

Brennpunkt D&O-Versicherung

8. Hamburger Forum Haftpflichtversicherung – 06.10.2017

A dark blue world map is centered in the background of the slide.

D&O-Haftungs- und Deckungsansprüche in der Schiedsgerichtsbarkeit

Ein Schiedsverfahren ist ein **alternatives Verfahren zur Streitbeilegung**. Es ist ein außergerichtliches Verfahren, an dessen Ende ein Titel steht, dessen Vollstreckbarkeit vom Staat eingefordert werden kann. Entscheiden sich Parteien für die Schiedsgerichtsbarkeit, geben sie aber zugleich ihr Recht auf, bis zum Stadium der Vollstreckbarkeit staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Wird die Sache dennoch staatlichen Gerichten vorgetragen, kann die Beklagtenseite Unzulässigkeit rügen.

Diese Möglichkeit einer verbindlichen und durchsetzbaren Streitbeilegung außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit ist die prozessuale Auswirkung der im Zivilrecht geltenden

Privatautonomie.

Dieser Gedanke der Privatautonomie erstreckt sich nicht nur auf die Frage

- (i) ob die Streitbeilegung außerhalb der staatlichen Gerichte gesucht wird,
- (ii) sondern auch auf das **Verfahren der Rechtsfindung durch das Schiedsgerichts.**

Dennoch bewegt sich ein Schiedsgericht nicht im rechtsfreien Raum. Der deutsche Gesetzgeber hat die Schiedsgerichtsbarkeit im 10. Buch der ZPO (§§ 1025-1066 ZPO) geregelt. Die ZPO

- enthält eine Reihe von Regelungen zum schiedsrichterlichen Verfahren (Anwendungsbereich, Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung, Bildung und Zuständigkeit des Schiedsgerichts, Durchführung des Verfahrens, Anforderungen an einen Schiedsspruch und Beendigung des Verfahrens).
- Nur wenige Vorschriften sind indes zwingend. § 1042 Abs. 3 ZPO stellt es den Parteien grundsätzlich frei, Verfahrensregeln für die Schiedsrichter selbst festzulegen.

Die Schiedsgerichtsbarkeit

- ✓ legt bei der Streitbeilegung juristische Maßstäbe an,
- ✓ setzt dementsprechend die Tatsachenfeststellung vor eine rechtliche Bewertung des Streitgegenstandes und
- ✓ ist damit von der Schiedstechnik „Mediation“ zu unterscheiden.

Die **Mediation** kann vor – oder auch während – eines Schiedsgerichtsverfahrens durchgeführt werden. Sie bietet den Parteien aber keine abschließende Lösung, sondern nur eine auf einer Interessenabwägung statt einer juristischen Bewertung beruhende Hilfestellung bei den Bemühungen, selbst eine einvernehmliche Lösung zu finden.

Die Schiedsgerichtsverfahren lassen sich in zwei Kategorien einteilen.

- I. Unter **ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit** versteht man Schiedsverfahren, die allein auf Grundlage der – vorrangigen – spezifischen Parteivereinbarungen und den gesetzlichen Vorgaben durchgeführt werden.
- II. Bei der **institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit** unterstützen Schiedsinstitutionen die Parteien bei der Organisation des Verfahrens und der Auswahl der Schiedsrichter. Sie stellen Verfahrensregeln bereit und befreien das Schiedsgericht von administrativen Aufgaben.

Gängige Marktteilnehmer in der Arbitration Branche sind:

- ✓ Institutionen mit eigener Verfahrensordnung
 - AAA** – American Arbitration Association
 - DIS** – Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
 - ICC** – International Chamber of Commerce
 - LCIA** – London Court of International Arbitration
- ✓ Organisationen mit Musterschiedsklauseln
 - ARIAS** – AIDA Reinsurance and Insurance Arbitration Societies in Deutschland
- ✓ Organisationen mit eigenen Verfahrensordnungen
 - UNCITRAL** – United Nations Commission on International Trade Law
 - IBA** – International Bar Association

Trotz des großen Raums für individuelle Lösungen ist ein Schiedsverfahren grob wie folgt gegliedert:



Einleitung des Schiedsverfahrens durch eine Partei
Benennung des/der Schiedsrichter (ad hoc in der Regel 3)
Vereinbarung des Ablaufs (Fristen und Termine)
Austausch der Schriftsätze
Mündliche Verhandlung
Schiedsspruch
Ggf. Kostenschiedsspruch

- Befriedung der Parteien
- Aufhebungsantrag beim OLG (§ 1059 ZPO, dreimonatige Frist)
- Anerkennung und Vollstreckung (§§ 1060 f ZPO)

**Was ist bei D&O-Haftungs- und Deckungsansprüchen
in der Schiedsgerichtsbarkeit zu beachten?**

In D&O-Versicherungsfällen geht es oft um

1. Geschäftsvorgänge, die keiner der Betroffenen zwingend in allen Details öffentlich diskutiert sehen möchte,
2. vielschichtige betriebswirtschaftliche Geschäftsentscheidungen mit Haftungsfragen, die mehr als eine Jurisdiktion betreffen können,
3. Fragen der Beweislastumkehr gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG bei der Pflichtwidrigkeit und dem Verschulden der versicherten Person,
4. mehr als nur zwei betroffene Parteien und
5. Versicherungsnehmer, die als Dritte/Geschädigte auftreten.

Im Schadenfall sind daher zu beachten und abzuwägen:

1. die **individuelle Anforderungen** an die **Schiedsvereinbarungen**,
2. **Multi-Party Arbitration**,
3. **Vertraulichkeitsbedürfnis** im Spannungsverhältnis zu Öffentlichkeitspflichten und
4. die passende **Ausgestaltung des Verfahrens**.

Schiedsvereinbarung

Grundlage der Streitbeilegung durch ein Schiedsgerichtsverfahren ist eine Schiedsvereinbarung. Die Schiedsvereinbarung ist

„eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.“

§ 1029 Abs. 1 ZPO

Das hört sich zunächst nur nach zwei übereinstimmenden Willenserklärungen an. Im D&O-Geschäft verstecken sich aber dahinter mindestens die folgenden Parteien:

1. Die Gesellschaft, die den Versicherungsvertrag als Versicherungsnehmerin abgeschlossen hat.
2. Die Geschäftsleiter und Aufsichtsräte, deren Haftungsrisiko über den D&O-Vertrag verlagert werden soll.
3. Der Versicherer, der gegen die Prämienzahlung der Versicherungsnehmerin das Risiko der Geschäftsleiter und Aufsichtsräte übernommen hat.

Die Schiedsabrede kann

1. vor,
2. bei oder
3. nach

Abschluss des VersVertrages oder der ersten Anspruchstellung getroffen werden.

Sie kann

1. das/ein Haftungsverhältnis oder
2. die Deckung

betreffen.

Haftungsverhältnis vor Anspruchsstellung

Außenhaftung – es besteht zumeist kein selbständiges Vertragsverhältnis zwischen Geschädigten und versicherter Person. Eine Schiedsvereinbarung scheidet in dieser Konstellation eher aus.

Innenhaftung – Schiedsvereinbarungen können anlässlich des Anstellungsvertrages/der Wahl geschlossen werden.

Vorstand: Kompetenz beim Aufsichtsrat, § 112 AktG.

Aufsichtsrat: Kompetenz bei der Hauptversammlung, § 101 Abs. 1 AktG, Ausfertigung erfolgt aber über den Vorstand.

Die versicherte Person ist allerdings Verbraucher gem. § 13 BGB. In diesem Fall sieht § 1031 Abs. 5 für die Schiedsabrede **formbedürftig** vor. Die Parteien müssen das Dokument beide eigenhändig unterschreiben (alternativ: elektronische Form gem. § 126 a BGB). Das Dokument darf keine anderen Absprachen als die Schiedsabrede enthalten. Andernfalls bedarf es notarieller Beurkundung.

Haftungsverhältnis vor Anspruchsstellung

Innenhaftung – Außerdem kann die Schiedsvereinbarung der Inhaltskontrolle unterliegen.

Sie ist allerdings nicht ohne Weiteres missbräuchlich Klausel, auch wenn die Richtlinie 93/13/EWG in Nr. 1 q des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 die Beschränkung des Zugangs zu den ordentlichen Gerichten verwirft. Nach der Richtlinie ist nur Verbraucher, wer nicht beruflich handelt (Art. 2 b).

Es muss aber den Anforderungen der §§ 138, 242 BGB genügt werden. Eine unangemessene Erschwerung der Verteidigung des in Anspruch genommenen Organs stellt einen Verstoß dar.

Außerdem kann eine Schiedsklausel in der Gesellschaftssatzung enthalten sein (§ 1066 ZPO). Die Satzung gilt auch für den Vorstand/den Aufsichtsrat, der seine Position unter dieser Satzung antritt.

Haftungsverhältnis nach Anspruchsstellung

Außenhaftung – auch deliktische Ansprüche sind schiedsfähig (§ 1030 Abs. 1 ZPO). Es gilt aber die Verbraucher-Formbedürftigkeit.

Innenhaftung – Die Kompetenz liegt bei denjenigen, die für die Durchsetzung des Anspruchs Sorge zu tragen hat. Gem. § 147 AktG ist die Hauptversammlung zuständig. Sofern ein besonderer Vertreter bestellt ist, muss er die Vereinbarung treffen.

Die Restriktionen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG greift allerdings nicht, weil der materiell-rechtliche Bestand eines Anspruchs durch eine Schiedsvereinbarung nicht verändert wird.

In beiden Fällen ist jetzt aber **der Versicherer zu involvieren**, weil es sich um eine prozessuale Entscheidung im Rahmen eines Versicherungsfalls handelt.

Deckungsverhältnis

Versicherungsvertrag – kann eine Schiedsklausel enthalten. Zuständig ist der Vorstand; der Abschluss des Versicherungsvertrages gehört zum operativen Geschäft des Versicherungsnehmers (§ 78 AktG). Der Versicherungsvertrag bindet auch die versicherten Personen.

Abrede mit vP – Denkbar ist auch eine Schiedsvereinbarung mit jeder versicherten Person. Dann greift allerdings die Verbraucherproblematik. Praktisch ist das nicht von Bedeutung, weil Einzelabreden ohnehin in großen Programmen zu nicht wünschenswerter Unübersichtlichkeit führen.

Was passiert bei der Abtretung des Deckungsanspruchs in Innenhaftungsfällen?

- Versicherungsvertrag** – Das „integrierte Schiedsverfahren“ soll eine Beschleunigung durch Übertragung der Regulierung auf neutrale Schiedsrichter erreichen durch inzidente Prüfung des Haftungsanspruchs. Das Prüfungsschema bleibt. Die Haftung wird vor der Deckung geprüft. Falls Haftung besteht, muss das Schiedsgericht auch die Deckungseinwände beurteilen.
- Haftungsverhältnis** – Wenn nur im Haftungsverhältnis eine Schiedsvereinbarung getroffen ist, ändert das nichts am Recht des Versicherers auf ein staatliches Gericht. Nachträglich kann aber mit der Gesellschaft eine Schiedsvereinbarung getroffen werden. Sie betrifft dann das Deckungsverhältnis und fällt in die Zuständigkeit des Vorstands.
- Dreiecksvereinbarung** – Keine Formbedürftigkeit, weil die versicherte Person nicht von der Schiedsvereinbarung betroffen ist. Allerdings kann die Abtretung in den Aufgabenbereich der Hauptversammlung fallen.

Multi-Party Arbitration

In Haftungs- und Deckungsverfahren können zudem selbst bei der Innenhaftung weitere Personen involviert sein. Je nach Sachverhaltslage sind betroffen:

- mehrere versicherte Personen (Vorstände und Aufsichtsräte),
- Versicherungsnehmer und evt. Insolvenzverwalter,
- Versicherer,
- Mitversicherer,
- XS-Versicherer,
- Rückversicherer und
- Makler.

Darüber hinaus müssen nicht alle Ansprüche gleichzeitig erhoben sein. Sie können nacheinander gegen unterschiedliche versicherte Personen erhoben werden.

In der ordentlichen Gerichtsbarkeit stünden zur Verfügung:

- (i) Nebenintervention,
- (ii) Streitverkündung und
- (iii) Verbindung mehrerer Verfahren,

um mit diesen Herausforderungen umzugehen.

In der Schiedsgerichtsbarkeit ist das nur über **multilaterale Vereinbarungen** zu regeln.

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist vornehmlich auf die Behandlung bilateraler Rechtsbeziehungen ausgerichtet. Das ist Auswirkung der Privatautonomie, die darin Ausdruck findet. Vereinbarungen können nicht zulasten Dritter geschlossen werden. Sie können aber mit Dritten getroffen werden. Dementsprechend kann an den Schiedsvereinbarungen gearbeitet werden:

- Grundsatz: Nur solche Parteien sind an eine Schiedsvereinbarung (und den späteren Schiedsspruch) gebunden, die der Schiedsvereinbarung wirksam zugestimmt haben.
- Ein Dritter kann nur **freiwillig** beitreten und **alle Schiedsparteien müssen zustimmen**. Er muss allerdings – wie vor staatlichen Gerichten – an den Stand des Verfahrens gebunden werden. Das ist im Hinblick auf die möglicherweise bereits erfolgte Schiedsrichterbenennung ein Risiko, das er freiwillig eingehen muss.
- Schiedsparteien können von vornherein vereinbaren, dass die Einbeziehung von Dritten ins Schiedsverfahren erlaubt und diesen Dritten das Recht gewährt wird, einem Schiedsverfahren freiwillig beizutreten und sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen.
- Vorsorglich muss eine Opt out-Variante vorbehalten bleiben, wenn Drittbeteiligung nicht möglich ist.

Solche Vereinbarungen sind der Versicherungsbranche nicht völlig fremd. Es gibt bereits

- ✓ **Prozessführungsklauseln** in der Mitversicherung und
- ✓ **„Follow the Settlements“** in der Rückversicherung.

Vertraulichkeit

Trotz dieses möglichen Aufwands spricht für die Schiedsgerichtsbarkeit in D&O-Haftungs- und Deckungsverfahren das gemeinsame Bedürfnis, die Kosten in hochpreisigen Verfahren zu begrenzen. Das Interesse des Versicherers liegt insofern auf der Hand, aber auch versicherte Person und Versicherungsnehmerin haben ein ureigenes Interesse, die Versicherungssumme nicht mit vermeidbaren Kosten zu belasten.

Ein weiteres gemeinsames Interesse ist die **Vertraulichkeit**. Sie spielt in folgende Überlegungen:

- ✓ drohender Reputationsverlust für versicherte Person und Versicherungsnehmerin
- ✓ Schutz von Geschäftsgeheimnissen und
- ✓ Schutz vor „Mitläufern“.

Nachteilig ist für die versicherte Person allerdings die in der Literatur vertretene Auffassung, ein vertrauliches Verfahren könne auf das Ermessen bei der Entscheidung zugunsten einer Inanspruchnahme Einfluss nehmen.

Grundsätzlich kommen Unternehmensinterna im Schiedsgerichtsverfahren nicht so schnell an das Licht der Öffentlichkeit. Es wird ein voller Gerichtssaal vermieden. Wird das Ergebnis eines Streits nicht veröffentlicht, läuft auch keine Partei Gefahr, ein Präjudiz zu schaffen.

Es gilt aber auch bei einem Schiedsverfahren:

- Berichtspflicht gem. § 289 HGB (Lagebericht),
- Bericht über Eventualforderungen in den IFRS-Notes (gem. IAS 37.89),
- Ad-hoc-Publizität gem. Art. 17 der Verordnung EU/596/2014 und
- Registrierungsformular gem. Anh. IV der Verordnung EU/2017/1129

In der Regel wird aber nur ein Bericht über das Ob und den Ausgang des Verfahrens notwendig sein, nicht über die Einzelheiten der Anspruchsbegründung.

Ein Nachteil ergibt sich allerdings: Da in Deutschland Schiedssprüche nicht ohne Zustimmung der Parteien veröffentlicht werden, baut sich auch nicht – anders als etwa in England – ein Entscheidungspool auf, auf den zurück gegriffen werden kann.

Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass der Versicherer und Rückversicherer ggf. Einsicht erhalten und an der mündlichen Verhandlung teilnehmen können.

Soll eine Rechtsfrage grundsätzlich geklärt werden, muss abgewogen werden, ob auf die Prüfung durch BGH und EuGH verzichtet und die Veröffentlichung des Schiedsspruchs mit der Gegenseite vereinbart werden kann.

Ausgestaltung des Verfahrens

Diese eventuellen Nachteile werden durch die Möglichkeiten aufgewogen, das Verfahren autonom zu regeln.

1. **Sprache:** Die Verfahrenssprache ist frei wählbar (§ 1045 ZPO). Viele Vorstände sprechen kein Deutsch und oft wird umfangreiche (englischsprachige) Korrespondenz vorzulegen sein. Es können aufwendige Übersetzungen vermieden werden.

2. **Zeitraumen:** Es kann mehr Einfluss auf eine zügige Erledigung – unabhängig von dem begrenzten Instanzenzug – genommen werden.

3. **Besetzung des Gerichts:** Die Parteien können sich auf die Besetzung des Gerichtes einigen oder auf die Angebote von Institutionen zurückgreifen. Dadurch können anders als in staatlichen Gerichten ausländische Rechtsgebiete durch die Schiedsrichter abgedeckt werden.

Vor allem kann die Besetzung aber einen ganz anderen Erfahrungswert bei der Beurteilung von Geschäftsentscheidungen mitbringen.

4. **Beweiserhebung:** Bei dieser Frage der Verfahrensausgestaltung liegt ein großer Spielraum vor. Gesetzliches Leitbild ist (§ 1042 Abs. 4 ZPO):

„Soweit eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt und dieses Buch keine Regelung enthält, werden die Verfahrensregeln vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt. Das Schiedsgericht ist berechtigt, über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden, diese durchzuführen und das Ergebnis frei zu würdigen.“

Der Umfang der Sachverhaltsaufklärung liegt im Ermessen des Schiedsgerichtes. Es gilt ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz. Dadurch kann eine Informationsasymmetrie aufgearbeitet werden, die sich aus § 93 Abs. 2 S. 2 AktG bei ausgeschiedenen Organen ergibt. Das Schiedsgericht kann der versicherten Person den Zugang zu den Geschäftsunterlagen erleichtern. Es kann über eine abgestufte Form der Disclosure nachgedacht werden.

Civil law (Bsp.: Deutschland)	Common Law (Bsp.: USA)
Vorlageverlangen an die Gegenpartei od. Dritte nur unter engen Voraussetzungen möglich (§ 142 ZPO).	Weitreichende Vorlageverpflichtungen für die Gegenpartei (pre-trial disclosure).
Jede Partei ist auf die eigenen vorhandenen Beweisunterlagen beschränkt.	Richter können anordnen, dass eine Partei ihrem Gegner vorab Einblick in sämtliche zur Sache gehörenden Schriftstücke, Daten und E-Mails zu gewähren hat.
Keine Veranlassung, nachteilige Unterlagen unaufgefordert offen zu legen.	Auch nachteilige Unterlagen werden vorgelegt. Der Arbeitsaufwand ist nicht vergleichbar.

Die Schiedsgerichtsbarkeit eröffnet die Möglichkeit zu einem Mittelweg. International anerkannt sind z.B. die **Regeln der International Bar Association** (IBA).

- Sie bilden einen akzeptierten Standard in internationalen Schiedsverfahren.
- Sie stellen einen Kompromiss zwischen Discovery-Regeln und dem Prinzip der Beweislast dar.
- Jede Partei muss die Unterlagen vorlegen, auf die sie sich stützt und über die sie verfügt.
- Ausnahmen gem. Art. 3 Abs. 2 -9 IBA-Regeln mögl., wenn relevant für den Fall und wesentlich für die Entscheidung

Warum ist diese Öffnung gegenüber internationalen Einflüssen so wichtig?

Das D&O-Geschäft ist zwangsläufig sehr international. Es ist stark von ausländischen Einflüssen dominiert. Das bringt viele Fortschritte bei der Produktvielfalt und -entwicklung. Es birgt aber auch eine Gefahr:

Wenn der deutsche Markt sich alternativen Lösungen gegenüber sperrt, werden in der Praxis Verfahren ins Ausland verlagert. „Law made in Germany“ trägt indes zur Vorhersehbarkeit von Schadenverläufen bei. Das sollte nicht aufgegeben werden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Eva-Maria Goergen
Partner | Rechtsanwältin

+49 221 6 50 80 200
eva-maria.goergen@incelaw.com