alle ihm nach §§ 90 Abs. 3, 111 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen.²⁶ Die Intensivierung der konkreten Überwachungspflicht führe zur Notwendigkeit einer feinmaschigeren Kontrolle, d.h. es seien insbesondere Ad hoc-Berichte nach § 90 Abs. 3 S. 1 AktG zu verlangen (bspw. Sanierungsgutachten, Liquiditätsplanung, Überschuldungsstatus), die Sitzungsfrequenz sei zu erhöhen und die Installation eines Ausschusses und ggf. die Einschaltung externer Berater könne notwendig werden. Im Einzelfall könne sogar die Pflicht bestehen, auf die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags durch den Vorstand (§ 15a Abs. 1 S. 1 InsO) hinzuwirken.²⁷ Bei Verletzung dieser gesteigerten Überwachungspflicht drohen Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats, die im Insolvenzfall der Insolvenzverwalter geltend macht.

C. Persönliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Die Verletzung der Überwachungspflicht kann zu einer persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder führen. Dabei ist zwischen einer Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) und – ausnahmsweise – einer Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung) zu unterscheiden.

I. Grundsatz der Innenhaftung und Zuständigkeitsfragen

Das Aktienrecht sieht eine Innenhaftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft vor. Dies liegt darin begründet, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft primär die Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet und daher der Vermögensschutz der Aktionäre und Gläubiger gegenüber den Organen der Gesellschaft über das Gesellschaftsvermögen realisiert werden soll (Grundsatz der Haftungskonzentration). Zentrale Anspruchsgrundlage bei einer Pflichtverletzung insbesondere im Bereich der Überwachungspflicht ist § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Zuständig für die Prüfung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen – ehemalige und amtierende – Aufsichtsratsmitglieder ist der Vorstand. Dieser muss den zum Schadenersatz verpflichtenden Tatbestand in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht feststellen und eine Analyse des Prozessrisikos vornehmen. Zu beachten hat der Vorstand hierbei die Grundsätze der wegweisenden ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95²⁸, die zu der vergleichbaren Situation der Prüfung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand durch den Aufsichtsrat ergangen ist.

Demnach hat der Vorstand das Bestehen und die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Gelangt der Vorstand zu der Erkenntnis, dass der Gesellschaft durchsetzbare Schadensersatzansprüche zustehen, hat er diese Ansprüche grds. zu verfolgen. Nach Ansicht des BGH

darf der Vorstand nur dann von der Inanspruchnahme des Aufsichtsratsmitglieds absehen, wenn „gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind“.

Anstelle des Vorstands kann ausnahmsweise auch die Hauptversammlung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder beschließen (§ 147 Abs. 1 AktG). Die Geltendmachung erfolgt auch dann grds. durch den Vorstand. Die Hauptversammlung kann allerdings auch besondere Vertreter zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs bestellen (§ 147 Abs. 2 AktG). Zudem kann unter bestimmten Voraussetzung eine Minderheit von Aktionären im eigenen Namen die Schadensersatzansprüche geltend machen (§ 148 AktG). Auch dabei werden jedoch stets ausschließlich Schadensersatzansprüche der Gesellschaft und nicht der Aktionäre geltend gemacht. § 148 AktG kommt in der Praxis keine Bedeutung zu.

II. Haftungsvoraussetzungen

Gemäß § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG haben die Aufsichtsratsmitglieder bei einer Pflichtverletzung den hierdurch kausal entstandenen Schaden zu ersetzen.

1. Eigene Pflichtverletzung vs. Gesamtschuld

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied haftet nur für eine eigene Pflichtverletzung und individuelles Verschulden, wobei einfachste Fahrlässigkeit ausreicht. Denn das deutsche Aktienrecht kennt keine pauschale Kollektivhaftung der Aufsichtsratsmitglieder im Sinne einer Akzessorietätshaftung.

Allerdings kann insbesondere im Bereich der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats die gleiche Sorgfaltspflichtverletzung in Form der nicht ausreichenden Überwachung des Vorstands mehrere oder alle Aufsichtsratsmitglieder treffen. In diesem Fall haftet jedes Aufsichtsratsmitglied, das eine Pflichtverletzung trifft, für den gesamten Schaden. Für die Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft hat es keine Bedeutung, ob die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden eines Aufsichtsratsmitglieds größer ist als das eines anderen Mitglieds. Mehrere Aufsichtsratsmitglieder haften als Gesamtschuldner.²⁹

Sind für den Schaden der Gesellschaft neben Aufsichtsratsmitgliedern auch Vorstandsmitglieder verantwortlich, was typischer Weise der Fall ist, so besteht nach zutreffender Auffassung auch insoweit eine gesamtschuldnerische Haftung.³⁰ Jeder der Beteiligten haftet der Gesellschaft in diesem Fall wiederum für den gesamten Schaden, ungeachtet der Tatsache, dass der Sorgfaltspflichtverstoß und das Verschulden eines der Beteiligten gegenüber einem anderen u.U. verhältnismäßig erheblicher ins Gewicht fällt.³¹

Erst im Innenverhältnis lässt § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine unterschiedlich abgestufte Ausgleichspflicht nach dem Grad der Verursachung und des Verschuldens zu und öffnet damit einer analogen Anwendung von § 254 BGB die Tür.³² Naturgemäß sind die handelnden Vorstandsmitglieder insofern regelmäßig

25 BGH NJW 2009, 2454/2455 = AG 2009, 404; *Hasselbach*, NZG 2012, 41.

26 BGH NJW 2009, 2454/2455 = AG 2009, 404.

27 BGH NJW 2009, 2454/2455 = AG 2009, 404.

28 BGHZ 135, 244 = BGH NJW 1997, 1926/1927 f. – ARAG/Garmenbeck; bestätigt durch BGHZ 180, 9 = NZG 2009, 342; BGH, NZG 2009, 550; BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058.

29 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 73.

30 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 73.

31 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 73, § 93 Rz. 144.

32 BGHZ 17, 214/222; BGHZ 26, 217/222; BGHZ 51, 275/279; *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 70, 73.

mit einer höheren Haftungsquote belastet als Aufsichtsratsmitglieder, die es (nur) unterlassen haben, Schaden von der Gesellschaft fernzuhalten, ohne ihn aktiv zu bewirken. Im Rahmen von zustimmungspflichtigen Maßnahmen soll den Aufsichtsrat eine für die Bestimmung der Schadentragungspflicht im Innenverhältnis maßgebliche erhöhte Verantwortung treffen. Das Maß der Verursachung und des Verschuldens, die Zugehörigkeit zu einem Ausschuss, die besondere Berufserfahrung etc. sind ebenfalls wichtige Faktoren für die interne Abstufung der Ausgleichspflicht.

2. Mindestkenntnisse und -fähigkeiten, Beweislast

Für die nach § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 vom Aufsichtsratsmitglied geschuldeten Sorgfaltspflichten gilt grds. ein objektiver Maßstab, d.h. fehlende individuelle Fähigkeiten und Kenntnisse wirken nicht haftungsmildernd (zur haftungsverstärkenden Berücksichtigung von Spezialkenntnissen und Sonderwissen vgl. bereits Abschnitt B.V.2.). Vielmehr muss jedes Aufsichtsratsmitglied nach der Rechtsprechung „diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten“ besitzen oder sich aneignen, „die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“.³³ Dies gilt auch im mitbestimmten Aufsichtsrat, d.h. ungeachtet der Zugehörigkeit des Aufsichtsratsmitglieds zur Anteilseigner- oder Arbeitnehmerseite.³⁴

Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit greift die Beweislastumkehr des § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG. Im Zweifel muss das Aufsichtsratsmitglied darlegen und beweisen, dass es pflichtgemäß gehandelt hat. Dies ist insbesondere für bereits ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder misslich, da sie keinen Zugriff mehr auf die bei der Gesellschaft befindlichen Unterlagen haben. Die Gesellschaft hingegen verfügt in Zeiten von E-Mails und elektronischer Speicherung von Dokumenten über die erforderlichen Informationen bzw. kann sie sich durch entsprechende – wenn auch ggf. zeit- und kostenintensive – Datenscreenings beschaffen.

Da ein Organmitglied heutzutage insbesondere nach seinem Ausscheiden nicht mehr „näher dran“ ist, erscheint die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG veraltet und sollte de lege ferenda vom Gesetzgeber abgeschafft werden.³⁵ Zwar erkennt die Rechtsprechung dem Organmitglied ein Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber der Gesellschaft zu. Auch können ihm ggf. Beweiserleichterungen wie die sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft zugutekommen. Dies gleicht das Informationsdefizit jedoch nicht aus und bereitet dem Organmitglied in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten, weil es letztlich auf die Mitwirkung der Gesellschaft angewiesen ist.

3. Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Bei der Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, können die Aufsichtsratsmitglieder die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte *Business Judgement Rule* für sich in Anspruch nehmen.

Voraussetzungen der Business Judgement Rule sind: (i) Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung, (ii) Entscheidung auf Basis angemessener Information, (iii) zum Wohl der Gesellschaft und (iv) Freiheit von Interessenkonflikten.

Eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats liegt bspw. vor bei der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu einem zustimmungsbedürftigen Geschäft.³⁶ Kein Spielraum für unternehmerisches Ermessen verbleibt hingegen dort, wo das Gesetz klare Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Tätigwerdens des Aufsichtsrates aufstellt.

Ein Knackpunkt kann die Frage angemessener Informationsgrundlage sein. Angesichts der Berichtspflicht als Bringeschuld des Vorstands genügt der Aufsichtsrat grds. seiner Informationspflicht, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen kann, ausreichende Informationen zu haben. Bei Bedenken im Hinblick auf die Vollständigkeit und Plausibilität der Informationen muss der Aufsichtsrat jedoch nachfragen und sich ggf. eigene Informationen einholen.³⁷ Auf die erhöhten Pflichten insbesondere in Krisensituationen wurde bereits hingewiesen.

Die letzte Voraussetzung der Freiheit von Interessenkonflikten ist beim Aufsichtsrat im Einzelnen umstritten, da Aufsichtsratsmitglieder auf Grund ihres Nebenamtes häufig Interessenkollisionen unterliegen.³⁸

4. Adäquat kausal verursachter Schaden

Ein Schadensersatzanspruch setzt weiterhin voraus, dass die Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds zu einem adäquat kausal verursachten Schaden bei der Gesellschaft geführt hat. Dies bedeutet neben dem Kausalzusammenhang i.e.S., dass der Schaden sich als nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit befindliche Folge der Pflichtverletzung darstellen muss.

Eine wichtige Rolle in der Praxis spielt die Frage, ob ein Schaden vom Schutzzweck der Norm erfasst ist. Auch erheben Aufsichtsratsmitglieder häufig den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, der den Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden unterbrechen kann. Allerdings trägt das Aufsichtsratsmitglied die Beweislast für seine Behauptung, der Schaden wäre auch bei ordnungsgemäßem Verhalten mit Sicherheit entstanden.³⁹ Für den zu ersetzenden Schadenumfang gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB.

5. Verjährung und Haftungsausschluss-/beschränkungen

Die Schadensersatzansprüche der Gesellschaft verjähren grds. in fünf Jahren (§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 6 AktG). Anders

33 BGHZ 85, 293/295 f. = NJW 1983, 991 – Hertie.; Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 3.

34 BGHZ 85, 293/295 f. = NJW 1983, 991 – Hertie.; Hoffmann-Becking, in: Münch.Hdb. AC, 4. Aufl. 2015, § 33 Rz. 74; Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 3.

35 Vgl. hierzu Paefgen, AG 2009, 891; Habersack, ZHR 177 (2013), 782/805; ablehnd Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, E 32 ff., der allerdings für Abmilderungsmöglichkeiten plädiert.

36 Zu weiteren unternehmerischen Entscheidungen vgl. *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftleiterermessen, 2011, S. 211 ff.; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010/2013, § 87 Rz. 4, § 111 Rz. 111, § 116 Rz. 68.

37 *Lutter/Krieger/Vorse*, Rechte und Pflichten des AR, 6. Aufl. 2014, § 13 Rz. 989.

38 Vgl. hierzu *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 39 f.; *Spindler* in Spindler/Sülz, 3. Aufl. 2015, § 116 AktG Rz. 47.

39 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 69a.

als bei der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 199 BGB mit der subjektiven Anknüpfung beginnt die Verjährungsfrist unabhängig von Kenntniserlangung oder auch nur Kennen müssen mit Entstehung des Anspruchs. Dies setzt allerdings voraus, dass bereits ein Schaden zumindest dem Grunde nach entstanden ist, auch wenn er (noch) nicht bezifferbar sein muss. Die Schadensentstehung kann längere Zeit nach der Pflichtverletzung liegen. In der Praxis ist der exakte Beginn der Verjährungsfrist daher häufig schwer zu bestimmen und vielfach zentraler Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten. Bei börsennotierten Gesellschaften gilt eine verlängerte Verjährungsfrist von zehn Jahren. Gleiches gilt für Aufsichtsratsmitglieder von Kreditinstituten (§ 52a KWG).

Ausgeschlossen ist eine Haftung, wenn das Handeln des Aufsichtsrates auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG). Ein zum Haftungsausschluss führender Anspruchsverzicht durch die Aktiengesellschaft kommt hingegen nur unter den engen Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG in Betracht. Danach kann die Gesellschaft erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung auf Ersatzansprüche verzichten. Zudem darf nicht eine Minderheit von Aktionären, die insgesamt 10 % des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhoben haben.

Ein genereller Anspruchsverzicht oder eine Haftungsbeschränkung – z.B. auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit – durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss ist beim Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft unzulässig. Möglich sind hingegen grds. Freistellungserklärungen Dritter, insbesondere von Aktionären.⁴⁰

III. Ausnahmsweise Außenhaftung

Eine unmittelbare Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern aus unerlaubter Handlung gegenüber Aktionären und Gesellschaftsgläubigern ist in der Praxis selten. Für § 823 Abs. 1 AktG fehlt es zumeist an der Verletzung eines von der Vorschrift erfassten Rechtsgutes, da reine Vermögensschäden von § 823 Abs. 1 AktG nicht erfasst sind. Unmittelbarer Vermögensschutz ist nur über § 823 Abs. 2 BGB zu realisieren. Hierfür ist jedoch wiederum die Verletzung eines Schutzgesetzes erforderlich. Die §§ 93, 116 AktG stellen keine Schutzgesetze i.d.S. dar, weil sie aufgrund der beabsichtigten Haftungskonzentration bewusst eine Ersatzpflicht nur gegenüber der Gesellschaft vorsehen. Hingegen kommt eine Verletzung von § 266 StGB in Betracht.⁴¹

Im Übrigen ist nur dort Raum für eine deliktische Außenhaftung eines Aufsichtsratsmitglieds, wo die hohe Schwelle zu einer vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB überschritten ist, oder sich das Aufsichtsratsmitglied an einem sittenwidrigen oder strafbaren Verhalten eines Vorstandsmitglieds durch Teilnahmehandlungen nach § 830 Abs. 2 BGB beteiligt.⁴² Beispielhaft seien genannt die Mitwirkung an der Insolvenzverschleppung durch den Vorstand und damit die Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, insbesondere im Lichte von

§§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 S. 1 AktG.

Eine – in der Praxis allerdings wenig bedeutsame – gesellschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage für eine Außenhaftung stellt § 117 AktG dar. § 117 Abs. 1 S. 1 AktG statuiert die Haftung desjenigen, der vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihren Aktionären zu handeln. Zwar erfolgt der schädigende Einfluss auf die Gesellschaft regelmäßig von außerhalb. Dies kann jedoch nach h.M. auch ein Aufsichtsratsmitglied sein. In einem solchen Fall stellt § 117 Abs. 1 S. 1 AktG eine eigene Anspruchsgrundlage nicht nur der Gesellschaft, sondern unter den Voraussetzungen des S. 2 der Vorschrift auch eines geschädigten Aktionärs gegen das jeweilige Aufsichtsratsmitglied dar. Des Weiteren haften gem. § 117 Abs. 2 S. 1 AktG neben dem Einflussnehmenden (Dritten) als Gesamtschuldner die Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt haben. Die Haftung aus § 117 AktG steht neben der Haftung aus §§ 93, 116 AktG.

D. Absicherung des persönlichen Haftungsrisikos durch D&O-Versicherung

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Haftungsfreistellungen und -beschränkungen für Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft unzulässig sind, kommt der D&O-Versicherung enorme praktische Bedeutung zu.

I. Zweck und Architektur der D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung ist eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherungen für Organmitglieder. Nach ursprünglicher Rezeption aus den USA ist der unternehmensseitige Abschluss einer solchen D&O-Versicherung zur Risikoabsicherung der Unternehmensleitung bei (börsennotierten) Aktiengesellschaften auch in Deutschland mittlerweile etablierter Standard, der von Vorstandsmitgliedern⁴³ und Aufsichtsratsmitgliedern erwartet wird⁴⁴. Auch bei größeren GmbHs ist er ganz verbreitet vorzufinden. Die D&O-Versicherung ist in Deutschland fast immer als eine von der Gesellschaft finanzierte Haftpflichtversicherung ausgestaltet. Versicherungsnehmerin und Prämienschuldnerin ist die Gesellschaft, versicherte Personen sind die Manager, Aufsichtsratsmitglieder und leitenden Angestellten. Die D&O-Versicherung ist damit eine Versicherung für fremde Rechnung i.S.d. §§ 43 ff. VVG.⁴⁵ Die D&O-Versicherung deckt das Risiko der Organmitglieder ab, aufgrund von Pflichtverletzungen bei der Ausübung ihrer Organtätigkeit Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft oder Dritter ausgesetzt zu sein. Es geht insoweit um den Ersatz von Vermögensschäden.

Zu unterscheiden sind zwei Funktionen und Leistungsversprechen der D&O-Versicherung: Freistellung und Abwehrschutz (vgl. § 100 VVG). So werden die versicherten Organ-

40 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 74; Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 13.

41 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 116 Rz. 75.

42 Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 116 Rz. 143.

43 Vgl. zur Verankerung eines Anspruchs des Vorstandsmitglieds auf ausreichende D&O-Deckung im Anstellungsvertrag *Armbrüster* VersR 2014, 1/7; v. *Schenck*, NZG 2015, 494 (499), sowie die Muster-Formulierung einer D&O-Verschaffungsklausel von *Fassbach/Fleck*, <http://blog.wiwo.de/management/2013/12/18/das-neue-zauberwort-fur-top-manager-verschaffungsklausel-fur-eine-managerhaftpflicht-versicherung-do/> (letzter Abruf 19.10.2016).

44 *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491; v. *Schenck*, NZG 2015, 494 (495).

45 *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491 (493); v. *Schenck*, in: Semler/v. Schenk, Der Aufsichtsrat, 2015, Rz. 830.

mitglieder im Schadenfall nach einer Haftungsfeststellung durch den Versicherer von begründeten Ansprüchen freigestellt. Das Organmitglied wird damit davor geschützt, für den der Gesellschaft bzw. einem Dritten durch seine Pflichtverletzung entstandenen Schaden mit seinem Privatvermögen aufkommen zu müssen. Da es sich bei den allermeisten D&O-Schadenfällen um Innenhaftungsansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder handelt, führt diese Freistellung jedenfalls in der Theorie zu einem Schadenausgleich bei der Gesellschaft. Die Gesellschaft hat damit die Möglichkeit, ihren Schadensersatzanspruch gegen einen liquiden Versicherer durchzusetzen, da das Privatvermögen des Organmitglieds häufig nicht ausreichen würde, um den entstandenen Schaden auszugleichen.⁴⁶ Die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin hat also ein Interesse an der Schadenausgleichsfunktion der D&O-Police.

Die Gesellschaft und die Aktionäre müssen sich allerdings bewusst sein, dass die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung als Fremdversicherung neben der Freistellung gleichermaßen die Abwehr des versicherten Organmitglieds vor unbegründeten Ansprüchen schützt. Hierbei übernimmt der Versicherer die notwendigen Verteidigungs- und Beratungskosten (insbesondere Anwalts- und Gerichtskosten) des Organmitglieds. Damit hat die Police zugleich eine Rechtsschutzfunktion für die versicherten Personen. Die Gesellschaft finanziert also ihrem späteren Anspruchsgegner die Rechtsverteidigung gegen sich.⁴⁷ Nach dem Verständnis der Rechtsprechung stehen die Schadenausgleichsfunktion und die Rechtsschutzfunktion der Police gleichberechtigt nebeneinander. Dabei hat der Versicherer nach herrschender Meinung grds. das Wahlrecht, ob er freistellt oder den Anspruch abwehrt.

Die für die Gesellschaft im Vordergrund stehende Schadenausgleichsfunktion ist häufig bloß graue Theorie. So können die Abwehr, insbesondere Rechtsberatungskosten, einen sechs- oder sogar siebenstelligen Betrag ausmachen und die Versicherungssumme damit erheblich schmälern oder sogar aufbrauchen. Für die Deckung des Freistellungsanspruchs bleibt dann kaum noch etwas übrig.⁴⁸ *Hendricks* bspw. zeigt auf, dass rund 70 % aller geleisteten Zahlungen aus den D&O-Versicherungsverträgen für Kosten der Rechtsanwälte, Sachverständigen und Gerichtskosten verwendet werden. Die D&O-Versicherung wirkt damit faktisch in erster Linie zugunsten des Organmitglieds, nicht der Gesellschaft.⁴⁹

Auslösendes Element für die Deckung unter der D&O-Versicherung ist das Vorliegen eines Versicherungsfalles. Dieser wird zumeist definiert als schriftliche Inanspruchnahme des versicherten Organmitglieds. Nach dem sog. „*claims made-Prinzip*“ kommt es darauf an, ob während der Dauer des D&O-Versicherungsvertrags ein versichertes Organmitglied auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. In zeitlicher Hinsicht ist demnach allein maßgeblich, ob im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs die D&O-Police besteht bzw. eine Nachmeldefrist noch läuft. In diesem

Fall greift der Schutz der D&O-Versicherung auch dann ein, wenn die Pflichtverletzung vor Abschluss des Versicherungsvertrags erfolgt ist; es handelt sich insoweit um eine Rückwärtsversicherung.⁵⁰

Bei der Anspruchsdurchsetzung ist zu beachten, dass die Gesellschaft nur gegen das Organmitglied einen Schadensersatzanspruch hat (sog. Haftungsverhältnis), nicht aber gegen den Versicherer. Einen direkten Leistungsanspruch gegen den Versicherer hat nur das Organmitglied selbst (sog. Deckungsverhältnis). Allerdings kann sich die Gesellschaft, die ein Organmitglied auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, von diesem dessen versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruch gegen den D&O-Versicherer abtreten lassen. Diese Abtretung kann der Versicherer nach der Neufassung von § 108 Abs. 2 VVG nicht mehr in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ausschließen. Dies hat der BGH jüngst in einer Grundsatzentscheidung bestätigt und klargestellt, dass auch die geschädigte Gesellschaft als Versicherungsnehmerin „Dritte“ i.S.d. § 108 Abs. 2 VVG sein könne.⁵¹ Die Gesellschaft kann damit im Ergebnis doch unmittelbar gegen den D&O-Versicherer klagen und in dem Verfahren sowohl die Haftung des Organmitglieds als auch die Einstandspflicht des Versicherers klären lassen. In Abkehr von Trennungsprinzip fallen als zwangsläufige Folge Haftungs- und Deckungsprozess in einem identischen Prozess zusammenfallen.

Ob die Abtretung des Freistellungsanspruchs und ein anschließender Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft und dem Versicherer die bessere Handlungsoption ist, kann nur im jeweiligen Einzelfall bestimmt werden. Ein solches Vorgehen kommt insbesondere in Betracht bei amtierenden Organmitgliedern, wenn die Gesellschaft das Organmitglied trotz der Pflichtverletzung und des eingetretenen Schadens im Amt belassen möchte und es sich quasi um eine einvernehmliche Inanspruchnahme („*friendly understanding*“) handelt, um an das Geld der D&O-Versicherung zu gelangen. Auch diese Praxis hat der BGH gebilligt.⁵²

Allerdings sind noch nicht alle Rechtsfragen geklärt, die mit der Abtretung des Versicherungsanspruchs verbunden sein können. Dies gilt etwa für die Frage der Beweislastverteilung im anschließenden Prozess gegen den Versicherer, die derzeit als offen zu bezeichnen ist. Nach der wohl noch herrschenden Auffassung soll in diesem Rechtsstreit die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG keine Anwendung finden.⁵³ Danach müsste die Gesellschaft die Pflichtverletzung und das Verschulden des Organmitglieds darlegen und beweisen. Nach der Gegenauffassung soll hingegen auch im Direktprozess die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 AktG zu Lasten der Versicherung Anwendung finden. Dies wird insbesondere mit der besonderen Sachnähe des Versicherers und seinem Auskunftsrecht nach § 31 Abs. 2 VVG begründet.⁵⁴

46 *Rahlmeyer/Fassbach*, GWR 2015, 331 (332); *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 365.

47 *Armbrüster*, NJW 2016, 897.

48 *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 376; *v. Schenk*, NZG 2015, 494 (497).

49 *Hendricks*, in: Versicherungsmonitor vom 15.8.2016: „D&O: Außer Spesen nichts gewesen?“

50 *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491 (494 f., 497 ff.); *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 10 Rz. 25 ff., 54 ff.; *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 359; *v. Schenk*, in: *Semler/v. Schenk*, Der Aufsichtsrat, 2015, Rz. 831 ff.

51 BGH NJW 2016, 2184/2185 ff. = AG 2016, 497 mit Anm. von *Armbrüster*, NJW 2016, 2155 (2156) und *Harzenetter*, NZG 2016, 728.

52 BGH NJW 2016, 2155 m. Anm. *Armbrüster*, NJW 2016, 2155 (2157 f.).

53 So *Armbrüster*, NJW 2016, 2155 (2156, 2157); *Dreher/Thomas*, ZGR 2009, 31/44; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rz. 231; *Grooterhorst/Looman*, NZG 2015, 215 (217); *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rz. 416; *v. Schenk*, NZG 2015, 494 (495 Fn. 22).

54 So *Hüffter/Koch*, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93 Rz. 58; *Koch*, VersR 2016, 765

Fraglich und umstritten ist des Weiteren, ob der Vorstand (bei Ansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder) bzw. der Aufsichtsrat (bei Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder) allein über die Abtretung des Freistellungsanspruchs entscheiden können, oder ob bei einer Aktiengesellschaft § 93 Abs. 4 S. 3 AktG Anwendung findet. Dann wären ein zustimmender Beschluss der Hauptversammlung erforderlich und die zeitlichen Schranken der Vorschrift zu beachten. Nach überwiegender Ansicht ist zu differenzieren: Bei einer Abtretung an Erfüllung statt bzw. einem dauerhaften *pactum de non petendo* soll § 93 Abs. 4 S. 3 AktG Anwendung finden.⁵⁵ Erfolgt die Abtretung demgegenüber lediglich erfüllungshalber, ist § 93 Abs. 4 S. 3 AktG nicht einschlägig, da die Gesellschaft nach einem erfolglosen Deckungsprozess gegen den Versicherer noch den Haftpflichtanspruch gegen das Organmitglied unmittelbar geltend machen könnte. In diesem Rahmen findet dann die Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG grds. Anwendung. Allerdings kann sich die Frage einer Bindungswirkung der rechtskräftigen Entscheidung im Deckungsprozess für den Folgeprozess der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied stellen, und zwar sowohl zu Lasten der Gesellschaft als auch des Aufsichtsratsmitglieds.

II. Separate D&O-Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder

Die in Deutschland weit verbreitete D&O-Gruppenpolice, in der neben dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung bei Vorhandensein eines Aufsichtsrats auch dieser und häufig auch leitende Mitarbeiter des Unternehmens zum Kreis der Versicherten gehören, ist geprägt von einer einzigen Versicherungssumme für alle Organmitglieder (und leitenden Angestellten). Diese aus den USA stammende Konzeption der gemeinsamen Versicherung aller Organmitglieder in einer einzigen, bei demselben Risikoträger abgeschlossenen D&O-Police stößt in der Corporate Governance deutscher Aktiengesellschaften an ihre Grenzen.⁵⁶

1. Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und Streitverkündung an den Aufsichtsrat durch Vorstandsmitglieder

Dies hängt mit dem Two-Tier Board-System zusammen. Die Überwachung des Vorstands setzt ein unabhängiges und unerschrockenes Handeln des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand voraus; dies gilt auch und gerade auf der Ebene der Prüfung und Verfolgung möglicher Schadensersatzansprüche. Nun kann jede Pflichtverletzung des Vorstands mit einer Verletzung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats einhergehen und damit eine eigene, persönliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder begründen.⁵⁷

Entsprechend verkündet in der Praxis ein von der Gesellschaft – vertreten durch den Aufsichtsrat – verklagtes Vorstandsmitglied im Gerichtsverfahren Aufsichtsratsmitgliedern wegen Verletzung der Überwachungspflicht den Streit. Die potenti-

elle Gesamtschuld und der daraus resultierende Regressanspruch des verklagten Vorstandsmitglieds gegen Aufsichtsratsmitglieder stellt den Streitverkündungsgrund gem. § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO dar. Das Risiko einer Streitverkündung erhöht sich für das Aufsichtsratsmitglied in tatsächlicher Hinsicht noch dadurch, dass Streitverkündungen in der Praxis häufig als Mittel zur Verhinderung der Verjährung des Rückgriffsanspruchs eingesetzt werden. Dem von der Gesellschaft verklagten Vorstandsmitglied droht nämlich eine Verjährungsfalle. Die Klageerhebung der Gesellschaft hemmt zwar im Verhältnis der Gesellschaft zum Vorstandsmitglied gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 BGB die Verjährung, nicht aber den möglichen Rückgriffsanspruch des Vorstandsmitglieds gegen Aufsichtsratsmitglieder gem. § 426 Abs. 1 BGB. Denn gemäß § 425 Abs. 1 und 2 BGB greift der Hemmungstatbestand nur gegenüber dem Gesamtschuldner ein, in dessen Person er eintritt.⁵⁸

Dem verklagten Vorstandsmitglied droht damit eine Verjährung seiner Ausgleichsansprüche, etwa bei langer Dauer des Gerichtsverfahrens. Um dies verhindern, versuchen die verklagten Vorstandsmitglieder in der Praxis, mit den potentiell mithaftenden Vorstandskollegen und Aufsichtsratsmitgliedern einen Verjährungsverzicht oder zumindest eine Verjährungsverlängerung zu vereinbaren.⁵⁹ Dabei werden sie häufig von der D&O-Versicherung unterstützt. Wenn dies nicht möglich bzw. das Organmitglied zu deren Abgabe nicht bereit ist, bleibt für das Vorstandsmitglied neben einer Klage auf Feststellung der zukünftigen Ausgleichsverpflichtung lediglich der Weg der Streitverkündung. Die Feststellungsklage ist zumeist kein gangbarer Weg, da das Vorstandsmitglied dann in diesem Rechtsstreit die Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds argumentieren und damit möglicherweise inzident Tatsachen vortragen müsste, die von der Gesellschaft im Prozess gegen das Vorstandsmitglied zu dessen Nachteil verwendet werden könnten.

Die Streitverkündung ist allerdings ein nur eingeschränkt taugliches Mittel zur Verjährungshemmung. Dies ist vielen Organmitgliedern und Gesellschaften bislang nicht bewusst. Zwar löst die Zustellung einer Streitverkündung grds. den Hemmungstatbestand des § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB aus. Danach wird der Zeitraum ab Zustellung der Streitverkündungsschrift an die streitverkündete Person (inklusive des Zeitraums der Rückwirkung der Zustellung gem. § 167 ZPO⁶⁰) bis zum Ende der Ablaufhemmung von sechs Monaten nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet.

Voraussetzung hierfür ist jedoch die Zulässigkeit der Streitverkündung. Insoweit ist zwischen den beiden selbständig nebeneinander bestehenden Ausgleichsansprüchen in Form (i) des originären Ausgleichsanspruchs gem. § 426 Abs. 1 BGB und (ii) eines gesetzlichen Forderungsübergangs gem. § 426 Abs. 2 BGB (*cessio legis*) zu unterscheiden. Gemäß § 426 Abs. 2 BGB geht, soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung ver-

(767 f.); Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2015, § 21 Rz. 35; Pelzer, NZG 2009, 970 (974).

55 Ambrüster, NJW 2016, 2155/2156/2157; Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31 (44, 46); Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215 (217 f.); Harzenetter, NZG 2016, 728 (730 f.), auch zu weiteren gesellschaftsinternen Zuständigkeitsfragen.

56 v. Schenck, NZG 2015, 494 (495).

57 Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, E 68 f.; Schüma, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 376; v. Schenck, NZG 2015, 494/497 f.

58 BGH NJW 2000, 1940/1941 f.; BGH NJW 2001, 218, 220; BGH NJW-RR 2006, 923, 927.

59 Hierzu Thomas, AG 2016, 473, auch zu den Auswirkungen der Verjährungsverlängerung auf die D&O-Dekung.

60 BGH NJW 2010, 856.

langen kann, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Bei Zahlung des Schadensersatzes an die Gesellschaft durch das Vorstandsmitglied bzw. dessen D&O-Versicherung (= Befriedigung des Gläubigers) geht der Anspruch der Gesellschaft (= Gläubiger i.S.d. § 426 Abs. 2 S. 1 BGB) gegen die mithaftenden Aufsichtsratsmitglieder (= übrige Schuldner i.S.d. § 426 Abs. 2 BGB) aus §§ 116, 93 Abs. 2 S. 1 AktG in Höhe der Ausgleichsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Vorstandsmitglied auf dieses über.

Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB wird in der Tat durch Zustellung der Streitverkündung gehemmt. Allerdings unterliegt der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB nach der Rechtsprechung als selbständiger Ausgleichsanspruch zwischen mehreren Gesamtschuldern, gleichgültig worauf er aktuell gerichtet ist, der selbständigen Verjährung, und zwar einheitlich der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.⁶¹ Verjährungsbeginn ist nach der Rechtsprechung bereits mit Begründung der Gesamtschuld und nicht etwa erst mit der (partiellen) Befriedigung des Gläubigers. Denn der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB entsteht bereits mit Begründung der Gesamtschuld.⁶² Die Verjährungsfrist ist daher unabhängig von der Verjährung des nach § 426 Abs. 2 BGB übergeleiteten Anspruchs des Gläubigers gegen den Ausgleichspflichtigen. Der Ausgleichsanspruch wird nach ständiger Rechtsprechung auch nicht in anderer Weise davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichspflichtigen verjährt ist.⁶³ Dies gilt auch für Ausgleichsansprüche von Vorstandsmitgliedern gegen die entsprechenden Aufsichtsratsmitglieder, so dass die spezielle Verjährungsregelung des § 93 Abs. 6 AktG auf den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet.⁶⁴

Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Frist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch fällig wurde und die den Anspruch begründenden Umstände den ausgleichsberechtigten Vorstandsmitgliedern bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt waren. Die Verjährung des Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB richtet sich daher danach, wann der Ausgleichsanspruch in Form des Mitwirkungs- und Befreiungsanspruchs hätte geltend gemacht werden können. Insbesondere in Fällen einer Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht entsteht der Ausgleichsanspruch regelmäßig zusammen mit dem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied. Das subjektive Kriterium des § 199 Abs. 1 BGB führt in dieser Konstellation zumeist zu keinem späteren Verjährungsbeginn, da das Vorstandsmitglied positive Kenntnis oder zumindest grob fahrlässige Unkenntnis von der Überwachungspflichtverletzung des Aufsichtsrats als Spiegelbild seiner eigenen Pflichtverletzung haben wird.

Daher kann es durchaus vorkommen, dass der Rückgriffsanspruch des Vorstandsmitglieds aus § 426 Abs. 1 BGB bereits

verjährt ist, während dies für den Anspruch der Gesellschaft gegen das betreffende Vorstandsmitglied aus §§ 116, 93 Abs. 2 S. 1 AktG nicht gilt. Dann kommt die Streitverkündung zu spät und kann keine Hemmungswirkung bzgl. § 426 Abs. 1 BGB mehr entfalten. In diesem Fall entsteht also für das von der Gesellschaft in Anspruch genommene Organmitglied eine Verjährungsfall für den Zeitraum zwischen der Verjährung des Ausgleichsanspruchs gem. § 426 Abs. 1 BGB (drei Jahre ab Ende des Kalenderjahres) und der Verjährung des eigenen Schadensersatzanspruches (erst nach fünf bzw. ggf. sogar erst nach zehn Jahren).

Nicht viel besser sieht es für das in Anspruch genommene Organmitglied hinsichtlich § 426 Abs. 2 BGB aus. Zwar folgt die Verjährung des Anspruchs aus § 426 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 S. 1 AktG dem § 93 Abs. 6 AktG und beträgt damit fünf bzw. bei börsennotierten Gesellschaften und Kreditinstituten zehn Jahre. Auch lässt die etwaige Verjährung des Ausgleichsanspruchs gem. § 426 Abs. 1 BGB den Anspruch nach § 426 Abs. 2 BGB unberührt.⁶⁵ Eine Streitverkündung kann diesen Anspruch richtiger Weise jedoch nicht hemmen. Denn die Hemmung setzt voraus, dass die Streitverkündung durch den materiell berechtigten Anspruchsinhaber erfolgt.⁶⁶ Im Zeitpunkt der Streitverkündung ist materiell Berechtigter des Anspruchs der Gesellschaft gegen das Aufsichtsratsmitglied - und nur dieser Anspruch geht nach § 426 Abs. 2 BGB über - jedoch die Gesellschaft, nicht das Vorstandsmitglied. Und dieser Anspruch ist von der Gesellschaft nicht gehemmt worden, weil diese nur gegen das Vorstandsmitglied und nicht die Aufsichtsratsmitglieder Klage erhoben hat. Eine rückwirkende Hemmung durch die spätere *cessio legis* nach Befriedigung der Gesellschaft durch das Vorstandsmitglied ist ebenfalls nicht anzuerkennen, verträgt sich dies doch nicht mit dem Zweck der Verjährung, Rechtsfrieden zu schaffen.

Die Streitverkündung macht als verjährungshemmende Maßnahme im Ergebnis also lediglich eingeschränkten Sinn, nämlich hinsichtlich des Rückgriffsanspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB, solange dieser Anspruch noch nicht verjährt ist.

2. Haftungsregressfälle infolge nicht ausreichender Versicherungssumme

Vor dem Hintergrund einer möglichen Streitverkündung begegnet die Gruppenpolice Bedenken, weil im Sinne einer funktionierenden Corporate Governance zu verhindern ist, dass der Aufsichtsrat Hemmungen bei der Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand entwickelt, weil er eine eigene Inanspruchnahme ohne ausreichenden Versicherungsschutz für sich befürchten muss. Wie erläutert haftet bei Pflichtverletzungen sowohl von Vorstands- als auch Aufsichtsratsmitgliedern jedes betroffene Organmitglied der Gesellschaft auf den vollen Schaden. Werden nun - wie in der Praxis regelmäßig - zunächst das oder die Vorstandsmitglieder von der Gesellschaft auf Schadensersatz verklagt, so besteht die Gefahr, dass die Versicherungssumme bereits für die Abwehrdeckung der Vorstandsmitglieder gänzlich oder größtenteils aufgebraucht wird. Dabei werden nach den einschlägigen Versicherungsbedingungen die Abwehrkosten üblicher

61 BGH NJW 2010, 62 (63); OLG Karlsruhe NJOZ 2007, 693; OLG Rostock OLGReport Rostock 2009, 304.

62 BGHZ 181, 310 = BGH NJW 2010, 60; BGH NJW 2010, 62/63 f.; a.A. (Verjährungsbeginn erst mit Zahlung an den Gläubiger) *Peters/Jacoby* in Staudinger, BGB, 2009, § 199 Rz. 8.

63 BGHZ 175, 221, 229 = WM 2008, 660; BGH WM 2009, 1854; BGH NJW 2010, 62/63; *Bydlinski* in MünchKomm/BGB, 7. Aufl. 2016, § 426 Rz. 25b.

64 *Hopt* in GroßKomm/AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rz. 431; *Mertens* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2009, § 93 AktG Rz. 159, jeweils für den Gesamtschuldnerausgleich zwischen Vorstandsmitgliedern.

65 OLG München OLGReport München 2009, 673; *Bydlinski* in MünchKomm/BGB, 7. Aufl. 2016, § 426 Rz. 44.

66 *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 204 Rz. 2..

Weise auf die Deckungssumme angerechnet, ohne dass ein Rangverhältnis zwischen Abwehrkosten und Erfüllungsleistung festgelegt würde. Die Zulässigkeit dieser Kostenanrechnungsklausel ist nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt aus 2011, das die Klausel wegen Intransparenz und wegen Verstoßes gegen das Leitbild des § 150 Abs. 2 VVG als unwirksam angesehen hat, zwar im Einzelnen umstritten⁶⁷, derzeit aber mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung gängige Praxis.⁶⁸ Sucht ein Aufsichtsratsmitglied dann anschließend selbst unter der Unternehmenspolice Schutz vor Regressansprüchen, ist nur noch eine leere Hülse vorzufinden. Daran ändert auch nur beschränkt etwas, dass es zumeist um den gleichen Schaden der Gesellschaft geht, den diese naturgemäß nur insgesamt einmal von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern verlangen kann. Denn allein die zumeist signifikanten Kosten der Abwehrdeckung des Vorstands können die Deckungssumme wie erläutert derart angreifen, dass für die Abwehrdeckung des Aufsichtsrats die Deckungssumme nicht mehr ausreicht.⁶⁹

Demgemäß sieht sich das entsprechende Aufsichtsratsmitglied einer Haftungsregressfalle ausgesetzt, wenn (i) entweder der Haftungsprozess gegen die Vorstandsmitglieder zugunsten der Gesellschaft ausgegangen ist, oder der Freistellungsanspruch der Vorstandsmitglieder gegen den Versicherer an die Gesellschaft abgetreten und von dieser dem Versicherer gegenüber als Zahlungsanspruch geltend gemacht und befriedigt worden ist, (ii) zusätzlich zu der Pflichtverletzung des Vorstands eine Pflichtverletzung von Aufsichtsratsmitgliedern bspw. in Form der Verletzung der Überwachungspflicht vorliegt bzw. von der Gesellschaft jedenfalls behauptet wird, (iii) die Deckungssumme verbraucht worden ist und (iv) die Aufsichtsratsmitglieder in Anspruch genommen werden (a) entweder von der Gesellschaft wegen einer noch bestehenden Restschuld des Schadens, die bei den verklagten Vorstandsmitgliedern nicht eingeklagt worden ist oder nicht eingetrieben werden konnte, oder (b) von den Vorstandsmitgliedern, die im Innenverhältnis von den Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs Regressansprüche geltend machen.

Das Aufsichtsratsmitglied muss dann infolge der erschöpften Deckungssumme für seine Abwehrkosten in diesem Folgeprozess selbst aufkommen. Selbst wenn es diesen Prozess gewinnt, kann es vom Kläger (Gesellschaft bzw. Vorstandsmitglied) seine Anwaltskosten lediglich in gesetzlicher Höhe nach RVG ersetzt verlangen. Da auf die Organberatung spezialisierte Gesellschaftsrechtsanwälte regelmäßig auf Grundlage einer Honorarvereinbarung nach Stundenbasis abrechnen, bleibt das Vorstandsmitglied damit selbst im Fall des Obsiegens auf einem Teil der Kosten sitzen, soweit diese nämlich wie häufig den Kostenerstattungsanspruch nach RVG übersteigen. Im Fall seiner Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz an die Gesellschaft bzw. eines Ausgleichs an das Vorstandsmitglied kommt ihm der D&O-Schutz ebenfalls nicht zu Gute. Was skurril anmuten mag, ist die sich ergebende Schlussfolgerung: Um an der Deckungssumme zu partizi-

pieren, kann es im Interesse der Aufsichtsratsmitglieder liegen, von der Gesellschaft, insoweit vertreten durch den Vorstand, als Gesamtschuldner sogleich mitverklagt zu werden. Dies ist in der Praxis jedoch die Ausnahme.

Die Schadensersatzforderungen und Abwehrkosten können eine für das Aufsichtsratsmitglied existenzbedrohende Höhe erreichen. Daher bietet nach alledem ausschließlich eine separate D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat mit separater Deckungssumme einen befriedigenden vermögensrechtlichen Schutz des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds.

Ein etwaiges Verteilungsverfahren zur Verteilung der vorhandenen Deckungssumme auf alle betroffenen Organmitglieder kann diese Problematik einer nicht ausreichenden Deckungssumme bei Inanspruchnahme mehrerer Personen nicht vollständig lösen und je nach den Umständen des Einzelfalls zu ungerechten Ergebnissen führen. Nach umstrittener, wohl herrschender Ansicht soll § 109 S. 1 VVG entsprechende Anwendung finden⁷⁰, um einem von Zufällen abhängigen Prioritätsprinzip (*first come first serve*) die Grundlage zu entziehen. Danach erfolgt eine Verteilung der Versicherungssumme quotal nach den gegen die versicherten Organmitglieder bestehenden Ersatzforderungen.⁷¹ Die Gegenauffassung befürwortet hingegen das Prioritätsprinzip oder eine Verteilung nach dem Kopfprinzip.⁷²

Hält man § 109 S. 1 VVG grds. für entsprechend anwendbar, sollte überlegt werden, den dahinter stehenden Rechtsgedanken dahingehend zu modifizieren, dass eine proportionale Verteilung zugunsten der versicherten Organmitglieder nicht anhand der Höhe der Inanspruchnahme erfolgt, sondern anhand eines Maßstabes vorgenommen wird, der mit der Quote der nach §§ 276 Abs. 1, 426 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB i.V.m. § 254 Abs. 1 BGB entsprechend zu ermittelnden Schadentragepflicht im Innenverhältnis korrespondiert. Der nach Aufteilung anhand der Verursachungsbeiträge durch die Mitglieder der jeweiligen Organe quotierte Freistellungsanspruch der entsprechenden Organmitglieder würde dann spiegelbildlich dem bei der Gesellschaft erzeugten Schadensanteil entsprechen. Dieser Grundgedanke der Proportionalität beansprucht auch dann Geltung, wenn mehrere potentielle Schädiger – Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder – pflichtverletzend handeln, in Ansehung der Komplexität einer Ermittlung des Sachverhaltes und der Eventualitäten einer Haftungsverantwortlichkeit allerdings keine Gewissheit darüber zu erlangen vermögen, ob eine Pflichtverletzung nachweisbar ist und die Vermögensschadenshaftpflichtpolice Deckung gewährt. Genau dies stellt die Ungewissheit einer Haftung dar. Daher der Grundsatz der Proportionalität: Wer droht, einen größeren Schaden zu erleiden, soll auch anteilig in größerem Umfang von einem Haftpflichtversicherungsschutz profitieren.

Da es an (gesicherter) Rechtsprechung fehlt und die Literatur in dieser Frage umstritten ist, bleibt gleichwohl eine erhebliche Rechtsunsicherheit in einer für die betroffenen Organmitglieder existentiellen Frage. Hinzu kommt, dass auch eine Lösung über eine entsprechende Anwendung von § 109 VVG

67 OLG Frankfurt VersR 2012, 432; so auch *Säcker*, VersR 2005, 10 (14); kritisch zu Kostenanrechnungsklauseln auch *Terno*, r+s 2013, 577; die Entscheidung ablehnend *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491 (500), 502 f.; vgl. auch *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2015, § 15 Rz. 18 ff.

68 *Armbrüster* VersR 2014, 1 (1).
69 *v. Schenk*, NZG 2015, 494 (497).

70 *Koch*, GmbHR 2004, 160 (166, 169); *Römer*, in: Römer/Langheid, VVG, 5. Aufl. 2016, § 109 Rz. 4; dies ablehnend *Armbrüster* VersR 2014, 1 (3) ff.

71 *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking, S. 491 (500).

72 *Armbrüster* VersR 2014, 1 (3 ff.); Prioritätsprinzip bei Erschöpfung der Versicherungssumme infolge mehrerer Versicherungsfälle, Kopfprinzip bei Erschöpfung in einem Versicherungsfall.

je nach zeitlicher Konstellation versagt. Entscheidend für die Durchsetzbarkeit eines gemäß den im Verteilungsverfahren geltenden Maßstäben neu kalkulierten Freistellungsanspruchs ist nämlich der Zeitpunkt der Geltendmachung gegenüber dem Versicherer und damit eine Zufälligkeit. Erfolgt die Anspruchsanmeldung durch das Aufsichtsratsmitglied nach dem in § 106 S. 1 VVG bestimmten Zeitpunkt, so ist den Aufsichtsratsmitglieder nicht geholfen. Dabei kommt es nach wohl herrschender Auffassung auf die tatsächliche Erschöpfung der Deckungssumme infolge Zahlung des Versicherers an.⁷³ Gerade diese liegt jedoch häufig vor, da in der Praxis regelmäßig zunächst nur die Vorstandsmitglieder in Anspruch genommen werden. Dann ist der Anwendungsbereich des § 109 S. 1 VVG nicht eröffnet, weil im entscheidenden Zeitpunkt (noch) nicht Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft verantwortlich i.d.S. sind. Die Mitglieder des Aufsichtsrates drohen damit bei rascher Befriedigung der Ansprüche der Vorstandsmitglieder gänzlich leer auszugehen, wenn diese Zahlungen zur Erschöpfung der Versicherungssumme führen.

Diese Problematik kann auch durch eine entsprechende Anwendung von § 109 S. 2 VVG nicht befriedigend gelöst werden. Danach kann sich ein bei der Verteilung nicht berücksichtigter Dritter nachträglich auf § 108 Abs. 1 VVG berufen, wenn der Versicherer mit der Geltendmachung dieser Ansprüche gerechnet hat bzw. rechnen musste. Für eine entsprechende Anwendung ließe sich anführen, dass verhindert werden muss, dass der Versicherer, um den Versicherungsfall für sich prompt abzuwickeln, durch voreilige Befriedigung der Ansprüche der Vorstandsmitglieder die Erschöpfung der Versicherungssumme herbeiführt und damit entgegen der von § 109 S. 1 VVG proportional ausgestalteten Freistellungsanspruchsbefriedigung einseitig in das zwischen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bestehende Gesamtschuldverhältnis eingreift. Bejaht man vor diesem Hintergrund eine entsprechende Anwendung von § 109 S. 2 VVG, käme es darauf an, ob der Versicherer mit der Anspruchserhebung durch die entsprechenden Aufsichtsratsmitglieder zu rechnen hatte. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass den Versicherer nach h.M. grds. keine eigene Schadenschuldverpflichtung trifft.⁷⁴ Ein Verschulden erscheint daher nur denkbar, wenn sich der Versicherer im Haftungsprozess an der Verteidigung der Vorstandsmitglieder gegen die Gesellschaft aktiv beteiligt hat – etwa im Rahmen der Koordinierung der Verteidigung der beklagten Vorstände oder bei Beitritt zum Rechtsstreit als Streit Helfer auf Seiten des beklagten Vorstandsmitglieds – und der Prozessstoff konkrete Anhaltspunkte für eine Haftungsverantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates enthält. Hatte der Versicherer mit Ansprüchen der Aufsichtsratsmitglieder nicht zu rechnen, hilft § 109 S. 2 VVG nicht weiter und das Aufsichtsratsmitglied hat das Nachsehen. Bereicherungsrechtliche Lösungen lösen die Problematik ebenfalls nicht befriedigend.⁷⁵

3. Prozessuale Rolle des D&O-Versicherers und Interessenkonflikte bei Streitverkündung

Neben dieser Haftungsregressfrage ist eine separate D&O-Police für den Aufsichtsrat bei einem anderen Versicherer noch unter einem weiteren Gesichtspunkt vorzugswürdig: Auf der Ebene der Aufdeckung und Feststellung einer Schadenersatzhaftung der versicherten Person stellt es ein originäres Interesse des Versicherers dar, in Anbetracht seiner potentiellen Deckungspflicht alle Möglichkeiten zu ergründen, die Ersatzpflicht der versicherten Person abzuwenden. Gemeinsam mit dem versicherten Organmitglied wird er hierzu eine Verteidigungsstrategie entwickeln und umsetzen, nachdem er dem Organmitglied die Deckung der Kosten des Rechtsstreits zugesagt hat. Da der D&O-Versicherer im Fall einer Streitverkündung bei Gruppenpolice sowohl Vorstands- als auch Aufsichtsratsmitgliedern Versicherungsschutz und damit Abwehrdeckung schuldet, die betroffenen Organmitglieder aber entgegengesetzte Interessen haben können, gerät der Versicherer zwangsläufig in einen Interessenkonflikt.⁷⁶

Die Probleme bestehen schon im Vorfeld der Streitverkündung, weil Versicherer in der Praxis zur Vermeidung weiterer Abwehrkosten bisweilen von Aufsichtsratsmitgliedern den Abschluss einer Streitverkündungsvereinbarung verlangen. Danach sollen die Aufsichtsratsmitglieder auch ohne förmliche Streitverkündung an die Ergebnisse des Prozesses der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied gebunden sein. Ob dies tatsächlich im Interesse des Aufsichtsratsmitglieds liegt, ist jedoch eine ganz andere Frage. Das Aufsichtsratsmitglied bedarf hierzu rechtlicher Beratung durch einen unabhängigen Rechtsanwalt.

Weitere Probleme können im Hinblick auf die Pflicht des Versicherers entstehen, die ihm von den Organmitgliedern übermittelten Informationen geheimzuhalten, wenn der Versicherer sowohl mit Vorstands- als auch Aufsichtsratsmitgliedern deren Prozesstaktik abstimmt.⁷⁷ Versicherer haben gegen die Versicherungsnehmerin ein umfassendes Informationsrecht (§ 31 Abs. 1 VVG). Dieses umfasst nach umstrittener Ansicht auch Unternehmensgeheimnisse und auch solche Tatsachen, die ein Leistungsverweigerungsrecht des Versicherers begründen können. Die einen Regress befürchtenden Aufsichtsratsmitglieder geben in der Praxis häufig Regressgutachten in Auftrag und verlangen die Übernahme dieser Kosten von der D&O-Versicherung als Kosten vorbeugender Rechtsberatung, die von gängigen D&O-Policen erfasst werden. Der Versicherer prüft wiederum, in welchem Maße die Forderungen des Aufsichtsrates nach Abwehrdeckung berechtigt sind. In diesem Rahmen beschafft sich der Versicherer indes Informationen bezüglich eines pflichtverletzungsrelevanten Verhaltens der Aufsichtsratsmitglieder inklusive einer Abschrift des Gutachtens – unter Berufung auf eine diesbezügliche sich aus dem Versicherungsvertrag ergebende Unterrichtungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder. Es besteht die Gefahr, dass der Versicherer diese vertraulichen Informationen seiner bei ihm versicherten Aufsichtsräte in der Verteidigung der Vorstandsmitglieder verwenden wird, will er doch, dass die beklagten

73 Allgemein zu § 109 S. 2 VVG *Lütbarski*, in: MünchKomm/VVG, 1. Aufl. 2011, § 109 Rz. 45.

74 *Lütbarski*, in: MünchKomm/VVG, 1. Aufl. 2011, § 109 Rz. 41 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

75 Hierzu *Lütbarski*, in: MünchKomm/VVG, 1. Aufl. 2011, § 109 Rz. 47 ff.

76 v. *Schenck*, NZG 2015, 494 (497).

77 *Fassbach*, Board 2014, 156 (160); *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 377; v. *Schenck*, NZG 2015, 494 (497).

Vorstandsmitglieder im Haftungsprozess obsiegen. Dies kann wiederum nachteilig für die Aufsichtsratsmitglieder sein. Diese Interessen- bzw. Pflichtenkollision wird durch Deckungstrennung bei unterschiedlichen Versicherungskonsortien verhindert.

4. Schutz der Aufsichtsratsmitglieder bei Anfechtung seitens des D&O-Versicherers

Ein weiterer Aspekt kommt hinzu: Die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin muss bei Abschluss der D&O-Versicherung u.a. zu bekannten Pflichtverletzungen Angaben machen (sog. *Warranty Statement*). Bei falschen Informationen besteht das Risiko, dass der Versicherungsschutz nicht greift. Denn vorsätzlich verursachte oder aus wissentlicher Pflichtverletzung folgende Schäden werden in den D&O-Policen von der Deckung ausgeschlossen. So stellt auch § 22 VVG klar, dass der Versicherer den Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung i.S.d. § 123 BGB anfechten kann. Rechtsfolge ist die *ex tunc* wirkende Nichtigkeit des Versicherungsvertrags.⁷⁸ Diese Angaben werden in der Praxis bei einer D&O-Gruppenpolice durch den Vorstand gemacht, so dass es auf die Arglist der Vorstandsmitglieder ankommt. Dabei sind die Grundsätze der Rechtsprechung zur Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu berücksichtigen.⁷⁹ Die Aufsichtsratsmitglieder kennen die vom Vorstand gemachten Angaben in aller Regel nicht einmal, sind sie doch in der Praxis oftmals nicht in den Abschluss der D&O-Versicherung eingebunden. Nach der Rechtsprechung bspw. des OLG Düsseldorf kann der D&O-Versicherer bei Täuschung durch den Vorstand den Vertrag *in toto* anfechten. Im Fall einer Gruppenpolice verlieren dann auch die Aufsichtsratsmitglieder rückwirkend den D&O-Versicherungsschutz,⁸⁰ obgleich sie die vom Vorstand gemachten Angaben im Versicherungsvertrag nicht einmal kennen.

Die in der Praxis hierzu entwickelten Lösungen überzeugen nicht. So wird diese Situation insbesondere nicht durch einen in den Versicherungsvereinbarungen häufig enthaltenen Anfechtungsverzicht des Versicherers vermieden, nach dem der Versicherer auf die Anfechtung hinsichtlich der mitversicherten Personen verzichtet, die von der Täuschungshandlung tatsächlich nichts wussten. Der BGH sieht nämlich – in Entscheidungen zum Valorenversicherungsrecht – einen im Voraus vertraglich vereinbarten Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung als mit dem von § 123 BGB bezweckten Schutz der freien Selbstbestimmung unvereinbar und deshalb unwirksam an, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die Nichtdritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB ist.⁸¹ Da die Situation bei der D&O-Versicherung vergleichbar erscheint und die Aufsichtsratsmitglieder Nichtdritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB sind, könnte sich der Anfechtungsverzicht auch gegenüber den versicherten Aufsichtsratsmitgliedern – ungeachtet ihrer fehlenden Kenntnis von den die Anfechtung begründenden Tatsachen – als nicht rechtsbeständig erweisen. Damit sehen sich Aufsichtsratsmitglieder der Gefahr ausgesetzt, nachträg-

lich den Schutz ihrer D&O-Versicherung zu verlieren, falls der D&O-Versicherer im Falle einer Täuschung auch nur eines Vorstandsmitgliedes bei Vertragsschluss die Unternehmenspolice anfechtet und sich dabei auf die Unwirksamkeit des im Voraus erklärten Anfechtungsverzichts beruft.⁸²

Möglich bleiben zwar vertragliche Beschränkungen der Zurechnung von schädlichem Wissen der versicherten Personen durch in der Praxis übliche *Severability*-Klauseln.⁸³ Danach wird die Zurechnung dahingehend eingeschränkt, dass der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin abweichend von § 47 Abs. 1 VVG lediglich das schädliche Wissen bestimmter Personen (z.B. Vorstandsvorsitzender und CFO) zugerechnet wird. Keinesfalls möglich ist allerdings nach dem zuvor Gesagten der Ausschluss einer Zurechnung von Wissen der für die Gesellschaft beim Abschluss der Unternehmenspolice handelnden Vorstandsmitglieder insgesamt.⁸⁴ Auch derartige Klauseln bieten demnach lediglich eingeschränkten Schutz.

III. Rechtliche Umsetzung durch separaten D&O-Schutzschirm für Aufsichtsräte

All dies spricht aus Gründen guter Corporate Governance für einen separaten D&O-Schutzschirm für den Aufsichtsrat mit eigenständiger Deckungssumme bei einem eigenen Versicherer.⁸⁵ Die Versicherungspraxis hat hierauf bereits reagiert und bietet Versicherungslösungen mit zusätzlichen Deckungen und separaten Versicherern/Risikoträgern an, die je nach Konzept und Anbieter als *„Supervisory Board Protect Policy - SBPP“*, *„Two-Tier-Trigger-Policy – TTT“* oder *„Twin-Tower-Policy“* bezeichnet werden. Bei dem Modell der *Twin-Tower-Policy* sind die Aufsichtsräte nicht mehr in der Gruppen-D&O-Police mitversichert. Die Gesellschaft schließt vielmehr für sie eine vollkommen eigenständige Aufsichtsratspolice ab. Hiermit verbunden sind allerdings ganz erhebliche Prämiensteigerungen. In der Praxis dürfte sich daher das alternative Modell der SBPP oder TTT durchsetzen.⁸⁶ Es baut auf der Gruppen-D&O-Police auf, in der die Aufsichtsratsmitglieder weiterhin mitversichert sind. Der separate D&O-Schutzschirm für den Aufsichtsrat wird hingegen erst bei Vorliegen eines Triggers (Versicherungsfalldefinition) ausgelöst. Diese sind spezifisch auf den Aufsichtsrat zugeschnitten und erfassen alternativ: (i) Erschöpfung der Versicherungssumme aus der Gruppen-D&O-Police (Excedentendeckung nur für Aufsichtsratsmitglieder), (ii) Streitverkündung eines von der Gesellschaft oder einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommenes Vorstands- an ein Aufsichtsratsmitglied, (iii) Anfechtung der Gruppen-D&O-Police durch den Versicherer wegen arglistiger Täuschung und (iv) Bestellung eines besonderen Vertreters durch die Hauptversammlung nach § 147 AktG, der Ansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat geltend machen soll.⁸⁷

78 OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1260 (1261); *de Beauregard/Gleich*, NJW 2013, 824 (827).

79 OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1260 (1261 f.).

80 OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1260/1262; *de Beauregard/Gleich*, NJW 2013, 824 (827).

81 BGH NJW 2012, 296 (298) – Heros II.

82 So auch *de Beauregard/Gleich*, NJW 2013, 824 (828), die von einer Übertragbarkeit der BGH-Entscheidung auf D&O-Versicherungen ausgehen.

83 Dazu *Dreher/Thomas*, ZGR 2009, 31 (69 ff.); *Lange*, ZIP 2006, 1677 (1680 ff.).

84 *Hemeling*, in FS Hoffmann-Becking 2013, S. 491/501.

85 *v. Schenk*, NZG 2015, 494 (497 f.); *Fassbach*, Der Aufsichtsrat 2013, 26; *ders.*, Der Aufsichtsrat 2014, 144 (144 f.); einen eigenen D&O-Schutzschirm für den Aufsichtsrat für „zweckmäßig“ ansehend *Bachmann*, in: Kremer u.a., Deutscher Corporate Governance Kodex, 6. Aufl. 2016, Rz. 689; zustimmend auch *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 2016, Rz. 377 f.; vgl. auch *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 25 Rz. 68: „sinnvoll“; ablehnend hingegen *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 1 Rz. 96: „nicht im Unternehmensinteresse, wenn sie bei unterschiedlichen Versicherern bestehen“.

86 So auch *Armbrüster*, NJW 2016, 897 (899 f.).

87 Ausführlich hierzu *Fassbach*, Der Aufsichtsrat 2013, 26 (26 ff.).

Damit bleibt die Frage nach der Zuständigkeit für den Abschluss einer solchen separaten D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat. Richtiger Weise kann es nicht Aufgabe des Vorstandes sein, den Versicherungsschutz von Haftungsrisiken der Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen. Daher kann die Entscheidungskompetenz nicht beim Vorstand liegen. Vielmehr spricht einiges dafür, dass § 113 AktG einschlägig ist und dementsprechend ein Hauptversammlungsbeschluss oder eine entsprechende Satzungsregelung erforderlich sind, um dem Aufsichtsrat einen separaten, gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherungsschutz zur Verfügung zu stellen.⁸⁸ Im Schrifttum werden häufig – ohne nähere Begründung – Regelungen in der Satzung empfohlen.⁸⁹ Dafür mag auf den ersten Blick die größere faktische und öffentliche Wirkung einer Sat-

zungsregelung sprechen. Unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten erscheint jedoch der Weg über den Hauptversammlungsbeschluss vorzugswürdig.⁹⁰ Dies führt angesichts der sich regelmäßig ändernden D&O-Versicherungsbedingungen zu höherer Flexibilität, da spätere Anpassungen ohne Satzungsänderung vorgenommen werden können. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften entfallen zudem die Kosten einer notariellen Beurkundung (§ 130 Abs. 1 S. 2 AktG). Schließlich können lange Regelungen zur D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat die Satzung überfrachten.

Dr. *Burkhard Fassbach* ist Rechtsanwalt, MRH TROWE Gruppe in Frankfurt/M.; Dr. *Carsten Wettich* ist Rechtsanwalt und Partner der auf den Bereich Gesellschaftsrecht | Corporate spezialisierten Kanzlei Berner Fleck Wettich Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Düsseldorf.

⁸⁸ Ausführlich zur Entscheidungs- und Abschlusskompetenz für die separate Aufsichtsratsdeckung TTT *Fassbach/Wettich*, GWR 2016, 199.

⁸⁹ Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 113 Rz. 2a; Hemeling, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491/507 f.; Bachmann, in: Kremer u.a., Deutscher Corporate Governance Kodex, 6. Aufl. 2016, Rz. 689.

⁹⁰ *Fassbach/Wettich*, GWR 2016, 199; *Wettich*, AG 2015, 681 (684 f.); *Armbrüster*, NJW 2016, 897 (901).