

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Mit Compliance-Management-Systemen zu verhaltensabhängigen Tarifen für D&O-Versicherungen

Die neue Empfehlung in 4.1.3 zum Compliance-Management-System im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) vom 07.02.2017 dient der präventiven Vermeidung von Rechtsrisiken durch pflichtgemäßes Verhalten der Führungskräfte. Dem gleichen Zweck dient die Pflicht zum Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG beim Abschluss einer D&O-Versicherung. Die Regelung soll verhaltenssteuernde Wirkung entfalten und Anreize für ein pflichtgemäßes Verhalten im Unternehmen schaffen.¹ Effektive Compliance-Management-Systeme sichern das legale Verhalten im Unternehmen und senken damit das Risiko illegalen Verhaltens der Führungskräfte. Wenn Rechtsrisiken nachweislich gesenkt werden, sinkt damit auch das Versicherungsrisiko für den D&O Versicherer. Ein Compliance-Management-System wird mit der neuen Empfehlung und durch den Begründungszwang nach § 161 Abs. 1 S. 1 AktG (comply or explain) faktisch zur Pflicht trotz nomineller Freiwilligkeit.

Die Pflicht zum Compliance-Management-System ist in Rechtsprechung² und Literatur anerkannt³.

Es stellt sich die Frage, ob der unausweichliche Complianceaufwand eine Senkung des Versicherungsaufwands rechtfertigen kann und sich verhandeln lässt.

I. Die neue Kodex-Empfehlung in 4.1.3 DCGK

Bisher enthielt der DCGK die Pflicht des Vorstands, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken (Compliance). Neu in Ergänzung empfiehlt zur Complianceverantwortung der Kodex dem Vorstand nunmehr, „für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance-Management-System) zu sorgen und deren Grundzüge offen zu legen. Ergänzt wird diese neue Soll-Bestimmung (Empfehlung) durch die weitere Empfehlung, „den Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben“. Nochmals ergänzt wird diese Empfehlung durch die Anregung, auch Dritten diese Möglichkeit einzuräumen.

In der Konsultationsfassung war diese Empfehlung noch als Ausdruck einer rechtlichen Pflicht des Vorstands formuliert worden.⁴ Der geänderten Einschätzung als Empfehlung ging eine Umfrage voraus. Von insgesamt 68 Stellungnahmen gaben 39 kein Votum zu Ziff. 4.1.3 ab, 17 waren für die Einschätzung als Pflicht, 13 dagegen. Es bleibt die Frage, ob die Rechtslage durch eine Umfrage ohne Gewichtung der Stellungnahmen ermittelt und ob die Einschätzung gegen die Mehrheit vorgenommen werden kann. Will eine börsennotierte AG von dieser Kodex-Empfehlung zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems abweichen, ist sie verpflichtet, dies in ihrer

jährlichen Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG offen zu legen. Die Gesellschaft hat zu erklären, inwieweit den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde oder künftig entsprochen werden soll. Jede Nichtbeachtung einer Empfehlung ist zu begründen. Es gilt der Grundsatz „comply or explain“. Nach § 161 Abs. 2 AktG ist die Erklärung auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen. Bezweckt wird eine Information über die Corporate Governance der jeweiligen Gesellschaft.⁵ Die Erklärungspflicht zwingt zur unternehmensinternen Reflexion und zur kritischen Selbstprüfung.⁶ Durch die Entsprechenserklärung wird grundsätzlich ein

1 BT-Drs. 16/13 433, S. 11; Fleischer in Spindler/Stilz § 93 AktG, Anm. 239, 245;

2 ArbG Frankfurt am Main Urt. v. 11.09.2013, 9 Ca 1551.13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13. [Libor-Manipulations-Entscheidung]; LAG Düsseldorf Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14; ZIP 2015, 829-833 [Schienenkartell-Entscheidung]; LG München I Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10; NZG 2014, 345, 346 [Neubürger-Entscheidung].

3 Fleischer in Spindler/Stilz, AktG Kommentar, 3. Aufl., § 91, Anm. 48; Moosmayer, Compliance, 2. Aufl., 2012.

4 v. Werder, Bartz, „Die aktuellen Änderungen des DCGK“, DB Nr. 14, 2017, S. 773, <http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2017-beschlossen-vorsitzwechsel-zum-1-maerz.html> [Kodexanpassungsvorschläge]

5 Für Banken & Versicherungsunternehmen existieren schon in § 25 a KWG & 64 a VAG Regelungen mit vergleichbarem Zweck

6 Bayer/Schol in Spindler/Stilz, 3. Aufl. § 161 AktG Anm. 2 u. 3

„Befolungsdruck“ ausgeübt, indem die Nicht-Beachtung der Kodex-Empfehlung durch die Marktteilnehmer sanktioniert wird, während umgekehrt die Beachtung des Kodex als gute Corporate Governance mit höherer Reputation und Investitionsbereitschaft in das Unternehmen belohnt wird. Wie der VW-Abgasskandal zeigt, können durch Rechtsverstöße Milliarden Schäden verursacht werden. Der Einsatz eines Managementsystems wird durch die neue Kodex Empfehlung i. V. m. der Pflicht zur jährlichen Entsprechenserklärung nach § 161 AktG faktisch zur Pflicht. Der Verzicht auf ein Compliance-Management-System wird zum begründungspflichtigen Ausnahmefall.⁷

II. Befolungs- und Rechtfertigungsdruck⁸

Der öffentlich erklärte Verzicht auf ein Compliance-Management-System zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen lässt sich ohne erheblichen Reputationsverlust kaum rechtfertigen. Mit dem Verzicht würde das Unternehmen öffentlich erklären, keine Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen zu betreiben, Rechtsverstöße in Kauf zu nehmen und Rechtsrisiken nicht abzuwenden. Es kommt hinzu, dass in der Empfehlung die Offenlegung der Grundzüge des Compliance-Management-Systems enthalten ist, sodass ein Unternehmen gezwungen wird, für Außenstehende nachvollziehbar zu erklären, was im Unternehmen unter einem Compliance-Management-System zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verstanden wird. Schließlich wird Whistleblowing den Mitarbeitern empfohlen und für Dritte angeregt.

Der Aufwand für den Einsatz eines Compliance-Management-Systems ist erheblich.⁹ Im Durchschnitt von Betrieben aus 40 Branchen sind 4.300 Rechtspflichten zu beachten. Der Compliance Aufwand entsteht durch die Erfüllung der sechs Organisationspflichten.

- Erstens sind aus etwa 16.000 Rechtsnormen 4.300 Rechtspflichten im Durchschnitt zu ermitteln.
- Zweitens müssen die einschlägigen Rechtspflichten aktualisiert werden, weil sich im Monat im Durchschnitt 430 Rechtspflichten ändern.
- Drittens sind die Pflichten auf alle Unternehmensmitarbeiter zur Erfüllung zu delegieren.
- Viertens sind die Pflichten von verantwortlichen Pflichtenträgern zu erfüllen,
- Fünftens ist ihre Erfüllung zu kontrollieren und
- Sechstens müssen die sechs Organisationsaufgaben dokumentiert werden, weil die Beweislastumkehr, nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gilt und das Risiko der Beweisnot der Vorstände zu vermeiden ist.

Die sechs Organisationspflichten gehören zum unverzichtbaren Bestand eines Compliance-Management-System. Sie lassen sich aus Gesetzen, untergesetzlichen Regelwerken und aus der ständigen Rechtsprechung des BGH zum Organisationsverschulden als Definition der Sorgfalt von Unternehmensleitern insbesondere nach der seit dem 15.12.2014 geltenden ISO 19600 herleiten.¹⁰ Durch die empfohlene Offenlegung in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG wird für alle Interessierten erkennbar, ob sämtliche Anforderungen an ein Compliance-Management-System nach Gesetz, Rechtsprechung und untergesetzlichen Regelwerken, sowie der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere nach ISO 19600 nach DIN ISO 14001 nach EMAS praktiziert werden.

Bei der einmaligen Ermittlung der einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen müssen sämtliche Risiken erfasst werden, die durch

die einschlägigen Rechtspflichten abzuwenden sind. Der Aufwand sinkt proportional zur Größe des Unternehmens. Bei 750 Mitarbeitern eines Autozulieferers wurden ca. 3% vom Jahresumsatz als Jahresaufwand gemessen.¹¹ Durch Arbeitsteilung, Standardisierung und Digitalisierung lässt sich der Complianceaufwand systematisch zwar senken,¹² bleibt aber ein beachtlicher Kostenfaktor, der zur Versicherungsprämie hinzukommt. Der Complianceaufwand dient der Vermeidung von Schäden durch Rechtsverstöße und damit im Ergebnis zur Senkung des Versicherungsrisikos, das durch eine D&O-Versicherung gedeckt wird. Complianceaufwand und Versicherungsaufwand dienen zur Abwendung des gleichen Risikos, nämlich dem pflichtwidrigen illegalen Verhalten der Führungskräfte.

Die neue Empfehlung zum Compliance-Management-System hat offensichtlich den Zweck, die Organe einer AG zum pflichtgemäßen Verhalten zu bewegen und durch die öffentliche Entsprechenserklärung die wirtschaftliche Reputation für Investoren, Kunden, Mitarbeiter und Vertragspartner zu stärken und sich auf pflichtgemäßes Verhalten für alle erkennbar öffentlich festzulegen. Dadurch wird Vertrauen bei allen Beteiligten begründet, dass es nicht zu Schäden durch Rechtsverstöße kommen kann und sämtliche Schutzmaßnahmen in Form von Rechtspflichten zur Abwehr unternehmenstypischer Risiken praktiziert werden.

III. Die verhaltenssteuernde Wirkung der unverzichtbaren Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG

Die Organe einer AG leiten die Gesellschaft nach § 76 AktG unter eigener Verantwortung.

Vorstände handeln treuhänderisch und setzen fremdes Vermögen ein, das mittelbar den Aktionären gehört, die letztlich das unternehmerische Risiko tragen und auf das pflichtgemäße Verhalten der Organe angewiesen sind, gleichwohl aber keine Weisungsbefugnis gegenüber den Vorständen haben und dadurch weitgehend machtlos sind. Die starke Machtstellung des Vorstands ist mit einer hohen Verantwortlichkeit und strengen Haftung gegenüber den machtlosen Aktionären auszugleichen.¹³

Dieses Machtgefälle wird durch entsprechende strenge Haftungssanktionen nach § 93 Abs. 2 AktG kompensiert.¹⁴ Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG haften nach §§ 93, 116 AktG für

7 Baur/Holle: Ergänzungen & Anpassung des deutschen Corporate Governance Kodex 2017, NZG 2017, 170 mit kritischer Anm. zum faktischen Druck der Änderung in Ziff. 4.1.3 DCGK.

8 Bayer/Schol in Spindler/Stilz, 3. Aufl. § 161 Anm. 7; Preute Deutscher Corporate Governance Kodex 2017-Auswirkung der Änderung auf die Praxis: Compliance & Aufsichtsrat bilden Schwerpunkte, Compliance Berater, 7, 2017, S. 228.

9 Rack, Kosten, Aufwand, Messbarkeit & Effizienz von Compliance, CB, 3/2014, 04.03, S. 54 beachtliche Größe, die als Aufwand zur Versicherungsprämie hinzukommt

10 Rack, „Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System“ CB 8/2014, S. 279.

11 Rack, „Kosten, Aufwand, Messbarkeit & Effizienz von Compliance“, CB 3/2014, S. 54 ff.

12 Rack, „Die Digitalisierung des Compliance-Managements zur Senkung des Aufwands“, CB 1-2/2016, S. 16 ff.

13 Pammiller, „Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts“, S. 53, 2006

14 Peter Ulmer, „Strikte aktienrechtliche Organhaftung & D&O-Versicherung – Zwei getrennte Welten?“, FS Canarias, 2007, Bd. 2, S. 451

Vermögensschäden der Gesellschaft, die sie durch pflichtwidriges Organhandeln verursacht haben. Verschärft wird diese Haftung

- Erstens durch die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG und dem dadurch auferlegten Entlastungsbeweis bei feststehender Schadensverursachung,
- Zweitens durch das Verzichtsgesetz seitens der AG in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG. Organe können sich danach nicht von der Haftung freizeichnen, indem sie in Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat auf Ersatzansprüche verzichten oder sich vergleichen. Sie müssen die Zustimmung der Hauptversammlung einholen. Ein Verzicht oder Vergleich setzt nach § 147 Abs. 1 AktG außerdem voraus, dass eine Minderheit nicht schriftlich widerspricht, deren Anteile zusammen 10% des Grundkapitals erreichen muss. Zweifel an der praktischen Wirkung der Organhaftung werden dadurch begründet, dass Aufsichtsräte, die Ansprüche geltend machen müssen, und ihnen eine „Beißhemmung“ gegenüber Vorständen durch enge wechselseitige Beziehungen unterstellt wird. Seit dem ARAG/Garmenbeck-Urteil¹⁵ von 1997 ist die Pflicht des Aufsichtsrats unbestritten, Schadenersatzansprüche der AG gegenüber Vorständen eigenverantwortlich zu prüfen und geltend zu machen. Der Zweck der strengen unverzichtbaren Haftung ist die Steuerung zu pflichtgemäßem Verhalten der Vorstände.
- Drittens werden auch durch die Abberufungsmöglichkeit nach § 84 Abs. 2 AktG die Sanktionen gegen Vorstände verschärft. Das pflichtgemäße Verhalten der Vorstände soll dadurch gesteuert werden.

Die strenge Organhaftung kann jedoch zu einer risikoscheuen Haltung der Vorstände beim Entscheiden führen, was sich zu einem ernsthaften Nachteil für die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens entwickeln kann. Ob es sich um eine unternehmerische oder eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt, muss als erstes geprüft werden.

Die Business-Judgement-Rule soll die Entscheidungsfreude und die unternehmerische Risikobereitschaft fördern und stellt den Vorstand nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei unternehmerischen Entscheidungen frei, bei denen er rechtlich nicht gebunden sein darf. Der Vorstand muss dabei zum Wohle der Gesellschaft auf der Grundlage angemessener Informationen handeln.

IV. Die verhaltenssteuernde Wirkung der D&O-Versicherung

Durch den Abschluss einer D&O-Versicherung wird die Haftung eines Vorstands durch eine Versicherung abgedeckt. Versicherungsrechtlich handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Haftpflichtversicherung für fremde Rechnungen (§§ 149, 74 VVG.), die eine AG als Versicherungsnehmerin vertreten durch ihren Vorstand mit einem Versicherungsunternehmen zu Gunsten ihrer Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, sowie meist auch zu Gunsten des sonstigen leitenden Managements als den versicherten Personen abschließt.¹⁶ Der Zweck der Versicherung besteht üblicherweise nach den Versicherungspolice darin, den durch die Versicherung Begünstigten das Risiko der Innenhaftung gegenüber der geschädigten AG bis zur jeweiligen Versicherungshöchstgrenze abzunehmen, soweit nicht versicherungsvertraglich vereinbart Haftungsausschlüsse oder Selbstbehalte den Versicherungseintritt beschränken.¹⁷

Grundsätzlich wurde gegen erste D&O-Versicherungs-Angebote eingewandt, sie senkten die Motivation, sich pflichtgemäß zu verhalten.

Unter dem Stichwort „moral hazard“ wird das Risiko verstanden, dass Versicherte bei Bestehen der Versicherungsdeckung Anreize haben, durch geringe Sorgfaltsvorkehrungen die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe negativ zu beeinflussen und den Schadensfall sogar vorsätzlich herbeizuführen, ohne dass dies der Versicherer erkennen kann.¹⁸ Das moralische Risiko wird insbesondere auch dann befürchtet, wenn die D&O-Versicherung von der Gesellschaft und nicht vom versicherten Organ persönlich finanziert wird. Nach den ersten Angeboten einer Aufsichtsrat-Haftpflichtversicherung 1895 wurde diese damals neue angebotene Versicherung als „direkt unmoralisch“ und als „eine wahre Prämierung der Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit“ bezeichnet.¹⁹

D&O-Versicherungen wurden lange mit der Begründung abgelehnt, sie würden die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen unverzichtbaren Organhaftung mindern, unterlaufen und neutralisieren. Befürchtet wurde, dass durch die Existenz der D&O-Versicherung mittelfristig es zu einem Anstieg der Haftungsfälle führen werde. Die Befürchtung hat Ihlhas bestätigt, durch den Nachweis, dass die Zahl der D&O-Versicherungsfälle sich im Zeitraum 1976 bis 1985 von 113 Fällen auf 206 Fälle im Zeitraum von 1986 bis 1995 nahezu verdoppelt hat. „Deckung erzeugt Haftung“ gilt als allgemeingültige Erfahrung seitdem.²⁰

Die Auseinandersetzung um die grundsätzliche Zulässigkeit einer D&O-Versicherung gilt inzwischen als ausgetragen. Die Bedenken der Unvereinbarkeit einer D&O-Versicherung mit der strengen Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG gelten dadurch als ausgeräumt, dass eine D&O-Versicherung nicht ohne Selbstbehalt abgeschlossen werden kann.²¹ In § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist die Selbstbehaltspflicht ausdrücklich geregelt²², wonach die Gesellschaft, die eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschließt, einen Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen hat. Eine D&O-Versicherung ist zwar keine Pflicht, die Selbstbehaltvereinbarung wird jedoch dann zur Pflicht, wenn die D&O-Versicherung abgeschlossen wird.²³ Die Vereinbarung eines Selbstbehalts soll die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen Organhaftung sicherstellen. Trotz einer D&O-Versicherung auf

15 BGHZ 135, 244, 253ff., ARAG/Garmenbeck

16 Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12 Rn. 1, 30; Ulmer, FS Canaris, S. 452

17 v. Schenck, „Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung“, NZG 13/2015, S. 494; Gaede, Wachs, „Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts“, AG, 23/2010, S. 851; Heldt, „Die D&O-Versicherung ist Chefsache, ZRFC 4/13, S. 106ff.

18 Pammler, „Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts“, 2006, S. 64; Küpper-Dirks, „Managerhaftung & D & O-Versicherung“, 2003, S. 120; Jansen, „Die Struktur des Haftungsrechts“, S. 166; Nell, „Versicherungsinduzierte Verhaltensänderungen von Versicherungsnehmern“, 1992, S. 102

19 Pammler, „Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts“, S. 23

20 Ihlhas, „Organhaftung & Haftpflichtversicherung“, 1997, S. 64, 327, 329 Tabelle 1, „Die 100 höchsten D&O-Versicherungsfälle“

21 Gädtke/Wax, AG, Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts 23/2010, S. 853 u. 855.

22 Eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.07.2009 („VorstAG“, BGBl. I 2009, 2509)

23 BT-Drs., 16/13, 433, S. 11, „Die Selbstbehaltregelung beruht auf der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses“

Kosten der AG soll der Vorstand nicht davon ausgehen dürfen, dass er durch die D&O-Versicherung von jeglicher Haftung frei wird. Die gleiche Regelung findet sich in 3.8 des DCGK.²⁴

Der Selbstbehalt kann durch einzelne Organmitglieder auf eigene Kosten versichert werden, was umstritten ist und deshalb kritisiert wird, weil es die gewünschte Präventionswirkung konterkariert.²⁵ Dazu bietet der Markt unterschiedliche Modelle. Die D&O-Versicherung erweist sich als unvereinbar mit den Vorschriften des §§ 93 Abs. 2, 116 AktG, sofern sie zur Folge hat, dass deren Zweck leerläuft, die Organmitglieder durch das Risiko der Organhaftung zu pflichtgemäßem Verhalten zu veranlassen. Ein verbotswidriger Leerlauf ist dann anzunehmen, wenn eine D&O-Versicherung entweder ganz ohne oder mit nur unzureichendem Selbstbehalt der versicherten Person abgeschlossen wird. Die Angemessenheit des Selbstbehalts hat der Gesetzgeber in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ausdrücklich mit der Mindestgrenze geregelt.

V. Die Steuerung pflichtgemäßen Verhaltens durch verhaltensabhängige Tarife

Festhalten lässt sich, dass die strenge Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG durch ihre Unverzichtbarkeit nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG und durch die Regelung des Selbstbehalts beim Abschluss einer D&O-Versicherung die verhaltenssteuernde Wirkung zu pflichtgemäßem Verhalten gesichert bleiben soll. Ohne Selbstbehaltsregelung wäre eine D&O-Versicherung normenzweckwidrig und unwirksam. Pflichtgemäßes Organverhalten bedeutet nach der neuen Empfehlung im Corporate-Governance-Kodex, dass ein Compliance-Management-System unterhalten und in den Grundzügen offen zu legen ist. Das Compliance-Management-System ist an der Risikolage des Unternehmens auszurichten. Dadurch ist sichergestellt, dass die unternehmensspezifische Risikolage zu berücksichtigen ist. Alle einschlägigen Rechtspflichten sind einzuhalten, die speziell nur die Risiken abwenden, die im Unternehmen verursacht werden.

Zweifel an der verhaltenssteuernden Wirkung der D&O-Versicherungen inklusive Selbstbehaltsregelungen werden dadurch begründet, dass bei der Prämiengestaltung i. d. R. das pflichtgemäße Verhalten der Organe nicht berücksichtigt werden. Vielmehr orientieren sich Versicherer an Kennzahlen der Versicherungsnehmerin, dem Unternehmen, insbesondere an der Bilanzsumme, der Eigenkapitalquote, dem Umsatz und der Mitarbeiterzahl.²⁶ Dies führt zu einer Nivellierung von Beitragssätzen, die nicht risikosensitiv ermittelt und auch nicht risikogerecht in die Eigenkapitalunterlegung des Versicherers eingerechnet werden.

Es stellt sich die Frage, wie das berechnete Interesse der Versicherer an einer Kontrolle der Versicherungsrisiken mit dem ebenso berechtigten Interesse der Versicherungsnehmer und versicherten Personen an ausreichendem Schutz zum wirtschaftlich vernünftigen und angemessenem Preis in Einklang gebracht werden kann.²⁷

Nur durch eine gute Corporate Governance lässt sich das zu versichernde Risiko verringern. Die Corporate Governance und damit das Compliance-Management-System sollte zum Bestandteil der Versicherungsbedingungen gemacht werden, sodass Verbesserungen der Corporate Governance es erlauben, den Versicherungsschutz zu erweitern oder die Prämie zu senken, während die D&O-Versicherer auf die Vernachlässigung des Compliance-Managements im Unternehmen mit höheren Prämien oder eingeschränktem Versicherungsschutz reagieren müssten.²⁸ Warum Compliance-Systeme

und Corporate Governance bei der Tarifierung von D&O-Risiken bisher keine Rolle gespielt haben, wird mit der Praxis der deutschen Versicherer bei der Prüfung der Versicherbarkeit eines D&O-Risikos erklärt, die ausschließlich mit der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens begründet wird. Leiten lassen sich die Versicherer offenbar von der Hypothese, dass eine Inanspruchnahme umso unwahrscheinlicher sein soll, je besser sich die finanzielle wirtschaftliche Situation des Unternehmens darstellt. Vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens wird auf die Qualifikation des Managements zu pflichtgemäßem Verhalten geschlossen. Aus der wirtschaftlichen Situation der Vergangenheit wird der Schluss auf die Versicherbarkeit in der Zukunft gezogen.²⁹

Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens in der Vergangenheit ist jedoch keine Garantie für pflichtgemäßes Verhalten der Vorstände in der Zukunft. Gerade wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen können Rechtsrisiken übersehen, die sich in der Zukunft zu Schäden entwickeln. Im Handbuch D&O-Versicherung und Managerhaftung von O. Lange findet sich eine Auflistung von Spitzenmanagern, gegen die Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet wurden. Die Liste enthält die Namen von Managern aus wirtschaftlich erfolgreichen Großunternehmen. Dieser Umstand widerlegt die Vermutung, dass wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen immer nur von Managern mit pflichtgemäßem legalem Verhalten geführt werden.³⁰ Solange illegales Verhalten der Führungskräfte im Unternehmen nicht entdeckt wird, können Unternehmen erfolgreich sein. Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens schließt illegales Verhalten nicht aus. Umgekehrt schützt legales Verhalten nicht vor unternehmerischen Misserfolgen.

Nur die nachweisbare Erfüllung der Legalitätspflicht garantiert die Vermeidung von Rechtsrisiken und ist als geeignete Schadensprävention anzusehen. Versichert werden nicht der geschäftliche Misserfolg, sondern die Schäden aus Pflichtverletzungen der Vorstände, insbesondere die Schäden aus Verletzungen von Organisationspflichten, die unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens vorkommen. Wenn Vorstände die Erfüllung ihrer Legalitätspflicht nicht so organisieren, dass eigenes illegales Verhalten und illegales Verhalten der Mitarbeiter ausgeschlossen ist, bleibt die Versicherbarkeit des D&O-Risikos zweifelhaft. Zu Recht werden deshalb die Corporate-Governance und damit der Einsatz eines Compliance-Management-Systems als Beurteilungskriterium für die Gestaltung von Prämien und Tarifen bei D&O-Versicherungen gefordert.³¹

24 Ulmer, FS Canaris, S. 464-467

25 Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93 Rn. 59; Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl., 2014 Rn. 522,

26 O. Lange, „D&O-Versicherung & Managerhaftung Handbuch“, 2014, S. 26; Beckmann, Matusche-Beckmann, „Versicherungsrechtshandbuch“, 2. Aufl., 2009, § 28 Anm. 136

27 O. Lange, „D&O-Versicherung: Innenhaftung & Selbstbehalt“, DB 2003, S. 1835

28 Dies fordert zu Recht O. Lange schon 2003 in „D&O-Versicherung: Innenhaftung und Selbstbehalt“ DB 2003, S. 1835

29 Hacken, Deutschland: „Überlegung zur Zeichnung & Tarifierung von D&O-Risiken“, Phi-5/2001, S. 195

30 O. Lange, „D&O Versicherung & Managerhaftung“, Handbuch, 2014 § 1 Anm. 81

31 Hacken, Deutschland: „Überlegung zur Zeichnung & Tarifierung“, Phi-5/2001, S. 195

VI. Die verhaltensabhängige Tarifierung von D&O-Risiken

Das Fehlverhalten der Organe bei der Organisation zur Erfüllung ihrer Legalitätspflicht ist das Risiko, das versichert und möglichst zu vermeiden ist, bevor es sich zu einem Schaden entwickeln konnte. Compliance-Management-Systeme bezwecken den präventiven Schutz vor Rechtsrisiken und Rechtsverstößen, die Schäden verursachen. Organe die ein Compliance-Management-System betreiben, um ihre Legalitätspflicht zu erfüllen, sich selbst legal verhalten und mit dem System dafür sorgen, dass sich ihre Mitarbeiter ebenfalls legal verhalten, vermeiden das Risiko von Rechtsverstößen und senken damit das versicherte Risiko. Das Complianceverhalten der Organe im Unternehmen muss zur Schadensprävention gesteuert werden. Eigenständige Bemühungen der Versicherungsnehmer um Schadenspräventionen sind zu fördern. Das wirtschaftliche Interesse der Versicherer muss sich darauf konzentrieren, nicht mehr Schadensfälle abdecken zu müssen, als sie ihrer Prämienkalkulation zu Grunde gelegt haben. Die Versicherer müssen deshalb an der aktiven Schadensprävention der Versicherten, insbesondere an dem Einsatz von effizienten Compliance-Management-Systemen interessiert sein, um Verstöße gegen Rechtspflichten zu vermeiden, die Schäden verursachen und im Ergebnis die Versicherungen belasten. Effiziente Compliance-Management-Systeme zeichnen sich dadurch aus, dass sämtliche Unternehmensrisiken und die einschlägigen Rechtspflichten zu ihrer Abwehr ermittelt, ausnahmslos an alle Verantwortlichen delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, auf Erfüllung kontrolliert und zur Beweissicherung und zur Vermeidung der Beweisnot der Organe dokumentiert werden.

VII. Interessengegensätze zwischen Versicherern, versicherten Einzelunternehmen und der Solidargemeinschaft der Versicherten

Im Gegensatz zu den Versicherern sind die versicherten Unternehmen daran interessiert, möglichst wenig Aufwand für Compliance-Management-Systeme zu betreiben, um Kosten und Personal einzusparen. Die Solidargemeinschaft der Versicherten muss daran interessiert sein, möglichst umfassenden Deckungsschutz mit möglichst geringem Prämienaufwand zu erreichen. Bei dieser Interessenslage ergibt sich ein Interessengegensatz zwischen Versicherungen und Versicherten. Die individuelle und die kollektive Rationalität fallen auseinander. Alle Versicherten zusammen als Solidargemeinschaft sind wie selbstverständlich an möglichst günstigen Prämien und wie die Versicherer an optimalen Schadensvermeidungsstrategien interessiert. Der einzelne Versicherungsnehmer jedoch steht in Konkurrenz zu Mitbewerbern und möchte zu den Kosten für einheitliche Versicherungsprämien nicht noch weitere Kosten zur Schadensprävention aufwenden. Der Vorteil des Einzelunternehmens durch das Einsparen von Kosten für Schadensprävention, insbesondere für den Einsatz und den dauernden Betrieb eines Compliance-Management-Systems kann sich zum kollektiven Nachteil für die Solidargemeinschaft aller Versicherten entwickeln, wenn sich Schadensfälle durch Complianceverstöße häufen, das Prämienaufkommen der Versicherer die Schäden nicht mehr decken und die Prämien für alle in der Solidargemeinschaft verbundenen Versicherten erhöht werden müssen. Die Kosten der versicherten Unternehmen steigen. Der individuelle Vorteil entwickelt sich zum kollektiven Nachteil.³²

Steigende Prämien zu Lasten der Solidargemeinschaften lassen sich durch effektive Anreizsysteme zur Schadensprävention vermeiden. Präventives Rechtsrisikomanagement muss sich lohnen. Der Versicherte darf nicht den Eindruck gewinnen, die gleiche Prämie wie sein Mitbewerber für den gleichen Deckungsschutz leisten zu müssen, während er zusätzlich ein Compliance-Management-System mit Aufwand betreibt und der Konkurrent den Complianceaufwand einspart. Wer sich durch ein Compliance-Management-System legal verhält, subventioniert seinen Konkurrenten, der eine schadensgeneigte Arbeitsweise pflegt, die genau um den Aufwand rentabler ist, den er für sein Compliance-System spart. Die Quersubventionierung der schwarzen Schafe einer Branche demotiviert diejenigen Versicherten, die Schadensprävention durch den Einsatz eines Compliance-Management-Systems betreiben und neben dem individuellen Complianceaufwand zusätzlich auch noch den Versicherungsaufwand tragen.

In der Arzthaftung wird zutreffend die Analyse des zu versichernden Risikos durch die Versicherer gefordert, und zwar insbesondere inwieweit Schadenspräventionen zur Senkung des Versicherungsrisikos betrieben wird und durch Prämienvergünstigungen honoriert werden kann. Die Erfüllung gesteigerter Anforderungen an die Schadensprävention muss mit einer Privilegierung bei der Prämienhöhe korrelieren.³³ Solidargemeinschaften können durch Schadensfälle und deren Ausgleich so überlastet werden, dass es zum Systemkollaps führen kann. Steigende Prämien und steigende Vergütungen für hochriskante Leistungen sind die Folgen vernachlässigter individueller Schadenspräventionen.

Gefordert wird zu Recht die Haftungsprävention durch effektive Compliance-Management-Systeme zu verstärken und bei der Prämienberechnung zu berücksichtigen. Die große Mehrheit der Versicherten zahlt mehr ein, als sie an Versicherungsleistungen zurückerhält, sofern sie überhaupt einmal einen eigenen Schadensfall zu melden hat. Dies gilt insbesondere für Ärzte³⁴, lässt sich meiner Ansicht nach aber auch auf die Berufsgruppe der D&O-versicherten Manager übertragen. Eine individuelle an das jeweilige Risiko angepasste Prämienberechnung unter Berücksichtigung des jeweiligen Complianceaufwands begünstigt die Mehrheit der Versicherten, die sich legal verhalten, konzentriert den wirtschaftlichen Druck auf die Minderheit der Schadensverursacher, die sich illegal verhalten und alleine in der Lage sind, die Schadensprävention durch Complianceanstrengungen zu betreiben. Eine individuelle risikosensitive Prämienberechnung, verspricht einen größeren Anreiz für den Complianceaufwand zur Schadensprävention, als eine einheitliche für alle Versicherten gleiche Prämienhöhe ohne Rücksicht auf das individuelle Complianceverhalten im Unternehmen. Von den gleichmäßig betriebenen Complianceanstrengungen profitiert die Solidargemeinschaft der Versicherten, ohne dass Prämien erhöht und die versicherten Leistungen verteuert werden müssen und schlimmstenfalls wegen zu hoher Kosten nicht mehr angeboten werden können. Sollte sich der Eindruck verstärken, dass Vorstände und Geschäftsführer nicht

32 Neelmeier, „Organisationsverschulden patientenferner Entscheidungen einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 106 mit Beispielen aus der Krankenhaushaftung

33 Katzenmeier, „Arzthaftung“, 2002, S. 256; Neelmeier, „Organisationsverschulden patientenferner Entscheider & einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 109

34 Neelmeier, „Organisationsverschulden patientenferner Entscheidungen einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 120

versicherbare, existenzbedrohende, hochriskante, selbstruinierende Leistungen erbringen müssen, wird die Bereitschaft sinken, Managementpflichten zu übernehmen oder nur zu Vorstandsgehältern in astronomischer Höhe.

VIII. Die Optimierung der Versicherungsprämien

Versteht man die Versicherungsprämie gem. § 33 ff. VVG als Entgelt, das der Versicherungsnehmer für die Übernahme des Risikos durch den Versicherer zu entrichten hat, insbesondere die Nettoprämie, die auf das Deckungskapital für das versicherte Risiko entfällt, so kann eine reduzierte Nettoprämie dann berechtigter Weise gefordert und verhandelt werden, wenn das versicherte Risiko durch effektives Pflichtenmanagement im Rahmen der Unternehmensorganisation gesenkt wird.³⁵ Ist davon auszugehen, dass die Versicherungsvertragsparteien die Prämie als Preis der Versicherungsdienstleistung frei vereinbaren können, ist für die Prämientransparenz zu fordern, dass der Versicherer den Versicherten darüber aufklärt, wie hoch der Prämienbetrag ist und in welchem Verhältnis dieser zum gedeckten Risiko steht, um Leistungsvergleiche zu ermöglichen. Beim Prämienvergleich gewinnt das Versicherungsunternehmen einen Wettbewerbsvorteil, das niedrigere Aufwendungen für Schadensfälle hat und damit auch eine entsprechend niedrigere Nettoprämie kalkulieren kann. Gelingt den Versicherungsvertragsparteien gemeinsam eine Risikoreduzierung, ergibt sich eine geringere Nettoprämie.³⁶ Wenn bei steigendem Risiko Versicherungsunternehmen erhöhte Prämien verhandeln können, muss der Versicherungsnehmer entsprechend berechtigt sein, bei optimiertem Risikomanagement geringere Prämien zu verhandeln und sie mit einem minimierten Risiko zu begründen. Dies muss auch für D&O-Versicherungen gelten.

IX. Steigende Akzeptanz verhaltensabhängiger Versicherungsprämien als Umfrageergebnis

Nach einer Umfrage der Gesellschaft für Konsumforschung halten es 68% der Bundesbürger für richtig, wenn auf Grund des eigenen Verhaltens individuelle Versicherungsprämien für Kfz-Versicherungen angeboten werden und dadurch vorsichtige Autofahrer weniger zahlen müssen. 52% sind der Ansicht, dass Versicherungsnehmer von Krankenkassen, die sich fit und gesund halten, ebenfalls weniger zahlen sollten.³⁷ Selbst wenn diese Umfrageergebnisse nicht auf die D&O-Versicherten ohne Weiteres übertragen werden können, lässt sich gleichwohl ein Trend zu Gunsten der verhaltensabhängigen Tarifierung von Versicherungsleistungen erkennen. Die Akzeptanz verhaltensabhängiger Versicherungsprämien aus Umfragen unter Versicherten sollte als Anreiz verstanden werden, auch bei D&O-Versicherungen entsprechende Bedingungen anzubieten. Die Versicherer müssen bei verhaltensabhängiger Tarifierung nicht auf Prämienaufkommen verzichten. Das gesamte Prämienaufkommen müsste zunächst nur so aufgebracht werden, dass die Versicherten mit höherem Complianceaufwand mit niedrigeren Prämien belastet

werden als die Versicherten, die einen geringeren Complianceaufwand zur Schadensprävention betreiben.

X. Fazit

Der Einsatz eines Compliance-Managements und die Kalkulation der Versicherungsprämien abhängig vom legalen Verhalten der Führungskräfte senkt das Versicherungsrisiko und bringt allen Beteiligten Vorteile.

- Erstens müssen die Versicherer weniger Schadensfälle durch illegales Verhalten befürchten, tragen ein geringeres Versicherungsrisiko und der Deckungsschutz lässt sich erweitern. Ein drohender Systemkollaps wird vermieden.
- Zweitens können die Versicherten niedrigere Versicherungsprämien als Gegenleistung für mehr Schadenspräventionen durch Compliance-Management-Systeme verlangen, sodass sich Compliance im Unternehmen lohnt, demotivierende Quersubventionen zu Gunsten der schwarzen Schafe vermieden wird, die sich mit schadensgeneigten Leistungen und eingespartem Complianceaufwand unberechtigte Wettbewerbsvorteile verschaffen, die gleiche Deckung für die gleichen Versicherungsprämien erzielen.
- Drittens könnte schließlich die Solidargemeinschaft der Versicherten vom gleichmäßig verteilten Complianceaufwand zur Schadensprävention durch kollektive Anstrengung mit Compliance-Management-Systemen auf gleichem standardisiertem Niveau profitieren.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, RA, Rechtsanwälte, Frankfurt. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems "Recht im Betrieb": Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

35 Hahn, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl. 2009, § 12 Anm. 1

36 Schwintowski, NVersZ 1998, 102, „Transparenz&Verständlichkeit von Allgemeinen Versicherungsbedingungen& Prämien“

37 Umfrage : Mehrheit für verhaltensabhängige Versicherungstarife, Heise online 31.10.2016, Stefan Krempel