

I. Einleitung

A. Ausgangssituation

Managerhaftpflicht- oder D&O-Versicherungen haben – einem internationalen Trend folgend¹ – in den letzten Jahren auch in **Österreich weite Verbreitung** gefunden. Trotz der großen praktischen Relevanz dieses aus den USA importierten und erst schrittweise an den hiesigen Rechtsrahmen angepassten, „äußerst komplexen“² Versicherungsprodukts steht seine **wissenschaftliche Aufarbeitung** hierzulande **erst am Anfang**. Das gilt jedenfalls soweit man als Gradmesser die veröffentlichten Untersuchungen heranzieht. Es liegen zwar insbesondere einige Handbuchbeiträge³ sowie kleinere Arbeiten zu einzelnen Fragestellungen primär gesellschaftsrechtlicher⁴ und steuerrechtlicher⁵ Art vor⁶. Ein Blick nach Deutschland zeigt jedoch, dass das Reservoir ungelöster rechtlicher Probleme, vor allem versicherungsvertragsrechtlicher Natur, weitaus größer ist⁷. 1/1

Nachdem in Deutschland schon das Vorbild der kontinentaleuropäischen D&O-Versicherung, die US-amerikanische Directors' and Officers' Liability Insurance, das Interesse der Wissenschaft geweckt hatte⁸, wurde die vertiefte literarische Diskussion deutscher Produkte bereits vor mehr als 20 Jahren mit der Veröffentlichung einer Monografie von *Ihlas*⁹ angestoßen. Mittlerweile ist das **deutsche Schrifttum** – ähnlich wie jenes zur Managerhaftung – **fast unüberschaubar**¹⁰. Einerseits existieren eine Vielzahl von Kommentierungen der vom Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) entwickelten und regelmäßig aktualisierten Musterbedingungen, den Allgemeinen Versicherungsbedingungen 1/2

¹ Das weltweite Prämienvolumen wird seit vielen Jahren als zwischen sechs und neun Mrd USD liegend geschätzt: *Ihlas* in FS 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft 443. Der Markt in Österreich und Deutschland gilt als intransparent (s *Ihlas* in MüKo, VVG² III D&O Rz 7, wonach das Prämienvolumen in D zwischen 250 bis 500 Mio Euro liegen soll).

² So *Küpper-Dirks*, Managerhaftung und D&O-Versicherung 3.

³ S etwa *Gisch* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² (2011) 355; *Lanner* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 51; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, AR-HdB² (2016) Kap 47. Teile der vorliegenden Arbeit waren auch bereits Gegenstand jener Publikation bzw basieren darauf.

⁴ Bspw *Doralt/W. Doralt* in FS Koziol (2010) 565; *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169; *Gruber*, GesRZ 2012, 93; *Nowotny* in FS Fenyves (2013) 661.

⁵ S insb *Lachmayer/Sadlo*, RWZ 2015, 352.

⁶ Demnächst auch *Hafner/Perner*, D&O-Versicherung von Vorstandsmitgliedern, ZFR 2018 (in Druck).

⁷ Erwähnt sei an dieser Stelle, dass *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) das deutsche Recht behandeln.

⁸ *Scheifele*, Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika (1993); *Wollny*, Die Directors and Officers Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung) (1993); vgl allerdings auch aus österr Sicht *Ramharter*, D&O-Liability and Insurance (2005).

⁹ Organhaftung und Haftpflichtversicherung (1997).

¹⁰ Einen guten Überblick bieten etwa *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ (2015) § 28 sowie *Lenz* in *van Bühren*, HdB Versicherungsrecht⁷ (2017) § 25.

für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG)¹¹ sowie umfangreiche Gesamtdarstellungen¹². Andererseits wurden bereits Einzelaspekte der D&O-Versicherung¹³, ja selbst einzelne Klauseln, nicht nur in zahlreichen Aufsätzen¹⁴, sondern auch monografisch abgehandelt¹⁵. Der Schwerpunkt der Arbeiten verlagert sich dabei stets entsprechend der gerade aktuellen praktischen Bedeutung einzelner Themen. Dass das Spektrum des Meinungsstands jeweils die ganze Breite der involvierten Interessen widerspiegelt, versteht sich, wenn man das Recht primär als soziales System begreift, geradezu von selbst¹⁶.

1/3 Exemplarisch hervorzuheben seien an dieser Stelle nur die Frage, ob die Gesellschaft den Versicherer bei einem Innenhaftungsfall direkt auf Zahlung angehen kann¹⁷, die Auslegung und Wirksamkeit von Pflichtwidrigkeitsausschlüssen¹⁸, die mit der Verwendung des Anspruchserhebungsprinzips zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes verbundenen Probleme¹⁹, die Anrechnung von Verteidigungskosten auf die Versicherungssumme²⁰, die Verteilung einer etwaig unzureichenden Versicherungssumme auf mehrere Versicherte²¹ oder die Rechtsfolgen der Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht²².

¹¹ Genannt seien hier etwa jene von *Baumann, Gädtke* und *Henzler* in *Bruck/Möller*⁹ IV (2013) AVB-AVG; *Ihlas* in *MüKo, VVG*² III (2017) D&O; *Voit* in *Prölss/Martin, VVG*³⁰ (2018) AVB-AVG; *Haehling von Lanzenauer/Kreienkamp* in *Looschelders/Pohlmann, VVG*³ (2016) D&O-Versicherung und Persönliche Selbstbehaltsversicherung; *Seitz/Finkel* in *Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung – Kommentar zu den AVB-AVG* (2016).

¹² *Ihlas, D&O – Directors and Officers Liability*² (2009); *Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung* (2014).

¹³ S insb *Pammler*; *Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts – Eine Arbeit über den Einfluss der D&O-Versicherung auf die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft und die daraus zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen* (2006); *Schramm, Das Anspruchserhebungsprinzip – Ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes* (2009); *Rudzio, Vorvertragliche Anzeigepflicht bei der D&O-Versicherung der Aktiengesellschaft* (2010); *Ingwersen, Die Stellung des Versicherungsnehmers bei Innenhaftungsfällen in der D&O-Versicherung* (2011); *Ruttman, Die Versicherbarkeit von Geldstrafen, Geldbußen, Strafschadenersatz und Regressansprüchen in der D&O-Versicherung* (2014); *Peppersack, Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren in der D&O-Versicherung – Auswirkungen unzureichender Deckungssummen und deren Lösungsmöglichkeiten* (2017).

¹⁴ Insoweit sei auf die Nachweise im Literaturverzeichnis verwiesen.

¹⁵ *Schweitzer, Zulässigkeit der Ausschlussklauseln für Vorsatz und wissentliches Handeln in der D&O-Versicherung* (2013); *Dilling, Die Wirksamkeit der Risikoausschlüsse für wissentliche und vorsätzliche Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung* (2015); *Reppen, Die Wirksamkeit von Kostenanrechnungsklauseln in der D&O-Versicherung* (2017).

¹⁶ Vgl auch den Hinweis von *Ihlas, D&O*² 47.

¹⁷ Rz 3/67 ff.

¹⁸ Rz 5/27 ff.

¹⁹ Rz 5/89 ff.

²⁰ Rz 6/35 ff.

²¹ Rz 6/55 ff.

²² Kapitel VII.

B. Ziel und Gang der Untersuchung

Für **Österreich** erweist sich die eben geschilderte Ausgangssituation insofern als herausfordernd, als das deutsche Recht dem österreichischen trotz der als bekannt vorauszusetzenden Entwicklungen in den letzten Jahren²³ und Jahrzehnten²⁴ historisch bedingt²⁵ immer noch zu ähnlich ist, um die Diskussion in Deutschland zu ignorieren²⁶. Zudem lehnen sich viele der in Österreich angebotenen Bedingungswerke – Musterbedingungen des Verbands der Versicherungsunternehmen Österreichs (VVO) liegen nicht vor – eng an deutsche Vorbilder an. 1/4

Gerade die feinen Unterschiede in Gesetz und Rechtsprechung mahnen freilich zu besonderer Vorsicht bei der Übernahme von Literatur und Judikatur, zumal die Diskussion zur D&O-Versicherung ja auch in Deutschland im Fluss ist und ihre dogmatische Durchdringung vor wenigen Jahren selbst noch als in ihren Anfängen begriffen beschrieben wurde²⁷. Man kann sich auch manchmal des Eindrucks nicht erwehren, dass der Konjunkturzyklus einzelner Themen nicht stets darauf zurückzuführen ist, dass diese einer hieb- und stichfesten Lösung oder abschließenden gerichtlichen Klärung zugeführt wurden²⁸. Mitunter – und vielleicht auch nur temporär²⁹ – dürften schlicht die sogenannten Anfragen aus der Praxis dringlichere Anliegen zum Gegenstand der Forschung erkoren haben. 1/5

Vor diesem Hintergrund erweist es sich als geboten, das Thema D&O-Versicherung für das österreichische Recht – selbstverständlich unter Berücksichtigung des Meinungsstands in Deutschland – nochmals grundlegend anzugehen. Angesichts des umfangreichen zum deutschen Recht vorliegenden Schrifttums muss im Hinblick auf die dabei behandelten Themen freilich eine Auswahl getroffen werden. Eine Reihe auch praktisch wichtiger Detailfragen – etwa jene in Zusammenhang mit Konzernpolizzen oder internationalen Versicherungsprogrammen³⁰ – muss mit anderen Worten ausgeklammert bleiben. Im Zentrum der vorliegenden Untersu- 1/6

²³ *Fenyves*, ZVersWiss 1997, 295 (insb zu den Abweichungen seit der VersVG-Novelle 1994).

²⁴ *Fenyves*, ZVersWiss 2016, 463 (insb zu den Abweichungen seit dem VVG 2008 in D und den VersVG-Novellen 2012 und 2013 in Ö).

²⁵ S zuletzt *Fenyves*, ZVersWiss 2016, 463 (465 ff) mwN.

²⁶ Es wird jedoch, wo dies im jeweiligen Kontext vorzugswürdig erscheint, auf ältere Lit zur dem österr Recht ähnlicheren Rechtslage verwiesen.

²⁷ *Koch*, ZVersWiss 2012, 151 (152).

²⁸ Höchstgerichtliche Urteile zur D&O-Versicherung sind rar: vgl aber OGH 19.11.2015, 7 Ob 137/15w, ÖJZ 2016, 512 (zu einer Serienschadenklausel); 28.2.2018, 6 Ob 35/18t (zum Abschluss einer D&O-Versicherung einer Privatstiftung); BGH 12.9.2012, IV ZR 171/11, VersR 2012, 1508 (*Koch*) (zur Gefährerhöhung); BGH 13.4.2016, IV ZR 304/13, BGHZ 209, 373 = VersR 2016, 788; fast gleichlautend BGH 13.4.2016, IV ZR 51/14 (zur Abtretung und zur Ernstlichkeit der Anspruchserhebung); jüngst BGH 5.4.2017, IV ZR 360/15, WM 2017, 865 = ZIP 2017, 881 (zur Befugnis zur Führung eines vorweggenommenen Deckungsprozesses durch die Gesellschaft als geschädigte Dritte).

²⁹ Vgl etwa das Wiederaufflammen der längst erledigt geglaubten Diskussion um die Pflichtwidrigkeitsausschlüsse (Rz 5/27 ff).

³⁰ S dazu aber insb *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 12; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 23; zu Aspekten des **IPR** s auch *Ludwichowska/Thiede* in *Deakin/Kozioł/Riss*, D&O Liability 809.

chung sollen aber die zentralen **dogmatischen Grund- und Strukturfragen** sowie eine Auswahl besonders **praxisrelevanter Streitfragen** stehen.

- 1/7 Dass ersteren besonderes Augenmerk zu Teil wird, sollte gerade auch den Bedürfnissen der Praxis gerecht werden. So sei die These gewagt, dass die gerne bemühten Besonderheiten „in der D&O“ oft gar keine sind, sondern eher Ausdruck manelnder dogmatischer Aufarbeitung versicherungsrechtlicher Prinzipien im Allgemeinen und zentraler haftpflicht-versicherungsrechtlicher Wertungen im Besonderen. Zudem erfordert gerade die Lösung innovativer Einzelfragen anhand grundlegender gesetzlicher Wertungen tiefere Einsichten in rechtliche bzw gesetzgeberische Wertungsentscheidungen und Weichenstellungen struktureller Natur. Die Notwendigkeit, den Blick für das große Ganze und die Zusammenhänge einzelner Problemkreise zu schärfen³¹, sollte sich bei näherer Befassung mit den hier behandelten Problemkreisen erhärten.
- 1/8 Die vorliegende Untersuchung widmet sich zunächst den **Grundlagen der D&O-Versicherung** (II). Nach einer Klärung des Begriffs der D&O-Versicherung und ihrer Rechtsnatur im Sinne einer Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung (A.1), die mit dem Company Reimbursement und dem Entity Cover auch Elemente einer Eigenversicherung enthält (A.2), werden die sich daraus ergebenden Interessenkonflikte erörtert (A.3). Anschließend sollen die zentralen **gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen** aufgegriffen werden: die Zulässigkeit der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung (B.1) sowie die Frage der internen Zuständigkeit bei ihrem Abschluss (B.2). An die daraus gewonnenen Erkenntnisse knüpft sich ein Exkurs zur steuerlichen Behandlung der D&O-Versicherung (B.3).
- 1/9 Die Ausgestaltung der D&O-Versicherung als Gruppenhaftpflichtversicherung führt zum Entstehen eines komplexen Netzes von Rechtsverhältnissen. Kapitel III widmet sich nach einem einleitenden Überblick (A) den wichtigsten **Rechtsverhältnissen in der D&O-Versicherung**: jenen zwischen der Gesellschaft und dem Versicherer (B) sowie zwischen den Versicherten und dem Versicherer (C), der Beziehung zwischen dem geschädigten Dritten und dem Versicherer (D) sowie dem Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Versicherten (E).
- 1/10 Zentral für das Verständnis der D&O-Versicherung und daher in einem eigenen Kapitel (IV) zu behandeln ist – wie näher zu erläutern sein wird (A) – die Bedeutung des Begriffs des **Versicherungsfalls** im Allgemeinen (B) und in der Haftpflicht- und D&O-Versicherung im Besonderen (C). Primär wird darzulegen sein, dass zumindest gedanklich zwischen dem Begriff des Versicherungsfalls und der für die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes maßgeblichen Tatsache zu unterscheiden ist.
- 1/11 Das **versicherte Risiko** in der D&O-Versicherung (Kapitel V) kann im Rahmen dieser Arbeit nur im Überblick dargestellt werden (A). Dafür sollen zwei praktisch besonders wichtige und auch aus dogmatischer Sicht spannende Themen näher erörtert werden: der **Pflichtwidrigkeitsausschluss** (B) und – aufbauend auf den Erkenntnissen des Kapitels zum Versicherungsfall – die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes nach dem **Anspruchserhebungsprinzip** (C).

³¹ Eine Vielzahl von Querverweisen soll dies erleichtern.

Was Fragen der **Leistungspflicht des Versicherers** (Kapitel VI) angeht, kann vielfach auf die L und Rsp zur allgemeinen Haftpflichtversicherung zurückgegriffen werden. Es wird sich zwar zeigen, dass eine Reihe interessanter Fragen für das österreichische Recht noch eine nähere Aufarbeitung lohnen würde. Im Rahmen dieser Untersuchung ist der Fokus freilich primär auf jene Aspekte – insbesondere im Zusammenhang mit der Begrenzung der Leistungspflicht des Versicherers – zu richten, die in der D&O-Versicherung besondere Bedeutung erlangt haben. Hervorzuheben sind Fragen der Wirksamkeit von **Kosteneinrechnungs-** und **Serienschadenklauseln** sowie die **Verteilung der unzureichenden Versicherungssumme** unter mehreren Versicherten. 1/12

Stellvertretend für die Obliegenheiten in der D&O-Versicherung kann im Rahmen dieser Arbeit nur die **vorvertragliche Anzeigepflicht** näher erörtert werden (Kapitel VII). Die sich an ihre Verletzung knüpfenden Rechtsfolgen werden nicht von ungefähr als „schärfstes Schwert“ des Versicherers zur Abwehr seiner Leistungspflicht bezeichnet³². 1/13

Die Untersuchung schließt mit einer **Zusammenfassung** der wichtigsten Ergebnisse (Kapitel VIII). 1/14

³² Koch, WM 2007, 2173 (2183).

II. Grundlagen der D&O-Versicherung

A. Begriff und Rechtsquellen der D&O-Versicherung

1. Gruppenhaftpflichtversicherung für Unternehmensleiter

2/1 Zur Absicherung der persönlichen Haftung von Unternehmensleitern kommen mehrere Arten von Deckungskonzepten in Betracht: Grundsätzlich könnte ein einzelnes Organmitglied eine Versicherung zur Deckung seines eigenen Haftpflichtrisikos abschließen. Solche Eigen- und Einzelversicherungen (**Persönliche D&O-Versicherungen**) sind jedoch, auch wenn sie jüngst offenbar vermehrt angeboten werden, immer noch relativ selten³³. Von eher theoretischer Natur sind auch Versicherungen für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VersVG, bei denen eine Gesellschaft als Versicherungsnehmerin eine Versicherung für *ein* bestimmtes Organmitglied abschließt und nicht bloß die Prämie für eine persönliche D&O-Versicherung ersetzt.

2/2 Dem Vorbild³⁴ der US-amerikanischen D&O-Versicherung („Directors‘ and Officers‘ Liability Insurance“)³⁵ folgend sind auch im deutschsprachigen Raum Deckungskonzepte üblich, die aus mehreren Bausteinen bestehen³⁶ und bei deren Grunddeckung, der **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter**³⁷ im engeren Sinn (auch: Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte oder Berufshaftpflichtversicherung für Manager³⁸ bzw. „Personal Cover“, „Cover A“, „Side A“, „Clause 1“³⁹) oder kurz „D&O“⁴⁰ es sich zwar ebenfalls um eine Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung handelt (§§ 149 ff iVm §§ 74 ff VersVG), allerdings um eine **Gruppenhaftpflichtversicherung**, die von einer Gesellschaft für sämtliche ihrer Organmit-

³³ S allerdings noch Rz 2/49 ff.

³⁴ Zur **historischen Entwicklung** s insb *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ § 28 Rz 2 ff; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 1 Rz 43 ff; *Ihlas*, D&O² 89 ff; *Pammler*, Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts 23 ff; *Schillinger*, VersR 2005, 1484.

³⁵ Dazu näher *Scheifele*, Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika; *Wollny*, Die Directors and Officers Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung); *Ramharter*, D&O-Liability and Insurance; aus der US-amerikanischen Literatur *Knepper/Bailey*, Liability of Corporate Officers and Directors⁷.

³⁶ Zu Company Reimbursement und Entity Cover s Rz 2/36 ff.

³⁷ Für viele *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ § 28 Rz 1; ähnlich *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 1 („Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder juristischer Personen“). Zur **Abgrenzung** der D&O-Versicherung als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu anderen Versicherungen s insb *Ihlas*, D&O² 58 ff.

³⁸ *Lenz* in *van Bühren*, HdB Versicherungsrecht⁷ § 25 Rz 1 mwN. S ferner OLG München 15.3.2005, 25 U 3940/04, VersR 2005, 540 = DB 2005, 1675 = ZIP 2005, 1556 = AG 2005, 817 = WM 2006, 452: „freiwillige Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder juristischer Personen“.

³⁹ Vgl bloß *Ihlas*, D&O² 323; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 1 Rz 3, § 3 Rz 20.

⁴⁰ *Ihlas* in MüKo, VVG² III D&O Rz 1.

glieder und – in der Regel auch – ihrer leitenden Angestellten („Firmenpolizze“) oder für die Organmitglieder und leitenden Angestellten des Konzerns („Konzernpolizze“) abgeschlossen wird⁴¹.

a) Haftpflichtversicherung (§§ 149 ff VersVG)

Gegenstand der Grunddeckung einer D&O-Versicherung ist üblicherweise die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter (**Rechtsschutzanspruch**) und die Befriedigung begründeter gegen versicherte Personen erhobener Haftpflichtansprüche (Freistellungs- oder **Befreiungsanspruch** im engeren Sinn)⁴². Bei der Grunddeckung einer D&O-Versicherung handelt es sich daher um eine Haftpflichtversicherung (§§ 149 ff VersVG)⁴³. Der aus den genannten Komponenten zusammengesetzte haftpflichtversicherungsrechtliche Befreiungsanspruch im weiteren Sinn wird im fünften Kapitel ausführlich erörtert. 2/3

aa) Innenverhältnisdeckung als unechte Eigenschadendeckung?

Die in der älteren Literatur teilweise vertretene Ansicht, bei der Deckung von Haftpflichtansprüchen der Gesellschaft gegen versicherte Organmitglieder („**Innenverhältnisdeckung**“) handle es sich um eine Art Eigenschadenversicherung⁴⁴, wird heute zu Recht nicht mehr vertreten. Für Verwirrung dürfte in diesem Zusammenhang gesorgt haben, dass die – rechtlich ohne weiteres mögliche – Versicherung von Haftpflichtansprüchen der Versicherungsnehmerin gegen Versicherte als „**unechte Eigenschadendeckung**“ bezeichnet wird, ohne dass dies allerdings etwas an der Rechtsnatur der Versicherung als Haftpflichtversicherung ändern würde⁴⁵. Die D&O-Versicherung lässt sich aber, weil die Leistung aus dem Befreiungsanspruch im engeren Sinn bei Innenverhältnisansprüchen de facto auch der versicherungsnehmenden Gesellschaft zugute kommt, als „**atypische Fremdversicherung**“ bezeichnen⁴⁶. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei jedoch betont, dass die in der Praxis oftmals beschworene „Bilanzschutzfunktion“ der 2/4

⁴¹ Grundlegend zur Rechtsnatur der D&O-Versicherung *Koch*, GmbHR 2004, 18 (22 ff); *Dreher*, DB 2005, 1669; zur Begrifflichkeit s *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 6 Rz 2.

⁴² Vgl *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ § 28 Rz 84; allg zur Haftpflichtversicherung s *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 401 ff.

⁴³ Grundlegend *Koch*, GmbHR 2004, 18 (23 f); *Dreher*, DB 2005, 1669, OLG München 15.3.2005, 25 U 3940/04, VersR 2005, 540 = DB 2005, 1675 = ZIP 2005, 1556 = AG 2005, 817 = WM 2006, 452.

⁴⁴ So insb *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung 244; *Ihlas/Stute*, Beilage zu Phi 3/2003, 7 (15); *Säcker*, VersR 2005, 10 ff.

⁴⁵ S *Baumann* in BK § 149 Rz 119, der gerade das Beispiel der D&O-Versicherung erwähnt; auf *Koch*, GmbHR 2004, 18 (23 FN 44); ferner *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 19.

⁴⁶ Vgl *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 15; ferner *Kraus*, Die Versicherung für fremde Rechnung 65, der zu Recht darauf hinweist, dass es sich beim Schutz der Gesellschaft um eine bloße „Reflexwirkung“ handelt, aber – und insoweit durchaus etwas missverständlich – davon spricht, dass die D&O-Versicherung Elemente einer Eigenversicherung aufweist, ohne auf Company Reimbursement und Entity Cover hinzuweisen.

D&O-Versicherung allenfalls ein Reflex des Schutzes der versicherten Personen ist⁴⁷. Schon gar nicht aber handelt es sich bei der D&O-Versicherung einer AG um eine „Produkthaftpflichtversicherung für das Produkt Aktie“⁴⁸.

bb) Schadensversicherung

- 2/5 Als Haftpflichtversicherung der versicherten Unternehmensleiter zählt die D&O-Versicherung zur Passivenversicherung⁴⁹ und damit zur Schadensversicherung⁵⁰. Neben den für sämtliche Versicherungszweige geltenden Bestimmungen des Ersten Abschnitts (§§ 1 bis 48), kommen daher auch die **Vorschriften des Ersten Kapitels des Zweiten Abschnitts** (§§ 49 bis 80) des VersVG zur Anwendung (Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung), soweit ihnen nicht durch die spezielleren Normen zur Haftpflichtversicherung (§§ 149 ff VersVG) oder (wirksame) vertragliche Vereinbarungen derogiert wird. Da die D&O-Versicherung mangels einer gesetzlichen Verpflichtung zu ihrem Abschluss zur freiwilligen Haftpflichtversicherung zählt⁵¹, kommen die besonderen Vorschriften über die Pflichtversicherung (§§ 158b ff VersVG) nicht zur Anwendung.
- 2/6 Aber selbst bei der Heranziehung der allgemeinen Bestimmungen zur Haftpflichtversicherung ist heute insofern Vorsicht geboten, als diesen die Vorstellung zugrunde liegt, der Versicherer erbringe eine schlichte Geldleistung (vgl §§ 49, 149, 150 VersVG)⁵². Da es sich beim Haftpflichtversicherungsanspruch in seiner in der Vertragspraxis seit langem⁵³ üblichen und auch in der D&O-Versicherung regelmäßig zum Einsatz kommenden Ausgestaltung um eine versicherungsrechtlich determinierte **Sonderform eines umfassenden Befreiungsanspruchs** (vgl § 1404 ABGB)⁵⁴ handelt, der mit dem Rechtsschutzanspruch als einer seiner Ausprägungen auch auftragsrechtliche Elemente enthält⁵⁵, gilt es stets zu berücksichtigen, was dies für die Auslegung der konkreten Bestimmung bedeutet. Vorsicht ist auch insofern angebracht, als die Kommentarliteratur teilweise nicht klar offenlegt, ob sie sich auf das Gesetz oder bestimmte AVB bezieht.

⁴⁷ Selbst insofern zweifelnd allerdings aus der Sicht der Praxis *Fassbach/Wettich*, GWR 2016, 199 (200). S dazu Rz 2/72. Zu Recht gegen die angebliche Bilanzschutzfunktion eintretend auch *Ihlas* in MüKo, VVG² III D&O Rz 651 mwN.

⁴⁸ Krit auch *Ihlas* in FS 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft 423 (zu den Verkaufsargumenten zur Einführung der D&O-Versicherung in D).

⁴⁹ Dazu sogleich Rz 2/7.

⁵⁰ *Dreher*, DB 2005, 1669 (1670); zur Haftpflichtversicherung als Schadensversicherung s instruktiv *Möller* in *Oberbach*, Haftpflichtversicherung B 2, 1 f.

⁵¹ Statt aller *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 3 mwN.

⁵² Wie in der Lit insb *Möller* in *Oberbach*, Haftpflichtversicherung B 2, 20 f mwN betont hat, war der Versicherer zwar berechtigt, an den Dritten zu zahlen; dazu verpflichtet war er jedoch nur auf Verlangen des Versicherungsnehmers. Vgl idS auch bereits *Motive* zum VVG 204, 211; ferner RG 28.1.2013, I 395/12, RGZ 81, 250.

⁵³ Vgl bereits RG 5.2.1909, VII 186/08, RGZ 70, 257; ausf *Johannsen* in *Bruck/Möller*⁸ IV Anm B 32 ff mwN.

⁵⁴ S nur *Thöni* in *Klang*³ § 1404 Rz 13 FN 47 mwN.

⁵⁵ Ausf *Baumann* in BK § 149 Rz 4 ff; *derselbe* in FS Zivilrechtslehrer 25. S auch noch Rz 6/20.

cc) Passivenversicherung

Als Passivenversicherung dient die D&O-Versicherung dem **Schutz des Vermögens der Versicherten** gegen Belastungen durch Aufwendungen („Abwehrfunktion“) und Verbindlichkeiten („Schadenausgleichsfunktion“)⁵⁶. Diese Arten von Belastungen (und nicht der Schaden des geschädigten Dritten) stellen den versicherten Schaden iSd § 49 VersVG dar⁵⁷. Schutzobjekt der Passivenversicherung ist somit das gesamte Vermögen des jeweiligen Versicherten⁵⁸. 2/7

Dadurch unterscheidet sich die Passivenversicherung von der anderen Ausprägung der Schadensversicherung, der Aktivenversicherung, die auch als Versicherung mit besonderem Schutzobjekt bezeichnet wird⁵⁹. Versichert ist dort die Wertbeziehung des Versicherten zu einem bestimmten Rechtsgut, wobei die Wertbeziehung des Versicherten zu diesem Rechtsgut, dessen Beeinträchtigung zu einem Schaden im versicherungsrechtlichen Sinne (§ 49 VersVG) führt, als **versichertes Interesse** bezeichnet wird⁶⁰. Da die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die den Begriff des Interesses verwenden, primär auf die Aktivenversicherung zugeschnitten sind (§§ 51, 58 f VersVG; vgl aber §§ 68, 80 VersVG)⁶¹, lässt sich in der Passivenversicherung von einem versicherten Interesse nur insoweit und im untechnischen Sinne sprechen, als das Interesse der Versicherten am Erhalt ihres Vermögens versichert wird⁶². 2/8

Praktisch besonders bedeutsame Konsequenz der Tatsache, dass Passiven für den Versicherungsnehmer keinen Wert, sondern nur einen „Unwert“ haben⁶³, ist – 2/9

⁵⁶ Zur D&O-Versicherung als Passivenversicherung *Dreher*, DB 2005, 1669 (1670); zur Haftpflichtversicherung als Passivenversicherung s *Möller* in *Oberbach*, Haftpflichtversicherung B 2, 2 f, 5 („Schuldenversicherung“); vgl auch allg *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 152, 171; zur Abwehr- und Schadenausgleichsfunktion der D&O-Versicherung s *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ § 28 Rz 84.

⁵⁷ Vgl bereits Motive zum VVG 201 ff. **Mittelbare Schäden**, die über die Schadenersatzpflicht bzw die Verteidigungskosten hinausgehen, sind hingegen grundsätzlich nicht ersatzpflichtig (vgl aaO 202). In der D&O-Versicherung sorgen jedoch **zusätzliche Deckungsbestandteile** („Gimmicks“) sehr wohl auch für den Ersatz bestimmter mittelbarer Schäden, bspw für Public-Relations-Dienstleistungen („Reputationsschutz“) oder Assistance-Leistungen wie psychologische Betreuung, Erstattung von Reisekosten oder – geradezu klischeehaft – ersatzweise Stellung eines Dienstwagens (zu alldem näher *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 14 Rz 131 ff; *Aichinger* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht und D&O-Versicherung 2016, 35; zum Bedingungsnetzwahl in der D&O-Versicherung in den letzten Jahren s auch schon *Klinkhammer*, VP 2011, 157, 181). Die Entwicklung zum „**Wellness-Paket**“ geht in der Managerrechtsschutzversicherung, aber auch in der D&O-Versicherung sogar so weit, dass „U-Haft-Taggelder“ angeboten werden (ausf – und sich bewusst einer Wertung enthaltend – *Gisch* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz 131 f; vgl ferner *Aichinger* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht und D&O-Versicherung 2016, 38).

⁵⁸ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 171.

⁵⁹ Zu alldem allg *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 152.

⁶⁰ Ausführlich zum Interessebegriff *Schauer* in BK, Vorbem zu §§ 49–68a Rz 43 ff mwN.

⁶¹ Dazu näher *Möller* in *Oberbach*, Haftpflichtversicherung B 2, 3 f.

⁶² Vgl *Schauer* in BK, Vorbem zu §§ 49–68a Rz 45; s auch *derselbe*, Versicherungsvertragsrecht³ 171.

⁶³ So anschaulich *Möller* in *Oberbach*, Haftpflichtversicherung B 2, 3.

gerade für die D&O-Versicherung – die **Nichtanwendbarkeit der Regeln über die Unterversicherung** (vgl § 56 VersVG)⁶⁴: Selbst wenn die Ansprüche des Dritten die Versicherungssumme übersteigen hat der Versicherer – daher unabhängig davon, ob diese letztendlich berechtigt sind oder nicht⁶⁵ – Rechtsschutzleistungen in voller Höhe und nicht etwa nur nach dem Verhältnis zwischen der Versicherungssumme und den Ansprüchen des Dritten zu leisten⁶⁶. Abweichende, in der D&O-Versicherung allerdings offenbar nicht übliche⁶⁷ und daher nicht näher zu erläuternde Vereinbarungen (**Aliquotierungsklauseln**)⁶⁸ unterlägen der Geltungs- (§ 864a ABGB) und Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB⁶⁹. Denkbar wäre es auch zu vereinbaren, dass Kosten nur, aber immerhin nach dem Streitwert in Höhe der Versicherungssumme ersetzt werden, wenn die Ansprüche die Versicherungssumme übersteigen⁷⁰.

dd) Zwischenergebnis

2/10 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung de iure primär⁷¹ dem **Schutz des Vermögens der versicherten Organmitglieder** (bzw sonstiger mitversicherter Personen) dient⁷². Das wirtschaftliche Interesse der Gesellschaft an der Erhöhung der Wahrscheinlichkeit, Schadenersatzforderungen gegen ihre Organmitglieder auch tatsächlich einbringen zu können, wird durch den Abschluss einer D&O-Versicherung lediglich mittelbar gefördert⁷³.

⁶⁴ So ausdrücklich Motive zum VVG 203, die dies mit dem teleologischen Argument absichern, dass sich der **Umfang der Verbindlichkeiten**, welche möglicherweise entstehen werden, **regelmäßig einer Schätzung entzieht**, weshalb der Wert des versicherten Interesses nicht festgestellt werden könne. Die Untersuchung *Wilhelmers*, VR 2012 H 9, 15 zur Kostenaliquotierung beruht daher, indem postuliert wird, dass § 150 VersVG nichts dazu sage, ob bei unberechtigten Haftpflichtansprüchen, die jedenfalls nach § 150 Abs 1 VersVG abzuwehren sind, eine Aliquotierung statthaft ist (aaO 15), auf einer unzutreffenden Prämisse. Dies wird zwar später relativiert (aaO 22), ohne dass daraus aber Konsequenzen gezogen würden: vgl nämlich wieder *Wilhelmer*, ZFR 2015, 53 (54, 56).

⁶⁵ Zur Auslegung von Aliquotierungsklauseln s *Wilhelmer*, VR 2012 H 9, 53 (54 ff) mwN.

⁶⁶ Vgl Motive zum VVG 203. Im Hinblick auf unbegründete Ansprüche leitet dies der OGH 23.5.2013, 7 Ob 60/13v, Verse 2477 aus der Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung ab. Krit dazu im Hinblick auf die konkrete Klausel *Wilhelmer*, ZFR 2015, 53 (54 ff).

⁶⁷ So *Wilhelmer*, ZFR 2015, 53 (56 FN 25). In der D&O-Versicherung sollen „dafür“ Verteidigungskosten auf die Versicherungssumme angerechnet werden: ausf und krit zu **Kosteneinrechnungsklauseln** Rz 6/35 ff.

⁶⁸ Für ein Klauselbeispiel s *Ihlas* in MüKo, VVG² III D&O Rz 532 f (mit dem Hinweis auf die Unüblichkeit derartiger Klauseln).

⁶⁹ Zur hier nicht näher zu untersuchenden Wirksamkeit von Aliquotierungsklauseln s *Wilhelmer*, VR 2012 H 9, 15 (22 f); *derselbe*, ZFR 2015, 53 (56 f).

⁷⁰ Dazu näher *Baumann* in Bruck/Möller⁹ IV Ziff 4 AVB-AVG 2011/2013 Rz 35 mwN, der auch darlegt, dass es im Zweifel auf die begründeten Ansprüche ankommt, weil andernfalls der Versicherte der Willkür des Gegners ausgeliefert wäre; *Lenz* in *van Bühren*, HdB Versicherungsrecht⁷ § 25 Rz 135; weitere Klauselvarianten bei *Ihlas* in MüKo, VVG² III D&O Rz 514, 532 ff.

⁷¹ Zum **Company Reimbursement Cover** und zum **Entity Cover** s aber Rz 2/36 ff.

⁷² *Dreher*, DB 2005, 1669 (1671 ff).

⁷³ Statt aller *Dreher*, DB 2005, 1669 (1670 ff); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 20; *Baumann* in Bruck/Möller⁹ IV AVB-AVG 2011/2013 Einf Rz 13 f.

ee) Alternative Deckungskonzepte

Von der theoretisch bestehenden Möglichkeit der Gesellschaft, anstatt einer D&O-Versicherung eine **Eigenschadenversicherung** abzuschließen⁷⁴, wird in der Praxis derzeit offenbar nicht Gebrauch gemacht⁷⁵. Gegenstand einer solchen Versicherung wäre der Ersatz von Schäden, die die Gesellschaft infolge von Pflichtverletzungen ihrer Organmitglieder erleidet⁷⁶. 2/11

Denkbar wäre auch der Abschluss einer Art **Forderungsausfallversicherung** für den Fall der Uneinbringlichkeit von Schadenersatzforderungen⁷⁷. Die Leistungspflicht des Versicherers könnte in diesen Fällen von der Feststellung der Vorfrage der Haftung im Deckungsprozess zwischen versicherter Gesellschaft und Versicherer abhängig gemacht werden⁷⁸. Mit der Erbringung der Leistung durch den Versicherer gingen etwaige Haftpflichtansprüche von der Gesellschaft auf den Versicherer über (§ 67 VersVG), der dann grundsätzlich, dh mangels abweichender Vereinbarung, gegen die Organmitglieder Regress nehmen könnte⁷⁹. 2/12

b) Versicherung für fremde Rechnung (§§ 74 ff VersVG)

aa) Begriff

Da es sich bei der D&O-Versicherung zwar um eine Haftpflichtversicherung handelt, diese aber nicht von den versicherten Organmitgliedern selbst, sondern von der Gesellschaft abgeschlossen wird, liegt eine Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung vor (§§ 149 ff iVm §§ 74 ff VersVG)⁸⁰. Nach der Legaldefinition des § 74 Abs 1 VersVG liegt eine Versicherung für fremde Rechnung vor, wenn die Versicherung „von demjenigen, welcher den Vertrag mit dem Versicherer abschließt, im eigenen Namen für einen anderen, mit oder ohne Benennung der Person des Versicherten, genommen“ wird. 2/13

Anders als bei einer Eigenversicherung, wo der Vertragspartner des Versicherers, der Versicherungsnehmer, ein eigenes Interesse versichert und selbst Inhaber der Deckungsansprüche aus der Versicherung wird, versichert der Versicherungsnehmer in der Versicherung für fremde Rechnung ein **fremdes Interesse** (§§ 74 bis 80 VersVG)⁸¹. Der als Versicherter bezeichnete Träger dieses Interesses ist ex lege 2/14

⁷⁴ Koch, AG 2009, 637 (646); ausf jüngst *derselbe*, VP 2015 H 9, 10.

⁷⁵ Zum Zusammenspiel von D&O-Versicherung und Vertrauensschadenversicherung s aber *Herdter*, VP 2013, 232.

⁷⁶ Dazu und zur denkbaren vertraglichen Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast näher *Koch*, VP 2015 H 9, 10 ff.

⁷⁷ *S Doralt/W. Doralt in Semler/v. Schenck*, AR-HdB³ § 13 Rz 234.

⁷⁸ Instruktiv OLG München 19.2.1962, 1 U 1373/60, VersR 1962, 775.

⁷⁹ Vgl nur *Koch*, AG 2009, 637 (646); *derselbe*, VP 2015 H 9, 10 (12).

⁸⁰ Statt aller *Koch*, GmbHR 2004, 18 (22); *Dreher*, DB 2005, 1669 (1670 ff); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 2 Rz 6; *Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HdB³ § 28 Rz 1; ausf zur Fremdversicherung jüngst *Kraus*, Die Versicherung für fremde Rechnung.

⁸¹ S nur *Ertl in Fenyves/Schauer*, VersVG § 74 Rz 1; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 162 f, 164 ff; *Hübsch in BK* § 74 Rz 1.