

D&O-Versicherung

Scholl

2022

ISBN 978-3-406-76798-2

C.H.BECK

D&O-Versicherung

mit dienstvertrags- und arbeitsrechtlichen Bezügen

von

Tobias Scholl

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Versicherungsrecht in Stuttgart

2022


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG


C.H. BECK

Zitiervorschlag:
Scholl D&O-Versicherung


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 76798 2

© 2022 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Druckerei C.H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Umschlaggestaltung: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Saar



chbeck.de/nachhaltig

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

Vorwort

Die Directors and Officers Liability Insurance (D&O-Versicherung) ist eine von einem Unternehmen jeglicher Rechtsform als Versicherungsnehmerin abgeschlossene Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zugunsten ihrer eigenen (und der der Tochtergesellschaften) Organmitglieder und gegebenenfalls noch leitenden Angestellten. Gegenstand dieses Buchs ist die D&O-Versicherung mit ihren vielfältigen wechselseitigen Bezügen zum Dienstvertrags- und zum Arbeitsrecht. Da die D&O-Versicherung den Organmitgliedern und Leitenden – und manchmal auch bestimmten sonstigen – Angestellten Schutz vor möglicher Inanspruchnahme auf Schadenersatz bietet, die Inanspruchnahme aber auf Pflichtverletzungen bei Ausübung der beruflichen Tätigkeit für das Unternehmen beruht (als Deckungsvoraussetzung sogar beruhen muss), liegt die Wechselbezüglichkeit zwischen Versicherung und Arbeitsvertrag bzw. Dienstvertrag auf der Hand. Voraussetzung für den Versicherungsschutz ist nämlich eine berufliche Tätigkeit für die Versicherungsnehmerin selbst; mit dieser wiederum ist der versicherte Angestellte arbeitsvertraglich und das versicherte Organmitglied dienstvertraglich verbunden.

Die wechselseitigen Bezüge zwischen Versicherung, Haftung und Arbeits- bzw. Dienstverhältnis zeigen sich besonders bei den sogenannten Innenhaftungs-Fällen. In diesen Fällen nimmt das Unternehmen sein eigenes Organmitglied bzw. seinen eigenen Angestellten wegen dienstlicher bzw. arbeitsvertraglicher Fehler in Anspruch. Das Unternehmen tritt dann den in Anspruch genommenen versicherten Personen in drei Rollen gegenüber, einmal als Versicherungsnehmer (also als Vertragspartei des Versicherungsvertrages), als Arbeitgeber bzw. Dienstberechtigter und schließlich als Haftpflichtgläubiger.

Die arbeits- und dienstvertraglichen Bezüge der D&O-Versicherung und umgekehrt die versicherungsrechtlichen Bezüge des Arbeits- und Dienstvertragsrechts sind bislang nicht zusammenhängend dargestellt worden. Diesen Versuch unternimmt dieses Werk, indem es in Abschnitt A eine Gesamtdarstellung der D&O-Versicherung bietet und an geeigneter Stelle auf Abschnitt B (Arbeitsrecht) verweist und umgekehrt.

Stuttgart, im Januar 2022

Tobias Scholl

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXI

A. Versicherungsrecht

I. Grundlagen	1
II. Haftungsrisiken von Organmitgliedern und Angestellten	10
III. Versicherungsnehmer, Versicherte und Tochtergesellschaften	27
IV. Gegenstände der Versicherung	40
V. Steuerrechtliche Fragen	48
VI. Umfang des Versicherungsschutzes	52
VII. Ausschlüsse	91
VIII. Subsidiarität und Mehrfachversicherung	104
IX. Beendigung des Versicherungsvertrages und Wegfall des Versicherungsschutzes	108
X. Obliegenheiten	124
XI. Verfügungen über Versicherungsvertrag und -anspruch	137
XII. Wegfall des Anerkenntnisverbots	145
XIII. Insolvenz des Versicherten – Direktansprüche	146
XIV. Rückgriff des Versicherers	149

B. Dienstvertrags- und Arbeitsrecht

I. Gesetzliche Verschaffungspflicht	153
II. Dienst- und arbeitsvertragliche Verschaffungspflicht	155
III. Gleichbehandlungsgebot	173
IV. Informationspflichten	173
V. Pflichten bei bevorstehendem Versicherungsfall	182
VI. Haftung der Dienstherrin und Arbeitgeberin wegen Verletzung der Pflichten	187
VII. Abtretung des Deckungsanspruchs an Arbeitgeberin und Direktklage	192
VIII. Company Reimbursement	211
IX. Kartellrechts- und ähnliche Bußen	218
Sachverzeichnis	221

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXI

A. Versicherungsrecht

I. Grundlagen	1
1. D&O als spezielle Vermögensschadenhaftpflichtversicherung	1
2. D&O als Versicherung für fremde Rechnung	1
3. Eigenschaden-Elemente	4
4. Keine Pflichtversicherung	5
5. Anwendbares Recht	6
6. Insolvenz der Versicherungsnehmerin	8
a) Versagung der Nachhaftung	8
b) Lösungsklauseln	8
c) Keine Deckung wegen Verstößen ab Insolvenzreife	8
d) Zweifelhafte Deckung der „Haftung“ nach §§ 64 GmbHG aF, 93 AktG aF	9
e) Verfügungsbefugnis des Versicherten	9
7. Insolvenz des Versicherten	9
II. Haftungsrisiken von Organmitgliedern und Angestellten	10
1. Außenhaftung	10
a) Nichtabführung von Arbeitnehmer-Sozialversicherungsbeiträgen	10
b) Insolvenzverschleppung	11
c) Nichtabführung von Unternehmenssteuern	12
d) Culpa in Contrahendo	12
e) Haftung als Vertreter ohne Vertretungsmacht	13
f) Treupflichtverletzung gegenüber Gesellschafts-Geschäftspartnern	13
2. Innenhaftung	13
a) Haftungsgrundlagen und Anspruchsverfolgungskompetenz	14
b) Beweislast	15
c) Gesamtschuld (Regress)	15
d) Haftungsfreier Entscheidungsspielraum	16
e) Sonderfall masseschmälernder Zahlungen	16
f) Prokuristen und leitende Angestellte	16
3. Business Judgement Rule	16
4. Haftung wegen Zahlungen nach Insolvenzreife	19
a) Entwicklung der Rechtsprechung zum alten Recht	19
b) Relativierung der fehlenden Deckung	21
c) Änderung durch neues Recht zum 1.1.2021	21
5. Verein: Vorstandshaftung und Deckung	22
a) Außenhaftung	22
b) Innenhaftung	23
c) Haftungsprivilegierung nach § 31a BGB	24
d) Besondere Vertreter und „Geschäftsführer“	25
6. Privilegierte Arbeitnehmerhaftung	25
III. Versicherungsnehmer, Versicherte und Tochtergesellschaften	27
1. Mögliche Versicherungsnehmer	27
2. „Versicherte“ Tochterunternehmen	29
a) Allgemeines	29

b) Neue Tochterunternehmen	29
c) Vormalige Tochterunternehmen	30
d) Wegfallende Tochterunternehmen	31
3. Versicherte Personen	31
a) Organe (Geschäftsleiter und Aufsichtsorgane)	31
b) Stellvertreter	32
c) Fehlerhaft bestellte Organmitglieder	32
d) Besondere Vertreter der AG und GmbH	33
e) Leitende Angestellte	34
aa) Versicherungsschutz allein nach Versicherungsschein, nicht nach Versicherungsbedingungen	34
bb) Versicherungs- und arbeitsrechtliche Definition des leitenden Angestellten	34
cc) Auf Organhaftung beschränkende Versicherungsbedingungen	35
dd) Versicherungsschutz und Arbeitnehmerhaftungs-Privileg	35
ee) Prokuristen	35
f) Liquidatoren	35
g) Insolvenzverwalter und Eigenverwalter; Restrukturierungsbeauftragte ...	36
h) Sonstige besondere Mitarbeiter	37
i) Ehemalige, gegenwärtige und künftige Organe	37
j) Gesellschafter	37
4. Versicherte Tätigkeit	38
IV. Gegenstände der Versicherung	40
1. Die drei Deckungsformen	40
a) Side A (Managerschutz)	41
aa) Allgemeines und Steuerrecht	41
bb) Verstoß gegen gesetzliche Haftpflichtbestimmungen (des Privatrechts)	42
cc) Haftpflichtbestimmungen des Privatrechts	42
dd) Pflichtverletzung oder Fehlverhalten	42
ee) Vertragliche (Erfüllungs-)Haftung	43
b) Side B (Firmenenthftung – company reimbursement)	43
aa) Regress nach Freistellung	43
bb) Zwei Formen der Firmenenthftungs-Versicherung	44
cc) Freistellung erst in Nachhaftungszeit	45
c) Side C	45
d) Konkurrenzverhältnis verschiedener Deckungsformen	46
2. Vermögensschaden	46
a) Grundlagen	46
b) „Abgeleiteter Vermögensschaden“	47
c) „Schaden“ iSv § 64 S. 1 GmbHG aF etc bzw. § 15b Abs. 4 InsO nF	48
d) Keine Vermögensschäden	48
V. Steuerrechtliche Fragen	48
1. Lohnsteuer	48
2. Ausländische Versicherungssteuer	50
3. Schenkungsteuer	50
4. Steuerschädliche Gestaltungen	50
a) Dienstvertraglicher Versicherungsverschaffungsanspruch	51
b) Eigener Anspruch gegen den Versicherer	51

VI. Umfang des Versicherungsschutzes	52
1. Sachlicher Umfang	52
a) Freistellung von berechtigten Ansprüchen	52
b) Bindungswirkung und Voraussetzungsidentität	52
c) Abwehr für unberechtigt gehaltener Ansprüche	54
aa) Leistungen des Versicherers	54
bb) Abwehrkosten und Anrechnung	55
cc) Stellung des defense counsel	55
d) Regulierungsvollmacht und Prozessführungsrecht	56
e) Ausnahme: Zahlung an den Versicherten	58
f) Aktiv-Prozesse	58
aa) Vergütungsprozess wegen Aufrechnung	58
bb) Negative Feststellungsklage	60
cc) Schadenminderungs- oder vorweggenommene Regressklage	61
2. Persönlicher Umfang	64
3. Räumlicher Umfang	64
4. Zeitlicher Umfang	65
a) Allgemeines	65
b) Versicherungsfall	65
aa) Claims made als zulässige Form	66
bb) Versicherungsfallähnliche Vorgänge	66
cc) Ernsthaftigkeit, Gerichts Klausel	66
c) Rückwärtsdeckung	67
d) Rückwärtsversicherung	69
e) Nachhaftung	71
aa) Grundlagen (Teil des Systems)	71
bb) Nachhaftung und Nachmeldung	71
cc) Erwerb der Nachhaftung	75
dd) Nichterwerbsklauseln, insbesondere wegen Prämienverzugs	76
ee) Für Nachhaftung relevante Pflichtverletzung	76
ff) Dauer der Nachhaftung	77
gg) Umfang der Nachhaftung	77
hh) Persönliche Nachhaftung	79
f) Umstandsmeldung	79
aa) Rechtsnatur	79
bb) Recht auf und Pflicht zur Umstandsmeldung	80
cc) Umstände	80
dd) Haftungs-Verewigung?	80
ee) Form und Prüfungsobliegenheit	81
ff) Anspruch Versicherter auf Notice	81
g) Verjährung	82
h) Serienschaden-Klausel	83
5. Finanzieller Umfang	84
a) Deckungssumme und Maximierung	84
b) Nachhaftungszeit	85
c) Eigenschaden-Klausel und Selbstbehalt	85
d) Serienschaden/Schadenserie	85
e) Unzureichende Deckungssumme und Verteilung	85
f) Ein Gläubiger gegen mehrere versicherte Personen	86
aa) Wegen eines Falles	86
bb) Wegen mehrerer Fälle	87
g) Mehrere Gläubiger gegen einen Versicherten	88
aa) Wegen eines Falles	88

bb) Wegen mehrerer Fälle	89
h) Mehrere Gläubiger gegen mehrere Versicherte	90
aa) Wegen eines Falles	90
bb) Wegen mehrerer Fälle	90
i) Exzedenten	90
VII. Ausschlüsse	91
1. Allgemeines	91
2. Wissentliche Pflichtverletzung und Vorsatz	91
a) Bedeutung und Ausgangslage	92
b) Wirksamkeitsbedenken	92
c) Unterschied und Kombination von Vorsatz und Wissentlichkeit	93
d) Vorläufige Abwehrdeckung	93
e) Zurechnung wissentlicher Pflichtverletzung eines Versicherten zu anderen	94
f) Wissentlichkeit bei Rechtfertigungsirrtum	96
3. Produkt- und ähnliche Haftung	97
4. Ausländisches Recht	97
5. Unversicherte Tätigkeit	97
6. Haftung Versicherter untereinander (Insichprozesse)	98
7. Strafen und Bußen	98
8. Bekannte Schadenumstände bzw. Kenntnisausschluss	100
9. Über das Gesetz hinausgehende Zusagen (Verjährungsverzicht)	100
10. Dienstleistungs-Ausschluss	101
11. Innenverhältnis-Ausschlüsse	102
12. Erfüllungs- und Ersatzansprüche	102
13. Ungebräuchliche Ausschlüsse	104
VIII. Subsidiarität und Mehrfachversicherung	104
1. Einfache und qualifizierte	104
2. Typische Fälle	106
3. Nachhaftung in Vorversicherung als vorrangige Deckung	107
4. Außenhaftung und § 102 VVG	107
IX. Beendigung des Versicherungsvertrages und Wegfall des Versicherungsschutzes	108
1. Allgemeines	108
2. Einvernehmliche Vertragsauflösung	109
3. Rücktritt	109
a) Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflicht	109
b) Nichtzahlung Erstprämie	110
c) Teilrücktritt	111
4. Widerruf des Versicherungsnehmers	111
5. Anfechtung wegen Willensmängeln	112
a) Anfechtung durch Versicherer	112
b) Anfechtung durch Versicherungsnehmer	112
6. Kündigung	112
a) Ordentliche und Kontinuität	113
b) Außerordentliche, insbesondere wg. Prämienverzugs	114
c) Schadenfallkündigung	114
7. Insolvenz der Versicherungsnehmerin und § 103 InsO	115
a) Allgemeines	115
b) Lage vor Erfüllungswahl	116
c) Lage nach Erfüllungswahl	117

d) Lage nach Nichterfüllungswahl	118
e) Nachhaftung und Periodenzuordnung	119
aa) Erfüllungswahl während der Nachhaftungszeit	119
bb) Periodenzuordnung	120
f) Auswirkung der Wahl auf versicherte Personen	121
8. Kontrollwechsel	122
a) Gefahrerhöhung	122
b) Beherrschungswechsel beim Versicherungsnehmer	122
c) Beherrschungserwerb durch Versicherungsnehmerin	123
d) Kontrollverlust der Versicherungsnehmerin	123
X. Obliegenheiten	124
1. Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles	124
2. Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles	124
a) Anzeigeobligiertheit	124
b) Rettungsobligiertheit	125
c) Auskunftsbliogiertheit	126
d) Konkurrenz: Auskunftsrecht gem. § 31 VVG zu Einsichtsrecht gem. § 810 BGB	128
e) Regresswahrungsbliogiertheit	128
3. Rechtsfolgen	130
a) Notwendigkeit einer Sanktionsklausel für vertragliche Obliegenheiten	130
b) Kündigungsrecht wegen Verletzung Obliegenheit vor Eintritt des Versicherungsfalles	131
c) Leistungsfreiheit des Versicherers und Beweislast	131
d) Auswirkung teilweiser Leistungsfreiheit	131
4. Vorvertragliche Anzeigeobligiertheit und Wissenszurechnung	132
a) Allgemeines	132
b) Repräsentantenklausel	133
c) Erklärung nach § 47 Abs. 2 S. 2 VVG	134
d) Severability und Verzicht auf Anfechtung	134
e) Sonstige Regelungen	135
5. Gefahrerhöhung	136
XI. Verfügungen über Versicherungsvertrag und -anspruch	137
1. Verfügung über den Vertrag an sich	138
a) Feststellungsklage auf Bestand/Unwirksamkeit Kündigung usw durch Versicherungsnehmerin	138
b) Feststellungsklage der Versicherungsnehmerin auf Deckung versicherter Person nur in Ausnahmefällen	138
2. Verfügung über den Versicherungsanspruch	138
a) Anwendbarkeit des § 108 VVG auf Versicherungsnehmerin	139
b) Ausnahme Großrisiken und Individualvereinbarungen	139
c) Sonstige Rechtsfragen	140
3. Einwendungen des Versicherers gegen direkte Inanspruchnahme	140
a) Fehlende Fälligkeit und Verweisung des Zessionars auf Haftungsklage	140
b) Abtretung erst nach begonnener Rechtsschutzgewährung durch Versicherer	144
XII. Wegfall des Anerkenntnisverbots	145
1. Bindung des Versicherers	145
2. Reichweite der Zustimmung des Versicherers	146

XIII. Insolvenz des Versicherten – Direktansprüche	146
1. Die vier traditionellen Wege zum „Direktanspruch“	146
2. Die direkte Einziehungsklage	149
XIV. Rückgriff des Versicherers	149
1. Kostenerstattungsansprüche	149
2. Regress gegen Versicherungsnehmerin und Tochterunternehmen	150
3. Besondere Freistellungsansprüche	151
4. Übliche Regressschuldner	151
a) Rechtsanwälte, Steuerberater	151
b) Weitere Versicherte	152

B. Dienstvertrags- und Arbeitsrecht

I. Gesetzliche Verschaffungspflicht	153
1. Der Gesellschaft/Arbeitgeberin	153
2. Der versicherten Organe selbst	154
II. Dienst- und arbeitsvertragliche Verschaffungspflicht	155
1. Satzung oder Dienstvertrag	155
2. Inhalt und Umfang von Verschaffungsregelungen	156
a) Allgemeines	156
b) Deckungssummen: Wiederauffüllung und Side C	157
c) Laufzeit und Nachhaftung (verjährungsdeckende Nachhaftung)	158
d) Steuerliche Regelungen	161
e) Formulierungsvorschläge	161
f) Anpassungsanspruch bei Gesetzesänderung	162
g) Gesonderte Policen für Vorstände und Aufsichtsräte	163
3. Dienstvertragliche Regelungen im Hinblick auf die Versicherung	163
a) Allgemeines	163
b) Verjährungserleichterung	164
c) Haftungsbegrenzung für Organe auf Versicherungsschutz	165
aa) Haftung und Deckung generell	165
bb) Begrenzung auf Deckungssumme	165
cc) Begrenzung auf Versicherungsschutz	167
dd) Prozessuale Auswirkungen	169
4. Ende der Verschaffungspflicht	171
5. Deckungsschädlichkeit der Verschaffungspflicht	172
III. Gleichbehandlungsgebot	173
IV. Informationspflichten	173
1. Vor Eintritt Versicherungsfall	174
2. Nach Eintritt Versicherungsfall	175
a) Informationspflicht über Versicherung gegenüber Organ	175
b) Anzeigepflicht gegenüber versichertem Organ	177
3. Informationspflicht und Haftung bei Innenhaftungsfällen	178
4. Versicherungsfall zum Ende der Nachhaftung	180
5. Nach Beendigung oder Unwirksamwerden der Versicherung	180
6. Versicherungsmakler	181
V. Pflichten bei bevorstehendem Versicherungsfall	182
1. Wahl des Zeitpunkts des Versicherungsfalls	182
2. Umstandsmeldung	184
a) Recht zur Umstandsmeldung	184

b) Pflicht zur Umstandsmeldung	184
aa) Möglichkeit zur Meldung allein der Versicherungsnehmerin	184
bb) Möglichkeit zur Meldung (auch) der versicherten Person	185
c) Verbot einer Umstandsmeldung	186
aa) Möglichkeit zur Meldung allein der Versicherungsnehmerin	186
bb) Möglichkeit zur Meldung (auch) der versicherten Person	186
3. Wahl der Begründung des Anspruchs	187
4. Informationspflichten	187
VI. Haftung der Dienstherrin und Arbeitgeberin wegen Verletzung der Pflichten	187
1. Verletzung der Erhaltungspflicht und Beendigungsverbot	187
2. Verletzung von Informationspflichten	188
a) Haftung der Dienstherrin/Arbeitgeberin gegenüber der in Anspruch genommenen Person	189
b) Haftung des beauftragten Organs gegenüber der Gesellschaft	189
c) Haftung des beauftragten Organs gegenüber in Anspruch genommenen Personen	190
3. Amtsniederlegung und Dienstvertragskündigung	191
4. Haftung im Insolvenzfall	192
VII. Abtretung des Deckungsanspruchs an Arbeitgeberin und Direktklage	192
1. Möglichkeit der Abtretung	192
2. Anspruch der Dienstherrin auf Abtretung	193
3. Reichweite der Abtretung	194
4. Zuständigkeit für Abtretung und Direktklage	194
a) Abtretungsvertrag	195
b) Direktklage	195
5. Verjährung von Abwehr- und Haftpflicht-Anspruch	196
6. Beweislast	197
7. Fälligkeit	199
8. Arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung leitender Angestellter	199
9. Haftungs- und deckungsrechtliche Folgen verlorenen Direktprozesses	199
a) Direktklage nur scheinbar einfache Lösung	199
b) Abweisung wegen deckungsrechtlicher Einwendungen	200
c) Abweisung wegen haftungsrechtlicher Einwendungen	202
10. Haftungs- und deckungsrechtliche Folgen erfolgreichen Direktprozesses	203
11. Streitverkündungen und Beitritte	203
a) Widersprüchliche Interessen	203
b) Streitverkündung der Versicherungsnehmerin gegen ihr Organ	204
c) Streitverkündung des Versicherers gegen die versicherte Person	205
d) Beitritt des Versicherten seitens der klagenden Versicherungsnehmerin	206
e) Beitritt des Versicherten seitens des beklagten Versicherers	208
12. Gerichtliche Zuständigkeit	208
13. Inhalt einer Abtretungsvereinbarung	208
a) Dauer des pactum de non petendo	209
b) Erfüllungshalber oder an Erfüllung Statt	210
c) Verjährung	210
d) Regelung zur haftungsrechtlichen Bindungswirkung	211
e) Anerkenntnis	211
VIII. Company Reimbursement	211
1. Außenhaftung als Grundlage	211

2. Arbeits-, dienst- und versicherungsrechtliche Freistellungspflicht	212
a) Freistellungspflicht generell	212
b) Organe	212
c) Angestellte	213
d) Irrtum über Freistellungspflicht	214
e) Versicherungsrechtlich begründete Freistellungspflicht	215
3. Versicherungsverpflichtung	217
4. Einfluss von Haftungserleichterungen im Dienstvertrag	217
5. Fehlen einer Firmenhaftungs-Versicherung	218
IX. Kartellrechts- und ähnliche Bußen	218
Sachverzeichnis	221



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG