

Leseprobe zu



Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.)

Handbuch Managerhaftung

Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche

3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2017, 1435 Seiten, gebunden, Handbuch, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-40078-1

199,00 €

§ 3 Organpflichten und Haftung in der AG

Professor Dr. Gerd Krieger

<p>A. Grundlagen 3.1</p> <p>B. Sorgfaltsverpflichtung der Vorstandsmitglieder</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung 3.4</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) 3.10</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Ressortprinzip und Aufgaben-delegation 3.16</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Sorgfaltspflichten im Konzern 3.19</p> <p>C. Sorgfaltsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Ordentliche und gewissenhafte Überwachung 3.20</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Mitwirkungspflichten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder 3.26</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Sorgfaltspflicht und Ausschusstätigkeit 3.27</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Sorgfaltspflichten im Konzern 3.28</p> <p>D. Treuepflicht und Verschwiegenheitspflicht</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Treuepflicht 3.29</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Verschwiegenheitspflicht 3.31</p> <p>E. Verschulden 3.35</p>	<p>F. Schaden und Kausalität 3.37</p> <p>G. Beweislastumkehr 3.39</p> <p>H. Haftungsausschlüsse und -einschränkungen</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Haftungsausschluss durch Haupt-versammlungsbeschluss 3.41</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Verzicht, Vergleich, Verjährung 3.42</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Haftungsbeschränkungen 3.44</p> <p>J. Durchsetzung des Ersatzanspruchs</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Anspruchsverfolgung durch Aufsichts-rat bzw. Vorstand 3.46</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Anspruchsverfolgung durch die Hauptversammlung oder eine Aktionärsminderheit 3.51</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Anspruchsverfolgung durch einzelne Aktionäre und Gläubiger 3.54</p> <p>K. Haftung der Vorstands- und Auf-sichtsratsmitglieder gegenüber Dritten (Außenhaftung) 3.56</p> <p>L. Erstattung von Kosten der Rechtsver-teidigung und Übernahme von Geld-sanktionen durch die Gesellschaft... 3.57</p> <p>M. D&O-Versicherung 3.58</p>
--	---

Schrifttum: *Altmeyen*, Haftung für Delikte „aus dem Unternehmen“, dargestellt am Fall „Dieselgate“, ZIP 2016, 97; *Altmeyen*, Darf die AG Geldstrafen oder Geldauflagen gegen ihr Vorstandsmitglied intern übernehmen?, in Liber Amicorum Dolf Weber, 2016, S. 7; *Armbrüster*, Interessenkonflikte in der D&O-Versicherung, NJW 2016, 897; *Arnold/Rudzio*, Die Pflicht des Vorstands der Aktiengesellschaft zur Einrichtung und Ausgestaltung einer Compliance-Organisation, KSzW 2016, 231; *Bachmann*, Der „deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, WM 2002, 2137; *Bachmann*, Das „vernünftige“ Vorstandsmitglied – zum richtigen Verständnis der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), in FS Stilz, 2014, S. 25; *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 70. DJT, 2014, Bd. I, Gutachten E; *Bachmann*, Die Geschäftsleiterhaftung im Fokus von Rechtsprechung und Rechtspolitik, BB 2015, 771; *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105; *Bachmann*, Die Beschränkungen der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841; *Balthasar/Hamelmann*, Finanzkrise und Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG: Grenzen der Justitiabilität unternehmerischer Entscheidungen, WM 2010, 589; *Bauer*, Zur Darlegungs- und Beweislast des Vorstands in organschaftlichen Haftungsprozessen, NZG 2015, 549; *Baur/Holle*, Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer, AG 2017, 141; *Bayer*,

Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546; *Bayer/Scholz*, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, 926; *Bayer/Scholz*, Die Pflichten von Aufsichtsrat und Hauptversammlung beim Vergleich über Haftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder, ZIP 2015, 149; *Bayer/Scholz*, Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, 449; *Bayer/Scholz*, Zweifelsfragen der gesamtschuldnerischen Organhaftung im Aktienrecht, ZGR 2016, 619; *Bezenberger/Keul*, Die Aufgaben und Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern – Eine Übersicht, in FS Schwark, 2009, S. 121; *Bieder*, Grund und Grenzen der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei pflichtwidrigem Vorstandshandeln, NZG 2015, 1178; *Binder*, Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274; *Binder/Kraayvanger*, Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, 1219; *Böttcher*, Compliance: Der IDW PS 980 – Keine Lösung für alle (Haftungs)Fälle!, NZG 2011, 1054; *Brommer*, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung, 2016; *Buck-Heeb*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247; *Buck-Heeb*, Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthaltung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, BB 2016, 1347; *Bunz*, Die Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten im Kollegialorgan, NZG 2011, 1294; *Burgard/Heimann*, Entlastung, Verjährung und Verjährungsansprüchen gegen Organmitglieder von Stiftungen und Aktiengesellschaften, NZG 2016, 166; *Bürkle*, Compliance als Aufgabe des Vorstands der AG – Die Sicht des LG München I, CCZ 2015, 52; *Bussmann/Matschke*, Die Zukunft der unternehmerischen Haftung bei Compliance-Verstößen, CCZ 2009, 132; *Cahn*, Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WM 2013, 1293; *Cahn*, Business Judgment Rule und Rechtsfragen, Der Konzern 2015, 105; *Casper*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG-Garmenbeck/Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617; *Decher*, Die Kontrolle der Verwaltung durch Sonderprüfer, besonderen Vertreter und Aktionärsklage, in FS Baums, 2017, S. 279; *Decker*, Organhaftung und Expertenrat, GmbHR 2014, 72; *Deilmann/Otte*, Verteidigung ausgeschiedener Organmitglieder gegen Schadensersatzklagen – Zugang zu Unterlagen der Gesellschaft, BB 2011, 1291; *Dreher*, Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), 293; *Dietz-Vellmer*, Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft, NZG 2011, 248; *Döring*, Die Durchsetzung der Organhaftung durch Aktionäre, 2014; *Dreher*, Antikorruptionsuntersuchungen durch den Aufsichtsrat, in FS Goette, 2011, S. 43; *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, 2008; *Edenfeld/Neufang*, Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, 49; *Ettlinger/Grützdiek*, Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Abgabe der Corporate Governance Entscheidungserklärung gemäß § 161 AktG, AG 2003, 353; *Eufinger*, Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, WM 2015, 1265; v. *Falkenhausen*, Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule, NZG 2012, 644; *Fassbach/Wettich*, Der Aufsichtsrat: Überwachungsaufgabe, persönliche Haftung und D&O-Versicherung, KSzW 2016, 269; *Faßbender*, 18 Jahre ARAG/Garmenbeck – und alle Fragen offen?, NZG 2015, 501; *Fischbach/Lüneborg*, Die Organpflichten bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen im Aktienkonzern, NZG 2015, 1142; *Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen im Aktienrecht, AG 2001, 171; *Fleischer*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance Organisation, AG 2003, 291; *Fleischer*, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449; *Fleischer*, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517; *Fleischer*, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685; *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141; *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070; *Fleischer*, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397; *Fleischer*, Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, 1204; *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337; *Fleischer*, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121; *Fleischer*, Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, 345; *Fleischer*, Verjährung von Organhaftungsansprüchen: Rechtspraxis – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, AG 2014, 457; *Fleischer*, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305; *Fleischer*, Reformperspektiven der Organhaftung: Empfiehlt sich eine stärkere Kodifizierung von

Richterrecht?, DB 2014, 1971; *Fleischer/Bauer*, Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen: Vorstandshaftung für übermäßige Vergütung und „fringe benefits“, ZIP 2015, 1901; *Florstedt*, Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, AG 2010, 315; *Florstedt*, Cum/Ex-Geschäfte und Vorstandshaftung, NZG 2017, 601; *Freund*, Gesamtschuldnerregress in der Organhaftung, GmbHR 2013, 785; *Freund*, Organhaftung in der Bauwirtschaft, NJW 2013, 2545; *Freund*, Brennpunkte der Organhaftung, NZG 2015, 1419; *Frischemeier*, Die Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße in Tochtergesellschaften, 2014; *Fuchs/Zimmermann*, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, JZ 2014, 838; *Göpfert/Rottmeier*, Business Judgment bei Standort und Beschäftigungszusagen, ZIP 2014, 1259; *C. Goette/M. Goette*, Managerhaftung: Abgrenzung unternehmerischer Entscheidungen nach Maßgabe der Business Judgment Rule von pflichtverletzendem Handeln, DStR 2016, 815; *W. Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648; *W. Goette*, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, ZHR 176 (2012), 588; *Graumann*, Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an die Informationsgrundlage unternehmerischer Entscheidungen – Versuch einer Konkretisierung unter Einbeziehung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse, CCZ 2010, 222; *Graumann/Grundeis*, Wann entsprechen unternehmerische Entscheidungen der gesellschaftsrechtlichen Anforderung „angemessener Information“?, DBW 2011, 379; *Grooterhorst*, Das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedes in Geschäftsunterlagen im Haftungsfall, AG 2011, 389; *Grundeis/v. Werder*, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule, AG 2005, 825; *Grunewald*, Haftungsvereinbarung zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813; *Grunewald*, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121; *Haarmann/Weiß*, Reformbedarf bei der aktienrechtlichen Organhaftung, BB 2014, 2115; *Habersack*, Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft, in FS Ulmer, 2003, S. 151; *Habersack*, Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Vorstandsorts?, WM 2005, 2360; *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782; *Habersack*, Zur Aufklärung gesellschaftsinternen Fehlverhaltens durch den Aufsichtsrat der AG, in FS Stilz, 2014, S. 191; *Habersack*, Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?, NZG 2015, 1297; *Habersack*, 19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ – viele Fragen offen, NZG 2016, 321; *Habersack*, Verzicht- und Vergleichsvereinbarungen gemäß § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG – de lege late und de lege ferenda, in FS Baums, 2017, S. 531; *Harbarth/Brechtel*, Rechtliche Anforderungen an eine pflichtgemäße Compliance-Organisation im Wandel der Zeit, ZIP 2016, 241; *Harbarth/Höfer*, Beginn der Dreijahresfrist des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG bei nicht abgeschlossener Schadensentstehung, NZG 2016, 686; *Harbarth/Jaspers*, Verlängerung der Verjährung von Organhaftungsansprüchen durch das Restrukturierungsgesetz, NZG 2011, 368; *Hasselbach*, Haftungsfreistellung für Vorstandsmitglieder, NZG 2016, 890; *Hasselbach/Seibel*, Die Freistellung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Angestellten von der Haftung für Kartellrechtsverstöße, AG 2008, 770; *Hegnon*, Aufsicht als Leitungspflicht, CCZ 2009, 57; *Heimbach/Boll*, Führungsaufgabe und persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden im ressortaufgeteilten Vorstand einer AG, VersR 2001, 801; *Hemeling*, Neuere Entwicklungen in der D&O-Versicherung, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491; *Hoffmann*, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393; *Hopt*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793; *Hopt*, Die Reform der Organhaftung nach § 93 AktG – Bemerkungen zu den Beschlüssen des 70. Deutschen Juristentages 2014 –, in FS Roth, 2015, S. 225; *Ihrig*, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098; *Janert*, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, BB 2013, 3016; *Kapp/Gärtner*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012; *Kleinert*, Aktuelle Entwicklungen bei der Organhaftung für Compliance-Verstöße, in FS Baums, 2017, S. 669; *Koch*, Keine Ermessensspielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93; *Koch*, Die Pflichtenstellung des Aufsichtsrats nach Zulassung der Aktionärsklage, in FS Hüffer, 2010, S. 447; *Koch*, Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten innerhalb des Vorstands, in FS Säcker, 2011,

S. 403; *Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429; *Koch*, Begriff und Rechtsfolgen von Interessenkonflikten und Unabhängigkeit im Aktienrecht, ZGR 2014, 697; *Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – Eine Sammelreplik, AG 2014, 513; *Koch*, Die schleichende Erosion der Verfolgungspflicht nach ARAG/Garmenbeck, NZG 2014, 934; *Kocher*, Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, 215; *Kort*, Corporate Governance-Grundsätze als haftungsrechtlich relevante Verhaltensstandards, in FS K. Schmidt, 2009, S. 945; *N. Krause*, Managerhaftung und Strategien zur Haftungsvermeidung, BB 2009, 1370; *Krieger*, Beweislastumkehr und Informationsanspruch des Vorstandsmitglieds bei Schadensersatzforderungen nach § 93 Abs. 2 AktG, in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 727; *Krieger*, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter?, ZGR 2012, 496; *Kühlen*, Zum Verhältnis von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für Compliance-Mängel, NZWiSt 2015, 121 u. 161; *Langenbacher*, Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, ZBB/JBB 2013, 19; *Langenbacher*, Rechtsermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht, in FS Lwowsky, 2014, S. 333; *Leuring*, Organhaftung und Schiedsverfahren, NJW 2014, 657; *Löbbel/Fischbach*, Die Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen des Vorstands, AG 2014, 717; *Louven*, Die Entwicklung der Legalitätspflicht des Vorstands – Fortschreitende Beschränkung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit oder notwendiges Corretive?, KSzW 2016, 241; *Lutter*, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 245; *Lutter*, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841; *Lutter*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197; *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in FS Hüffer, 2010, S. 617; *Mack*, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft: Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Begrenzung, 2015; *Marsch-Barner*, Vorteilsausgleichung bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723; *Mayer*, Die aktienrechtliche Organhaftung – Reform durch juristische Methodik oder gesetzgeberisches Handeln?, NZG 2014, 1208; *Meckbach*, Organhaftung und Beweisrisiken, NZG 2015, 580; *Meier-Greve*, Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, BB 2009, 2555; *Mertens*, Schadensersatzhaftung des Aufsichtsrats bei Nichtbeachtung der Regeln des ARAG-Urteils über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern?, in FS K. Schmidt, 2009, S. 1183; *Meyer*, Finanzmarktkrise und Organhaftung, CCZ 2011, 41; *Meyer*, Compliance-Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern – Legalitätsprinzip und Risikomanagement, DB 2014, 1063; *Mohamed*, Übernahme der einem Vorstandsmitglied auferlegten Geldsanktion durch die Gesellschaft – wenn Gesellschaftsrecht auf Strafrecht trifft, CCZ 2015, 111; *H. F. Müller*, Geschäftsleiterhaftung und Vertrauen auf fachkundigen Rat, DB 2014, 1301; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994; *Oppenheim*, Die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer auf Dauer angelegten Compliance-Organisations, DStR 2014, 1063; *Ott*, Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis – unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessen des Vorstands, ZGR 2017, 149; *Ott/Klein*, Hindsight Bias bei der Vorstandshaftung wegen Compliance-Verstößen – Auswirkungen und Methoden des Debiasing, AG 2017, 209; *Paefgen*, Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, AG 2008, 761; *Paefgen*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891; *Paefgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554; *Paefgen*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht?, WM 2016, 433; *Patzina*, Haftung von Unternehmensorganen, 2010; *Pietzke*, Die Verantwortung für Risikomanagement und Compliance im mehrköpfigen Vorstand, CCZ 2010, 45; *Preußner*, Risikomanagement und Compliance in der aktienrechtlichen Verantwortung des Aufsichtsrats unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG), NZG 2008, 574; *Reichert*, Das Prinzip der Regelverfolgung von Schadensersatzansprüchen nach „ARAG/Garmenbeck“, in FS Hommelhoff, 2012, S. 907; *Reichert*, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756; *Reichert/Ott*, Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173; *Reichert/Suchy*, Die Two Tier-Trigger Policy – Marketinginstrument oder zukunftsweisendes D&O-Versicherungskonzept, NZG 2017, 88; *Rieder/Holzmann*, Die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Organhaftung, AG 2011, 265; *Reuter*, Unternehmensgeldbußen, Organregress, Grenzen der Versicherbarkeit und Gesellschaftsrecht: eine systemische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?, BB 2016, 1283; *Rodewald*, Informationsmanagement im Unternehmen als Instru-

ment zur Vermeidung von Organhaftung, GmbHR 2014, 639; *Ruchatz*, Auskunftspflichten der Aktiengesellschaft bei Organhaftungsverfahren im Verhältnis zum Anspruchsgegner und gegenüber dem D&O-Versicherer, AG 2015, 1; *Schall*, Organhaftung und Freistellungsanspruch aus § 670 BGB, JZ 2015, 455; *v. Schenck*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494; *Schick*, Übernahme und Erstattung von Rechtsverteidigungs- und Verfahrenskosten durch eine Aktiengesellschaft in Zusammenhang mit Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Organmitglieder, ZWH 2012, 433; *Schmidt-Bendun*, Grenzen für die zulässige Übernahme von Geldauflagen für Vorstandsmitglieder durch eine AG, DB 2014, 2756; *Schmitz/Remberg*, Existenzgefährdende Maßnahmen im Lichte der Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, BB 2014, 2701; *Uwe H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645; *Uwe H. Schneider*, Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in FS Hüffer, 2010, S. 905; *Uwe H. Schneider*, Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321; *Schnorburs/Ganzer*, Recht und Praxis der Prüfung und Verfolgung von Vorstandsfehlverhalten durch den Aufsichtsrat, WM 2015, 1832 u. 1877; *Schnorburs/Klormann*, Verzicht des Vorstands auf die Einrede der Verjährung nach § 93 VI AktG und die Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats nach ARAG/Garmenbeck, NZG 2015, 938; *Schockenhoff*, Haftung und Enthaltung bei Geschäftsleitung bei Compliance-Verstößen in Konzernen mit Matrix-Strukturen, ZHR 180 (2016), 197; *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, 2014; *Scholz*, Die Haftung bei Verstößen gegen die Business Judgment Rule, AG 2015, 222; *Scholz/Weiß*, Schiedsverfahren zur Vermeidung der Vorstandshaftung?, AG 2015, 523; *Schumacher*, Organhaftung und D&O-Versicherung im Schiedsverfahren, NZG 2016, 969; *Schürre/Olbers*, Compliance-Verantwortung in der AG – Praktische Empfehlungen zur Haftungsbegrenzung an Vorstände und Aufsichtsräte, CCZ 2010, 102; *Schwark*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Kreditausschusses einer Bank, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 403; *Segna*, Organhaftung und (gestörte) Gesamtschuld, ZIP 2015, 1561; *Seibert*, UMAG – Zu den Begriffen „Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung“ in § 148 AktG und zu den Zusammenhängen zwischen §§ 93 und 148 AktG, in FS Priester, 2007, S. 763; *Seibt*, Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597; *Seibt*, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097; *Seibt*, „Halbvermögensschutzklausel“ als Instrument zur Vermeidung existenzgefährdender Binnenregressansprüche in Fällen grober Disproportionalität, NZG 2016, 361; *Seibt/Cziupka*, 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens-Neubürger-Urteils, DB 2014, 1598; *Selter*, Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, AG 2012, 11; *Spindler*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 403; *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, 1161; *Strohn*, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, ZHR 176 (2012), 137; *Strohn*, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen in einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504; *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010; *Thomas*, Bußgeldregress, Übelstzufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409; *Thümmel*, Aufsichtsratshaftung vor neuen Herausforderungen – Überwachungsfehler, unternehmerische Fehlentscheidungen, Organisationsmängel und andere Risikofelder, AG 2004, 83; *Thümmel/Burkhardt*, Neue Haftungsrisiken für Vorstände und Aufsichtsräte aus § 57 Abs. 1 AktG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in der Neufassung des MoMiG, AG 2009, 885; *Ulmer*, Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 451; *Verse*, Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine legal judgment rule?, ZGR 2017, 174 E. *Vetter*, Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie, NZG 2014, 921; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung: die gesamtschuldnerische Haftung von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern für Pflichtverletzungen und deren interne Haftungsanteile, 2008; *Wach*, Zeitbombe BGHZ 152, 280: Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen?, in FS Schütze, 2014, S. 663; *Werner*, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands einer AG für gegen die Gesellschaft verhängte Geldbußen gegenüber der Gesellschaft, CCZ 2010, 143; *Westermann*, Zur Übernahme der einem Vorstand gemäß § 153a StPO auferlegten Geldauflage durch die Gesellschaft, EZWiR 2015, 149; *Weusthoff*, Die Or-

ganhaftung der Aktiengesellschaft bei fehlerhafter Rechtseinschätzung: Grundlage und Bewältigung von Legalitätspflichtverstößen im Kontext unternehmerischer Entscheidungen unter Unsicherheit, 2016; *Wiersch*, Geschäftsleiterpflichten bei Gewährung von Kulanzleistungen, NZG 2013, 1206; *Wilhelmi*, Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich, NZG 2017, 681; *Wilsing*, Der Vergleich über Organhaftungsansprüche – Überlegungen zum materiellen Prüfungsmaßstab des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, in FS Haarmann, 2015, S. 260; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG: eine Untersuchung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der Durchsetzungsmöglichkeiten von Innenhaftungsansprüchen, 2009; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in FS Hüffer, 2010, S. 1103; *Wirth*, Der „besondere Vertreter“ nach § 147 Abs. 2 AktG – Ein neuer Akteur auf der Bühne?, in FS Hüffer, 2010, S. 1129; *Witte/Indenhuck*, Wege aus der Haftung – die Beauftragung externer Berater durch den Aufsichtsrat, BB 2014, 2563; *Zimmer/Simonot*, Finanzierung der Verteidigung gegen die Gesellschaft und Rechtsverfolgung gegen den D&O-Versicherer im Lichte von § 93 Abs. 4 AktG, NZG 2016, 976. Wegen älterer Literaturartungsweise vgl. die Schrifttumsangaben zu § 3 der der Voraufgaben. S. daneben auch die Schrifttumshinweise zu speziellen Problemfeldern jeweils vor den nachfolgenden Beiträgen dieses Handbuchs.

A. Grundlagen

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, die ihre Amtspflichten verletzen, unterliegen verschiedenen **Sanktionen**. Ihnen kann die Entlastung verweigert werden (§ 120 AktG), sie können aus ihrem Amt abberufen werden¹, und sie können sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen, und es können straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen in Betracht kommen. 3.1

Die **Schadensersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern** gegenüber der Gesellschaft ist im Wesentlichen durch § 93 AktG geregelt. Danach haben Vorstandsmitglieder ihr Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu führen (§ 93 Abs. 1 AktG). Verletzen sie diese Pflicht schuldhaft, sind sie zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 93 Abs. 2 und 3 AktG). Entsprechendes gilt kraft Verweisung in § 116 Satz 1 AktG für die **Mitglieder des Aufsichtsrats**. Das Verschulden wird vom Gesetz vermutet. Das in Anspruch genommene Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied muss das fehlende Verschulden seinerseits dartun und beweisen. Trifft die Ersatzpflicht mehrere Organmitglieder, haften diese gegenüber der Gesellschaft als **Gesamtschuldner**. Im Innenverhältnis können sich dann schwierige Regressfragen ergeben, wenn der Mitverschuldensbeitrag unterschiedlich ist oder Fälle der gestörten Gesamtschuld vorliegen.² 3.2

Daneben enthält das Gesetz einige **spezielle Haftungsvorschriften**, die jedoch von geringer praktischer Bedeutung sind. Dazu gehört die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach § 117 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG im Zusammenhang mit vorsätzlich schädigenden Einflussnahmen auf die Gesellschaft und die konzernrechtliche Haftung nach §§ 309 Abs. 2, 310 Abs. 1, 317 Abs. 3, 318 Abs. 1 und 2 AktG. Erhebliche praktische Bedeutung haben demgegenüber die **strafrechtliche** Haftung von Geschäftsleitern (dazu *Krause* unten Rz. 40.1 ff.) und Sanktionen des **Ordnungswidrigkeitenrechts** (§§ 130, 30 OWiG) gegenüber Geschäftsleitern und Unternehmen für unterlassene Aufsichtsmaßnahmen (dazu *Schücking* unten Rz. 41.1 ff.). 3.3

1 Vgl. für den Vorstand § 84 Abs. 3 AktG, für den Aufsichtsrat § 103 AktG, § 23 MitbestG, § 12 DrittelbG, § 11 MontanMitbestG, § 10m MitbestErgG.

2 Dazu näher *Bayer/Scholz*, ZGR 2016, 619; *Segna*, ZIP 2015, 1561; *Freund*, GmbHR 2013, 785.

B. Sorgfaltsverpflichtung der Vorstandsmitglieder

I. Ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung

- 3.4 Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten und die Geschäfte zu führen (§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG), seine Mitglieder haben dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Vorstandsmitglieder müssen danach den Anforderungen genügen, die an einen Geschäftsleiter zu stellen sind, der nicht eigenes Vermögen, sondern wie ein Treuhänder fremde Vermögensinteressen verwaltet.¹ Maßstab ist ein Vergleichsunternehmen der konkreten Art², also einer vergleichbaren Tätigkeit, Größe und wirtschaftlichen Lage.
- 3.5 Das Sorgfaltsanforderungsmerkmal betrifft zunächst die **Rechtmäßigkeit** der Geschäftsführung, das heißt die Einhaltung der von dem Unternehmen zu beachtenden Rechtsnormen in ihrer ganzen Breite (sog. Legalitätspflicht).³ Diese gesetzliche Lage beschreibt auch Ziff. 4.1.3 DCGK, wonach der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken hat. Das betrifft zunächst die Vorschriften des Aktiengesetzes nebst Satzung und Vorstandsgeschäftsordnung. Hierher gehören Regelungen wie das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (§ 57 AktG), die Einschränkungen für den Erwerb eigener Aktien (§§ 71 ff. AktG), die Verpflichtung zur Berichterstattung an den Aufsichtsrats (§ 90 AktG), die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten (§ 91 Abs. 1 AktG, §§ 238 ff. HGB)⁴, die Verpflichtung, ab Eintritt der Insolvenzzureife das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 AktG zu beachten und rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen⁵, die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis durch Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG), die Verpflichtung zur Einhaltung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes⁶ usw. Darüber hinaus geht es ganz allgemein um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts⁷, des Kapitalmarktrechts⁸, des Kartellrechts⁹,

1 BGH v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30, 34 = GmbHR 1995, 451 (GmbH-Geschäftsleiter); OLG Düsseldorf v. 28.11.1996 – 6 U 11/95, AG 1997, 231, 235; OLG Hamm v. 11.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 514; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 25; *Hüffer/Koch*, § 93 AktG Rz. 6.

2 OLG Jena v. 8.8.2000 – 8 U 1387/98, NZG 2001, 86, 87 = GmbHR 2001, 243; *Hüffer/Koch*, § 93 AktG Rz. 6; *Bürgers* in *Bürgers/Körper*, § 93 AktG Rz. 3.

3 Zur Managerhaftung für Gesetzverstöße eingehend *Weusthoff*, Die Organhaftung der Aktiengesellschaft bei fehlerhafter Rechtseinschätzung, 2016; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012; näher *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 74 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504; *Louven*, KSzW 2016, 241; *Langenbacher* in FS Lwowski, 2016, S. 333; zur Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen *Langenbacher*, ZBB/JBB 2013, 16.

4 Vgl. dazu *Feldmüller* unten Rz. 34.1 ff.

5 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 = AG 2009, 404; OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, ZIP 2009, 866 = AG 2009, 662.

6 Im Ausgangspunkt zutreffend OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 30 f. = AG 2010, 126 – IKB, wo allerdings die Grenzen des Unternehmensgegenstandes viel zu eng gezogen werden *Hüffer/Koch*, § 93 AktG Rz. 16 f.; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2103.

7 Vgl. dazu *Kellenter* unten Rz. 27.1 ff.

8 Vgl. dazu *Krämer/Gillessen* unten Rz. 32.1 ff.

9 Vgl. dazu *Dreher* unten Rz. 35.1 ff.

§ 19 Moderne Directors & Officers Versicherungsbedingungen

Dr. Horst Ihlas

<p>A. Kommentierte Verbandsbedingungen und moderne D&O-AVB 19.1</p> <p>B. Vertragsgestaltung ohne statistische Erfassung des Risikos 19.17</p> <p>C. Enthftung, der zweite von drei Gegenständen der D&O-Versicherung 19.20</p> <p>D. Der dritte Versicherungsgegenstand: Reine Unternehmensdeckung und Prospekthaftungsversicherung 19.21</p> <p>E. Definitionen 19.25</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Pauschaler Einschluss aller Tochterunternehmen. 19.26</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Weiter Kreis von versicherten Personen 19.28</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Fremdmandate 19.32</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Erweiterte Vermögensschäden 19.33</p> <p>F. Anspruchserhebungsprinzip 19.35</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Drei Elemente des Anspruchserhebungsprinzips 19.35</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Wechsel des Versicherers. 19.38</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Kostenübernahme vor Versicherungsfall und Umstandsmeldungen. . . 19.43</p>	<p>IV. Erweiterter sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes. 19.51</p> <p>G. Versicherungssumme 19.63</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Wie viel? 19.63</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Verteilung unzureichender Versicherungssummen 19.64</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Mischfallregelungen 19.68</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Kostenanrechnung auf die Versicherungssumme 19.71</p> <p style="padding-left: 20px;">V. Persönliche Wanderpolice 19.73</p> <p>H. Ausschlüsse. 19.74</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Wissentliche Pflichtverletzung und Vertrauensschadenversicherung 19.77</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Versicherbarkeit von Geldbußregressen 19.80</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Insolvenz 19.86</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Pensionssondervermögen 19.87</p> <p>J. Wenig Anzeigepflichten und Schutz bei deren Verletzung: Trennbarkeit. 19.89</p>
--	---

Schrifttum: *Armbrüster*, Verteilung nicht ausreichender Versicherungssummen in D&O-Innenhaftungsfällen, *VersR* 2014, 7; *Bachmann*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), *BB* 2015, 907; *Backhaus/Brand*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), *jurisPR HaGesR* 6/2016; *Bastuck*, Enthftung des Managements, Corporate Indemnification im amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Köln 1986; *Baumann* in *Bruck/Möller*, Ziff. 4 AVB-AVG 2011/2013, *VVG* Bd. 4, 9. Aufl. 2014; *Boettrich/Starykh*, Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2016 Full-Year Review, January 23rd 2017, <http://www.nera.com/publications/archive/2017/recent-trends-in-securities-class-action-litigation-2016-full-y.html>; *Dreher*, Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzung, *VersR* 2015, 781; *Eidam*, Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung: Kommentar zu den Sonderbedingungen, Köln u.a., 1994; *Fabisch*, Managerhaftung für Kartellrechtsverstöße, *ZWeR* 2013, 91; *Felsch*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Transportversicherung, *r+s* 2012, 223; *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, *BB* 2008, 1070; *Gädtker* in *Bruck/Möller*, Ziff. 5, 7 und 8 AVB-AVG 2011/2013, *VVG* Bd. 4, 9. Aufl. 2014; *Gädtker*, Schutz gutgläubiger Organmitglieder bei Anfechtung des Versicherers – nach der Entscheidung des BGH „Heros II“?, *r+s* 2013, 313; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, Rückgriffshaftung von Organmitgliedern bei Kartellrechtsverstößen, *AG* 2001, 344; *Grooterhorst/Looman*, Kostentragung des Versicherers bei (teilweiser) Erschöpfung der Versicherungssumme in der D&O-Versicherung, *r+s*

2014, 157; *Gruber/Mitterlechner/Wax/Strzelbicka*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen, München 2012; *Grunewald*, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands-Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121; *Hahn*, Die Versicherbarkeit von Prospekthaftungsansprüchen bei der Emission von geschlossenen Fonds, VersR 2012, 393; *Hegland/Klausner*, Stanford Securities Litigation Analytics, (SSLA) <https://law.stanford.edu/stanford-securities-litigation-analytics-ssla/#slnav-events>; *Hemeling*, Neuere Entwicklungen in der D&O-Versicherung, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491; *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, Berlin 1997; *Ihlas*, D&O, 2. Aufl. Berlin 2009; *Ihlas*, Reform der Organhaftung, Phi Sonderdruck aus Heft 1 und 2, März 2015; *Ihlas* in Langheid/Wandt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum VVG, Bd. 3, Kapitel 320 D&O, 2. Aufl. 2017; *Ihlas/Stute*, D&O-Versicherung für das Innenverhältnis – dargestellt an Ziffer 1.3 AVB AVG des unverbindlichen GDV Modells, Beilage zu Phi 4/2003; *Jens Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429; *Robert Koch*, Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle, VersR 2011, 295; *Robert Koch*, Das Dreiecksverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versicherten Personen in Innenhaftungsfällen der D&O-Versicherung, ZVersWiss 101 (2012), 151; *Robert Koch*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), VersR 2015, 655; *Kollmann/Aufdermauer*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), BB 2015, 1018; *Kolb*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), GWR 2015, 169; *Labusga*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015 (16 Sa 459/14), VersR 2015, 907; *LaCroix*, NERA Economic Consulting: Record Number of Securities Suit Filings in 2016, January 23rd, 2017, <http://www.dandodiary.com/2017/01/articles/securities-litigation/nera-economic-consulting-record-number-securities-suit-filings-2016/>; *Langheid/Rixecker* (Hrsg.), VVG, 5. Aufl. 2016; Markel International Deutschland, Markel Pro D&O; R+V-Bedingungsheft Firmenkunden, Haftpflicht (April 2012); *Milch/Viera*, Securities Class Action Filings – 2016 Year in Review, <http://www.cornerstone.com/Publications/Press-Releases/Securities-Class-Action-Filings-Highest-Level-20-Years>; *Reuter*, Unternehmensgeldbußen, Organregress, Grenzen der Versicherbarkeit und Gesellschaftsrecht: eine systematische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?, BB 2016, 1283; *Ruttmann*, Die Versicherbarkeit von Geldstrafen, Geldbußen, Strafschadensersatz und Regressansprüchen in der D&O-Versicherung – Unter vergleichender Betrachtung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten, Karlsruhe 2014; *Ruttmann*, D&O-Versicherungsschutz für Geldstrafen und -bußen?, VW 2015, 50; *Säcker*, Streitfragen zur D&O-Versicherung, VersR 2005, 10; *Uwe H. Schneider*, Der mühsame Weg der Durchsetzung der Organhaftung durch den besonderen Vertreter nach § 147 AktG, ZIP 2013, 1985; *Schramm*, Claims Made mit deutschen AGB vereinbar, VW 2008, 2071; *Schramm*, Das Anspruchserhebungsprinzip, 2009; *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Kommentar zu den AVB-AVG, 2016; *Sommer*, Verzicht auf das Recht zur Arglistanfechtung in AGB/AVB – zur Rechtsprechung des BGH und ihrer Auswirkung auf die D&O-Versicherung, ZVersWiss 102 (2013), 491; *Staudinger*, Ausgewählte Probleme der D&O-Versicherung im Internationalen Zivilverfahrens-, Kollisions- und Sachrecht, in Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, S. 41; *Terno*, Wirksamkeit von Kostenanrechnungsklauseln, r+s 2013, 577; *Thomas*, Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409; *Voit* in Prölss/Martin (Hrsg.), VVG, 29. Aufl. 2015; *Zimmermann*, Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, 433.

A. Kommentierte Verbandsbedingungen und moderne D&O-AVB

Die **Grundzüge der D&O-Versicherung** wurden bereits oben in § 18 dargestellt.¹ Es handelt sich um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (s. E. IV., Rz. 19.33).² Sie basiert auf dem Anspruchserhebungsprinzip, d.h. die Erhebung des Schadenersatzanspruchs und nicht die Pflichtverletzung muss in die Versicherungsperiode fallen.³ Sie schützt ehemalige

1 Vgl. oben *Sieg*, § 18 „D&O-Versicherung des Managers“.

2 Oben *Sieg*, Rz. 18.13 ff.

3 Oben *Sieg*, Rz. 18.35 ff.

und gegenwärtige Organmitglieder und leitende Angestellte juristischer Personen bei Pflichtverletzungen im Rahmen ihrer Tätigkeit vor Ansprüchen Dritter und der Gesellschaft – sog. Side A.¹ Daneben gibt es eine Side B, die company reimbursement Deckung. Sie schützt die Gesellschaft, wenn diese ihre Manager von der Haftung freistellt und gewährt dieser dann die Rechte des Begünstigten der Side A (s. C., Rz. 19.20). Versicherte Gesellschaften sind die Versicherungsnehmerin und deren Tochterunternehmen.² Sie zahlen die Prämien, diese sind Betriebsausgaben und für den Abschluss der Versicherung ist nach der h.M. der Vorstand zuständig.³ Es handelt sich um eine Versicherung für fremde Rechnung im Sinne der §§ 43 ff. VVG.⁴ Die neugefassten §§ 105 und 108 VVG gestatten den versicherten Personen ein Anerkenntnis und die Abtretung, so dass sich bei Innenverhältnisansprüchen die Gesellschaft in einem Haftungs- und Deckungsprozess direkt an den D&O-Versicherer halten kann.⁵ Der Gesetzgeber hat diese Konfusion bei der Neufassung des VVG übersehen und die D&O-Versicherung bisher auch nur einmal erwähnt. Dies geschah 2009 bei der Einführung des Pflichtselbstbehalts für Vorstände in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG.⁶

- 19.2 *Sieg* bezieht sich wie in der Literatur üblich auf die D&O-Bedingungen **AVB AVG 2013** des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV). Dazu gibt es ausführliche Kommentierungen.⁷ Diese AVB dienen den Mitgliedern des GDV, d.h. den Interessen der Versicherer. Ihr Verdienst ist eine Vereinheitlichung der Terminologie und Systematik. Die Dynamik des versicherten Risikos und der harte Wettbewerb der Versicherer führten dazu, dass diese Musterbedingungen durchschnittlich alle drei Jahre überarbeitet werden mussten.⁸ Der GDV plant eine weitere Aktualisierung, um den Rückstand auf die besseren D&O-AVB der führenden Versicherer nicht allzu groß werden zu lassen. Die Dynamik des Marktes eilt hier der Arbeit des GDV stets weit voraus.
- 19.3 Die abgeschlossenen D&O-Policen haben ein Prämienvolumen von ca. 500 bis 750 Mio. Euro. Es gibt rund 30 D&O-Versicherer in Deutschland. Deren AVB ändern sich im Durchschnitt alle zwei Jahre. Ihre Terminologie und Struktur ist uneinheitlich. Einige Versicherer bieten mehrere D&O-AVB an für besondere Risiken (USA, Finanzdienstleister), Zielgruppen (firmenverbundene Versicherungsvermittler großer Konzerne, börsennotierte AGs, kleine und mittlere

1 Oben *Sieg*, Rz. 18.13.

2 Oben *Sieg*, Rz. 18.2 und 18.24.

3 S. oben *Krieger*, Rz. 3.59 m.w.N. mit einer Präferenz für den Aufsichtsrat.

4 Oben *Sieg*, Rz. 18.24 f.

5 Oben *Sieg*, Rz. 18.5, 18.26 und 18.56; ausführlich dazu und zur Diskussion um den faktischen Direktanspruch *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 386–400, 408–413, 422–423, 452–459 m.w.N.

6 Dazu oben *Sieg*, Rz. 18.67 und *Krieger*, Rz. 3.59.

7 Die bei Redaktionsschluss noch geltende Fassung der Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) auf dem Stand Mai 2013 findet sich unter http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2014/07/GDV-Allg.-Versicherungsbedingungen_DandO_2013.pdf. Bei der irreführend als „Fassung Februar 2016“ bezeichneten Version wurde lediglich in Ziffer 3.2 ein Wort („schriftlich“) durch zwei Worte („in Textform“) ersetzt. Umfangreiche Kommentierungen finden sich bei *Ihlas*, D&O, S. 321 ff. zu den AVB AVG 2008 und zu den AVB AVG 2013 bei *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O Versicherung, S. 240 ff. sowie *Baumann/Gädtkel/Henzler* in Bruck/Möller, AVB-AVG. Mit davon abweichenden Klauseln werden die AVB AVG 2013 ausführlich kommentiert von *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung und *Ihlas* in Langheid/Wandt, MünchKomm. VVG, Bd. 3, D&O-Versicherung.

8 Vgl. hierzu *Ihlas*, D&O, S. 43 ff.

Unternehmen, Stiftungen, Venture Capital, Private Equity etc., Versicherungsmakler) sowie Einzelpersonen (Selbstbehalts-V, Aufsichtsrats-V). Regelmäßig gibt es zu den AVB wiederum einige Dutzend **Klauseln**. Diese Dynamik fördert Innovationen und die Nähe zu den individuellen Wünschen der Versicherten. Sie verhindert aber Transparenz und Vergleichbarkeit, insbesondere hinsichtlich der Prämien. Diese fallen seit Jahren. Eine Million Euro Versicherungssumme kostet oft unter 1000 Euro.

Bei den Bedingungen gibt es einen allgemeinen **Qualitätsstandard**, der sich von 1986 bis heute mit Ausnahme der kurzen Marktverhärtung in den Jahren 2001–2004 ständig verbessert. Ohne kontinuierliche Optimierung durch Klauseln und erweiterte AVB alle zwei bis drei Jahre verlieren die D&O-Versicherer ihre Wettbewerbsfähigkeit. Die Deckungserweiterungen werden oft prämiennneutral angeboten. Gelingt anfangs ausnahmsweise ein Prämienzuschlag, verschwindet dieser in den Folgejahren wieder unter dem Druck des Wettbewerbs. Dieser aktuelle Qualitätsstandard entspricht den AVB-AVG 2013 des GDV, auf deren Ziffern nachfolgend Bezug genommen wird, allerdings mit den folgenden wesentlichen und zahlreichen Erweiterungen: 19.4

Statt 18 Ausschlüssen (Ziff. 5.1–5.18) gibt es regelmäßig nur noch drei bis fünf Ausschlüsse (dazu H., Rz. 19.74). Zu den **in guten D&O-AVB gestrichenen Ausschlüssen** gehören heute: 19.5

- Herausgabe von Bezügen, Tantiemen oder sonstigen Vergütungselementen
- Produkte und Dienstleistungen der versicherten Unternehmen¹
- Umwelteinwirkungen²
- Insiderhandel³
- Berufshaftpflicht
- Innenverhältnis⁴
 - Ansprüche versicherter Unternehmen gegen versicherte Personen, die von anderen versicherten Personen veranlasst, beschlossen oder anderweitig verursacht wurden⁵
 - Ansprüche versicherter Personen und ihrer Angehörigen untereinander
 - Konzerninterne Bereicherung⁶ (der Schaden der versicherten Gesellschaft hat bei einer anderen Gesellschaft des Konzerns zu einem Vermögensvorteil geführt)
 - vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - nicht gerichtlich festgestellte Haftung
- im Zusammenhang mit fehlerhaften oder unzureichenden anderen Versicherungen
- Beleidigung, üble Nachrede

1 Vgl. zur Produkthaftung (inkl. Haftung für Dienstleistungen) unten *Harbarth*, Rz. 28.11 ff. und zur Haftung im Innenverhältnis Rz. 28.42.

2 Vgl. zur Umwelthaftung unten *Uwer*, Rz. 38.4 ff.

3 Vgl. zur Haftung für verbotene Insidergeschäfte unten *Krause*, Rz. 40.106 ff.

4 Zum Missbrauchsrisiko s. *Ihlas*, D&O, S. 472–527 und *Ihlas/Stute*, Phi 4/2003.

5 Vgl. zur Haftung gegenüber der GmbH/GmbH & Co. KG oben *Uwe H. Schneider*, § 2; zur AG oben *Krieger*, § 3; zur Genossenschaft oben *Weber*, § 4; zur SE oben *Teichmann*, § 5; zum Verein und zur Stiftung oben *Burgard*, § 6.

6 Zur Haftung im Konzern oben *Sven H. Schneider*, § 8 und *Uwe H. Schneider*, § 10.

- Geschäftsschädigung, unlauterer Wettbewerb
- Verletzung von Berufsgeheimnissen, Urheber-, Patent-, Warenzeichen-, Geschmacksmuster und vergleichbaren Immaterialgüterrechten
- Vertragsstrafen, Kautionen, Bußgeldern und Entschädigungen mit Strafcharakter (punitive und exemplary damages)
- Bestechungen, Schenkungen, Spenden oder ähnlichen Zuwendungen
- Spekulationsgeschäften¹
- Einbußen bei Darlehen und Krediten
- Anfeindungen, Schikane, Belästigung, Ungleichbehandlung oder sonstigen Diskriminierungen
- Asbest
- bei Versicherungsbeginn anhängige Rechtsstreitigkeiten.

Die Streichung dieser Ausschlüsse bedeutet nicht automatisch, dass hier die Deckungsvoraussetzungen immer erfüllt sind. Manche Ausschlüsse dienen der Abgrenzung zu anderen vorrangigen Versicherungssparten. Das ist z.B. bei den D&O-Ausschlüssen für Produkte, Dienstleistungen, Umweltschäden, Berufshaftpflicht oder Diskriminierungen² der Fall. Gelegentlich handelt es sich bei den Ausschlüssen um Klarstellungen, wie z.B. bei Bereicherungsansprüchen, die nicht Gegenstand einer Haftpflichtversicherung sein können. Oft sind die gestrichenen Ausschlüsse auch Unterfälle des Ausschlusses der **wissentlichen Pflichtverletzung**, wie z.B. Insiderhandel, Beleidigung oder die Verletzung von Immaterialgüterrechten.

- 19.6 – Statt sich wie in der Betriebs- und Berufshaftpflicht üblich auf die „**gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts**“ zu beziehen, ist die Beschränkung auf das Privatrecht entfallen. Das wurde dann erstmals mit Ziffer 1.1 Abs. 1 Satz 1 der AVB-AVG 2013 nachgeholt. Mit dieser Erweiterung wird die steuerrechtliche Haftung aus § 69 AO und die Haftung für die Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266 a und 15 StGB erfasst.³ Weitergehend wird nur auf die „Haftung“ abgestellt. Teilweise wird die Haftung für vertragliche Ansprüche versichert, sofern der Ersatzanspruch im gleichen Umfang auch aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen einredefrei besteht.
- 19.7 – Statt unbestimmt langer **Nachmeldefristen** gegen unbezifferte Zuschlagsprämien (Ziff. 3.2) gibt es teilweise fünf Jahre gratis-Nachmeldefristen und feste Zuschlagsprämien für eine Verlängerung bis hin zu 12 Jahren.
- 19.8 – Versichert werden auch **zukünftige** und nicht nur ehemalige und gegenwärtige **Mitglieder der Organe** (Vorsorgedeckung statt Ziff. 1.11).

1 Für Kurssicherungsgeschäfte galt hier stets ein ausdrücklicher Wiedereinschluss, wenn sie betriebsüblich waren.

2 Employment Practices Liability Insurance bzw. Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Policen.

3 A.A. *Sieg* in Höra (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2017 (angekündigt), § 17 Rz. 86, sowie *Baumann* in Bruck/Möller, Ziff. 1 AVB-AVG Rz. 42 und *Wax* in Gruber/Mitterlechner/Wax/Strzelbicka, S. 71 f., welche hier von einer privatrechtlichen Haftung ausgehen.

- Statt **Kenntnisausschluss** in der Rückwärtsdeckung bezogen auf alle versicherten Personen (Ziff. 3.1) eine Beschränkung auf die **Repräsentanten** oder lediglich auf den Unterzeichner des Fragebogens. 19.9
- Eine bei jeder Form der **Enthftung** gegebene und nicht nur auf rechtlich zulässige Freistellungen von Drittansprüchen beschränkte company reimbursement Deckung (Ziff. 1.2). 19.10
- Begrenzung der anzeigepflichtigen gefahrdrohenden Umstände (Ziff. 7.3.1) auf benannte **Gefahrerhöhungen** (v.a. USA-Risiken, Börsengänge und M&A-Aktivitäten oberhalb von x% der Bilanzsumme, s. I., Rz. 19.89). 19.11
- Beschränkung der Rücktritts- und Kündigungsrechte des Versicherers (Ziff. 7.1.2, 7.2.2 und 8.1) durch fortbestehende Deckung für insoweit unbeteiligte Versicherte und nicht verheimlichte Risiken (sog. **Trennbarkeit/severability**-Regeln, s. I., Rz. 19.89). 19.12
- Keine Beschränkung auf Organmitglieder in der EU (Ziff. 1.1), sondern weltweite Geltung. 19.13
- Statt Ausschluss des **Eigenschadens** im Umfang des prozentualen Gesellschaftsanteils des Schädigers oder seiner Familie (Ziff. 4.2) unbeschränkte Deckung im Innenverhältnis. 19.14
- **Erweiterungen** des Umfangs der Versicherung v.a. im Vorfeld des Versicherungsfalls und bezüglich Annexdeckungen (s. F. III., Rz. 19.45 und IV., Rz. 19.51). 19.15

In diesem Beitrag sollen die aktuellen Fragen der D&O-Vertragsgestaltung behandelt werden. Das ist denknotwendig punktuell und nicht allumfassend. Die Länge der AVB nimmt ständig zu und entspricht heute schon der Länge dieses Beitrages. Aktuelle **vollständige D&O-AVB** findet man im Internet¹ oder erhält diese auf Anfrage von den Versicherern zugeschickt. Die inzwischen unübersichtlichen Bedingungen werden immer häufiger mit Lesehilfen ausgestattet. Inhalts- und Stichwortverzeichnisse sowie Definitionssammlungen von A-Z sollen die Produkte für den Verbraucher handhabbar machen. 19.16

B. Vertragsgestaltung ohne statistische Erfassung des Risikos

Dieser Beitrag beschränkt sich auf eine Auswahl der kritischen Punkte. Dabei ist ein Rückgriff auf **Statistiken** nicht möglich. Denn die statistische Erforschung des Risikos der Organhaftung ist bisher außerhalb der USA nicht gelungen. Die Versicherer versuchen primär, die Ursachen im Unternehmen zu prüfen. Risikobranchen und Unternehmen mit schlechter Finanz- und Ertragslage werden dann eingeschränkt oder gar nicht versichert. Einzelne Anspruchsgrundlagen können in die IT-Systeme nicht eingegeben werden, denn davon gibt es zu viele, die Verfahren dauern zu lange und eine präzise Auswertung der Schadenkorrespondenz würde zu aufwendig. Eine Ausnahme bildet da nur das Spitzenrisiko der Wertpapier- 19.17

1 GDV: http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2014/07/GDV-Allg.-Versicherungsbedingungen_DandO_2013.pdf; Gothaer:http://www.makler.gothaer.de/media/projekt_makler-portal/produkte/shuk_geschaefstkunden/haftpflichtversicherungen/berufshaftpflicht/vov/20140516_avb_do.pdf; VOV: http://www.vovgmbh.de/fileadmin/user_upload/VOVDokumente/AVB-VOV_5.0.pdf; DUAL: http://www.dualdeutschland.com/fileadmin/user_upload/DUAL_AVBDO_2017_10_2016.pdf; R&V: https://ga.ruv.de/de/uec/bedingungen/aktuell/ruv-kfh_firmenkunden_haftpflicht_verbraucherinfo.pdf; Markel: http://www.markelinternational.de/Global/Overseas%20-%20Germany/Documents/Directors%20and%20officers_DandO/161104_Antragsmodell%20Markel%20Pro%20DundO_B.pdf.

haftung in den USA.¹ Denn die D&O-Prämie wird beim Einschluss dieses Risikos mindestens verdoppelt. Daher wird dieses Risiko nachhaltig und detailliert erfasst. In Deutschland hingegen ist nach über drei Jahrzehnten der D&O-Risikotragung immer noch streitig, ob die Haftung im Innen- oder Außenverhältnis größer ist.²

19.18 Die Versicherungswirtschaft selbst hat kein Interesse am Aufbau und der Pflege von Statistiken zur Organhaftung. Denn die so erstmals geschaffene **Transparenz** könnte das Geschäft noch mehr verderben, als dies dem Wettbewerb bisher schon gelungen ist. Die Durchführung von statistischen Erhebungen zu diesem Thema ist so kompliziert und komplex, dass für die entsprechenden Ressourcen alljährlich Kosten von einer halben Million Euro als Budget bereitgestellt werden müssten. Die Einnahmen aus dem Verkauf der Statistik sind zu gering. Das Zeitfenster für deren Verkauf ist wegen der nur kurz andauernden Aktualität der Ergebnisse zu klein. Damit wird die Durchführung der statistischen Erhebung zu einer gemeinnützigen Aktivität.³ Die gewinnorientierten Marktteilnehmer haben dafür keine Zeit und würden wegen des Datenschutzes keine ausreichende statistische Basis erreichen.

19.19 Trotz des Fehlens einer Statistik hat der **Wettbewerb** die Frage, welches Risiko wieviel Prämie bei dessen Einschluss in die D&O-Police kostet, in den letzten Jahrzehnten sehr gut gelöst. Denn fast alle Risiken sind heute trotz fallender Prämien versichert.

Die Policen werden unter dem Druck des Wettbewerbs inzwischen mit zusätzlichen und teilweise seltsamen⁴ Deckungselementen überfrachtet. Je länger die Policen, desto moderner sind sie. Da die Zeit zur Prüfung knapp ist, wird mit Besserstellungserklärungen gearbeitet. Entbehrliche Vertrags Elemente werden nicht beseitigt. Dennoch schleichen sich in diese unübersichtlichen Bedingungen gelegentlich einige wenige überraschende, unklare oder den Sinn und Zweck der Regelung gefährdende Passagen ein. Dies sind Denksportaufgaben des Verwenders, welche sich bei einer individuellen Vertragsgestaltung regelmäßig lösen lassen.⁵

C. Enthftung, der zweite von drei Gegenständen der D&O-Versicherung

19.20 Eine D&O-Versicherung benötigt zwei Versicherungsgegenstände. Dies ist die **Managerhaftungs-**⁶ und die **Firmenenthftungsversicherung**. Sie werden auch als Side A und Side B

1 S. zur Haftung bei Masseklagen oben *Hess*, § 17. Zur statistischen Erfassung v.a. des Wertpapierhaftungsrisikos in den USA zuletzt *LaCroix* unter <http://www.dandodiary.com/2017/01/articles/securities-litigation/nera-economic-consulting-record-number-securities-suit-filings-2016/> sowie <http://www.nera.com/publications/archive/2017/recent-trends-in-securities-class-action-litigation-2016-full-y.html> und <https://law.stanford.edu/stanford-securities-litigation-analytics-ssla/> und <https://www.cornerstone.com/Publications/Press-Releases/Securities-Class-Action-Filings-Highest-Level-20-Years/>.

2 *Ihlas*, D&O, S. 489–494.

3 S. *Ihlas*, D&O, S. 26–31 mit den Hinweisen zu den Tabellen und Abbildungen aus der mit *Towers/Perrin* 2007 durchgeführten umfangreichsten D&O-Statistik, welche bereits 2008 eingestellt wurde (dazu a.a.O. S. 127 ff.).

4 So können beispielsweise die Kosten für den Medikamententransport versichert werden.

5 Zu *priority of payment* Klauseln s. G. II., Rz. 19.64.

6 Vgl. zur Haftung für Pflichtverletzungen in der GmbH/GmbH & Co. KG oben *Uwe H. Schneider*, Rz. 2.6 ff.; zur Haftung für Pflichtverletzungen in der AG oben *Krieger*, Rz. 3.4 ff.; zur Haftung für Pflichtverletzungen in der Genossenschaft oben *Weber*, Rz. 4.7 ff.; zur Haftung für Pflichtverletzungen in der Europäischen Gesellschaft (SE) oben *Teichmann*, Rz. 5.17 ff.; zur Haftung für Pflichtverletzungen in Verein und Stiftung oben *Burgard*, Rz. 6.5 ff.; zur Vorstands- und Geschäfts-

oder als **Clause 1** und **Clause 2** bezeichnet. Die **Side A** deckt für die versicherten Personen deren Haftungen im Innenverhältnis sowie die Haftung im Außenverhältnis, von welcher sie durch ihre juristische Person nicht freigestellt werden. Die **Side B** oder Clause 2 wird überwiegend als **company reimbursement** bezeichnet.¹ Mit der deutschen Bezeichnung Firmen-Enthaftungsversicherung wird der Oberbegriff der **Enthaftung** des Managements² betont. Dieser umfasst den Verzicht, die Freistellung, die Entlastung und den Vergleich. Die Policen beschränken sich ebenso wie die Literatur überwiegend auf den Begriff der **Freistellung**.³ In den Policen wird dieser Begriff nicht definiert. Die Freistellung von der Haftpflichtschuld der versicherten Person erfolgt durch die Zahlung der versicherten Unternehmen oder den Versicherer an die Gläubiger.⁴ Die Freistellung kann auch nur teilweise erfolgen. Einige AVB schränken die Side B sogar noch weiter ein und verlangen eine „rechtlich zulässige Freistellung“. Eine unzulässige Freistellung führt dann zum Fortfall der Deckungsvoraussetzungen von Side A und Side B gleichzeitig. Es ist daher empfehlenswert, alle Fälle der Enthaftung im Gegenstand der Side B aufzuführen.

D. Der dritte Versicherungsgegenstand: Reine Unternehmensdeckung und Prospekthaftungsversicherung

Dieser kurz auch als **Side C** bezeichnete Gegenstand der D&O-Versicherung ist immer sublimitiert. Erfasst werden Ansprüche, welche nur gegen die juristische Person erhoben werden. Regelmäßig geht es dabei um die Wertpapierhaftung: 19.21

Unternehmens-Wertpapier-Deckung Side C

Der Versicherer bietet Versicherungsschutz für Versicherungsfälle, wenn innerhalb der Vertragslaufzeit oder einer sich daran anschließenden Nachmeldefrist ... gegen die Versicherungsnehmerin oder deren Tochterunternehmen im Zusammenhang mit dem Handel von Wertpapieren dieser Gesellschaften ein Anspruch erstmalig geltend gemacht wird. Handel in diesem Sinne bedeutet den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, das Angebot dazu sowie die Einladung zur Abgabe eines diesbezüglichen Angebots. Börsengänge und Zweitplatzierungen (sog. Initial oder Secondary Public Offerings; abgekürzt IPO bzw. SPO) sind ausgeschlossen. Ihr Einschluss bedarf der besonderen Vereinbarung. Wertpapiere in diesem Sinne sind Aktien, aktienvertretende Zertifikate, Schuldverschreibungen, Genussscheine, Optionsscheine und andere Wertpapiere, welche mit Aktien oder Schuldverschreibungen vergleichbar sind, wenn sie an einem Markt gehandelt werden können.

Kommt es zu einem IPO oder SPO, dann wird das Emissionsrisiko mit dem Beginn der Roadshows aus der D&O-Police ausgeschlossen und über eine **Prospekthaftpflichtversicherung** abgesichert.⁵ Sie wird auch kurz IPO-Police oder POSI genannt⁶ und deckt das Prospekthaftungsrisiko des emittierenden Unternehmens, seiner Organe sowie der mitversicherten weiteren Dienstleister, denn gegenüber den beteiligten Banken, Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern hat sich der Emittent regelmäßig zur Freistellung verpflichtet. Anders als 19.22

fürerhaftung im Konzern oben *Sven H. Schneider*, Rz. 8.12 ff.; zur Aufsichtsratshaftung im Konzern oben *Uwe H. Schneider*, Rz. 10.5 ff.

1 AVB-AVG § 1 Abs. 2.

2 *Ihlas*, Organhaftung, S. 220 ff., 335; *Bastuck*, Enthaftung des Managements (Diss.).

3 Vgl. zum Zusammenspiel von Freistellung und D&O-Versicherung ausführlich *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern.

4 *Lange*, D&O, § 20 Rz. 22 ff.

5 Hierzu *Hahn*, VersR 2012, 393 und *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 82 ff.

6 IPO für Initial Public Offering und POSI für Public Offering of Securities Insurance (POSI) oder auch Wertpapier-Haftpflicht-Versicherung.

die D&O-Police hat diese Projektdeckung eine Laufzeit je nach Verjährung von 3, 5, 6 oder 11 Jahren. Die Emission von Wertpapieren ist eine anzeigepflichtige Gefährerhöhung der D&O-Police (s. I., Rz. 19.90). Die Kosten für diese Police werden als einmalige Emissionskosten und nicht als wiederkehrende Versicherungskosten verbucht. Die Prospekthaftpflichtversicherung deckt v.a. das Haftungsrisiko des Emittenten ab. Das Side C Sublimit aus der D&O ist dafür zu gering. Mit Blick auf das Anspruchserhebungsprinzip ist die Herauslösung des Vorbereitungsrisikos aus der D&O und die Rückwärtsdeckung unter der POSI viel schwieriger als der unten beschriebene Wechsel eines Versicherers (F. II., Rz. 19.38). Die Praxis vermeidet daher den Wechsel des Versicherers und baut das POSI-Konsortium parallel zum D&O-Konsortium auf. Der Verzicht auf Wettbewerb hat seinen Preis.

Mit der Aufnahme einer Side C entfernt sich die D&O Police von der reinen Managerhaftung. Dies kann bei unzureichenden Versicherungssummen die Verteilungskonflikte verschärfen.

19.23 Inzwischen haben sich hier einige **Side C Deckungserweiterungen** hinzugesellt, welche die Rechtskosten versichern, die von den Gesellschaften zu tragen sind:

- faute non séparable
- corporate manslaughter
- Firmenstellungnahme
- regulatory investigations
- internal investigations
- Organisationsrechtsschutz für Vereine und Stiftungen.

Diese Bausteine werden unten im Kapitel F. IV., Rz. 19.51, erläutert.

19.24 Die Frage, ob die D&O-Versicherung primär den Managern oder den Gesellschaften nützt, war bereits in anderem Zusammenhang vom BFM¹ zugunsten der Unternehmen beantwortet worden. Es ging dabei um die Frage, ob die arbeitgeberseitig finanzierten D&O-Prämien Betriebsausgaben sind. Dies wird von der Finanzverwaltung und der h.M. bejaht.

E. Definitionen

19.25 Den Definitionen wird in den D&O-AVB fast immer ein eigenes Kapitel gewidmet. Häufig wird durch Fettschrift hervorgehoben, dass dieses Wort im **Definitionsteil** definiert ist. Traditionell werden hier Deckungserweiterungen und Ausschlüsse integriert, welche über den Empfängerhorizont hinausgehen. Der ständige Wechsel zwischen dem Definitionsteil und dem sonstigen Text der AVB ist lästig. Fehlt ein Definitionsteil, wird die Arbeit mit den Verträgen noch mühsamer.

Hier sollen nur die wichtigsten Definitionen kurz erwähnt werden:

I. Pauschaler Einschluss aller Tochterunternehmen

19.26 Die D&O-AVB schließen pauschal alle **Tochterunternehmen** ein. Dies sind Unternehmen, bei denen die Versicherungsnehmerin unmittelbar oder mittelbar im Sinne der aktuellen

¹ Aktenzeichen – IV C 5-S 2332-8/02 – abgedruckt in DB 2002, 399. Zur damaligen Diskussion *Ih-las*, D&O, S. 586 ff.

§§ 290 Abs. 1 und 2, 271 Abs. 2 HGB oder vergleichbare Gesellschaftsformen nach ausländischem Recht, einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Definitionen wiederholen dann die Hauptfälle, in denen das HGB a.a.O. einen beherrschenden Einfluss bejaht, d.h. stichwortartig die Stimmenmehrheit, die Beherrschungsverträge und das Recht, die Mehrheit des Kontrollorgans zu stellen. Verhandlungssache ist der Einschluss der Zweckgesellschaften und v.a. der Joint Ventures. Weitere Gesellschaften wie v.a. Fonds-, Portfoliogesellschaften¹, Gesellschaften, welche ihrerseits Anteile an der Versicherungsnehmerin halten, sowie Minderheitsbeteiligungen können im Wege der Einzelfallvereinbarung und namentlichen Benennung im Versicherungsschein dem Kreis der pauschal versicherten Tochterunternehmen hinzugefügt werden.

Neuhinzukommende und neugegründete Tochterunternehmen sind vom Versicherungsschutz automatisch erfasst, sofern keine anzeigepflichtige Gefahrerhöhung vorliegt.² Für solche anzeigepflichtigen neuhinzukommenden oder neugegründeten Tochterunternehmen besteht bedingungsgemäß üblicherweise zunächst ein vorläufiger Versicherungsschutz für ein bis drei Monate ab dem Zeitpunkt des Beherrschungswechsels. In dieser Zeit kann eine unbefristete Deckung vereinbart werden, wenn sich die Parteien nach der Risikoprüfung auf eine Prämie und die Bedingungen einigen können.³ Anderenfalls entfällt der vorläufige Versicherungsschutz rückwirkend. Der Abschluss einer Rückwärtsversicherung für vor dem Zeitpunkt des Beherrschungswechsels begangene Pflichtverletzungen ist grundsätzlich nicht empfehlenswert. Im Einzelfall können Deckungserweiterung auf mitversicherte Gesellschaften vereinbart werden.⁴ Diese werden entweder auf Wunsch der Versicherungsnehmerin komplett versichert oder es werden nur externe Mandate der sog. „Outside Directors“ versichert. Die sogenannte **Outside Directors Liability (ODL)** Klausel soll dabei eigene Organmitglieder für ihre Tätigkeit in Joint Ventures, Minderheitsbeteiligungen, Fondsgesellschaften und Portfoliogesellschaften versichern.⁵ 19.27

II. Weiter Kreis von versicherten Personen

Der Kreis der versicherten Personen wächst ständig.⁶ Dazu gehören heute sämtliche nachfolgend aufgeführte natürliche Personen in ihrer Position bei der Versicherungsnehmerin und/oder deren Tochterunternehmen. Versicherungsschutz besteht auch für Personen mit Funktionen, die den nachstehend genannten Mandaten in ausländischen Rechtsordnungen vergleichbar sind, wie z.B. non-executive directors oder shadow directors. Der Hinweis „in ihrer Tätigkeit/Funktion“ ist dann als Abgrenzung zur Berufshaftpflicht zu verstehen. M.a.W. ist z.B. ein Rechtsanwalt im Aufsichtsrat als Aufsichtsrat versichert, nicht hingegen bei seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt. 19.28

Versicherte Personen sind ehemalige, gegenwärtige oder zukünftige 19.29

- Mitglieder der geschäftsführenden Organe,
- Mitglieder der Aufsichts- und Kontrollorgane,

1 *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, AVB-AVG Ziff. 1 Rz. 196 ff.

2 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 114 ff.

3 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 116 ff.

4 Vgl. dazu *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, AVB-AVG Ziff. 1 Rz. 196 ff.

5 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 162 ff.

6 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 150 ff.

- Interimsmanager,
- bestellte Liquidatoren, soweit diese im Rahmen einer freiwilligen Liquidation der Versicherungsnehmerin oder eines Tochterunternehmens, jedoch außerhalb eines Insolvenzverfahrens gem. §§ 16 ff. InsO tätig werden,
- Stellvertreter,
- ständige Vertreter (§ 13e HGB), besondere Vertreter (§§ 30, 86 BGB), Mitglieder der Vertreterversammlung (§ 43 GenG) und Gesellschafter,
- Generalbevollmächtigte,
- Mitarbeiter, soweit diese zusammen mit den oben genannten versicherten Personen in Anspruch genommen werden, sowie Mitarbeiter, soweit diese auf Weisung oder im Auftrag der vorbezeichneten versicherten Personen für diese stellvertretend tätig sind und
- leitende Angestellte, Prokuristen sowie Officer gemäß Common Law und Compliance Beauftragte.

19.30 Den versicherten Personen gleichgestellt sind

- deren Familienmitglieder, sofern diese für Pflichtverletzungen der versicherten Personen in Anspruch genommen werden oder auch
- deren Erben und gesetzliche Vertreter, sofern diese für Pflichtverletzungen der versicherten Personen in Anspruch genommen werden, welche vor deren Tod, Urteilsunfähigkeit, Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz begangen wurden.

19.31 Es fragt sich somit, wer bisher (noch) nicht in den Kreis der versicherten Personen einbezogen wurde. Hier sind die Gesellschafter und Aktionäre, Arbeiter, Sonderprüfer gem. § 142 AktG¹ und besondere Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG² zu nennen.

III. Fremdmandate

19.32 Versicherungsschutz besteht auch bei Schadensersatzansprüchen gegen versicherte Personen oder sonstige Angestellte der versicherten Unternehmen, wenn ihnen Pflichtverletzungen bei der Ausübung von Fremdmandaten³ vorgeworfen werden. Solche auch als **outside directorships (ODL)** bezeichneten Mandate werden außerhalb des Kreises der mitversicherten Gesellschaften wahrgenommen. Meist handelt es sich um eine Tätigkeit im Kontrollorgan. Entscheidend ist, dass dieses **Fremdmandat** aufgrund einer Weisung der Versicherungsnehmerin oder eines Tochterunternehmens übernommen wurde. Die Frage, wie viele solcher Fremdmandate bestehen, können die Versicherungsnehmerinnen oft nicht mit Sicherheit beantworten. Vorwiegend werden solche Fremdmandate pauschal ohne namentliche Benennung mitversichert. Unproblematisch mitversichert werden Tätigkeiten bei gemeinnützigen Unternehmen. Ausgeschlossen werden Fremdmandate bei Banken, Versicherungen und sonstigen Finanzdienstleistern, börsennotierten Gesellschaften und bei Unternehmen mit Sitz in den USA. Die Leistungspflicht des Versicherers ist pro Versicherungsjahr auf ein Sublimit begrenzt. Dieses ist deutlich kleiner als die Versicherungssumme und wird auf diese angerechnet. Dadurch soll

1 *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 189.

2 Einen kritischen Erfahrungsbericht dazu gibt *Uwe H. Schneider*, ZIP 2013, 1985.

3 Ausführlich zu Fremdmandaten *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 162 ff.

verhindert werden, dass auf Nebenschauplätzen die Versicherungssumme für das Mutter- und die Tochterunternehmen verbraucht wird.

IV. Erweiterte Vermögensschäden

Die Begrenzung des Gegenstandes der D&O-Versicherung auf die Vermögensschäden ist versicherungstechnisch eine Abgrenzung zu den allgemeinen Haftpflichtversicherungen für das Betriebs-, Umwelt- und Produktrisiko. Denn dort geht es um die Personen- und Sachschäden. Die in der D&O versicherten **Vermögensschäden** sind hingegen nur solche Schäden, die weder Personen- noch Sachschäden sind noch sich aus solchen Schäden herleiten. 19.33

Die **erweiterte Definition Vermögensschäden** erfasst auch solche Schäden, 19.34

- die aus einem Personen- oder Sachschaden folgen, soweit die Pflichtverletzung der versicherten Person nicht für den Personen- oder Sachschaden, sondern ausschließlich für den damit im Zusammenhang stehenden Vermögensschaden ursächlich war oder
- in Form von Folgeschäden der Versicherungsnehmerin oder eines Tochterunternehmens als entgangenem Gewinn.

F. Anspruchserhebungsprinzip

I. Drei Elemente des Anspruchserhebungsprinzips

Allen Bedingungswerken sind Hinweise in Fettschrift vorangestellt. Sie teilen mit, dass der Police das Anspruchserhebungsprinzip (**Claims-made-Prinzip**) zugrunde liegt. Danach ist der Versicherungsfall die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages.¹ 19.35

Das **Anspruchserhebungsprinzip** wird von der Rechtsprechung und Literatur anerkannt. 19.36 Die vom OLG München² als wesentlich festgestellten drei Bestandteile dieses Prinzips sind die Nachmeldefrist, die Rückwärtsversicherung und die Umstandsmeldung. Sie finden sich heute in allen AVB, allerdings in unterschiedlicher Qualität.

Der Text der **drei Komponenten des Anspruchserhebungsprinzips** lautet verkürzt: 19.37

Rückwärtsdeckung für vorvertragliche Pflichtverletzungen³

Der Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf Versicherungsfälle aufgrund von vor Vertragsbeginn begangenen Pflichtverletzungen. Dies gilt jedoch nicht für solche Pflichtverletzungen, die eine versicherte Person bei Abschluss dieses Versicherungsvertrages kannte.

Nachmeldefrist für Anspruchserhebungen nach Vertragsbeendigung⁴

1 Zur allgemeinen Anerkennung des Anspruchserhebungsprinzips s. OLG München v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, VersR 2009, 1066; *Voit* in Prölss/Martin, AVB-AVG Ziff. 2 Rz. 1b; *Koch*, VersR 2011, 295; *Schramm*, Das Anspruchserhebungsprinzip, S. 112 und *Schramm*, VW 2008, 2071; *Staudinger*, S. 41, 82.

2 OLG München v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, VersR 2009, 1066.

3 Vgl. hierzu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 305 ff.

4 Vgl. hierzu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 313 ff.

Der Versicherungsschutz umfasst auch solche Anspruchserhebungen, die auf Pflichtverletzungen beruhen, die bis zur Beendigung des Versicherungsvertrages begangen und innerhalb eines Zeitraums von ... Jahren nach Beendigung des Versicherungsvertrages erhoben und dem Versicherer gemeldet worden sind.

Meldung von Umständen (Notice of Circumstance – Regelung)¹

Die versicherten Personen und die versicherten Unternehmen haben die Möglichkeit, dem Versicherer bis 6 Monate nach Vertragsbeendigung konkrete Umstände zu melden, die eine Inanspruchnahme der versicherten Personen hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen. Im Fall einer tatsächlichen späteren Inanspruchnahme gilt die Inanspruchnahme als zu dem Zeitpunkt der Meldung der Umstände erfolgt.

II. Wechsel des Versicherers

- 19.38 Ein reibungsloser Wechsel des Versicherers ist aufgrund der sehr unterschiedlichen Ausgestaltung dieser drei Komponenten in den jeweiligen Policen regelmäßig nicht möglich. Stets müssen alle zeitlichen Schnittstellen individuell geprüft und soweit möglich angepasst werden. Prämienunterschiede zwischen der alten und der neuen Police lassen sich über die Konfiguration dieser zeitlichen Komponenten beliebig herbeiführen, ohne dass der Laie dies schnell und einfach erkennen kann.
- 19.39 Die meisten AVB enthalten die folgende Standard-Regelung „**Anderweitige Versicherungen**“:
- „Besteht für einen unter diesem Versicherungsvertrag geltend gemachten Schaden auch unter einem anderen Versicherungsvertrag Versicherungsschutz, so steht diese Versicherung nur im Anschluss an die Versicherungssumme der anderen Versicherung zur Verfügung.“²
- 19.40 Hier fehlt die empfehlenswerte Vereinbarung einer **einfachen Subsidiarität**. Soll nun die Rückwärtsdeckung oder die Nachmeldefrist vorrangig sein? Soll die nachrangige Versicherung unzureichende Versicherungssummen³ oder Bedingungslücken⁴ der vorrangigen Versicherung ausgleichen? Ist ein Vorrangverhältnis nicht vereinbart, kommt es zu einer Doppelversicherung. Rechtsprechung hierzu gibt es noch nicht.
- 19.41 **Anpassungsbedarf beim Neuvertrag** besteht beim Wechsel des Versicherers auch in vielen anderen Bereichen des Anspruchserhebungsprinzips. Dabei sind die Nachmeldefrist, Rückwärtsversicherung und Umstandsmeldung nicht die einzigen Stellschrauben:
- Das **Kontinuitätsdatum** muss vom Vorversicherer übernommen werden. Es steht im Versicherungsschein und betrifft den Zeitpunkt der für die Rückwärtsdeckung schädlichen Kenntnis von Pflichtverletzungen. Regelmäßig ist dies das Datum der Unterzeichnung des Fragebogens oder des Beginns der ersten D&O-Police.
 - Die Kontinuität soll verhindern, dass zeitliche Lücken entstehen, welche den Kenntnisabschluss aktivieren („Kenntnis bei **Versicherungsbeginn** ...“). Versicherungsbeginn und -ablauf sind also am gleichen Tage auf die Minute genau zu vereinbaren. Einige Versicherer bevorzugen hier 12:00 und andere 24:00.

1 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 253 ff.

2 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 559 ff.

3 Dies regeln Difference in Limit (DIL) bzw. Summenergänzungs-Vereinbarungen.

4 Dafür gibt es Difference in Conditions (DIC) bzw. Konditionsdifferenz-Vereinbarungen.

- **Umstandswissen** kann eine vorsorgliche Anzeige gegenüber dem alten Versicherer empfehlenswert machen. Hier kann z.B. ein kritischer Medienbeitrag oder die Frage des Versicherers den Anlass geben.
- Die übliche Formulierung des neuen Versicherers, die Deckung „**frei von bekannten Schäden**“ zu bestätigen, muss abgelehnt werden.
- **Repräsentanten**-Klauseln, welche den Kreis der Wissensträger einengen, deren Kenntnis oder Obliegenheitsverletzung deckungsschädlich anderen Versicherten zugerechnet werden darf, müssen verglichen und angeglichen werden.
- Auch die **Kenntnisausschlüsse** dürfen keine Verschlechterung beinhalten.
- Aktuelle Fragebögen des neuen Versicherers sind durch Vereinbarung der Geltung des dem alten Versicherer gegenüber eingereichten Fragebogens zurückzuweisen.
- Die wichtigste Frage in dem Fragebogen ist die sogenannte **Erklärung zur Rückwärtsversicherung**. Sie wird auch als **Warranty Statement** bezeichnet. Der Unterzeichner erklärt damit, keine Kenntnis von Pflichtverletzungen oder sonstigen Umständen zu haben, die nach Versicherungsbeginn zu Schadenersatzansprüchen führen könnten. Die Formulierungen sind auf seine Kenntnis und eine Zurechnung nur ihm gegenüber einzuschränken. Umfassende Garantieerklärungen des Unterzeichners des Fragebogens für alle versicherten Personen und Gesellschaften sind reduktionsbedürftig. Anzustreben ist die sogenannte *severability under the application*.
- Letztlich sind im alten und neuen Vertrag die Regelungen zur Rückwärtsdeckung, Nachmeldefrist und Umstandsmeldung¹ genau zu prüfen. Denn auch hier gibt es jeweils viele Unterschiede in wesentlichen Details:
 - Bei der **Rückwärtsversicherung** ist fraglich, wessen Kenntnis schädlich ist, ob auch ein Kennenmüssen reicht, ob es Laufzeitbegrenzungen gibt, ob sie für Innen- oder nur für Außenverhältnisansprüche gilt und wie die Konkurrenz zur Nachmeldefrist geregelt ist.
 - Bei der **Nachmeldefrist** wird der Abstimmungsbedarf noch größer: Sie kann prämienvfrei oder zuschlagspflichtig sein. Sie kann zwischen drei Monaten und zwölf Jahren dauern. Ist sie vor- oder nachrangig zur Rückwärtsversicherung? Erlischt sie gar mit dem Beginn der Anschlussdeckung? Kann sie nur bei einer Kündigung des Versicherers oder auch bei einer Kündigung durch die Versicherungsnehmerin erworben werden? Wird sie auch bei einer Verschmelzung oder einer Übernahme der Versicherungsnehmerin gewährt? Gibt es eine unverfallbare Mindestnachmeldefrist? Welche Modalitäten regeln deren Verlängerung, z.B. Höhe der Prämienzuschläge, Zahlungsfristen, einseitiges Gestaltungsrecht oder Verhandlungssache? Was gilt im Falle einer Verschmelzung, Insolvenz oder Übernahme der Versicherungsnehmerin oder eines Tochterunternehmens? Gibt es für Ruheständler und Arbeitsunfähige eine persönliche unverfallbare Nachmeldefrist?
 - Die **Umstandsmeldungen** sind nicht so abwechslungsreich ausgestaltet. Auch hier ist aber sorgfältig zu prüfen, wer von wann bis wann Umstände anzeigen darf und ob es Verfallsgründe gibt.

¹ Dazu vgl. *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 305 ff. zur Rückwärtsversicherung, Rz. 313 ff. zur Nachmeldefrist und Rz. 253 ff. zur Umstandsmeldung.

- 19.42 Die Ausgestaltung der Anschlusspolice kann dazu führen, dass deren Prämie mehr als halbiert wird, weil in der Zeit nach dem Wechsel das Hauptrisiko weiterhin beim alten Versicherer verbleibt. Der Leistungsvergleich wird so schwierig. Fast immer geht es beim Wechsel des Versicherers primär um die Höhe der Prämie im nächsten Jahr. Eine technische Argumentation zu den zeitlichen Lücken und einer optimalen Kontinuität der Anschlusspolice hat hier gegenüber einem **Preisvergleich** kaum eine Chance.

III. Kostenübernahme vor Versicherungsfall und Umstandsmeldungen

- 19.43 Wird gegen die versicherte Person ein Anspruch schriftlich erhoben oder wird gegenüber dem versicherten Unternehmen schriftlich behauptet, dass ein solcher Anspruch bestünde, dann liegt ein **Versicherungsfall** vor. Dies führt zur Zuordnung des Schadens zu einer Versicherungsperiode und damit zur Anrechnung auf deren Versicherungssumme. Weiterhin sind die Obliegenheiten im Versicherungsfall zu erfüllen.
- 19.44 Zum Claims-made-Prinzip gehören auch die **Umstandsmeldungen**. Die versicherten Personen und die versicherten Unternehmen haben die Möglichkeit, dem Versicherer konkrete Umstände zu melden, die eine Inanspruchnahme der versicherten Personen hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen. Wenn die sonstigen Voraussetzungen der AVB wie v.a. Fristen und Konkretisierung mit der Umstandsmeldung erfüllt werden, dann wird im Fall einer tatsächlichen späteren Inanspruchnahme diese vorsorgliche Meldung als Anzeige eines Versicherungsfalls fingiert.¹
- 19.45 Moderne D&O-AVB enthalten hier im Vergleich zu den AVB AVG viele **Deckungserweiterungen**, die bereits vor Eintritt des Versicherungsfalles beansprucht werden können. Wie sich diese Kostenbausteine dann zu Versicherungsfällen oder Umstandsmeldungen verhalten, bleibt fast immer unregelt. Das ist bedenklich, denn die Abgabe einer Umstandsmeldung oder die Anzeige eines Versicherungsfalles ist innerhalb der Unternehmen ein hochpolitischer Schritt, der sorgfältig abgewogen wird und dann oft bewusst nicht erfolgt, jedenfalls nicht spontan. Die **Kostenbausteine** bezwecken oft eine schnelle individuelle Abwehr. Das beinhaltet dann die Gefahr, dass die Police unkontrolliert getriggert wird. Die folgenden Kostenbausteine, die immer der Höhe nach sublimitiert sind², seien hier beispielsweise angesprochen:

19.46 **Eil-/Notfallkosten**

Kann die vorherige Zustimmung des Versicherers zur Aufwendung von Abwehrkosten nicht binnen angemessener Zeit eingeholt werden, übernimmt der Versicherer die notwendigen Kosten für eine rechtzeitige und angemessene Abwehr und Verteidigung und wird diese rückwirkend genehmigen und erstatten.

19.47 **Straf-/Ordnungswidrigkeits-/Standes-/Disziplinarrechtliches Verfahren**

Wird in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren³ oder in einem Disziplinar- und standesrechtlichen Verfahren, welches während der Versicherungsperiode erstmals eingeleitet worden ist, wegen einer Pflichtverletzung, welche einen unter den Versicherungsschutz dieses Versicherungsver-

1 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 253 ff.

2 Die übliche Formulierung lautet: „Hierfür steht ein Sublimit im Rahmen der Versicherungssumme i.H. von Euro .../...% zur Verfügung.“

3 Die auch in § 104 Abs. 2 Satz 2 VVG geregelte Anzeigepflicht im Zusammenhang mit Ermittlungsverfahren führt ohne eine solche Erweiterung nicht zur Übernahme der Kosten des Strafverteidi-

trages fallenden Haftpflichtanspruch zur Folge haben kann, die Bestellung eines Verteidigers bzw. Rechtsanwalts für die versicherte Person notwendig, so trägt der Versicherer die notwendigen und angemessenen Kosten der Verteidigung bzw. der anwaltlichen Vertretung.¹ Der Versicherungsschutz umfasst in einem Versicherungsfall auch die unmittelbaren Kosten für die Stellung einer straf- oder zivilrechtlichen Sicherheitsleistung. Droht im weiteren Verlauf die Erhebung eines Anspruchs auf Ersatz eines Vermögensschadens, werden diese Kosten schon vor der Verfahrenseinleitung bzw. Eröffnung übernommen.

Arrestverfahren/Beschlagnahme/Ausübungsverbot

19.48

Wird hinsichtlich einer versicherten Person im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als versicherte Person gerichtlich

- ein persönliches oder dingliches Arrestverfahren oder ein vergleichbares Verfahren nach ausländischem Recht angeordnet,
- ein Vermögensgegenstand konfisziert, entzogen oder beschlagnahmt oder
- ein Verbot der Ausübung dieser Tätigkeit erlassen,

so übernimmt der Versicherer die notwendigen und angemessenen Kosten der Verteidigung der versicherten Personen.

Vorbeugende Rechtskosten/Abwendungskosten

19.49

Bei Eintritt eines der folgenden Ereignisse während der Dauer des Versicherungsvertrags übernimmt der Versicherer die damit verbundenen Abwehrkosten einer versicherten Person, die durch Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Wahrnehmung ihrer Interessen erfolgen, sofern hieraus ein gedeckter Versicherungsfall wahrscheinlich entstehen könnte:

- eine Haupt- oder Gesellschafterversammlung hat beschlossen, dass Ansprüche eines versicherten Unternehmens oder einer Drittgesellschaft gegen eine versicherte Person geltend gemacht werden müssen²;
- die Hauptversammlung bestellt nach § 147 Abs. 2 AktG oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsvorschrift besondere Vertreter zur Geltendmachung von Ansprüchen eines versicherten Unternehmens gegen eine versicherte Person³;
- Aktionäre haben ein Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsvorschrift wegen Ansprüchen gegen versicherte Personen beantragt⁴;
- Aktionäre eines versicherten Unternehmens oder einer Drittgesellschaft fordern schriftlich dazu auf, einen Anspruch gegen eine versicherte Person geltend zu machen;
- Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 AktG oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsvorschrift⁵;
- eine versicherte Person wird durch ein versichertes Unternehmen aufgefordert, zu dem Vorwurf einer Pflichtverletzung Stellung zu nehmen;
- die Entlastung wird der versicherten Person verweigert;

gers und löst nur Obliegenheiten aus. Hinzu kommt in der D&O der Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung.

1 Vgl. zur Haftung für Geldbußen gegen das Unternehmen unten *Wilsing*, § 31; zur strafrechtlichen Haftung von Geschäftsleitern unten *Krause*, § 40; zur Haftung für unterlassene Aufsichtsmaßnahmen unten *Schücking*, § 41.

2 Vgl. hierzu oben *Uwe H. Schneider*, Rz. 2.48 ff.

3 Vgl. hierzu oben *Krieger*, Rz. 3.46.

4 Vgl. hierzu oben *Krieger*, Rz. 3.51 ff.

5 Ausführlich hierzu oben *Bungert*, Rz. 16.8 ff.

- einer versicherten Person wurde im Zusammenhang mit einer Pflichtverletzung der Streit verkündet (§ 104 Abs. 2 Satz 1 VVG);
- die versicherte Person wird zur Auskunft oder Mitwirkung nach §§ 97, 101 InsO aufgefordert;
- gegen die Versicherungsnehmerin oder ein Tochterunternehmen wird ein Schadenersatz- oder Unterlassungsanspruch mit einem Streitwert von mindestens Euro ... geltend gemacht.

19.50 Das Prinzip „Wer sich verteidigt, klagt sich an“ und die Unkenntnis bei den versicherten Personen von diesen Deckungsinhalten haben bisher verhindert, dass von diesen Kostenbausteinen reger Gebrauch gemacht wird. Ist bedingungsgemäß nicht geregelt, ob die Inanspruchnahme des Kostenbausteins eine Umstandsmeldung oder gar ein Versicherungsfall ist, schwächt dies die Kontrollmöglichkeiten der Versicherungsnehmerin. Die Versicherer selbst zögern, sich hier im Vorfeld festzulegen.¹ Eine Quelle für diese Kostenbausteine ist die Strafrechtsschutzversicherung², welche Unternehmen für ihre Mitarbeiter abschließen können. Die Vermischung von Policen ist wegen der unterschiedlichen Risiken und Ziele nicht empfehlenswert. **Kombinationspolice**n haben sich in Deutschland nicht durchgesetzt.

IV. Erweiterter sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes

19.51 Der in Anknüpfung an § 100 VVG formulierte Kern des sachlichen Umfangs der D&O-Versicherung besteht aus der Prüfung der Haftpflichtfrage, der Abwehr unberechtigter Schadenersatzansprüche und der **Freistellung** der Versicherten von berechtigten Schadenersatzansprüchen. Hierzu gibt es gut ein Dutzend Erweiterungen. Einige davon dienen der Vorbeugung und wurden zuvor im Abschnitt „Elemente des Anspruchserhebungsprinzips“ erwähnt. In modernen Bedingungswerken findet man jetzt regelmäßig im Kapitel über den Versicherungsumfang sublimitierte Klauseln zur Übernahme der angemessenen und notwendigen Kosten für:

19.52 Gehaltsfortzahlung

Neben dem Aktivrechtsschutz für Vergütungsansprüche bieten die D&O-Versicherer auch die vorläufige Fortzahlung der Gehälter innerhalb festgelegter Obergrenzen und Zeiträume. Für den Fall, dass später die Deckung verneint wird, gilt dabei ein Rückzahlungsvorbehalt.

19.53 Abwehr bei Auskunft oder Unterlassung

Abwehrkostenschutz in den Bereichen **Immaterialgüterrechte** (Urheber-, Patent-, Warenzeichen-, Geschmacksmuster), **Kartell-** und **Wettbewerbsrecht**

Werden gegen eine versicherte Person Auskunfts- oder Unterlassungsansprüche geltend gemacht, die sich aus den vorstehend genannten Rechtsgebieten ergeben, so wird Versicherungsschutz für die Kosten der Anspruchsabwehr geboten, wenn im weiteren Verlauf mit einem Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens zu rechnen ist.³

1 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 257 ff.

2 Zur Abgrenzung der D&O- von der Strafrechtsschutzversicherung *Ihlas*, D&O, S. 70 ff.; zur StrafrS-Versicherung s. den o.a. Kommentar von *Eidam*.

3 Zur wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Haftung auf Vermögensschadenersatz s. *Ihlas*, D&O, S. 282 ff.

- Auslieferungsverfahren** 19.54
- In einem Auslieferungsverfahren sind neben den Verteidigungskosten auch die Kosten für eine Bürgschaft oder Kautionsversicherung, wenn einer versicherten Person während der Versicherungsperiode ein formeller Bescheid über ein Auslieferungsgesuch erstmals zugestellt oder während der Versicherungsperiode aufgrund eines Auslieferungsgesuchs ein Haftbefehl gegen eine versicherte Person vollstreckt wird. Sofern der Versicherer vorher zustimmt, können auch die notwendigen und angemessenen Kosten für weitergehende Beratungsleistungen (insbesondere Rechts- und Steuerberatungs- sowie Public Relations-Beraterkosten) im Zusammenhang mit dem Auslieferungsverfahren versichert sein.
- corporate manslaughter** 19.55
- Hier werden die Folgeschäden aus Personenschäden im Sinne des **Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007** des United Kingdom als versicherte Vermögensschäden fingiert. Versicherungsschutz wird auch gewährt, wenn wegen der diesbezüglichen Pflichtverletzungen gegen die versicherten Personen Regressansprüche seitens der versicherten Unternehmen geltend gemacht werden.
- faute non séparable oder § 31 BGB** 19.56
- Schadenersatzansprüche Dritter gegen versicherte Unternehmen, die auf den Grundsätzen der französischen Rechtsprechung über den **faute non séparable des fonctions** wegen Pflichtverletzungen versicherter Personen erhoben werden, die letztere bei ihrer Tätigkeit für versicherte Unternehmen begangen haben, werden ausdrücklich eingeschlossen. Teilweise wird in diesem Zusammenhang dann auch die Haftung des Vereins für die Organe nach § 31 BGB mit aufgeführt. Diese Erweiterungen gewähren dann frühzeitig Deckungsschutz, unabhängig davon, ob es zu einem Regress der Gesellschaft im Innenverhältnis kommt.
- Firmenstellungnahme** 19.57
- Versichert werden können auch die Kosten der anwaltlichen Vertretung der versicherten Gesellschaften gegenüber Strafgerichten, Behörden, Untersuchungsausschüssen oder vergleichbaren Stellen, wenn diese in Straf- oder OWi-Sachen gegen unbekannte Mitarbeiter ermitteln.
- internal investigations** 19.58
- Auch die internen Kosten der versicherten Gesellschaften für forensische Untersuchungen können versichert werden. Die Deckungsvoraussetzungen sind für die Gesellschaften schwer nachweisbar und sehr bürokratisch. Den Versicherern muss ein Prüfungsplan und ein Abrechnungsmodus mit Vergleichspreisen externer Dienstleister vorab zur Genehmigung vorgelegt werden. Zu Internal Investigations s. oben *Wilsing/Goslar*, § 15.
- Organisationsrechtsschutz** 19.59
- Bei einem drohenden Verlust der Gemeinnützigkeit oder der stiftungsrechtlichen Genehmigung sowie der drohenden Feststellung einer nur eingeschränkt ordnungsgemäßen Geschäftsführung bei der genossenschaftlichen Pflichtprüfung können die betroffenen Vereine, Stiftungen oder Genossenschaften die Kosten ihrer anwaltlichen Vertretung auf den D&O-Versicherer abwälzen.
- Konfliktmanager** 19.60
- Bei Innenverhältnisansprüchen werden zur Reduktion des Schadens, zur Deeskalation und zur Vorbereitung eines Vergleichs zusätzlich zu den Kosten der Abwehr auch die Kosten für ei-

nen Konfliktmanager übernommen. Dieser soll die Gespräche und Verhandlungen zwischen den sich streitenden Versicherten strukturieren und moderierend begleiten. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist bei einem Scheitern des Konfliktmanagements nicht ausgeschlossen.

19.61 Maßnahmen der Aufsichtsbehörden, regulatory investigations

Lassen sich die versicherten Gesellschaften und Personen bei behördlichen Untersuchungen anwaltlich vertreten und befassen sich die Behörden mit möglichen Pflichtverletzungen, die später zu D&O-Versicherungsfällen führen könnten – dies ist z.B. bei der Börsen-, Finanzdienstleistungs- oder Wettbewerbsaufsicht regelmäßig zu befürchten –, so sind heute auch diese Kosten im Umfang eines Sublimits mitversichert. Die Kosten anlässlich der Herausgabe, Vervielfältigung oder Übersetzung von Akten und Datenträgern werden dabei ebenso eingeschlossen wie die Kosten für den anwaltlichen Beistand bei Hausdurchsuchungen und Anhörungen. USA-Ausschlüsse sind dabei üblich.

19.62 Reputationsschaden

Wünscht eine versicherte Person zwecks Minderung eines eigenen Reputationsschadens die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Public Relations-Beraters, so sind auch diese Kosten im Rahmen von D&O-AVB heute mitversichert. Bei einer Rufschädigung nach §§ 185, 186 StGB übernimmt der Versicherer zusätzlich die Kosten einer Privatklage nach §§ 374 ff. StPO.

G. Versicherungssumme

I. Wie viel?

19.63 Die richtige Versicherungssumme gibt es nicht. Die **empfehlenswerte Versicherungssumme** könnte sich an dem denkbar größten Vermögensschaden orientieren. Diese Fragen müssen sich die versicherten Personen selbst beantworten. Es ist unüblich, diese Frage zu stellen. Üblich ist ein Vergleich mit ähnlichen Unternehmen und deren Versicherungssummen. Der Versicherungseinkauf nutzt fallende Prämien oft zur Erhöhung der Versicherungssummen, um das Kostenbudget vor Anpassungen zu schützen. Ein anderer Grund für die Erhöhung von Versicherungssummen sind pressebekannte Großschäden. Eine Obergrenze, welche die Versicherer üngern überschreiten, ist die Höhe des Eigenkapitals.

Teuer, schlechter und oft aus Sorge um unzureichende Versicherungssummen eingekauft sind zusätzliche Deckungen wie z.B. persönliche D&O-Policen, **Aufsichtsratspolicen**, Rechtsschutzdeckungen, **Wiederauffüllungsklauseln**, Optionen zur zweifach-Maximierung der Versicherungssumme sowie verschiedene Sub- und Zusatzlimits. Empfehlenswert ist der Einkauf einer ausreichend hohen Versicherungssumme für alle Versicherten und Risiken. Denn mit einer zunehmenden Höhe der Gesamtversicherungssumme wird deren Erhöhung schrittweise immer billiger. Die Tarife der Versicherer verlaufen degressiv.

II. Verteilung unzureichender Versicherungssummen

19.64 Reicht die Versicherungssumme nicht aus, wird es kompliziert.¹ Die kaum lösaren Verteilungsfragen drängen dann hin zu einem Vergleich. Empfehlenswert sind Klauseln, welche

¹ Hemeling in FS Hoffmann-Becking, S. 491, 501.

das Rangverhältnis im Vorfeld transparent für alle Beteiligten festschreiben (sog. **priority of payment rules**). Sie können konfliktfrei am Sinn und Zweck der D&O als einer Versicherung für fremde Rechnung ausgerichtet werden und z.B. wie folgt verteilen:

Sollte bei einem Versicherungsfall neben Ansprüchen gegen versicherte Personen (Side A) auch Ansprüche der versicherten Unternehmen (company reimbursement, Side B) versichert sein, wird der Versicherer 19.65

- zuerst die Abwehr unberechtigter sowie die Freistellung von berechtigten Schadenersatzverpflichtungen für die versicherten Personen leisten und
- dann erst die noch nicht verbrauchte Versicherungssumme zur Abwehr unberechtigter sowie zur Freistellung von berechtigten Schadenersatzverpflichtungen zugunsten der die Enthftung vorleitenden versicherten Unternehmen zur Verfügung stellen.

Der Versicherer ist verpflichtet, der Versicherungsnehmerin, den Tochterunternehmen und den versicherten Personen auf Wunsch Auskunft darüber zu geben, wie hoch die verbliebene Versicherungssumme in Bezug auf geleistete Zahlungen einer Versicherungsperiode ist.

Bei der Klärung der oft nicht vorab geregelten Verteilungs- und Prioritätsfragen tragen de facto der Versicherer sowie die Versicherungsnehmerin die Hauptlast. Sie können zur Koordination der versicherten Personen und ihrer Anwälte einen **monitoring counsel** einschalten. Dessen weitere Aufgabe, die dezentral geführte Anspruchsabwehr zu optimieren, steht mit den Kosten- und Verteilungsfragen in engem Zusammenhang. Die Versicherungsnehmerin kann die natürlichen Personen ganz oder teilweise freistellen. Anhaltspunkte für die Verteilung können sich auch aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. Die versicherten Unternehmen können aufgrund ihrer wirtschaftlichen Stärke Einschränkungen bei ihrer Side B Deckung leichter verkraften als dies bei den Ansprüchen der versicherten Personen aus der Side A zu erwarten ist. Vor allem hat die Versicherungsnehmerin die Legitimations- und Verfügungsbefugnis nach den §§ 44–46 VVG. Anders als die versicherten Personen wird die Versicherungsnehmerin vom Versicherer umfassende Auskünfte erhalten. Ein Mediator¹ wird fehlende Verteilungsregeln nicht ersetzen können und nur zusätzliche Kosten auslösen. 19.66

Die Betrachtung nach Fallgruppen² erlaubt eine Annäherung an das Verteilungsproblem. Die Vielzahl der wesentlichen Faktoren³ bedingt aber zu viele Konstellationen. Als Verteilungsmaßstäbe⁴ kommen das **Prioritäts-, Kopf-, Proportionalitätsprinzip** des § 109 VVG sowie die Rechtsfolgen der §§ 420 ff. BGB in Betracht. 19.67

1 Erwähnt wird diese Klausel bei *Armbrüster*, VersR 2014, 1, 7. Der Mediator soll entscheiden, wobei unklar bleibt, wie er denn allseits die Vollmachten einsammeln soll. Das gelingt nicht einmal den monitoring counsels. Der Versicherer kann seine Pflichtenabwägung nicht auf Dritte delegieren. Der Ruf nach einem zusätzlichen Mediator kommt ebenso wie der Ruf nach zusätzlichen Individualpolicen zu spät. Es gilt, die Verteilungsfragen im Voraus zu regeln.

2 Z.B. *Armbrüster*, VersR 2014, 2.

3 Anzahl der versicherten Personen und Unternehmen, Geschädigten, Versicherer und betroffenen Policen, Pflichtverletzungen, Anspruchsgrundlagen, Verfahren, Versicherungsfälle, Kosten- und Schadensarten sowie deren zeitliche Anordnung.

4 S. hierzu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 542 ff.; *Hemeling* in FS Hoffmann-Becking, S. 501; *Armbrüster*, VersR 2014, 1; *Grooterhorst/Loomann*, r+s 2014, 157; *Langheid/Rixecker*, § 109 VVG Rz. 5.

III. Mischfallregelungen

- 19.68 Die AVB-AVG 13 enthalten ebenso wie viele andere D&O AVB keine Regelung der **Mischfälle**. Die Vereinbarung einer entsprechenden Klausel ist empfehlenswert, denn das Problem taucht häufig auf. Dazu ein Beispiel:
- 19.69 Vereinbarung bei Mischfällen
Werden Schadenersatzansprüche sowohl
- gegen versicherte und nicht versicherte Personen,
 - gegen versicherte Personen und deren Unternehmen oder
 - aufgrund versicherter als auch nicht versicherter Ansprüche erhoben,
- trägt der Versicherer den Teil der Kosten und leistet anteilig die Freistellung, welcher dem Haftungsanteil der versicherten Personen entspricht. Soweit und solange die rechtlichen Interessen durch denselben Rechtsanwalt in den beiden zuerst genannten Fallgruppen wahrgenommen werden, übernimmt der Versicherer die gesamten Kosten. Der Regress gegen nicht versicherte Personen bleibt ausdrücklich vorbehalten. Ist keine Einigung über Haftungsanteile erzielbar, werden diese durch bindendes Schiedsurteil festgelegt, wobei der Versicherer und die versicherten Personen jeweils einen Schiedsrichter benennen, letztere gemeinsam einen dritten Schiedsrichter wählen. Im Übrigen gelten die §§ 1025 ff. ZPO. Der Anteil der so vom Versicherer übernommenen Kosten gilt nicht als Präjudiz für die Haftung und Deckung des Schadens.
- 19.70 Die Mischfallregelungen sind bei den Versicherern unbeliebt, regeln sie doch abstrakt eine unüberschaubare Anzahl von Konstellationen. Die enumerativen Erweiterungen des Umfangs des Versicherungsschutzes und die Kostenübernahme im Vorfeld der Anspruchserhebung haben hier teilweise Abhilfe geschaffen. So gibt es Klauseln, welche die Abwehrkosten bei Bereicherungsansprüchen decken, wenn diese zusammen mit Schadenersatzforderungen erhoben werden. Andere Klauseln decken die Kosten des Aktivrechtsschutzes für Vergütungsansprüche des Managers, wenn diesen mit Schadenersatzforderungen im Wege der Aufrechnung begegnet wird.

IV. Kostenanrechnung auf die Versicherungssumme

- 19.71 Zu Beginn der meisten D&O-AVB findet sich gleich nach dem Hinweis auf das Anspruchserhebungsprinzip der weitere Hinweis, dass die Kosten auf die Versicherungssumme angerechnet werden und diese somit verbrauchen können. Dies ist weltweit üblich. Der anderslautende § 101 Abs. 2 Satz 1 VVG ist abdingbar¹ und das geschieht in allen D&O-AVB. Diese Regelungen zur **Kostenanrechnung** sind seit einem obiter dictum des OLG Frankfurt, welches die Kostenanrechnung für unzulässig hält, vorsorglich wie folgt ergänzt worden:
- 19.72 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 Gerichts-Kosten) werden auf die Versicherungssumme angerechnet.² Eigene Kosten des Versicherers, auf Weisung des Ver-

1 A.A. OLG Frankfurt a.M. v. 9.6.2011 – 7 U 127/09, r+s 2011, 509, 511; mit dieser Mindermeinung zuvor bereits *Säcker*, VersR 2005, 10, 14 ff.; *Terno*, r+s 2013, 577, 582 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung BGH v. 25.6.1991 – XI ZR 257/90, BGHZ 115, 38 = MDR 1991, 859.

2 Streitig, vgl. hierzu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 512 ff. und *Baumann* in Bruck/Möller, Ziff. 4 AVB-AVG 2011/2013 Rz. 31 ff.

sicherers veranlasste Schadenermittlungskosten sowie vom Versicherer nach Fälligkeit der Versicherungsleistung verursachte Zinsen werden nicht auf die Versicherungssumme angerechnet.

V. Persönliche Wanderpolice

Anlässlich der Einführung des Pflichtselbstbehaltes für Vorstände in § 93 Abs. 6 AktG und der gleichlautenden Empfehlung in Ziffer 3.8 Abs. 3 DCGK für die Aufsichtsräte¹ wurden 2009 schätzungsweise rund 3000 **Selbstbehalts-Versicherungs-Policen** abgeschlossen. Das waren weit weniger als 5 % der vom Versicherungsmarkt geschätzten Anzahl aller betroffenen Organmitglieder. Vor und nach diesem Zeitpunkt tendierte das Interesse am Abschluss persönlicher D&O-Policen gen Null. Einige Versicherer bieten hier statt einer üblichen Selbstbehalts-Auffüllungs-Police eine nicht von der Police des Unternehmens abhängige sog. **Wanderpolice** an.² Dies ist eine Doppelversicherung. Deren Versicherungssumme wird individuell vereinbart und liegt meist zwischen 1,5 und 2 Jahresfestgehältern. Für das einzelne Organmitglied ist dies die einzige Möglichkeit, selbständig für höhere Versicherungssummen zu sorgen. Tritt der Versicherungsnehmer eine neue Organstellung bei einer anderen Gesellschaft an, „wandert“ seine individuelle Police mit. 19.73

H. Ausschlüsse

Ausschlüsse finden sich in den Bedingungen nicht immer nur bei den Ausschlüssen. Eleganter ist es für die AVB-Gestaltung, das entsprechende Risiko beim Einschluss in die Versicherung auszuschließen. Der nach dem Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung praktisch zweitwichtigste **Ausschluss der Kenntnis von Umständen** und Pflichtverletzungen vor dem Versicherungsbeginn findet sich regelmäßig bei den zeitlichen Bestimmungen in der Regelung zur Rückwärtsversicherung. Was erst gar nicht eingeschlossen ist, muss nicht mehr ausgeschlossen werden. Das gilt auch für Geldstrafen und -bußen. Deren Mitversicherung wird bereits bei der Definition der Vermögensschäden verneint. Die schwierige Abgrenzung zwischen der Organhaftpflicht- und der **Berufshaftpflichtversicherung** findet sich im Gegenstand der Managerhaftung und bei der Definition der versicherten Personen, wenn dort das Organmitglied „in seiner Tätigkeit“ versichert wird. 19.74

Der so verschlankte Ausschlussstil in den modernen AVB hat üblicherweise nur noch drei bis fünf Standard-Ausschlüsse. Bezüglich des USA Risikos wird nachfolgend nur auf den sog. ERISA-Ausschluss für Pensionssondervermögen eingegangen. In vielen AVB fehlen die **USA-Ausschlüsse** deshalb, weil keine USA-Risiken gezeichnet werden. 19.75

Wird ein Ausschluss gestrichen, kann dies bedeuten, dass der D&O-Versicherer dort eine sehr geringe oder gar keine Schadenaktivität zu verzeichnen hatte. Oft bedeutet die Streichung eines Ausschlusses, dass unter der Geltung der sonstigen Voraussetzungen der D&O-Police dort für Schäden ohnehin kein Versicherungsschutz geboten wurde. So mangelt es beim **Insidertrading** als *victimless crime* z.B. am Anspruchsteller³, bei der Umwelthaftung 19.76

1 Dazu oben *Krieger*, Rz. 3.59.

2 Zu den unterschiedlichen Vertragskonstruktionen s. *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 131–149.

3 Zur Sanktion über Straf- und Bußgeldvorschriften unten *Krause*, Rz. 40.105.

sind reine Vermögensschäden selten¹, bei der Produkt- und Umwelthaftung greifen vorrangig die Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherungen, weil hier Personen- und Sachschäden eintreten. Denn die D&O-Versicherung deckt nur die Vermögensschäden.

I. Wissentliche Pflichtverletzung und Vertrauensschadenversicherung

19.77 Alle AVB schließen die **wissentliche Pflichtverletzung** aus. Eine aktuelle Formulierung lautet beispielsweise:

Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind Ansprüche aufgrund einer wissentlichen Pflichtverletzung durch eine versicherte Person. Versicherten Personen werden die Handlungen und Unterlassungen nicht zugerechnet, die ohne ihr Wissen von anderen Organmitgliedern begangen wurden. Besteht die Pflichtverletzung allein in einer Verletzung von Satzungen, Geschäftsordnungen, Richtlinien oder sonstigen Handlungsanweisungen der versicherten Unternehmen, findet dieser Ausschluss keine Anwendung, wenn die versicherte Person bei der Verletzung der Pflicht unter objektiver Abwägung aller Umstände, insbesondere auf der Grundlage angemessener Informationen, vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Bei Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung besteht vorläufiger Versicherungsschutz für die Kosten zur Abwehr eines Haftpflichtanspruchs. Steht das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung rechtskräftig fest, entfällt der Versicherungsschutz rückwirkend. Die vom Versicherer bis dahin erbrachten Leistungen sind zu rückzuerstatten.

19.78 Die Beteiligten werden also versuchen, einer drohenden rechtskräftigen Feststellung der wissentlichen Pflichtverletzung mit einem **Haftungs- und Deckungsvergleich** zuvorzukommen, um den D&O-Versicherungsschutz zu erhalten.

19.79 Der Verdacht auf eine Straftat beendet oft die wechselseitige Schonung im Kreise der Organmitglieder. Hat sich das den Vermögensschaden verursachende Organ persönlich bereichert, ist für den Schadensersatz die **Vertrauensschadenversicherung** und nicht die D&O einschlägig. Damit können sich Gesellschaften gegen Vermögensschäden absichern, die ihnen durch vorsätzliche unerlaubte Handlungen gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Vermögensdelikten des StGB von ihren Organmitgliedern und anderen Mitarbeitern zugefügt werden. Das Vorliegen der Deckungsvoraussetzungen müssen die versicherten Gesellschaften dem Vertrauensschadenversicherer nachweisen. Eine Strafanzeige wird nicht vorausgesetzt. Bezüglich der Versicherung der Kosten der strafrechtlichen Abwehr ist zwischen den entsprechenden Kostenbausteinen in der D&O-Versicherung und den **Strafrechtsschutz-Policen** zu differenzieren. Letztere sehen zugunsten der Gesellschaften ein Vetorecht vor. Sie können den Strafrechtsschutzversicherer anweisen, keine Abwehrdeckung zu gewähren. In den D&O-Strafrechtsschutz-Deckungserweiterungen fehlt ein solches Vetorecht zugunsten der Gesellschaften.

II. Versicherbarkeit von Geldbußenregressen

19.80 Der folgende Ausschluss ist häufig anzutreffen und technisch ein Einschluss.² Im Definitionsteil wird regelmäßig klargestellt, dass Geldbußen keine Vermögensschäden sind. Der *carve back* lautet dann z.B.:

1 Deshalb fehlt der unten von *Uwer*, Rz. 38.123, erwähnte Ausschluss von Umwelteinwirkungen in den modernen D&O-AVB.

2 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 800 ff.

Vertragsstrafen und Bußgelder

19.81

Aus dem Versicherungsvertrag erbringt der Versicherer keine Leistungen aufgrund von Regressen bei Unternehmensgeldbußen.¹ Entschädigungen mit Strafcharakter (z.B. „punitive“ oder „exemplary damages“) sind versichert, wenn und soweit ihnen kein gesetzliches Versicherungsverbot entgegensteht und es sich nicht um Entschädigungen wegen oder in Folge von Anstellungsschadenersatzansprüchen (Employment Practices Liability/AGG) handelt.

Es gibt unterschiedliche Klauseln, welche so wie vorstehend im Satz 2 auch im Geltungsbereich des Satzes 1 Versicherungsschutz für die Bußgeldregresse der Unternehmen zulassen, wenn dies gesetzlich nicht verboten ist. Die Klauseln setzen voraus, dass die sonstigen Deckungsvoraussetzungen gegeben sind, also insbesondere auch, dass die versicherten Personen für die Unternehmensgeldbuße haften können. Bedeutung entfalten solche Klauseln dann so lange, bis rechtskräftig festgestellt ist, dass die sanktionsauslösende Organpflichtverletzung wissentlich begangen wurde. Und um die Vermeidung dieser ausschluss- und sanktionsbewährten Feststellung wird regelmäßig intensiv und oft erfolgreich gerungen.

19.82

Im Anschluss an die Entscheidung des **LAG Düsseldorf**² und die zustimmende Literatur³ ist aber bereits die Haftung der Organmitglieder für Geldbußen ihrer Unternehmen zu verneinen. Wenn bisher D&O-Vergleiche über solche Sachverhalte geschlossen wurden, dann waren in diesen komplexen Mischfällen genügend andere Kosten- und Schadenspositionen ursächlich für die Zahlungen der Versicherer. Der Gesamtschaden war größer als die Versicherungssumme und die Zahlungen der Versicherer schöpften diese nicht aus. Die D&O-Versicherer haben dabei aber keine Bußgeldregresse finanziert. Das Zivilrecht kann nicht dazu benutzt werden, die ordnungsrechtlich hohen Bußgelder für ein Unternehmen über die Organhaftung und D&O-Versicherung auf die Gemeinschaft der Versicherten abzuwälzen. Denn damit würde der Zweck der Unternehmensgeldbuße vereitelt.

19.83

Das Schweigen der Beteiligten nach dem Siemens-D&O-Vergleich über dessen Inhalt hat hier allerdings den gegenteiligen Eindruck geweckt. Die Gefahr eines hohen Bußgelds für ein börsennotiertes Unternehmen setzt seit dieser Zeit ein Ritual in Gang. Dem Bekenntnis zur Null-Toleranz und vollen Kooperation mit den Behörden folgt in Anlehnung an die ARAG-Rechtsprechung der beruhigende Hinweis an die Aktionäre, dies sei ein D&O-Schaden. Es soll sich also um ein persönliches und kein unternehmerisches Fehlverhalten handeln.

19.84

1 Ausführlich zur strafrechtlichen Haftung von Geschäftsleitern unten *Krause*, § 40; zur Haftung für unterlassene Aufsichtsmaßnahmen unten *Schücking*, § 41; zur Haftung für Geldbußen gegen das Unternehmen unten *Wilsing*, § 31.

2 LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, VersR 2015, 629 = GmbHR 2015, 480 zu § 81 GWB i.V.m. § 43 GmbHG bezüglich Bußgeldern in einer Höhe von insgesamt 191 Mio. Euro. Das BAG hat das Urteil wegen Zuständigkeitsmängeln aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden (BAG v. 29.6.2017 – 8 AZR 189/15). S. hierzu unten *Wilsing*, Rz. 31.29–31.35; *Reuter*, BB 1283, 1285 f.; ablehnend *Backhaus/Brand* in *JurisPR-HaGesR*, 6/2015 Anm. 3.

3 Sowohl dem Ergebnis als auch der Begründung stimmen zu *Bachmann*, BB 2015, 907; *Kollmann/Aufdermauer*, BB 2015, 1018; *Kolb*, GWR 2015, 169; *Labusga*, VersR 2015, 634; *Thomas*, NZG 2015, 1409; *Grunewald*, NZG 2016, 1121–1124 und *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, D&O-Versicherung, Rz. 802 ff. A.A. und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Versicherbarkeit bejahend zuerst *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 349 (dort Fn. 57). A.A. jeweils differenzierend, die Organhaftung nicht grundsätzlich verneinend und verbunden mit dem Postulat der Eigenständigkeit des Zivilrechts *Gädtker* in *Bruck/Möller*, Ziff. 5 AVB-AVG Rz. 124; *Koch*, VersR 2015, 655; *Ruttmann*, Die Versicherbarkeit von Geldstrafen, Geldbußen, Strafschadenersatz und Regressansprüchen in der D&O-Versicherung, 2014, und *Ruttmann*, VW 2015, 50; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 442; *Fleischer*, BB 2008, 1070; unten *Wilsing*, Rz. 31.18 ff.

- 19.85 Auf diese Idee kommt man erst mit dem Blick in die deep pocket der D&O-Versicherung. Aber diese Versicherung kann hier auch aus anderen Gründen keinen Ausgleich bieten. Der Begriff des Vermögensschadens schließt Geldbußen aus und der Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung ist ebenfalls deckungsschädlich.¹ Die Idee eines Ersatzes von Unternehmensbußgeldern durch D&O-Versicherer ist wirtschaftlich ein „Regressholzweg“. Das D&O-Prämienvolumen liegt unter 10 Mrd. USD. Die Bußgelder im Zusammenhang mit dem Subprime-Skandal summieren sich inzwischen bereits auf über 200 Mrd. USD. Hier nach deutschem Aktienrecht von einer Pflicht des Aufsichtsrates zu reden, vom Vorstand Schadenersatz für Bußgelder zu verlangen, welche gegen die AG verhängt wurden, ist ein „ARAG/Garmenbeck-Etikettenschwindel“.²

III. Insolvenz

- 19.86 Oft sind Pflichtverletzungen nach der Insolvenzzreife nicht mehr versichert. Günstig für die Versicherten ist die folgende Klausel:

Liegt bei der Versicherungsnehmerin oder einem Tochterunternehmen ein Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit, drohender Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung während der laufenden Versicherungsperiode vor, so erstreckt sich der Versicherungsschutz auch auf Versicherungsfälle, die auf Pflichtverletzungen beruhen, welche nach dem Zeitpunkt der Antragstellung auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens begangen werden.³

Bis zur Entdeckung solcher Pflichtverletzungen vergeht allerdings einige Zeit. Der Ausschluss einer dreijährigen **Nachmeldefrist im Falle der Insolvenzantragstellung** in D&O AVB ist eine unangemessene Benachteiligung und damit unwirksam.⁴ Ohne Bezahlung der Prämie gibt es natürlich keine Nachmeldefrist. Unwirksam sind daher die AVB-AVG 2013, die in Ziffer 3.2 Abs. 3 Satz 1 kein Recht zur Vereinbarung einer solchen Nachmeldefrist vorsehen. Die vorstehende Klausel entfaltet besondere Bedeutung mit Blick auf das Insolvenzplanverfahren, ein **Schutzschirmverfahren** nach § 270b InsO oder ein sich daran anschließendes Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung, denn das Management bleibt ja dann weiter an Bord. Der Ausschluss von Pflichtverletzungen nach der Insolvenzzreife, welcher sich in älteren Bedingungswerken oft noch findet, basiert auf der Erwartung der Ablösung der Geschäftsleitung durch den Insolvenzverwalter. Heute sind Pflichtverletzungen bis zum Zeitpunkt des Scheiterns dieser neuen Verfahren per Klausel versicherbar. Im Falle der regulären Aufhebung des jeweiligen Verfahrens besteht der Vertrag automatisch fort.

IV. Pensionssondervermögen

- 19.87 Bezüglich der USA gibt es den sogenannten **ERISA-Ausschluss**⁵:

Pensionskassen

Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind vor den Gerichten in den USA erhobene Ansprüche und auf dem Recht der USA basierende Ansprüche wegen Pflichtverletzungen bezüglich Vorschriften betreffend die Verwaltung von Pensionskassen, Renten-, Gewinnbeteiligungs- oder anderen Wohl-

1 Dreher, VersR 2015, 781, 793 ff.; Fabisch, ZWeR 2013, 91, 116.

2 Jens Koch, AG 2012, 429, 431.

3 Ausführlich dazu Ihlas in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 357 ff.

4 OLG Hamburg v. 8.7.2015 – 11 U 313/13, ZIP 2015, 1840.

5 Ausführlich dazu Ihlas in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 761 ff.

fahrts- oder Sozialprogrammen zugunsten von Arbeitnehmern oder deren Angehörigen, beispielsweise des *USA Employee Retirement Income Security Act of 1974*.

Die Begrenzung dieses Ausschlusses auf die USA bedeutet nicht, dass die Organtätigkeiten für Pensionskassen außerhalb der USA versichert sind. Wenn die Pensionskassen insolvenzfest dem Konzernvermögen entzogen sind, liegt kein mitversichertes Tochterunternehmen vor. Der Einschluss in die D&O ist auch nicht ratsam, da der Sicherungsfall die Insolvenz des Arbeitgebers ist, m.a.W. die Übernahme der vollen Verantwortung gerade dann beginnt, wenn der D&O-Schutz endet. Für ausgegliederte Pensionssondervermögen empfiehlt sich eine spezielle eigenständige **Pension Trustee Liability Police**.¹ Als deren Versicherungsnehmer agieren dann die konzernfremden Versorgungseinrichtungen wie z.B. die *Certified Trust Agreement e.V.s*, *Trusts* oder sonstigen Pensionskassen. Wird z.B. ein Pensionsversicherungs e.V. ausdrücklich als mitversichertes Unternehmen in die D&O-Police des Arbeitgebers eingeschlossen, so bleibt fraglich, ob die Tätigkeit für die betriebliche Altersversorgung eine versicherte Tätigkeit ist, denn sie dient nicht den gewinnorientierten Unternehmenszielen. Das Tagesgeschäft als Hauptrisiko ist jedenfalls nicht erfasst.² Im Sicherungsfall müssen die Treuhandgesellschaften das Vermögen verwalten, liquidieren und das komplexe und komplizierte Verteilungsverfahren durchführen. Daraus resultieren neben den Organhaftungsrisiken vor allem Haftungsrisiken gegenüber den Begünstigten und damit VH-Risiken. Daher werden auch deutsche Pensionssondervermögen in weltweite PTL-Policen einbezogen. Der o.a. ERISA-Ausschluss ist ein Spartenabgrenzungsausschluss. Die PTL-Police ist eine vorrangige anderweitige Versicherung i.S.d. D&O-Subsidiaritätsklauseln. 19.88

J. Wenig Anzeigepflichten und Schutz bei deren Verletzung: Trennbarkeit

Verletzungen von Anzeigepflichten und Obliegenheiten können üblicherweise zum völligen Verlust des Versicherungsschutzes führen. Das ist in den AVB AVG nicht anders geregelt als in anderen Versicherungssparten. Die marktüblichen D&O-AVB hingegen begrenzen die Anzeigepflichten³ und schwächen die Sanktionsmöglichkeiten der Versicherer im Falle ihrer Verletzung ein. Im Versicherungsfall greift oft ein vereinbarter Verzicht auf das Kündigungsrecht. Schadenfallkündigungen sind ohnehin äußerst selten. Die AVB AVG regeln die Pflichten vor dem Eintritt des Versicherungsfalls ausführlich. Die modernen D&O-AVB verkürzen diesen Bedingungsteil auf einen minimalen Restumfang. Formuliert wird dann z.B. so⁴: 19.89

Vorvertragliche Anzeigepflichten, Trennbarkeit

Nicht versichert sind Versicherungsfälle aufgrund von Ansprüchen gegen versicherte Personen, die eine arglistige Täuschung begangen haben, die nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen zur Anfechtung des Versicherungsvertrags berechtigen würde (sog. qualifizierte **Severability-Klausel**).⁵ Das gleiche gilt für versicherte Personen, welche Kenntnis von der Vornahme einer solchen Handlung hatten, es sei denn, sie haben den Gefahrenumstand, über den getäuscht wurde, unverzüglich angezeigt. Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind ferner Ansprüche, welche auf Umständen beruhen, hinsichtlich derer eine vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung begangen wurde und die 19.90

1 Sie wird auch als *Fiduciary Liability* bezeichnet und versichert nicht nur die Organtätigkeit, sondern auch das Tagesgeschäft. Zu dieser D&O- und VHV-Kombinationspolice und der Abgrenzung zur D&O des Trägerunternehmens s. *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 761 ff.

2 Hierzu *Ihlas*, D&O, S. 84 ff.

3 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 838 ff.

4 Zu weiteren Klauselbeispielen s. *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 927–930.

5 Vgl. dazu *Gädtker* in Bruck/Möller, Ziff. 7/8 AVB-AVG 2011/2013 Rz. 50 ff.

gem. § 19 VVG zum Rücktritt vom Versicherungsvertrag berechtigen würde. Abweichend hiervon bleiben jedoch Ansprüche versicherter Personen gedeckt, welche die Anzeigepflichtverletzung nicht selbst begangen haben und keine Kenntnis von der Vornahme einer solchen Handlung hatten.

In Abweichung von § 47 VVG kommt es bei der Versicherungsnehmerin und den versicherten Tochterunternehmen ausschließlich auf die Kenntnis, das Verhalten oder das Verschulden ihrer Repräsentanten an. Repräsentanten sind der Vorsitzende des Vorstands/der Geschäftsführung, der Vorsitzende des Aufsichtsrats, der Finanzvorstand bzw. Geschäftsführer Ressort Finanzen, Leiter der Rechtsabteilung und der Versicherungsabteilung.

Rücktritt

Der Versicherer kann sich auf diesen Ausschluss nur dann berufen, wenn er der Versicherungsnehmerin die arglistige Täuschung und die Anzeigepflichtverletzung innerhalb eines Monats nach seiner Kenntniserlangung in Textform mitteilt und auf diese Rechtsfolge hingewiesen hat.

Anzeigepflichten bei Gefahrerhöhung

Die Versicherungsnehmerin ist verpflichtet, dem Versicherer unverzüglich in Textform ausschließlich folgende, nach dem Vertragsschluss eintretende, gefahrerhöhende Umstände anzuzeigen:

- Änderung des Gesellschaftszwecks der Versicherungsnehmerin;
- geplante (weitere) Aktienemissionen/Beschluss über eine Börsennotierung/Platzierung von Wertpapieren auch private Placements/ADRs bei der Versicherungsnehmerin oder einem Tochterunternehmen;
- Fusion/Übernahme/Verschmelzung der Versicherungsnehmerin;
- Hinzukommen/Neugründung neuer Tochterunternehmen
 - i. mit einer bestimmten (%) Größenordnung (Gesamt-)Bilanzsumme,
 - ii. die als Finanzdienstleister o.Ä. tätig sind,
 - iii. mit US-Notierungen.

Rechtsfolgen

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Gefahrerhöhung in den vorstehenden Fällen sowie der dem Versicherer bei dieser Gefahrerhöhung zustehenden Rechte gelten die §§ 24 ff. VVG.

- 19.91 Dass somit nur wenige Gefahrerhöhungen anzeigepflichtig sind, erklärt sich daraus, dass die Versicherten ohnehin nie wussten, wodurch sich das Organhaftungsrisiko im Vorfeld eines Schadens erhöht. Zumindest erhielten die Versicherer hierzu keine Anzeigen. Die **Severability** bzw. **Trennbarkeit** ist wiederum dem Charakter einer Versicherung für fremde Rechnung geschuldet. Kollektiv wirkender Versicherungsschutz, der so nur zentral von der Versicherungsnehmerin eingekauft werden kann, soll nicht durch individuelle Pflichtverletzungen rückwirkend vernichtet werden können. Ohne diesen auf verschwiegene Risiken und täuschende Personen beschränkten Verlust des Versicherungsschutzes könnten sich die Versicherten auf ihren D&O-Versicherungsschutz nicht verlassen. Denn die Rechtsfolgen der üblichen Regeln zur Obliegenheitsverletzung¹ gestatten keine geltungserhaltende Differenzierung in der Art, wie sie durch die o.a. Klauseln vereinbart wird.
- 19.92 Der BGH fällte bezüglich des Geldtransportunternehmens **Heros** mit Blick auf die Valorenversicherung 2011² den Beschluss, dass ein im Voraus vertraglich vereinbarter Ausschluss

1 Ausführlich dazu *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 870 ff.

2 BGH v. 21.9.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296 = VersR 2011, 1563 – Heros II; BGH v. 9.11.2011 – IV TR 40/09, VersR 2012, 615 – Heros; Fortführung von BGH v. 17.1.2007 – VIII ZR 37/06, VersR 2007, 1084 = GmbHR 2007, 375; dazu *Felsch*, r+s 2012, 223, 230.

der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung mit dem von § 123 BGB bezweckten Schutz der freien Selbstbestimmung unvereinbar und deshalb unwirksam sei, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB ist. Das gilt auch im Verhältnis des Erklärenden zu durch die Vertragserklärung begünstigten Dritten. Dass auch hier wie in der D&O eine Versicherung für fremde Rechnung vorlag, reicht zur Übertragung der BGH Beschlüsse nicht aus. In der D&O ist der Wille der Vertragsparteien zur im Voraus erklärten Teilnichtigkeit und Trennbarkeit immer schon gängige Praxis gewesen.¹ Diese wird in Deutschland spätestens seit der Comroad-Entscheidung² in allen AVB berücksichtigt. Die ständige Optimierung der „qualifizierten Severability-Klauseln“³ in den Jahren nach den Heros-Beschlüssen soll weiterhin verhindern, dass ein „schwarzes Schaf“ den Verlust des D&O-Versicherungsschutzes für alle „weißen Schafe“ verursachen kann. Die Klauseln bewirken, dass nur das „schwarze Schaf“ persönlich keine D&O-Deckung bekommt.

1 *Ihlas* in Langheid/Wandt, D&O-Versicherung, Rz. 624 ff., 838 ff., 888 ff. und 915 ff.

2 OLG Düsseldorf v. 23.8.2005 – 4 U 140/04, VersR 2006, 785 = ZIP 2006, 1677.

3 *Gädtker*, r+s 2013, 313, 322; *Sommer*, ZVersWiss 102 (2013), 491, 517; *Koch*, ZVersWiss 101 (2012), 151, 160; *Hemeling* in FS Hoffmann-Becking, S. 491, 500.

4. Teil Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

§ 40 Strafrechtliche Haftung von Geschäftsleitern

Dr. Daniel M. Krause, LL.M. (Columbia New York)

A. Einleitung	40.1	6. Auslösung von Schadensersatzansprüchen und Sanktionsrisiken	40.59
B. Erscheinungsformen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern	40.3	D. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)	40.60
I. Strafrechtliche Haftung für eigenhändiges Verhalten	40.3	E. Korruption	40.67
II. Geschäftsherrenhaftung	40.6	I. Vorteilsgewährung und Bestechung	40.71
1. Strafrechtliche Haftung als Leiter einer Organisationsstruktur	40.6	1. Gewähren von Vorteilen für die Dienstausübung	40.72
2. Geschäftsleiter als Garanten für Rechtsgüter Dritter	40.10	2. Amtsträger-Begriff/Verletzung einer Dienstpflicht (§§ 332, 334 StGB)	40.76
3. Verletzung von Aufsichtspflichten i.S. des § 130 OWiG	40.13	3. Genehmigung durch „zuständige Behörde“	40.80
4. Strafrechtliche Haftung faktischer Organe	40.14	II. § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr)/§§ 299a, 299b StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen)	40.81
5. Gesamtzuständigkeit, Ressortverantwortlichkeit und Gremienentscheidungen	40.17	III. Kick-Back-Konstellationen (Bestechung/Untreue)	40.86
a) Pflichtenmaßstab bei arbeitsteiliger Ressortaufteilung	40.18	IV. Auslandssachverhalte (Agenten/„Provisionszahlungen“), Interne Untersuchungen, Verbot der Doppelbestrafung	40.87
b) Haftung der einzelnen Geschäftsleiter bei Kollegialentscheidungen	40.21	F. Bilanzdelikte/Unrichtige Unternehmensabschlüsse und unrichtige Berichte	40.90
C. Untreue (§ 266 StGB)	40.25	I. Unrichtige Darstellung (§ 331 HGB)	40.91
I. Voraussetzungen der strafrechtlichen Haftung	40.26	II. Strafbare Bilanzzeit (§ 331 Nr. 3a HGB)	40.100
1. Vermögensbetreuungspflicht der Geschäftsleiter	40.26	III. Unrichtige oder verschleiernde Wiedergabe der Verhältnisse einer AG (§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG)	40.101
2. Pflichtwidriges Verhalten/Mäßgeblicher Sorgfaltsmaßstab	40.28	IV. Straftaten bei Verwendung unrichtiger Abschlüsse, Darstellungen oder Übersichten (Betrug, Subventions- und Kreditbetrug)	40.102
3. Eintritt eines Vermögensnachteils auf Seiten der Gesellschaft	40.36		
4. Untreuevorsatz	40.39		
II. Einzelfragen	40.40		
1. Einschränkungen der Strafbarkeit bei Zustimmung der Gesellschafter	40.40		
2. Konzernsachverhalte (Konzernuntreue) und Cash-Pooling	40.45		
3. Risikogeschäfte	40.50		
4. Sponsoring	40.56		
5. „Schwarze Kassen“	40.57		

G. Strafrechtliche Risiken am organisierten Kapitalmarkt	40.104	3. Vorsatz/Fahrlässigkeit	40.141
I. Verbotenes Tätigen von Insidergeschäften (§ 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG, Art. 14 lit. a Marktmissbrauchs-VO)	40.106	II. Bankrottdelikte (§§ 283 ff. StGB) . . .	40.142
1. Insiderinformationen	40.107	1. Bankrott (§ 283 StGB)	40.143
2. Tätigen eines Insidergeschäfts	40.111	a) Strafbare Einwirkungen auf den Vermögensbestand	40.145
II. Strafbarer Verstoß gegen Offenlegungs- und Anstiftungsverbot	40.116	b) Strafbare Mängel bei Buchführung und Bilanzen	40.149
III. Verhinderung von Insiderverstößen im Unternehmen	40.118	aa) Unterlassene und mangelhafte Buchführung (§ 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB), Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283b StGB)	40.151
IV. Strafbare Marktmanipulation (§ 38 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG, Art. 12 Abs. 1 lit. a bis d Marktmissbrauchs-VO)	40.119	bb) Unterdrücken von Handelsbüchern (§ 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB)	40.155
1. Informationsgestützte Manipulationen (§ 38 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Marktmissbrauchs-VO)	40.120	cc) Mangelhafte und nicht rechtzeitige Bilanzaufstellung (§ 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB)	40.156
2. Handelsgestützte Marktmanipulation (§ 38 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a und b Marktmissbrauchs-VO)	40.124	2. Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB)	40.157
V. Ordnungswidrigkeiten	40.128	J. Folgen von Strafverfahren und Verurteilung	40.159
H. Strafrechtliche Risiken bei eingetretener und drohender Insolvenz	40.129	I. Verfall gem. §§ 73 ff. StGB	40.160
I. Insolvenzverschleppung	40.131	II. Inhabilität als Geschäftsführer bzw. Vorstand bei Verurteilungen wegen Wirtschaftsstraftaten	40.165
1. Insolvenzreife/Insolvenzgründe	40.134	III. Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG)	40.166
2. Unterlassene Antragstellung	40.140	IV. Ausschluss von der Vergabe und Registereintragung	40.168

Schrifttum: *Abendroth*, Der Bilanzzeit – sinnvolle Neuerung oder systematischer Fremdkörper?, WM 2008, 1147; *Achenbach*, Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland, GA 2004, 559; *Achenbach*, Zivilrechtsakzessorietät der insolvenzstrafrechtlichen Krisenmerkmale?, in Gedächtnisschrift Schlüchter, 2002, S. 269; *Achenbach*, Aus der 1996/97 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 1997, 536; *Achenbach*, Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme, NZWiSt 2012, 321; *Achenbach/Ransiek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015; *Adick*, Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue, HRRS 2008, 460; *Altenhain*, Der strafbare falsche Bilanzzeit, WM 2008, 1141; *Altmeppen*, Cash Pooling und Kapitalaufbringung, NZG 2010, 441; *Bachmann*, Kapitalmarktrechtliche Probleme bei der Zusammenführung von Unternehmen, ZHR 172 (2008), 598; *Bauer*, Untreue durch Cash-Pooling im Konzern, 2008; *Beckemper*, Untreuestrafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers bei einverständlicher Vermögensverschiebung, GmbHR 2005, 592; *Beukelmann*, Anforderungen an den Untreuevorsatz bei Gefährdungsschaden, NJW-Spezial 2013, 440; *Beutin*, Die Rationalität der Risikoentscheidung, 2007; *Bieneck*, Strafrechtliche Relevanz der Insolvenzordnung und aktueller Änderungen des Eigenkapitalersatzrechts, StV 1999, 43; *Bittmann*, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017; *Bittmann*, Strafrecht und Gesellschaftsrecht, ZGR 2009, 931; *Bittmann*, Beitragsvorenthaltung bei Insolvenzreife der GmbH, wistra 2004, 327; *Bittmann*, BilMoG: Bilanzrechtsmodernisierung oder Gesetz zur Erleichterung von Bilanzmanipulationen, wistra 2008, 441; *Bittmann*, Risikogeschäft – Untreue – Bankenkrise, NStZ 2011, 361; *Bittmann*, Strafrechtliche Folgen des MoMiG, NStZ 2009, 117; *Bittmann/Richter*, Zum Geschädigten bei der GmbH- und der KG-Untreue, wistra

2005, 51; Bömer, Anti-Korruptions-Compliance – Einladungen, Geschenke oder „kulante“ Zugeständnisse an öffentliche Amtsträger als Problem, GWR 2011, 28; *Brammsen*, Vorstandsuntreue, wistra 2009, 85; *Brand*, Die Strafbarkeit des Vorstandes gem. § 266 StGB trotz Zustimmung aller Aktionäre, AG 2007, 682; *Brodowski*, Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger de lege praevia und de lege nova, HRRS 2016, 14; *Brünig/Samson*, Bankenkrise und strafrechtliche Haftung wegen Untreue gem. § 266 StGB, ZIP 2009, 1089; *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176; *Cordes/Sartorius*, Finanzierung von Nachteilsausgleichsmaßnahmen durch Unternehmen – deliktisches Handeln oder zulässiges Sponsoring, NZWiSt 2013, 401; *Dann*, Erleichterungs- und Beschleunigungszahlungen im Ausland – kein Fall des IntBestG, wistra 2008, 48; *Dann*, Und immer ein Stück weiter – Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts, NJW 2016, 203; *Dannecker/Knierim/Hagemeyer*, Insolvenzstrafrecht, 2009; *Dibbert*, Ermittlungen in Großunternehmen, 1999; *Dierlamm*, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?, NSTz 1996, 153; *Dierlamm*, Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien, StraFo 2005, 397; *Dölling*, Handbuch Korruptionsprävention, 2007; *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl. 2017; *Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006; *Feigen*, Strafjustiz durch die BaFin?, in Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 466; *Fischer*, Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch, StV 2010, 95; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 64. Aufl. 2017; *Fleischer*, Konzernuntreue zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht, NJW 2004, 2867; *Fleischer*, Zur Verantwortlichkeit einzelner Vorstandsmitglieder bei Kollegialentscheidungen im Aktienrecht, BB 2004, 2645; *Fleischer*, Der deutsche „Bilanzeid“ nach § 264 Abs. 2 S. 3 HGB, ZIP 2007, 97; *Floeth*, Strafbarkeit wegen Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) in Fällen sog. Scheinselbständigkeit – Feststellung des Beschäftigungsverhältnisses, Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung sowie Ermittlung der vorenthaltenen Beträge, NZS 2015, 60; *Gaede*, Gebotene Sorgfalt bei der europäisierten Strafgesetzgebung – unvermeidliche Ahnungslücke im WpHG?, wistra 2017, 41; *Gallandi*, Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities, wistra 2009, 41; *Gehrmann*, Das versuchte Insiderdelikt, 2009; *Gehrmann*, Das Spector-Urteil des EuGH, ZBB 2010, 48; *Geiger*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen und seine Auswirkungen auf Strafverfolgung und Healthcare-Compliance, CCZ 2016, 172; *Geneuss*, Unternehmensbezogene Vorgesetztenverantwortlichkeit, betriebsbezogene Straftaten und „Firmenpolitik“, ZIS 2016, 259; *Göpfert/Landauer*, „Arbeitsstrafrecht“ und die Bedeutung von Compliance-Systemen: Straftaten „für“ das Unternehmen, NZA-Beil. 2011, 16; *Grau/Blechschmidt*, Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen – Begründung einer Garantenstellung durch Übernahme von Pflichten als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision – Strafrechtliche Garantenpflicht von sog. „Compliance Officers“, DB 2009, 2143; *Greeve/Leipold*, Baustrafrecht, 2004; *Grube/Röhm*, Überschuldung nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, wistra 2009, 84; *Hahn*, Der Bilanzeid, Neue Rechtsfigur im deutschen Kapitalmarktrecht, IRZ 2007, 375; *Hart-Hönig*, Verteidigung von Unternehmen und Compliance, in Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 530; *Hartung*, Probleme bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, wistra 1997, 1; *Hasselbach*, Die Weitergabe von Insiderinformationen bei M&A-Transaktionen mit börsennotierten Aktiengesellschaften, NZG 2004, 1087; *Hassemer*, Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts, wistra 2009, 169; *Hefendehl*, Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, 575; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, 1994; *Hellgardt*, Fehlerhafte Ad-hoc-Publizität als strafbare Marktmanipulation, ZIP 2005, 2000; *Hohn*, Die „äußersten“ Grenzen des erlaubten Risikos bei Entscheidungen über die Verwendung von Gesellschaftsvermögen, wistra 2006, 161; *Hugger*, S20-Leitfaden „Hospitality und Strafrecht“, CCZ 2012, 65; *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht, 2008; *Ignor/Rixen*, Untreue durch Zahlung von Geldauflagen, wistra 2000, 448; *Joeks*, Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung, wistra 2004, 441; *Kappel/Junkers*, Die Strafbarkeit der „Auslandsbestechung“ nach der Einführung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 26.11.2015 – ein Überblick, NZWiSt 2016, 382; *Kargl*, Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB), ZStW 2002, 763; *Kasiske*, Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften, NZWiSt 2016, 302; *Kempff/Lüderssen/Volk*, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009; *Kieth*, Zivil- und strafrechtliche

Haftung von Aufsichtsräten für Geschäftsrisiken, WM 2005, 2122; *Kirch-Heim/Samson*, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81; *Knauer*, Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, NStZ 2002, 399; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001; *Knauth/Käsler*, § 20a WpHG und die Verordnung zur Konkretisierung des Marktmanipulationsverbotes (MaKonV), WM 2006, 1041; Krause, Ist der Aufsichtsrat Garant (§ 13 StGB) für die Verhinderung von Straftaten des Vorstandes? Zur Reichweite der strafrechtlichen Organhaftung, in FS Wessing, 2016, S. 241; *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, 1995; *Krause*, Zur Vermögensbetreuungspflicht entsandter Aufsichtsratsmitglieder (§ 101 Abs. 2 AktG) gegenüber dem Entsendenden, in FS Hamm, 2008, S. 341; *Krause*, Konzerninternes Cash Management – der Fall Bremer Vulkan: Neue Ansätze bei der Untreue (§ 266 StGB) und ihre Konsequenzen für die Praxis, JR 2006, 51; Krause, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, NStZ 2011, 57; *Krause*, Unternehmen und Organmitglieder im Strafverfahren, ZGR 2016, 335; *Krause*, Was bewirkt Compliance?, StraFo 2011, 437; *Krause/Vogel*, Bestechungsbekämpfung im internationalen Geschäftsverkehr, RIW 1999, 488; *Krekelel/Werner*, Unternehmer und Strafrecht, 2006; *Krüger*, Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB, NStZ 2011, 369; *Kretschmer*, Anmerkungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung für das Verhalten von Mitarbeitern – Begründung und deren Vermeidung unter Berücksichtigung von Compliance, StraFo 2012, 259; *Krumm*, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, 196; *Kubiciel*, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreue, NStZ 2005, 353; *Kudlich*, Mobbing als Betriebsaufgabe? – Zur Geschäftsherrenhaftung eines „Vorarbeiters“ bei innerbetrieblichen Körperverletzungen, HRRS 2012, 177; *Kudlich/Noltensmeier*, Die Anordnung des Verfalls (§§ 73 ff. StGB) bei verbotenen Insiderhandel nach § 38 i.V.m. § 14 WpHG, wistra 2007, 121; *Kuhlen*, Strafhafung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566; *Kutzner*, Einfache gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung als Untreue, NJW 2006, 3541; *Laskos*, Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe, 2001; *Laub*, Grenzen der Spendenkompetenz des Vorstands, AG 2002, 308; *Livonius*, Untreue wegen existenzgefährdenden Eingriffs – Rechtsgeschichte?, wistra 2009, 92; *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft wegen Untreue, 2006; *Lüderssen*, Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts, 1998; *Lüderssen*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrates, in FS Lampe, 2003, S. 727; *Lüderssen*, Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, StV 2009, 486; *Lüke*, Ist die Liquidität 2. Grades ein geeignetes Kriterium zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit?, wistra 2003, 52; *Lütke*, Die strafrechtliche Bedeutung der Aufgabenverteilung unter GmbH-Geschäftsführern am Beispiel der Insolvenzantragspflicht, wistra 2008, 409; *Lutter*, Zivilrechtlich korrekt und doch strafbar? Das kann nicht sein, NZG 2010, 601; *Martin*, Bankenuntreue, 2000; *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, 1997; *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389; *Mayer*, Zur inneren Tatseite bei § 266a StGB, NZWiSt 2015, 169; *Metz*, Strafbarkeit bei untertariflicher Bezahlung, NZA 2011, 782; *Michalke*, Neue Garantienpflichten? – oder: Haftung des Compliance-Officers, AnwBl. 2010, 666; *Mosiek*, Risikosteuerung im Unternehmen und Untreue, wistra 2003, 370; *Mülbelt/Steup*, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation am Beispiel der fehlerhaften Regelpublizität, WM 2005, 1633; *Müller-Gugenberger*, GmbH-Strafrecht nach der Reform, GmbHR 2009, 578; *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015; *Nack*, Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, GA 2006, 343; *Otto*, Untreue der Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften durch Vergabe von Spenden, in FS Kohlmann, 2003, S. 187; *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2017; *Park*, Kapitalmarktstrafrecht und Anlegerschutz, NStZ 2007, 369; *Pelz*, Sponsoring zwischen Marketing und Korruption, LMuR 2009, 50; *Posseck*, Strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft, 1998; *Preussner/Panannis*, Risikomanagement und strafrechtliche Verantwortung, BKR 2004, 347; *Radtke*, Untreue zu Lasten von ausländischen Gesellschaften mit faktischem Sitz in Deutschland, GmbHR 2008, 729; *Ransiek*, Anerkennungsprämien und Untreue, NJW 2006, 814; *Ransiek*, Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH – „Bremer Vulkan“, wistra 2005, 121; *Raum*, Strafrechtliche Pflichten von Compliance-Beauftragten – Zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.7.2009 (5 StR 394/08) –, CCZ 2012, 197; *Röckrath*, Kollegialentscheidung und Kausalitätsdogmatik, NStZ 2003, 641; *Rönnau*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003; *Rönnau*, Die Strafbarkeit des Vorenthaltes von Arbeitnehmersozialbeiträgen in der Krise des Unternehmens, NJW 2004, 976; *Rönnau*, Untreue zu Lasten ju-

ristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, in FS Amelung, 2009, S. 247; Rönna, Rechtsprechungüberblick zum Insolvenzstrafrecht, NSTz 2003, 525; Rönna/Becker, Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten, NSTz 2016, 569; Rönna/Hohn, Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat – ein Fall für den Staatsanwalt?, NSTz 2004, 113; Rose, Strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften, wistra 2005, 281; Rotsch, Neues zur Organisationsherrschaft, NSTz 2005, 13; Rotsch, Der ökonomische Täterbegriff, ZIS 2007, 261; Roxin, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007, 1; Säcker, Gesetzliche und satzungsmäßige Grenzen für Spenden und Sponsoringmaßnahmen in der Kapitalgesellschaft, BB 2009, 282; Saliger, Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NSTz 2007, 545; Saliger, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, ZStW 2000, 563; Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2016; Satzger, Schwarze Kassen zwischen Untreue und Korruption, NSTz 2009, 297; Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen im Unternehmen, 2001; Schemmel/Ruhmannseder, Straftaten und Haftung vermeiden mit Compliance-Management, AnwBl. 2010, 647; Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortlichkeit, 2008; Schlösser, Die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den BGH, NZWiSt 2012, 281; Schlösser/Dörfler, Strafrechtliche Folgen eines Verstößes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex, wistra 2007, 326; Schmid/Winter, Vermögensabschöpfung im Wirtschaftsstrafverfahren, NSTz 2002, 8; Schmidt-Dohling, Betrug durch Kreditvergabe, 2008; Schmitz, Die Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO durch das FMStG und seine Bedeutung für strafrechtliche „Altfälle“, wistra 2009, 369; Sven H. Schneider, Die Weitergabe von Insiderinformationen, NZG 2005, 702; Uwe H. Schneider, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHHR 2010, 57; Schneider/Gottschaldt, Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen, ZIS 2011, 573; Schramm/Hinderer, Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts, ZIS 2010, 494; Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2015; Schröder, Geschäftsführer, Gesellschafter und Mitarbeiter der GmbH als Insider, GmbHHR 2007, 907; Schröder, Untreue durch Investitionen in ABS-Anleihen, NJW 2010, 1169; Schünemann, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NSTz 2006, 196; Schünemann, Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur, ZRP 2016, 68; Schünemann, „Gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NSTz 2005, 473; Schünemann, Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, NSTz 2008, 430; Schuster/Rübenstahl, Praxisrelevante Probleme des internationalen Korruptionsstrafrechts, wistra 2008, 221; Seibt, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097; Seiler, Die Untreuestrafbarkeit des Wirtschaftsprüfers, 2007; Sethe, Die Verschärfung des insiderrechtlichen Weitergabeverbots, ZBB 2006, 243; Sina, Voraussetzungen und Wirkungen der Delegation von Geschäftsführer-Verantwortung in der GmbH, GmbHHR 1990, 65; Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, 2008; Tag, Drittmittelwerbung – strafbare Dienstpflicht? – Überlegungen zur Novellierung des Straftatbestandes der Vorteilsannahme, JR 2004, 50; Thum/Selzer, Die Strafbarkeit des Arbeitgebers bei illegaler Beschäftigung im Lichte der neuen Rechtsprechung des BGH, wistra 2011, 290; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht – AT und BT, 2008; Tiedemann, Zur Untreue durch Gewährung so genannter Anerkennungsprämien, ZIP 2004, 2056; Tiedemann, Vermögensbetreuungspflicht des beherrschenden Alleingesellschafters bei der Konzernuntreue, JZ 2005, 47; Timpe, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, StraFo 2016, 237; Trescher, Strafrechtliche Aspekte der Berichterstattung des Aufsichtsrates, DB 1998, 1016; Trüg, Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, StV 2012, 432; Tsambikakis, Aktuelles zum Strafrecht bei GmbH und GmbH & Co., GmbHHR 2005, 331; Vogel, Scalping als Kurs- und Marktpreismanipulation, NSTz 2004, 252; Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Strafstrafsachen, 2. Aufl. 2014; Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Strafstrafsachen, 4. Aufl. 2014; Wafmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997; Wattenberg, Zentrales Cash-Management als Untreuetatbestand im Konzernverbund, StV 2005, 523; Weber, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2004, NJW 2004, 3674; Wegner, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzstrafrecht, HRRS 2009, 32; Weiß, Ausschluss vom Geschäftsführeramt bei strafgerichtlichen Verurteilungen nach § 6 Abs. 2 GmbHG n.F., wistra 2009, 209; Weller, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung

durch den BGH und ihre Implikationen durch die Praxis, ZIP 2007, 1681; Wessing/Krawczyk, Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, 1121; Wessing/Krawczyk, Untreue zum Nachteil einer konzernunabhängigen GmbH, NZG 2009, 1176; Weyand, Strafbarkeit wegen „nicht richtiger“ Insolvenzantragsstellung – strafrechtlicher Flankenschutz für Insolvenzgerichte und Verwalter?, ZInsO 2010, 359; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, 10. Aufl. 2016; Ziemann, Strafbarer „Bilanzeit“ nach § 331 Nr. 3a HGB, wistra 2007, 292; Zieschang, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in FS Otto, 2007, S. 509.

A. Einleitung

- 40.1 Geschäftsleiter sind bei ihrer Tätigkeit vielfältigen strafrechtlichen Risiken ausgesetzt. Ihr unternehmerisches Handeln als solches unterliegt strafrechtlichen Grenzen. Sie sind darüber hinaus Adressaten einer Fülle besonderer Pflichten, deren Verletzung als Ordnungswidrigkeit oder Straftat geahndet werden kann. Schon die Einleitung von Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von strafrechtlich relevanten Pflichtverletzungen kann für sie wegen der unternehmensinternen und -externen Auswirkungen zu gravierenden Konsequenzen bis hin zum Verlust der Leitungsfunktion führen.¹ Strafrechtlich relevante Pflichtverletzungen führen regelmäßig zu erheblichen persönlichen Schadensersatzrisiken gegenüber der Gesellschaft und Dritten. Die Auswirkungen von Ermittlungsverfahren gegen Geschäftsleiter auf die öffentliche Reputation des Unternehmens, auf Aktienkurse sowie Beziehungen zu Geschäftspartnern und Finanzierungsinstituten sind vielfach immens. Diese Risikolage und ihre Implikationen sind in der jüngeren Vergangenheit durch zahlreiche Strafverfahren und Unternehmensskandale verstärkt ins Blickfeld getreten und haben dazu geführt, dass die Sensibilität für strafrechtliche Risiken bei Geschäftsleitern erheblich gestiegen ist. Dies hat sich in einer intensiven Diskussion um die Festlegung von Regeln zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung (Corporate Governance Kodex) und Compliance-Regelungen niedergeschlagen, ferner darin, dass eine präventive Beratung zur Vermeidung strafrechtlicher Risiken von Geschäftsleitern verstärkt in Anspruch genommen wird.
- 40.2 Die nachfolgenden Ausführungen geben einen Überblick über die Erscheinungsformen strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern. Ferner werden anhand einzelner, für Geschäftsleiter aufgrund ihrer Leitungsfunktion besonders relevanter Themenkomplexe (Untreue, Vorenthalten von Arbeitsentgelt, Korruptionsdelikte, Bilanzdelikte, Kapitalmarktdelikte und Insolvenzdelikte) bestehende strafrechtliche Risiken im Einzelnen erläutert. Eine knappe Übersicht über die Folgen von Straftaten für Geschäftsleiter und Unternehmen bildet den Abschluss. Diversen im Unternehmensalltag bedeutsamen Gebieten ist wegen des beschränkten zur Verfügung stehenden Umfangs kein eigener Abschnitt gewidmet (Subventions- und Submissionsbetrug, Kreditbetrug, Arbeitsstrafrecht, Umweltstrafrecht, Kartellordnungswidrigkeitenrecht). Strafrechtliche Hinweise zu diesen finden sich (teilweise) in den jeweiligen zivilrechtlichen Kapiteln dieses Buches.

¹ Näher zu Unternehmen und Organmitgliedern im Strafverfahren Krause, ZGR 2016, 335.

B. Erscheinungsformen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern

I. Strafrechtliche Haftung für eigenhändiges Verhalten

Strafrechtliche Haftung knüpft nach deutschem Recht an **persönliche Schuld**. Eine Sanktion gegen juristische Personen kann nur in den Grenzen des § 30 OWiG verhängt werden. Die Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte auch und gerade in komplexeren Organisationsstrukturen wie Wirtschaftsunternehmen hat die Rechtsprechung veranlasst, **strafrechtliche Zurechnungsprinzipien** zu entwickeln, deren Anwendung der sachgerechten Erfassung der Verantwortlichkeiten in derartigen Strukturen dienen soll. Die verbreitete Wahrnehmung, nach der in Unternehmen oftmals nur die am Ende einer Kette von Entscheidungsprozessen, zumeist auf unteren Hierarchie-Ebenen stehenden Personen strafrechtlich verantwortlich sind (oder zur Verantwortung gezogen werden)¹, ist im Hinblick auf die geltenden strafrechtlichen Haftungsprinzipien unzutreffend. Die von der Rechtsprechung entwickelten Zurechnungsstrukturen führen dazu, dass eine strafrechtliche Haftung von Geschäftsleitern über das eigene unmittelbare Handeln hinaus kraft ihrer Leitungsverantwortung im Wege der Zurechnung eintritt, sofern sie schuldhaft ihre Leitungsverantwortung verletzt haben oder gegen (ihnen) erkennbare Rechtsverstöße von Mitarbeitern der Gesellschaft nicht eingeschritten sind. 40.3

Für von ihnen **selbst vorgenommene Handlungen**, durch die ein Strafgesetz verletzt wird, haften Geschäftsleiter als Täter. Dies gilt auch in Ansehung solcher Pflichten (z.B. Insolvenzantragspflichten), die die juristische Person treffen. Denn deren Pflichten werden gem. § 14 Abs. 1 Ziff. 1 bzw. 2 StGB auf sie als **gesetzliche Vertreter** überwältigt. Weisen sie Mitarbeiter unmittelbar an, strafbare Handlungen vorzunehmen, sind sie als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), Gehilfen (§ 27 StGB) oder als Anstifter (§ 26 StGB) strafrechtlich verantwortlich. 40.4

Darüber hinaus haften Organe in unterschiedlichen Erscheinungsformen für Straftaten und Rechtsverletzungen, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden. Zu unterscheiden sind die Haftung für eigene Pflichtverletzungen des Organs (**Geschäftsherrenhaftung**) und die **Verletzung von Aufsichtspflichten** (§ 130 OWiG, vgl. hierzu unten *Schücking*, Rz. 41.22 ff.). Auch **Nicht-Organe** können strafrechtlich wie Organe haften, sofern sie faktisch einen bestimmenden Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen (**Haftung des faktischen Organs**). Praxisrelevant ist zudem die Frage der strafrechtlichen Haftung bei **arbeitsteiliger Organisation** bzw. bei **Kollegialentscheidungen**. 40.5

II. Geschäftsherrenhaftung

1. Strafrechtliche Haftung als Leiter einer Organisationsstruktur

Charakteristisch für Wirtschaftsunternehmen ist deren **arbeitsteilige und hierarchische Organisation**. Dies hat zur Folge, dass Entscheidungen und Beschlüsse der Geschäftsleiter nicht von diesen selbst, sondern von anderen Personen auf anderen Hierarchie-Ebenen ausgeführt werden. Vielfach sind die Strukturen dadurch gekennzeichnet, dass ein erheblicher räumlicher, zeitlicher und hierarchischer Abstand zwischen dem Geschäftsleiter als Spitze der Organisation und demjenigen besteht, der die Straftat unmittelbar begeht.² Für derartige Konstellationen hat der Bundesgerichtshof für die Geschäftsleiter eine Verantwortlichkeit 40.6

1 *Raum* in Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 4 Rz. 59.

2 BGH v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89.