



BEITRÄGE

Michael Hafner/Stefan Perner • Linz

D&O-Versicherung: Struktur und Inhalt¹

» ZFR 2018/185

Vorstände verfügen regelmäßig über eine D&O-Versicherung, um sich gegen ihr Haftungsrisiko aus fehlerhaftem Management abzusichern. Die Versicherungsprodukte zeigen aus österreichischer Perspektive viele Eigenheiten, die versicherte Personen und Rechtsanwender gleichermaßen vor erhebliche Probleme stellen. Neben der Konstruktion als Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung werfen zB auch das „Claims-made-Prinzip“ und zahlreiche Risikoausschlüsse schwierige Fragen auf. Der vorliegende Beitrag widmet sich dieser in Österreich eher selten behandelten Versicherungssparte und bietet eine komprimierte Darstellung der wesentlichen Vertragsbestandteile aus der Perspektive von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft.

1. Grundlagen

1.1. Haftungsrisiko von Vorstandsmitgliedern

Nach anfangs zurückhaltender Rezeption der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammenden D&O-Versicherung ist diese heute ein fixer Bestandteil des heimischen Versicherungsmarktes.² Unbestritten ist, dass dies mit der *zunehmenden Bedeutung der organschaftlichen Verantwortlichkeit* und der Bereitschaft Geschädigter einherging, Ersatzansprüche geltend zu machen.³ Die denkbaren Haftungsszenarien für Vorstände sind vielfältig. Während die schadenersatzrechtliche Außenhaftung gegenüber Aktionären und Dritten aus Sondertatbeständen oder Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 ABGB eher Ausnahmearak-

ter hat,⁴ bildet vielmehr die Innenhaftung des Organs gegenüber der Gesellschaft den Regelfall.

Die für die Vorstandshaftung zentrale – aber nicht ausschließliche⁵ – Norm ist § 84 AktG,⁶ die für die Geschäftsführung durch Vorstände in Abs 1 die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters festschreibt.⁷ In Abs 2 wird die Innenhaftung – bei mehrgliedrigen Leitungsorganen als Solidarschuldner – ausdrücklich angeordnet. Von ihr umfasst sind Ansprüche aus der Organfunktion und/oder dem Vorstandsvertrag.⁸ Gesonderte Haftungstatbestände enthält § 84 Abs 3 AktG. Das unternehmerische Ermessen wahrt die in § 84 Abs 1a AktG positivierte Business Judgment Rule; eine Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen besteht insofern nicht.⁹ Grundsätzlich macht aber schon leichtes Verschulden ersatzpflichtig. Ressortverteilungen befreien die „ressortfremden“ Organe nicht von Informations-, Interventions- und Überwachungspflichten.¹⁰

Das Haftungsrisiko ist auch insofern nicht zu unterschätzen, als *Regressprivilegien* wie etwa das DHG auf Vorstände *keine Anwendung* finden.¹¹ Nach § 84 Abs 4 S 3 AktG¹² ist außerdem ein Vergleich oder ein Verzicht der Aktiengesellschaft auf Innenhaftungsansprüche frühestens fünf Jahre ab deren Entstehen möglich und dies nur dann, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit widerspricht. All diese – an anderer Stelle umfassend dargelegten – Aspekte zeichnen ein klares Bild, warum die D&O-Versicherung in den letzten Jahren stets an Be-

1 Der Beitrag erscheint auch in *Nowotny/Zollner/Zumbo* (Hrsg), Handbuch Vorstand (in Druck).
2 Vgl zur Entwicklung der D&O-Versicherung ausf *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 1 Rz 43 ff; *Ihlas*, D&O, Directors and Officers Liability² (2009) 89 ff; *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch³ (2015) § 28 Rz 2 ff mwN; *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Kommentar zu den AVB-AVG (2016) Einf Rz 60 ff; *Baumann* in *Bruck/Möller*, VWG Großkommentar⁹ IV (2013) AVB-AVG 2011/2013 Einf Rz 1 ff; *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern (2010) 96 ff mwN.
3 Dafür wird auch die D&O-Versicherung selbst als Grund genannt („Deckung erzeugt Haftung“), vgl zuletzt etwa *Hoffmann-Becking*, Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 2017, 737 (744). Zur Entwicklung der Schadensfälle vgl *Haehling von Lanzanauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg), VWG-Kommentar³ (2016) Anh C Rz 28 ff mwN.

4 Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 9/450.
5 Vgl die zahlreichen Beispiele für Haftungsgrundlagen bei *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² (2012) § 84 Rz 6 ff.
6 Dem entspricht § 93 dAktG; für Aufsichtsräte vgl § 99 AktG bzw § 116 dAktG, die weitgehend auf die Vorschriften für Vorstände verweisen.
7 § 84 Abs 2 S 2 AktG enthält eine § 1298 ABGB entsprechende Beweislastumkehr, wonach dem Vorstandmitglied der Beweis für ordentliche und sorgfältige Geschäftsführung obliegt. Umfassend *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 25 ff; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ II (2010) § 84 Rz 108; *Kalss* in *MünchKommZurZivilR* (2014) § 93 Rz 366.
8 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 84 Rz 100.
9 Ausf *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 84 Rz 98a; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 3.
10 Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/117; OGH 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 84 Rz 104.
11 Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/548 mwN; ausf *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge (2014) 183 ff mwN.
12 Ausf zu dieser Bestimmung *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 84 Rz 112 ff.



deutung gewonnen hat: Das Bedürfnis der Organe nach Absicherung ist evident.

1.2. Begriff und Wesen der D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung (*Directors and Officers Liability Insurance*) dient der Absicherung von Leitungsorganen gegen persönliche Inanspruchnahme durch die Gesellschaft (*Innenhaftung*) oder Dritte (*Außenhaftung*). In praxi finden verschiedene Bezeichnungen Verwendung: Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter, Manager-Haftpflichtversicherung, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für die Vertreter juristischer Personen und deren Aufsichtsorgane usw. Ihrer Struktur nach ist die D&O-Versicherung eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung. Versicherungsnehmerin ist die Gesellschaft, die ihre eigenen und auch Leitungsorgane von Tochtergesellschaften versichert (versicherte Personen). Auch wenn die gängigen AVB primär Aktiengesellschaft und GmbH als Versicherungsnehmerin vor Augen haben, so ist eine D&O-Versicherung auch für andere juristische Personen (auch des öffentlichen Rechts) geeignet, etwa für Vereine, Privatstiftungen¹³ und die SE.¹⁴ Bedingungswerke schließen den Versicherungsschutz für Personengesellschaften regelmäßig aus (zB Art 1.1 Abs 3 AVB-AVG, zu den Musterbedingungen siehe 1.3.).

Eine gesetzliche *Versicherungspflicht* für Leitungsorgane besteht *nicht*; die Regelungen über die obligatorische Haftpflichtversicherung sind nicht anwendbar. Nach hA besteht auch keine Verpflichtung zur Absicherung der Leitungsorgane bloß aus gesellschaftlicher Treue- und Fürsorgepflicht.¹⁵ Im Vordringen sind aber sog. „*Verschaffungsklauseln*“, die im Anstellungsvertrag des Leitungsorgans die Verpflichtung zur Absicherung durch die Gesellschaft vorsehen.¹⁶ Ergibt sich aus der Formulierung, dass tatsächlich eine Pflicht der Gesellschaft zur Versicherung besteht, so drohen bei Verletzung Schadenersatzansprüche in der Höhe, die zur Deckung des Schadensfalles bei bestehender Versicherung zur Verfügung stünde. Diese können Innenhaftungsansprüchen der Gesellschaft aufrechnungsweise entgegen-

gehalten werden; bei Außenhaftung trifft die Gesellschaft ein Freistellungsanspruch.¹⁷

Der *räumliche Geltungsbereich* der D&O-Versicherung richtet sich individuell nach dem jeweiligen Vertragswerk. Zumeist wird weltweit Versicherungsschutz gewährt, unter Ausnahme von „Nordamerika-Risiken“ oder „Common-Law-Ländern“. Art 5.5 AVB-AVG reduziert den Geltungsbereich der D&O-Versicherung auf europäische Risiken, was allerdings nicht dem Marktstandard entspricht.¹⁸

1.3. Rechtsgrundlagen

Obwohl sich die D&O-Versicherung in Europa etabliert hat, sind die Vertragswerke inhaltlich heterogen ausgestaltet. Ausgehend von den gesetzlichen Vorgaben über die Haftpflichtversicherung (§§ 149 ff VersVG) und die Versicherung für fremde Rechnung (§§ 74 ff VersVG) bestimmt sich der Versicherungsschutz durch erheblich voneinander abweichende vertragliche Vereinbarungen. Ein Vertrag völlig „von der Stange“ verbietet sich schon wegen der Spezialität des jeweils zu versichernden Risikos.

In Deutschland hat der GDV erstmals 1997 Musterbedingungen aufgelegt und diese seither mehrfach erneuert.¹⁹ Die „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern“ (AVB-AVG, Stand: Februar 2016) dienen den Versicherungsunternehmen aber bloß als Ausgangspunkt.²⁰ Für den österreichischen Markt liegen überhaupt *keine Musterbedingungen* des Versicherungsverbands vor. Im Folgenden werden die aufarbeitenden Fragen und Rechtsverhältnisse der D&O-Versicherung einer systematischen, am konkreten Sachproblem orientierten Bearbeitung zugeführt. Soweit möglich und für die österreichische Rechtslage sinnvoll, wird auf die AVB-AVG (Stand: Februar 2016) als Musterbedingungen eingegangen. Als ergänzendes Bedingungswerk dienen die bei *Fenyves/Koban* veröffentlichten AVB der Allianz Protect D&O.²¹

1.4. Corporate Governance

Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK, Stand: Jänner 2015) sieht für börsennotierte Unternehmen²² vor, dass

¹³ Vgl nur OGH 6 Ob 35/18t, abgedruckt in diesem Heft der ZFR 2018, 419.

¹⁴ Vgl nur *Baumann* in *Bruck/Möller*, VVG³ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 6 mwN.

¹⁵ *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 41; *Voit* in *Prölss/Martin* (Hrsg), Kommentar zum VVG³⁰ (2018) AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 4; *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) Rz 47/38; *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 2015/83, 358 (362 f) mwN; ausf *Lange*, Die Haftung des (versicherungsnehmenden) Unternehmens anstelle des D&O-Versicherers, VersR 2010, 162 (164) mwN.

¹⁶ *Nowotny* in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch* (Hrsg), FS *Fenyves* (2013) 661 (662) mwN; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 41; zur möglichen Ausgestaltung *Lange*, Die D&O-Versicherungsverschaffungsklausel im Manageranstellungsvertrag, ZIP 2004, 2221 (2221 ff); *Hohenstatt/Naber*, Die D&O-Versicherung im Vorstandsvertrag, DB 2010, 2321 (2321 ff).

¹⁷ *Koch*, Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung (II), GmbHR 2004, 160 (167); *Lange*, VersR 2010, 162 (163 f) mit Beispielen für Klauseln; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 41; *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 4; krit *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/39, der eine Aushöhlung der zwingenden Prinzipien der Organhaftung ortet.

¹⁸ So auch *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 5.5 Rz 1.

¹⁹ *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 5.

²⁰ *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 8.

²¹ *Fenyves/Koban*, Allgemeine Versicherungsbedingungen⁵ (2015) 100 ff.

²² Unternehmen, die am Prime-Market der Wiener Börse notieren, verpflichten sich vertraglich zur Einhaltung des ÖCGK; für andere Unternehmen entfällt der ÖCGK idR nur durch (öffentliche) freiwillige Selbstverpflichtung rechtliche Wirkung, vgl ausf *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² (2015) § 25 Rz 24 ff, insb 29 f und 43 ff.



der Bestand einer gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung im jährlichen Corporate Governance-Bericht auszuweisen ist, sofern die Kosten von der Gesellschaft getragen werden (C-Regel 30 ÖCGK; als C-Regel [*comply or explain*] ist diese nicht verbindlich; ein Abweichen muss jedoch begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen).

Nicht börsennotierte²³ Bundes-Unternehmen inkl Tochter- und Subunternehmen unterliegen dem B-PCGK (Bundes Public Corporate Governance Kodex, Stand: Oktober 2012), sofern sie die Voraussetzungen der Regel 4.1 (mehr als zehn Bedienstete oder mehr als 300.000 € Jahresumsatz) erfüllen und zwingendes Recht nicht entgegensteht. Erwähnung findet die D&O-Versicherung im Punkt 8.3.3 „Haftpflichtversicherung für Geschäftsleitung und Überwachungsorgane“. Zunächst enthält die C-Regel 8.3.3.1 eine Empfehlung, welche Unternehmen einen D&O-Versicherungsschutz vorsehen sollten. Unter welchen Umständen Unternehmen den genannten „erhöhten unternehmerischen und/oder betrieblichen Risiken unterliegen“, ist jedoch unklar. Insofern ist aus dieser Regelung kaum etwas zu gewinnen. Aussagekräftiger ist L-Regel 8.3.3.2, die den Abschluss einer Haftpflichtversicherung des Organs gegen Risiken aus seiner beruflichen Tätigkeit für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit untersagt und insofern von § 152 VersVG zulasten der versicherten Personen abweicht.²⁴ Die Strenge der Regelung ist allerdings nicht nachvollziehbar: Letztlich schützt eine Versicherung grob fahrlässigen Verhaltens auch das Unternehmen und sichert – vor allem – die Einbringlichkeit der meist sehr hohen Schadensummen. Marktstandard in der D&O-Versicherung ist der Ausschluss „wissentlicher Pflichtverletzungen“ der versicherten Personen, demnach sind zumindest unwissentlich fahrlässige Handlungen versichert.²⁵ Warum bei Bundes-Unternehmen lediglich eine Versicherung leicht fahrlässigen Verhaltens zulässig sein soll, ist gerade wegen der schwierigen Abgrenzungen der Fahrlässigkeitsgrade und kaum spürbarer Prämienreduktion nicht einsichtig.²⁶ Anders als der ÖCGK und das AktG sieht Regel 8.3.3.2 Abs 2 des B-PCGK Selbstbehalte der Versicherten vor, allerdings bloß als C-Regel („soll ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis zur Höhe des Eineinhalbfachen der jährlichen Vergütung des verantwortlichen Mitglieds der Geschäftsleitung vorgesehen sein“).²⁷ Ebenso soll ein angemessener Selbstbehalt für Mitglieder des Überwachungsorgans vorgesehen werden, der sich an der Höhe der Vergütung zu orientieren habe (Abs 3 leg cit). Außerdem sind die Entscheidung und die Begründung über eine Haft-

pfllichtversicherung, insb ihre Zweckmäßigkeit, schriftlich zu dokumentieren (L-Regel 8.3.3.3).

1.5. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

1.5.1. Zulässigkeit der D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt?

An der grundsätzlichen Zulässigkeit der D&O-Versicherung bestehen keine Zweifel mehr.²⁸ Strittig sind aber einige Detailfragen der Vereinbarkeit von (privatautonomer) D&O-Versicherung und zwingender aktienrechtlicher Organverantwortlichkeit.²⁹ Ausgangspunkt der Diskussion ist, dass der Versicherungsschutz im Widerspruch zu den Zwecken der schadenersatzrechtlichen Haftung³⁰ nach § 84 Abs 2 und Abs 4 AktG stehe: Der Gesellschaft wird damit einerseits ein *Schadensausgleich* ermöglicht, der zur Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens dient. Zudem wird pflichtwidriges Verhalten der Organe mit Haftung bedroht, was mittelbar sorgfältiges Verhalten fördere; die Haftungsandrohung wirke verhaltenssteuernd und halte zur sorgfältigen Wahrnehmung der Vorstandspflichten an (*Schadensprävention*).³¹ Der letztgenannte Aspekt droht dort ausgehöhlt zu werden, wo das Organ durch die D&O-Versicherung eine Inanspruchnahme letztlich nicht befürchten muss. Den Schaden trägt dann – gesundes Deckungsverhältnis und hinreichende Versicherungssumme stets vorausgesetzt – der Versicherer. In der Haftpflichtversicherung wird dieser Effekt – Entwertung der verhaltenssteuernden Haftung durch Versicherung – unter dem Schlagwort „*Moral Hazard*“ besprochen.³² Bei D&O-Versicherungen ist die Situation insofern zugespitzt, als Prämienschuldnerin – anders als bei gewöhnlichen Berufshaftpflichtversicherungen – die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin ist. Diskutiert wird daher, ob ein angemessener *Selbstbehalt* des schädigenden Organs vorzusehen ist, um die Verhaltenssteuerung sicherzustellen. Besonders im deutschen Schrifttum befasste man sich ausführlich mit dieser Thematik. Klärung brachte schließlich § 93 Abs 2 S 3 dAktG,³³

23 Punkt 4.2 B-PCGK, dazu näher *Jud/Harer/Graf*, Die Umsetzung des Public Corporate Governance Kodex des Bundes in Österreich, GesRZ 2014, 208 (210).

24 L-Regeln des B-PCGK sind anders als die L-Regeln des ÖCGK nicht bloß wiedergegebene oder umschriebene gesetzliche Pflichten, sondern verbindliche Corporate Governance-Anordnungen, die auf ihre Vereinbarkeit mit Gesetzesrecht zu prüfen sind, vgl *Jud/Harer/Graf*, GesRZ 2014, 208 (209).

25 Näher dazu *Ramharter* in diesem Heft; vgl auch *Lange*, D&O-Versicherung und Selbstbehalt, DB 2003, 1833 (1836).

26 So auch *Kalss/Kunz* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 34/136 f; vgl auch *Schwarzer/Barbist*, D&O-Versicherung bei österreichischen Bundesunternehmen, Compliance-Praxis 2014/1, 38 (39 f).

27 Wortgleich Regel 3.8 DCGK und § 93 Abs 2 S 3 dAktG.

28 Vgl jüngst OGH 6 Ob 35/18t, abgedruckt in diesem Heft ZFR 2018, 419.

29 Keine Abänderbarkeit durch Vertrag oder Satzung, vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 84 Rz 99; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 2; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (2015) § 93 Rz 3 ff; *Baumann*, Aktienrechtliche Managerhaftung, D&O-Versicherung und „angemessener Selbstbehalt“, VersR 2006, 455 (459); vgl auch die Monografie von *Pammler*, Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts (2006).

30 Zu den Zwecken des Schadenersatzrechts vgl statt aller *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 288.

31 *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 2; *E. Lorenz* in *Armbrüster et al* (Hrsg), Liber Amicorum J. Prölss (2009) 177 (183); *Gruber*, Aktienrechtliche Zulässigkeit einer D&O-Versicherung? GesRZ 2012, 93 (96) mwN; *Dreher*, Die selbstbeteiligungslose D&O-Versicherung in der Aktiengesellschaft, AG 2008, 429 (430); *Koch* in *Hüffer/Koch*, Kommentar zum Aktiengesetz¹³ (2018) § 93 Rz 1; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 93 Rz 2 ff; *Ulmer* in *Heldrich et al* (Hrsg), FS Canaris II (2007) 451 (463 ff).

32 *Baumann* in *Honsell*, Berliner Kommentar VVG (1999) § 152 Rz 1 aE (idF: BK VVG); *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (98).

33 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) BGBl I 2009/50, 2509; in den Materialien wird als Begründung explizit die Verhaltenssteuerung angeführt, vgl BT-Drs 16/13433, 17, abgedruckt bei *Lange*, D&O § 16 FN 29.



der einen verpflichtenden Selbstbehalt für D&O-Versicherungen von Vorständen anordnet. Für Aufsichtsräte besteht eine entsprechende Regelung nicht, die Anwendbarkeit von § 93 Abs 2 S 3 wird in § 116 dAktG explizit ausgeschlossen. Für Österreich ist die Frage nach einem verpflichtenden Selbstbehalt – mangels einer § 93 Abs 2 S 3 dAktG entsprechenden Regelung – offen. Im Schrifttum ist eine hM nicht auszumachen.

Bei einer näheren Betrachtung der Frage ist zunächst zu bedenken, dass § 84 Abs 2 AktG durch eine D&O-Versicherung nicht unmittelbar berührt wird. Die Versicherung steht der zwingenden Organhaftung – genauer ihrer Ausprägung als Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen das Organ – nicht entgegen. Sie setzt als Haftpflichtversicherung den Schadenersatzanspruch als Grundlage für den Versicherungsfall voraus, knüpft also an die bestehende Haftung der Organe an.³⁴ Die Unwirksamkeit einer D&O-Versicherung könnte allenfalls über die ratio legis der aktienrechtlichen Organhaftung begründet werden. Dies führt zunächst zur *Schadensausgleichsfunktion*. Die D&O-Versicherung verbessert die Chancen der Gesellschaft auf Kompensation erheblich. Anders als bei Handlungen iSd § 84 Abs 4 AktG (Verzicht und Vergleich hinsichtlich Ersatzansprüchen), in deren Nähe die D&O-Versicherung oftmals gerückt wurde, geht der Gesellschaft die Werthaltigkeit des Ersatzanspruches nicht verloren.³⁵ Der Versicherer tritt hinter das Organ als Schuldner, wodurch ein Vermögenswert hinzutritt, der viel eher die Einbringlichkeit der meist hohen Schadenssummen erwarten lässt als das Privatvermögen des Organs. Dasselbe Ergebnis würde auch eine Eigenschadenversicherung (Forderungsausfallversicherung mit Regress gegen das Organmitglied nach § 67 VersVG) der Gesellschaft bewirken.³⁶

Ein anderes Bild könnte sich zeigen, wenn man die Perspektive der versicherten Organe einnimmt.³⁷ Diese wären durch eine D&O-Versicherung auf den ersten Blick gleichermaßen von der Haftung befreit wie bei einer Haftungsfreistellung. Ohne monetäres Risiko gehe aber – so ein Teil des Schrifttums – die *Präventionsfunktion* der Haftung verloren (stets vorausgesetzt, das Organ hat überhaupt Kenntnis von der Versicherung). Dem ist aber nur teilweise zuzustimmen.³⁸ Ist schon die Präventionswirkung von Haftung an sich nicht zu überschätzen,³⁹ so ist doch zu bedenken, dass Versicherungsverträge eine Reihe von präventiven Elementen enthalten; der Versicherungsvertrag sieht also selbst Verhaltenssteuerung vor.⁴⁰ Neben Deckungslimits zielen zahlreiche Risikoausschlüsse, Obliegenheiten, Bonus-Malus-Systeme der Prämienberechnung,

die Kurzfristigkeit der Verträge, Selbstbehalte und Kündigungsrechte des Versicherers auf ein sorgfältiges Verhalten des Versicherten.⁴¹ Dagegen wurde eingewendet, dass der Vorstand als „Herr der Vertragsgestaltung“⁴² es in der Hand habe, diese Elemente (zB Obliegenheiten, Höhe der Deckungslimits) zu seinen Gunsten zu gestalten.⁴³ Der Versicherer hat allerdings gerade bei strengen Haftungstatbeständen mit schwerwiegenden Haftungsrisiken (hohe Schadenssummen) ein besonderes Interesse daran, den Versicherungsvertrag nicht zum „Freibrief“ verkommen zu lassen, sondern diese Elemente verstärkt zu bemühen.⁴⁴ Ein Beispiel ist die Verschärfung von § 152 VersVG, der in der Haftpflichtversicherung grundsätzlich nur den vorsätzlich herbeigeführten Versicherungsfall von der Deckung ausnimmt. In der D&O-Versicherung werden regelmäßig in den AVB zusätzlich wissentliche Pflichtverletzungen von der Deckung ausgenommen, womit auch bewusste Fahrlässigkeit von der Steuerungsfunktion erfasst ist (vgl auch Punkt 3.6.; aus *Ramharter* in diesem Heft). Weiters wird treffend ausgeführt, dass Selbstbehalten mehr Sanktions- als Präventionswirkung zukommt.⁴⁵ Insb die Versicherbarkeit von Selbstbehalten (*Selbstbehaltversicherung* als Eigenversicherung des Organs) bei geringer Prämienbelastung verstärkt diesen Effekt. Diese ermöglicht auch eine leichte wirtschaftliche Überwälzung auf den Versicherer oder die Gesellschaft.⁴⁶ Die Präventionswirkung als Rechtfertigung für verpflichtende Selbstbehalte ist daher zweifelhaft. Pflichtgemäßes Vorstandsverhalten wird zudem durch straf- und verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen,⁴⁷ die drohende Abberufung aus wichtigem Grund nach § 75 Abs 4 AktG, die Verweigerung der Entlastung durch den Aufsichtsrat, Sanktionen aus dem Vorstandsvertrag und – wohl ebenfalls von erheblicher Bedeutung – durch Reputationsverlust forciert.⁴⁸ Für Österreich ist nicht davon auszugehen, dass ein Selbstbehalt zwingend vorzusehen ist.

1.5.2. Abschlusslegitimation im Innenverhältnis bei gesellschaftsfinanzierter D&O-Versicherung

Im *Außenverhältnis* schließt der *Vorstand* als Vertretungsorgan der Gesellschaft den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer.⁴⁹

Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern 168 (219 f); aus gesamtwirtschaftlicher Sicht *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht (2013) Rz 201.

⁴¹ *Baumann*, VersR 2006, 455 (460); *Spindler* in MüKo AktG⁴ § 93 Rz 193.

⁴² *Baumann*, VersR 2006, 455 (461).

⁴³ *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (100); *Baumann*, VersR 2006, 455 (461).

⁴⁴ *Baumann* in BK VVG Vorbem §§ 149–158k Rz 72. Gerade vor dem Hintergrund, dass dem Vernehmen nach die D&O-Schadensfälle bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung durch die Prämien nicht gedeckt sind, liegt dies nahe.

⁴⁵ *Lange*, DB 2003, 1833 (1836); dem folgend *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/8 mwN; *Nowotny* in FS Fenyves 661 (663, 672).

⁴⁶ *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/7; *Nowotny* in FS Fenyves 661 (671 f), der zudem verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Verbot der Selbstbehaltversicherung anmeldet.

⁴⁷ Die meisten Bedingungswerke sehen Deckung für die Abwehr strafrechtlicher Ansprüche vor (sog Strafrechtsschutz); Strafzahlungen sind allerdings nicht gedeckt, vgl dazu Punkt 3.4.

⁴⁸ *Ihlas*, D&O² 424.

⁴⁹ *Haehling von Lanzener/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 39; *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169 (169).

³⁴ *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (95); *Ulmer*, FS Canaris II 451 (462); *Dreher*, AG 2008, 429 (430).

³⁵ Vgl *Thomas*, Haftungsfreistellung 105; *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (95).

³⁶ So *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/6 mwN.

³⁷ *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (96); *Ulmer*, FS Canaris II 451 (463).

³⁸ Bereits bei Einführung der Haftpflichtversicherung wurde befürchtet, dass sie die Leichtfertigkeit des Versicherungsnehmers steigern, was sich aber nicht bewahrheitet habe, so schon *Johannsen* in *Bruck/Möller*, Kommentar zum VVG⁸ (1970) IV Anm A9, 38.

³⁹ Ausf *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (96 ff), der im Ergebnis die präventive Wirkung bejaht.

⁴⁰ *Baumann* in BK VVG Vorbem §§ 149–158k Rz 72; *ders*, VersR 2006, 455 (460), dort aber aufgrund der besonderen Struktur der D&O-Versicherung für einen verpflichtenden Selbstbehalt eintretend; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*,



Er macht die AG zur Versicherungsnehmerin und Prämienschuldnerin.⁵⁰ Problematisch ist die *Abschlusslegitimation im Innenverhältnis*. Aus der Prämientragung durch die Gesellschaft folgert ein Teil der Lehre (siehe sogleich), dass nicht der Vorstand allein über eine (ihn bei den üblichen Globalpolizzen meist mitumfassende) D&O-Versicherung abzusprechen hat, sondern – je nach Kreis der Versicherten – die Zustimmung von AR, HV oder eine Satzungsbestimmung notwendig ist. Die Prämientragung durch die Gesellschaft sei nämlich als Teil der „Gesamtbezüge“ des Vorstands iSd § 78 AktG bzw als „Vergütung“ des Aufsichtsrats nach § 98 AktG zu qualifizieren. Entscheidend für die Anwendung der genannten Normen sei, ob der *Prämienübernahme durch die Gesellschaft im Verhältnis zu ihren Organen Entgeltcharakter zukommt*. Auf das Außenverhältnis schlägt eine fehlende Legitimation im Innenverhältnis freilich nicht durch. Das ist Ausfluss der Formalvollmacht des Vorstandes, vgl §§ 71 Abs 1, 74 Abs 2 AktG.⁵¹

Die nunmehr überwiegende Ansicht in *Deutschland* unterstellt die Prämie für die D&O-Versicherung nicht dem Vergütungs-begriff der §§ 87, 113 dAktG.⁵² Dafür werden überwiegende Eigeninteressen der Gesellschaft an der D&O-Versicherung ins Treffen geführt (ua Solvenz des Organs bei Innenhaftung, Sicherung der unternehmerischen Handlungsfreiheit, Rekrutierungsinteresse). Die Ansicht der deutschen Abgabenbehörden, wonach D&O-Prämien als betrieblich veranlasster Aufwand nicht der Lohnsteuer unterliegen, festigt dieses Verständnis.⁵³ Konsequenz ist die alleinige Zuständigkeit des Vorstandes zum Abschluss von D&O-Versicherungen. Der BGH hat die Frage bisher offengelassen.⁵⁴

Die wohl eher überwiegende Ansicht⁵⁵ in *Österreich* sieht die Prämie der D&O-Versicherung hingegen als *Entgelt* iSd §§ 78, 98 AktG und bejaht das Erfordernis der Zustimmung durch AR und HV

bzw einer Satzungsregelung. Der OGH entschied in 9 ObA 68/99m⁵⁶ über den Abschluss einer Manager-Rechtsschutzversicherung durch ein Vorstandsmitglied auf Kosten einer AG und sprach aus, dass mangels Zustimmung des Aufsichtsrates ein Entlassungsgrund (Vertrauensunwürdigkeit, § 27 Z 1 AngG) vorliege. Ein Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB scheide für Verteidigungskosten aus; zudem gebühre kein Ersatz, wenn das Schadensrisiko zum gewöhnlichen Berufsrisiko gehört und durch das „gezahlte Entgelt abgedeckt und überwältzt erscheint“. Die Übertragbarkeit der Entscheidung auf die D&O-Versicherung ist freilich schon deshalb zweifelhaft,⁵⁷ weil in concreto eine private Rechtsschutzversicherung abgeschlossen wurde, die bezweckt, dass der Vorstand letztlich nicht selbst die Kosten seiner rechtlichen Interessenwahrnehmung zu tragen hat. Die D&O-Versicherung liegt indes zumindest mittelbar – wenn auch nicht *überwiegend*⁵⁸ – aus den bereits genannten Gründen im Interesse der Gesellschaft selbst.⁵⁹

Auftrieb erhält die überwiegende Ansicht in Österreich durch die Entscheidung OGH 6 Ob 35/18t.⁶⁰ Die Tragung von D&O-Versicherungsprämien durch eine Privatstiftung für Stiftungsvorstände und Organe der „Tochtergesellschaften“ ist Vergütungsbestandteil iSd § 19 PSG und nicht Insichgeschäft iW nach § 17 Abs 5 PSG. Bei Privatstiftungen bejaht der OGH demnach die direkte Anwendung der Vergütungskompetenz. Für die AG besonders bedeutsam ist die Klarstellung, dass der sechste Senat – losgelöst vom Anlassfall – ausdrücklich von einer Kontrollbedürftigkeit des Vorstandes ausgeht, unabhängig davon, ob die Prämien als Teil des Entgelts qualifiziert werden.⁶¹

Der OGH folgt somit jenen Autoren, die zutreffend eine *Zuständigkeit von AR und/oder HV unabhängig vom Entgeltcharakter* der Prämientragung befürworten.⁶² Das ergibt sich bereits aus der Teleologie der §§ 78, 98 AktG, die analog anzuwenden sind, wenn Interessenkonflikte zwischen Vorstand und AR drohen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Vorstand Versicherungen abschließt, die auch den Aufsichtsrat einbeziehen. Versichert er sich nur selbst, so besteht ohnehin die Gefahr einer „Selbstbedienung“ und die §§ 78, 97 AktG sind aus diesem Grund analog anzuwenden.⁶³ Selbst wenn man die Übertragbarkeit der stiftungsrechtlich geprägten Entscheidung auf Kapitalgesellschaften bezweifelt, ist demnach jedenfalls von einer Genehmigungsbedürftigkeit auszugehen.

50 Bei persönlicher D&O-Versicherung eines Organs (Eigenversicherung) stellt sich die nachfolgende Problemlage freilich nicht.

51 Allgemein zur Trennung von Innen- und Außenverhältnis und Formalvollmacht siehe *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 120 ff und 127 f.

52 So zB *Hopt* in *Hirte/Mülbart/Roth* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2015) IV/1 § 87 Rz 155; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 93 Rz 58a und § 113 Rz 2a; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 93 Rz 232 ff; *Haehling von Langenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 40; *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung Einf Rz 371; *Baumann* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Einf Rz 33 ff; *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 5; *Lange*, D&O § 3 Rz 4 ff; *Ihlas*, D&O² 592 ff; *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, MünchKomm zum VVG² (2017) III D&O Rz 46 ff, jeweils mwN. **AA** *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 22 ff mwN; *Ulmer*, FS Canaris II 451 (471); *Armbrüster*, Interessenkonflikte in der D&O-Versicherung, NJW 2016, 897 (900).

53 *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 93 Rz 58a.

54 BGH 16. 3. 2009, II ZR 280/07 Rz 23 NJW 2009, 2454.

55 *Wenger/Adrian*, RWZ 2015/83, 358 (360 f) mwN; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge 217; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 363 f; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/15 ff; *Schima* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 17/137 f; *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006/127, 133 (136 f); **AA** *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/579 (überwiegendes Interesse der Gesellschaft); *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 (170 ff); *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 104 Rz 19 (Attribut der sachlichen Ausstattung des Arbeitsplatzes und daher Fürsorgeaufwand der Gesellschaft, bei börsennotierten Gesellschaften und Entity-Coverage); *Wilhelmer/Wagner/Wolffbauer*, Kein Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie, ZFR 2016/131, 315.

56 Mit Anm *Wenger*, RWZ 1999, 360.

57 Ebenso *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 (174), und *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 104 Rz 19 FN 48.

58 *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 (172 f); *Schima* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 17/137 f; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/16 und 18; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 35 (52 ff).

59 So bereits *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 (174). Synergieeffekte in Konzernpolizzen machen die Gesellschaft außerdem zum Cheapest Cost Avoider, vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Organhaftung 35 (54 f).

60 Abgedruckt in diesem Heft.

61 Vgl OGH 6 Ob 35/18t Punkt 4.1. der Begründung, abgedruckt in diesem Heft der ZFR 2018, 419, mit Anm *Hafner*, ZFR 2018, 411.

62 ZB *Nowotny* in FS Fenyves 661 (668 f) unter Berufung auf die Wertungen des § 95 Abs 5 AktG, siehe insb auch die nächste Fußnote.

63 Ausf *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Organhaftung 35 (52 ff mwN).



2. Versicherungsrechtliche Einordnung

2.1. Haftpflichtversicherung

Die D&O-Versicherung ist eine *Haftpflichtversicherung*:⁶⁴ Den versicherten Personen steht ein Deckungsanspruch gegenüber dem Versicherer zu, wenn und soweit sie wegen eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werden, der aus einer Pflichtverletzung bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit resultiert (Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung). Das Risiko der versicherten Personen, im Schadensfall Vermögenseinbußen zu erleiden, wird auf den Versicherer überwält (Haftpflichtversicherung als Passivenversicherung).

Besonderheiten gegenüber einer herkömmlichen Haftpflichtversicherung ergeben sich vor allem aus der janusköpfigen Rechtsstellung der Gesellschaft bei Innenhaftungsansprüchen. Im Haftpflichtverhältnis ist sie *geschädigte Dritte* iSd §§ 149 ff VersVG, bezogen auf das versicherungsrechtliche (Deckungs-)Verhältnis ist sie *Versicherungsnehmerin* gem §§ 74 ff VersVG. Je nach Betrachtungsweise ist auf die eine oder die andere Rechtsposition abzustellen. Die Deckung von Innenhaftungsfällen in der D&O-Versicherung ist für diese Versicherung charakteristisch, gerade für solche Fälle ist sie hauptsächlich gedacht. Zugleich begründet dieser Umstand einen signifikanten Unterschied zu anderen Typen der Haftpflichtversicherung (für fremde Rechnung), die den Versicherungsschutz für Schäden, die dem Versicherungsnehmer selbst zugefügt werden, wegen der Gefahr missbräuchlichen Zusammenwirkens idR ausschließen (vgl nur die Risikoausschlüsse in Art 7.6.1 AHVB 2005 und Art 4.1.9.1 AVBV 2005; vgl auch § 4 Abs 1 Z 1 KHVG).

Dass die Versicherung auch im *Interesse der Gesellschaft* liegt, ist nach hA eine bloße wirtschaftliche Reflexwirkung des eigentlichen Zwecks der D&O-Versicherung, nämlich das versicherte Organ vor Haftungsrisiken durch Vermögensschäden im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit zu schützen (Haftpflichtversicherung, *keine Eigenversicherung der Gesellschaft*).⁶⁵ Anderes gilt freilich, wenn die Gesellschaft selbst Versicherungsschutz genießt (siehe Punkt 2.3.).

2.2. Versicherung für fremde Rechnung

2.2.1. Allgemeines

Die *Gesellschaft* ist *Versicherungsnehmerin* des Versicherungsvertrages. Als Vertragspartei kommen ihr sämtliche Gestaltungsrechte aus dem Vertragsverhältnis zu (zB Kündigung, Rücktritt, Anfechtung), sie kann Vertragsänderungen mit dem Versicherer vereinbaren, ist Erklärungsempfängerin und Schuldnerin der Prämien.⁶⁶

Rechte, die „mit dem Vertrag als solchem“ einhergehen,⁶⁷ stehen also der Gesellschaft und nicht den versicherten Organen zu. Dieser Grundsatz gilt auch in der D&O-Versicherung unverändert.

Aus der Polizze *versichert* sind hingegen die *Organe* der Gesellschaft (nicht die Gesellschaft – dazu aber noch Punkt 2.3.). Ihnen kommen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag zu. Bei mehrgliedrigen Leitungsorganen ergibt sich eine *Gruppenversicherung*, wobei die Versicherung idR abstrakt an die Position des Organmitglieds, nicht an den konkreten Organwalter anknüpft. Dass Versicherte nicht benannt werden müssen, ergibt sich schon aus § 74 Abs 1 VersVG.⁶⁸ Gebräuchlich sind „*Firmenpolizzen*“, die sowohl Leitungs-, Verwaltungs- und Aufsichtsorgane eines Unternehmens gleichermaßen erfassen. Bei sog. „*Konzernpolizzen*“ sind auch die Organe von Tochtergesellschaften vom Versicherungsschutz mitumfasst. Welche Organe versichert sind, lässt sich nur anhand der konkreten vertraglichen Vereinbarung beantworten; diese enthalten auch regelmäßige Begriffsdefinitionen und Konkretisierungen (vgl Art 1.1 Abs 2 AVB-AVG zum Begriff „Tochtergesellschaft“); allgemein fassen die AVB-AVG den Personenkreis enger als die gängigen Vertragswerke („gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrats, des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung“). Häufig sind auch leitende Angestellte,⁶⁹ Beiräte, Prokuristen und zT stellvertretende Organe⁷⁰ erfasst. Außerdem erstreckt sich der Versicherungsschutz neben gegenwärtigen und zukünftigen auch auf ehemalige Organwalter – das ist Ausfluss des Claims-made-Prinzips (siehe dazu Punkt 4.2.).⁷¹ Vom Versicherungsschutz explizit ausgenommen sind Angehörige der steuer-, rechts- und wirtschaftsberatenden bzw wirtschaftsprüfenden Berufe, soweit sie beratende, prüfende oder forensische Funktionen ausüben (Art 1.1 Abs 6 AVB-AVG; vgl auch Art 5.7 AVB-AVG, dazu Punkt 3.2.). Vermögensschäden sind dann von der jeweiligen Berufshaftpflichtversicherung erfasst; anders freilich bei leitender Tätigkeit in einem Unternehmen.⁷² Ganz allgemein schließen AVB zur allgemeinen Vermögensschadenhaftpflichtversicherung die Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Mitglied eines Vorstands-, Verwaltungs- oder Aufsichtskollegiums und als Leiter, Syndikus oder Angestellter privater Unternehmungen, Vereine oder Verbände vom Versicherungsschutz aus (vgl Art 4.1.5 AVBV), woraus sich für die Organe erst die Notwendigkeit einer D&O-Versicherung ergibt, deren Deckungssummen den Risiken entsprechend höher sind, was auch bei allfälliger Mitversicherung in die Vermögensschaden-HPV zu bedenken ist.⁷³

Neuerdings werden (in Deutschland) vermehrt alternative D&O-Konzepte diskutiert, die die Deckung für Aufsichtsräte und

⁶⁴ Siehe nur *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/1.

⁶⁵ *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/1 aE; *Lange*, D&O § 3 Rz 25; *Koch*, Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung (I), GmbHR 2004, 18 (22 f); *Baumann* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Einf Rz 13 f mwN; ausf *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 2 Rz 17 ff mwN.

⁶⁶ Vgl nur *Hübsch* in BK VVG § 75 Rz 3 mwN.

⁶⁷ So *Ertl* in *Fenyves/Schauer* (Hrsg), Kommentar zum VersVG (Loseblatt, 3. Lfg; 2016) § 75 Rz 5; *Hübsch* in BK VVG § 75 Rz 3.

⁶⁸ Vgl nur *Ertl* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 74 Rz 2.

⁶⁹ Zu Problemen mit diesem Begriff vgl *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/32 mwN; *Baumann* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 19 mwN.

⁷⁰ Vgl zB die Definition der versicherten Personen in Art 7.24 lit c Allianz Protect D&O.

⁷¹ Vgl *Gruber*, GesRZ 2012, 93 (94).

⁷² *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 20.

⁷³ So *Ihlas*, D&O² 361.



Vorstände voneinander entkoppeln. Damit soll unzureichenden Deckungssummen und Interessenkonflikten vorgebeugt werden.⁷⁴ Die Verbreitung von D&O-Polizzen als Eigenversicherung („persönliche D&O“) ist (immer noch) gering; das wird primär auf die damit verbundenen hohen Kosten zurückgeführt.⁷⁵

Während die Gesellschaft „Herr des Versicherungsvertrages“ ist, stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag den Organmitgliedern zu, sie sind materiell berechtigt (§ 75 Abs 1 VersVG).⁷⁶ Sie haben aus dem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag einen Deckungsanspruch gegen den Versicherer, gerichtet auf Freistellung von begründeten und Abwehrschutz gegen unbegründete Ansprüche. Abweichend vom gesetzlichen Leitbild der Versicherung für fremde Rechnung (§§ 75 Abs 2, 76 Abs 1 VersVG) ist die Verfügungsbefugnis über diesen Anspruch der Gesellschaft regelmäßig und zulässigerweise durch die Bedingungen entzogen (vgl Art 10.1 AVB-AVG; Art 6.9 Allianz Protect D&O). Verfügungsberechtigt sind allein die versicherten Organmitglieder;⁷⁷ ihnen obliegt die gerichtliche Geltendmachung.⁷⁸ Materielle Berechtigung und formelle Verfügungsbefugnis über den Deckungsanspruch sind sodann bei den versicherten Personen vereint. Hintergrund dieser Klausel ist die umstrittene Frage, ob bei Fehlen einer derartigen Vereinbarung die Gesellschaft bei Innenhaftungsfällen einen Anspruch auf Zahlung gegen den Versicherer geltend machen kann.⁷⁹ Die überwiegende Ansicht und die (deutsche) Rsp verneinen einen derartigen „Direktanspruch“, der sich zwar nicht unmittelbar aus der Position der Gesellschaft als geschädigte Dritte (keine Direktklage in der Haftpflichtversicherung), allerdings kombiniert mit ihrer Stellung als Versicherungsnehmerin und Inhaberin der Polizze ergeben könnte. Hauptsächlich wird dies verneint, wofür mit einem Verstoß gegen das Trennungsprinzip und das Erfüllungswahlrecht des Versicherers (Freistellung vs Abwehrschutz) argumentiert wird.⁸⁰ Zudem verwirklicht die Gesellschaft bei Abtretung (des haftpflichtversicherungsrechtlichen Anspruchs)

an sich selbst wohl eine Art Insichgeschäft.⁸¹ Eine ausführliche Darstellung kann vor dem Hintergrund der durch die Bedingungen ohnehin vereinheitlichten Rechtslage unterbleiben.⁸² Ausgenommen von der Verfügungsbefugnis der versicherten Personen sind jedenfalls Ansprüche aus dem sog „Company Reimbursement“ (vgl Art 10.1 iVm Art 1.2 AVB-AVG), siehe dazu Punkt 2.3.1.

Fraglich ist, ob die versicherte Person nach Ausscheiden aus der Gesellschaft einen Anspruch auf Aushändigung der Polizze/Auskunft hat. Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil die Rechtsdurchsetzung ansonsten unverhältnismäßig erschwert würde; teilweise haben die Organe keine Kenntnis von Bestand oder Inhalt der Versicherung. Den Versicherungsnehmer trifft daher in der Versicherung für fremde Rechnung zum Zweck der Sicherung der Ansprüche des Versicherten eine *Auskunftspflicht über das Bestehen und den Inhalt der Versicherung* sowie über die Höhe einer allfälligen Leistung.⁸³

2.2.2. Abtretung des Freistellungsanspruchs

Das soeben erörterte Problem der Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen durch die Gesellschaft auf Basis des Gesetzes ist von der Frage zu trennen, ob die verfügungsbefugten versicherten Personen ihren Freistellungsanspruch an die geschädigte Gesellschaft abtreten dürfen, um ein direktes Vorgehen auf Zahlung gegen den Versicherer zu ermöglichen.

Zunächst zur *Rechtslage in Deutschland*: Seit der WG-Reform 2008 sind Abtretungsverbote zulasten geschädigter Dritter in Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB/AHV) unzulässig (vgl § 108 Abs 2 WG).⁸⁴ Jüngst hat der BGH in zwei Entscheidungen klargestellt, dass auch die Gesellschaft bei Innenhaftungsansprüchen in der D&O-Versicherung geschädigter Dritter iSd § 108 Abs 2 WG ist, was zuvor umstritten war.⁸⁵ Eine Abtretung an die Gesellschaft oder eine vom Versicherungsschutz umfasste Tochtergesellschaft kann nur in engen Grenzen – individualvertraglich – ausgeschlossen werden.⁸⁶ Nach erfolgter Abtretung wandelt sich der Freistellungsanspruch bei der geschädigten Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) in einen Zahlungsanspruch,⁸⁷ was zu einem „Quasi-Direktanspruch“ gegen den Versicherer führt. Dies wird im Schrifttum vor dem Hintergrund der Gefahr kollusiven Zusammenwirkens und freundlicher Inanspruchnahme zwischen versicherten

⁷⁴ Armbrüster, NJW 2016, 897 (898 ff); jüngst Reichert/Suchy, Die Two-Tier Trigger Policy – Marketinginstrument oder zukunftsweisendes D&O-Versicherungskonzept? NZG 2017, 88 (88 ff), jeweils mwN.

⁷⁵ Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/3; ausf Lange, D&O § 3 Rz 52 ff.

⁷⁶ Die Versicherung für fremde Rechnung ist eine Ausprägung des Vertrages zugunsten Dritter, vgl statt aller Ertl in Fenyves/Schauer, VersVG § 74 Rz 3.

⁷⁷ Die in den AVB verwendeten Formulierungen divergieren. Teilweise wird – dem gesetzlichen Wortlaut der §§ 75, 76 VersVG (ebenso §§ 44, 45 VVG) entsprechend – nur von der (den Organmitgliedern ausschließlich zustehenden) Verfügungsbefugnis über die Rechte aus dem Versicherungsvertrag gesprochen (so Art 10.1 AVB-AVG). Vor allem ältere Bedingungswerke sehen vor, dass der Anspruch auf Versicherungsschutz nur durch den betroffenen Versicherten geltend zu machen ist und dafür die Vorlage des Versicherungsscheines nicht notwendig ist (zB Art 6.9. Allianz Protect D&O). In beiden Fällen soll aber trotz unterschiedlichen Wortlauts wohl nur die formelle Verfügungsbefugnis der Gesellschaft entzogen werden, vgl dazu Baumann in Bruck/Möller, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 10 Rz 7 mwN.

⁷⁸ Siehe auch Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/20.

⁷⁹ Ausf Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/20 ff.

⁸⁰ Ausf zB Koch, GmbHR 2004, 18 (23 f); Baumann in Bruck/Möller, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 10 Rz 8 ff mwN; krit Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/24; Haehling von Lanzener/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 49.

⁸¹ So Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/22 mwN.

⁸² Für eine vertiefte Darstellung vgl die Nachweise in FN 80.

⁸³ Siehe zB Ertl in Fenyves/Schauer, VersVG § 77 Rz 4; zur D&O-Versicherung Böttcher/Kuntze, Der D&O-Schaden aus der Sicht des Versicherers (Teil I), PHI 2016, 130 (138).

⁸⁴ Allgemein Schulze Schwienhorst in Looschelders/Pohlmann, VVG³ § 108 Rz 1 ff.

⁸⁵ BGH 13. 4. 2016, IV ZR 304/13 VersR 2016, 786 = NJW 2016, 2184, und die Parallel-Entscheidung BGH 13. 4. 2016, IV ZR 51/14 NJW 2016, 2155 (Armbrüster); VersR 2016, 765 (Koch); r+s 2016, 412 (Kuballa); ausf Lehmann, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur D&O-Versicherung und Folgerungen für die Praxis, r+s 2018, 6 (6 ff); zur österreichischen Rechtslage Gruber, Innenhaftung in der D&O-Versicherung: Voraussetzungen der Inanspruchnahme, GesRZ 2016, 268.

⁸⁶ Vgl Schulze Schwienhorst in Looschelders/Pohlmann, VVG³ § 108 Rz 5; Armbrüster, NJW 2016, 2155 (2156) mwN.

⁸⁷ Strittig, so aber ausdrücklich der BGH in Punkt 22. der Entscheidung mwN (FN 85).



cherten Personen und der Gesellschaft zum Nachteil des Versicherers kritisch gesehen. Der BGH hält dem entgegen, dass diese Gefahr auch in anderen Haftpflichtparten gegeben sei und bei der Versicherung für fremde Rechnung auch ein Vertragspartner geschädigter Dritter sein könne.⁸⁸

Auf den ersten Blick abweichend gestaltet sich die *Rechtslage in Österreich*. Das VersVG enthält keine § 108 Abs 2 VVG entsprechende Regelung. Nach der Rsp des OGH sind Abtretungsverbote in AVB zulässig⁸⁹ (vgl nur das Verpfändungs- und Abtretungsverbot in Art 9 AHVB).⁹⁰ Soweit ersichtlich, lassen D&O-Bedingungswerke aber, wohl in Anlehnung an deutsche Produkte, oftmals die Abtretung an Geschädigte zu und schließen sie nur für sonstige Dritte aus, wenn der Versicherer dem nicht (ausdrücklich oder schriftlich) zustimmt.⁹¹ Wie bereits erörtert, ist vor allem die Gesellschaft geschädigt. Da im Ergebnis somit auch in Österreich die Abtretung an die Gesellschaft vielfach zulässig ist, besteht eine mit der oben dargestellten dt Rechtslage vergleichbare Situation⁹² – ein (nach Abtretung) Quasi-Direktanspruch der geschädigten Gesellschaft gegen den Versicherer. Besonders strittig sind Fälle, in denen zum Zeitpunkt der Abtretung (sofern diese nicht vertraglich ausgeschlossen wurde) die Haftpflichtfrage noch nicht geklärt ist – nach hA ist Letztere dann als Vorfrage im Quasi-Direktprozess zu klären.⁹³

2.2.3. Obliegenheiten

Als Versicherungsnehmerin hat die Gesellschaft eine Reihe von vertraglichen und gesetzlichen Obliegenheiten zu beachten.⁹⁴ Bei Nichteinhaltung droht – nach allgemeinen versicherungsvertragsrechtlichen Grundsätzen – Leistungsfreiheit und Kündigung des Versicherers. Insofern ergeben sich keine strukturellen Probleme. Der Adressatenkreis der Verhaltensanordnungen wird in der Versicherung für fremde Rechnung allerdings auf die versicherten Personen erweitert: § 78 VersVG (§ 47 dVVG) normiert, dass hinsichtlich rechtlich bedeutsamer *Kenntnisse und Verhaltensweisen* die versicherten Personen dem Versicherungsnehmer gleichstehen.⁹⁵ Entsprechende Regelungen im Versicherungsvertrag haben nur klarstellende Wirkung (vgl zB Art 8.3 AVB-AVG). Der Versicherer ist (bei der D&O-Versicherung als reiner Fremdversicherung)⁹⁶ bei Obliegenheitsverletzungen versicherter Personen also leistungsfrei, wenn auch bei der Eigenver-

sicherung Leistungsfreiheit eintreten würde. Voraussetzung ist aber, dass die Obliegenheit der Sache nach nicht nur vom Versicherungsnehmer eingehalten oder erfüllt werden konnte.⁹⁷ Obliegenheitsverletzungen des Versicherungsnehmers kann der Versicherer dem Versicherten dann entgegenhalten, wenn sie sich auf dessen Interesse beziehen.⁹⁸

Nach § 79 Abs 1 VersVG schadet dem Versicherten „Kenntnis“ hingegen dann nicht,⁹⁹ wenn er nicht vom Versicherungsvertrag wusste (vgl auch die Gegenausnahme in Abs 2 leg cit). Dieser Bestimmung wird in der D&O-Versicherung nur *geringe Bedeutung* beigemessen.¹⁰⁰ Trotz Konzernpolizzen können die versicherten Personen einfach über den Versicherungsschutz informiert werden (mündliche Information, Rundschreiben etc). Vorstandsmitglieder werden ohnehin oftmals von der Versicherung wissen (zB durch Beteiligung am Vertragsschluss oder wegen Verschaffungsklauseln im eigenen Vorstandsvertrag).¹⁰¹

Da meist mehrere Personen mitversichert sind, drängt sich die Frage auf, ob die Verletzung von Verhaltensanordnungen durch eine versicherte Person zum Nachteil der anderen reicht. Solche Probleme werden überwiegend im Rahmen der *vorvertraglichen Anzeigepflicht* gem §§ 16 ff VersVG (Verschweigen bekannter und gefahrerheblicher Umstände) diskutiert.¹⁰² Die aufgeworfene Frage ist nur auf den ersten Blick mit dem Argument zu verneinen, dass die Wirkung von § 78 VersVG (§ 47 Abs 1 dVVG) auf das Verhältnis zwischen versicherten Personen und der Gesellschaft beschränkt ist; die Norm lässt also eine Obliegenheitsverletzung eines Organs nicht unmittelbar auf weitere Versicherte durchschlagen (Verhältnis der versicherten Personen zueinander).¹⁰³ Freilich sind diese mittelbar betroffen: Dem Versicherer eröffnet sich bei Konzernpolizzen im Falle arglistiger Täuschung durch nur eine versicherte Person die Möglichkeit, den gesamten Vertrag durch Anfechtung zu lösen.¹⁰⁴ Dieser „Gesamtwirkung“ der Anfechtung des Versicherungsvertrags auch zulasten der gutgläubigen Versicherten versuchen verschiedene ver-

⁸⁸ Krit *Armbrüster*, NJW 2016, 2155 (2156), der auch einen Ausblick auf die Folgen in der Vertragsgestaltung gibt.

⁸⁹ OGH 7 Ob 85/07m; siehe auch RIS-Justiz RS0032693 und RS0011319.

⁹⁰ Dazu *Reisinger* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 149 Rz 40 f.

⁹¹ So auch *Gruber*, GesRZ 2016, 268 (268).

⁹² *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/26.

⁹³ OGH 7 Ob 192/13 f ZFR 2014/111, Punkt 4.2. der Entscheidung; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/26 mit umfangreichen Nachweisen zur dt Literatur zu diesem strittigen Themenkreis; ausf insb *Koch* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ IV § 108 Rz 48 ff mwN.

⁹⁴ Ausf zu einzelnen Obliegenheiten zB *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 9; *Lange*, D&O § 12 und § 13.

⁹⁵ Vgl statt vieler *Schauer*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 266.

⁹⁶ *Koch* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ § 47 Rz 12; *Brand* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ II § 47 Rz 25 mwN.

⁹⁷ *Ertl* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 78 Rz 4; *Hübsch* in BK VVG § 79 Rz 1 mwN; *Kraus*, Die Versicherung für fremde Rechnung (2017) 97.

⁹⁸ *Ertl* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 78 Rz 6; *Kraus*, Versicherung für fremde Rechnung 97 f; *Brand* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ II § 47 Rz 29.

⁹⁹ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 267.

¹⁰⁰ Vgl nur *Koch*, Das Dreiecksverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versicherten Personen in Innenhaftungsfällen der D&O-Versicherung, ZVersWiss 2012, 151 (160).

¹⁰¹ *Dreher/Thomas*, Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 2009, 31 (64), und diesen folgend *Brand* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ II § 47 Rz 17 mwN.

¹⁰² Ausf zum gesamten Problembereich *Gädtker* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 7/8.

¹⁰³ *Ertl* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 78 Rz 7, unter Berufung auf das in Österreich herrschende Selbstverschuldensprinzip. In Deutschland ist die Problematik umstritten, zum Meinungsstand *Klimke* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ § 47 Rz 15 ff; wie hier zB *Koch*, ZVersWiss 2012, 151 (160); *ders* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG³ § 47 Rz 13; *Hübsch* in BK VVG § 79 Rz 4; *Brand* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ II § 47 Rz 26 mwN.

¹⁰⁴ *Brand* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ II § 47 Rz 27; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 9 Rz 123; *Gädtker*, Schutz gutgläubiger Organmitglieder bei Anfechtung des Versicherers – nach der Entscheidung des BGH „Heros II“? r+s 2013, 313 (314).



tragliche Gestaltungen vorzubeugen.¹⁰⁵ ZB verzichten Versicherer häufig auf den Rücktritt wegen Anzeigepflichtverletzung und auf die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung (bei Letzterer Zurechnung nach § 78 f VersVG analog¹⁰⁶).¹⁰⁷ Vom Versicherungsschutz ausgenommen werden in diesen Fällen aber jene versicherten Personen, denen ohne die Klausel Rücktritt oder Leistungsfreiheit entgegengehalten werden könnte, weil sie selbst eine Anzeigepflicht verletzt haben, den Versicherer arglistig täuschten oder von der arglistigen Täuschung durch eine andere Person Kenntnis hatten (vgl zB Art 6.8 iVm Art 4.2 Allianz Protect D&O).¹⁰⁸ Eine derartige Gestaltung stellt nur eine von vielen Varianten dar, die eine Trennung von „gutgläubigen“ und „bösgläubigen“ Versicherten zum Ziel hat, und wird als sog „qualifizierte-“ oder „Full-Severability-Klausel“ bezeichnet.¹⁰⁹ Eine andere Konstruktion liegt sog bloßen „Severability-Klauseln“ zugrunde, wonach eine Zurechnung von Verhalten und Kenntnis zwischen den versicherten Personen nicht stattfindet (vgl zB Art 6.6 Abs 1 Allianz Protect D&O).¹¹⁰ Diese Klauseln betreffen allerdings nur das Verhältnis der Versicherten untereinander und helfen den gutgläubigen Versicherten bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht (wo es zunächst um eine Zurechnung an den Versicherungsnehmer geht!) daher nicht.¹¹¹ Auch sog „Repräsentantenklauseln“ kommen vor, die nur das Wissen eines ganz bestimmten Personenkreises (zB bei der AG: Vorstandsvorsitzender, Aufsichtsratsvorsitzender, Finanzvorstand, Leiter der Rechts- oder Versicherungsabteilung)¹¹² als für die Wissenszurechnung im Verhältnis zum Versicherer einschlägig erklären (vgl zB Art 6.6 Abs 2 und 3 Allianz Protect D&O).¹¹³ Die dispositive Zurechnungsnorm des § 78 VersVG (§ 47 dVVG) wird dadurch vertraglich eingeschränkt.¹¹⁴ Vielfach werden die angeführten Klausel-Konstruktionen im Vertrag kumuliert.

105 Zu Gesamtwirkung und Teilrücktritt nach § 31 VersVG (= § 29 dVVG) zB Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 114 ff.

106 Heiss/Lorenz in Fenyves/Schauer, VersVG § 22 Rz 7; zum Meinungsstreit über die Anwendbarkeit der § 870 und 875 ABGB aufgrund der Formulierung des § 78 VersVG vgl Kraus, Versicherung für fremde Rechnung 93 f mwN. Zur Frage, ob auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verzichtet werden kann, Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 137.

107 Zur Wirksamkeit eines solchen Verzichts unter Würdigung der Rsp des BGH („Heros II“) Gädtke, r+s 2013, 313 (313 ff).

108 Ausf zu dieser Klauselgestaltung Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 133 ff (dort als „Modell 2“ bezeichnet).

109 Vgl Gädtke, r+s 2013, 313 (314 ff); Lange, D&O § 13 Rz 88 ff.

110 Ausf zu den Möglichkeiten, solche Klauseln auszugestalten, und den damit verbundenen Rechtsfolgen Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 124 ff mwN; siehe auch Brand in Bruck/Möller, VVG³ II § 47 Rz 27; Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31 (69).

111 Brand in Bruck/Möller, VVG³ II § 47 Rz 27; Haehling von Lanzeneuer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 63 mwN; Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31 (69 f).

112 Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 129.

113 Gädtke, r+s 2013, 313 (318 ff); Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 129 ff; Lange, D&O § 13 Rz 44, jeweils mit eingehender Würdigung.

114 Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 9 Rz 132; Lange, D&O § 13 Rz 44. Im Detail ist auch hier vieles strittig, vgl nur Gädtke in Bruck/Möller, VVG³ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 7/8 Rz 22 ff.

2.3. Eigenversicherung der Gesellschaft

2.3.1. *Company Reimbursement*

Bisher orientierte sich die Darstellung an der sog Side-A-Deckung (auch als „Direct Cover“ bezeichnet): Materiell Begünstigte aus dem Versicherungsvertrag sind ausschließlich die Organe, die Gesellschaft hat keine eigenen materiellen Ansprüche, sie ist nicht versichert. Anders das sog „Company Reimbursement“ (sog Side-B-Deckung oder Firmen-Enthafungs-Versicherung). Durch diesen Deckungsbaustein genießt die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin auch *materiell Versicherungsschutz* (Eigenversicherung). Ist die Versicherungsnehmerin (oder eine Tochtergesellschaft: Fremdversicherung)¹¹⁵ verpflichtet, Organe freizustellen, so geht der Anspruch auf Versicherungsschutz im Umfang der Freistellung¹¹⁶ von den versicherten Personen auf die Versicherungsnehmerin (oder auf die Tochtergesellschaft) über. Versichert ist dann der eigene Nachteil der Versicherungsnehmerin. Voraussetzung ist, dass die Freistellungsverpflichtung nach Art und Umfang rechtlich zulässig ist (Art 1.2 AVB-AVG). Im Verhältnis zum Versicherer ergeben sich insofern keine Abweichungen zu den allgemeinen versicherungsvertragsrechtlichen Regelungen.¹¹⁷ Für Freistellungsvereinbarungen mit Vorständen einer AG sind die Schranken des § 84 Abs 4 S 3 AktG zu beachten.¹¹⁸ Zudem ist eine Freistellung nur zulässig, wenn im Innenverhältnis zur Gesellschaft keine Pflichtverletzung vorliegt.¹¹⁹

2.3.2. *Entity Coverage*

Deckt die D&O-Versicherung auch die Ansprüche gegen die solidarisch mit dem Organ nach außen haftende Gesellschaft, spricht man von „Entity Coverage“. Dieser Form der Eigenversicherung der Gesellschaft kommt (aufgrund der insofern verschiedenen haftungsrechtlichen Rechtslage) außerhalb des Common-Law-Rechtskreises nur *geringer Stellenwert* zu.¹²⁰ Soweit auch Tochtergesellschaften versichert sind, liegt wie beim Deckungsbaustein der Side-B eine kombinierte Eigen- und Fremdversicherung vor.¹²¹ Im angloamerikanischen Recht ist die Bedeutung insb bei Klagen aus Prospekthaftung und bei der Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften („Employment Practice Liability“, kurz: EPL) hoch. Für derartige Fälle bieten Versicherer idR bereits spezielle Produkte an¹²² (Prospekthaftungsversicherungen,¹²³ EPL-Versi-

115 Vgl statt aller Lange, D&O § 3 Rz 50.

116 Zum Umfang des Anspruchsübergangs Koch, GmbH 2004, 18 (26).

117 Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/23 und allgemein zum Company Reimbursement Cover 47/48.

118 Vgl zB Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge 185 f mwN.

119 Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 4 Rz 15; Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253 (262) mwN; Baumann in Bruck/Möller, VVG³ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 56 mwN.

120 Vgl Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/49 f; Dreher, Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 2001, 293 (298 ff); Lange, D&O § 3 Rz 20 und 34, § 14 Rz 137 ff; Ihlas, D&O² 328 f.

121 Lange, D&O § 3 Rz 20.

122 So Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/50.

123 Ausf Ramharter, Die Prospekthaftungsversicherung, GesRZ 2010, 213 (213 ff).



cherungen). Die Erweiterung der Deckung auf die Gesellschaft durch Kostentragungsklauseln (sog Allokationsklauseln)¹²⁴ oder die Deckung von Ansprüchen wegen Verletzung von Wertpapierhandelsvorschriften (Wertpapierschadenersatz)¹²⁵ sind wohl in praxi die häufigsten Fälle der Entity Coverage.

3. Gegenstand der Deckung

3.1. Grundlagen

Nachdem im vorstehenden Abschnitt dargelegt wurde, dass die materielle Berechtigung bei den versicherten Personen liegt und diese überwiegend vertraglich die Möglichkeit eingeräumt bekommen, selbstständig über ihre Ansprüche zu verfügen, ist nunmehr der genaue Gegenstand der Deckung in der D&O-Versicherung zu erörtern. *In welchen Fällen und in welchem Umfang greift die Versicherung also inhaltlich* (zum geschützten Personenkreis siehe schon oben bei der Einordnung als Versicherung für fremde Rechnung)? Auszugehen ist vom bereits erörterten Charakter der D&O-Versicherung als *Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung*: Den versicherten Personen steht Deckung also zu, wenn und soweit sie wegen eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werden, der aus einer Pflichtverletzung bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit resultiert. Zwischen Innen- und Außenhaftung der versicherten Personen wird – zumindest in den aktuellen Musterbedingungen des GDV – nicht (mehr) differenziert, sodass alle Formen der Haftung umfasst sind. An der Prägung als Haftpflichtversicherung ändert auch die Reflexwirkung der D&O-Versicherung zugunsten der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin nichts.

3.2. Pflichtverletzung bei Ausübung der Organ-tätigkeit

„Pflichtverletzung ist jede tatsächlich oder vermeintlich fehlerhafte Handlung oder Unterlassung einer versicherten Person in ihrer Eigenschaft oder Funktion als solche“ (Art 7.13 Abs 1 Allianz Protect D&O). Das *Unterlassen* einer gebotenen Handlung gilt als Pflichtverletzung zu dem Tag, an dem der Vermögensschaden durch Vornahme der Handlung spätestens noch abgewendet werden hätte können (vgl Art 7.13 Abs 2 Allianz Protect D&O). Die AVB-AVG begnügen sich mit der Formulierung, dass die Pflichtverletzung durch die versicherten Personen in Ausübung ihrer Tätigkeit begangen worden sein muss. Art 5.7 AVB-AVG schließt Ansprüche aus nicht versicherten Tätigkeiten, zB in einem anderen Unternehmen oder im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit, vom Versicherungsschutz aus. Letztlich ergibt sich dies ohnehin bereits aus der engen Fassung von Art 1.1 AVB-AVG. In der Praxis werden Fremdmandate (sog „Outside Directorships“) häufig mitversichert, soweit diese auf Wunsch und im Interesse der Gesellschaft wahrgenommen

werden (vgl Art 7.7 Allianz Protect D&O).¹²⁶ Nicht versichert ist das Verhalten Versicherter als Privatperson.¹²⁷

Was ist nun der *Tätigkeits- und Aufgabenbereich* der versicherten Person? Bei Vorstandsmitgliedern spielen neben den gesetzlichen Vorschriften auch die Satzung und der Dienstvertrag eine wesentliche Rolle.¹²⁸ Dass die Formulierung von Art 1.1 AVB-AVG Tätigkeiten im operativen Bereich (zB Kreditgewährung) der Gesellschaft nicht dem Versicherungsschutz unterstelle, wird zu Recht als zu weitgehende und schwer abgrenzbare Einschränkung bezeichnet.¹²⁹ Einige Bedingungswerke stellen die Deckung durch einen ausdrücklichen Einschluss klar.¹³⁰ Zu beachten sind aber sog „Dienstleistungsausschlüsse“ (vgl zB Art 5.3 AVB-AVG), die operative Tätigkeiten vom Versicherungsschutz ausnehmen.¹³¹ Deckungslücken können dann durch eine E&O-Versicherung (Errors & Omissions – Vermögensschadenshaftpflichtversicherung zugunsten des Unternehmers und seiner Mitarbeiter) vermieden werden.¹³² Zum Pflichtwidrigkeitsausschluss siehe Punkt 3.6. und den Beitrag von *Ramharter* in diesem Heft.

3.3. Reine Vermögensschäden

Nach Art 1.1 Abs 7 AVB-AVG deckt die D&O-Versicherung nur die (potenzielle) Haftung für reine („bloße“) Vermögensschäden: *Körper- und Sachschäden* sowie Schäden, die sich aus diesen herleiten (sog unechte Vermögensschäden), sind hingegen *nicht gedeckt*.¹³³ Hintergrund ist, dass diese Schäden ganz überwiegend in der allgemeinen (Betriebs-)Haftpflichtversicherung (AHB) versichert sind,¹³⁴ sodass Doppelversicherungen von vornherein vermieden werden sollen. Kein reiner Vermögensschaden im Sinne der Bedingungen liegt vor, wenn das Unternehmen von einem Dritten wegen eines Sach- oder Personenschadens in Anspruch genommen wird und im Innenregress auf das Organ greift;¹³⁵ anders freilich bei reinem Vermögensschaden des Dritten. Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob ein Vermögensschaden durch einen Sach- oder Personenschaden „herge-

¹²⁴ ZB Art 6.7 Allianz Protect D&O. Allgemein zu Sinn und Zweck solcher Klauseln insb *Dreher*, ZHR 2001, 293 (300 f); siehe auch *Lange*, D&O § 14 Rz 138; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 6 Rz 9; *Ihlas*, D&O² 440 ff.

¹²⁵ *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 4 Rz 18 ff.

¹²⁶ *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 35; *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/46.

¹²⁷ *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 31.

¹²⁸ *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 80.

¹²⁹ *Voit in Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 18 mwN auch zur Gegenauffassung; *Lange*, D&O § 7 Rz 20.

¹³⁰ *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/45; *Lange*, D&O § 7 Rz 21 ff.

¹³¹ *Lange*, D&O § 7 Rz 27 ff und § 11 Rz 90 f; *Leszkovics*, Der Dienstleistungsausschluss in D&O Versicherungsverträgen, *ecolex* 2007, 604 (604 ff); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 7 Rz 10; *Gädtker in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 5 Rz 76 mwN.

¹³² *Lange*, D&O § 7 Rz 30; zu Abgrenzungsfragen *Ihlas*, D&O² 360 ff.

¹³³ Ausf zum spezifischen Verständnis dieser Schadensformen im Versicherungsvertragsrecht *Lücke in Prölss/Martin*, VVG³⁰ AHB Ziff 1 Rz 22 ff; *Koch in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AHB 2012 Ziff 1 Rz 7 ff, jeweils mwN.

¹³⁴ *Nowotny in FS Fenyves* 661 (662) mwN; *Voit in Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 21; ausf *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 4 Rz 23 ff; allgemein *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 393 f.

¹³⁵ Strittig; wie hier *Voit in Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 21; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 85; *Lange*, D&O § 8 Rz 36 mwN; aA *Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 70.



leitet“ wurde und somit von der D&O-Versicherung nicht umfasst ist, haben dazu geführt, dass oft Deckung für sog. „erweiterte Vermögensschäden“ gewährt wird. Ersatzfähig sind dann zB Vermögensschäden aus Pflichtverletzungen des Organmitglieds, die zwar nicht für den Sach- oder Personenschaden adäquat ursächlich waren, aber für einen daraus entstandenen reinen Vermögensschaden oder für Folgeschäden in Form von entgangenen Gewinnen (vgl Art 7.21 lit b und c Allianz Protect D&O).¹³⁶ Bei Überschneidungen zwischen der D&O-Versicherung und anderen Haftpflichtversicherungen sind Subsidiaritätsklauseln zu beachten (vgl Art 6 AVB-AVG).

3.4. Versicherte Ansprüche

Ältere Muster-AVB enthielten eine Einschränkung auf „gesetzliche Haftpflichtansprüche privatrechtlichen Inhalts“ (vgl Art 1.1 AVB-AVG 2011/2013),¹³⁷ neue Bedingungswerke gewähren allgemeiner Deckung für Ansprüche aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen (vgl nur Art 1.1 AVB-AVG 2016), was öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen einschließt. Erfasst sind Schadenersatzansprüche aus der Verletzung vertraglicher und deliktischer Pflichten und die gesellschaftsrechtliche Innenhaftung von Leitungsorganen (§ 84 AktG, § 25 GmbHG),¹³⁸ nicht jedoch Erfüllungsansprüche oder Vertragsstrafen, denen sich das Organ selbst unterworfen hat.¹³⁹ Manche Vertragswerke halten fest, dass vertragliche Haftpflichtansprüche soweit umfasst sind, als sie auch aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen (im selben Umfang) bestehen (vgl zB Art 7.3 Allianz Protect D&O).¹⁴⁰

Art 5.11 AVB-AVG versagt den Versicherungsschutz für Vertragsstrafen, Kautionen, Bußgelder und Entschädigungen mit Strafcharakter (*punitive* und *exemplary damages*). *Vertragsstrafen und Bußgelder* der versicherten Person sind allerdings bereits gem Art 1.1 AVB-AVG nicht versichert, weil sie nicht auf „gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen“ gründen,¹⁴¹ dh ihrer Natur nach keine Schadenersatzansprüche sind. Anderes gilt, wenn eine Vertragsstrafe oder ein Bußgeld über ein Unternehmen verhängt wird und dieses wegen einer Pflichtverletzung im Innenverhältnis gegen die versicherte Person Regress nimmt (Schadenersatzanspruch!) – der Ausschluss wirke dann konstitutiv.¹⁴² Im Detail ist hier vieles strittig, maßgeblich ist freilich das jeweilige Bedingungswerk.

136 Ausf zum Problem (mit Fallbeispielen) *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O § 4 Rz 23 ff; *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/43; *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 50 mwN.

137 Vgl noch zu den AVB-AVG 2011/2013 *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 36.

138 *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 84; *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 1 Rz 37 mwN.

139 *Lange*, D&O § 11 Rz 79 mwN.

140 Ebenso *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/47.

141 *Voit in Pröls/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 1.1 Rz 17; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 152.

142 *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 152; *Lange*, D&O § 11 Rz 80.

Eine intensive Diskussion wird darüber geführt, ob Unternehmen *Bußgelder aus Kartellrechtsverletzungen* (vgl § 29 KartG)¹⁴³ im Innenverhältnis bei Leitungsorganen regressieren können.¹⁴⁴ Die Frage, inwieweit die D&O-Versicherung Schutz vor einem derartigen Rückgriff bietet, liegt nahe und hat sich an den konkreten Versicherungsbedingungen zu orientieren. Der in den AVB-AVG enthaltene Ausschluss für Bußgelder (vgl Art 5.11 AVB-AVG) ist nur Anhaltspunkt und kann abbedungen oder durch sog. „Carve-backs“ in Bereichen eingeschränkt werden. Auch das Regressverbot gem § 11 VbVG¹⁴⁵ steht der Ersatzfähigkeit von Nachteilen außerhalb des VbVG nicht entgegen.¹⁴⁶ Mit *Thomas* ist zumindest abstrakt von einer Versicherbarkeit dieses Risikos auszugehen, wenn auch nur als Konsequenz einer Rechtsauffassung, die Kartellbußen als (zivilrechtlichen) Vermögensschaden im Innenverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft gem § 93 Abs 2 dAktG (§ 84 Abs 2 AktG) qualifiziert.¹⁴⁷ Dass dies, verbunden mit der Möglichkeit der Abtretung des Freistellungsanspruchs der versicherten Person an die Gesellschaft, die D&O-Versicherung einer unzulässigen mittelbaren Eigenschadendeckung des bebußten Unternehmens annähert, sei ebenfalls nur Folge der Einordnung als Vorstandshaftpflicht und wohl problematisch, aber konsequent.¹⁴⁸

Eine ähnliche Problematik stellt sich für Geldbußen, die nationale Aufsichtsbehörden bei *Verletzung der Datenschutz-Grundverordnung* (DSGVO)¹⁴⁹ durch Unternehmen verhängen. Das DSG hatte als Adressat der Sanktion die verantwortliche – natürliche – Person vor Augen, während das Unternehmen zur ungeteilten Hand für die Strafe haftete (§ 9 Abs 7 VStG). Da es sich also um eine Geldbuße des Versicherten handelte, war sie nicht versichert. Nach Art 83 der DSGVO ist hingegen das Unternehmen (die juristische Person) potenzieller Adressat der Sanktion.¹⁵⁰ Das führt dazu, dass früher nicht in der D&O-Dekung versicherbare Risiken (Geldbuße) nunmehr – als schadenersatzrechtlicher Innenregress – ebenfalls versicherbar sein könnten. Allerdings ist zu bezweifeln, ob diese Konstruktionsfrage für die inhaltliche Festlegung (Ist ein solcher Nachteil versicherbar und versichert?) entscheidend ist. Vorerst bleibt die Marktentwicklung abzuwar-

143 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005) BGBl I 2005/61 idF BGBl I 2017/56.

144 Insb zur österreichischen Rechtslage *Strasser*, Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, VersR 2017, 65 (65 ff); für Deutschland *Thomas*, Haftungs- und Versicherungsrecht bei Kartellverstößen, VersR 2017, 596; *ders*, Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409 (1409 ff).

145 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz) BGBl I 2005/151 idF BGBl I 2016/26.

146 *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 (260); *Strasser*, VersR 2017, 65 (66) mwN.

147 *Thomas*, VersR 2017, 596 (600 f) mwN. Dieser spricht sich grds gegen die Auffassung aus, Bußgelder als Eigenschaden des Unternehmens anzusehen und einen Regress gegen Leitungsorgane zuzulassen.

148 *Thomas*, NZG 2015, 1409 (1416 ff) mit gewichtigen Argumenten; *ders*, VersR 2017, 596 (601).

149 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

150 *N. Raschauer*, Optionen einer Verwaltungsstrafrechtsreform, ZFR 2017, 264 (271 f); *König*, Haftung für Cyberschäden, AG 2017, 262 (266 ff).



ten; das deutsche BAG hat die Frage des Innenregresses bei Kartellbußen (nach § 43 dGmbHG) zuletzt offengelassen.¹⁵¹

3.5. Versicherungssumme

Die Leistungspflicht des Versicherers ist auch in der D&O-Versicherung mit der Versicherungssumme begrenzt. Nach Art 4.3 AVB-AVG ist „die im Versicherungsschein angegebene Versicherungssumme der Höchstbetrag für jeden Versicherungsfall und für alle während eines Versicherungsjahres eingetretenen Versicherungsfälle zusammen“ (siehe auch Art 6.2 Allianz Protect D&O). Da das *Claims-made*-Prinzip gilt, ist für die Berechnung die Anspruchserhebung maßgebend. Ein konkretes Organ läuft aufgrund dieser Limits Gefahr, dass die *Versicherungssumme erschöpft* ist, selbst wenn gegen ihn das erste Mal ein Anspruch erhoben wird. Dies könnte im Lichte der Klauselkontrolle durchaus problematisch sein (§ 864a und 879 Abs 3 ABGB). Die Bedingungen versuchen dem Problem mit individuellen Lösungen Abhilfe zu schaffen. So werden mitunter etwa separate Deckungssummen für Vorstand und Aufsichtsrat, Wiederauffüllungsklauseln oder Abwehrkostenzusatzlimits vorgesehen.¹⁵²

Das Problem der unzureichenden Deckungssummen wird durch *Serienschadenklauseln* verschärft, die häufig vereinbart werden. Danach gelten mehrere Schadensereignisse als ein Versicherungsfall, wenn sie auf derselben Ursache beruhen oder wenn ihnen gleichartige Ursachen zugrunde liegen und zwischen diesen ein zeitlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.¹⁵³ Als Konsequenz steht die Versicherungssumme einmal zur Verfügung (Art 4.5 AVB-AVG).

Wie *Ramharter* zutreffend ausführt,¹⁵⁴ sind auch *Kosteneinrechnungsklauseln* problematisch: „Aufwendungen des Versicherers für Kosten der gerichtlichen und außergerichtlichen Abwehr der gegenüber einer versicherten Person von einem Dritten und/oder der Versicherungsnehmerin geltend gemachten Ansprüche (insbesondere Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen und Gerichtskosten) werden auf die Versicherungssumme angerechnet“ (Art 4.3 AVB-AVG). Damit wird von § 150 Abs 2 S 1 VersVG abgewichen, wonach der Versicherer diese Kosten zu ersetzen hätte. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen wird mit gewichtigen Argumenten bestritten.¹⁵⁵

3.6. Risikoausschlüsse

Wie bei jeder Haftpflichtversicherung werden auch bei der D&O-Versicherung zahlreiche Risikoausschlüsse vereinbart, durch

die eine Deckung des Versicherers von vornherein ausgeschlossen wird.¹⁵⁶ Der Ausschlusskatalog der Musterbedingungen des GDV ist dabei aber nicht als Marktstandard zu verstehen, sondern wird unter Berücksichtigung des individuellen Risikos konkret stark angepasst.¹⁵⁷

Sehr wohl Standard und in der Praxis von besonderem Interesse ist der *Pflichtwidrigkeitsausschluss* (Art 5.1 AVB-AVG, Art 4.1 Allianz Protect D&O). Demnach führt die vorsätzliche oder wesentliche Pflichtverletzung des Organs zum Ausschluss von der Deckung (keine Zurechnung der Pflichtverletzung anderer Organe). Mit dieser Klausel weichen die Bedingungen von der (grundsätzlich dispositiven) Rechtslage ab. Nach § 152 VersVG würde der Versicherer nur dann nicht haften, wenn das Organ den Eintritt der (potenziell) haftungsbegründenden Tatsache vorsätzlich herbeigeführt hat. Nach den genannten Klauseln muss sich der Vorsatz hingegen nur auf die Pflichtverletzung, nicht hingegen auf den Schadenseintritt beziehen. IdR wird es sich in diesen Fällen um eine *fahrlässige Schadenszufügung* handeln. Solche Klauseln werden von der hA jedenfalls dann für zulässig gehalten, wenn das Verhalten mit Blick auf den Schadenseintritt als grob fahrlässig zu beurteilen ist.¹⁵⁸ Liegt hinsichtlich des Schadenerfolges bloß leichte Fahrlässigkeit vor, wird die Zulässigkeit einer solchen Klausel jedoch zu Recht bestritten.¹⁵⁹ Zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung ist häufig offen, ob der Ausschlussstatbestand verwirklicht ist. Oft wird daher *vorläufiger Rechtsschutz* gewährt, der bei (je nach Vereinbarung rechtskräftiger, gerichtlicher oder behördlicher) Feststellung der Verwirklichung des Ausschlussstatbestandes rückwirkend entfällt.¹⁶⁰

4. Zeitliche Aspekte

4.1. Vertragsdauer

D&O-Versicherungsverträge werden idR für ein Jahr abgeschlossen und bei Stillschweigen um ein weiteres Jahr verlängert, wenn nicht eine Vertragspartei das Versicherungsverhältnis fristgerecht kündigt. Manche Bedingungswerke knüpfen die Verlängerung an die Vorlage eines Geschäftsberichts.¹⁶¹ Art 9.1 AVB-AVG enthält allgemeine Regelungen zur Vertragsdauer.

4.2. Inanspruchnahmeprinzip (Claims-made Principle)

In der Haftpflichtversicherung fehlt eine gesetzliche Definition zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes. § 149 VersVG stellt lediglich auf „eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache“ ab. In der Haftpflichtversicherung wird daher idR auf den Verstoß (Verhalten des Versicherungsnehmers als Kausal-

¹⁵¹ BAG 8 AZR 189/15, vgl. *Badtke/Habbe*, Managerhaftung bei Unternehmenskartellbußen? Phi 2017, 196 (196 f).

¹⁵² Vgl. etwa *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/63; zur Problematik unzureichender Deckungssummen zB jüngst *Peppersack*, Die Problematik unzureichender Versicherungssummen in der D&O-Versicherung – Modelle und Lösungsansätze, r+s 2018, 117 (117 ff).

¹⁵³ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 404. Grundlegend dazu *Fenyves*, Die rechtliche Behandlung von Serienschäden in der Haftpflichtversicherung (1988).

¹⁵⁴ *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/64 ff.

¹⁵⁵ *Ausf Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/64b ff.

¹⁵⁶ Zum Begriff vgl. *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 147 f.

¹⁵⁷ So *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/84.

¹⁵⁸ OGH 7 Ob 83/04p; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/87. Vgl. auch *Reisinger* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 152 Rz 38.

¹⁵⁹ *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, VR 1982, 84 (97).

¹⁶⁰ *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/89.

¹⁶¹ Statt aller *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/68.



ereignis: in der D&O-Versicherung wäre dies die Pflichtverletzung der versicherten Person) oder das Schadenereignis (Folgeereignis) rekurriert.¹⁶² Abweichend davon definieren die Musterbedingungen zur D&O-Versicherung in Art 2 AVB-AVG die „erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages“ als Versicherungsfall (sog *Claims-made Principle* oder *Inanspruchnahmeprinzip*), wodurch primär aber die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes vereinbart wird; der Versicherungsfall iSd VersVG ist richtigerweise durch Auslegung aus Sinn und Zweck der jeweiligen Norm zu ermitteln.¹⁶³ Ein Hinweis auf das Inanspruchnahmeprinzip ist den Versicherungsbedingungen idR vorangestellt. So wird dem Überraschungseffekt (vgl § 864a ABGB) vorgebeugt, jedoch ist schon die „Ungewöhnlichkeit“ iSd leg cit wegen der Verbreitung in der Versicherungssparte D&O zu verneinen.¹⁶⁴ Auch sonst bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der gängigen Ausprägungen des Claims-made-Prinzips in den Bedingungswerken, vorausgesetzt, es wird hinreichend Nachhaftungszeitraum gewährt (siehe dazu Punkt 4.4.).¹⁶⁵ Versicherungsschutz besteht dann, wenn die Anspruchserhebung während aufrechter materieller Versicherungsdauer erfolgt,¹⁶⁶ in den Bedingungswerken wird überwiegend Schriftlichkeit der Anspruchserhebung gefordert. Der Zeitpunkt der Anspruchserhebung konsolidiert auch die maßgebliche Versicherungsperiode, was insb Bedeutung für die Ermittlung der maßgeblichen Versicherungsbedingungen hat. Abgemildert wird das „reine“ Anspruchserhebungsprinzip (unbegrenzte Rückwärtsdeckung, keine Nachhaftung nach Ende des Versicherungsvertrages) mittels Erstreckung der materiellen Versicherungsdauer durch beschränkte Nachhaftung des Versicherers und die Möglichkeit von Umständenmeldungen (vgl Punkt 4.5.). Das Anspruchserhebungsprinzip ist von der wirtschaftlichen Überlegung getragen, die für den Versicherer bei Zugrundelegung des

Verstoßprinzips schwer vorhersehbaren Spätschäden (unbegrenzte Nachhaftung!) von der Deckung auszunehmen, um eine präzisere Kalkulation der Schadenreserven zu gewährleisten.¹⁶⁷

Die Anspruchserhebung als Versicherungsfall ist von der *anspruchsbegründenden Pflichtverletzung* (= Verstoß) vor dem Hintergrund des zeitlichen Versicherungsumfanges gedanklich zu trennen.¹⁶⁸ Wird der Anspruch während aufrechten Versicherungsvertrages erhoben, so ist es nach vielen Bedingungswerken unerheblich, ob die Pflichtverletzung vor Beginn des Versicherungsvertrages lag, sofern keine vorvertraglichen Anzeigepflichten verletzt wurden und dem Organ die Pflichtverletzung selbst nicht bekannt war (unbegrenzte Rückwärtsdeckung¹⁶⁹ durch das Inanspruchnahmeprinzip; vgl aber Art 3.1 AVB-AVG: Ausschluss für bekannte Pflichtverletzungen). Bei Vereinbarung einer Nachmeldefrist nach Ende des Versicherungsvertrages (Nachhaftung) ist zu beachten, dass diese idR nur Versicherungsfälle innerhalb des vereinbarten Nachhaftungszeitraums deckt, wenn die auslösende Pflichtverletzung vor Ende des Vertrages liegt (Art 3.2 AVB-AVG).

4.3. Erfordernisse der Inanspruchnahme

Um den Versicherungsfall auszulösen, müssen Ansprüche gegenüber der versicherten Person schriftlich und ernstlich erhoben werden. Das *Schriftlichkeitserfordernis* dient dabei der besseren Nachvollziehbarkeit des Zeitpunkts der Anspruchserhebung,¹⁷⁰ generell gilt – wenn nicht ohnehin vertraglich vereinbart – für die erhobenen Ansprüche das Zugangsprinzip.¹⁷¹ Nach den Musterbedingungen ist es für die Anspruchserhebung zudem ausreichend, wenn Dritte der versicherten Gesellschaft, einer Tochtergesellschaft oder einer versicherten Person schriftlich mitteilen, Ansprüche gegen Letztere zu haben (vgl Art 2 AVB-AVG letzter Teilsatz; sog „Sichberühren“ eines Anspruchs).¹⁷²

Für das (ungeschriebene) Kriterium der *Ernsthaftigkeit der Geltendmachung* von Schadenersatzansprüchen ist auf die allgemeinen Prinzipien der Haftpflichtversicherung zum Entstehen des Rechtsschutzanspruchs und der Anzeigepflicht nach § 153 VersVG zu rekurrieren, die an die Geltendmachung von Ansprüchen anknüpfen.¹⁷³ Maßgeblich ist ein ernsthaftes Leistungsverlangen, eine Bezifferung ist ebenso wenig erforderlich wie dass der Anspruch berechtigt ist.¹⁷⁴ Bloße Behauptungen, Ankündigungen oder Drohungen der Geltendmachung von An-

162 Allgemein zum Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung *Reisinger in Fenyves/Schauer*, VersVG § 149 Rz 11 ff; *Voit/Knappmann in Prölss/Martin*, VVG²⁷ § 149 Rz 12.

163 Im Schrifttum zur Haftpflichtversicherung wird (zu Recht) eine strikte Trennung von Versicherungsfall und zeitlicher Abgrenzung des Versicherungsschutzes eingefordert. In der D&O-Versicherung ist gängige *Vertragspraxis*, dass die Anspruchserhebung sowohl den Versicherungsfall darstellt als auch die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes definiert. Es besteht allerdings die Notwendigkeit zur – zumindest gedanklichen – Differenzierung, weil mit dem Claims-made-Prinzip vordergründig die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsfalles angesprochen ist, vgl grundlegend *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/51 ff und 71 ff mwN, dem der Text hier folgt; *ders*, Die Versicherungsfalldefinition nach dem Anspruchserhebungsprinzip in der Haftpflichtversicherung, ZFR 2017, 433 (434 f); *Schramm*, Das Anspruchserhebungsprinzip (2009) 7 ff und 35 f.

164 *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/80; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 69.

165 Vgl mit ausf Würdigung und Begründung der AGB-rechtlichen Zulässigkeit *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/71 ff und 80 ff, der zu treffend davon ausgeht, dass Nachhaftungsfristen von unter drei Jahren vor dem Hintergrund des § 879 Abs 3 ABGB einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. In Deutschland hat der Gesetzgeber im Zuge der VVG-Novelle 2008 das Anspruchserhebungsprinzip explizit anerkannt und die D&O-Versicherung in den Materialien als Beispiel für eine mögliche Ausgestaltung des Versicherungsfalles angeführt, spricht allerdings unglücklich von „Schadensmeldung“, vgl BT-Drs 16/3945, 85.

166 *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/71.

167 *Ramharter in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/71a mwN; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, wbl 2012, 16 (17).

168 *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann*, VVG³ Anh C Rz 65; *Lange*, D&O § 10 Rz 2 ff, insb Rz 6.

169 Dieser Begriff ist von dem der Rückwärtsversicherung gem § 2 VersVG zu unterscheiden, weil der Versicherungsschutz nur auf „vorvertragliche Pflichtverletzungen“, aber nicht auf „vorvertragliche Versicherungsfälle“ erweitert wird, so *Lange*, D&O § 10 Rz 3 ff.

170 Vgl nur *Voit in Prölss/Martin*, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 2 Rz 11.

171 *Lange*, D&O § 9 Rz 32.

172 Dazu *Lange*, D&O § 9 Rz 78.

173 Statt aller *Baumann in Bruck/Möller*, VVG⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 2 Rz 14 mwN; RIS-Justiz RS0080086.

174 *Voit/Knappmann in Prölss/Martin*, VVG²⁷ § 149 Rz 5; *Baumann in BK VVG* § 149 Rz 10; RIS-Justiz RS0080384 und RS0081228.



sprüchen reichen aber nicht aus, selbiges gilt für die bloße Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit der Inanspruchnahme.¹⁷⁵ Die Beweislast für die mangelnde Ernsthaftigkeit schriftlich geltend gemachter Ansprüche trifft den Versicherer.¹⁷⁶

Besonders zu thematisieren ist die Ernsthaftigkeit bei Inanspruchnahme im *Innenverhältnis*, wenn die Gesellschaft gegen ihre Organe vorgeht. Aufgrund des Naheverhältnisses zwischen versicherten Personen und Versicherungsnehmerin besteht ein erhöhtes Risiko, dass wirtschaftliche Verluste über den Umweg einer Pflichtverletzung und Erhalt der Versicherungssumme auf den Versicherer abgewälzt werden könnten (entweder durch sog. „freundliche Inanspruchnahme“ oder durch kollusives Zusammenwirken), insb durch Abtretung des Freistellungsanspruchs (vgl dazu Punkt 2.2.2.). Vielfach findet sich im Schrifttum die Feststellung, dass in diesen Fällen die Ernsthaftigkeit zu verneinen sei, soweit die geschädigte Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) darauf verzichtet, den Anspruch mangels Deckung des Versicherers auch in das private Vermögen des Schädigers (Organ) zu vollstrecken.¹⁷⁷ Der BGH hat aber jüngst die Ernsthaftigkeit als eigenständiges – über die allgemeinen, für Erklärungen geltenden Grundsätze hinausgehendes – ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für den Eintritt des Versicherungsfalles abgelehnt, wenn dies nicht in den Bedingungen ausdrücklich vorgesehen ist, und es in das Ermessen des Geschädigten gestellt, das schädigende Organ nur bei aufrechtem Haftpflichtschutz in Anspruch zu nehmen.¹⁷⁸ Kollusives, dh absichtliches Zusammenwirken zwischen Organ und Gesellschaft zur Erlangung der Versicherungssumme ist freilich schon nach allgemeinen Grundsätzen wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, verletzt zahlreiche Obliegenheiten und ist strafrechtlich relevant.¹⁷⁹

4.4. Nachhaftung

Regelmäßig enthalten Vertragswerke Regelungen über die sog Nachhaftung, wodurch die Auswirkungen des reinen Inanspruchnahmeprinzips zugunsten der versicherten Personen abgeschwächt und Deckungslücken bei Wechsel des Versicherers vermieden werden.¹⁸⁰ Der Versicherungsschutz wird auf *Inanspruchnahmen nach Ende des Versicherungsvertrags* ausgedehnt, sofern die begründende Pflichtverletzung vor dem formellen Vertragsende lag.¹⁸¹ Die Musterbedingungen sehen zum einen eine automatische (auch: „prämienfreie“) Nachmeldefrist¹⁸² vor, deren Dauer offengelassen wurde (Art 3.2 Abs 1 AVB-AVG; vgl auch

Art 3.4 Allianz Protect D&O).¹⁸³ Zudem kann unter gewissen Voraussetzungen eine darüber hinausgehende Nachmeldefrist gegen Beitragsleistung erworben werden (Art 3.2 Abs 2 AVB-AVG). Ausgeschlossen ist eine Nachhaftung nach den AVB-AVG bei Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Versicherungsnehmerin sowie bei freiwilliger Liquidation bzw Neubelehrung (vgl Art 9.3 AVB-AVG), bei Beendigung des Versicherungsvertrags wegen Prämienzahlungsverzugs oder wenn nach Vertragsende eine andere D&O-Versicherung abgeschlossen wurde (vgl Art 3.2 Abs 3 AVB-AVG). Der letztgenannte Ausschluss ist problematisch, weil er nicht darauf abstellt, ob der neue Versicherungsvertrag Deckung gewährt – zumindest bei Kenntnis des Organs oder der Versicherungsnehmerin von einer Pflichtverletzung ist nicht von einer Deckung auszugehen.¹⁸⁴ Auch der Ausschluss der Nachmeldefrist ab Stellung des Insolvenzeröffnungsantrags wird in den AVB wohl nur noch selten vereinbart.¹⁸⁵ Umfänglich steht im Rahmen der Nachhaftung mangels abweichender Vereinbarung der unverbrauchte Teil der Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres zur Verfügung; Versicherungsschutz wird entsprechend den Bedingungen der letzten Versicherungsperiode gewährt (Art 3.2 Abs 4 AVB-AVG).

Hinsichtlich der fünfjährigen Verjährungsfrist von Innenhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder nach § 84 Abs 6 AktG ist im Zusammenhang mit dem Claims-made-Prinzip zu bedenken, dass der Beginn des Fristenlaufs für die Verjährung nach hA auf die (subjektive) Kenntnis der Gesellschaft von Schaden und Schädiger (iSv Kenntnis des anspruchsbegründenden Sachverhalts) entsprechend § 1489 ABGB abstellt.¹⁸⁶ Eine Erstreckung des Nachhaftungszeitraumes auf fünf Jahre ist dann freilich nicht geeignet, einen umfassenden Schutz im Zeitraum vor Eintritt der Verjährung zu gewähren, da diese oftmals erst Jahre nach Ende des Versicherungsvertrags und auch der Nachhaftungsfrist eintreten wird.¹⁸⁷ Dem kann aus Sicht der versicherten Personen durch möglichst lange Nachhaftungszeiträume vorgebeugt werden.

4.5. Umstandsmeldungen

Die Möglichkeit der Vornahme von präventiven Umstandsmeldungen (*Notice of Circumstances*) trägt ebenfalls zur Abmilderung des Inanspruchnahmeprinzips bei.¹⁸⁸ Versicherte Personen können dem Versicherer während der formellen Laufzeit des Vertrages kon-

¹⁷⁵ *Baumann* in BK VVG § 153 Rz 22 f; *Reisinger* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG* § 149 Rz 44; *Voit* in *Prölss/Martin*, *VVG*³⁰ AVB-AVG Ziff 2 Rz 10.

¹⁷⁶ *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat² 47/71 aE mwN.

¹⁷⁷ *Haehling von Lanzener/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, *VVG*³ Anh C Rz 92; siehe noch *Voit* in *Prölss/Martin*, *VVG*²⁹ AVB-AVG Ziff 2 Rz 2.

¹⁷⁸ BGH 13. 4. 2016, IV ZR 304/13 Rz 25; idS bereits *Lange*, D&O § 9 Rz 25; weitere Nachweise in FN 85.

¹⁷⁹ *Ausf Lange*, D&O § 9 Rz 26 ff.

¹⁸⁰ *Haehling von Lanzener/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann*, *VVG*³ Anh C Rz 102 mwN.

¹⁸¹ Allgemein zur Dauer des Versicherungsschutzes und den Begrifflichkeiten *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³ 153.

¹⁸² Nicht zu verwechseln mit Nachmeldefristen in anderen Berufshaftpflichtversicherungen, die eine *Beschränkung* des Versicherungsschut-

zes bewirken, da die Versicherungen überwiegend dem Verstoßprinzip unterliegen, vgl *Lange*, D&O § 10 Rz 56 f.

¹⁸³ Zur Dauer der Nachhaftung vgl auch FN 165.

¹⁸⁴ Krit *Voit* in *Prölss/Martin*, *VVG*³⁰ AVB-AVG Ziff 3.2 Rz 2; instruktiv *Böttcher/Kuntze*, Der D&O-Schaden aus der Sicht des Versicherers (II), PHI 2016, 164 (169).

¹⁸⁵ *Böttcher/Kuntze*, PHI 2016, 164 (169).

¹⁸⁶ Vgl nur *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 39; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) Rz 44/30 ff.

¹⁸⁷ Vgl *M. Karollus/K. Riedler*, *Directors' and Officers' Liability in Austria*, in *Deakin/Kozioł/Riss*, *Directors' and Officers' (D&O) Liability* (2018) Rz 190.

¹⁸⁸ Statt vieler *Voit* in *Prölss/Martin*, *VVG*³⁰ AVB-AVG Ziff 3.3 Rz 1; zum Einfluss von Umstandsmeldungen auf die Zulässigkeit des Inanspruchnahmeprinzips vgl die Nachweise in FN 165.



krete Umstände anzeigen, die eine Inanspruchnahme hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen. Eine spätere Inanspruchnahme aufgrund eines gemeldeten Umstands gilt dann als im Zeitpunkt der Umstandsmeldung vorgenommen, wenn sie binnen einer im Vertrag festzulegenden Frist erfolgt (vgl. Art 3.3 AVB-AVG). Neuere Bedingungswerke sichern den versicherten Personen die Versicherungsperiode, in der die Meldung dem Versicherer zuzuging, samt der zu diesem Zeitpunkt geltenden Versicherungsbedingungen und der Versicherungssumme.¹⁸⁹ Auch nach Kündigung des Versicherungsverhältnisses durch den Versicherer können innerhalb einer zu bestimmenden (Tages-)Frist noch Umstände angezeigt werden, dies gilt nicht bei Beendigung des Vertrages aufgrund Zahlungsverzuges und teilweise bei Insolvenz der Versicherungsnehmerin. Die Bedingungswerke sind verschieden, legen aber idR näher fest, welche konkreten Umstände (meist schriftlich) anzuzeigen sind. Schon § 153 Abs 1 VersVG normiert eine gesetzliche Obliegenheit der versicherten Personen, Umstände, die eine „Verantwortlichkeit gegenüber einem Dritten zur Folge haben könnten“, anzuzeigen.¹⁹⁰

4.6. Insolvenz, Neubeherrschung (Change of Control), Liquidation

Im Fall der Insolvenz der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft wird den jeweiligen versicherten Personen nach den Musterbedingungen Versicherungsschutz nur für Haftpflichtansprüche aus Pflichtverletzungen bis zur Insolvenzfähigkeit gewährt (Art 3.4 AVB-AVG).¹⁹¹ In der Praxis weichen die Bedingungen von dieser Musterklausel mitunter erheblich ab. So zB auch Art 3.6 iVm Art 7.10 Allianz Protect D&O: Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgeblich; Deckung von Pflichtverletzungen bis zwei Monate nach der Eröffnung desselben, Ende des Versicherungsschutzes mit Ablauf der Versicherungsperiode. Ebenso einzelfallbezogen zu beurteilen sind Fragen der Neubeherrschung. Die Musterbedingungen erklären den Versicherungsvertrag erst nach Ablauf einer näher zu bestimmenden Frist für erloschen, wobei nur Pflichtverletzungen bis zum Zeitpunkt der Neubeherrschung den Versicherungsfall durch Anspruchserhebung auslösen können (Art 9.3 AVB-AVG; vgl. auch Art 3.5 Allianz Protect D&O: Ende mit Ablauf der Versicherungsperiode). Bei freiwilliger Liquidation endet der Versicherungsvertrag mit Abschluss der Liquidation automatisch (Art 9.3 AVB-AVG).

5. Inhalt des Versicherungsschutzes

5.1. Grundlagen

Während bisher zu klären war, wann der Versicherungsschutz sachlich und zeitlich eingreift, ist nun zu fragen, was verlangt wer-

den kann, wenn der Versicherer deckungspflichtig ist. *Was schuldet der Versicherer also?* Dem Wesen der Haftpflichtversicherung entsprechend (§§ 149 ff VersVG), umfasst der Versicherungsschutz in der D&O-Versicherung die Prüfung der Haftpflichtfrage, die Abwehr unberechtigter und die Befriedigung berechtigter Schadenersatzansprüche (Art 4.1 AVB-AVG; ähnlich Art 1.2 Allianz Protect D&O). Im Detail ist die Ausgestaltung dem jeweiligen Bedingungswerk zu entnehmen. Ebenso immanent ist der Haftpflichtversicherung die Trennung in Haftpflicht- und Deckungsverhältnis, ein direkter Anspruch des Dritten (der Gesellschaft bei Innenhaftungsansprüchen oder eines Dritten bei Außenhaftung) gegen den Versicherer besteht nicht, sofern nicht in den Bedingungen ausdrücklich vorgesehen; vgl. aber Punkt 2.2.2. Freistellungs- und Rechtsschutzanspruch sind Ausprägungen eines einheitlichen Deckungsanspruchs der versicherten Personen, die Verjährung des Freistellungsanspruchs beginnt schon mit Fälligkeit des Rechtsschutzanspruchs, Letztere mit ernstlicher Inanspruchnahme auf Schadenersatz durch einen Dritten, siehe bereits Punkt 4.3.¹⁹² Der Freistellungsanspruch wird erst zum (Geld-)Zahlungsanspruch, wenn ihn der Geschädigte pfändet und sich zur Einziehung überweisen lässt oder (was kaum vorkommt) die versicherte Person den Dritten befriedigt. Allgemein wird in der Haftpflichtversicherung dem Versicherer ein Wahlrecht zugestanden, ob er den Anspruch abwehrt (Rechtsschutz) oder den Versicherungsnehmer bzw die versicherten Personen freistellt.¹⁹³ Dabei kann es sich aber nur sehr eingeschränkt um eine Ermessensentscheidung handeln, weil die Entscheidung basierend auf der objektiven Rechtslage zu treffen ist.¹⁹⁴ Die Anzeigepflicht gem § 153 VersVG versetzt den Versicherer in die Lage, von einem potenziell haftungsbegründenden Sachverhalt Kenntnis zu erlangen und die nötigen Schritte einzuleiten.¹⁹⁵ Die Bedingungen enthalten entsprechende Klauseln (Art 7.3.2.1 AVB-AVG; Art 5.1 Allianz Protect D&O).

Der vertraglichen Vereinbarung zugänglich sind *Zusatzdeckungen*, wonach verschiedenste weitere Kosten vom Versicherer getragen werden (Untersuchungskosten, Lebenserhaltungskosten bei Beschlagnahme oder Einbehaltung von Lohnzahlungen, Kosten für PR-Beratung, Krisenkommunikation oder psychologische Betreuung); zu beachten sind allfällige Sublimits. Soweit ersichtlich, werden in Unternehmens-AVB solche Deckungsbausteine häufig vorgesehen.

5.2. Prozessführungsbefugnis und Regulierungsvollmacht

Als Ausgleich zu seiner weitreichenden Kostentragungspflicht (dazu Punkt 5.3.) und zur Bindungswirkung des Haftpflichtpro-

¹⁸⁹ Böttcher/Kuntze, PHI 2016, 130 (133).

¹⁹⁰ Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/79 mwN.

¹⁹¹ Es ist auf den objektiven Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzfähigkeit abzustellen, vgl. Haehling von Lanzanauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 108.

¹⁹² RIS-Justiz RS0080086; Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 154 Rz 2; Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 401.

¹⁹³ Statt vieler Baumann in BK VVG § 149 Rz 8.

¹⁹⁴ Treffend Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/57 mwN; strenger Lücke in Prölss/Martin, VVG³⁰ § 100 Rz 2.

¹⁹⁵ Zum Ablauf eines D&O-Versicherungsfalles aus Sicht des Versicherers vgl. Böttcher/Kuntze, PHI 2016, 130 (130 ff) und 164 (164 ff).



zesses hat der Versicherer in der Haftpflichtversicherung weitgehende Einflussmöglichkeiten auf die Abwicklung des Versicherungsfalles.¹⁹⁶ Vertragsrechtlich manifestiert sich die Steuerungsbefugnis des Versicherers ua in der Vollmacht zur Abgabe gewisser Erklärungen im Namen der versicherten Personen und in der Ermächtigung zur Führung eines allfälligen Prozesses (*Prozessführungsvollmacht* oder *-befugnis*). Dieser Gestaltung folgen auch die AVB-AVG: Art 4.4 Abs 1 und 2 (vgl auch Art 5.2 Allianz Protect D&O) erteilen dem Versicherer Vollmacht für die Abgabe aller zur Abwicklung des Schadens oder zur Abwehr von Schadenersatzansprüchen zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen der versicherten Personen (*außergerichtliche Regulierungsvollmacht*).¹⁹⁷ Zusätzlich ist der Versicherer in einem Rechtsstreit über Schadenersatzansprüche gegen versicherte Personen in deren Namen prozessführungsbefugt. Gegenüber den versicherten Personen trifft den Versicherer bei der Schadenregulierung eine Pflicht zur Interessenwahrung.¹⁹⁸ Manche Autoren sehen im Versicherer in Innenhaftungsfällen einen „neutralen“ Mediator zwischen geschädigter Gesellschaft und der versicherten Person, weil er zu beiden Parteien Rechtsbeziehungen hält.¹⁹⁹

Die Konstruktion der Vollmachtsklausel gem Art 4.4 AVB-AVG wird im Hinblick auf die versicherten Personen zu Recht kritisch betrachtet. Da die versicherten Personen nicht Vertragspartei sind, liege keine direkte Bevollmächtigung vor, es werde nur die *Obliegenheit* der versicherten Personen statuiert, dem Versicherer *Vollmacht einzuräumen*.²⁰⁰

Im Zusammenhang mit der Regulierungsvollmacht ist auf die *Obliegenheit zur umfassenden Mitwirkung* der versicherten Personen (und auch der Versicherungsnehmerin) an der Schadenermittlung und Schadenregulierung (ua durch ausführliche und wahrheitsgemäße Schadenberichte, Auskunftserteilung auf Verlangen des Versicherers, Befolgung von Weisungen des Versicherers) gem Art 7.3.2.2 AVB-AVG hinzuweisen, die systematisch zu meist bei der Schadenminderungsobliegenheit (vgl auch schon § 62 VersVG) angesiedelt ist. Diese Klausel stellt sicher, dass der Versicherer über hinreichende Kenntnis der Sachlage verfügt und die versicherten Personen entsprechend kooperieren (vgl zB Art 5.3 Allianz Protect D&O). Im VersVG enthält § 34 eine dementsprechende Regelung (Auskunfts- und Belegobliegenheit), die die Versicherungsnehmer zur Auskunft über Informationen, die für die Feststellung des Versicherungsfalles oder den Umfang der

Leistungspflicht erforderlich sind, verpflichtet, mitunter auch, wenn sie ihren eigenen Interessen widerstreiten.²⁰¹

Widersetzt sich die versicherte Person einem Erledigungswunsch des Versicherers, so hat sie dadurch hervorgerufene Mehrkosten selbst zu tragen (sog „Mehraufwandsklausel“, Art 4.6 AVB-AVG). Umstritten ist, ob diese Klausel im Innenverhältnis die Prozessführungsbefugnis des Versicherers aushöhlt oder sich nur auf das Außenverhältnis zu geschädigten Dritten bezieht.²⁰²

Anders als in der allgemeinen Haftpflichtversicherung (Art 8.1.5.1 AHVB 2012) bleibt die *Wahl eines Rechtsanwalts* nach den Bedingungen in der D&O-Versicherung zumeist den *versicherten Personen* selbst überlassen. Durch Vereinbarung von Mitsprache- und Vetorechten sichert sich der Versicherer seinen Einfluss, vgl zB Art 5.2 Allianz Protect D&O.²⁰³

5.3. Rechtsschutzanspruch

Der Versicherer trägt gem § 150 VersVG alle *gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten*, die zur Verteidigung der versicherten Person geboten sind, unabhängig davon, ob der Anspruch des Dritten begründet ist (zur Kosteneinrechnungsklausel vgl Punkt 3.5.). Das umfasst insb die Verteidigungskosten im Haftpflichtprozess,²⁰⁴ selbst für Aktivprozesse, zB wenn der geschädigte Dritte einer Klage versicherter Personen Schadenersatzansprüche aufrechnungsweise entgegenhält.²⁰⁵ Abwehrkosten-schutz besteht aber nur so weit, als der abzuwehrende Anspruch im versicherten Risiko läge, sollte er sich als begründet erweisen. Bei Innenhaftungsansprüchen stellt die durch die Gesellschaft finanzierte D&O-Versicherung dem Organ dessen Verteidigungskosten sicher. Pathologisch sind jene Fälle, in denen schon bei Anspruchserhebung das Vorliegen von Risikoausschlüssen im Raum steht (zB Behauptung wissentlicher Pflichtverletzung).²⁰⁶ In der Praxis sind deshalb Klauselgestaltungen üblich, die – bei Unklarheit, ob der geltend gemachte Anspruch letztlich vom Versicherungsschutz umfasst ist – eine Übernahme der Abwehrkosten unter Vorbehalt der Rückzahlung vorsehen und die Leistungsfreiheit wegen wissentlicher Pflichtverletzung unberührt lassen (zB Art 5.4 Allianz Protect D&O).

Bestehen erhöhte Anforderungen an das Eintreten des Versicherungsfalles (vgl Punkt 4.3.), kann die Situation eintreten, dass den versicherten Personen der Abwehranspruch aus der Haftpflichtversicherung mangels Fälligkeit noch nicht zur Verfügung

196 Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 149 Rz 42; Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 407; vgl auch das Schrifttum zu Ziff 5.2 der AHB in Deutschland, ausf zB Koch in Bruck/Möller, VVG³ IV AHB 2012 Ziff 5 Rz 5 ff.

197 Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 88.

198 Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 118; Böttcher/Kuntze, PHI 2016, 130 (139 f); Lücke in Prölss/Martin, VVG³⁰ AHB Ziff 5 Rz 22; Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O § 6 Rz 14 mwN.

199 Lange, D&O § 3 Rz 54 ff und § 14 Rz 13; ders in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess³ (2016) § 21 Rz 53 ff.

200 Voit in Prölss/Martin, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 4.4 Rz 1; Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 88; Baumann in Bruck/Möller, VVG³ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 4 Rz 62 ff.

201 Ausf Ramharter in Fenyves/Schauer, VersVG § 34 Rz 1 ff, insb Rz 20 ff; ders in Kalls/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/56 mwN; spezifisch zur D&O-Versicherung I. Welser in Grünwald (Hrsg), FS für Waldemar Jud (2012) 747 (770 f); weiterführend Herdter, Grenzen der Auskunfts- und Belegpflicht in der D&O Versicherung, ZVersWiss 2011, 655 (655 ff).

202 Vgl die gegenteiligen Auffassungen bei Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 116, und Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 89.

203 Baumann in Bruck/Möller, VVG³ IV AVB-AVG 2011/2013 Ziff 4 Rz 69 ff; Böttcher/Kuntze, PHI 2016, 130 (140 f).

204 Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 406.

205 Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 150 Rz 12 f; Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG³ Anh C Rz 114.

206 Voit in Prölss/Martin, VVG³⁰ AVB-AVG Ziff 4.1 Rz 1.



steht, obwohl bereits die Notwendigkeit zur Verteidigung bestünde.²⁰⁷ In manchen Bedingungswerken wird deshalb bei „wahrscheinlichen“ Ansprüchen schon vor der Inanspruchnahme *frühzeitiger Abwehrkostenschutz* gewährt, wobei die Modalitäten, wann ein drohender Anspruch vorliegt, näher umschrieben werden (zB Streitverkündung im Zusammenhang mit einer Pflichtverletzung, schriftliche Ankündigung/Androhung eines Anspruchs oder Verweigerung der Entlastung; vgl Art 2.2 Allianz Protect D&O) und idR eine schriftliche Meldung zu erfolgen hat.²⁰⁸ Bedingungswerke gewähren frühzeitigen Abwehrkostenschutz auch ab näher bezeichneten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, die der Inanspruchnahme der versicherten Person unmittelbar vorausgehen oder diese einleiten (zB Art 2.1 Allianz Protect D&O).

Gem § 150 Abs 1 S 3 VersVG umfasst der Abwehrschutz der Haftpflichtversicherung auch *Verteidigungskosten* der versicherten Person in einem *Strafverfahren*, wenn diese auf Weisung des Versicherers aufgewendet werden. Art 4.4 Abs 3 AVB-AVG normiert dieselbe Rechtsfolge, wenn die Bestellung eines Verteidigers durch den Versicherer gewünscht war oder zumindest genehmigt wurde. „Kosten der Verteidigung“ sind nur Kosten für die Strafverteidigung selbst, nicht aber solche des Strafverfahrens.²⁰⁹ Voraussetzung ist jedenfalls, dass die gegenständliche Pflichtverletzung einen unter den Versicherungsvertrag fallenden Schadenersatzanspruch zur Folge haben kann. Kosten zur Abwehr eines zivilrechtlichen Anspruchs aus Privatbeteiligung des geschädigten Dritten in einem Strafverfahren sind von der Abwehrfunktion der Haftpflichtversicherung umfasst.²¹⁰ Vor dem Hintergrund des Ausschlusses wissentlicher und vorsätzlicher Pflichtverletzungen werden Versicherer nur selten gewillt sein, einen Verteidiger zu bestellen oder zu genehmigen, dessen Kosten mit der Abwehr von – überwiegend – Vorsatzdelikten entstehen.²¹¹ Um Deckungslücken zu vermeiden, empfiehlt sich der Abschluss einer Manager-Strafrechtsschutzversicherung.²¹²

5.4. Freistellungsanspruch

Die Freistellung der versicherten Personen von berechtigten Schadenersatzansprüchen Dritter folgt § 154 Abs 1 VersVG. Dieser sieht als *lex specialis* zu § 11 VersVG vor, dass der Versicherer seine Leistung binnen zwei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu erbringen hat, in dem der Anspruch des Dritten durch Anerkenntnis, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil festgestellt wurde oder der Versicherungsnehmer den Dritten befriedigt hat. In den überwiegenden Fällen wird der Freistellungsanspruch aber – als Teil des einheitlichen Deckungsanspruchs – ohnehin bereits *durch Inanspruchnahme der*

versicherten Person fällig. Voraussetzung für den Freistellungsanspruch ist, dass im Haftpflichtverhältnis eine Ersatzpflicht des Versicherungsnehmers (der versicherten Personen) tatsächlich besteht.²¹³ § 154 Abs 1 VersVG wird durch die AVB-AVG weitgehend rezipiert (Fälligkeit des Freistellungsanspruchs: Art 4.1 Abs 3; Definition „berechtigter Schadenersatzverpflichtungen“: Art 4.1 Abs 2).

Der Fall, dass das versicherte Vorstandsmitglied Innenhaftungsansprüche der geschädigten Gesellschaft direkt befriedigt, um im Anschluss vom Versicherer potenziell²¹⁴ Ersatz zu erhalten, wird schon aufgrund der Regulierungsvollmacht des Versicherers kaum vorkommen. § 154 Abs 2 S 1 VersVG wahrt den versicherten Personen diese Möglichkeit aber und verbietet vertragliche Regelungen, die die Befriedigung des geschädigten Dritten mit Leistungsfreiheit sanktionieren (*Unwirksamkeit von Befriedigungsverboten*). Das Anerkenntnisverbot – regelmäßig vereinbart als sekundäre Obliegenheit – verhindert, dass versicherte Personen ihre Haftpflicht konstitutiv und ohne Einwilligung des Versicherers anerkennen, um sodann gem § 156 Abs 2 VersVG qua Bindungswirkung Leistung zu verlangen.²¹⁵ Zulässig sind lediglich Anerkenntnisse, deren Verweigerung durch den Versicherungsnehmer nach den Umständen offenbar unbillig gewesen wäre (§ 154 Abs 2 VersVG).²¹⁶ Durch die Regulierungs- und Prozessvollmacht des Versicherers im Haftpflichtverhältnis („Herr des Vertrages“) ist dieser Problemkreis aber stark abgeschwächt.

5.5. Regress nach Anspruchsabwehr/Freistellung

Stellt der Versicherer eine versicherte Person von einer Haftpflichtforderung frei, gehen Ansprüche der versicherten Person gegen Dritte qua Legalzession auf ihn über (§ 67 VersVG). Selbiges gilt für den Kostenerstattungsanspruch einer versicherten Person gegen den Anspruchsteller nach erfolgreicher Abwehr eines (unbegründeten) Anspruchs, die der Versicherer finanziert hat.²¹⁷ Der halbzwingende § 67 VersVG ist in der D&O-Versicherung als Haftpflicht- und somit Schadenversicherung anwendbar und erfasst in der Versicherung für fremde Rechnung unstrittig Ansprüche der versicherten Personen.²¹⁸ Die AVB wiederholen die Anordnung deklarativ in entsprechenden Klauseln (zB Art 10.3 AVB-AVG und Art 5.6 Allianz Protect D&O).

Wer ist aber in der D&O-Versicherung *Dritter iSd § 67 VersVG*? Der vielfach zitierte Stehsatz, dass Versicherte oder Versicherungsnehmer keine Dritten nach § 67 VersVG seien, ist unpräzise. Es kommt darauf an, ob das Interesse der jeweiligen Person im Vertrag geschützt ist.²¹⁹ Ist dies zu verneinen, können Ansprüche

207 Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 149 Rz 44; Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/54 mwN.

208 Zu Vor- und Nachteilen dieser Praxis Lange, D&O § 9 Rz 85.

209 Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 150 Rz 8 mwN.

210 Baumann in BK VVG § 150 Rz 3; Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/62.

211 Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-HB³ § 28 Rz 86.

212 Ramharter in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat² 47/62.

213 Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 402.

214 Baumann in BK VVG § 154 Rz 17 f und Rz 61; Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer, Kommentar zu den VersVG-Novellen (1998) § 154 Rz 1.

215 Baumann in BK VVG § 154 Rz 15.

216 Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 409; näher zur Unbilligkeit Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 154 Rz 11 ff.

217 Ertl in Fenyves/Schauer, VersVG § 67 Rz 21; Lange, D&O § 18 Rz 9 ff mwN.

218 Ertl in Fenyves/Schauer, VersVG § 67 Rz 3 f und Rz 6.

219 So bereits Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 329; Ertl in Fenyves/Schauer, VersVG § 67 Rz 12 ff; Armbrüster in Prölss/Martin, VVG³⁰ § 86 Rz 27.

auch gegen diese Personen übergehen. In einer Versicherung für fremde Rechnung, die nur ein (versicherungsvertragliches) Interesse versicherter Personen, nicht aber der Versicherungsnehmer schützt, ist der Regress gegen Letztere als „Dritte“ zulässig.²²⁰ Werden in Innenhaftungsfällen in der D&O-Versicherung Leistungen aus der Side-A-Dekung erbracht – greift also keine Eigenversicherung der Gesellschaft ein (siehe Punkt 2.3.) –, so gehen die Ansprüche der versicherten Personen gegen die versicherungsnehmende Gesellschaft gem § 67 VersVG auf den Versicherer über.²²¹ Ein mittelbares Regressverbot bewirkt der Deckungsbaustein des Company Reimbursement: Stellt der Versicherer eine versicherte Person von Außenhaftungsansprüchen frei, verhindert der Zweck des Company Reimbursement Cover, dass der ursprüngliche Freistellungsanspruch der versicherten Person gegen die Versicherungsnehmerin auf den Versicherer übergeht.²²² Ansprüche gegen andere versicherte Personen berechnen dann zum Regress, wenn diesen kein Versicherungsschutz zukommt, was va bei deckungsrechtlichen Einwendungen der Fall ist.²²³ Weitere potenzielle Regressschuldner sind Gesellschafter der Versicherungsnehmerin, aber auch Anwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, soweit ihnen fehlerhaftes Handeln vorwerfbar ist.²²⁴

6. Abschließende Bemerkungen

Die D&O-Versicherung hat in den letzten Jahren in Österreich endgültig Fuß gefasst und an Verbreitung gewonnen. Dies ist der auch hierzulande größer werdenden Bedeutung der Organhaftung (für den vorliegenden Zusammenhang: der Vorstandshaftung) – vor allem gegenüber der Gesellschaft – geschuldet. Nach ganz überwiegender Ansicht handelt es sich um eine *Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für die versicherten Organe*. Dass auch Eigeninteressen der Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) abgedeckt werden, macht die D&O-Versicherung nicht ohne Weiteres zur Eigenversicherung der Gesellschaft.

Trotz der wachsenden Verbreitung der D&O-Versicherung existiert *kein einheitlicher Bedingungsstandard*; in Österreich gibt es

nicht einmal Musterbedingungen des Versicherungsverbandes. Dies liegt daran, dass sich D&O-Versicherungen „von der Stange“ aufgrund der sehr verschiedenen individuellen Risiken verbieten. Die gängigen Bedingungswerke gehen vom (angloamerikanischen) Claims-made-Prinzip aus, wonach nicht der Verstoß, sondern die Anspruchserhebung den Versicherungsfall begründet, bei näherer Betrachtung wird jedoch die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes durch die Parteien festgelegt. Allerdings ist zu beachten, dass standardmäßig Nachhaftungen vereinbart werden und Umstandsmeldungen möglich sind.

Problematisch könnten die gängigen Versicherungsbedingungen mit Blick auf die *Versicherungssummen* sein. Neben den Kosteneinrechnungs- und Serienschadenklauseln ist vor allem das „Aufzehren“ der Versicherungssumme kritisch zu sehen. Der Vorstand läuft etwa Gefahr, dass die Versicherungssumme wegen Inanspruchnahme eines anderen Vorstandes oder des Aufsichtsrats erschöpft ist, selbst wenn gegen ihn das erste Mal ein Anspruch erhoben wird. Dies könnte im Lichte der Klauselkontrolle durchaus problematisch sein. Es ist daher davon auszugehen, dass auch in Zukunft verstärkt versucht werden wird, diesem Problem mit individuellen Lösungen (separate Deckungssummen für Vorstand und Aufsichtsrat, Wiederauffüllungsklauseln, Abwehrkostenzusatzlimits oder individuelle D&O-Versicherungen der Organe) Abhilfe zu schaffen.



Die Autoren:

Mag. Michael Hafner ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz in der Abteilung für Finanzmarktrecht.

✉ michael.hafner@jku.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Hafner/Michael

Foto: David Pichler



Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner leitet die Abteilung für Finanzmarktrecht am Institut für Zivilrecht der JKU Linz.

Jüngere Publikationen:

Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag – Durchgriff auf den Kreditvertrag? ÖBA 2018, 15; Lehrbuch Bürgerliches Recht, 5. Auflage (2016, gemeinsam mit Spitzer und Kodek); Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015/57; Versicherungsmakler und das FAGG, RdW 2015/148; Kommentierung der §§ 1c, 1d VersVG und des Internationalen Versicherungsrechts in Fenyves/Schauer (Hrsg), Kommentar zum VersVG (2014).

✉ Stefan.Perner@jku.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Perner/Stefan

Foto: Jürgen Angel

²²⁰ Schauer, *Versicherungsvertragsrecht*³ 329.

²²¹ Für § 86 dVVG ausf. Lange, D&O § 18 Rz 17 ff.

²²² Lange, D&O § 18 Rz 21 ff mwN.

²²³ Keine Regressmöglichkeit besteht gegen versicherte Personen, wenn die Inanspruchnahme außerhalb der Versicherungsdauer erfolgt. Dann besteht zwar faktisch kein Versicherungsschutz des Organs mehr, allerdings liegt die Inanspruchnahme im Regress allein in der Disposition des Versicherers, der es in der Hand hätte, sich einen Regressschuldner zu „schaffen“. Besondere Bedeutung entfaltet die Möglichkeit des Regresses bei weiteren versicherten Personen im Fall gesamtschuldnerischer Haftung. Vgl. zu diesen Aspekten Lange, D&O § 18 Rz 27 ff.

²²⁴ Detaillierte Ausführungen zB bei Lange, D&O § 18 Rz 17 ff.