

D&O-Versicherung vs. Vertrauensschadenversicherung bei Manager- und Aufsichtsratshaftung

Dr. Herbert Palmberger, Heuking Kühn Lüer Wojtek

I. Einführung

Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Unternehmensleiter und Organmitglieder (kurz: D&O-Versicherung) ist in Deutschland inzwischen zu einem wichtigen Bestandteil der Absicherung von Unternehmen geworden. Sie ist damit zugleich auch ein bedeutendes Thema für den Unternehmensjuristen bei der Beratung der Geschäftsleitung, des Vorstands und ggf. des Aufsichtsrats.

1. Der Ursprung der D&O-Versicherung

Ihren Ursprung hat die D&O-Versicherung in den USA. Sie ist dann über Großbritannien schließlich auch nach Deutschland gelangt. Bemerkenswert ist somit, dass es sich um ein Versicherungskonzept handelt, das auf dem Common Law aufbaut. Zudem stammt es aus einem gesellschaftsrechtlichen System, das z.B. die Trennung des deutschen Aktiengesetzes in Vorstand und Aufsichtsrat nicht kennt. Dort gibt es lediglich einen einheitlichen „Board of Directors“ mit Executive und Non-Executive Directors, ohne dass die Unterscheidung jedenfalls nach außen hin erkennbar ist.

Nach einer Einführung in die Grundsätze der Managerhaftung nach deutschem Aktien- und GmbH-Recht werden wir im zweiten Teil dieser Abhandlung auf die Einzelheiten der D&O-Versicherung zurückkommen.

2. Zu § 93 Aktiengesetz

In Deutschland führt die Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Aktienrecht zu zwei verschiedenen Haftungsregimen. Der Vorstand unterliegt dabei nach § 93 AktG einer relativ strengen Haftung mit seinem gesamten Privatvermögen für Pflichtverletzungen bei Ausübung seiner Geschäftsführung. Einfache Fahrlässigkeit führt bereits zur vollen Haftung. Obendrein muss der Vorstand aber in dem Fall, dass das Unternehmen für ihn eine D&O-Versicherung abgeschlossen hat, dennoch mit 10 Prozent des Schadens, mindestens aber mit dem

Eineinhalbfachen der ihm zustehenden festen jährlichen Vergütung selbst haften.¹

Die sogenannte Business Judgment Rule gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gewährt hier zwar einen gewissen Freiraum (auch für Irrtümer), sofern eine unternehmerische Entscheidung getroffen wurde, die sich zwar als fehlerhaft oder schadenträchtig herausstellt; wenn aber das betreffende Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, liegt nach dem Gesetz keine Pflichtverletzung vor, und eine Haftung des Vorstandsmitglieds kommt nicht in Betracht.

Es muss allerdings bedacht werden, dass diese Frage sehr oft Anlass von Haftungsprozessen gegen den Vorstand ist, und zwar mit ungewissem Ausgang.

Verschärft wird diese Unsicherheit durch die Beweislastumkehr, die zu Lasten des betreffenden Vorstandsmitglieds wirkt. Gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft in einem Streitfall darüber, ob der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat, diesen – und nicht etwa das anspruchstellende Unternehmen beziehungsweise den geschädigten Dritten – die Beweislast. Diese Regelung kann insbesondere dann zu erheblichen Schwierigkeiten für das betreffende Vorstandsmitglied führen, wenn es aus dem Unternehmen bereits unter pflichtgemäßer Hinterlassung aller Geschäftsunterlagen ausgeschieden ist.

§ 810 BGB, der lediglich die Einsicht in Urkunden bei entsprechendem rechtlichem Interesse gestattet, hilft keineswegs immer und selbst dann oft nicht in der gewünschten Weise. Das gilt insbesondere, wenn die erforderlichen Unterlagen nicht oder nicht mehr vorhanden sind beziehungsweise sein sollen und der Vorstand nicht vom Gegenteil weiß oder dies beweisen kann.

Wichtig und zugleich misslich ist für den Vorstand auch die Regelung des § 93 Abs. 4 AktG. Zwar tritt nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG der Gesellschaft gegenüber die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die schadenträchtige Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Das aber dürfte nicht der Regelfall sein. Der viel wahrscheinlichere Fall, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt

¹ § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG

hat, reicht nach § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG jedenfalls nicht aus, um die Ersatzpflicht des Vorstands auszuschließen.

Ferner ist zu beachten und für den Vorstand ebenfalls misslich, dass die Gesellschaft nicht ohne weiteres auf ihren Ersatzanspruch verzichten darf. Im Gegenteil: Der Aufsichtsrat ist seit dem berühmten ARAG/Garmenbeck-Urteil aus dem Jahre 1986² verpflichtet, den Ersatzanspruch gegen das betreffende Vorstandsmitglied geltend zu machen und auch durchzusetzen, und zwar nötigenfalls mit gerichtlicher Hilfe.

Ein Verzicht durch die Gesellschaft auf Schadensersatzansprüche ist hingegen dem Aufsichtsrat nicht möglich. Ein derartiger Verzicht kann gemäß § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG erst dann ausgesprochen werden, wenn seit der Entstehung des Anspruchs mindestens drei Jahre vergangen sind, sofern die Hauptversammlung zustimmt.

Eine weitere Hürde ist dabei, dass nicht eine Minderheit von Aktionären, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.

Entsprechendes gilt für einen Vergleich über den Ersatzanspruch.

Die Verjährung der Ersatzansprüche gegenüber dem Vorstand tritt bei börsennotierten Gesellschaften erst nach zehn Jahren ein bei anderen Aktiengesellschaften, die also nicht an einer Börse notiert sind, bereits nach fünf Jahren. Für das Kriterium der Börsennotierung wird auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung abgestellt.³

3. § 116 Aktiengesetz und die Haftung des Aufsichtsrats

Für den Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften gilt gemäß § 116 AktG alles das, was oben gemäß § 93 AktG zur Haftung und Verantwortlichkeit des Vorstands gesagt wurde, allerdings mit einer Ausnahme. Ausdrücklich gilt die Selbstbehaltspflicht des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, die dem Vorstand einen Selbstbehalt von 10 % des Schadens, mindestens aber das Eineinhalbfache seiner festen jährlichen Vergütung auferlegt, nicht. Die Begründung liegt wohl darin, dass einerseits die Aufsichtsratsvergütungen ohnehin nicht an die Vorstandsgehälter heranreichen und damit nicht dasselbe Gewicht

² BGH NJW 1997 / 1926

³ § 93 Abs. 6 AktG

haben; andererseits wollte die Politik die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften offenbar schonen.

Festzuhalten bleibt allerdings, dass der Aufsichtsrat in der Regel nicht unternehmerisch tätig wird. Damit kann bezweifelt werden, ob die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf den Aufsichtsrat Anwendung finden kann.⁴

Andererseits hält § 116 Satz 2 AktG unter Bezugnahme auf die typischen Aufsichtsratsstätigkeiten fest, dass Aufsichtsratsmitglieder insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet sind. Diese Regelung ist besonders dann von Bedeutung, wenn ein Aufsichtsratsmitglied in einem anderen Unternehmen beispielsweise dem dortigen Vorstand angehört oder dort sonst angestellt ist. Umstritten ist hingegen der Umfang der Verschwiegenheitspflicht im Unternehmensverbund. Rechtsprechung hierzu fehlt. In der Praxis hilft man sich in der Regel damit, dass man von einem – durchaus auch konkludent erteilten – Einverständnis durch den Vorstand einer Tochtergesellschaft mit der Informationsweitergabe an die Muttergesellschaft ausgeht.⁵

Als weitere besondere Kardinalpflicht eines Aufsichtsratsmitglieds normiert § 116 Satz 3 AktG die Pflicht, die Festsetzung nur angemessener Vergütungen vorzunehmen. Bezug genommen wird ausdrücklich auf § 87 Abs. 1 AktG. Danach hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds – also bei Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelten, Provisionen, Tantiemen, Aktienoptionen und -bezugsrechten und jeglicher Nebenleistungen – dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage in der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.⁶

Gemäß § 87 Abs. 1 Satz 4 AktG gilt dies alles auch für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.

Bei börsennotierten Gesellschaften kommt als weitere besondere Verpflichtung des Aufsichtsrats hinzu, dass die oben genannte

⁴ Vgl. Hüffer / Koch, AktG, 12. Auflage, 2016, § 116, Rn. 5 mw.N.

⁵ Vgl. Hüffer / Koch, a.a.O., § 116, Rn. 12

⁶ Vgl. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG

Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten ist.⁷

Verletzungen dieser Pflichten führen zur Schadensersatzverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft. Der Umfang der Schadensersatzverpflichtung umfasst das gesamte pfändbare Privatvermögen des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds. Mehrere Ersatzpflichtige haften als Gesamtschuldner.

Gerade bei den genannten Vergütungsfragen besteht nicht nur Ermessensspielraum für den Aufsichtsrat, sondern die Vorschrift des § 87 Abs. 1 AktG ist auch nicht gerade ein Musterbeispiel für eine Vorschrift, die einer verlässlichen Auslegung zugänglich ist. Es besteht somit die Gefahr von Missverständnissen und Fehlinterpretationen. Nicht nur die Zivil-, sondern auch die Strafgerichte sind schon in der Vergangenheit mit derartigen, teils sehr öffentlichkeitswirksamen Fällen dieser Art befasst gewesen.⁸

4. Die Haftung nach § 43 GmbH-Gesetz

Bevor auf die Versicherbarkeit der Haftung durch die D&O-Versicherung eingegangen werden soll, muss noch ein weiterer Blick auf die Haftung des GmbH-Geschäftsführers geworfen werden.

Die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH ist vornehmlich auf § 43 GmbHG zurückzuführen. Diese Vorschrift unterscheidet sich durch den Verzicht auf die zahlreichen Verästelungen und Sonderregelungen, wie wir sie soeben in § 93 AktG für die Vorstände von Aktiengesellschaften gesehen haben. Dennoch ist auch die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH keineswegs vernachlässigbar: Im Gegenteil hat es auch diese Haftung von Unternehmensleitern in sich und bedarf näherer Betrachtung.

§ 43 Abs. 1 GmbHG bestimmt lapidar – und damit in auffälligem Kontrast zu § 93 AktG –, dass die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben. Geschäftsführer, die „ihre Obliegenheiten verletzen“, haften der Gesellschaft „solidarisch“ für den entstandenen Schaden. Trotz der etwas ungewöhnlichen Formulierung mit dem Wort „Obliegenheiten“ ist damit gemeint, dass ein Geschäftsführer für jede schuldhafte Pflichtverletzung bei Ausübung seiner Geschäftstätigkeit

⁷ Vgl. § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG

⁸ Vgl. nur Mannesmann / Vodafone

in der Haftung steht. Mit „solidarisch“ hingegen ist nichts anderes gemeint, als dass mehrere Gesellschafter als Gesamtschuldner haften.⁹ Insoweit besteht jedenfalls in der Sache kein Unterschied zur Vorstandshaftung gemäß § 93 AktG.

Ein gravierender Unterschied zur Vorstandshaftung liegt allerdings in folgendem. Der Geschäftsführer kann durch Gesellschafterbeschluss von seiner Haftung in Einzelfällen befreit werden. Dieser wichtige Unterschied kommt zum Tragen, wenn man auf die in § 37 GmbHG geregelten Beschränkungen der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers zurückgreifen kann. Das bietet sich vor allem in den Fällen an, in denen dem Geschäftsführer durch wirksamen Gesellschafterbeschluss eine bestimmte Weisung zum Handeln oder Unterlassen auferlegt wird. In einer Aktiengesellschaft wäre Derartiges gegenüber dem Vorstand undenkbar, aber in einer GmbH ist dies gegenüber dem Geschäftsführer möglich, und zwar mit der Folge, dass die Gesellschafter selbst die Konsequenzen ihrer Weisung zu tragen haben.

Gleiches gilt übrigens auch, wenn die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers nach § 37 Abs. 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag festgehalten ist.

Im Übrigen entfaltet eine derartige Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis gegenüber Dritten keine Wirkung.¹⁰ Überschreitet der Geschäftsführer also die ihm eingeräumte beschränkte Vertretungsbefugnis und entsteht der Gesellschaft dabei ein Schaden, tritt wieder die Haftung nach § 43 Abs. 1 GmbHG ein.

Grundsätzlich ist die aus der Beschränkung der Vertretungsmacht durch Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschluss oder auch Dienstvertrag, also die im Vorwege erteilte Haftungsfreistellung des Geschäftsführers auch nachträglich, also nach Schadeneintritt, möglich. Allerdings macht die Rechtsprechung im Hinblick auf § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG hiervon eine Ausnahme: Wenn unter Verletzung der Kapitalschutzvorschriften der §§ 30 und 33 GmbHG eine Benachteiligung von Gläubigern der Gesellschaft dadurch entsteht, dass der Geschäftsführer eine verbotene Auszahlung an die Gesellschafter vorgenommen oder er diese nicht unterbunden hat,

⁹ Vgl. Lutter / Hommelhoff-Kleindiek, GmbH-Gesetz, 19. Auflage, 2016, § 43 Anm. 38

¹⁰ Vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG

dann kann er von seiner Haftung für derartige Pflichtverletzungen nicht befreit werden.¹¹

Die Ansprüche aufgrund von § 43 GmbHG gegen den Geschäftsführer verjähren – ebenso wie die Ansprüche gegen den Vorstand von nicht an der Börse notierten Aktiengesellschaften – in fünf Jahren.

Ohne dass es im GmbH-Gesetz ausdrücklich erwähnt wird, greift für die Haftung des Geschäftsführers allerdings aufgrund ständiger Rechtsprechung eine Beweislastverteilung, die derjenigen gemäß § 93 Abs. Satz 2 AktG im Falle der Haftung von Vorständen von Aktiengesellschaften vergleichbar ist. Die Gesellschaft hat den Eintritt und die Höhe des Schadens ebenso darzulegen und zu beweisen, wie das „ möglicherweise pflichtwidrige“ Verhalten des Geschäftsführers durch seine beanstandeten Handlungen. Den Geschäftsführer hingegen trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er nicht pflichtwidrig, zumindest aber nicht schuldhaft gehandelt habe.¹² Auch ist dem Geschäftsführer der Nachweis möglich, dass der Schaden selbst bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.¹³

Nicht ausgelassen werden soll jedoch auch der Hinweis, dass bei Zahlungen nach Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) gemäß § 64 GmbHG die Haftung nach § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG nicht nur den Geschäftsführer treffen kann, sondern jedenfalls bei der (mitbestimmten) GmbH auch den obligatorischen Aufsichtsrat. Dies ist darin begründet, dass das Mitbestimmungsrecht¹⁴ auf § 116 AktG verweist.

5. Konsequenzen für die Haftung

Es zeigt sich also, dass die Haftung eines Vorstands, Geschäftsführers oder Aufsichtsrats und die damit einhergehende Gefahr, persönlich und mit dem gesamten pfändbaren Vermögen in Anspruch genommen zu werden, erheblich ist. Von der Versicherungswirtschaft wird für derartige Risiken vornehmlich die D&O-Versicherung angeboten. Es ist somit Gegenstand dieser Abhandlung, ob und inwieweit die oben genannten Risiken tatsächlich gedeckt sind. Gegebenenfalls wird auf alternativen oder ergänzenden Versicherungsschutz abzustellen sein, insbesondere durch die Vertrauensschadenversicherung.

¹¹ BGH NJW 2000 / 1571; BGH NJW 2002 / 3777 f.; BGH GmbHR 2008 / 488 f.

¹² BGH NJW 2003 / 358 f.

¹³ BGH a.a.O.

¹⁴ Vgl. § 25 MitbestG

II. Grundzüge der D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung ist eine Haftpflichtversicherung. Für sie gelten somit vorrangig die §§ 100 bis 124 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG).

Zugleich ist die D&O-Versicherung aber auch stets eine Versicherung für fremde Rechnung, auf die die §§ 43 bis 48 VVG Anwendung finden.

Das bedeutet, dass zwar Versicherungsnehmer das Unternehmen ist; versichert aber ist die Haftpflicht der versicherten Person für von dieser begangene Pflichtverletzungen, und zwar sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber dem eigenen Unternehmen. Während aufgrund der Systematik des deutschen Haftungs- und Gesellschaftsrechts die Haftung eines einzelnen Managers oder Organs gegenüber Dritten keine große Rolle spielt, ist der Hauptanwendungsfall einer D&O-Versicherung inzwischen die sogenannte Innenhaftung. Die daraus folgende Versicherungsdeckung bezeichnet man somit als Innenverhältnisdeckung.

Als Haftpflichtversicherung gewährt die D&O-Versicherung zunächst die Abwehr unbegründeter Ansprüche, die gegen den Manager oder das Organ erhoben werden. Wenn diese Abwehr erfolgreich ist, dann ist der Schaden und Haftungsfall damit erledigt. Der Versicherer kommt für die Verteidigungskosten des in Anspruch Genommenen auf.

Gelingt die Abwehr aber nicht, dann stellt der Versicherer den in Anspruch Genommenen von begründeten Ansprüchen frei. Dies geschieht in der Regel durch Zahlung durch den Versicherer unmittelbar an den Geschädigten sowie Erstattung notwendiger Kosten (z.B. Anwalts-, Gerichts- und Sachverständigenkosten), die dem in Anspruch Genommenen entstanden sind.

Versicherbar sind in der Regel die Organe, also Aufsichtsrats- und Beirats- sowie Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften sowie Geschäftsführer einer GmbH. Oft werden auch die Stellvertreter dieser Personen in die Versicherungsdeckung mit eingeschlossen.

Die Versicherer bieten häufig auch die Versicherung leitender Angestellter ohne Organfunktion an. Letztere sind jedoch bereits

weitgehend durch ihre arbeitsrechtliche Privilegierung vor Zugriffen auf ihr Privatvermögen geschützt.

Die eigentliche D&O-Haftung, und zwar in voller Höhe, trifft somit die Organe und Geschäftsführer.¹⁵

Demgegenüber ist der inzwischen gesetzlich vorgeschriebene Selbstbehalt für Vorstände (nicht für Aufsichtsräte!) von Aktiengesellschaften in Höhe von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung¹⁶ zwar nicht vernachlässigbar; er kann aber gesondert und auf eigene Rechnung von den betroffenen Vorstandsmitgliedern versichert werden¹⁷.

Allerdings hat die D&O-Versicherung auch ihre Tücken und Lücken, die zu beachten und möglichst zu vermeiden beziehungsweise zu füllen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der D&O-Versicherung keine allgemein verbindlichen oder Standardbedingungen existieren. Vieles ist verhandelbar, manches aber auch nicht, und zwar nicht einmal gegen Mehrprämie.

Dazu gehören vor allem Regelungen, die die Versicherer als Sicherheitsmaßnahme gegen sogenannte freundliche Inanspruchnahmen in ihre Policen aufnehmen. Damit will man verhindern, dass gerade im Rahmen der Innenhaftung Schäden gemeldet werden, die auf einer internen Absprache beruhen, unternehmerische Fehlentscheidungen oder die Überschreitung der Grenzen unternehmerischer Sorgfalt über eine Versicherungsleistung auszugleichen.¹⁸

1. Die Ausschlüsse in der D&O-Versicherung

Im Rahmen dieser Abhandlung sind vor allem die gängigen Ausschlüsse wegen vorsätzlicher Schadenverursachung oder durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder sonstige wissentliche Pflichtverletzungen von Bedeutung.¹⁹

Dieser Ausschluss ist einer der bedeutendsten überhaupt im Rahmen der D&O-Versicherung, und es gibt nicht viele Fälle, in denen die

¹⁵ Vgl. §§ 93, 116, AktG sowie § 43 GmbHG

¹⁶ § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG

¹⁷ Palmberger / Honisch, VersicherungsPraxis 2009 / 233, 237

¹⁸ Vgl. Seitz / Finkel / Klimke, D&O-Versicherung, 2016, Ziff. 1 AVB-AVG, Rn. 187 m.w.N.

¹⁹ Vgl. Musterbedingungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft (AVB-AVG), Ziffer 5.1 Satz 1

Versicherer im Rahmen ihrer Deckungsprüfung ihn nicht wenigstens in Erwägung ziehen. Gerade durch den letzten Teil der Ausschlussdefinition („... oder sonstige wissentliche Pflichtverletzung“) ist das Tor zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versicherter Person weit geöffnet, und es geht damit über die bloße vorsätzliche Schadenverursachung erheblich hinaus.

Das Merkmal der vorsätzlichen Schadenverursachung durch die versicherte Person, das zum Ausschluss der Versicherungsleistung führt, ist einsichtig. Es knüpft an den gesetzlichen Leistungsausschluss des § 103 VVG an. Sofern er Anwendung findet, geht nicht nur die schädigende versicherte Person leer aus, sondern – und das ist bemerkenswert – im Fall der Innenhaftung auch die Versicherungsnehmerin, also das Unternehmen, das die Versicherung genommen und vor allem auch die Prämie bezahlt hat. Damit manifestiert sich bereits, dass die D&O-Versicherung jedenfalls keine Eigenschadenversicherung für das versicherte Unternehmen darstellt. Sie schützt das Privatvermögen der versicherten Person und stellt sicher, dass – bei der Innenhaftung – das Unternehmen in den meisten Fällen überhaupt Ersatzforderungen wirksam stellen kann. In dieses Konzept passt es nicht, wenn der Schaden vorsätzlich herbeigeführt und der Schädiger anschließend vom Versicherer freigestellt wird.

2. Ausgewählte Deckungsfragen der D&O-Versicherung

In der Regel wird die vom Unternehmen als Versicherungsnehmer, der somit auch die Prämie bezahlt, abgeschlossene D&O-Versicherung den gegenwärtigen und ehemaligen Mitgliedern geschäftsführender Organe (z.B. Vorstand oder Geschäftsführer), der Aufsichtsorgane (z.B. Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat), beratender Organe (z.B. Beirat) und häufig auch den Angehörigen der zweiten Führungsebene (leitende Angestellte), soweit sie wie Organe handeln, als versicherte Personen Versicherungsschutz gewährt.

Versicherungsschutz besteht zugunsten der versicherten Personen für Fälle, in denen sie bei einer in Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aus gesetzlichen Schadensersatz- oder Haftpflichtbestimmungen von der eigenen Gesellschaft (Versicherungsnehmer) oder einem Dritten persönlich in Anspruch genommen werden.

Schutzobjekt der D&O-Versicherung ist in erster Linie das Privatvermögen der versicherten Personen. Es soll vor allem eine

ruinöse Haftung verhindert werden, wie sie ohne Versicherungsschutz angesichts der zuvor dargestellten Haftungstatbestände und Risiken leicht eintreten kann.

Der weitere Sicherungszweck einer D&O-Versicherung ist aber auch der Schutz der Schadensersatz- und Haftungsgläubiger vor einem Forderungsausfall. Mit dem Versicherungsunternehmen steht ein solventer Schuldner zur Verfügung, insbesondere im Hinblick auf Ersatz des gesamten Vermögensschadens.

Wir haben oben gesehen, dass die Innenhaftung in Deutschland die weit überwiegende Rolle spielt. Allerdings ist auch die Außenhaftung Deckungsobjekt der D&O-Versicherung. Sie wird relevant, wenn ein Organ durch organschaftliches Handeln schuldhaft das Vermögen eines Dritten verletzt. Zwar wird das Handeln der Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte gemäß dem Grundsatz des § 31 BGB der Gesellschaft, für die sie tätig sind, zugerechnet und damit im Außenverhältnis auf die Gesellschaft gleichsam übergeleitet, es verbleiben aber drei Konstellationen, in denen die unmittelbare Außenhaftung von Organmitgliedern als möglich erscheint.

- a) Zunächst ist die Haftung der Organe selbst für Verbindlichkeiten des Unternehmens denkbar. Das gilt vor allem für die gesetzlich normierte Haftung in der Zwischenphase vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.²⁰
- b) Zweiter wichtiger Haftungstatbestand ist derjenige, in dem gegenüber Dritten (z.B. Aktionären, Gesellschaftern) für eigene, persönlich begangene Rechtsverletzungen gehaftet wird. Das sind namentlich die Fälle der §§ 117 Abs. 1 AktG, 31 Abs. 6 GmbHG sowie des allgemeinen Deliktsrechts.²¹
- c) Schließlich, aber keineswegs letztlich haften Organe auch persönlich für auf Rechtsverletzungen beruhenden Verbindlichkeiten des Unternehmens. Paradefälle sind Steuerschulden (vgl. § 69 a.O.), nicht erbrachte Sozialversicherungsbeiträge und Insolvenzverschleppung.

Auch diese Fälle der Außenhaftung deckt die D&O-Versicherung in der Regel ab, sofern ihnen nicht vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzungen zugrundeliegen, auf die wir später noch im Detail eingehen werden.

²⁰ § 41 AktG; § 11 GmbHG

²¹ § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz

1. Einzelheiten der D&O-Deckung

In Deutschland gibt es nach einem zögerlichen Beginn vor 30 Jahren inzwischen zahlreiche Versicherer, die D&O-Deckungen anbieten. Allen voran sind die Versicherer US-amerikanischer Provenienz zu nennen, dann aber auch die deutschen Industrieversicherer. Die Folge ist, dass es nach wie vor keine einheitlichen Bedingungen gibt. Die Policen beruhen nach wie vor zu einem bedeutenden Teil auf individuellen Verhandlungen. Zwar hat der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) sogenannte Musterbedingungen veröffentlicht. Sie haben sich aber bisher jedenfalls nicht durchgesetzt. Der Markt bietet nach wie vor unterschiedliche Deckungskonzepte an, die teilweise auch auf Abstimmung der Versicherer mit großen und spezialisierten Maklerhäusern beruhen.

Die folgenden Punkte sind jedoch für alle derzeit angebotenen D&O-Vertragsbestimmungen von Bedeutung:

- a) Praktisch allen D&O-Versicherungsverträgen ist eine Klausel zum Versicherungsgegenstand wie folgt vorangestellt:

„...gewährt der Versicherer Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden von Dritten oder von der Versicherungsnehmerin in Anspruch genommen wird.“

oder aber:

„Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer Pflichtverletzung, die sie in ihrer jeweiligen Eigenschaft oder Funktion als Organ in einer versicherten Gesellschaft begangen hat, für einen Vermögensschaden in Anspruch genommen wird.“

Damit werden vom Grundsatz her die Risiken, wie wir sie in §§ 93, 116 AktG beziehungsweise § 43 GmbHG gesehen haben, weitgehend abgedeckt. Die zweite Klausel ist dabei präziser, und sie geht auch noch weiter, denn sie schließt auch von vornherein andere Konzerngesellschaften und die dort ausgeübte Organeigenschaft oder auch Funktion mit ein.

Denkbar ist zum Beispiel, dass der Syndikus einer Konzernobergesellschaft in einer Tochtergesellschaft ein Vorstands- oder Aufsichtsratsamt bekleidet. In der Obergesellschaft ist er nicht Organ, und ihm kommt das arbeitsrechtliche Haftungsprivileg zugute. In der Tochtergesellschaft führt die Ausübung einer Organfunktion jedoch grundsätzlich zur vollen persönlichen Haftung.

Genau auf derartige – nicht auf den ersten Blick offenbare – Unterschiede, die sich durch alle Bestimmungen von Versicherungsverträgen hindurchziehen, gilt es das besondere Augenmerk zu richten.

- b) Bei allen D&O-Abschlüssen stellt sich die Frage nach den Rechten und Pflichten des die Versicherung nehmenden Unternehmens und der jeweiligen versicherten Personen. Dies gilt sowohl für die Genannten untereinander als auch im Verhältnis zum Versicherer.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass die D&O-Versicherung eine Haftpflichtversicherung ist. Dieser ist nach dem Gesetzeswortlaut der Schutz Dritter vor Schäden aus Pflicht- oder Gesetzesverletzungen durch den Versicherungsnehmer eigen.²² Bei der D&O-Versicherung ist aber die Innenverhältnisdeckung mittlerweile zumindest in Deutschland der Regelfall. Das bedeutet, dass das Unternehmen zwar Versicherungsnehmer, zugleich aber auch der Geschädigte ist. Schädiger des Unternehmens ist das betreffende Organmitglied. Eine weitere – dritte – Person auf Geschädigtenseite gibt es nicht.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass in praktisch allen D&O-Versicherungsverträgen die Ausübung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag ausschließlich den versicherten Personen zusteht.²³

Hinzu kommt, dass gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VVG Verfügungen des Versicherungsnehmers über den Freistellungsanspruch gegen den Versicherer den geschädigten Dritten gegenüber unwirksam sind.

Das alles passt nicht auf die D&O-Versicherung, wenn im Innenverhältnis das Unternehmen Versicherungsnehmer und zugleich Geschädigter ist.

²² § 100 VVG

²³ Vgl. auch § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG

Deshalb hilft man sich damit, die Gesellschaft (zugleich) als geschädigte Dritte anzusehen. Diese hat dann das Recht, einerseits den Haftungsprozess gegen das schädigende Organmitglied zu führen – in dem der Versicherer dem Organ in der Regel Abwehrdeckung gewährt – sowie anschließend einen Deckungsprozess gegen den Versicherer. Damit würde man dem in der Haftpflichtversicherung obligatorischen Trennungsprinzip zwischen Haftung und der aus dieser folgenden Deckung formal korrekt entsprechen.

Um auch dies zu vereinfachen, wird in den D&O-Versicherungsverträgen zugelassen, dass das Organmitglied seinen Anspruch auf Freistellung von seiner Schadensersatzverpflichtung durch den Versicherer an das geschädigte Unternehmen abtritt. Ganz freiwillig geschieht dies zwar von Seiten der Versicherer nicht, denn immerhin sieht § 108 Abs. 2 VVG vor, dass die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Dritten nicht durch Allgemeine Versicherungsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Jedoch dient die Abtretung des Freistellungsanspruchs der Vereinfachung des gesamten Verfahrens und damit letztlich auch dem Versicherer.

Die Folge der Abtretung des Freistellungsanspruchs an das Unternehmen führt dazu, dass dieser sich in den Händen des Unternehmens in einen Zahlungsanspruch unmittelbar gegen den Versicherer wandelt. Der Haftungsanspruch wird dann im Rahmen der zu erhebenden Zahlungsklage inzidenter mit überprüft, und es ergeht ein einheitliches Urteil.

Dieses Vorgehen hat aber auch Nachteile, und zwar besonders für das geschädigte Unternehmen. Einerseits kann das schädigende Organmitglied im Zahlungsprozess (Deckungsprozess) nun als Zeuge auftreten, während es im Haftungsprozess Beklagter gewesen wäre. Andererseits entfällt für den Zahlungsanspruch die vorangehende Bindungswirkung bezüglich der Haftung, die ein separates Haftungsurteil in einem Deckungsprozess gegen den Versicherer mit sich gebracht hätte. Und schließlich ist in der Lehre höchst streitig, ob beispielsweise die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zugunsten des geschädigten Unternehmens noch gilt, wenn das schädigende Organmitglied nicht mehr Prozessgegner ist.²⁴ Eine höchstrichterliche Entscheidung in dieser Frage steht aus.

²⁴ Prölss / Martin, a.a.O., AVB-AVG Nr. 10, Rn. 3; Bruck / Möller-Naumann, VVG, 9. Auflage, AVB-AVG Nr. 10, Rn. 50; Lange, a.a.O., § 21, Rn. 35; Herdter,

Bemerkenswert ist allerdings, dass gerade die Versicherungsrechtler sich für die Beibehaltung der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG aussprechen, so dass diese nun den Versicherer selbst trifft. Das ist aber auch nur sachgerecht, denn der Versicherer tritt dadurch, dass er aktiv die Verteidigung des schädigenden Organmitglieds betreibt und dieses als Zeugen und Informanten zur Verfügung hat, praktisch in dessen Position ein.

- c) Eine weitere wichtige Besonderheit der D&O-Versicherung beruht offensichtlich auf der Herkunft dieses Versicherungszweigs aus den USA. Entgegen dem in Deutschland sonst ganz überwiegend geltenden Verstoßprinzip wird die D&O-Versicherung dem Anspruchserhebungsprinzip (= Claims Made-Prinzip) unterworfen. Während unter dem Verstoßprinzip der Versicherer haftet, wenn das schädigende Ereignis in den Deckungszeitraum der Police fällt, ist dies bei einer Claims Made-Deckung nicht der Fall. Hier kommt es darauf an, wann der Anspruch gegen das schädigende Organmitglied erstmals schriftlich erhoben wurde.

Nun haben gerade Organhaftungsfälle sehr oft Langzeitwirkung in der Form, dass die Schadenursache lange gesetzt wurde, bevor der Schaden sich manifestierte, entdeckt und schließlich geltend gemacht wurde.

- d) Aus diesem Grunde ist darauf zu achten, dass auch derartige Fälle gedeckt und vom Versicherungsschutz erfasst sind. Das Mittel dazu ist eine Rückwärtsversicherung. Diese wird zwar oft von den Versicherern unmittelbar angeboten, aber sicher ist das nicht. Deshalb ist auf den Einschluss in die Police besonders zu achten. Die Rückwärtsversicherung führt dazu, dass es allein darauf ankommt, ob der Anspruch gegen das schädigende Organmitglied innerhalb des versicherten Zeitraums erhoben wurde. Auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung, die für den Schaden kausal wurde, kommt es nur noch insoweit an, als sie innerhalb des Zeitraums der Rückwärtsversicherungsperiode begangen wurde. Da der rückwärts zu versichernde bei Abschluss der Versicherung naturgemäß nicht zu bestimmen ist, denn selbstverständlich werden nur bis dahin unbekannte Pflichtverletzungen in die Rückwärtsversicherung

VersicherungsPraxis 2012 / 168, 174; Peltzer, NZG 2009 / 971, 974; a.A. Böttcher, NZG 2008 / 645, 648; Grote / Schneider BB 2007 / 2689, 2698 f.; Dreher / Thomas, ZGR 2009 / 31, 43; Grooterhorst / Looman, NZG 2015 / 215, 217; Hölters, AktG, 2. Auflage, § 93, Rn. 416; Spindler / Stilz-Fleischer, AktG, 3. Auflage, § 93, Rn. 231; Hopt / Roth, AktG, 5. Auflage, § 93, Rn. 452; Mertens / Calm, AktG, 3. Auflage, § 93, Rn. 245

aufgenommen, empfiehlt sich stets eine zeitlich unbegrenzte Rückwärtsversicherung.

- e) Durchaus denkbar ist allerdings auch der umgekehrte Fall. Die Claims Made-Police kann bereits beendet sein, wenn sich ein Schaden manifestiert und erst dann der Anspruch erhoben werden kann, obwohl die für den Schaden kausale Pflichtverletzung noch innerhalb des versicherten Zeitraums erfolgte. Da es für die D&O-Deckung auf den Zeitpunkt der Anspruchserhebung ankommt, nicht aber auf den ihr zugrundeliegenden Verstoß, wäre ein derartiger Schaden nicht mehr gedeckt.

Aus diesem Grunde ist es wichtig, auch die Möglichkeit einer Nachmeldefrist in den D&O-Versicherungsvertrag mit aufzunehmen.

Die Versicherer bieten eine solche „Vorwärtsversicherung“ zwar ebenfalls an, jedoch nur zögerlich und häufig auch nur gegen Zusatzprämie. Die Nachmeldefrist kann dabei nicht großzügig genug bemessen sein, und angesichts der fünfjährigen regulären Verjährungsfrist der §§ 93 und 116, 117 AktG sowie § 43 GmbHG (bei börsennotierten Aktengesellschaften ist sogar eine zehnjährige Verjährungsfrist zu beachten) wäre ein Sparen an der – leider teils recht erheblichen – Zusatzprämie ein Fehler.

Allerdings gibt es bei einem Versichererwechsel den Ausweg, der prämienmäßig günstiger sein könnte, nämlich die Vereinbarung einer Rückwärtsversicherung mit dem neuen Versicherer.

- f) Daneben gibt es in der D&O-Versicherung die Möglichkeit, vor Beendigung der aktuellen Police eine sogenannte Umstandsmeldung abzugeben. Diese Möglichkeit kommt zum Tragen, wenn das versicherte Unternehmen zwar die Möglichkeit einer Pflichtverletzung annimmt, jedoch zum Beendigungszeitpunkt noch nicht sicher ist, ob die bekannten Sachverhalte auch tatsächlich zu einer Anspruchserhebung im Sinne der D&O-Versicherung führen können.

Die Möglichkeit einer Umstandsmeldung sollte jedenfalls immer vereinbart werden. Zugleich ist darauf zu achten, dass der Zeitraum ihrer Wirksamkeit so weit wie möglich in die Zukunft reicht, damit nicht am Ende doch eine Deckungslücke entsteht.

III. Vorsatz und wissentliche Pflichtverletzung

Es hat sich anhand der obigen Darstellung gezeigt, dass die Bedingungen der D&O-Versicherung im wesentlichen frei verhandelbar sind. Somit kann den Wünschen der Versicherungsnehmer und der versicherten Personen weitgehend entgegengekommen werden. Dennoch gibt es Hürden, die nicht so leicht oder auch gar nicht überwunden werden können. Diese sorgen dafür, dass die D&O-Versicherung nicht in jedem Fall das Rund-umsorglos-Paket ist, das sich Unternehmen, Manager und Aufsichtsorgane von ihr erhoffen.

Worauf die Versicherer oft abstellen, ist der Bereich der Pflichtverletzung, die eine konstitutive Voraussetzung für jegliche Deckung unter einem D&O-Versicherungsvertrag ist.

Wie weiterhin im Rahmen dieser Abhandlung gezeigt wurde, gewähren die D&O-Versicherer dem versicherten Organmitglied in der Regel eine Abwehrdeckung. Das bedeutet, dass der betreffende Versicherer das Organmitglied auf Versichererkosten gegen unbegründete Ansprüche verteidigt beziehungsweise verteidigen lässt. Das liegt naturgemäß auch im Interesse des Versicherers selbst, denn bei erfolgreicher Abwehr eines Anspruchs gegen das Organmitglied entfällt auch die möglicherweise erhebliche Schadensersatzzahlung, die zulasten des Versicherers ginge.

Von der unerfreulichen Situation, dass ein Haftungsprozess im Regelfall der Innenverhältnisdeckung mit Unterstützung des Versicherers gegen das Unternehmen geführt wird, das der Vertragspartner des Versicherers ist und das die Prämie bezahlt hat, soll hier einmal abgesehen werden.

Wesentlich unangenehmer wird die Situation, wenn der Versicherer im Laufe des Haftungsprozesses feststellen muss, dass die Anspruchsabwehr nicht erfolgreich sein würde. Wenn es also nicht zu umgehen ist, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, geschieht es immer wieder, dass Versicherer sich darauf berufen, die Pflichtverletzung sei vorsätzlich, zumindest aber wissentlich erfolgt. Je nach Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen führt das nicht nur dazu, dass der Versicherer von seiner Verpflichtung zur Regulierung des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens frei wird. Darüber hinaus

sehen die Versicherungsbedingungen auch vor, dass der gesamte D&O-Versicherungsschutz dann entfällt und bereits vom Versicherer gezahlte Abwehrkosten von der versicherten Person zurückzuerstatten sind.

Dabei gilt Folgendes: Für den Vorsatz gelten als Anknüpfungspunkte sowohl die Pflichtverletzung als auch der Schaden. Bedingter Vorsatz reicht insofern bereits aus.²⁵

Für die wissentliche Pflichtverletzung sind als Anknüpfungspunkte jedoch bereits das Wissen um die bestehende Pflicht und das Wissen um die Verletzung der Pflicht ausreichend. Nicht erforderlich ist hingegen das Wissen oder Wollen bezüglich der Herbeiführung des Schadens.²⁶

Der Vorsatzausschluss greift also ein, wenn auch der eingetretene Schaden vom Wissen und Wollen der handelnden Personen umfasst war. Dem gegenüber ist der Wissentlichkeits-Ausschluss schon dann anwendbar, wenn die handelnde versicherte Person die betreffende Pflicht gekannt hat und wusste, dass sie diese Pflicht mit ihrem Handeln verletzt, an die Möglichkeit eines Schadens aber weder gedacht hat und ihn erst recht nicht wollte.

Mit anderen Worten: Nach § 103 VVG ist der Versicherer leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem geschädigten Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat.

Nach den gängigen Versicherungsbedingungen in der D&O-Versicherung ist die Leistungspflicht aber bereits zugunsten des Versicherers dann ausgeschlossen, wenn das versicherte Organmitglied eine wissentliche Pflichtverletzung begeht. Es liegt auf der Hand, dass dieses Argument leicht vom Versicherer vorgebracht werden kann, wenn die Abwehr gegen einen Schadensersatzanspruch nicht gelingt. Um dem so weit wie möglich zu begegnen, empfiehlt sich ein Blick auf die Vertrauensschadenversicherung.

²⁵ Prölss / Armbrüster, VVG-Kommentar, 29. Auflage, 2015, § 81 Rn. 29

²⁶ Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 11, Rn. 43

IV. Die Vertrauensschadenversicherung

1. Allgemeines

Wie die D&O-Versicherung ist auch die Vertrauensschadenversicherung ein verhältnismäßig junger Versicherungszweig. Angeboten wird sie seit den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts, allerdings nur von einigen spezialisierten Industrie- oder Kreditversicherern. Die Vertrauensschadenversicherung ist weniger häufig im Versicherungsportefeuille der deutschen Unternehmen anzutreffen, als es ihrer Wirkung und ihrem Umfang gemäß wäre. Sie wird nur von einem Viertel der Unternehmen abgeschlossen, wobei die Tendenz selbst angesichts der gegenwärtigen Krisen im Wirtschafts- und Finanzsystem entgegen den Erwartungen noch rückläufig ist.²⁷

Die Vertrauensschadenversicherung ist eine Eigenschadenversicherung des Unternehmens selbst. Sie ist ausdrücklich – im Gegensatz zur D&O-Versicherung – keine Haftpflichtversicherung, sondern eine Vermögensschadenversicherung. Es gilt kein Trennungsprinzip zwischen Haftungs- und Deckungsseite. Vertragspartner sind allein das Unternehmen und der Versicherer. Die Organmitglieder sind somit nicht etwa versicherte Personen, und die Versicherung wird auch nicht etwa zu ihren Gunsten abgeschlossen. Vielmehr sehen sich diese gemäß den meisten Versicherungsbedingungen einem Regress des Versicherungsunternehmens gemäß § 87 VVG ausgesetzt. Vielmehr sichert sich das Unternehmen selbst dagegen ab, dass eigene Mitarbeiter, die Vertrauenspersonen sind, dem Unternehmen Schaden zufügen.

2. Die Ausgestaltung der Vertrauensschadenversicherung

Musterbedingungen gibt es nicht. Im Grunde ist alles verhandelbar, jedoch benutzen die jeweiligen Versicherer ihre Standardbedingungen, die sich in vielen Punkten wiederum durchaus ähneln.

Nach allen Bedingungen wird darauf abgestellt, dass der Versicherer dem Unternehmen Schäden an dessen Vermögen ersetzt, die von einer Vertrauensperson durch vorsätzliche unerlaubte Handlungen verursacht werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Schaden unmittelbar beim versicherten Unternehmen eintritt. Das ist dann der

²⁷ Looschelders, Aktuelle Probleme der Vertrauensschadenversicherung, VersR 2013 / 1069 ff.

Fall, wenn sich die schädigende Handlung unmittelbar auf das Vermögen des versicherten Unternehmens auswirkt.²⁸

Dabei geht es nicht allein um den Klassiker eines Vertrauensschadens, nämlich dem Griff in die Kasse des Unternehmens. Die meisten Vertrauensschäden werden heute durch Computermanipulationen, Urkundenfälschung sowie Betrug und Unterschlagung verursacht. Aber auch jede andere vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzung, die eine Vertrauensperson begeht, ist als Ursache für einen unmittelbaren und damit versicherten Schaden des Unternehmens zumindest denkbar.

Dabei muss es sich wiederum nach den meisten Bedingungen der Versicherer um einen Schaden handeln, zu dessen Ersatz die Vertrauensperson verpflichtet ist. Damit schließt sich der Kreis zur D&O-Versicherung, wie wir sie in dieser Abhandlung erörtert haben.

3. Ausschlussstatbestände in der Vertrauensschadenversicherung

Aus Obigem ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Vertrauensschadenversicherung nicht dazu führt, dass das Unternehmen gleichsam gegen alle nachteiligen Folgen unternehmerischer Fehlentscheidungen abgesichert ist. Das ist ebenfalls grundsätzlich Aufgabe der D&O-Versicherung. Allerdings ist zwar nicht generell²⁹, aber doch im Rahmen der D&O- sowie der Vertrauensschadenversicherung § 93 Abs. 2 AktG beziehungsweise § 43 GmbHG als eigenständige Anspruchsgrundlage zumindest in Erwägung zu ziehen, sofern nicht ohnehin im Falle vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen eine Anspruchskonkurrenz zu § 823 Abs. 2 BGB bestehen dürfte. Von einer unerlaubten Handlung im Sinne der deliktsrechtlichen Bestimmungen, die für die Vertrauensschadenversicherung herangezogen werden, ist jedenfalls immer dann auszugehen, wenn für die vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzung kein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vorliegt oder aber ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt wird.

Zwar fallen dann bewusst und gewollt getroffene unternehmerische Entscheidungen, die sich nachträglich als völlig falsch herausstellen und zu einem Vermögensschaden bei einem Unternehmen führen,

²⁸ Klinkhammer, Stellenwert und Nutzen einer Vertrauensschadenversicherung für Unternehmen, VersicherungsPraxis 2011 / 37

²⁹ BGH VersR 1994 / 821

angesichts eines bestehenden Rechtfertigungsgrundes für die konkrete Handlung zunächst einmal nicht unter die Vertrauensschadenversicherung.³⁰ Für vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen, bei denen das subjektive Element den Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in seiner Wirkung vollumfänglich zurücktreten lässt, gilt diese Einschränkung aber nicht.

V. **Schlussfolgerung**

Angesichts der oben dargestellten Möglichkeit, dass sich die Versicherer im Rahmen der D&O-Versicherung beim Scheitern der Abwehr des Anspruchs eines Unternehmens gegen seine Organe auf vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzung als Ausschlussgrund berufen, empfiehlt sich der zusätzliche Abschluss einer Vertrauensschadenversicherung. Die Versicherungssumme sollte nicht zu niedrig bemessen sein. Um dem Einwand des Versicherers, es lägen vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzungen vor, von vornherein die Spitze zu nehmen, empfiehlt es sich weiterhin, die Vertrauensschadenversicherung bei demselben Versicherer zu nehmen wie die D&O-Versicherung. Angesichts der oben beschriebenen Einschränkungen beider Deckungskonzepte hat das Unternehmen damit zwar immer noch keinen Rund-um-Versicherungsschutz erlangt, aber es kommt ihm wesentlich und im Einzelfall oft entscheidend näher.

³⁰ Schneider, Münchener Anwaltshandbuch, Versicherungsrecht, 3. Auflage, 2013, § 29, Rn. 71 ff.