

Systematische Darstellungen II: VVG

Langheid / Wandt

3. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-77438-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

der Beiträge zu D&O-Versicherungen, mit welchem sich das BMF an einige Verbände richtet, wird ausgeführt:

„Die von Ihnen vorgetragene Argumente zur steuerlichen Behandlung von D&O-Versicherungen sind mit den obersten Finanzbehörden der Länder erörtert worden. Dabei wurde davon ausgegangen, dass entsprechend Ihren Darlegungen

- es sich bei der D&O-Versicherung um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung handelt, die in erster Linie der Absicherung des Unternehmens oder des Unternehmenswertes gegen Schadensersatzforderungen Dritter gegenüber dem Unternehmen dient, die ihren Grund in dem Tätigwerden oder Untätigbleiben der für das Unternehmen verantwortlich handelnden und entscheidenden Organe und Leitungsverantwortlichkeit haben,
- die D&O-Verträge besondere Klauseln zur Firmenhaftung oder sog. company reimbursement enthalten, die im Ergebnis dazu führen, dass der Versicherungsanspruch aus der Versicherungsleistung dem Unternehmen als Versicherungsnehmer zusteht,
- des Weiteren die D&O-Versicherungen dadurch gekennzeichnet sind, dass
- regelmäßig das Management als Ganzes versichert ist und Versicherungsschutz für einzelne Personen nicht in Betracht kommt
- Basis der Prämienkalkulation nicht individuelle Merkmale der versicherten Organmitglieder sind, sondern Betriebsdaten des Unternehmens und dabei die Versicherungssummen deutlich höher sind als typischerweise Privatvermögen.

Für diesen Typ D&O-Versicherung ist nach Auffassung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder von einem überwiegend eigenbetrieblichen Interesse auszugehen.

Ein überwiegend eigenbetriebliches Interesse ist hingegen zu verneinen, wenn Risiken versichert werden, die üblicherweise durch eine individuelle Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt werden.“

Urteile von Finanzgerichten, welche eine im Einzelfall vertretene gegenteilige Auffassung von Finanzbehörden bestätigen, sind seit diesem BMF-Schreiben nicht bekannt geworden. Eine übliche individuelle D&O-Versicherung gibt es eben nicht. Die Diskussion um die steuerliche Behandlung der D&O-Prämien auf Seiten der versicherten Personen war damit erledigt. Die in den → Rn. 132 f. und → Rn. 474 f. dargestellten D&O-Pflicht-Selbstbehalt-Einzelpolicen dürfen wegen des Verbots des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nicht vom Arbeitgeber abgeschlossen oder finanziert werden. Sie müssen gemäß den Ausführungen in den → Rn. 474 f. individuell abgeschlossen und bezahlt werden, so dass dann Werbungskosten geltend gemacht werden können. Die og Zuordnungsfrage kann sich hier nicht stellen, da es keine Wahl zwischen Einzel- oder Firmenpolice gibt.

V. Interne Zuständigkeit für den Abschluss

Während die externe Vertretung der Gesellschaft beim Abschluss einer gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung keine besonderen Fragen aufwirft, waren die Meinungen über die interne Zuständigkeit zeitweise geteilt.

Bei der **GmbH** bedarf der Abschluss der D&O-Versicherung intern der Zustimmung der Gesellschafterversammlung.⁷⁵ Hat die GmbH einen Aufsichtsrat, können ähnliche Fragen auftauchen wie bei der AG.

In den vorstehenden steuerrechtlichen Ausführungen bzgl. der **AG** wurde das Vorliegen einer Vergütung iSd § 87 Abs. 1 S. 1 AktG, § 113 Abs. 1 S. 1 AktG von der hM verneint. Damit sind auch die dort für Vergütungsfragen genannten Zuständigkeiten des Aufsichtsrates für den Vorstand bzw. der Hauptversammlung für den Aufsichtsrat nicht gegeben. Zuständig zum Abschluss der D&O-Versicherung durch die AG ist der **Vorstand** als deren Vertreter gem. § 78 Abs. 1 AktG.⁷⁶ Dem ist zuzustimmen und dies entspricht der üblichen Praxis.

Die eine Vergütung behahenden Vertreter der Mindermeinung fordern konsequent die Zuständigkeit des Aufsichtsrates und die Regelung in der Satzung.⁷⁷ Nach ihrer Meinung ist die auf die Aufsichtsratsmitglieder entfallende anteilige D&O-Versicherungsprämie eine Vergütung. Nach § 113 Abs. 1 S. 2 AktG kann die Tätigkeitsvergütung für die Aufsichtsräte entweder in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt werden. Der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die AG erfordert nach der Mindermeinung daher die Zustimmung der Hauptversammlung

⁷⁵ Schneider in Scholz GmbHG § 43 Rn. 438; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG § 43 Rn. 8; aA Kort DStR 2006, 799 (802).

⁷⁶ Doralt/Ihlas in Hommelhoff/Hopt/Leyens HdB § 34 Rn. 38; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 193; Krieger RWS-Forum 8 – Gesellschaftsrecht 1995, 1996, 149 (166); Voit in Pröls/Martin AVB D&O A-1 Rn. 7; Bartscherer VP 2001, 183; Vetter AG 2000, 453 (458); Dreher ZHR 165 (2001), 293 (321); Lenz in van Bühren VersR-HdB § 25 Rn. 29; Koch AktG § 93 Rn. 123.

⁷⁷ Kästner AG 2000, 113 (118); Ulmer FS Canaris, Bd. II, 2007, 451 (472); Resch/Lüneborg AG 2017, 691; Armbrüster FS K. Schmidt, 2019, 23 (29).

oder einer Satzungsänderung. Denn die Aufsichtsräte sind immer pauschal mitversichert und die Prämie wird immer von der Gesellschaft gezahlt.

- 49 Die Frage der Vergütung nach § 113 Abs. 1 S. 2 AktG hat der BGH indes zuletzt in 2009 offen gelassen.⁷⁸
- 50 Die hM **verneint den Vergütungscharakter** und damit die Notwendigkeit einer Satzungsänderung bzw. die Zuständigkeit der Hauptversammlung der AG.⁷⁹ Die Begründungen der hM und Mindermeinung spiegeln jeweils die Argumente aus der zuvor dargestellten steuerrechtlichen Debatte. Die Organhaftung ist ein Resultat der Schaffung von juristischen Personen. Sie entreichert im Haftungsfall das Organmitglied. Die D&O-Versicherung schützt vor diesem Vermögensverlust. In ihren Prämien ein Vergütungselement zu sehen, stellt die Dinge auf den Kopf. Eine Vergütung kann man verhandeln. In Konzernen verhandelt kein zukünftiges Organmitglied „seine“ D&O-Versicherung. Die Prämienfindung kennt keine „pro Kopf“-Methode, sondern orientiert sich an objektiven Faktoren, vor allem an der Bilanzsumme, Finanz- und Ertragslage, Branche, Versicherungssummenhöhe und an Ratings. Auf die private Vermögenslage des Aufsichtsratsmitgliedes kommt es nicht an.
- 51 Die hM bestätigte damit die langjährig geübte Praxis. Die Prämien schwanken, so dass die Festsetzung in der Satzung unpraktisch ist. Die D&O-Thematik ist vertraulich und relativ unwichtig, so dass die Hauptversammlung der falsche Ort ist. Einige Satzungen hatten eine entsprechende Regelung, wobei statt der Prämie lediglich eine Festsetzung der Versicherungssumme erfolgte, um den D&O-Versicherern hier keine Kalkulationshilfe zu geben. Die alternativ in § 113 Abs. 1 S. 2 AktG als Voraussetzung vorgesehenen Hauptversammlungsbeschlüsse waren sehr selten.
- 52 Fälle, in denen eine entsprechende (Teil-)Nichtigkeit einer D&O-Police geltend gemacht wurde, sind nicht bekannt geworden. Die D&O-Versicherer hatten auf Anfrage stets erklärt, ihren Teil der Vereinbarung trotzdem zu erfüllen.
- 53 Die interne Zuständigkeit verlagert sich auf die Haupt- und Gesellschafterversammlung, wenn es um eine getrennte **selbständige Aufsichtsratspolice** geht (→ Rn. 89). Das ist ein teurer, umständlicher Vertriebsansatz in Deutschland. Eine derartige Privilegierung des Aufsichtsrates ist schwer verkäuflich. Mit dem Argument unzureichender Versicherungssummen wird so aber die Bereitschaft geweckt, für alle Organe der Versicherungsnehmerin insgesamt höhere Versicherungssummen abzuschließen.

VI. Keine Angabe der Prämien im Geschäftsbericht

- 54 Die Empfehlung der Regierungskommission Corporate Governance, im Anhang zum Konzernjahresabschluss über eine Änderung der §§ 289, 314 HGB eine Pflicht zur Angabe der D&O-Prämien und des persönlichen D&O-Selbstbehaltes aufzunehmen,⁸⁰ wurde anlässlich der Verhandlungen über das UMAG nicht umgesetzt.
- 55 Das ist zu begrüßen.⁸¹ Wenn man dies als Pflichtangaben ausgestaltet hätte, wären bei einem Anstieg der Prämien Fragen in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung die Folge gewesen. Die erheblichen Prämienchwankungen im zyklischen Markt der Haftpflichtversicherung lassen aber keine Rückschlüsse auf die Risikoqualität der Versicherungsnehmerin zu. D&O-Prämien haben nicht die Aussagekraft von Ratings. Erhöht die Versicherungsnehmerin die Versicherungssumme, erhöht sich auch die Prämie. Fragen nach den Gründen für diese Kostensteigerung wären die Folge. Weiterhin wäre durch eine solche Änderung des HGB die Nähe zu Vergütungsfragen hergestellt worden, welche nicht besteht, wie die in → Rn. 35 f. bezüglich der steuerlichen Behandlung der Prämien und die in → Rn. 48 f. bzgl. der anteiligen Aufsichtsratsvergütung gezeigt haben. Viele Fragen zu diesen Themen sind denkbar. Die Fragen sind kurz und einfach. Die Antworten wären lang und kompliziert. Die Haupt- und Gesellschafterversammlungen sollten sich wichtigeren Kostenthemen zuwenden. Auch gegenüber den versicherten Personen im Konzern wird die D&O-Police aus guten Gründen als Verschlussache behandelt.

⁷⁸ BGH NZG 2009, 550 Rn. 23.

⁷⁹ Mertens AG 2000, 447 f.; Vetter AG 2000, 453 (456 f.); Dreher DB 2001, 996; Lange ZIP 2001, 1524 (1526 f.); DB 2003, 1833 (1844); Nothoff NJW 2003, 1350 (1356); Wiesner in MHDG GesR IV § 21 Rn. 29, § 26 Rn. 46, Vorstand; Plück/Lattwein Haftungsrisiken S. 222; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 4. Aufl. 2008, S. 201; Held in FA-VersR Kap. 33 Rn. 35; Schilling, D&O-Versicherung und Managerhaftung, S. 47; Olbrich, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2007, S. 201 f., 209; Bartscherer VP 2001, 183 (184); Schüppen/Sana ZIP 2002, 550 (553); Dreher/Thomas ZGR 2009, 31 (54).

⁸⁰ Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn. 75.

⁸¹ Lenz in van Bühren VersR-HdB § 25 Rn. 37.

B. AVB D&O und Klauseln

Wie in → Rn. 12 und → Rn. 17 erläutert, werden nachfolgend immer wieder auch Klauseln 56 in Ergänzung zu den AVB D&O des GDV in die Darstellung einbezogen. Die Ziff. I.–V. behandeln den sog. Teil A der AVB D&O und damit die Besonderheiten der D&O-Versicherung. Der VVG-basierte Teil B der AVB D&O mit den allgemeinen Regeln wird kurz unter VI. dargestellt. Hier gibt es nur wenige D&O-Besonderheiten.

I. Gegenstand der Versicherung

1. Versicherungsklauseln. a) Organhaftung (Side A). Die hier als „Organhaftung“ 57 bezeichnete Versicherungsklausel wird international als „Side A“, „Side A Coverage“ und auch als „Clause 1“ bezeichnet. Ziff. A-1 AVB D&O regelt diesen Gegenstand der Versicherung wie folgt: Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung des Versicherungsnehmers oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Personen) wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen, für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.

Die wichtigste Veränderung in den AVB-AVG-Fassungen der Jahre 1997 bis 2013 ist die jetzt 58 in Ziff. A-1 AVB D&O enthaltene Innenverhältnisdeckung. Die Begrenzung der Deckung auf die Haftpflichtansprüche Dritter und damit die reine Außenverhältnisdeckung wurde aufgegeben. Dies wurde im Gegenstand der Versicherung durch die Streichung der Worte „von Dritten, also nicht von der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft oder einer anderen versicherten Person“ erreicht. Somit sind jetzt auch Innenverhältnisansprüche der Versicherungsnehmerin, Tochtergesellschaften und versicherten Personen gegen versicherte Personen erfasst. Zuvor gab es gem. Ziff. 1.3 AVB-AVG nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen des sogenannten modifizierten Innenverhältnisses Deckung für Ansprüche von versicherten Unternehmen und versicherten Personen. Beschränkungen bei Innenverhältnisansprüchen gibt es weiterhin in den USA und bei schweren Risiken.

In den Erläuterungen zu den AVB-AVG 2013 begründet der GDV diese wesentliche Deckungs- 59 erweiterung nicht und stellt lediglich das Offenkundige nochmals fest:⁸² „Zum anderen fallen unter die Regelung Ansprüche der Versicherungsnehmerin selbst, ihrer Tochtergesellschaften sowie durch andere versicherte Personen (sog. Innenhaftungsansprüche).“

Warum in der D&O-Versicherung Innenverhältnisansprüche außerhalb der USA versicherbar 60 sind und in anderen Haftpflichtsparten nicht, bleibt ein Rätsel. Eine theoretische Begründung dafür fehlt bis heute. Die Schadenquoten außerhalb der USA haben in der langjährigen Praxis bewiesen, dass D&O-Innenverhältnisansprüche versicherbar sind. Vielleicht liegt dies daran, dass das abstrakte Konstrukt der juristischen Person konkrete menschliche Personen als Organe hat. Mit anderen Worten stehen vielleicht die Organe als natürliche Personen doch außerhalb der juristischen Person, so dass die Furcht der D&O-Versicherer keine Entsprechung in der Realität hatte. Manager wären somit – dies bleibt eine These – nicht Teil der juristischen Person, sondern im Haftungsfall stets Dritte egoistische Wesen. Manager führen. Führung basiert auf Reputation. Alle Versicherungsfälle beschädigen die Reputation erheblich, auch freundliche Anspruchserhebungen.

Ebenso werden mit Ziff. A-1 AVB D&O nun auch öffentlich-rechtliche Haftpflichtansprüche 61 abgedeckt. Die Worte „privatrechtlichen Inhalts“ wurden gestrichen.⁸³ Dies ist mit Bezug auf das deutsche Haftungsrecht vor allem mit Blick auf die öffentlich-rechtliche Schadensersatzhaftung nach § 69 AO sowie die Haftung für die Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 266a, 15 StGB von Bedeutung.⁸⁴

Üblich ist bei der Side A in den AVB der führenden Versicherer, dass neben den Ansprüchen 62 Dritter ausdrücklich auch die Ansprüche der Versicherungsnehmerin und oft auch der Tochterunternehmen zunächst eingeschlossen werden. Es folgen dann unterschiedlich viele Restriktionen der **Innenverhältnisdeckung** im weiteren Verlauf dieser AVB.

b) Company reimbursement, Freistellung, Firmenenthaltungsverpflichtung (Side B). 63 Die D&O-Versicherung besteht grundsätzlich immer aus zwei Teilen.⁸⁵ Die company reimbursement

⁸² GDV-Erläuterungen Januar 2014 S. 2.

⁸³ Klinkhammer VP 2011, 158 merkte bereits an, dass sich nur noch wenige Versicherer auf „privatrechtlichen Inhalt“ beschränken.

⁸⁴ GDV-Erläuterungen Dez. 2020 S. 4.

⁸⁵ Scheifele, Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1993, S. 1; Wollny, Die directors' and officers' liability insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1993, S. 172, 220.

Deckung⁸⁶ wird international auch als „Side B“, „Side B Coverage“ oder als „Clause 2“ bezeichnet. Mit der deutschen Bezeichnung Firmen-Enthaftungsversicherung⁸⁷ wird der Oberbegriff der **Enthftung** betont, welcher die Formen des Verzichts, der Freistellung, der Entlastung und des Vergleichs zusammenfasst. Der überwiegend verwandte Begriff der **Freistellung**⁸⁸ wird in den Policen nicht definiert. Die versicherten Unternehmen bewirken eine Freistellung von der Haftpflichtschuld der versicherten Person durch die Zahlung oder sonstige Leistung an den Gläubiger.⁸⁹ Die Freistellung kann auch nur teilweise erfolgen.

- 64 Die AVB-AVG 2011 wählten noch den ungewöhnlichen Weg, diese Side B als mögliche Zusatzvereinbarung mit dem Versicherer anzubieten. Ohne diese zusätzliche Vereinbarung waren die AVB-AVG grundsätzlich eine „Side A only“-Deckung. In Ziff. 1.2 AVB-AVG wird der Begriff der „Freistellung“ aus § 100 VVG übernommen und als „company reimbursement“ bezeichnet, ohne dass eine Erklärung für diesen weiteren Begriff folgt. Ziff. A-3 AVB D&O ist nunmehr in den AVB nach der Streichung der früher noch vorangestellten Worte „Sofern mit dem Versicherer besonders vereinbart, gilt zusätzlich:“ stets fester Bestandteil der AVB D&O. Der Text lautet:

Besteht eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers oder einer Tochtergesellschaft, versicherte Personen für den Fall, dass diese von Dritten, also nicht von dem Versicherungsnehmer oder einer Tochtergesellschaft oder einer anderen versicherten Person in dem in Ziffer A-1 beschriebenen Umfang haftpflichtig gemacht werden, freizustellen (company reimbursement), so geht der Anspruch auf Versicherungsschutz aus diesem Vertrag in dem Umfang von den versicherten Personen auf den Versicherungsnehmer oder seine Tochtergesellschaft über, in welchem dieser seine Freistellungsverpflichtung erfüllt. Voraussetzung für den Übergang des Versicherungsschutzes ist, dass die Freistellungsverpflichtung nach Art und Umfang rechtlich zulässig ist.

- 65 In diesen Fällen wird also die Versicherungsnehmerin oder ein Tochterunternehmen ausnahmsweise **Begünstigter**. Gem. Ziff. A-6.5 AVB D&O findet dann zugleich ein für die Unternehmen vereinbarter höherer Selbstbehalt Anwendung.

- 66 Für Deutschland⁹⁰ gibt es keine Erkenntnisse, wie viele Versicherungsfälle unter die Side A und unter die Side B fallen. Die Side B galt sogar lange Zeit nach fast einheitlicher Auffassung als überflüssig. So fehlte sie zB in den AVBU 1986. „Wo eine Freistellung nicht zulässig oder in der Praxis nicht üblich ist, muss konsequenterweise der ‚company reimbursement‘-Teil der Deckung entfallen.“⁹¹ Verkannt werden dabei das Recht der Enthftung und die **Zessionsproblematik**. Gerade weil die Frage, was wie oft in der Praxis vorkommt, nicht statistisch feststellbar ist und weil die Praxis der Enthftung zumeist streng vertraulich verläuft, ist die Ausgestaltung der Side B in den früheren AVB-AVG als gesondert zu treffende Vereinbarung verfehlt. Side B-Deckung ist auch in Deutschland stets Standard-Bestandteil der D&O-Police.

- 67 Entscheidend ist, dass die Organmitglieder bei Ansprüchen Dritter aus verschiedenen Rechtsgründen einen **Anspruch auf Freistellung** gegen die Versicherungsnehmerin oder das Tochterunternehmen haben können, wie zB dem schuldrechtlichen oder deliktischen Gesamtschuldnerausgleich, dem Auftragsrecht,⁹² entsprechend ausgestalteten Dienstverträgen oder Freistellungsvereinbarungen.⁹³ Nach hM darf das Organmitglied für eine Freistellung jedoch keine Pflichtverletzung gegenüber „seiner“ Gesellschaft begangen haben.⁹⁴ In der Rechtswissenschaft hat eine Diskussion begonnen, ob und wie das Haftungsprivileg der Arbeitnehmer auch zur Milderung der Organhaftung herangezogen werden kann.⁹⁵ Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Haftungsprivilegien bei einfacher Fahrlässigkeit oder im Falle weisungsgemäßem Handelns kommt bei der D&O-Versicherung juristischer Personen des öffentlichen Rechts diese company reimbursement Deckung nach A-3 häufiger zur Anwendung (→ Rn. 106). Ein weiteres Beispiel für eine Side B Deckung nach Ziff. A-3 AVB D&O ist bei fahrlässigem Organhandeln im Außenverhältnis der Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein nach § 31a Abs. 2 BGB.⁹⁶

⁸⁶ Ausf. zuletzt Lange VersR 2011, 429.

⁸⁷ Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 1996/1997, S. 220 f., 335.

⁸⁸ Zum Zusammenspiel von Freistellung und D&O-Versicherung ausf. Thomas, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010. Gegen die Verwendung des Begriffes in den Side B Klauseln wegen der Verwechslungsgefahr mit dem Freistellungsanspruch aus § 100 VVG Seitz/Finkel/Klimke AVB-AVG Ziff. 1 Rn. 209.

⁸⁹ Lange D&O-Versicherung § 20 Rn. 22 f.

⁹⁰ Zu den USA ausf. Ihlas D&O S. 87.

⁹¹ Thümmel/Sparberg DB 1995, 1013 (1017).

⁹² Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 1996/1997, S. 182 f.

⁹³ Baumann in Bruck/Möller AVB-AVG Ziff. 1 Rn. 56, 57.

⁹⁴ Lange VersR 2011, 429 (430).

⁹⁵ Dafür Bachmann ZIP 2017, 841 mwN.

⁹⁶ Beck VersR 2017, 855 (858).

Bei der GmbH ist auch eine Enthftung im Innenverhältnis in weiterem Umfang zulässig, als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist.⁹⁷ Die Notwendigkeit einer Side B auch in Deutschland ergibt sich so nach deutschem Recht bereits ohne den Einschluss ausländischer Tochterunternehmen in den Versicherungsvertrag.

Fehlt eine Side B-Deckung, ist das Schicksal der Forderung der versicherten Personen gegen den Versicherer unklar, wenn die Versicherungsnehmerin den Dritten befriedigt. Denn nur die versicherte Person und nicht die Versicherungsnehmerin ist Begünstigte der D&O-Versicherung nach § 44 Abs. 1 VVG.⁹⁸ Zu unterscheiden ist hier zwischen einer gesamtschuldnerischen Haftung der Versicherungsnehmerin und der versicherten Person sowie einer alleinigen Haftung der versicherten Person. Bei einer gesamtschuldnerischen Haftung ist die Versicherungsnehmerin nicht Dritte iSd § 267 BGB.⁹⁹ Zessionsnorm ist dann § 426 Abs. 2 BGB, wonach die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner auf denjenigen Gesamtschuldner übergeht, der den Gläubiger befriedigt. Bei einer alleinigen Haftung der versicherten Person ist eine Leistung an den Dritten durch die Versicherungsnehmerin eine Leistung durch Dritte iSd § 267 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Forderung des Dritten erlischt nach § 362 Abs. 1 BGB. Ein Übergang der Forderung des Dritten auf die Versicherungsnehmerin findet dabei nicht statt.¹⁰⁰ Die versicherte Person kann ihre Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zuvor an die Versicherungsnehmerin abtreten. Daran wird in der Praxis aber regelmäßig nicht gedacht. Zudem musste zuvor der Versicherer seine Zustimmung erklären, was in Ziff. 11.2 AVB-AVG 1997 und anderen AVB¹⁰¹ bis zum neuen VVG ausdrücklich geregelt war. Nach § 108 Abs. 2 VVG ist die Abtretung des Freistellungsanspruches an Dritte hingegen jetzt möglich und bedarf nicht mehr der Zustimmung des Versicherers. Ob daran aber in Deutschland bei einer „Side A only“-Deckung gedacht würde, ist fraglich.

Mangels einer Side B in den AVB könnte sich eine Anspruchsberechtigung der Versicherungsnehmerin aus dem VVG ergeben. In den §§ 86, 43 f. VVG ist der Fall, dass bei einer Versicherung für fremde Rechnung die Versicherungsnehmerin an den Dritten leistet, aber auch nicht geregelt.

Eine Anspruchsberechtigung der Versicherungsnehmerin gegenüber dem Versicherer müsste so im Wege einer extensiven Auslegung vertraglicher Bestimmungen oder einer Analogie konstruiert werden. Dem steht entgegen, dass durch eine Enthftung der versicherten Person vor der endgültigen Feststellung des Haftpflichtanspruchs die Aussichten einer Anspruchsabwehr verschlechtert werden können. Unter anderem deshalb war zB in fast allen Haftpflichtversicherungen ein Anerkenntnis oder die Befriedigung des Geschädigten gem. § 154 Abs. 2 VVG aF bis zur Einwilligung des Versicherers verboten. Neben der entsprechenden Regelung in Ziff. 7.3 AVB-AVG 1997 sah Ziff. 7.4 AVB-AVG 1997 eine Anzeigepflicht für die Versicherungsnehmerin im Falle der Freistellung vor. Der Wegfall des Anerkenntnisverbotes gem. § 105 VVG wird hier zukünftig zu mehr Fällen führen, welche unter der Side B reguliert werden müssen. Trotzdem bleibt es eine fundamentale Frage, wer versichert werden soll. Auch nach dem neuen VVG kann nicht im Wege der Auslegung das Fehlen der Side B-Deckung korrigiert werden. Dagegen würde auch das Fehlen des höheren Selbstbehaltes für die Versicherungsnehmerin sprechen. Die Selbstbehalte für die Side B sind entsprechend der höheren Leistungsfähigkeit der Versicherungsnehmerin um ein Vielfaches höher. Auch ist die Prämie für eine Police, welche lediglich die „Side A only“ enthält, also den Bereich der Side B nicht erfasst, deutlich niedriger. Denn ohne eine solche Prämienersparnis wird eine Beschränkung auf die Side A uninteressant. Eine Konstruktion der fehlenden Side B im Wege der extensiven Auslegung oder Analogie ist daher nicht möglich.

Ist eine Side B- bzw. company-reimbursement-Deckung nicht vereinbart, sollte die Versicherungsnehmerin jegliche Maßnahme der Enthftung zuvor mit dem Versicherer abstimmen, um einen Untergang der Hauptforderung aus dem Versicherungsvertrag zu vermeiden. Eine Side B wird heute aber in fast allen Verträgen vereinbart sein.

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung sind soweit ersichtlich bisher noch nicht bekannt geworden. Bei genauer Betrachtung der Ziff. A-3 AVB D&O werden aber Lücken und Definitionsbedarf erkennbar. Was passiert bei einer Enthftung von Ansprüchen im Innenverhältnis? Was passiert bei einer vertraglichen Haftungserleichterung vor der Pflichtverletzung? Ist die Vereinbarung einer **Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz** beim Geschäftsführer einer GmbH eine Freistellung? Wird in einem Dienstvertrag die **Verkürzung der gesellschaftsrechtlichen Verjährungsfristen** vereinbart, kommt ein company reimbursement im angeführten Sinne nicht in Betracht. Denn diese Vereinbarung bezieht sich nicht auf Ansprüche Dritter. Das Vorliegen

⁹⁷ Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 1996/1997, S. 178 f.

⁹⁸ Voit in Prölss/Martin AVB D&O A-3 Rn. 1.

⁹⁹ Grds. Grüneberg in Grüneberg BGB § 267 Rn. 2.

¹⁰⁰ Grds. Grüneberg in Grüneberg BGB § 267 Rn. 6; Krüger in MüKoBGB § 267 Rn. 7.

¹⁰¹ ZB § 7 Abs. 3 AHB, § 7 Abs. 2 AVB-Vermögen.

eines **systemischen Risikos** als Gegenbegriff zur Kollektivschuld ist auch kein Anwendungsfall der Side B. Die Schadensersatzansprüche der Banken gegen die Vorstände verliefen nach der Finanzkrise 2008 fast immer im Sande.¹⁰² Die Sachverhalte waren zu komplex und zu kompliziert.

- 74 Die **Klauseln zur Side B** sind unüblich. Für die Versicherten bessere Side B-Formulierungen auf AVB-Basis sind hingegen weit verbreitet. Denn die Ziff. A-3 AVB D&O hat mehrere Schwachstellen. Der Begriff der Freistellung wird nicht definiert.¹⁰³ Aus den §§ 100, 101 VVG ließe sich argumentieren, dass Kosten von diesem Begriff nicht erfasst sind. Die Worte „Verpflichtung“ oder „Dritter“ sind ebenfalls restriktiv und fehlen in einer optimierten Side B-Konstruktion. Es folgt ein Beispiel für eine weit formulierte Side B:

Klausel 3 Side B (weite Fassung)

Soweit im Versicherungsfall die Versicherungsnehmerin oder ein Tochterunternehmen eine versicherte Person durch rechtmäßige Zahlung von einem versicherten Schadensersatzanspruch oder versicherten Verteidigungskosten freistellt (Freistellung), geht der Anspruch auf die Versicherungsleistung auf dieses Unternehmen über.

Im Fall einer Freistellung gilt der im Versicherungsschein ausgewiesene Selbstbehalt für die Unternehmen. Findet keine Freistellung statt, leistet der Versicherer ohne Anwendung des Side B-Selbstbehalts zugunsten der versicherten Person. Die Versicherungsnehmerin ist dann zur Rückzahlung des Side B-Selbstbehaltes an den Versicherer verpflichtet.

- 75 **c) Side C, Entity-Deckung, Versicherung nur für die juristische Person.** Bei der Side C ist ausnahmsweise nur das Unternehmen Begünstigter. Versichert wird dessen Haftung und deren Abwehr wegen Schäden aus benannten Risiken. Eine pauschale Versicherung aller Vermögensschäden, für welche ein Unternehmen haften könnte, wird nicht geboten. Die beiden versicherbaren Risiken sind dasjenige der Wertpapiergeschäfte/SEC und der Employment Practices Claims. Hinzugekommen ist neuerdings als drittes Unternehmensrisiko die „faute non separable“.
- 76 Diese reine Unternehmensversicherung ist oft sublimitiert, wenn es um die Wertpapier- und die EPL-Ansprüche geht. Die „faute non separable“ wird wohl deshalb ohne Sublimit angeboten, weil Schäden in deutschen Policen soweit ersichtlich bisher nicht vorgekommen sind.
- 77 Wie immer gibt es auch für diese Deckung unterschiedliche Bezeichnungen: „Side C“, „Clause C“, „C Side-Coverage“, „Entity Coverage“ oder Unternehmens-Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung (VHV). Diese Bezeichnungen sind ungenau. Zutreffende Bezeichnungen wie „SEC-Entity“ oder „EPLI-Entity“-Ausschnittsdeckung sind unüblich.
- 78 Der Versicherer gewährt zB Versicherung auch für den Fall, dass ein versichertes Unternehmen wegen einer Pflichtverletzung von einem Dritten für Vermögensschäden aus einem Wertpapiergeschäft in Anspruch genommen wird. Die Versicherung umfasst die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter sowie die Befriedigung begründeter Schadensersatzansprüche. Es folgen komplizierte Definitionen und Ausschlüsse.

Klausel 4 Unternehmens-Wertpapier-Deckung Side C

Gegenstand der Versicherung

Der Versicherer bietet Versicherungsschutz für Versicherungsfälle, die innerhalb der Vertragslaufzeit oder einer sich daran anschließenden Nachmeldefrist ... (c) gegen die Versicherungsnehmerin oder deren Tochtergesellschaften im Zusammenhang mit dem Handel von Wertpapieren dieser Gesellschaften ein Anspruch erstmalig geltend gemacht wird. ...

Definitionen ...

Handel: Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, das Angebot dazu sowie die Einladung zur Abgabe eines diesbezüglichen Angebots. Börsengänge und Zweitplatzierungen der Versicherungsnehmerin oder Tochtergesellschaften (sog. Initial oder Secondary Public Offerings; abgekürzt IPO bzw. SPO) sind ausgeschlossen. Ihr Einschluss bedarf der besonderen Vereinbarung.

Wertpapiere: Aktien, diese vertretende Zertifikate, Schuldverschreibungen, Genussscheine, Optionscheine und andere Wertpapiere, welche mit Aktien oder Schuldverschreibungen vergleichbar sind, wenn sie an einem Markt gehandelt werden können.

¹⁰² Im Einzelnen die Rechtsprechungsnachweise zur Finanzkrise bei Hopt ZIP 2013, 1793 (1794). Bei der Hypo Real Estate erzielten die Kläger in 93 nach dem KapMuG gebündelten Verfahren vor dem OLG München am 6.5.2024 einen Vergleich in einer Gesamthöhe von 2,3 Mio. EUR Schadensersatz; s. <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/olg-muenchen-musterverfahren-hre-anleger-vergleich> (zuletzt abgerufen am 24.8.2024).

¹⁰³ Etwa Klausel 27 „Enthftung/Freistellung“ in → Rn. 371.

Gefahrerhöhungen nach Vertragsschluss ...

Die versicherten Gesellschaften sind gegenüber dem Versicherer zur unverzüglichen Anzeige in Textform verpflichtet, wenn nach Vertragsschluss die übernommene Gefahr erhöhende Umstände eintreten, insbes. ... Börsengänge oder Zweitplatzierungen an irgendeiner Börse sowie Registrierungen an einer Börse in den USA der Versicherungsnehmerin oder einer Ihrer Tochtergesellschaften.

Das Kernproblem dieser Erweiterung ist, dass es gar keine D&O-Deckung ist. Begünstigter ist hier ausschließlich eine versicherte Gesellschaft. Im Zusammenhang mit der Kapitalaufnahme werden den diesen Prozess begleitenden Wirtschaftsprüfern, Banken und Kanzleien Freistellungsversprechen gegeben. Bei den Wirtschaftsprüfern kann dies Teil des Comfort Letters sein. Die Banken und die Rechtsanwälte treffen mit dem Emittenten ein Underwriting Agreement. So haften die versicherten Gesellschaften als Emittenten im Zusammenhang mit der Emission oder dem Handel auch für dritte Dienstleister. **79**

Anders als bei der Side A und Side B ist bei der Side C keine Haftung und auch keine Mithaftung einer versicherten Person erforderlich. Gemeint ist auch nicht das Vorliegen eines Mischfalles, also einer gesamtchuldnerischen Haftung zusammen mit der Versicherungsnehmerin oder dem Tochterunternehmen. Es geht um eine Haftung, die nur das Unternehmen trifft. Ein Versicherungsfall unter dieser Unternehmens-VHV-Wertpapierdeckung führt zum Verbrauch der Versicherungssumme für die versicherten Personen. **80**

Teilweise soll diese Gefahr für die versicherten Personen durch Prioritätsvereinbarungen für den Fall unzureichender Versicherungssummen begrenzt werden. Dort wird regelmäßig ein Vorrang von Side A vor Side B und wiederum ein Vorrang von Side B vor Side C vereinbart. Fraglich ist, ob die Befriedigung der Side C anspruchsberechtigten Dritten zu Lasten der Side A und Side B begünstigten versicherten Personen zurückgestellt werden kann. Diese Frage ist gerichtlich noch nicht untersucht worden. Bedenken bestehen mit Blick auf die Unzulässigkeit von Verträgen zu Lasten Dritter sowie mit Blick auf die §§ 108, 109 VVG. Nach § 108 Abs. 1 VVG wird die vertragliche Prioritätsvereinbarung gegenüber den Dritten unwirksam sein. Der gesetzlich konkretisierte drittschützende Charakter der Haftpflichtversicherung und das Verteilungsverfahren nach § 109 VVG können durch einen vertraglich zwischen den Versicherten vereinbarten Vorrang der Innenverhältnissdeckung den Versicherer nicht aus der Haftung gegenüber den Dritten befreien. **81**

d) Exkurs: Prospekthaftpflichtversicherung. Die umfassende und konfliktfreie Deckung für das im vorstehenden Unterabschnitt erwähnte Emissionsrisiko ist die Prospekthaftpflichtversicherung.¹⁰⁴ Andere Bezeichnungen dafür sind Wertpapier-Haftpflicht-Versicherung, Initial Public Offering (IPO-Policen für den Börsengang) bzw. Public Offering of Securities Insurance (POSI) sowie Secondary Public Offering (SPO-Policen für die Zweitplatzierung). Der Gegenstand der Deckung ist das Prospekthaftungsrisiko des emittierenden Unternehmens, seiner Organe sowie der mitversicherten weiteren Dienstleister. Die entsprechenden Produkte sind im angloamerikanischen Sprachraum weiter verbreitet und üblicher als in Deutschland. **82**

Anders als bei dem kontinuierlichen Organhaftungsrisiko handelt es sich bei der Emission von Wertpapieren um einen einmaligen Vorgang. Allerdings geht es dabei um viel Geld. Dies spricht bereits gegen eine einmalige Höherdeckung in der D&O-Police und für eine selbständige Prospekthaftpflichtversicherung. Die D&O-Police hat eine Laufzeit von einem Jahr. Die Laufzeit der Prospekthaftpflichtdeckung kann mit Blick auf die jeweilige Verjährung zwischen drei, fünf, sechs und elf Jahren gewählt werden. **83**

Der **Versicherungsbeginn** wird auf die Genehmigung des Prospektes durch die zuständige Aufsichtsbehörde gelegt, hier also die BaFin. Möglich ist auch eine Anknüpfung an den Beginn der Roadshows. Vor diesem Zeitpunkt bewegen sich die Organe innerhalb der D&O-Police und die Dienstleister innerhalb ihrer Vermögensschadenhaftpflicht-Policen. In den D&O-Policen wird dies daran erkennbar, dass als Gefahrerhöhung regelmäßig der Börsengang bzw. die Emission von Wertpapieren ausdrücklich beispielhaft erwähnt werden. Deren Vorbereitung wird nicht erwähnt. Die Prospekthaftpflichtversicherung ist eine anderweitige vorrangige Deckung im Sinne der Subsidiaritätsklauseln der D&O-Versicherung. Vorbereitungshandlungen bis zum Beginn der Prospekthaftungsdeckung fallen grundsätzlich unter die D&O-Police. Bereits die zeitliche Abgrenzung kann im Einzelfall problematisch sein. Die Prospekthaftpflichtversicherungen werden von den Organen des Emittenten abgeschlossen. Sie basieren auf dem Anspruchserhebungsprinzip. Die Erklärungen zur Rückwärtsversicherung der Prospekthaftpflichtversicherung wird von einem Repräsentanten des Emittenten abgegeben. Möglicherweise bei irgendeinem D&O-Versicherten vorhandenes Umstandswissen bzgl. einer Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den Vorbereitungen der Emission, muss dem D&O-Versicherer erst bei einer Anspruchserhebung angezeigt **84**

¹⁰⁴ Hahn VersR 2012, 393.

werden. Mit der Erklärung zur Rückwärtsversicherung wird nun aber gegenüber dem Prospekthaftpflichtversicherer erklärt, dass solche Umstände nicht bekannt sind. Häufig ist der Versicherer der Prospekthaftung zugleich der D&O-Versicherer. Ist die Erklärung zur Rückwärtsversicherung im Prospekthaftpflicht-Versicherungs-Fragebogen falsch und wurde eine Pflichtverletzung eines Organs des Emittenten vor dem Beginn der Prospektversicherung dabei nicht angezeigt, ist fraglich, ob damit auch der Versicherungsschutz unter der D&O-Versicherung erloschen ist. Dazu gibt es noch keine Rspr. und im Ergebnis kann dies nicht auch zum Verlust des D&O-Versicherungsschutzes führen. Die Erklärung zur Rückwärtsversicherung wird nur zum Zwecke des Abschlusses der Prospekthaftpflichtversicherung gegeben.

- 85 Der Kreis der an einer solchen Emission beteiligten **Dienstleister** ist groß. Freistellungserklärungen des Emittenten gegenüber den Banken, Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten können auch den diesbezüglichen Abschluss einer Prospekthaftpflichtversicherung beinhalten. Der Kreis der versicherten Personen und Unternehmen der Prospekthaftpflichtversicherung geht über den einer D&O-Police hinaus und schließt diese Dienstleister neben dem Emittenten mit ein.
- 86 Die **Kosten** für diese Police werden den Emissionskosten hinzugerechnet. Auch deshalb wird diese Projektdeckung neben der D&O-Police abgeschlossen, denn deren alljährlich fälligen Prämien werden als Versicherungskosten verbucht.
- 87 Die Prospekthaftpflichtversicherung deckt auch das **Haftungsrisiko der Unternehmen** ab. Hier geht Sie in den Summen über die Sublimits der im vorangegangenen Unterabschnitt erwähnten Entity-Wertpapier-Deckung (Side C) weit hinaus.
- 88 **e) Side A only, Versicherung nur für die natürlichen Personen.** Die Side A only-Deckung versichert nur die Haftung der Organe und leitenden Angestellten, für welche kein Anspruch auf Enthaftung gegenüber deren Unternehmen besteht. Bei sehr großen Risiken wird es gelegentlich schwer, neben der Side A-Deckung weiterhin eine Side B-Deckung zu vereinbaren. Als Beispiel seien hier exponierte US-Finanzdienstleistungsrisiken genannt. Dann ist die Side A only eine Grundversicherung. Sie sehen dann wie eine normale D&O-Versicherung aus, allerdings ist die Side B darin gestrichen. Häufiger kommt sie hingegen als Exzedentenversicherung vor, welche erst nach Erschöpfung der Versicherungssumme aus der Grunddeckung einspringt. Im Ausland ist das üblich und auch in Deutschland erscheint dies sinnvoll, wenn die Versicherungssumme anders nicht erhöht werden kann. Da aber in Deutschland das Dogma gilt, Haftungsrisiken bestünden fast nur im Innenverhältnis, wird für solche reinen Side A-Deckungen kein Angebot erstellt oder kein akzeptabler Prämiennachlass geboten.
- 89 **f) Aufsichtsratspolice.** Vereinzelt wird auch eine **Zusatzversicherung für Aufsichtsräte** angeboten, welche die D&O-Police um eine zweite D&O-Police nur für die Mitglieder des Aufsichtsrates ergänzen soll. Die zusätzlich versprochenen Vorteile sind zweifelhaft bis hin zu kontraproduktiv. Sicher sind lediglich die damit verbundenen Mehrprämien. Diese können anderweitig für alle versicherten Personen durch eine Erhöhung der gemeinsamen D&O-Versicherungssumme der Hauptpolice sinnvoller aufgewandt werden. Das Thema des Abschlusses einer Aufsichtsratspolice muss auf die Tagesordnung der Hauptversammlung gesetzt und dort beschlossen werden.¹⁰⁵ Dort lässt sich dann das Privileg, den Aufsichtsräten eine Doppelversicherung zu genehmigen, nur schwer begründen.
- 90 Es gibt auch für diese Aufsichtsratsversicherung verschiedene Bezeichnungen. Die genaue Bezeichnung als „Zusatz-D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat der Obergesellschaft“ klingt allzu sperrig und riecht nach Privileg. Geläufiger sind andere Produktamen wie zB „Twin Tower“, „Two Tower“ oder TTT (Two Tier Trigger).¹⁰⁶ Hinter den unterschiedlichen Namen stehen auch unterschiedliche Vertragskonstruktionen.
- 91 Gemeinsam ist hier ein **vertrieblicher Ansatz**, der den Aufsichtsräten vor Augen führen soll, dass eine höhere D&O-Versicherungssumme vorrangig kein Kostenproblem für die Gesellschaft darstellt, sondern vor allem dem eigenen Schutz der Aufsichtsräte dient. Wenn die unzureichende Versicherungssumme bereits durch den Vorstand erschöpft würde, stünden die Aufsichtsräte bei einem Regress oder einer Streitverkündung ohne Deckung da. Weiterhin wird für eine getrennte Aufsichtsratspolice ins Feld geführt, dass in Deutschland eben Vorstand und Aufsichtsrat in zwei Organen getrennt seien, weshalb eine gemeinsame D&O für Vorstand und Aufsichtsrat nicht passen würde. Interessenkonflikte könnten so nicht vermieden werden. Eine gemeinsame D&O würde

¹⁰⁵ Armbrüster NJW 2016, 897 (900); Armbrüster FS K. Schmidt, Bd. I, 2019, 23 (32).

¹⁰⁶ Armbrüster NJW 2016, 897 (899), wonach die Two Tier Trigger Police inzwischen bereits über vier Deckungsauslöser verfügt: die Erschöpfung der Versicherungssumme, die Streitverkündung des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat, die Arglistanfechtung der vom Vorstand abgeschlossenen Police und die gleichzeitige Inanspruchnahme von Vorstand und Aufsichtsrat durch den besonderen Vertreter.