

STEFAN THOMAS

Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern

Jus Privatum

154

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 154



Stefan Thomas

Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern

Bürgerlichrechtliche, gesellschaftsrechtliche
und versicherungsrechtliche Grundlagen
der Freistellung und der Versicherung
von organschaftlichen Haftungsrisiken
im Kapitalgesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

Stefan Thomas, geboren 1975; 1996–2000 Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; 2004 Promotion ebenda; 2004–2006 Rechtsanwalt in Düsseldorf; 2006–2009 wiss. Mitarbeiter an der Universität Mainz; 2009 Habilitation ebenda; Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

e-ISBN PDF 978-3-16-151231-5

ISBN 978-3-16-150247-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Haftung von Managern für unternehmerisches Fehlverhalten ist nicht zuletzt durch die Finanzmarktkrise zum Gegenstand einer intensiven politischen und öffentlichen Diskussion geworden. Im Kern geht es darum, inwieweit Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder durch schärfere Haftungsregelungen zu erhöhter Sorgfalt und Vorsicht angehalten werden sollen. Während noch vor fünfzehn Jahren die Organhaftung in diesem Sinn eine geringe praktische Relevanz besaß, ist sie sukzessive durch eine Verschärfung der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu einer Kernfrage des Kapitalgesellschaftsrechts geworden.

Mit dieser Verschärfung der Managerhaftung ist auch zunehmend die Frage bedeutsam geworden, inwieweit Organmitglieder durch vertragliche und versicherungsrechtliche Instrumente gegen die wachsenden Haftungsrisiken abgesichert werden können. Vor diesem Hintergrund ist in der Wirtschaftspraxis der Abschluß von speziellen Manager-Haftpflichtversicherungen immer stärker verbreitet. Diese „directors & officers-insurances“ sind in den USA entstanden und haben sich bei deutschen Großunternehmen mittlerweile flächendeckend ebenfalls etabliert. Daneben finden sich in den Unternehmen immer häufiger vertragliche Konstruktionen außerhalb des Versicherungsrechts, die eine Entlastung des Managements bewirken sollen. Dies betrifft etwa die Erstattung von Geldbußen und -strafen durch das Unternehmen zugunsten von Managern, die wegen Wirtschaftsdelikten zur Verantwortung gezogen wurden.

Dieser rechtstatsächliche Befund weitgehender Freistellungen und Versicherungen zugunsten von Managern spiegelt sich jedoch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Thema Organhaftung derzeit kaum wider. So wurden die Voraussetzungen für Organhaftungsansprüche, insbesondere die an Manager zu stellenden Sorgfaltsanforderungen, zwar ausführlich diskutiert. Die dazu komplementäre und zunehmend bedeutsame Frage der rechtlichen Grundlagen und zugleich Grenzen für Haftungsfreistellungen hat jedoch kaum Beachtung gefunden. Es ist Ziel der Arbeit, zur Schließung dieser Lücke beizutragen und ein übergreifendes zivilrechtliches, gesellschaftsrechtliches und versicherungsrechtliches System der Haftungsfreistellung im Kapitalgesellschaftsrecht zu entwickeln.

Die vorliegende Untersuchung wurde vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Wintersemester 2008/2009 als Habilitationsschrift angenommen. Dem Verfasser haben

dankenswerterweise verschiedene Versicherungsunternehmen, Versicherungsmakler und im Versicherungsrecht spezialisierte Anwälte für Fragen zur Rechtspraxis der D&O-Versicherung und Haftungsfreistellung von Organmitgliedern zur Verfügung gestanden, darunter die Herren RA Dr. Theo Langheid, RA Björn Seitz und RA Bastian Finkel sowie DUAL Deutschland. Die hier vertretenen Ansichten sind freilich allein solche des Autors.

Für die Entstehung der Arbeit gebührt einer Reihe von wichtigen Personen Dank. Dazu gehört zuerst mein verehrter akademischer Lehrer Herr Professor *Dr. Meinrad Dreher, LL.M.*, an dessen Lehrstuhl ich über viele Jahre ausgebildet und gefördert wurde. Er hat mein Verständnis vom Wirtschaftsrecht in der Tradition seines akademischen Lehrers Professor *Dr. Dr. h.c. Fritz Rittner* ganz entscheidend geformt. Dank schulde ich sodann Herrn Professor *Dr. Peter O. Müllbert* für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner möchte ich an dieser Stelle RA Professor *Dr. Gerhard Wiedemann* danken, der mein juristisches Denken und Arbeiten ebenfalls geprägt hat. Nicht zuletzt ist hier auch Professor *Dr. Michael Kling* zu erwähnen, der mir während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl in Mainz ein wichtiger Gesprächspartner war und mit dem mich ein fruchtbarer wissenschaftlicher Austausch verbindet. Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet, die mir meinen akademischen Weg ermöglicht haben.

Tübingen im Juli 2010

Stefan Thomas

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| | |
| A. Einleitung | 1 |
| I. Das Problem | 1 |
| II. Der Gang der Untersuchung | 3 |
| | |
| B. Die Haftungsfreistellung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 8 |
| I. Die Ausgangslage | 8 |
| II. Die Freistellung und der Verzicht durch den Unternehmensträger | 21 |
| III. Die Freistellung durch Dritte | 40 |
| IV. Der Abschluß konzerninterner Freistellungsvereinbarungen | 86 |
| V. Die Kombination einer Freistellungsvereinbarung durch ein nicht verbundenes Unternehmen mit einer Rück- erstattungspflicht der Aktiengesellschaft zugunsten dieses Freistungsschuldners | 95 |
| | |
| C. Die D&O-Versicherung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 96 |
| I. Die D&O-Versicherung als Rechtsprodukt | 96 |
| II. Die Vereinbarkeit mit den Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 104 |
| | |
| D. Die Auswirkungen der Freistellung und der D&O- Versicherung auf eine Steuerungswirkung der Organhaftung | 119 |

| | |
|---|-----|
| I. Das Problem | 119 |
| II. Die Funktion der Organhaftung im allgemeinen | 120 |
| III. Die außerkompensatorischen Nebenzwecke der Haftungsgrundnorm | 126 |
| IV. Die Funktionen der Organhaftung im einzelnen | 145 |
| V. Die Rechtsfolgen eines Eingriffs der Freistellung und der D&O-Versicherung in die Präventionsfunktion der Organhaftung | 173 |
| VI. Der angemessene Selbstbehalt | 201 |
| E. Der Anspruch des Organmitglieds auf Freistellung und Abschluß einer D&O-Versicherung | 239 |
| I. Der aufwendungersatzähnliche Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft | 239 |
| II. Der Anspruch aus § 426 BGB gegen die Gesellschaft | 242 |
| III. Der Freistellungsanspruch des Organmitglieds gegen Dritte .. | 244 |
| IV. Der Freistellungsanspruch aus PVV wegen von der Gesellschaft zu vertretenden Verlusts bzw. Fehlens des D&O- Versicherungsschutzes | 246 |
| V. Der Freistellungsanspruch gegen mithaftende Organmitglieder | 250 |
| VI. Die besondere Problematik von Freistellungsansprüchen der Organmitglieder gegen die Gesellschaft wegen tätigkeitsbezogener Geldstrafen und -bußen | 251 |
| VII. Die Möglichkeit eines Anspruchs auf Abschluß einer D&O- Versicherung gegen die Gesellschaft | 258 |
| VIII. Der Anspruch auf Erstattung der Prämien einer Singularhaftpflichtversicherung | 272 |
| F. Die Zuständigkeit für den Abschluß von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 275 |
| I. Die Haftungsbefreiung durch Freistellung und Verzicht | 275 |
| II. Die D&O-Versicherung | 279 |
| III. Die Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten | 317 |

| | |
|--|-----|
| G. Die inhaltliche Ausgestaltung von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 346 |
| I. Der persönliche Anwendungsbereich | 346 |
| II. Der sachliche Umfang | 356 |
| III. Der Verschuldensgrad in der Freistellungsvereinbarung und der D&O-Versicherung | 358 |
| IV. Der zeitliche Geltungsbereich | 374 |
| V. Die summenmäßige Begrenzung von D&O-Versicherung und Freistellung | 380 |
| VI. Die Serienschadenklausel | 383 |
| VII. Die Eigenschadenklausel | 389 |
| VIII. Die Öffnungsklausel | 389 |
| IX. Die Trennungsklausel | 394 |
| X. Die Gerichtsklausel | 396 |
| XI. Die typischen Haftungsausschlüsse in der D&O-Versicherung . | 398 |
| XII. Die Begrenzung und die Haftungsausschlüsse bei der Freistellungsvereinbarung | 399 |
| XIII. Die Formbedürftigkeit der Freistellungsvereinbarung nach § 518 BGB | 400 |
| XIV. Die Erfassung von Bußgeldern und Geldstrafen durch die Freistellungsvereinbarung und die D&O-Versicherung | 403 |
| H. Die Folgen eines Kontrollwechsels für die Freistellungsvereinbarung und den D&O-Versicherungsvertrag | 423 |
| I. Das Problem | 423 |
| II. Die D&O-Versicherung | 423 |
| III. Die Freistellungsvereinbarung | 433 |
| I. Die Rechtsverhältnisse im Haftungsfall | 434 |
| I. Die Ersatz- und Freistellungsansprüche bei der Abwicklung von D&O-Versicherungsfällen | 434 |
| II. Die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche aus der D&O-Versicherung und der Freistellungsvereinbarung | 442 |

| | |
|---|-----|
| J. Die versicherungsrechtlichen Ergänzungen und Alternativen zu der Freistellung und der D&O-Versicherung | 498 |
| I. Die strukturellen Grenzen von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 498 |
| II. Die versicherungsvertragsrechtlichen Ergänzungen und Alternativen | 498 |
| K. Die steuerrechtliche Behandlung der D&O-Versicherung und der Freistellung | 517 |
| I. Die Freistellungsvereinbarung | 517 |
| II. Die D&O-Versicherung | 519 |
| L. Zusammenfassung der Ergebnisse | 529 |
| Literaturverzeichnis | 549 |
| Sachwortverzeichnis | 579 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| | |
| A. Einleitung | 1 |
| I. Das Problem | 1 |
| II. Der Gang der Untersuchung | 3 |
| | |
| B. Die Haftungsfreistellung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 8 |
| I. Die Ausgangslage | 8 |
| 1. Die zivilrechtlichen Grundlagen von Freistellungsvereinbarungen | 8 |
| 2. Die Abgrenzung der Freistellung von anderen gesellschaftsrechtlichen Instituten | 10 |
| a) Die haftungsbefreiende Handlungsermächtigung | 10 |
| aa) Die Aktiengesellschaft | 10 |
| (I.) Der Hauptversammlungsbeschluß nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG | 10 |
| (II.) Der Aufsichtsratsbeschluß nach § 93 Abs. 4 S. 2 AktG ... | 12 |
| bb) Die GmbH | 13 |
| b) Die Entlastung der Organe | 14 |
| c) Die Folgerungen | 15 |
| 3. Die Freistellung, die gesellschaftsrechtliche Haftungsstruktur und das steigende Haftungsrisiko | 15 |
| a) Der rechtstatsächliche Befund | 15 |
| b) Die Bedeutung der D&O-Versicherung für den Anwendungsbereich von Freistellungsvereinbarungen | 17 |
| c) Die Haftungsverschärfung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung | 17 |
| d) Die praktische Notwendigkeit für Freistellungsvereinbarungen ... | 20 |
| II. Die Freistellung und der Verzicht durch den Unternehmensträger | 21 |

| | |
|---|----|
| 1. Die Aktiengesellschaft | 21 |
| a) Die Freistellungs- und Verzichtsvereinbarungen unter §§ 93 Abs. 4 S. 3, 116 S. 1 AktG | 21 |
| aa) Der Regelungsgehalt des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG | 21 |
| bb) Die Befreiung des Organmitglieds von Schadenersatz- ansprüchen nach § 93 Abs. 2 AktG | 22 |
| b) Die Abtretung des Innenhaftungsanspruchs an einen Dritten | 23 |
| c) Die Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Organmitglieds | 25 |
| d) Die Freistellung für die Fälle ausschließlicher Außenhaftung | 26 |
| aa) Die ausschließliche Außenhaftung bei fehlender Organpflichtverletzung | 26 |
| bb) Die Freistellung von einer ausschließlichen Außenhaftung bei zugleich verwirklichter Verletzung von Organpflichten im Innenverhältnis | 27 |
| (I.) Die direkte oder analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG | 27 |
| (II.) Die Einhaltung der Organpflichten bei der Entscheidung über eine Freistellung | 30 |
| (1.) Das Problem | 30 |
| (2.) Die Organpflichten hinsichtlich der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen und die Über- tragbarkeit der Grundsätze auf die vorliegende Problematik | 31 |
| (a) Die allgemeinen Grundsätze nach der ARAG-Rechtsprechung | 31 |
| (b) Die Frage einer möglichen Verschärfung der Organpflichten bei differentialdiagnostischer Berücksichtigung des § 148 Abs. 1 Nr. 4 AktG ... | 32 |
| (c) Die Konkretisierung des Abwägungsmaßstabs für die Fälle der Freistellung | 34 |
| 2. Die GmbH | 36 |
| a) Die Haftungsbefreiung unter § 43 GmbHG | 36 |
| aa) Der Verzicht | 36 |
| bb) Die Freistellung | 39 |
| b) Die Haftungsbefreiung fakultativer GmbH-Organe | 40 |
| III. Die Freistellung durch Dritte | 40 |
| 1. Das Problem | 40 |
| 2. Die Auswirkungen von Freistellungsvereinbarungen auf den Grundsatz der Unabhängigkeit der Organmitglieder .. | 41 |
| a) Der Aufsichtsrat | 41 |
| aa) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze | 41 |
| (I.) Der Wortlaut des § 111 Abs. 5 AktG | 41 |
| (II.) Der teleologische und systematische Hintergrund: Interessenpluralismus und Interessenkollision | 42 |
| (III.) Die Notwendigkeit eines Unabhängigkeitspostulats | 48 |

| | |
|---|----|
| bb) Der Eingriff in den Grundsatz der Unabhängigkeit | 52 |
| (I.) Die unbedingte Freistellung gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern | 52 |
| (II.) Die bedingte und kündbare Freistellungsvereinbarung .. | 54 |
| (1.) Das Setzen spezifischer Handlungsanreize durch bedingte Freistellungen | 54 |
| (2.) Die Konkretisierung des zulässigen Inhalts einer Freistellungsvereinbarung | 55 |
| (a) Die Differenzierung zwischen inhaltlichen und prozeduralen Bedingungen | 55 |
| (b) Die entscheidungsneutralen Risikoausschlüsse ... | 55 |
| (3.) Die durch den Freistellungsschuldner kündbaren Freistellungsvereinbarungen | 56 |
| (a) Die Notwendigkeit einer Differenzierung nach der Art des Kündigungsrechts | 56 |
| (b) Die außerordentlichen Kündigungsrechte | 57 |
| (c) Die ordentlichen Kündigungsrechte | 58 |
| (4.) Die change of ownership-Klausel | 59 |
| (III.) Der Eingriff in die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und die Nichtigkeitssanktion | 61 |
| (1.) Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot | 61 |
| (2.) Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB | 62 |
| (a) Der Sittenwidrigkeitsbegriff | 62 |
| (b) Die fehlende Geeignetheit des Sittenwidrigkeits- begriffs zur Beurteilung von Eingriffen in die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds | 63 |
| (3.) Die Überlagerung des Schuldrechts durch gesellschaftsrechtliche Wertungen | 66 |
| (a) Die aktienrechtlichen Verbotsvorschriften | 66 |
| (b) Das Umgehungsverbot | 66 |
| (c) Die gesellschaftsrechtliche Institutionenbildung . | 67 |
| b) Der Vorstand | 69 |
| aa) Die unabhängige Aktiengesellschaft | 69 |
| bb) Die abhängige Aktiengesellschaft | 72 |
| (I.) Der faktische Konzern | 72 |
| (II.) Der qualifiziert faktische Konzern | 73 |
| (III.) Der Vertragskonzern | 74 |
| c) Der GmbH-Geschäftsführer | 75 |
| aa) Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer als wesentliches Strukturprinzip der Unternehmensleitung | 75 |
| (I.) Die Zulässigkeit der Einschränkung der Geschäftsführerautonomie durch Vertrag | 75 |
| (II.) Die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses | 76 |
| bb) Das Verhältnis des Geschäftsführers gegenüber Dritten | 77 |
| (I.) Die Zulässigkeit der Einräumung von Weisungs- rechten gegenüber Dritten | 77 |
| (II.) Die Anwendung der Grundsätze auf Freistellungs- vereinbarungen | 80 |

| | |
|--|-----|
| 3. Die Auswirkungen von Freistellungsvereinbarungen auf den Grundsatz der Gesamtverantwortung der Organmitglieder | 80 |
| a) Das Problem | 80 |
| b) Der Grundsatz der Gesamtverantwortung und der Gleichberechtigung | 81 |
| aa) Die allgemeinen Prinzipien | 81 |
| bb) Die Haftungsbefreiung durch die eigene Gesellschaft | 83 |
| cc) Die Freistellung durch einzelne Gesellschafter oder gesellschaftsfremde Dritte | 85 |
| IV. Der Abschluß konzerninterner Freistellungsvereinbarungen ... | 86 |
| 1. Die Freistellung im faktischen Konzern zwischen Aktiengesellschaften | 86 |
| a) Das Problem | 86 |
| b) Die Freistellung des herrschenden Unternehmens zugunsten der Organmitglieder des abhängigen Unternehmens | 86 |
| aa) Die Frage der Einschlägigkeit von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG bei Freistellung durch eine herrschende Aktiengesellschaft ... | 86 |
| bb) Die Entscheidung über die Freistellung zugunsten der Organmitglieder des abhängigen Unternehmens als Frage des unternehmerischen Ermessens des Managements der herrschenden Gesellschaft | 87 |
| c) Die Freistellungspflicht einer abhängigen Gesellschaft zugunsten der Organmitglieder einer herrschenden Aktiengesellschaft sub specie des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG | 88 |
| 2. Die Freistellung im Aktien-Vertragskonzern | 90 |
| 3. Die Freistellungsvereinbarungen im GmbH-Konzern | 91 |
| V. Die Kombination einer Freistellungsvereinbarung durch ein nicht verbundenes Unternehmen mit einer Rück-erstattungspflicht der Aktiengesellschaft zugunsten dieses Freistellungsschuldners | 95 |
| C. Die D&O-Versicherung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 96 |
| I. Die D&O-Versicherung als Rechtsprodukt | 96 |
| 1. Der historische Hintergrund | 96 |
| 2. Die Struktur des D&O-Versicherungsvertrags | 101 |
| 3. Der Stand der Wissenschaft und Praxis der D&O-Versicherung | 103 |
| II. Die Vereinbarkeit mit den Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts | 104 |

| | |
|---|---------|
| 1. Die Auswirkungen der D&O-Versicherung auf die Werthaltigkeit der Organinnenhaftung | 104 |
| a) Die Verbesserung der Werthaltigkeit | 104 |
| b) Die mögliche Einschränkung der Werthaltigkeit durch die Prämienzahlungspflicht der Gesellschaft | 105 |
| 2. Die mögliche Einschränkung der Steuerungsfunktion der Organhaftung | 107 |
| 3. Die mögliche Kollision der D&O-Versicherung mit organschaftlichen Aufgaben- und Befugniszuweisungen .. | 107 |
| a) Die D&O-Versicherung und die Prüfungs- und Handlungs- funktionen des Aufsichtsrats | 107 |
| b) Die Vereinbarkeit der D&O-Versicherung mit der gesetz- geberischen Intention des Klagezulassungsverfahrens nach § 148 AktG | 108 |
| 4. Die D&O-Versicherung und das organschaftliche Unabhängigkeitspostulat | 109 |
| a) Das Problem | 109 |
| b) Die Begründung einer „Dankesschuld“ durch Abschluß einer D&O-Versicherung | 109 |
| 5. Die D&O-Versicherung und die Gleichbehandlung der Organmitglieder | 110 |
| a) Die Gleichbehandlung der Organmitglieder im Unternehmensinteresse | 110 |
| b) Der rechtstatsächliche Befund | 111 |
| 6. Die Möglichkeit einer D&O-Selbstversicherung | 111 |
| a) Das Problem | 111 |
| b) Die externe D&O-Selbstversicherung | 113 |
| aa) Die versicherungsrechtlichen und gesellschafts- rechtlichen Fragestellungen | 113 |
| bb) Der rechtstatsächliche Befund | 115 |
| c) Die interne D&O-Selbstversicherung | 116 |
| d) Die praktischen Probleme der internen D&O-Selbstversicherung und der rechtstatsächliche Befund | 118 |
| D. Die Auswirkungen der Freistellung und der D&O- Versicherung auf eine Steuerungswirkung der Organhaftung | 119 |
| I. Das Problem | 119 |
| II. Die Funktion der Organhaftung im allgemeinen | 120 |
| 1. Die möglichen Regelungszwecke des Schadenersatzrechts ... | 120 |
| 2. Die systembezogenen Vorüberlegungen | 121 |

| | | |
|------|--|-----|
| a) | Die verschiedenen dogmatischen Ansätze bei der Untersuchung einer Steuerungsfunktion | 121 |
| b) | Die Begriffsklärung und der Aufbau der Untersuchung | 122 |
| 3. | Die Differenzierung zwischen Haftungsgrundnorm und Haftungsrechtsfolge in bezug auf einen möglichen Präventionszweck | 123 |
| 4. | Die Durchlässigkeit der Rechtsfolgendeite des Schadensrechts hinsichtlich außerkompensatorischer Zwecke | 124 |
| III. | Die außerkompensatorischen Nebenzwecke der Haftungsgrundnorm | 126 |
| 1. | Die Frage nach einem allgemeinen haftungsrechtlichen Präventionszweck | 126 |
| a) | Die dogmatischen Ansatzpunkte | 126 |
| b) | Die Bedeutung der verursachungsbezogenen Passivlegitimation für eine verhaltenssteuernde Zwecksetzung des Haftungsrechts ... | 126 |
| c) | Die staatliche Verhaltenslenkung und die Privatrechtsprinzipien .. | 129 |
| aa) | Die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Verwirklichung des Präventionsgedankens im Zivilrecht | 129 |
| bb) | Die Privatautonomie und die Selbstverantwortung | 130 |
| 2. | Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts | 133 |
| a) | Der Beitrag des Haftungsrechts zur Wohlfahrtsmaximierung | 133 |
| aa) | Die methodischen Probleme der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts | 133 |
| bb) | Die wohlfahrtsökonomisch neutralen und vorteilhaften Haftungskonstellationen | 135 |
| cc) | Die Transaktionskostenanalyse und das Kaldor-Hicks-Kriterium | 136 |
| b) | Die tatsächliche Haftungsvermeidung und die rechtliche Verhaltenssteuerung | 138 |
| c) | Die weiteren grundlegenden Einwände gegen die Annahme eines allgemeinen Präventionszwecks aufgrund ökonomischer Analyse des Haftungsrechts | 140 |
| 3. | Der verhaltenssteuernde Zweck als Frage der rechtlichen Auslegung der konkreten Anspruchsgrundlage | 141 |
| a) | Die zivilrechtliche Steuerungsfunktion als Einzelfallfrage | 141 |
| b) | Die Gründe für die Implementierung zivilrechtlicher Präventionszwecke | 143 |
| c) | Die Differenzierung zwischen General- und Spezialprävention .. | 144 |
| d) | Die Folgerungen | 145 |
| IV. | Die Funktionen der Organhaftung im einzelnen | 145 |
| 1. | Die Innenhaftung | 145 |

| | |
|--|-----|
| a) Der Überblick über die gesetzlichen Innenhaftungstatbestände .. | 145 |
| b) Die Grundzüge der dienstvertraglichen Haftung | 146 |
| c) Die Kompensationsfunktion der Innenhaftung | 147 |
| d) Die Präventionsfunktion der Innenhaftung | 147 |
| aa) Die Bedeutung der eingeschränkten Abdingbarkeit der Organinnenhaftung | 147 |
| bb) Die Organinnenhaftung als Korrelat zur Leitungsmacht | 148 |
| cc) Die Organinnenhaftung als Bestandteil der Absicherung guter corporate governance | 149 |
| dd) Die rechtstatsächliche Verhaltenssteuerung | 153 |
| ee) Die Abgrenzung von Haftungsfurcht und gezielter Verhaltenssteuerung | 156 |
| ff) Die Relation von Kompensationsfunktion und Steuerungsfunktion | 157 |
| (I.) Die Bestimmung des abstrakten Rangverhältnisses | 157 |
| (II.) Die Bestimmung des konkreten Rangverhältnisses unter Berücksichtigung ergänzender Steuerungs- mechanismen | 158 |
| (1.) Die Notwendigkeit einer Gewichtung des Steuerungs- zwecks im Gesamtgefüge der verhaltenssteuernden Elemente der Organverfassung | 158 |
| (2.) Die internen Steuerungsmechanismen durch Gesellschafterweisungen in der GmbH | 158 |
| (3.) Die allgemein wirkenden Steuerungsmechanismen .. | 160 |
| (a) Die anreizbasierten Entlohnungsschemata | 160 |
| (b) Die Arbeitsmarktdisziplinierung | 160 |
| (c) Die Produktmarktdisziplinierung | 161 |
| (d) Die Kapitalmarktdisziplinierung | 162 |
| (e) Die Folgerungen | 162 |
| e) Die Vergeltungs-, Buß- bzw. Genugtuungsfunktion bei der Organhaftung | 163 |
| aa) Die strafrechtlichen Vorüberlegungen | 163 |
| bb) Das Zivilrecht | 164 |
| (I.) Das allgemeine Zivilrecht | 164 |
| (II.) Die Rechtslage bei der Organinnenhaftung | 166 |
| 2. Die Außenhaftung von Organmitgliedern | 166 |
| a) Die Notwendigkeit einer separaten Untersuchung des Präventionszwecks der Außenhaftung | 166 |
| b) Die zivilrechtliche Außenhaftung | 167 |
| aa) Die einzelnen Anspruchsgrundlagen und die Anspruchsberechtigten | 167 |
| bb) Die verhaltenssteuernde Zwecksetzung | 169 |
| cc) Die mögliche Vergeltungsfunktion der deliktischen Außenhaftung | 172 |
| c) Die Außenhaftung nach Öffentlichem Recht | 172 |

| | |
|--|-----|
| V. Die Rechtsfolgen eines Eingriffs der Freistellung und der D&O-Versicherung in die Präventionsfunktion der Organhaftung | 173 |
| 1. Das Problem | 173 |
| 2. Der Verstoß gegen die ratio legis des Organhaftungsrechts .. | 174 |
| 3. Die analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG | 175 |
| a) Die methodischen Vorüberlegungen | 175 |
| b) Die Voraussetzungen einer Analogie im einzelnen | 176 |
| aa) Die Ähnlichkeit zwischen geregelterm und ungeregeltem Sachverhalt als Merkmal zur Abgrenzung von der teleologischen Extension | 176 |
| bb) Die Frage nach der Regelungslücke | 178 |
| cc) Die Analogie, die teleologische Extension und der Normzweck des § 93 AktG | 182 |
| dd) Das Postulat eines angemessenen Selbstbehalts als Wider- legungsgrund einer Analogiefähigkeit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG für die Fälle außerhalb von §93 Abs. 2 S. 3 AktG | 183 |
| 4. Die Rechtsfolgen der Einwirkung von Freistellung und D&O- Versicherung als Frage der gesellschafts- rechtlichen Institutionenbildung | 184 |
| a) Die Steuerungswirkung der Organhaftung als gesellschafts- rechtliche Institution | 184 |
| b) Die Lösung von Konflikten mit der Institution der Verhaltenssteuerung im Gesellschaftsrecht | 185 |
| aa) Die Verhaltenssteuerung als ein in mehrfacher Hinsicht relatives Prinzip | 185 |
| bb) Die Konkretisierung der rechtstatsächlichen Wirkungen von Freistellung und D&O-Versicherung | 186 |
| (I.) Die begrenzte Wirkung von Freistellung und D&O-Versicherung | 186 |
| (1.) Die Unsicherheiten hinsichtlich der Haftungs- übernahme durch den Freistellungsschuldner bzw. Versicherer | 186 |
| (2.) Die Belastung des Versicherten durch die Dauer von D&O-Haftungsfällen | 188 |
| (3.) Die Gefahr einer Überschreitung der Frei- stellungs- bzw. Deckungssumme | 188 |
| (4.) Die Begrenzung der Sicherung durch Serien- schadenklauseln | 189 |
| (5.) Die Setzung eines Anreizes zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen durch Freistellung und D&O-Versicherung | 190 |
| (6.) Die begrenzte Auswirkung von Freistellung und D&O-Versicherung auf die Arbeitsmarkt- disziplinierung | 191 |

| | |
|--|-----|
| (7.) Die Verbesserung der corporate governance durch den Freistellungsschuldner als hired outside monitor | 191 |
| (II.) Der Vergleich von Eigen- und Fremdversicherung | 192 |
| 5. Die Folgerungen für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 193 |
| a) Der Erhalt der Steuerungsfunktion, Institutionenschutz und Unwirksamkeitssanktion | 193 |
| b) Das Erfordernis eines angemessenen Selbstbehalts als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung | 194 |
| aa) Die begriffliche Unschärfe des angemessenen Selbstbehalts ... | 194 |
| bb) Die Rechtsfolgenbetrachtung | 200 |
| VI. Der angemessene Selbstbehalt | 201 |
| 1. Der Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG | 201 |
| a) Hintergrund | 201 |
| b) Der sachliche Anwendungsbereich | 202 |
| c) Die betroffenen Deckungselemente | 203 |
| aa) Die Innen- und die Außenhaftung | 203 |
| bb) Die Abwehrkosten | 204 |
| d) Die Bemessung des Selbstbehalts | 205 |
| e) Der zeitliche Anwendungsbereich | 207 |
| f) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 93 Abs. 2 S. 3 AktG | 208 |
| g) Die Versicherung des Selbstbehalts | 212 |
| 2. Die Notwendigkeit und die Zweckmäßigkeit der Vereinbarung eines Selbstbehalts bei der Freistellungsvereinbarung und der D&O-Versicherung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 2 S. 3 AktG | 213 |
| a) Die rechtliche Notwendigkeit der Vereinbarung eines Selbstbehalts | 213 |
| aa) Die Frage nach dem Selbstbehalt als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 213 |
| bb) Die Möglichkeit einer Schadenersatzpflicht wegen Unterlassens der Vereinbarung eines Selbstbehalts bei Abschluß einer D&O-Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder | 213 |
| cc) Der angemessene Selbstbehalt und das Unternehmensinteresse | 215 |
| dd) Die Übertragung des Ergebnisses auf die GmbH | 216 |
| b) Die Zweckmäßigkeit der Vereinbarung eines angemessenen Selbstbehalts für Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung .. | 216 |
| aa) Die sachlichen Gründe für die Vereinbarung eines fakultativen Selbstbehalts | 216 |
| bb) Der rechtstatsächliche Befund | 217 |
| cc) Die Konzepte zur Regelung eines Selbstbehalts | 218 |

| | |
|---|-----|
| (I.) Die Zielvorgaben | 218 |
| (II.) Die Ausgestaltung im einzelnen | 219 |
| (1.) Der Bezugspunkt der Bemessung des Selbstbehalts | 219 |
| (2.) Die Vergütung für die Organtätigkeit oder das individuelle Gesamtvermögen als Bezugspunkt ... | 220 |
| (3.) Die Differenzierung zwischen fixer und variabler Vergütung | 220 |
| (4.) Die Differenzierung anhand der unterschiedlichen Risikoeexposition der Organmitglieder | 223 |
| (5.) Die Bestimmung der absoluten Höhe des Selbstbehalts | 224 |
| (a) Die Kombination von absoluter und variabler Grenze | 224 |
| (b) Die Konkretisierung der absoluten Grenze | 225 |
| (aa) Der Zweckpluralismus | 225 |
| (bb) Der Individual- und der Pauschal- selbstbehalt | 225 |
| (cc) Die Festlegung der Höhe in Relation zu der Vergütung | 226 |
| (dd) Die mögliche Einbeziehung des Verschuldensgrads in die Höhe des Selbstbehalts | 228 |
| (6.) Der Zeitpunkt der Vergütung | 229 |
| (a) Die Berücksichtigung von Veränderungen der Vergütung während der Organtätigkeit | 229 |
| (b) Die Besonderheiten der Vergütungsstruktur ausgeschiedener Organmitglieder | 230 |
| (7.) Die Einbeziehung der Kosten der Anspruchsabwehr | 232 |
| (8.) Der zeitliche Bezugspunkt des Selbstbehalts | 232 |
| 3. Der Selbstbehalt für Aufsichtsratsmitglieder im Sinn von Ziff. 3.8 Abs. 3 DCGK | 233 |
| a) Der „entsprechende Selbstbehalt“ | 233 |
| b) Die Frage der analogen Anwendung von Ziff. 3.8 DCGK auf Freistellungsvereinbarungen | 234 |
| c) Die Befreiung des Aufsichtsratsmitglieds von dessen Selbstbehalt | 234 |
| 4. Die Vereinbarung eines zweistufigen Selbstbehalts bei der entity-Deckung | 235 |
| 5. Die Vereinbarung einer internen Zahlungspflicht anstelle eines Selbstbehalts | 237 |

| | |
|---|-----|
| E. Der Anspruch des Organmitglieds auf Freistellung und Abschluß einer D&O-Versicherung | 239 |
| I. Der aufwendungsersatzähnliche Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft | 239 |
| 1. Die Anspruchsgrundlage | 239 |
| 2. Die Konsequenzen eines Mitverschuldens durch Verletzung von Organpflichten | 241 |
| II. Der Anspruch aus § 426 BGB gegen die Gesellschaft | 242 |
| III. Der Freistellungsanspruch des Organmitglieds gegen Dritte ... | 244 |
| 1. Der Anspruch aus Risikozurechnung gegenüber einem außenstehenden Prinzipal | 244 |
| 2. Der Anspruch auf Abschluß einer Freistellungsvereinbarung aus dienstvertraglicher Fürsorgepflicht eines Dritten | 244 |
| IV. Der Freistellungsanspruch aus PVV wegen von der Gesellschaft zu vertretenden Verlusts bzw. Fehlens des D&O- Versicherungsschutzes | 246 |
| 1. Die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung zur Verschaffung von D&O-Versicherungsschutz | 246 |
| 2. Die Rechtsfolgen des Schadenersatzanspruchs | 249 |
| a) Die Rechtsfolgen bei reiner Außenhaftung | 249 |
| b) Die Rechtsfolgen bei Verwirklichung eines Innenhaftungs- anspruchs | 249 |
| V. Der Freistellungsanspruch gegen mithaftende Organmitglieder . | 250 |
| VI. Die besondere Problematik von Freistellungsansprüchen der Organmitglieder gegen die Gesellschaft wegen tätigkeitsbezogener Geldstrafen und -bußen | 251 |
| 1. Das Problem | 251 |
| 2. Die Beschränkung der Erstattungsmöglichkeit auf reine Außenpflichtverletzungen | 252 |
| 3. Der Konflikt zwischen zivilrechtlicher Ausgleichspflicht und öffentlich-rechtlicher Steuerungsfunktion | 254 |
| 4. Der schadenersatzrechtliche Freistellungsanspruch | 256 |
| VII. Die Möglichkeit eines Anspruchs auf Abschluß einer D&O- Versicherung gegen die Gesellschaft | 258 |
| 1. Die Pflicht zu Schutzmaßnahmen nach § 618 BGB | 258 |
| 2. Die D&O-Versicherung als Element einer effektiven Risikobewältigungsstrategie | 258 |

| | | |
|--------|---|-----|
| a) | Die rechtlichen Grundlagen einer möglichen kategorischen Verpflichtung zum Abschluß einer D&O-Versicherung | 258 |
| b) | Die Pflicht zur Prüfung der Zweckmäßigkeit einer D&O- Versicherung im Einzelfall | 261 |
| aa) | Die Ermessensfreiheit und die Ermessensreduzierung hinsichtlich des Abschlusses einer D&O-Versicherung | 261 |
| bb) | Die Kriterien für die Ermessensausübung | 265 |
| (I.) | Die Analyse des Haftungsrisikos | 265 |
| (II.) | Die Bewertung des Umfangs des Versicherungsschutz- schutzes | 267 |
| (1.) | Die Prüfung der Abdeckung von Außenhaftungs- ansprüchen | 267 |
| (2.) | Die Prüfung der Abdeckung von Innenhaftungs- ansprüchen | 268 |
| (a) | Die Bedeutung der business judgment rule für die Versicherbarkeit von Innenhaftungs- ansprüchen | 268 |
| (b) | Der Haftungsbereich außerhalb der business judgment rule | 268 |
| (c) | Die Verletzung von Organisations-, Planungs- und Überwachungspflichten | 269 |
| (III.) | Die Bewertung der mittelbaren Vorteile des D&O-Versicherungsschutzes für die Gesellschaft | 270 |
| (IV.) | Die Bewertung der Modalitäten der Schaden- regulierung | 270 |
| (V.) | Die Wahrung der Interessen der Gesellschaft bei der Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen | 271 |
| c) | Das praktische Vorgehen bei der Prüfung geeigneten D&O-Versicherungsschutzes | 272 |
| VIII. | Der Anspruch auf Erstattung der Prämien einer Singularhaftpflichtversicherung | 272 |
| F. | Die Zuständigkeit für den Abschluß von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 275 |
| I. | Die Haftungsbefreiung durch Freistellung und Verzicht | 275 |
| 1. | Die Haftungsbefreiung der Organmitglieder durch die Gesellschaft | 275 |
| a) | Die Aktiengesellschaft | 275 |
| b) | Die GmbH | 276 |
| 2. | Die Freistellung der Organmitglieder durch Dritte | 277 |
| a) | Die allgemeinen Grundsätze | 277 |
| b) | Die besonderen Haftungsrechtsfolgen bei Freistellungen durch Personengesellschaften | 277 |
| II. | Die D&O-Versicherung | 279 |

| | |
|--|-----|
| 1. Die Zuständigkeit innerhalb der Gesellschaft für den Abschluß der D&O-Versicherung | 279 |
| a) Die vergütungsspezifische Zuständigkeitsordnung und die D&O-Versicherung | 279 |
| b) Das Aktienrecht | 281 |
| aa) Der Begriff der Bezüge und Vergütungen im Sinn des AktG .. | 281 |
| (I.) Die Vorstandsbezüge nach § 87 AktG | 281 |
| (II.) Die Aufsichtsratsvergütung nach § 113 AktG | 283 |
| bb) Die Zuordnung der D&O-Versicherung zu den Interessen- sphären des Organmitglieds und der Gesellschaft | 284 |
| (I.) Die Bedeutung der Interessensphären für die Vergütungseigenschaft | 284 |
| (II.) Die Abgrenzung von Aufwendung und Vergütung | 285 |
| (III.) Die Einordnung der D&O-Versicherung in die verschiedenen Interessensphären | 287 |
| (1.) Die Interessen der Organmitglieder | 287 |
| (a) Die Notwendigkeit der Definition vergütungs- spezifischer Interessen | 287 |
| (b) Der rechtssystematische Vergleich mit gesetzlichen Regelungen zur Prämienersatzung für Haftpflicht- versicherungen in anderen Dienst- und Auftrags- verhältnissen | 290 |
| (aa) Das Vormundschafts-, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht | 290 |
| (bb) Das Insolvenzrecht | 291 |
| (2.) Die Interessen der Gesellschaft | 293 |
| (a) Der sog. Bilanzschutz | 293 |
| (aa) Die Gegenüberstellung der Interessen von Organmitglied und Gesellschaft | 293 |
| (bb) Die Möglichkeit der Eigenschadenver- sicherung in bezug auf die Innenhaftungs- ansprüche der Gesellschaft | 294 |
| (b) Die Sicherung der unternehmerischen Handlungsfreiheit | 295 |
| (c) Die Verbesserung der corporate governance durch die D&O-Versicherung | 297 |
| (d) Die Notwendigkeit der D&O-Versicherung für die Personalgewinnung | 298 |
| (e) Die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen Vergütung und Risiko | 299 |
| (f) Die Sicherung des Unternehmensinteresses durch die entity-Deckung | 300 |
| (aa) Die Funktion der entity-Deckung | 300 |
| (bb) Die typischen Regelungen bei der entity-Deckung sub specie des Unternehmensinteresses | 301 |
| (aa) Die Begrenzung der entity-Deckung . | 301 |

| | |
|---|-----|
| (bbb) Die allocation-Regelung | 302 |
| (ccc) Die company reimbursement-coverage ... | 302 |
| (g) Die Ausrichtung der Versicherungspraxis am Unternehmensrisiko | 303 |
| (h) Die Versicherung sämtlicher Organmitglieder als Ausdruck des Unternehmensinteresses an einer effektiven D&O-Deckung | 304 |
| (i) Das Ergebnis der Zuordnung zu den Interessensphären | 305 |
| (j) Die mögliche aktienrechtliche Unzulässigkeit der Berufung auf die Interessen der Gesell- schaft am Abschluß der D&O-Versicherung | 305 |
| (IV.) Die Stellungnahme der Regierungskommission Corporate Governance betreffend die Abschluß- kompetenzen für D&O-Versicherungen | 306 |
| (V.) Der Vergleich mit dem Steuerrecht | 308 |
| (VI.) Die Prämienzahlungspflicht als nicht individuell zuordenbare Aufwendung der Gesellschaft | 309 |
| (VII.) Die Folgerungen für die Anwendbarkeit der §§ 87, 113 AktG | 310 |
| cc) Die Frage der analogen Anwendung des §§ 87, 113 AktG | 310 |
| (I.) Die Prüfung der Voraussetzungen einer Analogie | 310 |
| (1.) Die analoge Anwendung des § 113 AktG | 310 |
| (a) Der Normzweck | 310 |
| (b) Die Folgerungen für das Vorliegen einer Gesetzeslücke | 312 |
| (c) Die Frage der Vergleichbarkeit von geregelterm und ungeregeltem Sachverhalt | 313 |
| (2.) Die analoge Anwendung des § 87 AktG | 313 |
| (II.) Die rechtspraktischen Auswirkungen einer Analogie der §§ 87, 113 AktG | 314 |
| c) Das GmbH-Recht | 315 |
| 2. Die Zuständigkeit im Außenverhältnis | 316 |
| 3. Das Publizitätserfordernis | 317 |
| III. Die Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten | 317 |
| 1. Das Problem | 317 |
| 2. Der sachliche Umfang der vorvertraglichen Anzeigepflicht .. | 319 |
| 3. Der Adressat der Anzeigepflicht | 319 |
| 4. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht .. | 321 |
| a) Die Auswirkungen der VVG-Novelle im allgemeinen | 321 |
| b) Die Folgen für die D&O-Versicherung im besonderen | 322 |
| c) Die Eingrenzung der Zurechnung über § 47 VVG de lege lata ... | 323 |
| aa) Die teleologische Reduktion der §§ 47, 19 VVG | 323 |
| bb) Der Teilrücktritt | 325 |

| | |
|--|-----|
| cc) Die Möglichkeit des Teilrücktritts bei der kombinierten Eigen- und Fremdversicherung | 326 |
| dd) Die fehlende Kausalität | 327 |
| d) Die vertraglichen Lösungen | 327 |
| aa) Die Abdingbarkeit des Rücktrittsrechts | 327 |
| bb) Die severability clause | 328 |
| (I.) Die einfache severability clause | 328 |
| (II.) Die full severability clause | 329 |
| (1.) Der Regelungsgehalt | 329 |
| (2.) Die Gefahr eines Regreßkreises bei der full severability clause | 329 |
| (3.) Die praktischen Einwände gegen full severability clauses | 330 |
| cc) Die Erstreckung der Anzeigepflicht auf die Versicherten | 330 |
| dd) Die Repräsentantenklausel | 331 |
| e) Die Anfechtung des Versicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung | 333 |
| aa) Die Auswirkungen der VVG-Novelle auf das Anfechtungs- recht des Versicherers nach § 123 BGB wegen Verschweigens von Umstandswissen | 333 |
| bb) Die vertragliche Begrenzung der Risiken eines Anfechtungsgrunds für die Versicherten | 334 |
| (I.) Die gesetzlichen Rechtsfolgen bei arglistiger Täuschung durch die Versicherungsnehmerin | 334 |
| (II.) Die Berücksichtigung von Vertrauensschutz- gesichtspunkten nach § 242 BGB | 336 |
| (III.) Die Möglichkeiten der vertraglichen Begrenzung der Folgen der Arglistanfechtung | 336 |
| f) Die Schadenersatzansprüche bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht | 339 |
| aa) Die Ansprüche gegen die Versicherungsnehmerin | 339 |
| (I.) § 280 BGB | 339 |
| (1.) Die Struktur des Schadenersatzanspruchs | 339 |
| (2.) Der Maßstab der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens | 340 |
| (a) Die Nichtanzeige eigenen Umstandswissens der Versicherungsnehmerin | 340 |
| (b) Der Fortfall des Versicherungsschutzes infolge Wissenszurechnung nach § 47 VVG | 341 |
| (c) Die Identität von pflichtwidrig handelndem und geschädigtem Organmitglied | 342 |
| (II.) Das Deliktsrecht | 343 |
| (1.) § 826 BGB | 343 |
| (2.) § 823 BGB | 344 |
| bb) Die Schadenersatzansprüche der Versicherten untereinander .. | 344 |

| | |
|--|-----|
| G. Die inhaltliche Ausgestaltung von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung | 346 |
| I. Der persönliche Anwendungsbereich | 346 |
| 1. Die D&O-Versicherung | 346 |
| a) Die Organmitglieder und die leitenden Angestellten der Versicherungsnehmerin als versicherte Personen | 346 |
| aa) Die allgemeinen Grundsätze | 346 |
| bb) Die Einbeziehung leitender Angestellter | 347 |
| (I.) Die Begriffsdefinition | 347 |
| (II.) Der Ausschluß der Arbeitnehmerhaftung | 347 |
| (III.) Die Folgen eines Fehlens des Ausschlusses der Arbeitnehmerhaftung | 348 |
| (IV.) Die Versicherung leitender Angestellter in Wahrnehmung von outside directorships | 349 |
| b) Die Einbeziehung ehemaliger und künftiger Organmitglieder ... | 350 |
| c) Die Versicherung fehlerhaft bestellter Organmitglieder | 351 |
| d) Die Versicherung faktischer Organmitglieder | 352 |
| e) Die Liquidatoren als versicherte Personen | 352 |
| f) Die Einbeziehung der Organmitglieder und der leitenden Angestellten verbundener Unternehmen | 353 |
| aa) Die Definition verbundener Unternehmen | 353 |
| bb) Die Konzernvorteilsregelung | 353 |
| g) Die entity-Deckung und die company reimbursement-clause ... | 354 |
| 2. Die Freistellungsvereinbarung | 355 |
| II. Der sachliche Umfang | 356 |
| 1. Die gedeckten Schäden in der D&O-Versicherung | 356 |
| a) Die Begrenzung auf Vermögensschäden | 356 |
| b) Die Innen- und die Außenhaftungsansprüche | 356 |
| c) Die Begrenzung auf gesetzliche Haftpflichtbestimmungen | 357 |
| d) Die öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmungen | 358 |
| 2. Die gedeckten Schäden in der Freistellungsvereinbarung ... | 358 |
| III. Der Verschuldensgrad in der Freistellungsvereinbarung und der D&O-Versicherung | 358 |
| 1. Die bürgerlich-rechtlichen Grenzen der Haftungsbefreiung bei vorsätzlichen Schädigungen | 358 |
| 2. Die Konkretisierung des Vorsatzausschlusses in der D&O-Versicherung durch das VVG und die AVB ... | 361 |
| a) Die Konkurrenz zwischen § 103 und § 81 VVG. | 361 |
| b) Der versicherungsrechtliche Vorsatzbegriff | 363 |
| c) Die vertragliche Konkretisierung des Verschuldensgrads | 365 |
| aa) Die Anknüpfung des Ausschlusses an die Wissentlichkeit ... | 365 |
| bb) Die Beschränkung des Vorsatzes auf die Pflichtverletzung ... | 367 |

| | |
|---|-----|
| (I.) Die Pflichtverletzung als Anknüpfungspunkt für den Ausschlußgrund | 367 |
| (II.) Die Begrenzung des Ausschlußgrunds auf wissentliche Pflichtverletzungen | 367 |
| cc) Die Gestaltungskombinationen des subjektiven Ausschlußgrunds | 368 |
| dd) Die Abgrenzung von Ausschlußgrund und Obliegenheit | 369 |
| ee) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 369 |
| (I.) Die Einbeziehungskontrolle und die Unklarheitenregel | 369 |
| (II.) Die Inhaltskontrolle | 371 |
| ff) Die praktische Bedeutung vertraglicher Konkretisierungen des Vorsatzausschlusses | 373 |
| gg) Die Pflichtverletzungen im Interesse des Unternehmens | 373 |
| IV. Der zeitliche Geltungsbereich | 374 |
| 1. Die D&O-Versicherung | 374 |
| a) Das claims made-Prinzip | 374 |
| b) Die Nachhaftungsklausel | 376 |
| c) Die Rückwärtsversicherung | 377 |
| 2. Die Freistellungsvereinbarung | 378 |
| a) Rückwirkende Freistellung und Nachhaftung | 378 |
| b) Das Problem „ewiger“ Freistellungsvereinbarungen | 379 |
| aa) Die Zweckmäßigkeit zeitlicher Begrenzungen | 379 |
| bb) Die zivilrechtlichen Grundsätze der Bewertung ordentlich-unkündbarer Schuldverhältnisse | 379 |
| V. Die summenmäßige Begrenzung von D&O-Versicherung und Freistellung | 380 |
| 1. Der Deckungsumfang, die aggregate limits und der Selbstbehalt | 380 |
| a) Die Jahresmaximierung | 380 |
| b) Die aggregate limits | 380 |
| c) Der Selbstbehalt | 381 |
| 2. Die Erstreckung auf gerichtliche und außergerichtliche Kosten | 381 |
| a) Die Regelung des § 101 Abs. 1 S. 1 VVG | 381 |
| b) Die Auswirkungen des Vorsatzausschlusses nach § 103 VVG auf die Kostenerstattung | 382 |
| VI. Die Serienschadenklausel | 383 |
| 1. Der Regelungsgegenstand | 383 |
| 2. Die Regelungsbestandteile | 384 |
| 3. Die Frage der notwendigen Beschränkung der Serien- schadenklausel auf das jeweilige Versicherungsjahr | 385 |

| | |
|---|-----|
| 4. Die Beurteilung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 385 |
| a) Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts | 385 |
| b) Die Inhaltskontrolle | 387 |
| c) Die restriktive Auslegung der Serienschadenklausel | 388 |
| VII. Die Eigenschadenklausel | 389 |
| VIII. Die Öffnungsklausel | 389 |
| 1. Der Regelungsgegenstand | 389 |
| 2. Die aktienrechtliche Problematik | 390 |
| 3. Die Beurteilung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 391 |
| a) Die Einbeziehungskontrolle | 391 |
| b) Die Inhaltskontrolle | 392 |
| 4. Die Praktikabilität der Öffnungsklausel | 393 |
| IX. Die Trennungsklausel | 394 |
| X. Die Gerichtsklausel | 396 |
| XI. Die typischen Haftungsausschlüsse in der D&O-Versicherung .. | 398 |
| XII. Die Begrenzung und die Haftungsausschlüsse bei der Freistellungsvereinbarung | 399 |
| XIII. Die Formbedürftigkeit der Freistellungsvereinbarung nach § 518 BGB | 400 |
| 1. Die Anwendung des Schenkungsrechts | 400 |
| 2. Die Unentgeltlichkeit der Freistellung | 400 |
| 3. Die dienstvertragliche causa für die Freistellungs- vereinbarung | 401 |
| 4. Die Eingehung einer Freistellungsverpflichtung durch einen Gesellschafter causa societatis | 402 |
| XIV. Die Erfassung von Bußgeldern und Geldstrafen durch die Freistellungsvereinbarung und die D&O-Versicherung | 403 |
| 1. Die Einschränkung der Steuerungsfunktion der Sanktionsnorm durch die Freistellung und die D&O-Versicherung | 403 |
| 2. Die Freistellung und die Versicherung bezüglich Sanktionen wegen Fahrlässigkeitstaten | 404 |
| a) Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verbote einer Freistellung und Versicherung bei Fahrlässigkeitstaten | 404 |
| b) Die Vereitelung der Steuerungswirkung des Straf- und Bußgeldrechts | 405 |

| | |
|---|-----|
| 3. Die Freistellung und die Versicherung bezüglich | |
| Vorsatztaten | 409 |
| a) Die grundsätzliche Sittenwidrigkeit der Freistellung | |
| und Versicherung bezüglich Vorsatztaten | 409 |
| b) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Freistellungs- | |
| gläubigers für die Erteilung einer Freistellungszusage | |
| wegen vorsätzlicher Straftaten und Ordnungswidrigkeiten | 411 |
| 4. Die Begrenzung der Freistellung eigener Organmitglieder | |
| von den Folgen einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat | |
| durch das Unternehmenswohl und § 266 StGB | 411 |
| a) Das Problem | 411 |
| b) Die Beurteilung der nachtatlichen Erstattung | |
| von Geldbußen und -strafen | 412 |
| aa) Die Privatunternehmen | 412 |
| bb) Die öffentlichen Unternehmen | 415 |
| c) Die Erstattung der Kosten der Rechtsverteidigung | |
| und § 266 StGB | 417 |
| aa) Die Privatunternehmen | 417 |
| bb) Die öffentlichen Unternehmen | 418 |
| (I.) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Tragung der | |
| Verfahrenskosten | 418 |
| (II.) Die Differenzierung zwischen vorsätzlich und | |
| fahrlässig begangenen Zuwiderhandlungen | 418 |
| (III.) Die Erstattung von Vereinbarungshonoraren oberhalb | |
| der gesetzlichen Gebührengrenzen | 419 |
| cc) Die Anwendung der Grundsätze auf ex ante getroffene | |
| Freistellungsvereinbarungen bezüglich der | |
| Verteidigungskosten | 420 |
| d) Die Rechtsfolgen einer wirksamen nachtatlichen Freistellung | |
| von Bußgeldern und Geldstrafen | 422 |
| | |
| H. Die Folgen eines Kontrollwechsels für die Freistellungs- | |
| vereinbarung und den D&O-Versicherungsvertrag | 423 |
| I. Das Problem | 423 |
| II. Die D&O-Versicherung | 423 |
| 1. Der Kontrollwerb und -verlust der Versicherungsnehmerin | |
| an Tochtergesellschaften | 423 |
| a) Die Rechtsfolgen des Kontrollerwerbs | 423 |
| aa) Das Absinken des Schutzniveaus bei flexibler | |
| Konzernpolice | 423 |
| bb) Der Erwerb der Gesellschaft während des Nachhaftungs- | |
| zeitraums | 425 |
| cc) Das Zusammentreffen zweier D&O-Versicherungen | |
| bei erworbener Gesellschaft und Erwerber | 425 |