

## Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen der D&O-Versicherung

Autor: Dr. Thomas Wax \*)

März 2013

Manager von Kapitalgesellschaften sehen sich in Deutschland einem zunehmenden Risiko ausgesetzt, für ihr (vermeintliches) Fehlverhalten von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Die D&O-Versicherung soll dem Manager in solchen und anderen Haftungsfällen Anwalts- und Gerichtskosten finanzieren sowie den Schaden begleichen, falls die Anspruchsabwehr scheitert. Der folgende Beitrag skizziert die wesentlichen Grundlagen der D&O-Versicherung unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung.

### I. Entstehung, Verbreitung und Erscheinungsformen der D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung existiert in Deutschland seit Mitte der 1980er Jahre und hat sich nach dem Markteintritt der führenden deutschen Industrieversicherer Mitte der 1990er Jahre zunehmend etabliert. Mehr als 30 Versicherer bieten D&O-Versicherungen in Deutschland an und sorgen so für Wettbewerb und immer noch relativ niedrige Preise, obwohl aktuell aufgrund der zuletzt steigenden Schadensmeldungen und -zahlungen gerade Unternehmen der Finanzdienstleistungsbranche infolge der dort jüngsten Verwerfungen partielle Marktverhärtungstendenzen, also steigende Prämien bei eingeschränktem Deckungsumfang in Kauf nehmen müssen (FAZ vom 24. 12. 2012: „Bankenskandale verteuern Haftpflicht für Manager – Versicherer zeichnen diese Risiken inzwischen vorsichtiger“).

Die am Markt befindlichen Versicherungsbedingungen weisen kaum einen einheitlichen Deckungsstandard auf, während regelmäßige Neuerungen auf der Bedingungsseite insbesondere im wettbewerbsintensiven, weil weniger schadensträchtigen Segment der kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) den Überblick zusätzlich erschweren. Insbesondere können die, wenngleich regelmäßig überarbeiteten, Musterbedingungen des GDV (Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, AVB-AVG) aufgrund ihres restriktiven Deckungsumfangs insofern nicht als Referenz dienen. Hinzu kommt, dass bei Großunternehmen, insbesondere im Bereich des DAX-30, häufiger auf eigens entwickelte Bedingungswerke (sog. Manuskript Wordings) zurückgegriffen wird.

Von Managern selbst abgeschlossene D&O-Versicherungen (sog. Einzelpolicen) spielen hierzulande kaum eine Rolle, von der zunehmenden Verbreitung von Policen zur persönlichen Versicherung des seit dem Jahr 2009 für Vorstandsmitglieder gesetzlich verpflichtenden Selbstbehalts im Rahmen der von der Gesellschaft abgeschlossenen D&O-Policen (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG) einmal abgesehen (zur gesetzlichen Zulässigkeit solcher Versicherungen vgl. Gädtke, VersR 2009 S. 1565 ff.; zu den unterschiedlichen Konzepten zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts vgl. Gädtke/Wax, AG 2010 S. 851 ff.).



*Dr. Thomas Wax, MBA, ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Wittig Ünalp Rechtsanwälte in München. Sein anwaltlicher Schwerpunkt sind alle Themen rund um die D&O-Versicherung. Er ist ebenso tätig als Verfasser von Fachbeiträgen zu diesen Themen.*

*Kanzlei: RAe Wittig Ünalp Fachanwälte Versicherungsrecht Widenmayerstr. 18 80538 München  
Fon +49/89/23 888 48-0 Fax +49/89/23 888 48-29 Mail wax@ra-wittig.de*

Neben rein praktischen (Versicherter unter nicht versicherten Managern als mögliche „Zielscheibe“ von Ansprüchen) und konzeptionellen Problemen (Innenregressausfallrisiko im gesetzlichen Regelfall gesamtschuldnerischer Haftung) der Einzelpolice spricht auch die günstige steuerliche Behandlung der Versicherungsprämie (kein zu versteuernder geldwerter Vorteil für die versicherten Organmitglieder, steuerlich absetzbare Betriebsausgabe für das Unternehmen (Loritz/Wagner, DStR 2012 S. 2205, 2209 f.) für die Unternehmens- oder Firmenpolice, die auch Gegenstand der folgenden Darstellung ist.

## II. Versicherungsgegenstände

Versicherungsschutz besteht für die Inanspruchnahme einer versicherten Person in Ausübung der versicherten Tätigkeit aufgrund von gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen durch ein versichertes Unternehmen oder einen Dritten (Versicherungsgegenstand 1). Erfolgt im letzteren Fall eines Drittspruchs eine zulässige Freistellung durch das Unternehmen, etwa weil die Außenhaftung ausnahmsweise nicht gleichzeitig eine Haftung gegenüber der Gesellschaft begründet, kehrt der Versicherer die Entschädigungsleistung direkt an das freistellende Unternehmen aus (Versicherungsgegenstand 2).

### Hinweis

*Diese Rechtsfolge tritt mangels gesetzlichen Forderungsübergangs nicht automatisch ein, sondern muss vertraglich vereinbart werden.*

Auch Ansprüche gegen die Gesellschaft können ausnahmsweise mitversichert sein (Versicherungsgegenstand 3). Eine solche sog. Entity-Deckungserweiterung ist in Deutschland außerhalb der Versicherung von Aktionärsklagen (sog. Wertpapier-schadensersatzansprüche) allerdings kaum verbreitet.

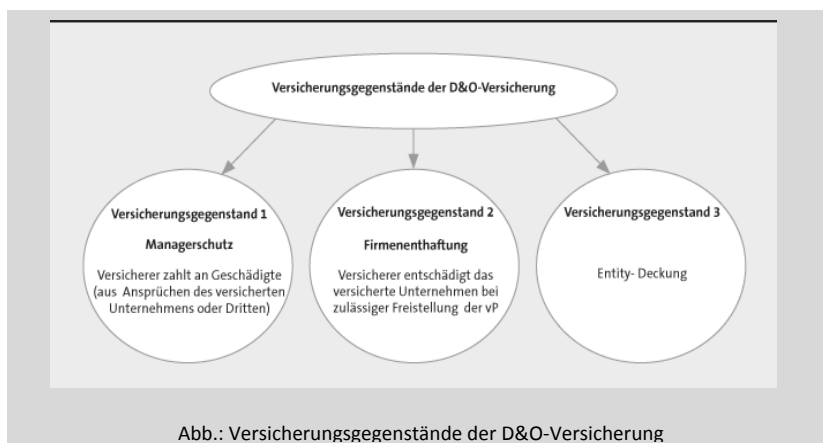


Abb.: Versicherungsgegenstände der D&O-Versicherung

## III. Versicherung für fremde Rechnung /Innenverhältnisdeckung

Bei der D&O-Versicherung in Form der Unternehmenspolice handelt es sich um eine freiwillige Haftpflichtversicherung ( §§ 100 ff. VVG) in der Ausprägung der Versicherung für fremde Rechnung ( §§ 43 ff. VVG). Die Rechte aus dem D&O-Versicherungsvertrag stehen den versicherten Personen zu ( § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG). Sie sind die Begünstigten aus dem Vertrag. Versicherungsnehmerin und Prämienschuldnerin ist das Unternehmen, bei Konzernen i. d. R. die Mutter- oder Holdinggesellschaft. Die Tochterunternehmen, egal welcher Ebene, sind pauschal mitversichert.

### Hinweis

*Da die persönliche Haftung der Gesellschafter als nicht versicherbar gilt, schließen Personengesellschaften nur selten eine D&O-Versicherung ab, wengleich dies für die Absicherung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Personengesellschaft möglich wäre. Die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ergibt sich insoweit aus dem Gesellschaftsverhältnis. Der Verschuldensmaßstab ist auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ( § 705 BGB) reduziert.*

Die Versicherungsnehmerin schließt die Versicherung i. d. R. für alle Organmitglieder (und leitenden Angestellten) als versicherte Personen ab. Zu den Organmitgliedern zählen neben den Leitungsorganen (Geschäftsführung, Vorstand) auch die Aufsichtsorgane (Aufsichtsrat, Beirat). Es gilt das Prinzip der pauschalen Versicherung ohne namentliche Nennung des Funktionsträgers. Neu eintretende Organmitglieder

sind automatisch mitversichert. Ausgeschiedene Organmitglieder haben weiterhin Versicherungsschutz für Pflichtverletzungen, die sie während ihrer Tätigkeit verursacht haben, und zwar solange der Versicherungs-

vertrag besteht oder eine eventuell vereinbarte Nachmeldefrist wirksam ist.

Die Versicherung zielt insbesondere auf die Deckung der Haftung des Managers gegenüber dem Unternehmen. Der der Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers am Unternehmen entsprechende Schaden ist dabei als sog. persönlicher Eigenschaden regelmäßig ausgeschlossen, gilt doch das sich in der Kapitalbeteiligung widerspiegelnde unternehmerische Risiko als nicht versicherbar. Dies trifft auf Personen- und Kapitalgesellschaften gleichermaßen zu, wobei der Ausschluss häufig erst ab einer bestimmten Beteiligungshöhe von z. B. 30 % oder 50 % eingreift.

#### IV. Kein Direktanspruch, Abtretung des Deckungsanspruchs

Das Unternehmen, das den Schadensersatzanspruch gegen den Manager geltend macht, hat keinen direkten Leistungsanspruch gegen den Versicherer. Dies wurde mittlerweile durch mehrere instanzgerichtliche Urteile bestätigt ( OLG München, Urteil vom 15. 3. 2005 - 25 U 3940/04, DB 2005 S. 1675 f.; ebenso LG Marburg, Urteil vom 3. 6. 2004 - 4 O 2/03, DB 2005 S. 437 f.; LG Wiesbaden, Urteil vom 14. 12. 2004 - 1 O 180/03, VersR 2005 S. 432; offen gelassen OLG Frankfurt/M., Urteil vom 9. 6. 2011 - 7 U 127/09, VersR 2011 S. 509 f.) und u. a. mit dem in der D&O-Versicherung – wie in der gesamten Haftpflichtversicherung – geltenden Trennungsprinzip begründet. Trotzdem entspricht dies weiterhin einer verbreiteten Fehlvorstellung unter den versicherungsnehmenden Unternehmen, was u. U. auch vor dem Hintergrund ihrer Rolle als Prämienzahler zu sehen ist. Das bloße wirtschaftliche Interesse des Unternehmens aus der Versicherung reicht jedoch für die Begründung eines Direktanspruchs nicht aus.

##### **Hinweis**

*Das Unternehmen kommt daher grds. nicht umhin, den Manager zunächst persönlich in Anspruch zu nehmen, bevor es sich mit einem rechtskräftigen Urteil, Anerkennung oder Vergleich an den Versicherer mit der Bitte um Freistellung wenden kann ( § 106 VVG).*

Um insofern langwierige und kostenintensive Prozesse u. U. über mehrere Instanzen zu vermeiden, räumen manche Versicherungsbedingungen deshalb die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens zwischen Unternehmen und Manager ein, das auf lediglich eine Instanz begrenzt ist (für eine Mediationsfunktion des Versicherers im Rahmen der Innenverhältnisdeckung vgl. Lange, in Veith/Gräfe, Versicherungsprozess, 2.

Aufl. 2010, § 16, Rn. 62 f.). Ein anderer Weg könnte für die Versicherungsnehmerin darin bestehen, sich den Deckungsanspruch gegen den Versicherer von der versicherten Person abtreten zu lassen.

##### **Hinweis**

*Diese Möglichkeit eröffnet § 108 Abs. 2 VVG, einer der wesentlichen Änderungen des VVG im Rahmen der Reform zum 1. 1. 2008. Danach ist es den versicherten Personen einer D&O-Versicherung grds. möglich, ihre Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag an die Versicherungsnehmerin – auch die Versicherungsnehmerin kann „Dritter“ ( § 108 Abs. 2 VVG) sein (zuletzt ausdrücklich bestätigt für die D&O-Versicherung durch OLG Frankfurt/M. 7 U 127/09) – abzutreten, damit diese direkt gegen den Versicherer vorgehen kann. Dem Versicherer bleibt freilich auch in diesem Fall die Möglichkeit, die Begründetheit des Haftpflichtanspruchs gegen das Organmitglied gegenüber der Versicherungsnehmerin, also im Deckungsverhältnis zu prüfen.*

Die meisten aktuellen D&O-Versicherungsbedingungen räumen diese Abtretungsmöglichkeit ein, obwohl bei Vorliegen eines Großrisikos ( § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EGV VG; anzunehmen bei Überschreiten von zwei der folgenden drei Risikomerkmale: (1) 6,3 Mio. € Bilanzsumme, (2) 12,8 Mio. € Nettoumsatzerlöse, (3) 250 Arbeitnehmer im Durchschnitt des Wirtschaftsjahrs – die allermeisten D&O-Versicherungsverträge fallen unter diese Kategorie) die Vereinbarung eines Verbots der Abtretung des Deckungsanspruchs weiterhin zulässig wäre ( § 210 VVG).

Gleichwohl wird in der Praxis von der Möglichkeit zur Abtretung des Deckungsanspruchs offenbar wenig Gebrauch gemacht (Langheid, VW 2012 S. 1768, geht davon aus, es hätte bisher „keinen einzigen Fall gegeben“). Dies mag damit zusammenhängen, dass die Abtretung für die versicherten Personen nicht unerhebliche Risiken mit sich bringt. So ist das in Anspruch genommene Organmitglied, das sich im Rahmen eines Deckungsstreits zwischen Versicherungsnehmerin und Versicherer in der Zeugenrolle wiederfindet, der Wahrheitspflicht unterworfen (vgl. §§ 153, 154 StGB), wohingegen es als Partei im Haftpflichtprozess keine selbst belastenden Tatsachen vorbringen muss.

Nachteilig für die versicherte Person kann auch sein, dass sich das Unternehmen im Falle eines Scheiterns mit seinem Deckungsanspruch gegenüber dem Versicherer (z. B. wegen Eingreifens von Deckungsausschlüssen) veranlasst sehen könnte, den Anspruch nunmehr direkt gegen das Organmitglied zu richten, obwohl es die Anspruchsverfolgung ohne die Abtre-

tungsmöglichkeit u. U. gar nicht betrieben hätte (Gruber/Mitterlechner/ Wax, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen, 2012, § 10, Rn. 49 ff. zu den insoweit vergleichbaren Auswirkungen für die versicherten Organmitglieder bei vertraglicher Einräumung eines Direktanspruchs des Unternehmens).

## V. Geltendmachung der Rechte aus der D&O-Versicherung

Das Unternehmen kann unter bestimmten Umständen geneigt sein, einem mittlerweile aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Organmitglied, mit dem es sich völlig überworfen hat, den Genuss des Versicherungsschutzes komplett zu verweigern. Dies kann dadurch geschehen, dass das Unternehmen dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Organmitglied den für die Ausübung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag notwendigen Versicherungsschein (§ 44 Abs. 2 VVG) nicht aushändigt. Denn häufig wird die D&O-Police vom Unternehmen unter Verschluss gehalten und deren Inhalt nur wenigen Personen selektiv zur Kenntnis gebracht.

### Hinweis

*Allerdings: Gerade um die versicherte Person als eigentlich Begünstigte aus dem Versicherungsvertrag sowie materielle Rechtsinhaberin im Schadensfall nicht in diesem Sinne der Willkür der Versicherungsnehmerin als Inhaberin der formalen Verfügungsbefugnis auszusetzen, werden die Voraussetzungen des § 44 Abs. 2 VVG vertraglich häufig abbedungen, so dass das betroffene Organmitglied die Rechte aus dem Vertrag ohne Weiteres autonom ausüben kann, vorausgesetzt es weiß vom Bestehen einer D&O-Versicherung.*

Fehlt es an einer vertraglichen Abbedingung des § 44 Abs. 2 VVG und verweigert die Versicherungsnehmerin ihre Mitwirkung zur Ausübung der Vertragsrechte endgültig, bleibt das betroffene Organmitglied auf Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen aus §§ 280, 311 BGB verwiesen.

Etwas anders gilt, wenn sich der Manager den Abschluss einer D&O-Versicherung von der Gesellschaft arbeitsvertraglich hat zusichern lassen; in einem solchen Fall ergeben sich die Ansprüche direkt aus dem Arbeitsvertrag. Als Grundlage für den Schadensersatzanspruch kommt die Verletzung des gesetzlichen Treuhandverhältnisses zwischen Versicherungsnehmerin und versicherter Person in Betracht. Die Rechtsprechung nimmt bei der Versicherung für fremde

Rechnung an, dass die Versicherungsnehmerin ihre vertraglichen Verfügungsrechte für die versicherten Personen nur treuhänderisch ausüben darf (BGH, Urteil vom 7. 5. 1975 - IV ZR 209/73, BGHZ 64 S. 260, 264). Die Begründetheit des Schadensersatzanspruchs setzt den u. U. schwierigen Nachweis voraus, dass der geltend gemachte Anspruch von der bestehenden D&O-Versicherung auch tatsächlich gedeckt gewesen wäre.

### Hinweis

*Sollte das betroffene Organmitglied von der Existenz einer D&O-Versicherung nicht sicher wissen, stehen ihm aus demselben Rechtsgrund (Treuhandverhältnis) auch Auskunftsansprüche gegenüber dem Unternehmen zu (§§ 240, 241 BGB). Dafür muss ein Versicherungsfall zumindest potenziell eingetreten sein. Ein generelles Auskunftsrecht, wiederum außerhalb von vertraglichen Zusicherungen des Unternehmens zur Besorgung von D&O-Versicherungsschutz, besteht nicht (Thomas, VersR 2010 S. 281 ff.).*

## VI. Anspruchserhebungsprinzip („Claims made“)

Eine der Besonderheiten der D&O-Versicherung besteht darin, dass sie, wie nur ganz wenige Versicherungen in Deutschland, auf dem sog. Anspruchserhebungsprinzip (Claims-made-Prinzip) beruht (etwa im Gegensatz zur Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte, wo der Versicherungsfall bereits mit der Pflichtverletzung eintritt).

Das Anspruchserhebungsprinzip besagt, dass der Versicherungsschutz im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bestehen muss. Darauf, dass die zugrunde liegende Pflichtverletzung in den versicherten Zeitraum fällt, kommt es somit prinzipiell nicht an.

Dies kann freilich dazu führen, dass im Zeitpunkt der Anspruchserhebung der Versicherungsvertrag bereits beendet ist, obwohl die Pflichtverletzung während der Vertragslaufzeit begangen wurde. Daher hat das OLG München in einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2009 (OLG München, Urteil vom 8. 5. 2009 - 25 U 5136/08, VersR 2009 S. 1066 ff.) festgestellt, dass das Anspruchserhebungsprinzip – mit der Folge der Unwirksamkeit der Klausel – grds. geeignet ist, die Versicherten unangemessen zu benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn der Vertrag keine weiteren Regelungen enthält, die dessen Nachteile kompensieren. Dazu zählte das Gericht

- eine zeitlich unbegrenzte Rückwärtsversicherung,
- die Möglichkeit zur Meldung von Umständen („notice of circumstances“) sowie
- das Bestehen einer Nachmeldefrist.

Besonderes Augenmerk legte das OLG München dabei auf die Ausgestaltung der Rückwärtsversicherung. Diese sollte nur Pflichtverletzungen ausschließen, von denen die Versicherungsnehmerin positive Kenntnis hatte, nicht aber bereits solche, die ihr als objektiv fehlsam hätten bekannt sein müssen. Mit einer solchen Formulierung würde die Rückwärtsdeckung weitgehend ausgehöhlt. Tatsächlich sind kaum schadensrelevante Pflichtverletzungen von Organmitgliedern denkbar, die das Kriterium der objektiven Erkennbarkeit für die Gesellschaft nicht erfüllen würden. Die Möglichkeit zur Umstandsmeldung bewirkt, dass auf der Umstandsmeldung beruhende Versicherungsfälle als rechtzeitig gemeldet gelten, auch wenn der Versicherungsvertrag bereits abgelaufen ist. Eine Nachmeldefrist wiederum erlaubt die Anzeige von Versicherungsfällen nach Ablauf des Versicherungsvertrags für Pflichtverletzungen, die vor Ablauf des Versicherungsvertrags begangen wurden. Insofern hat das Gericht eine Länge von einem Jahr (mit einer Verlängerung bis maximal fünf Jahre mit jeder Vertragsverlängerung – Ansparmodell) als ausreichend angesehen. Es hat insbesondere nicht darauf abgestellt, dass sich die Länge der Nachmeldefrist an den gesetzlichen Verjährungsfristen (grds. fünf Jahre für Organhaftungsansprüche, vgl. § 43 Abs. 4 GmbHG bzw. § 93 Abs. 6 AktG) zu orientieren hätte (so zum Teil die Forderung in der Literatur, vgl. v. Westphalen, VersR 2009 S. 1066 f., Baumann, NZG 2010 S. 1366, 1370 f.).

#### **Hinweis**

*Tatsächlich kann nicht jede Asymmetrie zwischen Haftung und Deckung für sich genommen zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Die meisten D&O-Versicherungsbedingungen sehen zumindest für den Mittelstand Nachmeldefristen von drei bis fünf Jahren als Standard vor.*

## **VII. Vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung, Wissenszurechnung, Anfechtung/Rücktritt vom Vertrag**

Wegen der (zeitlich unbegrenzten) Versicherung der Vergangenheit (Rückwärtsversicherung) als Folge des Anspruchserhebungsprinzips sind Informationen über potenziell schadensrelevantes Verhalten für den D&O-Versicherer von besonderer Bedeutung. Im Rahmen der Risikoprüfung vor Vertragsabschluss fragt der Versicherer daher regelmäßig in einem Fragebogen („in Textform“) nach dem Vorhandensein von Umständen, die den Eintritt eines Versicherungsfalles zur Folge haben können. Tut er dies nicht, kann er sich auf eine vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung nicht berufen (§ 19 Abs. 1 Satz 1 VVG).

#### **Hinweis**

*Eine spontane Anzeigepflicht, wie sie noch für das alte Versicherungsvertragsrecht (bis 31. 12. 2007) angenommen wurde, besteht nach neuem Recht nicht mehr. Dies sei allenfalls unter dem Aspekt des § 22 VVG („Arglistige Täuschung“) noch möglich (vgl. Prölss, in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 19, Rn. 22, § 22, Rn. 3).*

Die Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten durch die Versicherten kann, je nach Schwere der Pflichtverletzung, den Versicherer zum Rücktritt vom Vertrag (§§ 19–21 VVG) bzw. zur Anfechtung des Vertrags (§ 123 BGB, § 22 VVG) berechtigen. Dabei ist grds. das Wissen aller versicherten Personen von Bedeutung (§ 47 Abs. 1 VVG). Zwar sieht § 47 Abs. 2 Satz 1 VVG eine Ausnahme für den Fall vor, dass der Versicherungsvertrag ohne Wissen der versicherten Personen abgeschlossen wird (was bei der D&O-Versicherung für einen Großteil der versicherten Personen regelmäßig zutrifft). Jedoch kann sich der Versicherer dennoch auf volle Wissenszurechnung berufen, wenn ihm dieser Umstand bei Vertragsabschluss – wie üblich – nicht mitgeteilt wurde (§ 47 Abs. 2 Satz 2 VVG). Die Zurechnung gefahrerheblichen Wissens nur einer versicherten Person kann dazu führen, dass der gesamte Vertrag zulasten aller versicherten Personen (also auch solcher, die ein solches Wissen nicht hatten) rückgängig gemacht werden kann. Eine einschränkende Auslegung des § 47 Abs. 1 VVG im Rahmen der D&O-Versicherung kommt nicht in Betracht (Dreher/Thomas, ZGR 2009 S. 31, 76 f.; gegen eine Gesamtwirkung Prölss/ Klimke, in Prölss/Martin, a. a. O., § 47, Rn. 16 ff.). Angesichts einer Anzahl von versicherten Personen, die bei Großunternehmen in die Hunderte gehen kann, wird

schnell klar, dass die Thematik der Anzeigepflicht gerade in der D&O-Versicherung „außerordentlich komplex“ ist.

#### **Hinweis**

*Daher wird versucht, die Kennnizzurechnung bzw. deren Rechtsfolgen vertraglich zu begrenzen. Häufig trifft man dabei auf sog. „Repräsentantenklauseln“, die in Abweichung von § 47 Abs. 1 VVG ausschließlich das gefahrerhebliche Wissen von Personen mit einer herausragenden Stellung bei der Versicherungsnehmerin für maßgeblich erklären (z. B. Vorstandsvorsitzender, Aufsichtsratsvorsitzender, Finanzvorstand, Leiter Recht/Versicherungen). Andere vertragliche Regelungen zur Beschränkung der Rechtsfolgen eines Rücktritts bzw. einer Anfechtung haben zum Ziel, den Versicherungsschutz für diejenigen versicherten Personen zu erhalten, die von den Rücktritts- bzw. Anfechtungsgründen keine Kenntnis hatten bzw. diese nicht selbst verursacht haben (auch bezeichnet als „gutgläubige“ versicherte Personen). Lediglich für die insofern „bösgläubigen“ versicherten Personen soll der Versicherungsschutz endgültig entfallen.*

An der Wirksamkeit solcher Regelungen sind jedoch, soweit sie sich auf den Verzicht des Versicherers auf sein Anfechtungsrecht beziehen, inzwischen substanzielle Zweifel aufgekommen. So hat der BGH – ebenfalls für eine Versicherung für fremde Rechnung – in einem Beschluss aus dem Jahr 2011 (BGH, Beschluss vom 21. 9. 2011 - IV ZR 38/09, „HEROS“) zur Unwirksamkeit eines vertraglich vereinbarten Anfechtungsverzichts festgestellt, dass auf das Recht zur Arglistanfechtung, auch im Verhältnis zu den Versicherten (hier: versicherten Personen), nicht wirksam im Voraus verzichtet werden könne, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die nicht Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB ist (Lenz/Weitzel, Phi 4/2012 S. 122 ff.). Die versicherte Person ist insofern nicht Dritter, weil sie der Sphäre der Versicherungsnehmerin zuzurechnen ist. Ein im Voraus erklärter Anfechtungsverzicht wäre mit der freien Selbstbestimmung des Anfechtungsberechtigten, der sich vollständig der Willkür seines Vertragspartners ausliefert, und damit mit dem Schutzzweck des § 123 BGB unvereinbar.

Wendet man diese Grundsätze auf die oben skizzierte Klausel zum Anfechtungsverzicht in der D&O-Versicherung an, so lässt sich Folgendes feststellen:

- Die durch die Täuschung geschaffene Verpflichtung des Versicherers bliebe gegenüber „gutgläubigen“ versicherten Personen bestehen und wäre im Zweifel sogar mit dem durch eine Leistung an

„bösgläubige“ versicherte Personen verursachten wirtschaftlichen Nachteil identisch.

- Im Fall der Innenhaftung kommt die Versicherungsleistung nicht nur den gutgläubigen versicherten Personen, sondern auch der – angenommen arglistig täuschenden – Versicherungsnehmerin zugute, welcher die Schadenszahlung des Versicherers letztlich zufließen würde. Durch die Inanspruchnahme einer „gutgläubigen“ versicherten Person (die zusammen mit einer unredlichen versicherten Person gesamtschuldnerisch haftet) könnte sich die Versicherungsnehmerin in Ansehung des Versicherungsschutzes also – entgegen der Rechtsprechung des BGH – einen Vorteil aus ihrer Täuschung verschaffen (so zutreffend Lange, in Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess, 2. Aufl. 2010, § 16, Rn. 221).

Ob die derzeit verbreiteten Regelungen zum Anfechtungsverzicht in der D&O-Versicherung einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würden, ist somit fraglich. Im Versicherungsmarkt werden jedenfalls bereits verschiedene Lösungen zu einer alternativen Regelung der Anfechtungsproblematik diskutiert und teilweise umgesetzt

#### **FAZIT**

Sowohl die weitreichenden Haftungsgefahren von Managern, die zunehmende Bereitschaft von Unternehmen und Dritten (insbesondere Insolvenzverwaltern), Organmitglieder auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, als auch die an Breite gewinnende öffentliche Diskussion über die mangelhafte Verantwortung von Managern, gerade infolge der Finanz- und Bankenkrise, rückt auch die D&O-Versicherung vermehrt ins allgemeine Blickfeld. Angesichts einer sich erst langsam und spärlich entwickelnden Rechtsprechung lässt zumindest die zunehmende Anzahl von Veröffentlichungen und Beiträgen das Bemühen um eine möglichst umfassende systematische Aufarbeitung der rechtlichen Grundlagen der D&O-Versicherung erkennen. Dies erweist sich in Ermangelung eines gesetzlichen Leitbildes, unter Berücksichtigung der großen Bandbreite unterschiedlicher Versicherungsbedingungen und des hohen Produktentwicklungstempos in diesem hart umkämpften Versicherungsmarktsegment als umso schwieriger. So werden sich auch weiterhin Fragen zur Auslegung und rechtlichen Wirksamkeit von D&O-Versicherungsbedingungen stellen, die, die ohne gerichtliches Präjudiz beantwortet werden müssen. Die spannende Auseinandersetzung mit diesem noch jungen und dynamischen Rechtsgebiet geht also weiter.