

gressanspruch gegen schädigende Organwalter und Arbeitnehmer zuzulassen. Denn erst durch den Ausschluss wird – um mit dem OGH in Bezug auf Vereinbarungen über die Abgeltung von Verwaltungsstrafen zu sprechen – die Autorität jener Normen untergraben, deren Einhaltung zu fördern das eigentliche Ziel des Gesetzes ist.

## L. D & O-Versicherung

### 1. Wesen der D & O-Versicherung

Auch in Österreich ist es in den letzten Jahren – zumindest in etwas größeren Unternehmen – generell üblich geworden, zumindest das oberste Management und häufig auch die Mitglieder des Aufsichtsorgans (sowie manchmal auch leitende Angestellte) gegen die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme durch die Gesellschaft (allenfalls auch durch Dritte)<sup>915)</sup> zu versichern. In Unternehmensgruppen ist es üblich, dass die Organmitglieder (und allenfalls leitenden Angestellten) der gesamten Unternehmensgruppe in den Versicherungsschutz miteinbezogen werden.

Die D & O-Versicherung ist eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung (die häufig eine Vermögensschadens-Rechtsschutzversicherung inkludiert und manchmal auch mit strafrechtlichem Abwehrschutz verbunden ist). Es handelt sich um eine Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VersVG.<sup>916)</sup> Versicherungsnehmer und Prämienschuldner, also Vertragspartner des Versicherers, ist das Unternehmen; versicherte Personen sind die in den Versicherungsvertrag einbezogenen gegenwärtigen, ehemaligen und zukünftigen Organmitglieder (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und/oder Aufsichtsratsmitglieder), sowie häufig auch leitende Angestellte.<sup>917)</sup>

Die D & O-Versicherung ist vom sogenannten Anspruchserhebungsprinzip (claims made-Prinzip) geprägt.<sup>918)</sup> Versicherungsfall ist nicht die schadenstiftende Handlung oder der Eintritt des Schadens (bei der Gesellschaft), sondern die Geltendmachung des Haftpflichtanspruches gegenüber der versicherten Person. Versicherungsschutz besteht grundsätzlich dann, wenn ein Haftpflichtanspruch während der Dauer des Versicherungsvertrages (oder einer nach den Bedingungen zur Verfügung stehenden und vom Versicherungsnehmer erworbenen Nachmeldefrist) erstmals gegen die versicherte Person geltend gemacht wird.<sup>919)</sup>

<sup>915)</sup> Dies ist freilich in Österreich – ganz anders als im „Mutterland“ der D & O-Versicherung, den USA, wo Schadenersatzansprüche gegen directors meist nicht von der Gesellschaft, sondern von Aktionären im Wege sogenannter derivative lawsuits geltend gemacht werden – nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Möglich ist die Inanspruchnahme der Gesellschaftsorgane durch Dritte insb bei Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB), was bei der Verwirklichung von Straftatbeständen (zB § 255 AktG oder § 122 GmbHG) der Fall sein kann.

<sup>916)</sup> Vgl *Olbrich*, Die D & O-Versicherung<sup>2</sup> (2007) 53; *Dreher*, Die Rechtsnatur der D & O-Versicherung, DB 2005, 1669 (1670); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 1 Rz 14 unter Verweis auf die deutschen Bestimmungen der §§ 43 ff VVG; vgl auch OLG München, VersR 2005, 540 ff, 541.

<sup>917)</sup> *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 1 Rz 14.

<sup>918)</sup> Vgl näher *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungshandbuch<sup>2</sup> (2009) § 15 Rz 18; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 93 ff.

<sup>919)</sup> Dass dieses claims made-Prinzip in den in Österreich verwendeten Standard-Bedingungen in einer Art Vorbemerkung bzw einem „Hinweis“ vor den eigentlichen Versicherungsbedingungen gemacht wird (dies gilt auch für Deutschland und die vom Gesamtverband der deutschen

Üblicherweise stellen die Versicherungsbedingungen an die „Anspruchserhebung“ keine großen Anforderungen. Es ist weder erforderlich, die einen Schadenersatzanspruch begründenden Umstände bei der Schadensmeldung dem Versicherer darzulegen,<sup>920)</sup> noch, den Anspruch zu beziffern.<sup>921)</sup> Daraus ergibt sich zB auch, dass eine (in der Praxis regelmäßig ohnehin durch nähere Tatsachenumstände unterlegte) Meldung an den Versicherer, dass ein Schaden von „mindestens EUR 20 Mio“ eingetreten sei, der Versicherungsnehmer vorerst aber nur EUR 2 Mio (dies kann aus Kostengründen geschehen) geltend mache, regelmäßig (und mangels spezieller, besondere Voraussetzungen für die Schadensmeldung aufstellender Versicherung) auch als Schadensmeldung für die – und sei es auch deutlich – später erfolgte (gerichtliche) Geltendmachung des restlichen Schadens zu qualifizieren ist.

Aus dem Anspruchserhebungsprinzip (claims made-Prinzip) folgt, dass die D & O-Versicherung in ihrer reinen Ausprägung eine unbegrenzte Rückwärtsversicherung bedeutet.<sup>922)</sup> Eine solche liegt vor, wenn der Versicherungsschutz vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnt.<sup>923)</sup> In Deutschland, in dem all diese Rechtsfragen ungleich intensiver und schon länger diskutiert und auch von der Rechtsprechung behandelt werden, wird nicht zuletzt die Zulässigkeit des Anspruchserhebungsprinzips im Rahmen der vertraglichen Inhaltskontrolle ua mit den Vorteilen begründet, die die Versicherungsnehmer und Versicherten durch die Rückwärtsversicherung genießen.<sup>924)</sup>

## 2. Optimales D & O-Versicherungspaket

Gemessen an Deutschland, wo im Jahr 2013 nicht weniger als 6000 anhängige Gerichtsverfahren gegen Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder mit geschätzten rund 20 000 Beklagten anhängig waren, es in den allermeisten Fällen auch um D & O-Versicherungs-Rechtsfragen geht und wo mittlerweile jede zehnte (!) D & O-Polize von einer Schadensmeldung betroffen ist, muss man Österreich geradezu als „D & O-Entwicklungsland“, bestenfalls als „Schwellenland“ bezeichnen.<sup>925)</sup>

---

Versicherungswirtschaft herausgegebenen Musterbedingungen (vgl *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 94 ff), ist einigermaßen seltsam, weil es sich dabei ja um die Definition des Versicherungsfalles und damit um ein zentrales Element der Vertragsbedingungen handelt.

<sup>920)</sup> Die gegenteilige Annahme von *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungshandbuch<sup>2</sup> § 28 Rz 103; ebenso *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 115, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, weil jedenfalls in Österreich Versicherungsbedingungen kursieren, die diese Anforderungen nicht beinhalten, sondern nach denen es genügen würde, dem Versicherer mitzuteilen „unser ehemaliges Vorstandsmitglied XY hat uns großen Schaden zugefügt, den wir geltend zu machen gedenken“. Dies ist auch aus der Sicht des Versicherers insofern unproblematisch, als selbst eine solche, sehr reduzierte Schadensmeldung innerhalb der Vertragslaufzeit bzw des Nachmeldezeitraumes den Versicherer in die Lage versetzt, entsprechende Vorkehrungen zu treffen und vom Versicherer bzw der versicherten Person alle relevanten Auskünfte zu verlangen.

<sup>921)</sup> Insoweit gleichlautend *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 115.

<sup>922)</sup> Vgl *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 98, 102, 123 ff; *Ihlas*, D & O (2009) 367.

<sup>923)</sup> Vgl BGH VersR 1982, 841 ff, 843.

<sup>924)</sup> OLG München, VersR 2009, 1066 f; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D & O-Versicherung § 6 Rz 123.

<sup>925)</sup> Unser Dank für praktische Hinweise auf kundenoptimale D & O-Versicherungslösungen und den letzten Stand der in Deutschland geführten Diskussion gebührt Herrn Dr. Hendricks, ge-

Dieser Umstand manifestiert sich darin, dass auf dem österreichischen Markt nach wie vor (aus der Sicht der Versicherungsnehmer und Versicherten) schlechte Produkte verkauft werden, die im Schadensfall erhebliche Deckungslücken nach sich ziehen und oft böse Überraschungen bereiten. Wegen der oft geringen Erfahrung von Versicherungsnehmern, aber auch bei manchen von deren Beratern ist es Versicherern hierzulande möglich, Versicherungslösungen zu verkaufen, die wirklichen Belastungsproben oft nicht standzuhalten vermögen.

Dies beginnt damit, dass häufig D & O-Versicherungspolizzen zusätzlich einen Strafrechtsschutz enthalten, der durch die nähere Ausgestaltung jedoch oft fast völlig entwertet wird. Die „vorsätzliche Pflichtverletzung“ bildet fast immer einen Ausschlussbestand in der D & O-Versicherung. Die in Österreich verwendeten Standardbedingungen beinhalten für den Strafrechtsschutz, dh die vorläufige Abwehrdeckung für Strafverfahren, eine Klausel, der zufolge der Strafrechtsschutz (nur) dann besteht, wenn das Strafverfahren zumindest auch über Verstöße geführt wird, die einen unter den Versicherungsschutz fallenden (zivilrechtlichen) Ersatzanspruch zur Folge haben können. Das führt dazu, dass Versicherer auf der Basis dieser Standard-Klausel, deren rechtliche Zulässigkeit indes überhaupt fraglich ist, spätestens dann, wenn gegen eine versicherte Person eine Anklageschrift eingebracht wird, die sich ausschließlich auf Vorsatzdelikte stützt, die vorläufige Abwehrdeckung entzieht. Dies wird mit dem Argument entzogen, im Falle eines Freispruches läge gar keine Pflichtverletzung vor, und eine Verurteilung könne wegen des Ausschlusses „vorsätzlicher Pflichtverletzungen“ nicht zu einem unter den Versicherungsschutz fallenden Ersatzanspruch führen.

Da die „typischen Managerdelikte“ fast durchwegs Vorsatz-Straftatbestände sind“ (insb § 153 StGB oder § 255 AktG bzw § 122 GmbHG), wird auf der Grundlage solcher (möglicherweise indes gar nicht wirksamen) Klauseln und mit dieser Argumentation der strafrechtliche Abwehrschutz weitestgehend entwertet.

Unbedingt anzuraten ist daher, D & O-Zivilrechtsschutz und Strafrechtsschutz in getrennten Polizzen und auch bei getrennten Versicherern einzudecken. Die Deckung in ein- und derselben Versicherungspolizze schafft beim Versicherer einen immanenten Interessenkonflikt: Dieser muss ja geradezu daran interessiert sein, eine Verurteilung des Versicherten wegen eines Vorsatzdeliktes zu erreichen.

Vor allem in der deutschen Praxis findet man durchaus unterschiedlich formulierte Vorsatz-Ausschlussklauseln. Aus Sicht des Versicherungsnehmers/Versicherten anzustreben ist eine Regelung, bei der nur der direkte Vorsatz, nicht aber bedingter Vorsatz (dolus eventualis) ausgeschlossen ist.

Das Anspruchserhebungsprinzip (claims made-Prinzip) bringt mit sich, dass immer der Versicherungsumfang derjenigen Periode gilt, in der der Anspruch geltend gemacht (gemeldet) wird. Werden die Vertragsbedingungen später aus der Sicht des Versicherungsnehmers/Versicherten durch Einfügung zusätzlicher Ausschlüsse oder durch Reduktion der Deckungssumme verschlechtert, hat dies demzufolge rückwirkende Kraft.

Abhilfe dagegen schafft eine „Kontinuitätsgarantie-Klausel“, wonach dann, wenn der Versicherungsschutz durch Reduktion der Versicherungssumme oder zusätzliche

---

schäftsführender Gesellschafter der Hendricks & Co GmbH in Düsseldorf, einer auf D & O-Versicherungslösungen spezialisierten Makler-Gesellschaft.

Ausschlüsse eingeeengt wird, dies nur für nach den Änderungen begangene Pflichtverletzungen gilt.

Ein in Deutschland entwickeltes, ganz neues Produkt ist die „Two Tier Trigger Policy“.<sup>926)</sup> Mit dieser Versicherungspolizze soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass gerichtlich in Anspruch genommene Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer nicht selten Interesse daran haben, anderen (insb noch im Unternehmen befindlichen) Organmitgliedern, va den Mitgliedern des Aufsichtsrates, den Streit zu verkünden und sie in das Verfahren hineinzuziehen. Die Two Tier Trigger Policy statuiert die Streitverkündung als eigenen Versicherungsfall und beinhaltet quasi eine Auffangdeckung für den Aufsichtsrat in einer derartigen Interessenkonfliktsituation. Neben der Streitverkündung deckt dieses neue Versicherungsprodukt zB auch den Fall ab, dass die Versicherungsbedingungen vom Versicherer wegen unrichtiger Angaben bei Vertragsabschluss angefochten werden,<sup>927)</sup> und wo der Aufsichtsrat, der in den Versicherungsabschluss gar nicht involviert war, ohne Deckung dastünde, wenn die Bedingungen vom Versicherer erfolgreich angefochten werden. Schließlich dient die Two Tier Trigger Policy auch für den Fall der Summenausschöpfung (Deckungskonkurs).<sup>928)</sup>

Im Rahmen eines wirklich umfassenden D & O-Versicherungspaketes empfiehlt sich außerdem unbedingt eine D & O-Vermögensschadens-Rechtsschutzversicherung für den Fall der Deckungsablehnung durch den Versicherer (zB im Falle der Behauptung vorsätzlicher Pflichtverletzungen) oder für den Fall des Verbrauchs der Deckungssumme durch entsprechende Ersatzzahlungen.

Aus Deutschland wird sogar berichtet, dass in letzter Zeit Vorstandsmitglieder großer Unternehmen „heimlich“ auf eigene Kosten zusätzliche D & O-Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen abschließen, um für den Fall einer Schadensregulierung den in Deutschland in spektakulären Fällen der Vergangenheit (zB Siemens) von ehemaligen Organmitgliedern verlangten „Eigenbeitrag“ aus (vermeintlich) eigenen Mitteln decken zu können.

### 3. Anstellungsvertragliche D & O-Absicherungsklausel

Wie sieht nun eine aus der Sicht eines Vorstandsmitgliedes (Geschäftsführers) optimale anstellungsvertragliche D & O-Absicherung aus? Da der Versicherungsnehmer grundsätzlich nicht gehindert ist, den Versicherungsvertrag nach dem Ausscheiden eines Organmitgliedes zu kündigen und auch keine die aktienrechtliche Verjährungsfrist voll erfassende Nachmeldefrist einzudecken, wäre es zunächst erforderlich, im Anstellungsvertrag die Verpflichtung der Gesellschaft (des Versicherungsnehmers) vorzusehen, den Versicherungsschutz für zumindest fünf Jahre (dies ist die aktienrechtliche Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche) nach dem Ausscheiden des Vorstandsmitgliedes aus dem Mandat aufrechtzuerhalten.<sup>929)</sup>

---

<sup>926)</sup> Diesen Hinweis verdanken wir ebenfalls Herrn Dr. Hendricks.

<sup>927)</sup> Dies geschah zB bei der Deutschen Lufthansa AG.

<sup>928)</sup> Berichten von Herrn Dr. Hendricks zufolge betragen die Kosten für die Two Tier Trigger Policy im Fall einer Verdoppelung der Versicherungssumme nur rund 35% der Prämie für die Grundversicherung; die Kostenentwicklung ist daher nicht linear, sondern deutlich unterproportional.

<sup>929)</sup> Aufgrund des Umstandes, dass nach hM (vgl OGH 2 Ob 356/74 SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602; 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158; *Runggaldier/*