

D&O-Haftung und -Versicherung



Dr. iur. Daniel Jenny, LL.M.
CMS von Erlach Poncet AG

Daniel Jenny ist Partner und Mitglied der Fachgruppe Gesellschaftsrecht/M&A bei CMS von Erlach Poncet AG. Er promovierte mit einer Dissertation über Abwehrmöglichkeiten bei der D&O-Haftung. Neben der Beratung in D&O-Haftungsfragen vertritt er Gesellschaften

sowie Geschäftsführungsorgane in D&O-Haftungsprozessen vor Gericht.



Dr. iur. Clemens von Zedtwitz, LL.M.
CMS von Erlach Poncet AG

Clemens von Zedtwitz ist Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht sowie Partner und Mitglied der Fachgruppe Versicherungsrecht bei CMS von Erlach Poncet AG. Er führt Prozesse vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten bei

Auseinandersetzungen betreffend Deckungsfragen zwischen Versicherern und Versicherungsnehmern sowie bei Auseinandersetzungen über Haftpflichtansprüche jeglicher Art (insbesondere D&O, E&O und Berufshaftpflicht).

Einleitung

«*Anything that can go wrong will go wrong*» (Murphy's Law) – Fehler lassen sich zumindest nie ganz vermeiden. Bei den Verwaltungsratsmitgliedern (*Directors*) und Geschäftsführern bzw. Managern (*Officers*) verbleibt hinsichtlich ihrer Haftung als Geschäftsführungsorgane stets ein Restrisiko, welches bei Verwirklichung beträchtliche Scha-

denersatzansprüche nach sich ziehen kann. Dabei ist die D&O-Haftung im Nachgang zur Finanzkrise und zur finanziellen Schieflage grosser Unternehmen auch immer mehr in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Der nachfolgende Beitrag zeigt neben den Haftungsgrundlagen auf, wie eine mögliche Haftung vermieden und ein genügender Versicherungsschutz sichergestellt werden können.

Gesetzliche Grundlage

Die primäre Grundlage der D&O-Haftung ist im Gesetz in Art. 754 OR geregelt und betrifft die sog. aktienrechtliche Haftung bzw. Verantwortlichkeit der Geschäftsführungsorgane einer Aktiengesellschaft. Diese gesetzliche Grundlage wird durch eine komplexe, sich ständig im Fluss befindende Rechtsprechung und Lehre konkretisiert bzw. ergänzt, womit sich die D&O-Haftung zu einem Spezialgebiet entwickelt hat. Daneben unterstehen Verwaltungsratsmitglieder und Manager auch den allgemeinen haftungsrechtlichen Bestimmungen, namentlich der Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR), die allerdings nicht Gegenstand dieses Beitrages ist.

Wer untersteht der D&O-Haftung?

Neben den Verwaltungsratsmitgliedern als sog. formelle Organe unterstehen gemäss Gesetz «*alle mit der Geschäftsführung befassten Personen*» der D&O-Haftung. Es handelt sich dabei um diejenigen Personen einer Gesellschaft, welche Geschäftsführungsaufgaben eigenständig wahrnehmen und dabei einen *entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft* haben. Solche Personen werden als materielle bzw. faktische Organe bezeichnet, je nachdem, ob sie die Geschäftsführungsaufgaben aufgrund interner Reglemente oder rein faktisch besorgen.

Während Verwaltungsratsmitglieder unabhängig von der konkreten Aufgabenerfüllung immer der D&O-Haftung unterstehen, haften Manager nur, wenn sie eigentliche Geschäftsführungsaufgaben eigenständig wahrnehmen. Bei Top-Managern als Mitglieder der Geschäftsleitung bzw. des Executive Boards ist diese Voraussetzung zweifellos erfüllt. Aber auch Mitglieder der nächsttieferen Management-Stufe (z. B. General Counsel, Compliance Officer) können als materielle oder faktische Organe der D&O-Haftung unterstehen.

Voraussetzungen der D&O-Haftung

Im Folgenden wird auf die vier Haftungsvoraussetzungen der D&O-Haftung kurz eingegangen.

Schaden

Unter einem Schaden wird eine *unfreiwillige Verminderung des Nettovermögens* verstanden. Zur Feststellung eines Schadens wird jeweils der gegenwärtige Stand des Vermögens des Geschädigten mit dem Stand verglichen, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

Bei der D&O-Haftung können verschiedene Personen primär bzw. direkt geschädigt sein. Es wird danach unterschieden, ob (i) die Gesellschaft primär geschädigt ist (sog. Gesellschaftsschaden) oder (ii) die Aktionäre bzw. Gläubiger primär einen Schaden erlitten haben. Diese Unterscheidung ist zentral für die Frage der Klagelegitimation, d.h., wer welchen Schaden einklagen kann.

Gesellschaftsschaden: Bei der D&O-Haftung steht die Schädigung der Gesellschaft (Gesellschaftsschaden) im Vordergrund. Einen solchen Schaden erleidet die Gesellschaft beispielsweise, wenn sie durch unsorgfältige Kreditvergabe oder durch eine unsorgfältige Vermögensanlage geschädigt wurde.

Ausserhalb des Konkurses (gemeint sind damit auch Nachlassverfahren) *der geschädigten Gesellschaft* liegt es in erster Linie an der *Gesellschaft*, ihren (eigenen) Schaden gegen ihre Organe einzuklagen. Das Gesetz sieht allerdings vor, dass auch die einzelnen *Aktionäre* den Gesellschaftsschaden (auf Leistung an die Gesellschaft) einklagen können.

Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft verändert sich die Klageberechtigung wesentlich, da nun (auch) die Gläubiger klageberechtigt sind. Dabei liegt es primär an der Konkursverwaltung, den Gesellschaftsschaden für die Gläubiger auf Leistung an die Konkursmasse einzuklagen. Die Konkursverwaltung nimmt in der Regel routinemässig potenzielle Verantwortlichkeitsansprüche in das Konkursinventar auf. Sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von potenziellen Verantwortlichkeitsansprüchen verzichtet, können die einzelnen Gläubiger oder Aktionäre eine Abtretung der Ansprüche verlangen, um selbst gegen die Organe vorzugehen. In der Praxis handelt es sich bei der Geltendmachung des Gesellschaftsschadens im Konkurs der geschädigten Gesellschaft um die weitaus häufigste Schadenskonstellation.

Direkter Aktionärs- oder Gläubigerschaden: Bei der D&O-Haftung können die Aktionäre oder Gläubiger auch direkt geschädigt sein, ohne dass eine Schädigung der Gesellschaft vorliegt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn einzelnen Aktionären keine Dividende ausbezahlt wird oder ein Gläubiger mittels einer gefälschten Bilanz zu einer Kreditvergabe verleitet wird. In einer solchen Konstellation können die direkt geschädigten Aktionäre oder Gläubiger ihren Schaden grundsätzlich auf Leistung an sich selbst einklagen. Allerdings hat das Bundesgericht komplexe Regeln aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen ein solcher direkter Schaden von Aktionären oder Gläubigern eingeklagt werden kann.

Pflichtverletzung

Die D&O-Haftung setzt voraus, dass ein Schaden *pflichtwidrig* verursacht wurde. Pflichtwidrig handelt ein Geschäftsführungsorgan, wenn es eine gesellschaftsrechtliche Pflicht verletzt, welche durch Gesetz, Statuten, Reglement oder durch einzelne Generalversammlungsbeschlüsse festgelegt ist.

Allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht: Das Gesetz verlangt im Rahmen einer allgemeinen Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht (Treuepflicht), dass

die Geschäftsführungsorgane ihre *«Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren»*.

Die *allgemeine Treuepflicht* verlangt, dass ein Geschäftsführungsorgan dem Gesellschaftsinteresse den Vorzug gibt gegenüber seinen eigenen Interessen oder den Interessen nahestehender Personen. Aus dieser allgemeinen Treuepflicht leiten sich insbesondere die Verhaltenspflichten im Umgang mit Interessenkonflikten, die Geheimhaltungs- und Schweigepflicht, die Pflichten im Umgang mit Insiderwissen sowie das Verbot der Konkurrenzierung der Gesellschaft ab.

Sowohl unter der Sorgfalts- als auch der Treuepflicht müssen die Geschäftsführungsorgane ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Unter dem *Gesellschaftsinteresse* wird nach heutigem Verständnis nicht eine kurzfristige Gewinnmaximierung, sondern die nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts im Rahmen des statutarischen Zwecks verstanden. Bei der Bestimmung des Gesellschaftsinteresses können auch Interessen anderer Anspruchsgruppen (*Stakeholder* z.B. *Arbeitnehmer und Lieferanten*) berücksichtigt werden, solange dies mit dem Shareholder Value vereinbar ist.

Gesetzliche Einzelpflichten: Gesetzliche Einzelpflichten, welche die Geschäftsführungsorgane gemäss den dargestellten Leitplanken (allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht) erfüllen müssen, finden sich nicht nur im ganzen Aktienrecht verstreut, sondern insbesondere auch im Kapitalmarkt-, Straf-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Es besteht dabei ein (bedenklicher) Trend, die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführungsorgane auszudehnen. Neueste Beispiele sind die Pflichten des Verwaltungsrates zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaft sowie zur Verhinderung von Privatbestechung (Verschärfung des Korruptionsstrafrechts).

Für die Verwaltungsratsmitglieder sind die wichtigsten Einzelpflichten als unübertragbare Aufgaben in Art. 716a OR zusammengefasst. Danach

sind die Verwaltungsratsmitglieder beispielsweise zwingend für die Unternehmensstrategie, die Festlegung der Unternehmensorganisation sowie die Ausgestaltung des Rechnungswesens zuständig. Eine weitere zentrale unübertragbare Aufgabe umfasst die Ausgestaltung der Compliance, womit die Einhaltung aller inländischer und ausländischer Gesetze, Statuten und Reglemente sichergestellt werden soll. Ebenfalls eine unübertragbare Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder ist die Benachrichtigung des Gerichts, falls die Gesellschaft überschuldet sein sollte. Dieser Pflicht kommt eine grosse praktische Bedeutung zu, da ein Grossteil der (erfolgreichen) Verantwortlichkeitsklagen mit einer Verletzung dieser Pflicht begründet wird.

Konzernverhältnisse: Das Bundesgericht lässt aus haftungsrechtlicher Sicht keine Konzernbetrachtung zu, sondern stellt beim Gesellschaftsinteresse auf das Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft – und nicht auf den Konzern als Ganzes – ab. In internationalen Konzernen kann es bei gruppeninternen Restrukturierungen auf Unverständnis stossen, wenn die Geschäftsführungsorgane einer Schweizer Tochtergesellschaft diese Thematik aufbringen. Die Einbettung einer Gesellschaft in einen Konzern (insb. im Falle einer statutarischen Konzernklausel) darf bei der Auslegung der gesetzlichen Pflichten und des Gesellschaftsinteresses sicherlich berücksichtigt werden. Allerdings kann sich ein Geschäftsführungsorgan einer Schweizer Konzerngesellschaft der aktienrechtlichen Pflichten und des Gesellschaftsinteresses nicht mit dem Hinweis auf die Konzernzugehörigkeit entledigen. Aus praktischer Sicht ist allerdings zu beachten, dass – solange die Schweizer Konzerngesellschaft nicht in Konkurs fällt – das Risiko einer Klage aus D&O-Haftung gering ist. Vor einem Konkurs kann ein Gesellschaftsschaden lediglich von der Gesellschaft selbst oder den Aktionären (i.d.R. die hundertprozentige Muttergesellschaft) geltend gemacht werden.

Kausalzusammenhang

Damit ein Geschäftsführungsorgan für einen Schaden zur Verantwortung gezogen werden kann, muss der Schaden durch die konkret vorgeworfene

Pflichtverletzung adäquat kausal verursacht worden sein. Häufig sind für einen Schaden (z.B. eine nicht gewinnbringende Unternehmensakquisition) verschiedene Ursachen kausal. Dabei genügt es, wenn ein Organ eine sog. Teilursache für den eingetretenen Schaden gesetzt hat. Wird beispielsweise im Falle einer nicht gewinnbringenden Akquisition der Strategiebeschluss des Verwaltungsrates durch das Management unsorgfältig umgesetzt und schreiten die Verwaltungsratsmitglieder trotz ihrer Aufsichtspflicht nicht rechtzeitig dagegen ein, so ist eine Haftung sowohl der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Managements denkbar. Im Aussenverhältnis haften die einzelnen Haftpflichtigen grundsätzlich solidarisch, wobei gewisse Herabsetzungsgründe bereits vorgebracht werden dürfen (sog. differenzierte Solidarität). Im Innenverhältnis kann die Haftungsordnung unter den einzelnen Haftpflichtigen nochmals deutlich abweichen (Regress).

Verschulden

Das Verhalten muss einem Geschäftsführungsorgan sodann subjektiv vorgeworfen werden können. Die Bestreitung des Verschuldens ist allerdings ein schwieriges Unterfangen, da das Bundesgericht einen objektiven Verhaltensmassstab anwendet. Unbehelflich sind deshalb rein subjektive Entschuldigungen wie Zeitmangel, mangelnde Fachkenntnisse oder mangelnde Ausbildung (besondere Fachkenntnisse können sich umgekehrt sogar haftungsverschärfend auswirken). Den Geschäftsführungsorganen wird allerdings eine angemessene Einarbeitungszeit von wenigen Monaten zugestanden. Ebenfalls unbehelflich ist der Hinweis auf die Befolgung von Weisungen eines Allein- oder Mehrheitsaktionärs.

Vermeidung einer Haftung bzw. Verminderung des Haftungsrisikos

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass aufgrund der zahlreichen Pflichten erhebliche Haftungsrisiken für die Geschäftsführungsorgane bestehen. Deshalb kommt der Möglichkeit einer Haftungsvermeidung bzw. Verminderung des Haftungsrisikos eine zentrale Bedeutung zu. Nachstehend wird auf einige solche Möglichkeiten eingegangen.

Zweckmässige Organisation und Arbeitsteilung (Delegation)

Eine zweckmässige Organisation und Arbeitsteilung ist ein wirksames Mittel zur Haftungsprävention. Die Aufgaben innerhalb des Verwaltungsrates und innerhalb der Geschäftsleitung sollten in einem Organisationsreglement geregelt werden. Bei grösseren Gesellschaften ist es auch üblich, dass innerhalb des Verwaltungsrates Ausschüsse gebildet werden. Eine Delegation und Arbeitsteilung führt im Kern dazu, dass sich der Pflichtenumfang auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Delegationsempfänger bzw. Ausschussmitglieder reduziert. Die Krux in der Praxis liegt bei der Überwachung der Delegationsempfänger, da das Bundesgericht, insbesondere für die Verwaltungsratsmitglieder, weitgehende Eingriffspflichten vorsieht.

Einhaltung der Formalitäten des Aktienrechts

Zwecks Verminderung des Haftungsrisikos sollten die Geschäftsführungsorgane die Formalitäten des Aktienrechts beachten (bekannt auch unter der Redewendung «das Spiel der AG spielen»). Dazu gehören insbesondere:

- Einhaltung der Regeln über die Einberufung und Durchführung von *Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen*;
- Einhaltung der Regeln über die *Gewinnausschüttung* (unter Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gruppenfinanzierung und deren Auswirkung auf die Gewinnausschüttung);
- keine Vermischung von Privat- und Geschäftsvermögen.

Geschäftsführungsorgane vermindern ihr Haftungsrisiko zudem, wenn sie sich nicht in Machtkämpfe zwischen Aktionären einspannen lassen und insbesondere die Rechte der Minderheitsaktionäre berücksichtigen.

Besonderes Augenmerk auf leicht haftungsbegründende Pflichten

Die Rechtsprechung zur D&O-Haftung zeigt, dass die Verletzung gewisser gesetzlicher Pflichten besonders häufig zu (erfolgreichen) Verantwort-

lichkeitsklagen führt. Es handelt sich dabei insbesondere um die folgenden Pflichtverletzungen:

- Vermögensverschiebungen ohne entsprechende Gegenleistung, insbesondere zugunsten von Aktionären, Organpersonen sowie innerhalb des Konzerns;
- Missachtung von Buchführungsvorschriften;
- Missachtung der Kapitalschutzvorschriften bei Kapitalverlust oder Überschuldung;
- fehlerhafte Delegation der Geschäftsführung;
- fehlender Beizug von Fachleuten trotz ungenügender Fachkenntnisse;
- Nichtablieferung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Mitarbeiter des Unternehmens.

Dementsprechend sollten die Geschäftsführungsorgane der Erfüllung dieser Pflichten ein besonderes Augenmerk schenken. Der Verwaltungsrat muss ein angemessenes Risikomanagement sicherstellen: Eine Gesellschaft darf nur diejenigen Geschäfte betreiben, zu denen sie personell, organisatorisch und finanziell in der Lage ist.

Business Judgment Rule

Bei der Business Judgment Rule (BJR) geht es im Kern darum, dass Gerichte einen Geschäftsentscheid nur beschränkt überprüfen, sofern gewisse Voraussetzungen eingehalten werden. In mittlerweile konstanter Rechtsprechung anerkennt das Bundesgericht demnach, *«dass sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuzeigen haben bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheidungen, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind»*. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, darf ein Gericht lediglich prüfen, ob der Geschäftsentscheid *«vertretbar»* ist. Mit anderen Worten würde ein Geschäftsführungsorgan in einer solchen Konstellation bloss dann pflichtwidrig handeln, wenn der Geschäftsentscheid schlicht unvertretbar ist. Ist jedoch eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, wird der Geschäftsentscheid frei überprüft. Für eine Haftung genügt dann bereits, dass der Geschäftsentscheid in der konkreten Situation *«fehlerbehaftet»* erscheint, er muss also nicht geradezu unvertretbar sein.

Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur BJR empfiehlt es sich in der Praxis, Geschäftsentscheide gut vorzubereiten und ausführlich zu dokumentieren. Dazu gehört auch, dass die Vor- und Nachteile eines Geschäftsentscheids abgewogen und protokolliert werden. Ebenfalls sollte festgehalten werden, warum der Geschäftsentscheid im besten Interesse der Gesellschaft ist. Bei der Begründung ist darauf zu achten, dass eine echte Auseinandersetzung mit dem konkreten Geschäftsentscheid erfolgt und keine allgemeinen Floskeln verwendet werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass potenziell von einem Interessenkonflikt betroffene Geschäftsführungsorgane nicht an der Beschlussfassung teilnehmen. Liegt ein schwerer Interessenkonflikt vor, ist das konfliktbetroffene Geschäftsführungsorgan nicht nur von der Beschlussfassung, sondern auch von der Beratung des Geschäfts auszuschliessen.

Einholen von Fachrat/Expertenbeizug

Ein Geschäftsführungsorgan muss nicht über die nötige Fachkunde und Zeit verfügen, um alle sich in einem Unternehmen stellenden Fragen selbst im Detail beantworten zu können. Aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ergibt sich umgekehrt die Pflicht, sich von unternehmensinternen oder -externen Spezialisten beraten zu lassen, sofern die erforderliche Kompetenz oder die zeitlichen Ressourcen im Geschäftsführungsgremium nicht vorhanden sind. Stellt ein Geschäftsführungsorgan auf die Empfehlung eines Experten ab, so hat dies unter den folgenden Voraussetzungen eine haftungsbefreiende Wirkung:

- beigezogener Experte ist ein anerkannter Spezialist;
- korrekte Aufgabenstellung und Weitergabe der notwendigen Informationen;
- kritische Überprüfung der Empfehlung (Plausibilitätscheck, bei Bedarf Einholung von Zusatzabklärungen); sowie
- sorgfältige Umsetzung der Empfehlung.

Der Beizug von Experten ist in der Praxis ein wirksames Mittel zur Verteidigung gegen mögliche Verantwortlichkeitsansprüche, solange es sich um keine Alibigutachten handelt.

Opposition gegen Mehrheitsbeschluss und Rücktritt

Die Opposition eines Geschäftsführungsorgans gegen einen Geschäftsführungsbeschluss schliesst in der Regel die Pflichtwidrigkeit bzw. das Verschulden des opponierenden Geschäftsführungsorgans aus. Die Nein-Stimme des opponierenden Geschäftsführungsorgans muss allerdings begründet und zu Beweis Zwecken protokolliert werden. Damit das Opponieren eine Haftung ausschliesst, muss der Widerstand andauern. Kann sich das überstimmte Geschäftsführungsorgan gegen einen Beschluss nicht wehren, bietet letztlich nur der Rücktritt als ultima ratio einen erfolgreichen Schutz vor einer D&O-Haftung. Der Rücktritt schliesst eine D&O-Haftung allerdings nur für die Zukunft aus.

Decharge

Die von der Generalversammlung erteilte Decharge ist zwar ein probates, in der Praxis allerdings teilweise überschätztes Mittel zur Vermeidung bzw. Reduktion der D&O-Haftung. Dies liegt daran, dass die Wirkung der Decharge von Gesetzes wegen limitiert ist:

- Zunächst wirkt der Dechargebeschluss nur für «bekannt gegebene» Tatsachen. Umstritten ist, inwieweit auch bloss «erkennbare» Tatsachen von der Decharge erfasst werden. In der Regel ist die Wirkung einer an einer ordentlichen Generalversammlung erteilten Decharge grösser als die an einer ausserordentlichen Generalversammlung erteilten Decharge, da aufgrund der Genehmigung des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung mehr Tatsachen bekannt sind.
- Weiter wird die Wirkung einer Decharge dadurch eingeschränkt, dass die Decharge nur im Hinblick auf den Gesellschaftsschaden gilt und nur der Gesellschaft selbst sowie den zustimmenden Aktionären entgegengehalten werden kann. Das Klagerecht der ablehnenden Aktionäre erlischt hingegen (erst) sechs Monate nach dem Dechargebeschluss. Diese Regelung gilt auch im Konkurs einer geschädigten Gesellschaft. Allerdings entfaltet die Decharge im Konkurs einer geschädigten Gesellschaft

gegenüber der Konkursverwaltung und den Gläubigern keine Wirkung. Mit anderen Worten ist die Decharge bei der in der Praxis häufigsten Schadenskonstellation praktisch wirkungslos.

Schadloshaltungsklauseln

In der Beratungspraxis kommt vermehrt die Frage auf, ob Geschäftsführungsorgane durch Schadloshaltungsklauseln wirksam freigestellt werden können. Dies hängt davon ab, wer ein solches Schadloshaltungsversprechen abgibt:

- Wenn ein *Schadloshaltungsversprechen durch (einzelne) Aktionäre* erfolgt, ist dies rechtlich grundsätzlich unbedenklich. Aus Sicht eines Geschäftsführungsorgans stellt ein solches Schadloshaltungsversprechen ein probates Mittel zur Haftungsvermeidung dar, solange die Bonität des schadlos haltenden Aktionärs vorhanden ist. Eine Schadloshaltung durch Aktionäre kommt häufig bei fiduziarischen Verwaltungsratsmandaten (als Klausel im Treuhandvertrag) und in Konzernverhältnissen vor.
- Aus rechtlicher Sicht problematisch ist hingegen, wenn die *Gesellschaft selbst* zugunsten ihrer Organe ein *Schadloshaltungsversprechen* abgibt. Beim Gesellschaftsschaden würde dies zur paradoxen Situation führen, dass die Gesellschaft die Geschäftsführungsorgane für ihre eigenen Ansprüche schadlos halten würde. Eine solche Schadloshaltungsklausel müsste im Ergebnis als eine Freizeichnung von der D&O-Haftung ausgelegt werden. Es ist umstritten, ob eine solche Freizeichnung aufgrund der (grundsätzlich) zwingenden Natur der D&O-Haftung überhaupt zulässig ist. Unklar ist zudem, welches Organ der Gesellschaft (Verwaltungsrat oder Generalversammlung) für die Einräumung einer Schadloshaltung bzw. Freizeichnung zuständig ist. Aufgrund der vergleichbaren Wirkung einer Schadloshaltung zu einer Decharge spricht vieles dafür, dass eine von der Gesellschaft stammende Schadloshaltung durch die Generalversammlung zu erfolgen hätte.

D&O-Versicherung

Die D&O-Haftung richtet sich gegen die Geschäftsführungsorgane persönlich und wird (aufgrund

entsprechender Einschränkungen im Deckungsumfang) weder durch die Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmens noch durch eine privat abgeschlossene Haftpflichtversicherung erfasst. Das Sicherstellen eines genügenden Versicherungsschutzes ist für Geschäftsführungsorgane damit ein Muss.

Versicherungsschutz im Überblick

Die D&O-Versicherung bietet den Geschäftsführungsorganen Schutz, wenn diese aufgrund einer Pflichtverletzung als Organ auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Sie schützt das private Vermögen der Geschäftsführungsorgane (*Vermögensschadenversicherung*), und zwar indem sie berechnete Schadenersatzansprüche gegen diese bezahlt (*Haftpflichtdeckung*) und/oder bei ihnen anfallende Abwehrkosten erstattet (*Abwehrdeckung*). Über diesen typischen Schutzbereich hinaus sehen die meisten D&O-Versicherungen heute auch eine (beschränkte) Übernahme von Kosten der Geschäftsführungsorgane für die Verteidigung in strafrechtlichen oder regulatorischen Verfahren vor.

Versicherungsvertrag mit der Gesellschaft als Grundlage

Der D&O-Versicherungsvertrag wird von der Gesellschaft (als Versicherungsnehmerin) für die Geschäftsführungsorgane (als Versicherte) abgeschlossen (sog. Vertrag zugunsten Dritter). Versichert werden üblicherweise nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch alle früheren und zukünftigen Geschäftsführungsorgane.

Soweit sich die Geschäftsführungsorgane ein Bild über ihren Versicherungsschutz machen wollen, haben sie bei der Gesellschaft die entsprechenden Auskünfte einzuholen. Es empfiehlt sich, frühzeitig eine genügende Dokumentation über den Versicherungsschutz anzulegen, da sich die Beziehung zur Gesellschaft im Falle von Verantwortlichkeitsklagen verschlechtern kann.

Obwohl die Geschäftsführungsorgane nicht Vertragspartner der Versicherung sind, haben sie im Versicherungsfall grundsätzlich ein eigenes For-

derungsrecht gegenüber der Versicherung. Wenn die Gesellschaft die Geschäftsführungsorgane – soweit gesetzlich zulässig – im Haftpflichtfall schadlos gehalten hat, steht der Gesellschaft ein eigener Anspruch gegenüber der Versicherung zu (*company reimbursement*).

Der Abschluss einer Einzelversicherung durch die D&Os selbst, z.B. zur Abdeckung spezifischer Verwaltungsratsmandate, ist möglich, in der Praxis aber eher selten anzutreffen (da beschränkter Deckungsumfang, tiefe Limiten und teuer).

Spezialisierte Broker unterstützen beim Vertragsabschluss

Soweit der Gesetzgeber im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) keine zwingenden Regelungen vorgesehen hat, können die Parteien den Inhalt des Versicherungsvertrages grundsätzlich frei vereinbaren. D&O-Versicherungsverträge haben sich zu komplexen, international geprägten Spezialprodukten entwickelt. Aufgrund der im Markt anzutreffenden Bedingungsvielfalt empfiehlt es sich, beim Abschluss einen spezialisierten Broker beizuziehen, welcher auch Ausschreibungen und Angebotsvergleiche durchführen kann.

Fehler bei der Antragstellung gefährden den wirksamen Versicherungsschutz

Die von der Versicherung im Rahmen des Vertragsabschlusses der Antragstellerin (Gesellschaft) unterbreiteten Fragen sind von der Antragstellerin wahrheitsgemäss zu beantworten, ansonsten die Wirksamkeit des Versicherungsschutzes gefährdet ist (Möglichkeit der Kündigung und Leistungsbe freiung für die Versicherung bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht).

Zwar enthalten Versicherungsverträge häufig Regelungen, wonach die im Versicherungsantrag gemachten Angaben oder Kenntnisse einer versicherten Person nicht einer anderen versicherten Person zugerechnet werden sollen (*severability*). Diese für die Versicherten günstigen Regelungen sehen jedoch z.T. wieder Beschränkungen vor, wonach eine Wissenszurechnung innerhalb eines bestimmten Kreises (z.B. CEO, CFO, COO oder

General Counsel) doch zulässig sein soll (*limited severability*). Falls eine solche (beschränkte) Wissenszurechnung möglich ist, müssen bei der Prüfung und Verifizierung eines genügenden und wirk-samen Versicherungsschutzes deshalb auch der Versicherungsantrag und dessen Inhalt miteinbe-zogen werden.

Einschluss von Vor- und Nachrisiken

Das versicherte Ereignis lässt sich in der D&O-Versicherung in ein Primär- und ein Folgeereignis unterscheiden: Primärereignis ist die Pflichtverlet-zung des Geschäftsführungsorgans, Folgeereignis ist der Bedarf nach Rechtsschutz (im Bereich der Abwehrdeckung) oder die Feststellung der Haf-tung des Geschäftsführungsorgans (im Bereich der Haftpflichtdeckung).

Diese technische Unterscheidung hat in ver-schiedener Hinsicht praktische Relevanz. Insbe-sondere können zwischen der haftungsbegrün-denden Pflichtverletzung und dem Bedarf nach Rechtsschutz oder der Feststellung der Haf-tung (z.B. durch gerichtliches Urteil) oft Jahre vergehen. Die D&O-Versicherungen haben aber meistens nur eine Laufzeit von einem Jahr (die Versicherung will das entsprechende Risiko regelmässig überprüfen können). Es fragt sich dann, nach welchem Kriterium ein Haftpflichtfall in zeitlicher Hinsicht zugeordnet wird. Dieses Kri-terium (*trigger*) ist typischerweise die Erhebung der Schadenersatzansprüche (z.B. in Form einer schriftlichen Forderung) gegen die Geschäftsfüh-rungsorgane (sog. Anspruchserhebungs- oder *Claims-made*-Prinzip).

Eine auf dem *Claims-made*-Prinzip aufbauende D&O-Versicherung bietet damit grundsätzlich auch Schutz für vor Vertragsbeginn begangene Pflicht-verletzungen (Vorriskodeckung), soweit diese durch die Versicherung nicht im Rahmen der vor-vertraglichen Risikoanalyse oder durch Festlegung eines maximalen Rückwirkungsdatums (*retroac-tive date*) von der Deckung ausgeschlossen wer-den. Eine vor oder während der Versicherungspe-riode begangene Pflichtverletzung kann auch erst nach Ablauf einer Versicherungsperiode zu einer

Anspruchserhebung gegen die Geschäftsführungs-organe führen. Diesem Umstand ist durch Verein-barung einer genügenden Nachmeldefrist (Nachri-sikodeckung) Sorge zu tragen, ansonsten die Geschäftsführungsorgane ohne genügenden Ver-sicherungsschutz dastehen.

Versicherungssumme, Selbstbehalt und Serienschadenklausel

Die Leistungen der Versicherung unter der D&O-Versicherungspolice sind betraglich begrenzt (Versicherungssumme). Einer grundsätzlich der Höhe nach unbegrenzten Haftung der Geschäfts-führungsorgane steht damit eine limitierte Lei-stungspflicht des Versicherers gegenüber. Die Ver-sicherungssumme ist deshalb beim Abschluss des Versicherungsvertrages umsichtig anhand des Schadenpotenzials festzulegen.

Bei der Festlegung der Versicherungssumme sind insbesondere zwei weitere Instrumente mitzube-rücksichtigen, welche von der Versicherung zur Begrenzung ihrer Leistungspflicht verwendet wer-den: der Selbstbehalt und die Verknüpfung mehrerer Schadenfälle zu einem einzigen Schaden, einem sog. Serienschaden (*aggregation*). Sieht die D&O-Versicherungspolice bspw. einen sehr hohen Selbstbehalt vor, kann es bei einer eng for-mulierten Serienschadenklausel dazu kommen, dass Schäden nicht zu einem einzigen Schaden-fall zusammengefasst werden und der Selbstbe-halt mehrmals zur Anwendung kommt. Eine weit gefasste Serienschadenklausel kann dagegen für die Versicherten ungünstig wirken, wenn die Ver-sicherungspolice eine tiefe Limite pro Schadenfall vorsieht, welche im Ergebnis für den (zusammen-gefassten) Schadenfall nur einmal zur Verfügung steht.

Pflichten im Versicherungsfall

Der Versicherungsfall führt zu verschiedenen Pflichten für die Versicherungsnehmerin und die Versicherten, z.B. die Pflicht zur Benachrichtigung der Versicherung (Schadenanzeige) oder Aus-kunfts- und Mitwirkungspflichten (Substanziie-rung des Versicherungsanspruchs). Diese auf das VVG zurückgehenden Pflichten werden häufig im

Versicherungsvertrag modifiziert und ergänzt. So finden sich in D&O-Versicherungsverträgen für die Schadenanzeige z.B. Maximalfristen (bspw. 45, 60 oder 90 Tage) oder Formvorschriften (bspw. Mitteilung vorab per E-Mail, dann per Einschreiben), welche bei Nichtbeachtung zum Anspruchsverlust führen können.

Auch wenn viele D&O-Versicherungsverträge Regelungen vorsehen, wonach die Gesellschaft (als Versicherungsnehmerin) zur Vornahme bestimmter Handlungen berechtigt (und evtl. auch verpflichtet) ist, bleiben grundsätzlich die Geschäftsführungsorgane (als Versicherte und Anspruchsberechtigte) letztverantwortlich für eine Reihe von Pflichten im Versicherungsfall, insbesondere eine gehörige Schadenanzeige. Erfahrungsgemäss zahlt sich für die Versicherten der möglichst frühzeitige Beizug eines Rechtsbera-

ters (mit ausreichender Erfahrung im Bereich des Versicherungsrechts) aus, welcher die Versicherten bei der ordentlichen Abwicklung des Versicherungsfalls unterstützt.

Stolpersteine für die Versicherten

Auf dem Weg vom Vertragsabschluss bis zum Erhalt der Versicherungsleistung im Versicherungsfall bestehen für die Versicherten verschiedene Stolpersteine. Diese ergeben sich u.a. aus dem VVG selbst (welches ohne Kenntnis der Rechtsprechung heute kaum mehr verständlich ist), aber auch aus der Übernahme von ausländischen Konzepten und Begriffen (insbes. aus dem Lloyds Markt), welche sich nicht immer sinnvoll in schweizerische D&O-Versicherungsverträge einfügen. Im Folgenden wird, ohne abschliessenden Charakter, auf eine Auswahl solcher Stolpersteine hingewiesen:

Stolpersteine für die Versicherten (Teil 1)

Stolperstein	Beschrieb	Gefahr	Entschärfung
Umstrukturierungen	Die meisten D&O-Versicherungen sehen vor, dass für übernommene Gesellschaften eine Deckung nur insoweit besteht, als die Pflichtverletzungen nach der Übernahme erfolgten.	Wenn die Deckung einer vorgängigen D&O-Versicherung (nach dem Anspruchserhebungsprinzip) mit der Übernahme erlischt, kann es zu empfindlichen Deckungslücken für die Geschäftsführungsorgane der übernommenen Gesellschaft kommen.	Einkauf einer genügenden Versicherungsdeckung (<i>Run-off-Deckung</i>) für die Geschäftsführungsorgane der übernommenen Gesellschaft, welche Ansprüche aus Pflichtverletzungen deckt, die vor der Übernahme erfolgten.
Mischfallregelungen (Allokation)	Im Haftpflichtfall können sich Ansprüche von Geschädigten sowohl gegen die (versicherten) Geschäftsführungsorgane als auch die (nicht versicherte) Gesellschaft richten. Eine Versicherungsleistung ist von der Versicherung dann nur für den gedeckten Haftungsanteil zu erbringen. Die D&O-Versicherungsverträge sehen zur Allokation der Versicherungsleistung in solchen Mischfällen verschiedene Konzepte vor, welche z.T. grossen Ermessensspielraum beinhalten.	Uneinigkeit zwischen Versicherung und Versicherten über eine sachgerechte Allokation in Mischfällen führt zu festgefahrenen Situationen, was eine Vorfinanzierung (und gegebenenfalls auch dauerhafte Tragung) der Abwehrkosten durch die Versicherten zur Folge haben kann.	Von Beginn an auf genügend detaillierte und getrennte Rechnungsstellung achten (bei Vertretung von Gesellschaft und Versicherten durch gemeinsamen Rechtsberater). Gegebenenfalls Beauftragung separater Rechtsberater für Gesellschaft und Versicherte. Vertragliche Festlegung von festen Prozentzahlen und Vorschussregelungen in der Mischfallklausel.

Quelle: Clemens von Zedtwitz

Stolpersteine für die Versicherten (Teil 2)

Stolperstein	Beschrieb	Gefahr	Entschärfung
Vergleichsverbot	Im Bereich der Haftpflichtdeckung bezahlt die D&O-Versicherung festgestellte Haftungsansprüche. Die Haftungsansprüche können einerseits durch gerichtliches Urteil, andererseits durch Abschluss eines Vergleichs im Sinne der Versicherungspolice festgestellt werden. Der Abschluss eines Vergleichs unterliegt allerdings einem Zustimmungserfordernis der Versicherung, für welches regelmässig bestimmte Formvorschriften zu beachten sind. Das Einholen der Zustimmung der Versicherung kann sich als schwierig erweisen, wenn die Versicherung die Deckung aus anderen Gründen ablehnt.	Nichteinholen der erforderlichen Zustimmung der Versicherung oder Nichtbeachtung der erforderlichen Form kann den vollständigen Verlust der Versicherungsdeckung nach sich ziehen.	Strikte Beachtung der vertraglich vorgesehenen Zustimmungs- und Formerfordernisse. Bei Deckungsablehnung durch die Versicherung Zustimmung unter Vorbehalt der Deckungsablehnung einholen. Soweit aus Sicht der Versicherten die Zustimmung der Versicherung ungerechtfertigt verweigert wird, objektive Richtigkeit des Vergleichs (so weit wie möglich) gewährleisten (z.B. nur Abschluss gerichtlich vorgeschlagener Vergleiche).
Verjährung	Das VVG sieht eine kurze, zweijährige Verjährungsfrist vor (Art. 46 VVG). Diese kurze Verjährungsfrist knüpft gemäss Bundesgericht am Folgeereignis an. Die Deckung einer D&O-Versicherung beinhaltet verschiedene Deckungselemente (Haftpflichtdeckung, Abwehrdeckung) mit unterschiedlichen Folgeereignissen (Feststellung der Haftung, Bedarf nach Rechtsschutz). Die Ansprüche gegenüber der Versicherung aus der Abwehrdeckung verjähren damit weit früher als Ansprüche aus der Haftpflichtdeckung.	Verjährung von Ansprüchen der Versicherten, insbes. aus der Abwehrdeckung.	Vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist (z.B. auf fünf Jahre). Separate Fristenkontrolle für die verschiedenen Deckungselemente. Rechtzeitiges Ergreifen von verjährungsunterbrechenden Massnahmen, wie bspw. Schuldbetreibung oder Klage vor einem Gericht.

Quelle: Clemens von Zedtwitz

Kernaussagen

- Die Grundlage der D&O-Haftung findet sich in Art. 754 OR und wird durch eine komplexe, sich ständig im Fluss befindende Rechtsprechung und Lehre konkretisiert bzw. ergänzt. Sie haften mit ihrem Privatvermögen, sofern sie durch eine Pflichtverletzung einen Schaden schuldhaft verursacht haben.
 - Es gibt verschiedene Möglichkeiten, um die D&O-Haftung zu vermeiden oder das Risiko einer Haftung zu vermindern. Dazu gehören u.a. eine zweckmässige Organisation und Arbeitsteilung, die Einhaltung der Formalitäten des Aktienrechts, das Treffen von Geschäftsentscheiden in einem einwandfreien, auf angemessener Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess sowie der Beizug von Experten, sofern die Geschäftsführungsorgane nicht über die nötige Fachkunde und Zeit verfügen.
 - Die D&O-Versicherung schützt das Privatvermögen der Geschäftsführungsorgane im Haftpflichtfall – sie ist notwendig und kein Luxus. Es liegt im Interesse der Geschäftsführungsorgane, rechtzeitig einen genügenden D&O-Versicherungsschutz sicherzustellen (durch Einkauf einer entsprechenden oder Überprüfung einer bestehenden Versicherungslösung).
 - Auf dem Weg vom Abschluss einer D&O-Versicherung bis zum Erhalt der Versicherungsleistung im Versicherungsfall bestehen für die Versicherten verschiedene Stolpersteine. Fehler können den vollständigen Verlust der Versicherungsdeckung nach sich ziehen.
-

Das Handbuch für erfolgreiche Manager.

Mit Experten-Wissen zu brisanten Themen wie Steuern, Compliance, Aktienrecht, M&A, Personal und Wirtschaftsdelikten.

- ✓ Aktueller Überblick zu den laufenden Entwicklungen
- ✓ Praxisnahe Darstellungen
- ✓ Mit Tabellen, Checklisten und Kernaussagen für die schnelle Informationsaufnahme

