

**Vorlesung Nr. 2099 Haftpflicht- und Versicherungsrecht
FS 2017
Zwei Doppellektionen**

**Directors and Officers Liability Insurance
(D&O-Versicherung bzw. D&O)**

Vorlesungen vom 4.5. und 11.5.2017

Master of Law (Legal Practice)

Prof. Dr. Moritz Kuhn
Rechtsanwalt
MME Legal AG
moritz.kuhn@mme.ch

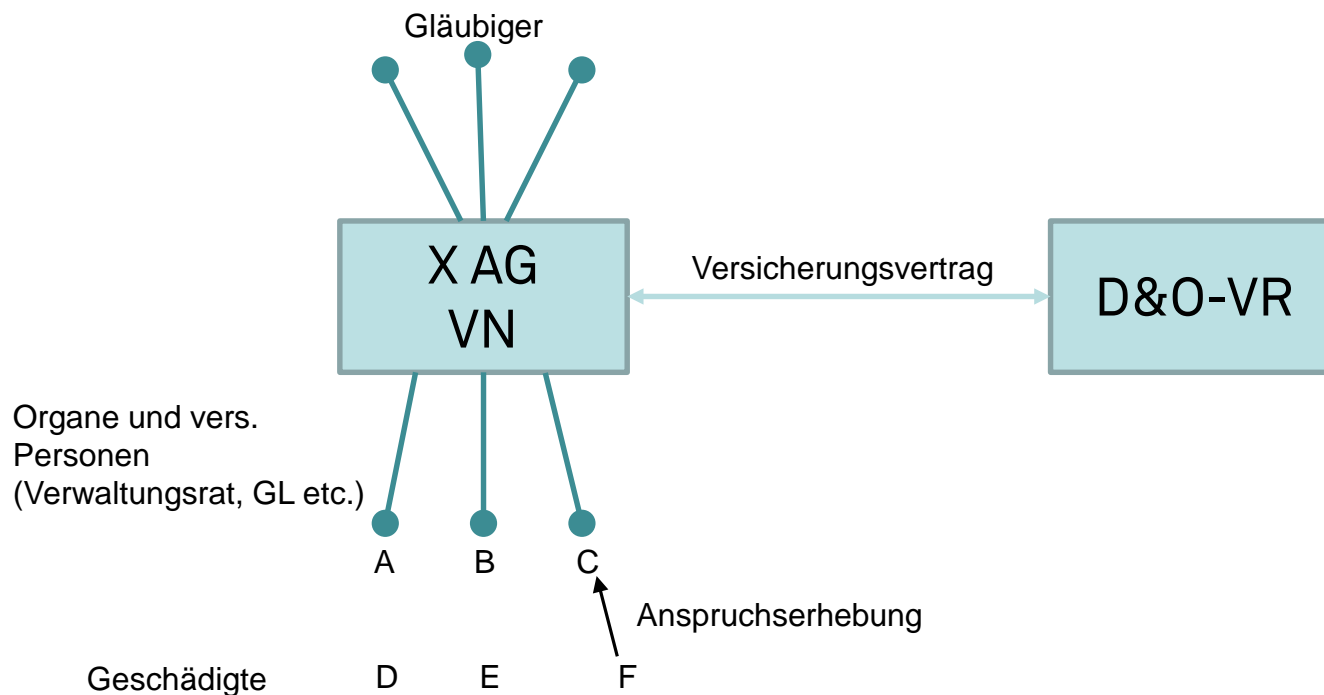
Einleitung (1)

Allgemeine Prinzipien des Versicherungsvertragsrechts

- Vorvertragliche Informationspflichten des VR
- Vertragsabschluss: keine Formvorschriften
- Pflicht des VR zur Ausstellung einer Police
- Police = Beweisurkunde
- Vorvertragliche Anzeigepflicht des Antragstellers (Art. 4 ff. VVG)
- Gefahrserhöhung (Art. 28 und 30 VVG)
- Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag
- Vertragsauflösung
- Zwingende Bestimmungen (Art. 97 und 98 VVG)

Einleitung (2)

D&O-Versicherung und Kollektivversicherung auf fremde Rechnung



Einleitung (3)

Persönliche Verantwortlichkeit von Organpersonen (versicherte Personen) – Haftungsnormen

- **Art. 752-760 OR:** Haftung Verwaltungsrat, GL und Revisionsstelle, faktische Organe (BGE 128 III 92; 117 III 442), Liquidationspersonen
- Personen, die mit der Gründung der Gesellschaft und Emission von Prospekten befasst sind (Art. 752 OR)
- Gilt auch für Genossenschaften: Kreditgenossenschaften und konzessionierte Versicherungsgesellschaften (Art. 920 OR)

Einleitung (4) – Klageberechtigte

- AG selber, Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft (Art. 754 Abs. 1 OR)
- Gläubiger erst bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (Art. 757 Abs. 1 OR): Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 122 III 166).

Einleitung (5)

Nur mittelbar geschädigte Aktionäre

- Vermögensminderung der Gesellschaft wegen Pflichtverletzung einer Organperson
- Auch in den Aktien verkörperter Anteil am Substanzwert reduziert sich
- Nur Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR)

Einleitung (6)

Bedeutung der Entlastung durch die GV

- Beseitigung des Klagerechts der Gesellschaft und der décharge zustimmenden Aktionäre
- Die Ansprüche der Gläubiger bleiben durch den décharge-Beschluss der GV erhalten.

D&O-Versicherung

Definitionen (1)

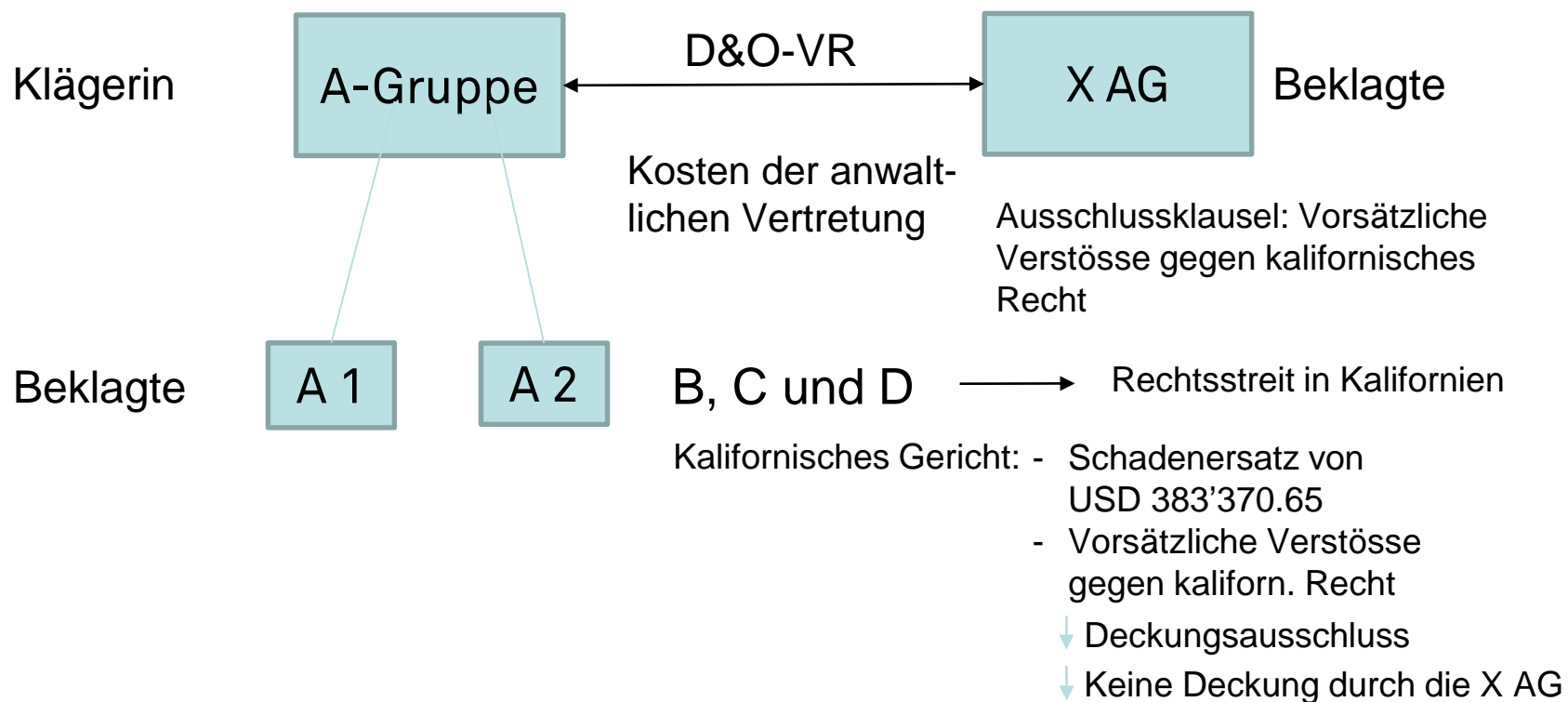
- Schutz der versicherten Organe vor der finanziellen Belastung, die ihnen durch Prozessführung und die Erfüllung von Haftungspflichtansprüchen entsteht.
- Diese Haftpflicht muss aus der Tätigkeit als Organ der Gesellschaft X AG (Verwaltungsrat, GL etc.) resultieren.

Definitionen (2)

- Der D&O-VR (VR) verpflichtet sich gegenüber dem Versicherungsnehmer (VN), der X AG, die gegen die versicherten Organe gerichteten Haftpflichtansprüche zu erfüllen,
- sofern ein **reiner Vermögensschaden** (1) und **kein Deckungsausschluss** vorliegt (2).
- Bezahlung berechtigter Ansprüche (Befreiungsanspruch) und Abwehr unbegründeter Ansprüche (Rechtsschutz).
- Organe sind die versicherten Personen. Der VN kann auch versichert sein.

Fall eines Deckungsausschlusses in einer D&O-Versicherung

Urteil Handelsgericht Zürich vom 23.11.2015; ZR 3/2016, S. 65-74



Definitionen (3)

- Die Geschädigten (VN oder dessen Konkursmasse, Gläubiger, Aktionäre) müssen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des haftpflichtigen Organs (1) und
- das Risiko einer faktischen Unmöglichkeit der Eintreibung der Forderungen (durch prozessuale Hindernisse) (2)

nur soweit tragen, als ihre Forderungen die nach Abzug der Kosten verbleibende Versicherungssumme übersteigen.

Versicherungsschutz (1)

- Schutz des Vermögens der versicherten Organe, nicht des Vermögens des VN (X AG), der die Prämie bezahlt.

- **Aber:**
 - Schäden, welche der VN durch ein Fehlverhalten der Organpersonen erleidet, sind grundsätzlich gedeckt.¹

 - obwohl es sich eigentlich um Eigenschäden handelt (sonst in der Haftpflichtversicherung ausgeschlossen).

¹Sicherheitshalber sollte in der Police explizit erwähnt werden, dass auch der VN versicherte Person ist.

Versicherungsschutz (2)

Eigenschäden des VN

- Die Deckung dieser Art von Eigenschäden = **generelles Charakteristikum von D&O-Vers.** (vgl. Folien 13 und 14).
- Solche Regelungen finden sich auch in Einzelversicherungen von Organen, d.h. in um die Organhaftpflicht erweiterten Berufshaftpflichtpolicen und in der Versicherung von Revisionsgesellschaften (Max Haller, Organhaftung und Versicherung, Diss. Zürich 2008, S. 163 N 929).

Versicherungsschutz (3)

Abwehripflicht des VR bei Eigenschäden

- Wenn der VR eine vertragliche **Abwehripflicht** übernimmt, vertritt der VR die Organperson gegen den VN (X AG) prozessual, obwohl die Gesellschaft VN und Prämienzahlerin ist.
- In der Schweiz sind derartige Klagen selten, solange der VN nicht in Konkurs fällt.
- Im Konkursfall muss die Konkursmasse des VN damit rechnen, bei Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den VR antreten zu müssen.

Versicherungsschutz (4)

Indemnification durch den VN "Company Reimbursement"

- Vereinbarung, die es dem versicherten VN erlaubt, diejenigen Kosten und Schadenersatzzahlungen, welche er gegenüber einem Organ aufgrund einer vertraglichen Schadloshaltung ("Indemnification") im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage erbringen musste, durch den VR zurückerstattet zu bekommen.
- International übliche Klausel.

Versicherungsschutz (5)

Beispiel aus der Praxis, AVB von Lloyd's

Art. 3 Versicherte Personen

Versicherungsschutz besteht für:

Abs. 3.1

die ehemaligen, gegenwärtigen und zukünftigen Organe des Versicherungsnehmers, namentlich die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, der internen Revisionsstellen, die Liquidationsorgane, sofern von der Generalversammlung autorisiert, **sowie für sämtliche Mitarbeiter, die in wesentlichen Aufgabenbereichen des Versicherungsnehmers selbständige Entscheidungsfunktion** besitzen (faktische Organe) und Mitarbeiter, sofern diese mit einem oder mehreren Organen Mitbeklagte oder Mitbeschuldigte sind. [Hervorhebung]

Versicherungsschutz (6)

Schadloshaltung des Organs

Art. 5 Umfang der Versicherung

Abs. 5.3

Wird wegen einer gesetzlichen, statutarischen oder vertraglichen Pflicht oder durch das Bestehen einer solchen Möglichkeit das Organ durch den Versicherungsnehmer oder dessen Tochtergesellschaften schadlos gehalten, so geht der Anspruch auf die Versicherungsleistungen auf den Versicherungsnehmer oder dessen Tochtergesellschaften über.

Versicherungsschutz (7)

- **Haftpflichtversicherung:**
normalerweise Gewährung des passiven Rechtsschutzes (Abwehranspruch bzw. "duty to defend").
- **D & O: in der CH:**
 - Zumeist nur Ersatz der Prozess- und Anwaltskosten.
 - Führt häufig zu Differenzen (oftmals müssen die Abwehrmassnahmen vom VR genehmigt werden).

Versicherungsschutz (8)

■ Befreiungsanspruch:

- a. Verpflichtung des VR zur Befreiung der vers. Person von den gegen sie erhobenen Ansprüchen, die nicht erfolgreich abgewehrt werden konnten.
- b. nicht identisch mit dem **Rechtsschutzanspruch** (= Abwehranspruch: "**duty to defend**")

Versicherungsschutz (9)

- "Duty to defend" / Rechtsschutzfunktion:
 - a. Es bedarf einer speziellen Vereinbarung in der D&O Police;
 - b. Verhandlungsführung des VR anstelle der vers. Person mit den Geschädigten (Vergleiche; Instruktion des Anwalts; Übernahme der Prozess- und Anwaltskosten; Ausübung der Prozessherrschaft).
 - c. Der VR kann sich auch nach Erschöpfung der Vers.summe nicht vom Verfahren zurückziehen.

Versicherungsschutz (10)

AVB Organhaftpflichtversicherung von Lloyd's (Abraxas) - KCI-08-05

Art. 5 Umfang der Versicherung

Abs. 5.1

Der Versicherungsschutz umfasst sowohl die Abwehr unbegründeter [Rechtsschutzfunktion/"duty to defend"] als auch die Befriedigung begründeter Schadenersatzansprüche. [Befreiungsanspruch]

Abs. 5.2

Wird in einem Strafverfahren wegen eines Ereignisses, das einen versicherten Haftpflichtanspruch zur Folge haben kann, die Bestellung eines Verteidigers vom Versicherer gewünscht oder ein bereits bestellter Verteidiger vom Versicherer genehmigt, so trägt dieser die gemäss Gebührenordnung, die mit dem Verteidiger besonders vereinbarten höheren Kosten.

Abwehrkosten oder Kosten im Zusammenhang mit administrativen oder aufsichtsrechtlichen Untersuchungen sind gedeckt mit einer Sub-Limite von CHF 250'000.--.

Versicherungsschutz (11)

Art. 5 Umfang der Versicherung

Abs. 5.10

Werden Schadenersatzansprüche gleichzeitig gegen versicherte Personen als auch gegen die **versicherte Gesellschaft**¹ gestellt oder betreffen Schadenersatzansprüche gegen versicherte Personen zugleich von dieser Versicherung erfasste Sachverhalte, dann trägt der VR 100 % der Abwehrkosten (Abwehr-, Expertisen-, Anwalts- und Gerichtskosten sowie Parteientschädigungen usw.) dieser Schadenersatzansprüche. Die Allokation des eigentlichen Vermögensschadens erfolgt fair und angemessen. [Hervorhebung]

¹Also ist auch der VN mitversichert.

Versicherungsschutz (12)

Art. 11 Schadenbehandlung

Art. 11

Abs. 11.2

Der VN wählt einen Anwalt nach Rücksprache mit dem VR, welcher seine Zustimmung nicht unverhältnismässig verweigert.

Wird einem Organ eine Prozessentschädigung zugesprochen, so steht diese, soweit diese nicht zur Deckung der persönlichen Auslagen bestimmt ist, dem VR zu.

Versicherungsschutz (13)

Art. 12 Vorschuss der Abwehrkosten

Der VR **schiesst der vers. Person(en)** oder der Gesellschaft unter allen Deckungen gemäss dieser Police die **Abwehrkosten vor, bevor über den Versicherungsschutz unter dieser Police entschieden ist.** [Hervorhebungen]

Falls auf im Voraus geleistete Zahlungen unter diesem Artikel kein Anspruch besteht, müssen die versicherte Person(en) oder die Gesellschaft dem VR diese anteilmässig vollständig zurückbezahlen.

Mögliche Interessenkonflikte durch Prozessführungsrecht des VR

- Ablehnung Deckungsschutz durch den VR.¹
- Abschluss eines Vergleichs gegen den Willen des versicherten Organs;
- In der Schweiz selten.

¹Z.B. wegen Ausschlussklausel.

Verfüugungsmacht des VN

- Die Verfügungsmacht über die Versicherungsdeckung liegt beim VN, nicht beim versicherten Organ;
- Der VN entscheidet über den Fortbestand des Versicherungsvertrages;
- Probleme im Konkursfall: Konkursverwaltung führt den Versicherungsvertrag oft nicht weiter;
- Prämienzahlung durch Konkursverwaltung ist nicht sichergestellt = Risiko der versicherten Organe.

Kreis der versicherten Personen in der D&O-Vers.

- VN¹
- Geschäftsführung
- De-facto-Organe
- Revisionsstelle nicht erfasst (eigene Vers.)
- **BGE 132 III 523, 529 f. E. 4.6:**
Lässt auch jur. Personen entgegen Art. 707 Abs. 3 OR als faktische Organe zu.

¹Sollte in der Police explizit erwähnt werden.

Haftung und Deckung (1)

- Haftung und Deckung sind nicht identisch.
- Rechtsschutzfunktion des VR (oder reine Kostentragung): VR muss gemäss Art. 12 der Lloyd's Police Leistungen erbringen, bevor die Deckungsfrage geklärt ist (vgl. Folie 18).
- Besteht keine Deckung (die Deckungsfrage ist oftmals erst nach Jahren geklärt), will der VR die Leistungen zurückfordern.

Haftung und Deckung – Interessenkonflikt (2)

- Interessen VR und vers. Organe nicht immer deckungsgleich.
- VR willigt in Vergleich ein, das vers. Organ bestreitet jedoch die Haftung.
- VR verzichtet damit auf die Möglichkeit, die Deckung abzulehnen.
- Geschädigte sind motiviert, einen Vergleich mit dem VR abzuschliessen, entgegen den Interessen des vers. Organs.

Haftung und Deckung (3)

- **Verwaltungsräte ohne greifbares Vermögen:**
Es nützt den Geschädigten nach jahrelangem Prozessieren gegen das vers. Organ nichts, wenn sie obsiegen, der VR aber – gestützt auf das Beweisergebnis – die Deckung ablehnt (Leistungsstörung im Versicherungsvertrag).
- Der VR erspart sich die Schadenszahlung, bleibt aber allenfalls auf seiner Rückforderung (bezüglich der geleisteten Abwehrkosten) sitzen.

Haftung und Deckung (4)

Voraussetzungen der Deckung

- Gültiger Versicherungsvertrag.
- Abdeckung des versicherten Ereignisses und der schädigenden Personen (Organe).
- Anspruchserhebung des Geschädigten gegenüber dem versicherten Organ während der Vertragslaufzeit.
- Keine versicherungsrelevanten Leistungsstörungen (Prämienzahlung; keine Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht; kein Rücktritt wegen wesentlicher Gefahrserhöhung; rechtsgültige Meldung des Schadenereignisses; Claims made-Prinzip; keine Obliegenheitsverletzung; kein Deckungsausschluss etc.).

Haftung und Deckung (5)

In der Praxis:

- Es ist attraktiver, gegen eine vers. Person mit sicherem Haftungssubstrat vorzugehen.
- Das zeigt sich deutlich am Beispiel der Revisionsstellen.

Selbstbehalte

- Zu Lasten des VN: Ist möglich und zulässig (bis zu mehreren 100 Mio. CHF).
- Individuelle Selbstbehalte: Bei genügender Versicherungskapazität auf dem Markt in der Schweiz üblich.

Risikotragung durch den VR

- Führt nicht zu Sorglosigkeit der vers. Organe.
- Versicherungssumme als maximale Haftungslimite.
- Deckungseinschränkungen (z.B. für Straf-, administrative und aufsichtsrechtliche Verfahren).

Versicherungsfall (1)

Zeitliche Zurechnungsvarianten:

- Verstoss- und Verursachungszurechnung („act committed“) – Verursacherprinzip.
- Manifestationstheorie bzw. Zeitpunkt der ersten Anzeichen einer Schädigung.
- Claims made-Prinzip

Versicherungsfall (2)

Claims made-Prinzip:

- Die Schäden werden derjenigen Police zugerechnet, welche zum Zeitpunkt der ersten verbindlichen Geltendmachung eines Haftungsanspruchs bestand (Zeitpunkt der Anspruchserhebung des Geschädigten beim versicherten Organ).
- Es besteht nicht eine Nach-, sondern eine Vorhaftung.
- Der Zeitpunkt der pflichtverletzenden Handlung ist irrelevant.

Versicherungsfall (3)

Form der Anspruchserhebung gegenüber dem versicherten Organ

- In der Regel schriftlich; in seltenen Fällen Klageeinleitung.
- Ist in der Police oder in den AVB zu regeln.
- Das versicherte Organ muss so rasch wie möglich den VR orientieren (Art. 38 VVG als dispositive Vorschrift).

Versicherungsfall (4)

- Kombination des Anspruchserhebungsprinzips mit Elementen des Verursachungs- oder Manifestationsprinzips.
- Zwecks Vermeidung von Missbräuchen.

Automatische Vertragsverlängerung

- Verlängerung um maximal ein Jahr (Art. 47 VVG).

Möglichkeit der präventiven Mitteilung

- Diese bewirkt, dass der Anspruch als während der Laufzeit der Police erhoben gilt.

Allgemeine Ausschlüsse

Vorsatz und Wissen

- Versicherungsvertraglicher Ausschluss des Vorsatzes
- Versicherungsvertraglicher Ausschluss des Wissens

Deckungslimiten

- Einmalgarantie pro Policendauer
- Maximierungsklausel
- Limiten pro Deckungsart bei kombinierten Deckungen

Serienschadenklausel

Später auftretende Ansprüche, welche auf die gleiche Ursache zurückzuführen sind, werden in zeitlicher Hinsicht dem ersten aufgetretenen Schadenfall zugerechnet.