

# Aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung

Splinter

2021

ISBN 978-3-406-78001-1

C.H.BECK

# Münchener Universitätschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

von

Armin Engländer, Hans Christoph Grigoleit, Rudolf Streinz

Band 258

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

# Aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung

Ökonomische Hintergründe – Materiellrechtliche  
Wechselwirkungen – Anspruchsverfolgung

von

Dr. Christopher Splinter

2021

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG





**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[www.beck.de](http://www.beck.de)

D 6

ISBN 978 3 406 78001 1

© 2021 Verlag C.H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck: Druckerei C.H. Beck Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Satz: Fotosatz H. Buck  
Zweikirchener Str. 7, 84036 Kumhausen

Umschlaggestaltung: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Saar

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2020 als Dissertation vor. Sie befindet sich auf dem Stand vom Juni 2020. Neuerscheinungen bis April 2021 habe ich in einzelnen Punkten nachgetragen.

Größten Dank schulde ich an erster Stelle meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, der mich sowohl fachlich als auch menschlich außerordentlich inspiriert hat und dessen unablässiges Streben nach dem richtigen Ergebnis mir ein Vorbild bleiben wird. Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. *Mathias Habersack* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. *Rudolf Streinz* danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Münchener Universitätsschriften.

Besonders bedanken möchte ich mich auch bei meinen Freunden und Kollegen, mit denen ich meine Zeit an der Universität München teilen durfte – vor allem dank Euch waren es sechs wunderbare Jahre am Lehrstuhl!

Weiterhin gebührt mein Dank den Vertretern von Anwaltschaft und Versicherungswirtschaft, die sich an der empirischen Erhebung im Rahmen dieser Arbeit beteiligt haben. Dies sind Herr *Stefan Bank*, Herr Dr. *Thomas Gädtke*, Herr *Mario Hartmann*, Herr Dr. *Tobias Harzenetter*, Herr *Michael Hendricks*, Frau Dr. *Gunbritt Kammerer-Galahn*, Herr Prof. Dr. *Tobias Lenz*, Frau Dr. *Frauke Möhrle*, Herr Dr. *Henning Schaloske*, Herr Prof. Dr. *Roderich Thümmel*, Herr Dr. *Thomas Wax* sowie vier weitere Vertreter aus Anwaltschaft und Versicherungswirtschaft.

Zuletzt danke ich der *Studienstiftung des deutschen Volkes*, die diese Arbeit durch ein Stipendium großzügig gefördert hat.

München, im Juni 2021

*Christopher Splinter*

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Skizze von Organhaftung und D&amp;O-Versicherung .....</b>	<b>5</b>
§ 1 Organhaftung .....	5
§ 2 D&O-Versicherung .....	6
I. Grundelemente des Versicherungsschutzes: <i>Side-A, B- und C-Deckung</i> sowie Nebenbausteine .....	6
II. Gruppenversicherung .....	7
III. Lückenhaftigkeit der D&O-Versicherung .....	7
IV. Alternativen zur D&O-Versicherung .....	9
§ 3 Zusammenfassung .....	10
<b>Teil 2: Materielles Haftungsrecht .....</b>	<b>11</b>
§ 1 Überschießender Charakter der Haftung .....	11
I. Teleologische Grundlagen .....	12
II. Funktionsbezogene Analyse .....	13
1. Ausgleichsfunktion .....	13
2. Präventionsfunktion .....	15
a) Ausgangspunkt: Präventionsbedürfnis .....	15
b) Schadensprävention in den einzelnen Pflichtensphären .....	16
aa) Sorgfaltspflicht .....	16
(1) Fehlanreize .....	16
(2) Anreizkorrektur .....	17
bb) Treuepflicht .....	18
3. Kosten der Haftung .....	19
a) Erste Kostenquelle: Transaktionskosten .....	19
b) Zweite Kostenquelle: Risikoaversion .....	19
aa) Divergierende Risikopräferenzen als Ausgangspunkt .....	19
bb) Verschärfung der Risikoaversion durch Haftung .....	20
cc) Auswirkungen der Haftung auf risikoaverse Personen .....	22
4. Kosten der Versicherung .....	23
a) <i>Adverse Selection</i> .....	23
b) <i>Moral Hazard</i> .....	24
III. Abgleich mit empirischen und rechtsvergleichenden Befunden .....	25
1. Objektives Verfolungsrisiko .....	25

2. Subjektiv wahrgenommenes Verfolgungsrisiko .....	27
3. Vermeidungstendenzen .....	28
4. Rechtsvergleichender Befund .....	29
a) Rechtlicher Rahmen im internationalen Vergleich .....	29
b) Marktpraxis bei permissiverer Rechtslage .....	30
IV. Flankierende Regelungen und Marktmechanismen unter der geltenden Rechtslage .....	31
1. Staatliche Sanktionen .....	31
2. Marktmäßige Präventionsmechanismen .....	34
a) Risiko des Amtsverlusts .....	34
b) Vergütung .....	35
V. Zusammenfassung und Fazit .....	36
§ 2 Haftungsreduzierung <i>de lege lata</i> .....	37
I. Ausgangspunkt: Existenzvernichtendes Haftungsrisiko ohne sichere Vorsorgemöglichkeit .....	37
II. Innerbetrieblicher Schadensausgleich .....	38
III. Fürsorgepflicht .....	40
IV. Teleologische Reduktion .....	41
1. Unerwünschte Förderung risikoaversen Verhaltens .....	41
2. Unterwanderung der Haftungsbeschränkung .....	42
3. Widerspruch zur Versicherbarkeit .....	43
V. Verfassungsrecht .....	43
VI. Zusammenfassung und Fazit .....	44
<b>Teil 3: Materiellrechtliche Aspekte der D&amp;O-Versicherung</b> .....	45
§ 1 Zuständigkeit für den Abschluss des Versicherungsvertrags .....	45
§ 2 Gegenstand der D&O-Versicherung .....	47
I. Erfasste Schäden .....	47
1. Zahlungen nach Insolvenzreife .....	48
2. Treuepflichtverstöße .....	50
II. <i>Claims-made</i> -Prinzip .....	53
§ 3 Begrenzungen im Versicherungsverhältnis .....	55
I. Versicherungssumme .....	55
II. Selbstbehalt nach § 93 Abs.2 Satz 3 AktG .....	55
III. Risikoausschlüsse .....	56
1. Wissentlichkeitsausschluss .....	56
a) Gesetzlicher Ausgangspunkt und vertragliche Modifizierung .....	57
b) Zulässigkeit entsprechender Leistungsausschlüsse .....	57
c) Eingreifen des Wissentlichkeitsausschlusses .....	58
aa) Elementarpflichten .....	59
bb) Sekundäre Darlegungslast der versicherten Person .....	60
cc) Kausalität .....	60
2. Weitere Risikoausschlüsse .....	60
IV. Obliegenheiten .....	61

§ 4	Besonderheiten der Gruppenversicherung .....	62
	I. Verbrauch der Versicherungssumme .....	62
	II. Weitgehende Folgen von Obliegenheitsverletzungen .....	62
	III. Risikoausschlüsse .....	64
§ 5	Versicherungsverschaffungsklauseln und Sekundäransprüche .....	65
	I. Pflichtenprogramm nach der Versicherungsverschaffungsklausel ....	65
	II. Schadensersatzanspruch .....	66
	1. Zurechnung des Vertretenmüssens der verantwortlichen Person .	66
	2. Inhalt .....	67
	3. Vereinbarkeit eines Schadensersatzanspruchs mit dem Grundsatz der Satzungsstrenge aus § 23 Abs. 5 AktG .....	69
	4. Prozessuale Geltendmachung .....	70
	III. Zusammenfassung .....	71
§ 6	Zusammenfassung und Fazit .....	71
<b>Teil 4: Verfolgung von Organhaftungsansprüchen .....</b>		<b>73</b>
§ 1	Aktienrechtliche Rahmenbedingungen .....	73
	I. Grundsatz: Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Verfolgung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder .....	74
	II. ARAG/ <i>Garmenbeck</i> -Maßstäbe .....	74
	III. Anforderungen an Haftungsvergleiche .....	76
	IV. Haftungsrisiko des Aufsichtsrats .....	77
	V. Zusammenfassung und Fazit .....	78
§ 2	Versicherungsrechtliche Grundlagen .....	79
	I. Trennungsprinzip .....	79
	II. Regulierungsvollmacht, Vergleich und Anerkenntnis .....	81
	III. Verfügungsbefugnis über den Deckungsanspruch .....	83
	1. Fälle einer ausnahmsweise gegebenen Verfügungsbefugnis der Gesellschaft .....	83
	2. Abschluss eines Deckungsvergleichs durch die Gesellschaft .....	84
	IV. <i>Claims-made</i> -Prinzip .....	85
	V. Zusammenfassung und Fazit .....	86
§ 3	Besonderheiten der Gruppenversicherung .....	86
	I. Struktur der Interessenkonflikte .....	87
	1. Dreiecksverhältnis .....	87
	2. Spannungsverhältnis zwischen Leistungsinteresse und Leistungs- verweigerungsinteresse .....	88
	3. Widersprüchliche Rollen des Versicherers in Haftungs- und Deckungsprozess .....	88
	4. Interessenkonflikte der Organmitglieder untereinander .....	89
	a) Prozesstaktik .....	89
	b) Anreize des Versicherers .....	90
	II. Pflichtenprogramm des Versicherers .....	90
	1. Pflicht zur effektiven Anspruchsabwehr .....	91



2. Rechtsfolgen .....	92
III. Verteilung der Versicherungssumme in Mangelfällen .....	92
1. Ausgangspunkt: Bedarf nach einer Verteilungsregelung .....	93
2. Bewältigungsmechanismen .....	93
a) § 100 VVG bzw. § 101 Abs. 1 Satz 3 VVG .....	93
b) § 109 VVG .....	95
c) Allgemeine Regelungen über Gläubigermehrheiten .....	95
aa) Teilgläubigerschaft, § 420 Var. 2 BGB .....	96
bb) Mitgläubigerschaft, § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	97
cc) Gesamtgläubigerschaft, § 428 Satz 1 BGB .....	97
dd) Zwischenergebnis .....	98
d) Ergänzende Vertragsauslegung .....	98
aa) Prioritätsprinzip .....	100
bb) Kopfprinzip .....	101
cc) Proportionalitätsprinzip .....	102
e) Verfahren und Ausgleich bei unrichtiger Verteilung der Versicherungssumme .....	103
aa) Erfüllungswirkung bei unrichtiger Verteilung der Versicherungssumme .....	104
bb) Regressansprüche des Versicherers .....	105
f) Praktische Perspektive der Beteiligten .....	106
IV. Ansätze zur präventiven Vermeidung von Interessenkonflikten .....	106
1. Individualpolice .....	106
2. <i>Twin-Tower-</i> und <i>Two-Tier-Trigger-</i> Gestaltungen .....	108
3. Lösungsmöglichkeiten innerhalb des gängigen Einheits-Gruppenversicherungsschutzes .....	109
V. Zusammenfassung und Fazit .....	110
§ 4 Besonderheiten bei Versicherermehrheiten .....	111
I. Wirtschaftliche Gründe für die Verteilung des Versicherungsrisikos und Gestaltungsmöglichkeiten .....	111
II. Übliche Ausgestaltung von D&O-Versicherungsstrecken unter Beteiligung von Exzedentenversicherern .....	112
1. Inhalt der Deckung .....	112
a) <i>Attachment Point</i> bei nur partiellem Ausschöpfen vorlaufender Versicherungen .....	113
aa) Interessenlage .....	114
bb) Auslegung von <i>Attachment-Point</i> -Klauseln .....	115
b) <i>Drop-down</i> -Klauseln .....	117
2. Abwicklung von Schadensfällen .....	117
a) Inhaltliche Abstimmung der Verträge .....	117
aa) <i>Following-form</i> -Abreden .....	117
(1) Divergierendes Sachrecht .....	118
(2) Divergierende Streitbeilegungsklauseln .....	118
(3) Änderungen des Grundvertrags .....	119
b) Abstimmung der Regulierung .....	119
aa) Abstimmung der Regulierungsentscheidung innerhalb der einzelnen Layer .....	119

bb)	Abstimmung der Regulierungsentscheidung zwischen den einzelnen Layern .....	120
(1)	Gesetzliche Koordinationsmechanismen .....	120
(2)	Vertragliche und andere praktische Koordinationsmechanismen .....	121
III.	Selbstbehaltsversicherung .....	122
1.	Gesetzliche Rahmenbedingungen .....	123
a)	Ausgangspunkt .....	123
b)	Haftung mehrerer Organmitglieder .....	124
c)	Rechtsfolgen .....	126
2.	Vertragliche Ausgestaltung .....	126
a)	Ausgangspunkt: <i>Following form</i> und einheitliche Regulierungsentscheidung .....	127
b)	Integrierte Lösung .....	128
aa)	Versicherungssumme .....	128
bb)	Prozedurale Ausgestaltung des Selbstbehalts .....	129
c)	<i>Stand-alone</i> -Lösung .....	130
d)	Poollösungen .....	131
IV.	Zusammenfassung und Fazit .....	131
§ 5	Abtretung des Deckungsanspruchs und Direktprozess .....	132
I.	Abtretbarkeit des Deckungsanspruchs und Inhalt des abgetretenen Anspruchs .....	133
II.	Personale Aspekte – Zuständigkeit und Parteirollen .....	135
III.	Beweislastverteilung .....	137
1.	Regelungszweck .....	137
2.	Vergleich mit dem Normalfall .....	138
3.	Rechtslage i. R. d. § 115 VVG .....	139
IV.	Materiell- und prozessrechtliche Auswirkungen der Abtretung des Deckungsanspruchs und von Entscheidungen im Direktprozess .....	140
1.	Materielle Auswirkungen der Abtretung auf die Einzelansprüche .....	140
a)	Organhaftungsanspruch – <i>pactum de non petendo</i> und Verjährung .....	140
b)	Deckungsanspruch – Schicksal des Abwehranspruchs und Anrechnung von Abwehraufwand .....	142
2.	Bindungswirkung .....	144
a)	Prozessrecht .....	144
aa)	Stattgebende Entscheidung .....	144
bb)	Klageabweisung aus haftungsrechtlichen Gründen .....	145
cc)	Klageabweisung aus deckungsrechtlichen Gründen .....	146
b)	Materielles Recht .....	147
aa)	Aktienrechtliche Zulässigkeit .....	147
bb)	Versicherungsrechtliche Bindungswirkung .....	149
cc)	Ergänzende Vertragsauslegung bei Fehlen einer Bindungsklausel .....	150
V.	Zusammenfassung und Fazit .....	151

§ 6	Schiedsverfahren .....	152
	I. Voraussetzungen einer Erledigung von Organhaftungsstreitigkeiten im Schiedsverfahren .....	153
	1. Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO .....	153
	2. Schiedsordnung nach § 1066 ZPO .....	154
	II. Verfahrensmäßige Besonderheiten im Schiedsverfahren .....	155
	III. Aktienrechtliche Vorgaben .....	157
	1. Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut .....	157
	a) Verstoß gegen die öffentliche Ordnung .....	158
	b) Verfahren nicht in Übereinstimmung mit zulässiger Parteiver- einbarung .....	159
	2. Verfolgungsrecht der Aktionäre .....	160
	3. Verfolgungsrecht der Gläubiger .....	161
	IV. Haftungs-Schiedsverfahren und Versicherungsverhältnis .....	162
	V. Schiedsverfahren über den Deckungsanspruch .....	164
	VI. Rechtspraktische Erwägungen .....	164
	VII. Zusammenfassung und Fazit .....	165
§ 7	Fälle mit Auslandsbezug .....	166
	I. <i>Non-admitted</i> -Problematik .....	166
	1. Im Ausland belegenes Risiko .....	167
	2. Versicherer mit Sitz im Ausland .....	168
	II. Versicherung von Regressansprüchen bei Sanktionen ausländischer Behörden .....	168
	III. Versicherungsvertragliche Aspekte .....	169
	IV. Zusammenfassung und Fazit .....	170
§ 8	Fazit .....	170
<b>Teil 5: Reform- und Gestaltungsüberlegungen .....</b>		<b>173</b>
§ 1	Materielles Recht .....	173
§ 2	D&O-Versicherung .....	175
	I. Nachjustierung der D&O-Versicherung ohne Reform der Organhaftung .....	175
	1. Gruppenversicherung .....	175
	2. Versicherer- und Vertragsmehrheiten .....	176
	3. Direktprozess .....	177
	4. Schiedsverfahren .....	178
	II. Versicherungskonzept unter einem neuen Haftungsmodell .....	178
	1. Gestaltungsmöglichkeiten .....	179
	2. Ökonomischer Ausgangspunkt: Unterschiedliche Risikotragungsfähigkeiten von Gesellschaften und Versicherern ..	179
	3. Bewertung der Eigenversicherung .....	180
	4. Konkrete Ausgestaltung der Eigenversicherung .....	182
	a) <i>Financial Interest Cover</i> .....	182
	b) Vertrauensschadenversicherung .....	183

c) Übertragung auf die allgemeine D&O-Versicherung .....	184
5. Verbleibende Probleme .....	185
§ 3 Zusammenfassung und Fazit .....	185
<b>Teil 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	187
<b>Anhang: Praxisfragebogen</b> .....	197
Literaturverzeichnis .....	201

