



Entwicklungen am nationalen und internationalen D&O- Markt

AUTOR

Mag. (FH) Joe Kaltschmid
GF INFINCO GmbH & Co KG
6020 Innsbruck
j.kaltschmid@infinco.com

PRÄSENTATION FÜR

Schadenkonferenz am 8/9
Juni in Velden



Inhalt

1. Managerhaftung in Österreich
2. Trends in den U.S.A.
3. Ein Blick nach Brasilien
4. Managerhaftung in einigen EU-Ländern
5. Ein Blick nach Deutschland
6. Schlussbetrachtung



Goldman Sachs Umfrage

Betreff: Goldman Sachs Flash Survey – Insurance Coverage

Goldman
Sachs

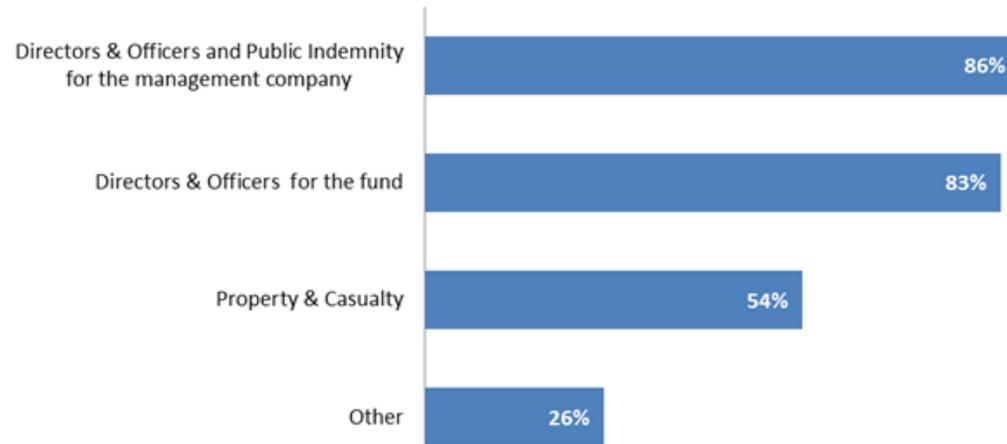
SECURITIES DIVISION
Prime Services Consulting

April 2015: Goldman Sachs Flash Survey – Insurance Coverage

Prepared by Prime Brokerage. In evaluating this material, you should know that it could have been previously provided to other clients and/or internal Goldman Sachs personnel, who could have already acted on it. The views or ideas expressed here are those of the desk and/or author only and are not an official view of Goldman Sachs; others at Goldman Sachs may have opinions or may express views that are contrary to those herein. This material is not independent advice and is not a product of Global Investment Research. This material is a solicitation of derivatives business generally, only for the purposes of, and to the extent it would otherwise be subject to, CFTC Regulations 1.71 and 23.605.

Thank you to those of you who participated in our latest flash survey on Insurance Coverage. Please see the results below.

For which of the following types of insurance does your firm have coverage?



Rechtsbereiche der Managerhaftung

Zivilrecht	Strafrecht
Haftung nach URG	Untreue
Haftung wegen Insolvenzverschleppung	Vorsätzliche Gläubigerschädigung
Haftung gegenüber Dritten	Verbandsverantwortlichkeit
Verwaltungsrecht	Steuer und SV-Recht
Gewerberechtlicher Geschäftsführer	Bundesabgabenordnung



Entwicklungen im Bereich Managerhaftpflicht in Österreich

Umsetzung der Business Judgement Rule in Österreich

StRÄG 2015, BGBl I 2015/112, ab 01.01.2016



§ 84 Abs. 1a Akt.G; § 25 Abs. 1a GmbHG:

„Ein Vorstandsmitglied (Geschäftsführer) handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (ordentlichen Geschäftsmannes), wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Die Bedingungen werden noch weiter



- Besitzbestandsklauseln
- Bedingungskontinuitätsklauseln
- Two Tower/Three Tower
- Möglichkeit der Wiederauffüllung
- Doppeltes Aggregate limit
- Update-Klausel, Innovationsklausel – wird immer beliebter
- Zahlreiche Klarstellungen der Bedingungen – beispielsweise zu Steuern und Pönalen
- Alle D&O-Anbieter am österreichischen Markt haben operative Tätigkeiten nun gedeckt
- Aufsichtsrechtliche Sonderuntersuchungen (nicht jedoch Routineuntersuchungen)

Die Bedingungen werden noch weiter



- Zeugenbeistand
- Besondere Regelungen zur Nachmeldefrist (längere Fristen für best. Personen, Retirement-coverage)
- Tendenz zur Verlängerung der Nachmeldefristen, zunehmend unverfallbar;
- Zusätzliche Kostenlimits (z.B. nach Ausschöpfung, persönliche)
- Verzicht auf Rückforderung von Abwehrkosten
- Teilweise sogar Mitversicherung der wissentlichen Pflichtverletzung – Regulatorisches Problem?
- Häufiger zu sehen: Schiedsverfahren in Wordings
- Excedentenversicherung: step down auch für sublimitierte Bereiche, abhängig vom Attachment-point

Weiterer Ausbau der Eigenschadendeckung



- Mitversicherung von Kosten für interne Untersuchungen
- Eigenschadendeckung: Deckung in der Höhe des Schadens, auch wenn die versicherte Person einem Haftungsprivileg unterliegt; verschiedene Voraussetzungen – Trigger sind in Wordings unterschiedlich;
 - regelmäßig: Selbstbehalt
 - Deckung ist sublimitiert
- Kidnap & Ransom: Kostenübernahme für Krisenberater und Kosten der Bewältigung eines K&R-Events

Digitale Abschlussprozesse in D&O



- Teilweise werden nicht nur Quotierungen angeboten
- Mit wenigen Antragsfragen zur „gewünschten“ Police
- Probleme mit vorvertraglichen Anzeigepflichten
- Genügt dieses Procedere den Beratungspflichten (Warn- Hinweispflicht)
- Best advice?

„Compliance“ – die Awareness steigt



- Nicht nur internationale Unternehmungen interessieren sich stärker für das Thema
- Zunehmende Sensibilität
- Steigende Relevanz von internationalen Versicherungsprogrammen
- Richtige Abführung von Versicherungssteuer in den jeweiligen Belegsländern
- „Non admitted countries“: China, Brasilien, Russland, Serbien, Montenegro, Bosnien

Die persönliche D&O gewinnt an Bedeutung

Wachsende Bedeutung der persönlichen D&O-Versicherung



Vorteile für den Mandatar bei Abschluss Einzelpolice:

- Lösung für Fälle in denen sich das Unternehmen entschließt, keine D&O-Versicherung abzuschließen (Prämie = Werbungskosten)
- Persönliche Kontrolle über die Versicherung bei allen Mandaten des Versicherungsnehmers
- Versicherungsnehmer ist der Unternehmensleiter persönlich (im Unterschied zur D&O). Er ist „HERR“ seiner eigenen Absicherung und entscheidet selbst über Höhe und Umfang seines Versicherungsschutzes.
- Es besteht Versicherungsschutz für alle unternehmerischen Tätigkeiten z. B. auch als Vorstand in Vereinen
- Häufig, prämienfreie unbegrenzte und unverfallbare Nachhaftung, d.h. Versicherungsschutz auch im Ruhestand und für die Erben
- Die Versicherungssumme steht ausschließlich dem Kunden zu, keine Reduzierung im Schadenfalle durch Ansprüche anderer Unternehmensorgane

Persönliche D&O/Einzelpolice: Ausfallspolice

Mit diesem Produkt bietet man eine umfassende persönliche Absicherung bei Ausfall der D&O-Unternehmensversicherung.

Die Schutzdeckung versichert den Fall, dass die Unternehmenspolice keinen Versicherungsschutz mehr bietet aufgrund von:

- Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung,
- Rücktritt wegen Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten,
- Leistungsfreiheit wegen Vornahme einer Gefahrerhöhung,
- Insolvenz des Versicherers der Unternehmenspolice und insbesondere
- Erschöpfung der Versicherungssumme der Unternehmenspolize.

Was tut sich sonst noch?



- Nachfrage höherer Versicherungssummen im Bereich D&O
- Recht starke Durchdringung des Bereiches KMU
- Höheres Interesse an der Financial Lines Sparte/Treiber ist das Thema CYBER
- Das Thema Cyber ist auch beim Management angekommen – die Verwirrung ist perfekt
- Cyber – Cyber-Crime – was ist das?
- Überschneidungen von Sparten – regulatorische Probleme?



Wagen wir einen Blick über den großen
Teich

Highlights



- **Top Ten D&O Stories of 2016**

1. 2016 Securities Class Action Lawsuit Filings Hit Record Levels Due to Merger Objection Suit Surge
2. The Era of Collective Investor Actions Outside the U.S. Arrived with a vengeance in 2016
3. **Third-Party Litigation Fundings Hits the Big Time**
4. The Latest Phase in the Merger Objection Litigation Phenomenon Means More Federal Court Lawsuits
5. The Long-Awaited Onset of Climate Change-Related D&O Claims Arrives
6. Despite Challenges, Plaintiffs Continue to File Cyber Security-Related D&O Claims
7. Follow-on Civil Suits Filed in the Wake of Regulatory Investigations Surged in 2016
8. Privately-Held Silicon Valley „Unicorn“ Hit with Securities Class Action Lawsuit
9. **The Dodd-Frank Whistleblower Program Hits New Heights for Reports and Awards**
10. The Brexit Vote and in the U.S. Presidential Election Raise Questions and Challenges for the D&O Industry

U.S. Regulatory Investigations and Actions



- **Hohe Verfolgungsintensität**
 - SEC enforcement actions im Jahre 2015 nochmals um 7 % auf 868 gestiegen
 - **807 in 2015,**
 - 755 in 2014 und
 - 676 in 2013
 - 160 Verfahren betrafen (auch) Investment Advisers oder Investment Companies
- **3.923 Whistleblower Reports und Zahlungen von USD 57 Mio. an Whistleblower (2015)**

U.S. Securities Class Actions



- **2015: 189 neue Verfahren**
 - Anstieg um 11%
 - Höchststand seit 2008
- **2016: 270 neue Verfahren**
 - Anstieg um 43%
 - Höchststand seit 2001
 - 73 Merger Objection Lawsuits,
- 45 Klagen gegen ausländische Unternehmen

Morrison versus National Australian Bank



- **U.S. Supreme Court hat Anwendbarkeit von Section 10b Securities Exchange Act 1934 auf F-cubed Fälle abgelehnt** (Forderungen von ausländischen Investoren, die Anteile an ausländischen im Ausland börsennotierten Unternehmen gekauft haben)

Anwendbarkeit setzt voraus:

Käufe oder Verkäufe von WP, die sich an einer inländischen US-Börse oder auf andere Art innerhalb der U.S.A. ereignen.

- **Anders Dodd Frank Act: „conducts and effects test“ bei regulatorischen Verfahren**

Morrison versus National Australian Bank



- **Strittig sind ADRs:**

With respect to the question of the applicability of the U.S. securities laws, Judge Otero held that the U.S. securities laws do apply to the domestic OTC transactions in the company's sponsored ADRs (Diesel Story/Daimler/Blue Tec)

- However, the *Morrison* decision did not end, or even reduce, securities lawsuits in the United States against foreign companies. To the contrary, filings against foreign issuers continue to increase each year.



Und nun ein Caipi...oder 2?

Organhaftung in Brasilien



- **Rechtslage**
 - Organhaftung: eingeführt im Jahr 2003, Innenhaftung und Aktionärsklagen (derivative actions) ähnlich §§ 147, 148 AktG
 - Regulatorische Verfahren: Comissão de Valores Mobiliários (SEC)
 - D&O-Versicherung: SUSEP Circular no 541/2016 v. 17.10.2016 (u.a. Claims made-Prinzip, Abwehrkosten zusätzlich zu versichern, Versicherungsschutz für Regress bei Bußgeldern)
- **Deutliche Zunahme regulatorischer Verfahren**
 - Fokus: Korruption – „Clean Companies Act“ aus 2014 mit strengen Haftungsregeln
 - Operação Zelotes: seit 2013 Ermittlungen wegen Korruption im Finanzministerium unter Beteiligung von mehr als 70 Unternehmen (u.a. Santander, Bradesco, Ford (Top-3)) mit Steuerschäden von mehr als USD 5,5 Mrd.
 - Operação Lava Jato: seit 2014 Ermittlungen wegen Geldwäsche und Korruption betreffend Petrobras



und Amsterdam, Paris und London?

Von Amsterdam, Paris und London...

- **Niederlande stehen prototypisch für Internationalisierung von Anlegerklagen im Zuge der Morrison-Entscheidung**
 - Dutch Act on Collective Settlement of Mass Claims (WCAM) vom 27.07.2005: 8 Verfahren bislang, in Sachen Shell und Convergium mehrheitlich betreffend ausländische Anspruchsteller, zuletzt am 14.03.2016 Fortis-Vergleich über EUR 1,2 Mrd. („game changer“)
- **Frankreich: action de groupe eingeführt 2014 durch „Loi Hamon“**
 - bislang acht Klageverfahren
- **UK: Group Litigation Orders (GLOs), representative actions and test cases und kollektiver Rechtsschutz für Competition Claims nach Consumers Rights Act** - Trend: Haftung nach Sections 90, 90a FSMA (RBS; Sharp; Tesco; Quindell)

Bußgelder

- **Kartellrecht im Fokus**

(<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>)

- 179 Verfahren im Jahr 2015

- - Top 3 (2004-2015): Frankreich (246), Deutschland (200), Spanien (137)

- Verhängte Bußgelder

- 2016: EUR 3,7 Mrd.

- 2015: EUR 364.531 Mio.

- 2014: EUR 1.689 Mrd.

- 2013: EUR 1.665 Mrd.

- 7/2016: Rekordstrafe von EUR 2,93 Mrd. im LKW-Kartell

- **Andere Rechtsbereiche, insbesondere**

- Korruption

- Datenschutz (vgl. Art. 83 DSGVO)



....nun noch zum Nachbarn!

Deutschland – Hot Spot



- **Deutschland zählt international zu den (D&O) Litigation-Hotspots**
- **Trend in Schadenspraxis: Zunahme ausländischer und grenzüberschreitender Schadensfälle**
 - Traditionell USA im Fokus
 - Andere Länder „im Aufwind“, z.B.: China, UK, Frankreich, Italien, Spanien, Niederlande, Polen, Russland, Brasilien
 - „Volkswagen“ als Katalysator
- **Vernetzung von Haftungs- und Versicherungsthemen**
 - Parallel in- und ausländische Haftungsverfahren
 - Behördliche, strafrechtliche und zivilrechtliche Verfahren
 - D&O als fremd- und Eigenschadenversicherung
 - Lokale Deckung, Master Cover und andere Versicherungen

D&O - Verteilungsverfahren



Ausgangspunkt: mehrere Inanspruchnahmen – die Versicherungssumme droht verbraucht zu werden

Wie wird verteilt?

- Prioritätsprinzip
- Proportionalitätsprinzip
- Kopfprinzip
- Beliebensprinzip

D&O - Verteilungsverfahren - Lösungsansätze



Verteilungsklauseln?

- Order of Payment - Klauseln (= Deckungsrangfolge; zivilrechtliche Inanspruchnahme, Strafrechtsschutz, Entity-Deckung usw.)
- Extra Sublimate für Abwehrkosten

Verteilungsverfahren



Klauselbeispiel:

Ist die Deckungssumme einer Versicherungsperiode ausgeschöpft oder ein Verteilungsverfahren im Sinne von § 109 VVG eingeleitet, steht einmal je Versicherungsperiode den folgenden versicherten Personen:

- Vorstandsvorsitzender,
- Geschäftsführer(n),
- Finanzvorstand und
- Aufsichtsratsvorsitzender,

(...) eine zusätzliche Versicherungssumme von 10% der Versicherungssumme je weiterem Versicherungsfall, höchstens jedoch (...) für alle Versicherungsfälle derselben Versicherungsperiode und für alle vorgenannten versicherten Personen zusammen, zur Verfügung.

Das persönliche Zusatzlimit steht nur dann zur Verfügung, wenn eine Freistellung durch die Versicherungsnehmerin unzulässig oder wegen Insolvenz unmöglich ist und kein anderer Versicherungsschutz besteht.

Subsidiaritätsklauseln



- **Einfache Subsidiaritätsklausel:**

Der Versicherer beabsichtigt nur für den Fall nicht einzutreten, wenn der andere Versicherer auch tatsächlich leistet.

- **Qualifizierte Subsidiaritätsklausel:**

Der andere Versicherer ist bereits dann alleine eintrittspflichtig, wenn beide dieselben Risiken abdecken.

- **Kollision von einfachen Subsidiaritätsklauseln (BGH v. 19.2.2014 (IV ZR 389/12) VersR 2014, 450)**

Subsidiaritätsklausel – Lösungsansätze

Beispielsklausel

„Besteht für den im Einzelfall geltend gemachten Schaden auch

- über einen weiteren, zeitlich früher abgeschlossenen D&O- Versicherungsvertrag oder
- über einen Versicherungsvertrag anderer Art

Versicherungsschutz, so besteht über diese Versicherung Deckung, soweit dieser Versicherungsschutz weiter ist als derjenige des anderen Versicherungsvertrages (Konditionendifferenzdeckung) oder der anderweitige Versicherungsschutz durch Zahlung verbraucht ist (Summenausschöpfungs- und -anschlussdeckung).

Bestreitet der anderweitige Versicherer seine Eintrittspflicht ganz oder teilweise, so leistet der Versicherer dieses Vertrages unter Eintritt in die Rechte der Versicherungsnehmerin bzw. der versicherten Personen vor.

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen - Abtretung



Zweck der Abtretung:

- Die Pflichtverletzung der versicherten Person ist nicht immer so gravierend, dass das Unternehmen sich von ihr trennen will.
- Ein langwieriges Haftungsverfahren und damit eine Belastung des Dienstverhältnisses und der Reputation des Managers werden vermieden.

Rechtslage seit der VVG-Reform 2008:

Der Versicherte kann seinen Freistellungsanspruch gegenüber dem Versicherer an den Geschädigten (auch den Versicherungsnehmer) abtreten und diesem so einen Direktanspruch verschaffen:

„Die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Dritten kann nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden.“ (§ 108 Abs. 2 VVG)

Aber: Ist die Abtretung auch im Verhältnis der D&O-Versicherung möglich?

Und wenn ja: Gelten besondere Anforderungen an die Inanspruchnahme des Managers, damit diese als „ernstlich“ gelten kann?

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen - Abtretung



Entscheidungen des BGH vom 13.04.2016 (IV ZR 304/13 und IV ZR 51/14)

Sachverhalt:

- Die versicherten Personen wurden von den Unternehmen auf Schadensersatz in Anspruch genommen.
- Der Versicherten traten ihre Freistellungsansprüche gegen den Versicherer an die Unternehmen ab.
- Die versicherten Personen blieben weiterhin bei den Unternehmen beschäftigt.

Entscheidung:

- Die Abtretung des Freistellungsanspruchs des Managers gegen den D&O-Versicherer an das Unternehmen ist gemäß § 108 Abs. 2 VVG zulässig.
- Allein die schriftliche Inanspruchnahme des Unternehmens gegen den Manager ist ausschlaggebend. Eine darüber hinaus gehende „Ernstlichkeit“ der Inanspruchnahme“ ist kein Tatbestandsmerkmal des Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung.
- Auch einer Weiterbeschäftigung des versicherten Managers steht die Inanspruchnahme nicht im Wege.

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen



Diskussion: Wissentliche Pflichtverletzung

BGH-Urteil IV ZR 322/14 vom 27.05.2015: Der Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung greift auch dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht worden ist.

-> Auslegung des Ausschlusses aus Sicht eines durchschnittlichen VN

Mögliche Konsequenz: Deckungsausschluss?

- **Inhaber des Freistellungsanspruchs bei der D&O: Organmitglieder**

-> Jeweils persönliches Verhalten des Organmitglieds entscheidend

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen



Streitfrage: Abwehrkosten

Abwehrkosten im Sinne der D&O-Police sind unter anderem Anwalts- und Gerichtskosten.

Problem 1: Umfang der Erstattung von Abwehrkosten

- Jedenfalls Gebühren nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG)
 - Stundensätze: Im Zweifel jedenfalls die „gebotene“ Stundenanzahl zu „üblichen“ Stundensätzen
- > Kann im Einzelfall streitig sein
- > Besser: Klare Regelung im Versicherungsvertrag

1. D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen

Anrechnung der Abwehrkosten auf die Versicherungssumme:

- Versicherer versuchen häufig, Leistungspflicht durch Anrechnungsklauseln zu begrenzen
- Durch Anrechnungsklauseln rechnet der Versicherer die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme an Leistung-GAP kann die Folge sein

Entscheidung des OLG Frankfurt: Anrechnung der Abwehrkosten auf Versicherungssumme unwirksam

-> VP erhält Freistellung in voller Höhe plus Abwehrkosten, sofern sich Schadensersatzanspruch im Haftungsverfahren als berechtigt erweist

Konsequenzen der Entscheidung:

- Wünschenswert wäre: Versicherer prüfen künftig die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen sorgfältiger und leisten entsprechend häufiger Freistellung, anstatt unnötige Abwehrkosten zu produzieren
- Versicherer werden womöglich Anrechnungsklauseln anders formulieren; rechtliche Wirksamkeit ungewiss
- Gegebenenfalls werden Versicherer höhere Prämien verlangen (aber am Markt durchsetzbar?)

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen



Streitfrage Anfechtung und Anfechtungsverzicht

Grundsatz: Versicherer kann Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten

Beispielfall: Unternehmen als VN wusste von Korruptionsfall bei Vertragsschluss, wartet jedoch mit der Aufdeckung bis nach Vertragsschluss. Unternehmen muss sich Verhalten der versicherten Personen zurechnen lassen - und andersherum.

Folge der Anfechtung:

- Nichtigkeit des gesamten Versicherungsvertrages, unabhängig davon, ob versicherte Person Kenntnis von der Täuschung hatte
- Rückerstattung aller Versicherungsleistungen an Versicherer und Haftung des Versicherten mit persönlichem Vermögen

D&O: Aktuelle Streitfragen und Entwicklungen



Anfechtungsverzicht des Versicherers möglich?

Die versicherten Personen sind häufig nicht am Vertragsschluss beteiligt, sondern das Unternehmen als Versicherungsnehmer.

-> häufig verzichtet Versicherer im Voraus auf sein Anfechtungsrecht

Problem: Verzicht im Voraus nach der jüngsten Rechtsprechung jedoch unwirksam, wenn Täuschung durch Versicherungsnehmer oder Person vorgenommen wurde, die nicht Dritter i.S.v. § 123 Abs. 2 BGB ist

-> Teilanfechtung, welche den Vertrag zugunsten der Versicherten unberührt ließe, ist bedenklich, da versicherte Person nicht Vertragspartner

-> Verzicht auf Einwand der Anfechtung gegenüber Versicherten wohl nicht möglich

-> Im Vorfeld Möglichkeiten der Anfechtung unterbinden

Regressansprüche in Deutschland

- **Deutschland**
 - Das LAG Düsseldorf hatte vor ziemlich genau einem Jahr entschieden (Urteil vom 20.01.2015 – 16 Sa 459/14), dass eine GmbH für eine gegen sie verhängte Kartellgeldbuße ihr Geschäftsführungsorgan nicht in Regress nehmen kann – Revision wurde wohl zurückgenommen;
 - vgl. auch LAG Düsseldorf, Urt. v. 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 (kein Regress bei durch BKartA verhängten Kartellbußen; keine Schadenersatzpflicht des AN bei erheblichem Organisationsverschulden des Arbeitgebers (§ 254 BGB))

Schlussbetrachtung



- Bedingungsseitig ist die D&O an Ihrem Zenit angelangt
- Aufsichtsrechtliche Bestimmungen sollte mehr Beachtung geschenkt werden
- Compliance spielt für alle Marktteilnehmer eine immer bedeutendere Rolle – IP mit lokalen Pol, Abführung der jeweiligen VST in den Countries
- D&O bleibt komplex – Vorsicht bei der Bedienung digitaler Kanäle
- Das Internationalisierung der Schadenspraxis setzt sich fort
- Durch die stärkere Durchdringung der D&O und durch die starke gesetzgeberische Initiativen der letzten Jahre werden die Schäden stark ansteigen
- Aufgrund der Komplexität der Schäden ist eine fachkundige Unterstützung für den Berater und für das Unternehmen unerlässlich.
- Die Durchdringung von D&O, generell von Financial Lines Versicherungen, wird durch die Treiber Gesetzgebung, Angst vor Inanspruchnahmen und durch Cyberevents stark steigen.



**Danke für Ihre
Aufmerksamkeit!**

www.infinco.com

