

Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung

Vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten, Zurechnung von Wissen und Tatsachen (Severability) und Mischfallregelungen (Allokation)

Thomas M. Mannsdorfer*

Die Vermögensschadenversicherung für Unternehmensleiter (D&O-Versicherung) gewährt Organen Deckung für zivilrechtliche Haftungsansprüche aufgrund während ihrer Tätigkeit als Organ begangener Pflichtverletzungen. Nachdem die Grundzüge der D&O-Versicherung aufgezeigt werden, befasst sich dieser Aufsatz mit den oft kaum beachteten sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen. Dazu gehören vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten des Versicherungsnehmers und der versicherten Organe vor, während und nach Beendigung des Versicherungsvertrages, vor allem aber auch im Versicherungsfall. Im Weiteren wird die Wissenszurechnung (*Severability*) thematisiert, die Frage also, inwieweit einzelnen versicherten Personen das Verhalten und Wissen anderer versicherter Personen zuzurechnen ist. Mischfallregelungen (Allokationsklauseln) befassen sich schliesslich mit der Abgrenzung versicherter und nicht versicherter Sachverhalte (Teildeckung), versicherter und nicht versicherter Personen sowie auch von Ansprüchen gegen die (allenfalls nicht versicherte) Versicherungsnehmerin einerseits und gegen versicherte Personen andererseits.

L'assurance responsabilité civile des dirigeants mandataires sociaux (ou RC mandataires sociaux) – souvent désignée sous l'appellation d'assurance D&O (*Directors and Officers Liability*) – couvre la responsabilité civile encourue par les dirigeants de sociétés en cas de faute de gestion. Après un aperçu général de l'assurance D&O, cet article analyse les dispositions générales et les spécificités de l'assurance D&O. Ces dispositions contiennent, entre autre, les obligations légales et contractuelles du preneur et des personnes assurées, c'est-à-dire des dirigeants mandataires sociaux. Cet article distingue entre les obligations qui s'appliquent pendant la durée du contrat d'assurance, y inclus en cas d'assurance, et les obligations tant pré- que post-contractuelles. Une autre difficulté concerne l'imputation d'un comportement ou d'une connaissance d'une personne assurée à d'autres personnes assurées (*Severability*). Finalement, les clauses d'allocation règlent la répartition de l'indemnité en cas de couverture partielle, c'est-à-dire en présence soit d'actes causés par des personnes assurées et des personnes non assurées, soit par des personnes assurées et du preneur d'assurance, soit encore de faits couverts et de faits non couverts.

I. Grundlagen

Der erste Absatz befasst sich mit den Grundlagen zur Organhaftpflicht (A.), der D&O-Versicherung (B.) sowie den allgemeinen Versicherungsbedingungen für diese Versicherungsart (C.). Dieser Einleitung nachgestellt sind die spezifischen Ausführungen zu den sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung (II.).

* RA Dr. iur., LL.M. (Virginia), Transaction Risk Insurance Underwriter, HCC Global Financial Products, Barcelona. Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag zum selben Thema, den der Autor am 25. März 2010 an der «D&O Fachtagung 2010» in Zürich gehalten hat. Für die kritische Durchsicht des Manuskripts und nützliche Hinweise dankt der Autor Herrn Dipl.-Kfm. THOMAS A. HARMEYER, MBA, Regional Manager Germany, Austria & Switzerland, HCC Global Financial Products, Barcelona; Frau Assessorin KARIN MEISSNER, Head Group Liability Insurance, F. Hoffmann-La Roche Ltd., Basel; Herrn lic. iur. HSG PETER RUGGLE, Rechtsanwalt und Mediator, Aschwanden Peter & Partner, Zürich, sowie Frau RA EWA STYN, Claims Counsel, HCC Global Financial Products, Barcelona.

A. Organhaftpflicht

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen¹. Den aktienrechtlichen Haftungsregeln unterstehen aber auch Personen, die bei der Gründung (Art. 753 OR), bei der Ausgabe eines Emissionsprospekts (Art. 752 OR) oder bei Umstrukturierungen (Art. 108 Abs. 1–3 FusG) mitwirken. Kraft Verweisung gelten die Verantwort-

¹ Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Leitungs- und Aufsichtsorgane (Auswahl): BÖCKLI, Aktienrecht, 18 N 107 ff., 2392 ff.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 8 ff., 17 ff.; KRNETA, N 2016 ff., 455 ff.; KÄNZIG, 303 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 573 ff., 527 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 278 ff.

lichkeitsbestimmungen des Aktienrechts zudem auch für die Haftung von Organen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 827 OR) sowie weitgehend² für jene der Genossenschaft (Art. 916 OR). Art. 52 Abs. 1 BVG stipuliert sodann eine dem Aktienrecht nachgebildete Organhaftungsregelung für Vorsorgeeinrichtungen³. Sofern nicht nur Versicherungsschutz für privatrechtliche Haftungstatbestände gewährt wird, sind auch öffentlich-rechtliche Haftungsbestimmungen des Steuer-⁴ und Sozialversicherungsrechts zu beachten, die eine subsidiäre Verschuldenshaftung des Arbeitgebers bzw. der Organe der Gesellschaft für den Fall vorsehen, dass der Arbeitgeber bzw. die Gesellschaft die ausstehenden Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt. Gegenstand zahlreicher Verfahren ist insbesondere Art. 52 AHVG⁵, auf den auch Art. 66 IVG und Art. 6 AVIG verweisen.

Die zitierten Bestimmungen stipulieren eine persönliche Haftung⁶, die sich sowohl auf formelle – so etwa Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und in der Regel selbst Direktoren – als auch auf materielle, bloss faktische⁷ Organe erstreckt. Das schweizerische Recht sieht somit eine – sich zusehends ausweitende⁸ – persönliche Haftung für schuldhaft Pflichtverletzungen von Organpersonen vor.

Dabei finden die klassischen Haftungsvoraussetzungen der Verschuldenshaftung Anwendung: Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit (Pflichtverletzung) und Verschulden. Durch ihr Verhalten können Organpersonen Pflichten verletzen, die ih-

nen durch Gesetz, Verordnung, gesellschaftsrechtliche Satzung (z.B. Statuten) oder – nach nicht unumstrittener Ansicht – auch durch *Corporate-Governance-Vorschriften*⁹ auferlegt worden sind¹⁰. Für das Aktienrecht kann zudem insbesondere auf die in Art. 716a Abs. 1 OR statuierten Einzelpflichten für Verwaltungsratsmitglieder sowie auf die allgemeine Sorgfalts- und Treupflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verwiesen werden. Eine Pflichtwidrigkeit muss schuldhaft begangen worden sein, wobei jedes Verschulden, auch die bloss leichte Fahrlässigkeit ausreicht. Ob ein Verschulden vorliegt, wird dabei nach einem objektiven Sorgfaltsmassstab beurteilt¹¹, wobei sich eine Organperson spezielle Kenntnisse oder Fähigkeiten (z.B. bestimmte technische Fähigkeiten oder Rechtskenntnisse) anrechnen lassen muss¹². Keine Haftung besteht für sorgfältiges unternehmerisches Handeln¹³, einschliesslich für Geschäftsführungsentscheide, die sich zwar im Nachhinein als unzuweckmässig oder gar falsch herausstellen, aber innerhalb des geschäftlichen Ermessensspielraums und unter Einhaltung der Regeln der Entscheidungsfindung gefällt worden sind¹⁴.

Nach schweizerischem Recht können für den ihnen entstandenen Schaden neben der Gesellschaft auch die Aktionäre und Partizipanten (Art. 756 OR) sowie im Konkurs (Art. 159 ff. SchKG) oder beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) auch die Gesellschaftsgläubiger (Art. 757 OR) gegen Organpersonen eine Haftungsklage erheben.

² Nach dem Gesetzestext von Art. 916 OR ist allerdings – im Gegensatz zu Art. 754 OR – nur die Genossenschaft selbst anspruchsberechtigt.

³ Dazu weiterführend: HELBLING, N 14.4, 719 ff.; STAUFFER, N 1416 ff., 534 ff.

⁴ Siehe die Bestimmung zur Mithaftung in der neuen Fassung des Mehrwertsteuergesetzes (Art. 15 MwStG; i.K. seit dem 1. Januar 2010, AS 2009, 5203) sowie in Art. 15 VStG und Art. 55 DBG.

⁵ Aus der umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 126 V 61, 62; 123 V 172, 173; 112 V 1, 2 ff.; BGE 9C.204/2008 vom 6. Mai 2009, ius.focus 3/2009, mit Anm. PATRICK R. PEYER; vgl. ferner: GRONER ROGER, Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW/RSDA 2/2006, 81–91, 81.

⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 107, 2392 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 573, 527.

⁷ Bei faktischen Organen handelt es sich um Personen, die tatsächlich Entscheidungen treffen, welche nach der Vorstellung des Gesetzgebers formellen Organen vorbehalten sind, oder um Personen, die die eigentliche Geschäftsführung selbständig und eigenverantwortlich besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 128 III 29, 30; 123 III 414, 418; 122 III 225, 227; 420 f.; BGE 4C.307/2001, vom 14. März 2002, E.2.b; BGE 117 II 570, 571 f.; sodann: BÖCKLI, Aktienrecht, 18 N 109, 2393 f.; VILLA, 71 ff.). Es braucht dafür konkrete Handlungen. Zudem muss der Einfluss des faktischen Organs zumindest auf eine gewisse Dauer ausgerichtet sein (BGE 128 III 29, 30). Schliesslich kann auch einer juristischen Person faktische Organeigenschaft zukommen (KRNETA, N 2076, 470).

⁸ BÖCKLI, Verwaltungsräte, 4. Danach muss sich insbesondere auch das nicht exekutive Verwaltungsratsmitglied mit einer ganzen Reihe von haftungsrelevanten Aufgabenerweiterungen auseinandersetzen.

⁹ Als *Corporate Governance (CG)* bezeichnet man den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens. Im Unterschied zu den Statuten (Art. 626 ff. OR für die Aktiengesellschaft) und – sofern bei Übertragung der Geschäftsführung erforderlich – dem Organisationsreglement (Art. 716b OR für die Aktiengesellschaft), die hauptsächlich die Binnenordnung der Gesellschaft bzw. des Verwaltungsrates betreffen, regelt die *Corporate Governance* auch Fragen der rechtlichen und faktischen Einordnung des Unternehmens in sein Umfeld (z.B. im Kapitalmarkt). In der Schweiz ist der vom Wirtschaftsdachverband *Economiesuisse* herausgegebene *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* zum Referenzwerk geworden, das weit über seinen primären Anwendungsbereich für kotierte Unternehmen hinausstrahlt (kritisch zur *Corporate Governance*: BÖCKLI, *Corporate Governance*, 39 ff.). Der *Swiss Code* ist in das Rahmenwerk des geltenden Rechts eingefügt und enthält insbesondere Regeln zu den Aufgaben, zur Zusammensetzung und zur Arbeitsweise des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung. Er kann deshalb auch zur Bestimmung der vom Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung anzuwendenden Sorgfalt herangezogen werden (a.M. ARMBRÜSTER, 1296, da es sich nicht um Gesetzesrecht handle; kritisch und mit Hinweisen zur umstrittenen Diskussion: BÖCKLI, Aktienrecht, 18 N 153 ff., 2408 f.).

¹⁰ Dazu ausführlich: FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 90 ff., 39 ff.; KRNETA, N 2078 ff., 470 f.

¹¹ Es stellt sich somit die Frage, wie ein «normales» Organ (z.B. ein Verwaltungsrat) angesichts seiner Kenntnis, Erfahrung und der zumutbaren Aufmerksamkeit in derselben Situation pflichtgemäss gehandelt hätte (BÖCKLI, Aktienrecht, 18 N 115, 2396; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 137, 54; KRNETA, N 2085, 472; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 282).

¹² FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 141, 55; KRNETA, N 2087, 472.

¹³ BAUEN/VENTURI, N 734 ff., 285 ff.; NIKITINE, 126.

¹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, 13 N 582, 1772 f.; GRASS, 105 ff.; PFEIFER, 17.

B. D&O Versicherung

Die D&O-Versicherung¹⁵ (Vermögensschadenversicherung für Unternehmensleiter)¹⁶ ist eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe juristischer Personen¹⁷, insbesondere des Privatrechts¹⁸. Sie gewährt Versicherungsschutz, falls eine versicherte Person wegen einer im Rahmen der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen (z.B. Art. 754 OR) erstmals während der Versicherungs- oder Nachhaftungsperiode für einen reinen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird¹⁹. Die D&O-Versicherung richtet sich nach dem Anspruchserhebungsprinzip (*Claims Made*)²⁰ und deckt die beschriebene persönliche Haftung von Organpersonen. Nicht Sinn und Zweck der D&O-Versicherung ist dagegen die Deckung des unternehmerischen Risikos, welches ja auch keine Haftung begründet (vorstehend, S. 223).

Die D&O-Versicherung ist ein privatrechtlicher Versicherungsvertrag nach Art. 1 ff. VVG, der vom Unternehmen²¹ zugunsten seiner gegenwärtigen und zukünftigen Organpersonen abgeschlossen wird²². Dabei bezahlt das Unternehmen in der Regel die Versicherungsprämie für diese Kollektivversicherung^{23, 24}. Die D&O-Versiche-

rung schützt vorwiegend das wirtschaftliche Interesse Dritter, insbesondere jenes der versicherten Organpersonen²⁵. Es handelt sich deshalb um eine Versicherung für fremde Rechnung (Art. 16 Abs. 1 VVG/Art. 9 Abs. 1 E-VVG)²⁶. Die Versicherung kann allerdings ebenfalls gesonderte Deckungselemente zugunsten der Versicherungsnehmerin aufweisen.

Entsprechend den für die Haftpflichtversicherung geltenden Grundsätzen bietet die D&O-Versicherung Schutz für die Abwehr unbegründeter (Abwehrdeckung) und zur Befriedigung begründeter (Haftpflichtdeckung) Schadenersatzansprüche²⁷. Die D&O-Versicherung schützt in erster Linie – je nach Vertrag auch ausschliesslich – das Privatvermögen der in Anspruch genommenen Organpersonen (persönlicher Schutz), teilweise aber auch das Vermögen des Unternehmens vor Schäden durch fehlerhaftes Managerverhalten (Unternehmensschutz)²⁸.

Nach angelsächsischem Muster unterscheidet man in der D&O-Versicherung typischerweise die folgenden Versicherungsklauseln (*Insuring Agreements*):

- *Side A (Direct Coverage*; Deckung für Ansprüche gegen natürliche Personen in ihrer Funktion als Organ der Versicherungsnehmerin)²⁹: Die erste Versicherungsklausel deckt die persönliche Haftpflicht versicherter individueller, d.h. natürlicher Organpersonen für Ansprüche, die gegen diese wegen Pflichtverletzungen in ihrer Eigenschaft als Organ der Versicherungsnehmerin (bzw. deren mitversicherten Tochtergesellschaften) durch Dritte geltend gemacht werden (z.B. durch Aktionäre, die Gesellschaft, Gesellschaftsgläubiger, den Konkurs- oder Sachwalter, Aufsichtsbehörden oder Selbstregulierungsorganisationen, Arbeitnehmer oder andere Dritte, wie etwa Geschäftspartner)³⁰.

¹⁵ Zur Geschichte der D&O-Versicherung, die in Deutschland bereits auf das 19. Jahrhundert zurückgeht: BRINKMANN, 22 ff.; PLÜCK/LATTWEIN, 187 ff.

¹⁶ Das international etablierte Kürzel «D&O» steht für «*Directors & Officers*» (D&O-Versicherung = *Directors & Officers Liability Insurance*).

¹⁷ LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 45, 1855.

¹⁸ Die D&O-Versicherung kann jedoch auch für Organe juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie gemischtwirtschaftlicher Unternehmen oder mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betrauter privater Rechtsträger abgeschlossen werden (z.B. Verwaltungsratsmitglieder öffentlicher oder halböffentlicher Banken oder Versicherungen).

¹⁹ Zum Begriff: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 1 ff., 1478 f.; HALLER, N 413 ff., 174 ff.; HALM/ENGELBRECHT/KRAHE/HELD, 33 N 1 ff., 1758 f.; IHLAS, 53 ff.; OSSWALD, 22; PLÜCK/LATTWEIN, 190; RIES/PEINIGER, 149; SCHMITT, 101 ff.; SCHRAMM, 147.

²⁰ In der Schweiz wird das Anspruchserhebungsprinzip (*Claims Made*) vor allem bei Berufshaftpflicht- und Rechtsschutzversicherungen (SCHAEER, Versicherungsrecht, 16 N 33, 459), aber gerade auch im Bereich der Organhaftpflichtversicherung angewandt. Dasselbe gilt für Deutschland, wo das Oberlandesgericht München kürzlich bestätigt hat, dass die Klauseln zur Geltung des *Claims-made*-Prinzips in den AVB eines Versicherers über eine D&O-Versicherung nicht überraschend und somit zulässig seien (OLG München, Urteil vom 8.5.2009, 25 U 5136/08, VersR 60 [2009], Nr. 23, 1066–1068).

²¹ In der Regel handelt es sich dabei um (Kapital-)Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Es bestehen allerdings bei verschiedenen Versicherungsgesellschaften Bestrebungen, mit der klassischen D&O-Versicherung verwandte Produkte für Personengesellschaften – bei denen die Haftung eine ganz andere ist – zu entwickeln. BANDLE, N 43, 19.

²² Dabei handelt es sich um eine Versicherung, bei welcher die versicherten Personen (oder Sachen) nicht individuell im Versicherungsvertrag bestimmt und erwähnt werden. Vielmehr genügt es, wenn diese im Versicherungsfall bestimmbar sind (BRULHART, § 6, N 141 f., 49).

²³ BANDLE, N 43, 19; BAUEN/VENTURI, N 827, 315; BÜCKLI, Aktienrecht, 13 N 875, 1902.

²⁵ Die D&O-Versicherung schützt allerdings mittelbar – wie jede andere Haftpflichtversicherung – auch die Interessen Geschädigter, nämlich durch die Sicherstellung einer Haftungsmasse. Dieses Argument ist beispielsweise in Deutschland Grundvoraussetzung für die steuerliche Anerkennung als Betriebsausgabe.

²⁶ LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 34 ff., 1852 ff. und N 45, 1855; TERBILLE/SIEG, N 61 ff., 980 ff.

²⁷ OLG München, Urteil vom 15.3.2005 – 25 U 3940/04, VersR 2005, 540, 541 f.; BAUEN/VENTURI, N 829, 316 f.; BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 10 f., 1485 f.; HALM/ENGELBRECHT/KRAHE/HELD, 33 N 26, 1776; OSSWALD, 53 ff.; THÜMMEL, N 462, 214.

²⁸ RIES/PEINIGER, 149.

²⁹ Erläuternd: IHLAS, 323; KNEPPER/BAILEY, § 24-1, 385; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.03[2][a]; O'LEARY, 1 f.

³⁰ Zu beachten ist allerdings, dass D&O-Versicherungen, im Bestreben rechtsmissbräuchliche Auswüchse zu beschränken, teilweise eine mehr oder weniger weit gefasste Haftungsausschlussklausel für Innenansprüche, d.h. für Ansprüche versicherter Personen untereinander (*insured versus insured*) vorsehen, so etwa für Klagen einer Organperson (oder teilweise auch der Gesellschaft) gegen eine andere Organperson (HALLER, N 656 ff., 265 ff.; O'LEARY, 135 ff.; SCHMITT, 146 ff.; SCHWEINGRUBER, 36). In der Praxis wird dieser Ausschluss zunehmend auf die Innenhaftung in Common-Law-Ländern oder sogar nur auf jene in den Vereinigten Staaten beschränkt.

– *Side B (Corporate Reimbursement; Haftungsfreistellung oder Firmenenthaltungserstattung)*³¹: Ist die Gesellschaft verpflichtet oder wird es der Gesellschaft gestattet, ihre Organe aufgrund statutarischer, vertraglicher³² oder allenfalls gesetzlicher Bestimmungen schadlos zu halten (*Indemnification*), geht der Versicherungsschutz bei bestehender *Side-B*-Deckung und tatsächlich erfolgter Schadloshaltung durch die Gesellschaft auf diese über³³. Das Schadloshaltungsversprechen umfasst Kosten, die der Organperson bei der Abwehr gegen diese erhobener – begründeter oder unbegründeter – Ansprüche entstehen (Aufwendungsersatz). Zusätzlich umfasst die *Side-B*-Deckung auch die Restitution von im Rahmen eines Vergleichs, Gerichts- oder Schiedsverfahrens dem Anspruchsteller tatsächlich bezahlten und nach verantwortungsrechtlichen Kriterien geschuldeten³⁴ Schadenersatzes³⁵. Sofern diese Zahlungen der Gesellschaft im Rahmen der mit der in Anspruch genommenen Organperson getroffenen Enthaltungsvereinbarung erfolgen, erhält die vorleistende Gesellschaft maximal in Höhe der Deckungssumme Ersatz vom D&O-Versicherer. Auch wenn Allein- oder Mehrheitsaktionäre sowie grössere, teils börsenkotierte (Konzern-)Gesellschaften regelmässig zugunsten ihrer Organe Schadloshaltungsversprechen abgeben, ist es umstritten, ob und inwieweit dies nach schweizerischem Recht zulässig ist³⁶. Ein Teil der Lehre qualifiziert entsprechende Vereinbarungen als unwirksam bzw. nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR)³⁷. Ebenso gewichtige (BÖCKLI) und scheinbar die Oberhand gewinnende Stimmen erachten die Enthaltungsvereinbarung dagegen als zulässig³⁸. In der Praxis entfalten Enthaltungsklauseln teilweise nur Wirkung, sofern der in Anspruch genommenen Organperson bloss eine leichte oder mittlere Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden

kann³⁹. Nicht gedeckt ist grobfahrlässiges oder vorsätzliches Fehlverhalten.

- *Side C (Securities Entity Coverage; Unternehmensdeckung)*. Versichert wird bei der *Side-C*-Deckung ein bestimmtes Wertpapierisiko, das man mit «*Securities-Entity*-Deckung» umschreiben kann. Diese Deckung gewährt einen Schutz für den Fall, dass ein versichertes Unternehmen, d.h. der Versicherungsnehmer und gegebenenfalls mitversicherte Tochtergesellschaften, wegen einer Pflichtverletzung von einem Dritten für einen aus einem regulierten Wertpapiergeschäft entstandenen Vermögensschaden in Anspruch genommen wird. Dieses Deckungselement ist insofern atypisch, als eine Haftung der Organpersonen nicht zwingend erforderlich ist⁴⁰.
- *Defense Costs* (Abwehrkosten, Rechtsverfolgungskosten). Die D&O-Versicherung deckt sodann angemessene und notwendige Kosten für die Abwehr unbegründeter Ansprüche, insbesondere also die Kosten für Anwälte, Experten und Sachverständige. In der Praxis ist dieses Deckungselement äusserst wichtig und nicht selten erschöpft sich die Leistung der Versicherung mit der Erstattung der entstandenen Abwehrkosten. Die Abwehrkosten sind dabei in der Schweiz und in den meisten anderen Rechtsordnungen – anders als etwa in Italien (vgl. Art. 1917 CCit)⁴¹ – Teil der Versicherungssumme und stehen nicht zusätzlich zu dieser zur Verfügung. Im Weiteren werden teilweise zudem auch Kosten aufgrund staatlich eingeleiteter Untersuchungen, Ermittlungen, Prüfungen oder Nachforschungen gegen versicherte natürliche Personen in ihrer Organfunktion beim Versicherungsnehmer oder einem mitversicherten Tochterunternehmen vom Versicherer erstattet (*Investigation Costs*; Untersuchungs- und Ermittlungskosten).

Eine D&O-Police besteht in der Regel aus einer *Side-A*- und einer *Side-B*-Deckung. Vor allem in Zeiten des weichen Marktes (Käufermarkt; *soft market*) sowie bei Risiken, welche in den Vereinigten Staaten von Amerika ein Börsenlisting⁴² haben⁴³, schliessen D&O-Versicherungen regelmässig eine *Side-C*-Deckung ein,

³¹ Erläuternd: BANDLE, N 45, 19 f.; DREHER, 300; HALLER, N 631 ff., 254 ff.; IHLAS, 324 ff.; KNEPPER/BAILEY, § 24-2, 386; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.03[2][b]; O'LEARY, 2; OSSWALD, 36 ff.; SCHWEINGRUBER, 33.

³² In der Regel aufgrund eines Arbeits- oder Mandatsvertrages (z.B. BAUEN/VENTURI, N 835, 318).

³³ D.h. auf die Versicherungsnehmerin sowie die allenfalls mitversicherten Tochterunternehmen.

³⁴ BAZZANI, 84.

³⁵ NIKITINE, 75 f.; RUFFNER, 223.

³⁶ Ausführlich und abwägend: BANDLE, N 468 ff., 191 f.

³⁷ HALLER, N 632, 255; FORSTMOSE/SPRECHER/TÖNDURY, N 5, 15 und N 247, 80; RUFFNER, 222 ff. Eine Begründung, die von den Verfechtern der Unzulässigkeit angefügt wird, liegt darin, dass Indemnifikationszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen stammten und daher die zwingenden gesetzlichen Haftungsbestimmungen umgingen. Beim Eintritt einer D&O-Versicherung trifft dies m.E. jedoch nur bedingt zu, wird doch gerade durch die Zahlung bzw. Vergütung der Versicherung die Passivseite in der Bilanz der Gesellschaft wieder ausgeglichen.

³⁸ BAUEN/VENTURI, N 814 f., 311; BAZZANI, 80 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, 13 N 866, 1899; CATALAN, 19 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 374, mit dem Hinweis, dass derartige Abmachungen nur so gut wie die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft seien; NIKITINE, 75 f.

³⁹ BAUEN/VENTURI, N 814, 311; BÖCKLI, Aktienrecht, 13 N 866, 1899; KÄNZIG, 315 f.

⁴⁰ IHLAS, 328.

⁴¹ Nach Art. 1917 CCit betragen Abwehrkosten in Italien 25% der Versicherungssumme. Die Übung im Markt geht davon aus, dass diese 25% zusätzlich zur Versicherungssumme geschuldet sind. Die meisten Anbieter offerieren daher die Deckung von Abwehrkosten im Umfang von 25% der Versicherungssumme zusätzlich zu dieser.

⁴² IHLAS, 328; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.03[2][c]; O'LEARY, 2.

⁴³ In Schweizer Policen ist die *Side-C*-Deckung oft auch bei nur SIX-kotierten Unternehmen anzutreffen. Die reale Bedeutung der *Side-C*-Deckung ist allerdings aufgrund der *SEC Rules* bei US-kotierten Unternehmen deutlich nachhaltiger.

durch welche die Versicherungsnehmerin (Gesellschaft) im Rahmen der gerade beschriebenen Deckung direkt begünstigt wird.

Möglich, aber in der Praxis eher selten ist schliesslich die Abdeckung einzelner Mandate durch individuelle Versicherungsverträge (Einzelversicherungen)⁴⁴. Es liegt in diesem Fall eine Eigenversicherung vor, bei welcher der Versicherungsnehmer (Mandatsträger) zugleich der Versicherte ist. Davon zu unterscheiden ist die regelmässig, aber je nach Anbieter in unterschiedlicher Ausgestaltung in der Kollektivversicherung enthaltene Deckung für *Outside Directors* (ODL-Deckung). Dieser Deckungsbaustein zielt auf Mitarbeiter des Versicherungsnehmers bzw. eines mitversicherten Tochterunternehmens ab, die eine Organstellung ausserhalb des Unternehmens oder Konzerns wahrnehmen⁴⁵.

D&O-Versicherungsverträge sind je nach Anbieter unterschiedlich strukturiert, enthalten aber regelmässig die folgenden Elemente: (i) Beschreibung des Hauptdeckungsinhalts in Form von Versicherungsklauseln; (ii) Deckungserweiterungen; (iii) Begriffsdefinitionen⁴⁶; (iv) Deckungsausschlüsse⁴⁷, (v) Bestimmungen zum zeitlichen, örtlichen, sachlichen und summenmässigen Deckungsumfang und (vi) zur Anzeige, Minderung, Regulierung und Erledigung von Schäden sowie zur Abwehr unbegründeter Ansprüche. Redaktionell regelmässig am Schluss der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) befinden sich die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen (vii), mit denen sich dieser Aufsatz vor allem befasst.

C. D&O-Versicherungsbedingungen

Allgemeine Geschäfts- oder Vertragsbedingungen sind vertragliche Bestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten «Typs» generell vorformuliert werden⁴⁸. Es handelt sich um vorformulierte und vorformulierte Vertragsinhalte⁴⁹. Anders als etwa in Deutschland gibt es in der Schweiz noch keine gesetzlich normierte allgemeine Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbestimmungen (AGB), wobei eine ungewöhnliche Bestimmung, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus

ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, unverbindlich ist⁵⁰. Geschäftsunerfahrene Kunden müssen auf solche Klauseln besonders hingewiesen werden. Die Ungewöhnlichkeitsregel dient denn in der Praxis auch bereits heute als versteckte Inhaltskontrolle⁵¹. Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen gelangt zudem die Unklarheitenregel zur Anwendung, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zulasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (*interpretatio contra proferentem*)⁵².

Diese Regeln finden auch auf Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) Anwendung. Art. 33 VVG, nicht dagegen der Vorentwurf zum neuen Versicherungsvertragsgesetz⁵³, erwähnt die Unklarheitenregel sogar ausdrücklich. Seit dem Wegfall der vorgängigen Genehmigungspflicht von AVB durch die Versicherungsaufsichtsbehörde (*prior approval system*) im Jahre 2006⁵⁴ hat die teils mangelhafte Inhaltskontrolle aus Sicht der Versicherten an Bedeutung gewonnen.

Die D&O-Versicherung ist eine Unterart der Haftpflichtversicherung. Vor allem bei Konzernen oder grösseren Unternehmen werden die Versicherungsbedingungen oft zwischen den Vertragsparteien individuell ausgehandelt oder bestehende AVB zumindest an die spezielle Risikosituation des Kunden angepasst. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass es sich bei internationalen, börsenkotierten oder sonst grossen Unternehmen mit eigener Versicherungs- und/oder Rechtsabteilung um geschäftserfahrene Parteien handelt, die sich kaum auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen können. Vertragsverhandlungen finden auf «gleicher Augenhöhe», mit vergleichbarem Wissensstand statt. Dasselbe gilt, wenn der Versicherungsnehmer einen spezialisierten Versicherungsvermittler (Broker, Makler) eingeschaltet haben sollte (Art. 40 ff. VAG sowie 67 ff. E-VVG).

Vom Gesetzgeber (Art. 97 f. VVG/Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Anhang 1 Ziff. 1 und 2 E-VVG) – und auch im nachfolgenden Text – als zwingend oder teilzwingend (bzw. halbzwingend) bezeichnete Bestimmungen sollen die schwächere Vertragspartei schützen und einen

⁴⁴ BAUEN/VENTURI, N 826, 315; BÖCKLI, Aktienrecht, N 873, 1901; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 250, 81.

⁴⁵ Ausführlich: IHLAS, 341 ff.

⁴⁶ Vor allem angelsächsische Versicherer neigen zu zahlreichen und extensiven Begriffsdefinitionen, die auch haftungsbegrenzend wirken können.

⁴⁷ Siehe weiterführend zu den üblicheren Ausschlüssen in D&O-Versicherungen: BANDLE, N 53 ff., 22 ff.; BAUEN/VENTURI, N 843 ff., 320 f.; IHLAS, 453 ff.; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGOERFER, § 8.01; OLBRICH, 178 ff.; RIES/PEINIGER, 167 ff.; SCHILLING, 51; SCHWEINGRUBER, 35.

⁴⁸ BGE 4P.135/2002 vom 28. November 2002, E.3.1.

⁴⁹ BGE 135 III 1, 7.

⁵⁰ BGE 119 II 443, 445 f.; 109 II 452, 456 ff.; BGE 5P.115/2005 vom 13. Mai 2005, E. 1; 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005, E.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. 1, N 1141 ff., 250 ff.; SCHWENZER, 4 N 45.07, 330.

⁵¹ BGE 135 III 1, 8, m.w.H.

⁵² BGE 124 III 155, 158; 122 III 118, 121; BGE 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005, E.2.

⁵³ Stattdessen soll in Art. 20a OR eine neue Bestimmung zur AGB-Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt werden (Erl. Ber. VE-VVG, 94 f.; HALLER, N 504, 208).

⁵⁴ SCHAER, Versicherungsrecht, 9 N 9, 239, wonach einzig die Versicherungsbedingungen im Bereich der beruflichen Vorsorge und der Krankenzusatzversicherung noch genehmigungspflichtig sind.

vernünftigen Versichertenschutz garantieren⁵⁵. Diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit gelten nicht für die Versicherung von Grossrisiken (Art. 124 Abs. 6 E-VVG), da die betreffenden Versicherungsnehmer in der Regel über Strukturen (z.B. Rechts- oder Versicherungsabteilungen) verfügen, die ihnen die Wahrung der eigenen Interessen ermöglichen⁵⁶. Im Bereich der allgemeinen Haftpflichtversicherung (Versicherungszweig B13⁵⁷), zu welcher auch die D&O-Versicherung gehört, liegt ein Grossrisiko vor, sofern der Versicherungsnehmer mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt: (i) Bilanzsumme von mehr als EUR 6,2 Millionen, (ii) Nettoumsatz von mehr als EUR 12,8 Millionen sowie (iii) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 101b Abs. 6 lit. c VVG/Art. 124 Abs. 6 lit. c E-VVG). Viele D&O-Versicherungen im oft internationalen Grosskundenbereich fallen in die Kategorie der Grossrisiken, was die kundenspezifische Vertragsgestaltung erleichtert bzw. erst ermöglicht (*tailor-made drafting*).

II. Sonstige, übrige oder allgemeine Bestimmungen

Nachdem einleitend eine Auslegeordnung mit jenen Klauseln erstellt wird, die sich typischerweise in den sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen von D&O-Versicherungsverträgen finden (A.), wird vertieft auf die vertraglichen und gesetzlichen Obliegenheiten (B.), auf die Zurechnung von Wissen und Tatsachen (C.) sowie auf Mischfall- oder Allokationsklauseln (D.) eingegangen.

A. Übersicht

Der chronologisch letzte Abschnitt von D&O-Versicherungsbedingungen befasst sich oft mit den sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen, wobei die Terminologie variieren kann. Dieser nicht zwingende, aber gängige Vertragsaufbau mag den Schluss nahe legen, dass es sich dabei um zweitrangige, weniger relevante Bestimmungen handeln könnte. Dies trifft nicht zu. Obwohl jeder Versicherer seine Vertragsformulare grundsätzlich selbst strukturiert, enthalten die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen oft Regelungen bezüglich:

- der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers und/oder der versicherten Personen vor bzw. bei Vertragsabschluss (nachstehend, S. 229 ff.), wäh-

rend der Vertragsdauer (nachstehend, S. 232 ff.), im Versicherungs- oder Schadenfall (nachstehend, S. 234 ff.) und nach Beendigung des Vertrages (nachstehend, S. 239). Die Bestimmungen zu den Obliegenheiten überschneiden sich teilweise mit anderen, in dieser Liste erwähnten Vertragsklauseln oder werden von diesen inhaltlich mitumfasst;

- der Anzeigen beim Vertragsabschluss (Art. 4 ff. VVG/Art. 15 ff. E-VVG), die allerdings auch eine Obliegenheit darstellen (nachstehend, S. 229 ff.), und deren Zurechnung (nachstehend, S. 240 ff.);
- der wesentlichen Gefahrserhöhung (Art. 28 VVG/Art. 46 E-VVG) und der damit verbundenen Anzeigepflicht und deren Zurechnung (nachstehend, S. 232 ff.);
- der Anzeige des Versicherungsfalls, eines Schadens (Art. 38 VVG/Art. 35 E-VVG) oder von Umständen, die zum Versicherungsfall bzw. Schaden führen können (nachstehend, S. 234 ff.);
- der Vorgehensweise im Falle einer «Transaktion». Von der *Chartis Insurance* wird unter dem Begriff der «Transaktion» etwa einer der nachfolgenden Vorgänge verstanden: Vermögensübertragung, Kontrollwechsel, Fusion oder Übernahme sowie die Eröffnung eines Konkursverfahrens, Insolvenz, Nachlassstundung, Liquidation oder Auflösung der Gesellschaft, d.h. der Versicherungsnehmerin und/oder deren Tochtergesellschaften⁵⁸;
- der Allokation (Mischfallregelungen), d.h. der Abgrenzung versicherter und nicht versicherter Sachverhalte, versicherter und nicht versicherter Personen sowie auch von Ansprüchen gegen die (allenfalls nicht versicherte) Versicherungsnehmerin einerseits und gegen versicherte Personen andererseits (nachstehend, S. 243 ff.);
- der Priorität (Reihenfolge) von Schadenzahlungen für den Fall, dass mehrere Versicherte gedeckt sind. Eine entsprechende Vertragsbestimmung ist insbesondere dann wichtig, wenn die Versicherungsnehmerin selbst mitversichert ist;
- des Serienschadens, d.h. der Abgrenzung von einem oder mehreren Versicherungsfällen, die derselben Versicherungsperiode zugeordnet werden;
- der Vertragsdauer und des zeitlichen Umfangs des Versicherungsschutzes. Die Versicherungsperiode beträgt in der D&O-Versicherung in aller Regel zwölf (12) Monate. Die zeitliche Geltungsdauer wird allerdings in der Praxis oft vertraglich durch die Vereinbarung einer Rückwärtsversicherung für

⁵⁵ Erl. Ber. E-VVG, 17; Erl. Ber. VE-VVG, 92.

⁵⁶ Teilzwingende bzw. relativ- oder halbzwingende Gesetzesnormen dürfen durch Vertragsabrede nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten (Art. 98 Abs. 1 VVG) bzw. der versicherten Person (Art. 2 Abs. 2 E-VVG) abgeändert werden.

⁵⁷ Anhang 1 zur Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AV0); AS 2005, 5305.

⁵⁸ Art. 3.23 Chartis BusinessGuard 08.

- vorvertragliche Pflichtverletzungen⁵⁹ und/oder einer Nachhaftung für Anspruchserhebungen nach Vertragsbeendigung (Schadennachmeldefrist; Nachmeldefrist)⁶⁰ ausgeweitet;
- der (allfällig) stillschweigenden Vertragserneuerung. Zu beachten ist Art. 47 VVG, wonach eine solche Abrede insoweit nichtig ist, als die Erneuerung für mehr als je ein Jahr ausbedungen wird;
 - des Verzichts auf die Geltendmachung von Art. 55 Abs. 1 VVG, wonach der Versicherungsvertrag beim Konkurs des Versicherungsnehmers mit Konkursöffnung (Art. 171 SchKG) endet. Dem Konkurs werden dabei die Nachlassstundung, die Liquidation und die Insolvenz oft gleichgestellt⁶¹. Sehen die anwendbaren allgemeinen D&O-Versicherungsbedingungen keinen solchen Verzicht vor, so kann die seit der letzten VVG-Teilrevision geltende gesetzliche Vorschrift zu schwerwiegenden Problemen führen, insbesondere wenn im Rahmen einer Haftpflichtversicherung auch Drittpersonen tangiert sein können. Der erläuternde Bericht zur VVG-Vernehmlassungsvorlage schlägt daher vor, wieder zum früheren System zurückzukehren (Art. 60 Abs. 1 E-VVG)⁶²;
 - der Bevollmächtigung der Versicherungsnehmerin zur Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten (einschliesslich der Obliegenheiten) deren Tochtergesellschaften und versicherten natürlichen Personen aus dem Versicherungsvertrag;
 - der Einschränkung der Abtretung (Art. 164 ff. OR)⁶³ oder sonstiger Übertragung des Versicherungsver-

trages oder sich daraus ergebender Forderungen und Rechte;

- der Subsidiaritätsklausel (*clause de subsidiarité*), d.h. dem Verhältnis zu anderen Haftpflichtversicherungen mit (zumindest teilweise) gleichem Deckungsumfang, Eigenversicherungs-Programmen sowie allenfalls anderen gültigen und einforderbaren Versicherungsverträgen (anderweitige Versicherungen) oder – wohl zu weit gehend – ganz einfach zu «anderen Quellen»⁶⁴;
- des Daten- und/oder Konsumentenschutzes (soweit anwendbar);
- der rechtlichen Einbettung in ein internationales D&O-Versicherungsprogramm, sofern es sich um eine Master- oder Lokalpolice eines solchen Programms handelt;
- des anwendbaren Rechts; und
- des Gerichtsstands (beachte Art. 29 und 29a GestG; bzw. ab 01.01.2011 Art. 40 ZPO; Art. 2 Abs. 1, 5 Ziff. 1 und 3 sowie 6 Ziff. 1 LugÜ und Art. 151 Abs. 1 und 2 IPRG).

B. Vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten

Obliegenheiten – im Sinne des allgemeinen Vertragsrechts – sind Verhaltensanforderungen im eigenen Interesse⁶⁵, d.h. im Interesse des Obliegenheitsbelasteten. Es sind keine Rechtspflichten⁶⁶ und selbst die oft verwendete Bezeichnung als «Pflichten geringerer oder minderer Intensität»⁶⁷ ist ungenau. Im Gegensatz zu Leistungs- oder Handlungspflichten sind Obliegenheiten nicht gerichtlich durchsetzbar⁶⁸. Zudem entsteht bei ihrer Verletzung bzw. Nichterfüllung in der Regel⁶⁹ kein Anspruch auf Schadenersatz⁷⁰. Vielmehr ist die Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheit mit einem Rechtsnachteil für den Belasteten verbunden, so namentlich dem Verlust, der Minderung oder dem Verwirken eigener Rechte⁷¹. So gesehen sind

⁵⁹ Bei Bestehen einer solchen Rückwärtsversicherung sind auch Ansprüche vom Versicherungsschutz erfasst, die auf Pflichtverletzungen beruhen, welche vor Vertragsabschluss begangen wurden, wenn sie während der Vertragsdauer erstmalig geltend gemacht werden (BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 107, 1520; HALM/ENGELBRECHT/KRAHE/HELD, 33 N 24, 1775 f.). Aus Sicht des Versicherungsnehmers und der versicherten Personen ist die Vereinbarung einer – allenfalls unbegrenzten – Rückwärtsversicherung insbesondere im Falle eines Wechsels des Versicherers angezeigt.

⁶⁰ Durch die Vereinbarung einer Nachhaftung erfasst der Versicherungsschutz auch Ansprüche wegen Pflichtverletzungen, die während der Versicherungsperiode oder der gegebenenfalls vereinbarten Rückwärtsversicherung begangen wurden, aber erst innerhalb der Nachhaftungszeit geltend gemacht werden (BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 111, 1521; HALM/ENGELBRECHT/KRAHE/HELD, 33 N 25, 1776).

⁶¹ Z.B. Art. 6.15 Chartis BusinessGuard 08.

⁶² Dabei soll der Vertrag zunächst bestehen bleiben, und die Konkursverwaltung ist zu dessen Erfüllung verpflichtet. Vorbehalten werden jedoch die Bestimmungen des Entwurfs über die Beendigung des Vertrages, sodass insbesondere für ein betroffenes Versicherungsunternehmen sichergestellt wird, dass es bei Nichtleistung der Prämie zu einer Auflösung des Vertrages kommen kann. Jedoch soll ein etwaiges Dahinfallen nicht per se erfolgen (Erl. Ber. E-VVG, 61; Erl. Ber. VE-VVG, 53).

⁶³ Die spezialgesetzlichen Bestimmungen des VVG zur Abtretung beziehen sich nur auf die Personenversicherung (Art. 73 VVG) bzw. auf die Lebensversicherung (Art. 106 E-VVG).

⁶⁴ Art. 6.10 Chartis BusinessGuard 08.

⁶⁵ FUHRER, Kürzung, 200; KOLLER, 2 N 91, 25 m.H.a. WIESLING HANS JOSEF, ACP 1976, 347.

⁶⁶ Dabei ist die Verwendung des Begriffs «Pflicht» im Zusammenhang mit einer Obliegenheit genau genommen nicht korrekt, auch wenn in der schweizerischen Rechtssprache durchaus geläufig (z.B. «Schadensminderungspflicht», «Prüfungs- und Rügepflicht», usw.). Vgl. ferner BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/MARLOW, 13 N 4, 661.

⁶⁷ So noch BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. N 113, 61 oder GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. 1, N 102, 24.

⁶⁸ BERGER, N 211 f., 77 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. 1, N 102, 24; SCHWENZER, 4 N 27, 29.

⁶⁹ So KOLLER, 2 N 97, 27.

⁷⁰ BERGER, N 211 f., 77 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. 1, N 102, 24; Erl. Ber. E-VVG, 42; SCHWENZER, 4 N 27, 29.

⁷¹ BERGER, N 213, 78; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. 1, N 102, 24; Erl. Ber. E-VVG, 42; SCHWENZER, 4 N 27, 29; kritisch: KOLLER, 2 N 92, 26.

Obliegenheiten sanktionierte Verhaltensregeln⁷². Nach MAURER – nicht jedoch nach der Revisionsvorlage⁷³ – ist der versicherungsrechtliche Obliegenheitsbegriff weiter und umfasst auch vertragliche Nebenpflichten⁷⁴.

Obliegenheiten können sodann danach unterschieden werden, ob sie ein Gebot zum Tun (z.B. Anzeigepflicht), Unterlassen (z.B. Einstellung schädlicher Kommunikation) oder blossen Dulden (z.B. Operation zwecks Schadenminderung) aufstellen⁷⁵.

Nach Art. 45 Abs. 1 VVG greifen vertraglich oder gesetzlich vorgesehene Sanktionen nach Obliegenheitsverletzungen nur dann, wenn die Verletzungshandlung nicht unverschuldet bzw. nicht entschuldbar ist. Es bedarf allerdings nach zutreffender Ansicht eines unter objektiven Gesichtspunkten erheblichen Verschuldens, damit überhaupt Sanktionen nach Obliegenheitsverletzungen ergriffen werden können⁷⁶. Zudem gilt die wegen Zahlungsunfähigkeit des Prämienschuldners versäumte Prämienzahlung als nicht unverschuldet (Art. 45 Abs. 2 VVG). Nach dem dritten Absatz von Art. 45 VVG hat der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte sodann bezüglich jener versicherungsvertraglichen Rechte, deren Bestand von der Beobachtung einer bestimmten Frist abhängt, die ohne Verschulden versäumte Handlung sofort nach Beseitigung des Hindernisses nachzuholen.

De lege ferenda ist der Versicherer nach Art. 42 Abs. 5 E-VVG bei Verletzung einer Obliegenheit berechtigt, seine Leistung entsprechend dem Grad des Verschuldens der Versicherungsnehmerin oder der anspruchsberechtigten Person zu kürzen, es sei denn, diese weisen nach, dass die Leistungspflicht auch bei Erfüllung der Obliegenheit entstanden wäre. Der Hauptbeweis für den Grad des Verschuldens trifft den Versicherer, während der Versicherungsnehmerin der Gegenbeweis des fehlenden Verschuldens obliegt. Des Weiteren darf eine Reduktion nur erfolgen, wenn das

Kausalitätserfordernis erfüllt ist. Für diese beiden Voraussetzungen soll die Beweislast der Versicherungsnehmerin auferlegt werden. Sie, beziehungsweise der Anspruchsberechtigte, hat demzufolge nachzuweisen, dass die Leistungspflicht des Versicherers auch bei Erfüllung der Obliegenheit entstanden wäre oder ihn an deren Verletzung kein Verschulden trifft⁷⁷.

Die gesetzlichen Obliegenheiten der Versicherungsnehmerin⁷⁸ sind in der mangelhaften Systematik des noch geltenden Rechts an vielen unterschiedlichen Stellen geregelt (z.B. Art. 4 ff., 38, 61 und 72 VVG). Der VVG-Revisionsentwurf fasst dagegen die gesetzlichen Pflichten und Obliegenheiten zusammen und vereinheitlicht deren Voraussetzungen (Art. 34 ff. E-VVG)⁷⁹. Gesetzliche Obliegenheiten, welche durch die jeweils anwendbaren AVB weiter konkretisiert werden, und zusätzliche, rein vertraglich vereinbarte Obliegenheiten⁸⁰ werden nachfolgend zusammen behandelt. Unterschieden wird dagegen nach dem zeitlichen Kriterium in Obliegenheiten vor Vertragsabschluss (1.), während der Vertragsdauer (2.), im Versicherungs- oder Schadenfall (3.) und nach Vertragsende (4.). Die Frage, wem Obliegenheitsverletzungen im Rahmen einer D&O-Versicherung zugerechnet werden, wird als Sonderfrage getrennt behandelt (nachstehend, S. 239 ff.).

1. Vor Vertragsabschluss (Anzeigepflicht)

Nach Art. 4 Abs. 1 VVG (Art. 15 Abs. 2 E-VVG) hat der Antragsteller, bei der D&O-Versicherung in erster Linie also die zukünftige Versicherungsnehmerin⁸¹, dem Versicherer alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen (vorvertragliche Anzeigepflicht; *devoir de déclaration*). Erhebliche Gefahrstatsachen sind dabei solche gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bestimmungen abzuschliessen, zu beeinflussen (Art. 4 Abs. 2 VVG/Art. 15 Abs. 3 E-VVG). Es geht um jene Informationen, die über

⁷² HÄHNCHEN, 1.

⁷³ Erl. Ber. E-VVG, 42.

⁷⁴ Es ist umstritten, ob und inwiefern es sich um eigentliche Rechtspflichten handelt (MAURER, § 29, 300). Eine umfassende Beantwortung dieser Frage kann nicht einheitlich für alle versicherungsrechtlichen Obliegenheiten erfolgen. So verwendet das noch geltende VVG keinen einheitlichen Begriff und knüpft daher an die Verletzung von Obliegenheiten auch nicht für alle Tatbestände die gleichen Folgen (MAURER, § 29, 304 und 306). Nach der Voraussetzungstheorie sind Obliegenheiten Verhaltensnormen oder -regeln (keine Rechtspflichten), die der Versicherungsnehmer beachten muss, wenn er seinen Versicherungsanspruch erhalten will (HALM/ENGELBRECHT/KRAHE/WANDT, 1 N 154, 55; KOLLER, 2 N 89, 25; BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/MARLOW, 13 N 4, 661; SCHAER, Rechtsfolgen, 43). Die Verbindlichkeitstheorie geht demgegenüber davon aus, dass Obliegenheiten echte Rechtspflichten seien, da diese – zumindest grundsätzlich – eine Schadenersatzpflicht begründen könnten und auch auf Erfüllung geklagt werden könne (MAURER, § 29, 303 f.; SCHAER, Rechtsfolgen, 43 f.).

⁷⁵ HÜBSCH, 47 N 3, 359; MAURER, § 29, 301.

⁷⁶ SCHAER, Versicherungsrecht, 21 N 2 f., 593 f.

⁷⁷ Erl. Ber. E-VVG, 49.

⁷⁸ Die gesetzlichen Obliegenheiten legen dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten ohne weitere Vereinbarung unmittelbar kraft gesetzlicher Regelung auf (BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/MARLOW, 13 N 4, 661).

⁷⁹ Erl. Ber. E-VVG, 42; Erl. Ber. VE-VVG, 35.

⁸⁰ Vertragliche Obliegenheiten sind die zwischen den Parteien im jeweiligen Versicherungsvertrag (regelmässig in den AVB) vertraglich vereinbarten Verhaltenspflichten minderen Grades (SCHAER, Rechtsfolgen, 119).

⁸¹ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass nach dem Revisionsvorschlag (Art. 4 E-VVG) sowohl der Versicherungsnehmer als auch das Versicherungsunternehmen als mögliche Antragsteller auftreten können.

Art und Umfang von Risikofaktoren Aufschluss geben⁸². Die Anzeigepflicht ist auch im Hinblick auf eine bloße Vertragsverlängerung, -änderung oder auf eine vorläufige Deckungszusage zu erfüllen⁸³, wobei der dispositive Charakter von Art. 4 VVG (Art. 15 f. E-VVG ist halbzwingender Natur!) eine abweichende vertragliche Regelung zulässt⁸⁴.

Auf die D&O-Versicherung als Fremdversicherung, die sich auf das Vermögen der versicherten Organperson (d.h. einer Drittperson nach Art. 9 Abs. 2 E-VVG) bezieht, wird *de lege ferenda* sodann Art. 16 Abs. 2 E-VVG bezüglich der Anzeigepflicht bei Vertretung und Fremdversicherung Anwendung finden. Danach hat die Versicherungsnehmerin auch jene Gefahrstatsachen anzuzeigen, die der versicherten Person sowie deren Vertreter bekannt sind oder bekannt sein müssen (vgl. zur Zurechnung: nachstehend, S. 240 ff.).

Die Befragung der Antragstellerin durch den Versicherer muss schriftlich erfolgen. Sie geschieht in der Regel durch das Ausfüllen eines vom Versicherer – oft in vordruckter Weise – verfassten Antragformulars (Fragebogens), das von der Antragstellerin (Versicherungsnehmerin) auszufüllen und dem Versicherer vor Vertragsabschluss zu dessen Beurteilung einzureichen ist⁸⁵. Denkbar sind auch andere Formen der schriftlich dokumentierten Risikoehebung⁸⁶, so etwa die Protokollierung einer vom Versicherer und vom Antragsteller gemeinsam durchgeführten Risikoeinschätzung (*risk assessment*).

Der Versicherer hat der Versicherungsnehmerin nach dem Wortlaut der Revisionsvorlage schriftlich, unmissverständlich und spezifiziert mitzuteilen, über welche erheblichen Gefahrstatsachen sie Auskunft geben muss (Art. 15 Abs. 1 E-VVG)⁸⁷. Die richtige, voll-

ständige und schriftliche Beantwortung von Fragen bezüglich erheblicher Gefahrstatsachen ist dabei eine eigentliche Rechtspflicht, eine Rechtsverbindlichkeit des Antragstellers. Diese ist erzwingbar und kann bei Verletzung einen Schadenersatzanspruch begründen⁸⁸.

Besteht neben dieser diktierten, durch den Versicherer vorgegebenen auch eine weitere, generelle Offenbarungspflicht der Antragstellerin (spontane Anzeigepflicht)? In Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes gelte dies nach SCHAER zumindest für ungefragte Gefahrstatsachen, deren Bekanntgabe als «selbstverständlich» betrachtet werden müsse⁸⁹.

Der Versicherer hat nachzuweisen, welche Tatsachen gefahrerheblich im Sinne von Art. 4 VVG sind. Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden dabei in der geltenden Fassung des Gesetzes als erheblich vermutet (Art. 4 Abs. 3 VVG)⁹⁰. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche, widerlegbare Vermutung (*praesumptio iuris*)⁹¹.

Von D&O-Versicherern typischerweise als gefahrerheblich erachtete Tatsachen können folgende Informationen über den Antragsteller umfassen: Gesellschaftszweck; strategische Ausrichtung; interne Organisation, einschliesslich der Zusammensetzung des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und weiterer Leitungs- und Führungsebenen; Corporate Governance; Aktionariat und Besitzverhältnisse; erfolgter oder geplanter Kauf/Verkauf von Tochtergesellschaften; Angaben zur Geschäftsentwicklung⁹²; Beteiligungen, insbesondere solche in den USA oder in risikogeneigten Industriezweigen; bestehende oder beabsichtigte Börsenkotierung, insbesondere in den

⁸² BGE 134 III 511, 513 f.; BAK-NEF, 4 N 12, 93; FUHRER, Anzeigepflichtverletzung, 18 ff.

⁸³ BAK-NEF, 4 N 5, 90.

⁸⁴ Damit kann die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers entfallen (HALLER, N 495, 204).

⁸⁵ BANDLE, N 255 ff., 107 ff., m.H.a. die typischerweise gestellten, risikorelevanten Fragen; BRULHART, § 30, N 471, 212.

⁸⁶ Art. 4 Abs. 1 VVG spricht vom Abstellen auf «sonstiges schriftliches Befragen».

⁸⁷ In Art. 15 Abs. 1 E-VVG wird klargestellt, dass formell wesentlich nur solche Gefahrstatsachen sein können, nach denen das Versicherungsunternehmen schriftlich unmissverständlich und präzise gefragt hat. Dies stellt eine klare Abwendung vom bisherigen (heftig kritisierten) System von Art. 4 Abs. VVG dar, wonach auch Gefahrstatsachen, nach denen unbestimmt oder zweideutig gefragt wurde, erheblich sein können, sofern nur das Versicherungsunternehmen nachzuweisen vermag, dass sie den Entscheid zum Vertragsschluss beeinflusst haben. Der Revisionsentwurf begrenzt nun gerade umgekehrt den Kreis der erheblichen Gefahrstatsachen auf die unmissverständlich und spezifiziert abgefragten Sachverhalte. Ein Versicherungsunternehmen kann sich somit künftig nicht mehr auf Tatsachen berufen, nach denen es unbestimmt und zweideutig ge-

fragt hat, selbst wenn ihm der Nachweis gelingen würde, dass diese materiell erheblich waren, was sich mit Rücksicht auf die Folgen der Anzeigepflichtverletzung rechtfertigt (Erl. Ber. E-VVG, 28).

⁸⁸ ITEN, N 692, 201.

⁸⁹ SCHAER, Versicherungsrecht, 11 N 15, 312, m.H.a. BGH, Urteil vom 24.9.1986, VersR 1986, 1089.

⁹⁰ Die Vermutung von Art. 4 Abs. 3 VVG, wonach die Erheblichkeit von Tatsachen, nach denen das Versicherungsunternehmen bestimmt und unzweideutig gefragt hat, unterstellt wird, entfällt im neuen Art. 15 E-VVG. Dies deshalb, weil in materieller Hinsicht objektiv erheblich nur Tatsachen sein können, die ihrer Natur nach geeignet sind, die Einschätzung der zu versichernden Gefahr zu beeinflussen. Nicht der Versicherungsnehmer muss in Zukunft den für ihn schwierigen Beweis der Unerheblichkeit einer solchen Tatsache erbringen, sondern das Versicherungsunternehmen hat im Streitfall die Erheblichkeit zu beweisen. Dieser Beweis ist – zumindest im Massengeschäft – einfach zu führen, da die Erheblichkeit erstellt ist, wenn in den Tarifen und Zeichnungsrichtlinien auf die falsch angezeigte Gefahrstatsache Bezug genommen wird (Erl. Ber. E-VVG, 28 f.; Erl. Ber. VE-VVG, 23).

⁹¹ BGE 134 III 511, 515; BRULHART, § 30, N 471, 213; MAURER, § 21, 252.

⁹² Üblicherweise sind die beiden letzten Geschäftsberichte einzureichen (SCHILLING, 37).

USA⁹³; Kontroll- und Revisionsorgane; Bankverbindungen; bekannte Schäden (Vorschäden) und Rechtsfälle sowie deren Abwicklungsstand; Zeichnungsbefugnis der den Antrag unterzeichnenden Person und vor allem eine umfassende Finanzinformation (Bilanz, Erfolgsrechnung, weitere wirtschaftliche Kennzahlen), die es dem Underwriter des angefragten Versicherers ermöglicht, das zu versichernde Risiko mittels einer genauen Finanzanalyse zu evaluieren⁹⁴. Zusätzlich fordern die Versicherer regelmässig die – vermehrt auch elektronische – Abgabe unterstützender Dokumente (z.B. den letzten Geschäfts- und Rechenschaftsbericht, den nach Art. 728b Abs. 1 OR verfassten umfassenden Revisionsbericht, *Management Letters* zwecks Erkennung allfälliger Frühwarnsignale usw.).

In die Kategorie der blossen Obliegenheiten (nach allgemein-obligationenrechtlicher Definition) fallen nach Ansicht des Autors jedoch im Rahmen der Grunddeckung (Standarddeckung) nicht gefahrerhebliche Tatsachen, die dem Versicherer vom Antragsteller als Voraussetzung und im Gegenzug von Zusatzdeckungen oder einer Prämienreduktion angegeben werden.

Nach dem revidierten und am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen⁹⁵ Art. 6 VVG besteht die Anzeigepflichtverletzung in der Verheimlichung oder unrichtigen Mitteilung von Gefahrstatsachen (Art. 6 Abs. 1 VVG; etwas restriktiver die geplante Regelung von Art. 18 Abs. 1 E-VVG⁹⁶). Im Falle einer Anzeigepflichtverletzung hat der Versicherer die Möglichkeit, den Versicherungsvertrag binnen einer vierwöchigen Frist, nach-

dem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis⁹⁷ erhalten hat (Art. 6 Abs. 2 VVG/Art. 19 Abs. 4 E-VVG⁹⁸), schriftlich zu kündigen⁹⁹. Ein Verschulden des Versicherungsnehmers ist dabei nicht Voraussetzung für die Ausübung des Kündigungsrechts (bzw. der Leistungsverweigerung)¹⁰⁰. Schliesslich mag der Hinweis nützlich sein, dass der Versicherer berechtigt ist, im Rahmen der Schadenregulierung erhaltene Informationen zur Feststellung einer möglichen Anzeigepflichtverletzung zu verwenden¹⁰¹.

Schliesslich ist noch auf Art. 21 E-VVG hinzuweisen, der sich mit der Verletzung der Anzeigepflicht bei Grossrisiken befasst: «Die Artikel 18–20 finden sinngemäss Anwendung auf die Versicherung von Grossrisiken, wenn die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer schriftlich Gefahrstatsachen unrichtig mitteilt, die ihrer Natur nach und für ihn erkennbar geeignet sind, die Einschätzung der zu versichernden Gefahr zu beeinflussen, ohne dazu befragt worden zu sein.» Bei Grossrisiken (Art. 124 Abs. 6 E-VVG; vorstehend, S. 227) erfolgt der Vertragsabschluss häufig auf dem Weg der Ausschreibung (Submission). Dazu übermittelt die Versicherungsnehmerin ein Dossier mit Risikobeschreibung, gestützt auf welches das Versicherungsunternehmen die Offerte stellt, welche dann von der Versicherungsnehmerin angenommen oder abgelehnt werden kann. Auch in diesen Fällen muss das Versicherungsunternehmen davon ausgehen können, dass es über die relevanten Gefahrstatsachen korrekt in Kenntnis gesetzt worden ist. Von der Möglichkeit zur Nachfrage wird das Versicherungsunternehmen wohl nur in Bezug auf Gefahrstatsachen Gebrauch machen, zu denen Informationen in den Ausschreibungsunterlagen fehlen. Zwar ist die Versicherungsnehmerin nicht verpflichtet, von sich aus, das heisst unaufgefordert,

ternehmen vorgestellt hat. In der Regel wird in diesen Fällen auch die subjektive Erheblichkeit vorliegen. Indes ist es denkbar, dass ein vorgestellter Sachverhalt für das Versicherungsunternehmen nicht *conditio sine qua non* des Vertragsschlusses überhaupt oder mit dem vereinbarten Inhalt gewesen ist. In diesem Fall hätte sich die Falschangabe zwar negativ auf die Risikoeinschätzung ausgewirkt, nicht jedoch auf den Entschluss des Versicherungsunternehmens, den Vertrag überhaupt oder mit dem betreffenden Inhalt abzuschliessen. Aus diesem Grund statuiert der Revisionsentwurf zusätzlich das Erfordernis, dass der Vertrag bei richtiger Einschätzung nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen worden wäre (Erl. Ber. E-VVG, 32; Erl. Ber. VE-VVG, 26).

⁹⁷ Der Fristenlauf beginnt dann, wenn der Versicherer zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt. Ein blosser Verdacht genügt hierfür nicht (POUGET-HÄNSELER, 28).

⁹⁸ In Art. 10 Abs. 5 VE-VVG war noch eine Kündigungsfrist von acht Wochen vorgesehen. Neu enthält Art. 19 Abs. 4 E-VVG für das Kündigungsrecht eine absolute Verjährungsfrist von fünf Jahren.

⁹⁹ BGE 134 III 511, 514; BRULHART, § 30, N 474, 215.

¹⁰⁰ BAK-NEF, 6 N 9, 127 f.; HALLER, N 496, 205; POUGET-HÄNSELER, 27 f.

¹⁰¹ BGE 5C.296/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.2.2.; FUHRER, Anmerkungen, 245 f.

⁹³ Zu den Gefahren einer US-Börsenkotierung gehören Haftungsrisiken, denen Organpersonen in den Vereinigten Staaten ausgesetzt sind, aber auch das Risiko, als Investor über ein sog. «unsponsored ADR-Programm» in Amerika kotiert zu sein, ohne davon Kenntnis zu haben. Als *American Depositary Receipts* (ADRs) werden auf Dollar lautende, von US-amerikanischen Depotbanken in den USA ausgegebene Aktienzertifikate bzw. Hinterlegungsscheine bezeichnet, die eine bestimmte Anzahl hinterlegter Aktien eines ausländischen Unternehmens verkörpern und an ihrer Stelle am US-Kapitalmarkt wie Aktien gehandelt werden. Auch auf die Gefahr des sogenannten *forum shoppings* soll schliesslich hingewiesen werden (zum Ganzen: BRISSY/GUIGOU/MOUROT, 61 ff.).

⁹⁴ Eine ähnliche Liste findet sich bereits bei BANDLE, N 258 ff., 107 ff.

⁹⁵ BG vom 17. Dezember 2004 über die Änderung des VVG, in Kraft seit dem 1. Januar 2006 (AS 2005, 5245 ff.).

⁹⁶ Art. 18 Abs. 1 E-VVG: «Hat die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer eine erhebliche Gefahrstatsache, die sie oder er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so kann das Versicherungsunternehmen den abgeschlossenen Vertrag schriftlich kündigen, falls es (a.) aufgrund der fehlerhaften Angaben das Risiko zu seinen Ungunsten falsch eingeschätzt hat; und (b.) bei richtiger Einschätzung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätte.» Damit das Kündigungsrecht gegeben ist, wird kumulativ Folgendes vorausgesetzt: Erstens muss das Versicherungsunternehmen aufgrund der Falschdeklaration das Risiko zu seinen Ungunsten falsch eingeschätzt haben. Für den Eintritt der Rechtsfolgen genügt es somit nicht, dass falsche Angaben im Sinne von Art. 15 Abs. 3 E-VVG gemacht wurden, die objektiv geeignet sind, die Risikoeinschätzung zu beeinflussen. Vielmehr muss die Risikolage tatsächlich schlechter sein, als sie sich das Versicherungsun-

Angaben zum Risiko zu machen. Tut sie dies dennoch, muss sich das Versicherungsunternehmen aber darauf verlassen können, dass diese der Wahrheit entsprechen. Diesen Vertrauensschutz bringt Art. 21 E-VVG zum Ausdruck, indem die Rechtsfolgen der Anzeigepflichtverletzung auch diejenige Versicherungsnehmerin treffen sollen, die ohne entsprechende Befragung in qualifizierter Form unrichtige Auskünfte über Tatsachen erteilt, die ihrer Natur nach und für die Versicherungsnehmerin offenkundig geeignet sind, die Einschätzung der zu versichernden Gefahr zu beeinflussen¹⁰².

2. *Während der Vertragsdauer (Gefahrserhöhung)*
Die Versicherungsnehmerin hat dem Versicherungsunternehmen jede erhebliche Gefahrserhöhung (*l'aggravation du risque*) unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Die Anzeige kann dabei auch durch die versicherte Drittperson erfolgen (so nun explizit Art. 46 Abs. 1 E-VVG), im Rahmen der D&O-Versicherung also durch die versicherte Organperson oder gegebenenfalls durch ein mitversichertes Tochterunternehmen. Die Gefahrserhöhung ist erheblich bzw. wesentlich, wenn sie auf einer – nicht bloss vorübergehenden (so zu Recht die Präzisierung in Art. 45 lit. a E-VVG) – Änderung einer für die Erhebung der Gefahr wesentlichen Tatsache beruht (Art. 4 VVG/Art. 15 E-VVG)¹⁰³, deren Umfang die Parteien beim Vertragsschluss festgestellt haben (Art. 28 Abs. 2 VVG). Dadurch wird ein neuer Gefahrszustand begründet (Art. 45 lit. a E-VVG), ein neues oder erheblich verändertes Risiko besteht. Unerhebliche Gefahrserhöhungen sind dem Versicherungsunternehmen dagegen in der Regel nicht mitzuteilen¹⁰⁴. Die Frage nach einer solchen Mitteilung zunächst unerheblicher Gefahrserhöhungen stellt sich nach meinem Dafürhalten jedoch dort, wo es für die Versicherungsnehmerin objektiv absehbar ist oder sein müsste, dass eine zunächst unerhebliche Gefahrserhöhung im weiteren Verlauf der Versicherungsdauer mit hoher Wahrscheinlichkeit erheblich und somit für die Risikoeinschätzung relevant zu werden droht.

Hat die Versicherungsnehmerin während der Versicherung eine wesentliche Gefahrserhöhung herbeigeführt, so ist der Versicherer *de lege lata* für die Folgezeit an den Vertrag nicht gebunden (Art. 28 Abs. 1 VVG). *De lege ferenda* steht dem Versicherungsunternehmen das Recht zu, innert vier Wochen nach dem Zugang der Anzeige entweder den Vertrag schriftlich zu kündigen oder die Prämie auf den Zeitpunkt der Gefahrserhöhung anzupassen (Art. 46 Abs. 2 E-VVG)¹⁰⁵.

Die Parteien können im Versicherungsvertrag sodann bestimmen, welche während der Vertragsdauer eintretenden Gefahrserhöhungen dem Versicherungsunternehmen mitzuteilen sind (so noch explizit Art. 28 Abs. 3 VVG)¹⁰⁶, sofern eine solche Bestimmung keine Regelung zuungunsten der Versicherungsnehmerin enthält (Art. 98 Abs. 1 VVG/Anhang 1 Ziff. 2 E-VVG). Von dieser Möglichkeit wird im Rahmen der D&O-Versicherung regelmässig Gebrauch gemacht¹⁰⁷. Zum Teil werden beispielhaft, aber nicht abschliessend, bestimmte Tatbestände genannt, die eine Gefahrserhöhung darstellen. Aus Sicht der Versicherungsnehmerin sind jedoch Vertragsklauseln vorzuziehen, welche die Legaldefinition der Gefahrserhöhung vertraglich auf konkrete Situationen verbindlich eingrenzen¹⁰⁸. Dabei werden in den analysierten Versicherungsbedingungen etwa die nachfolgenden anzeigepflichtigen Umstände genannt, wobei eine Tendenz zur Reduktion der mitteilungspflichtigen Gefahrserhöhungen unverkennbar ist¹⁰⁹:

- Änderung¹¹⁰, Erweiterung oder Aufgabe des Gesellschaftszwecks, der Statuten oder ganz einfach des Tätigkeitsbereichs¹¹¹ der Versicherungsnehmerin (teilweise auch derer Tochterunternehmen)¹¹²;
- Änderung der Rechtsform der Versicherungsnehmerin¹¹³;

führen, kann es die Prämie auf den Zeitpunkt der Gefahrserhöhung anpassen (Art. 46 Abs. 4 E-VVG). In einem solchen Fall ist die Versicherungsnehmerin ihrerseits berechtigt, den Vertrag zu kündigen (Art. 46 Abs. 3 E-VVG). Sie hat die Kündigung innert vier Wochen seit Zugang der angezeigten Prämienenerhöhung schriftlich zu erklären. Die Kündigung wird nach einer Frist von weiteren vier Wochen wirksam (Art. 46 Abs. 4 E-VVG). Wird der Vertrag gekündigt – sei es durch das Versicherungsunternehmen oder die Versicherungsnehmerin –, so hat das Versicherungsunternehmen Anspruch auf eine angemessene Prämienenerhöhung für den Zeitraum von der Gefahrserhöhung bis zum Erlöschen des Vertrages (Art. 46 Abs. 5 E-VVG). Eine angepasste Prämie soll in jedem Fall geschuldet sein, da das Versicherungsunternehmen nunmehr ein erhöhtes Risiko zu tragen hat.

¹⁰⁶ Ein Versicherer kann in den AVB auch bereits die für die Erneuerung des Vertrages anzeigepflichtigen Gefahrserhöhungen explizit nennen (z.B. Art. 6.5 Liberty KMU 08), was aus Kundensicht zu begrüssen ist.

¹⁰⁷ Einzelne Versicherungsbedingungen sehen gelegentlich aber auch vor, dass die Versicherungsnehmerin dem Versicherer auf Befragen unverzüglich sämtliche Gefahrserhöhungen mitzuteilen hat (Osswald, 160).

¹⁰⁸ So zu Recht HALLER, N 501, 207 f.

¹⁰⁹ BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 147, 1533; HALLER, N 501, 207; IHLAS, 562.

¹¹⁰ Art. 19 Abs. 1 AXA Winterthur 08 erwähnt die Änderung des Gesellschaftszwecks etwa nur als ein mögliches Beispiel und enthält keinen abschliessenden Katalog von gefahrserhöhenden Umständen während der Versicherungsdauer.

¹¹¹ Art. 4.4.1(d) Ace Swiss Elite 2.0a (D).

¹¹² Teilweise gilt dieses Erfordernis auch bezüglich der Tochterunternehmen, nach Art. 5 Ziff. 4(1) HCCL VB D&O 08/2010 CH jedoch nur sofern deren Aktiva mindestens 50% der bisherigen konsolidierten Bilanzsumme der Versicherungsnehmerin ausmachen.

¹¹³ Art. 4.4.1(e) Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.4(a) Liberty KMU 08; Art. 5.3(ii) Zurich 09 GCA.E.

¹⁰² Erl. Ber. E-VVG, 34.

¹⁰³ BGE 122 III 458, 460.

¹⁰⁴ BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 146, 1532.

¹⁰⁵ Liegt eine Gefahrserhöhung vor, so soll das Versicherungsunternehmen berechtigt sein zu entscheiden, ob es am Vertrag festhalten will oder nicht (Art. 46 Abs. 2 E-VVG). Will es den Vertrag weiter-

- (erstmalige) Börsenkotierung¹¹⁴, öffentliches Angebot von Primäraktien (*IPO/Initial Public Offering*)¹¹⁵;
- Änderung der Kontrolle der Versicherungsnehmerin¹¹⁶ (z.B. Vermögensübertragung, Kontrollwechsel, Fusion oder Übernahme) oder Kapitalmarkttransaktion¹¹⁷, einschliesslich Kapitalerhöhung oder ADR/ADS-Level-Wechsel;
- Gründung oder Erwerb einer Tochtergesellschaft, soweit und sofern der anwendbare Vertrag keine automatische Deckung vorsieht¹¹⁸;
- Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenz-, Nachlass-, Liquidations- oder Konkursverfahrens über das Vermögen der Versicherungsnehmerin¹¹⁹.

Die gesetzlichen Folgen der unterlassenen Mitteilung einer Gefahrserhöhung während der Vertragsdauer sind in Art. 28 ff. VVG (Art. 46 E-VVG) geregelt. Dabei unterscheidet das geltende Recht noch danach, ob die wesentliche Gefahrserhöhung mit oder ohne Zutun des Versicherungsnehmers eingetreten ist. Bei Gefahrserhöhungen «ohne Zutun» (*l'aggravation sans le fait du preneur*) entfaltet das Nichtgebundensein des Versicherers an den Vertrag nur dann Wirkung, wenn der Versicherungsnehmer es unterlässt, eine ihm bekannt gewordene Gefahrserhöhung unverzüglich schriftlich dem Versicherer mitzuteilen (Art. 30 Abs. 1 VVG). Bei Gefahrserhöhungen «mit Zutun» des Versicherungsnehmers (*l'aggravation par le fait du preneur*), was nicht unbedingt ein Verschulden impliziert, ist der Versicherer für die Folgezeit nicht mehr an den Vertrag gebunden (Art. 28 VVG). Dies bedeutet, dass er mit dem Zeitpunkt des Eintritts der veränderten Gefahrensituation nicht mehr haftet. Nach der herrschenden Lehre steht dem Versicherer dabei ein Rücktrittsrecht *ex tunc*, d.h. auf den Zeitpunkt der Gefahrsveränderung, zu¹²⁰.

Ist die Gefahrserhöhung schuldhaft¹²¹ nicht angezeigt worden, so kann das Versicherungsunternehmen – wie bei anderen Obliegenheitsverletzungen – gestützt auf Gesetz (Art. 42 Abs. 5 E-VVG) und/oder Vertrag¹²² bei vorhandenem Schaden eine Leistungskürzung oder

-verweigerung vornehmen¹²³. Der Grad des Verschuldens (auch leichte Fahrlässigkeit reicht grundsätzlich aus!) beeinflusst dabei die Bestimmung des Umfangs der Leistungsverweigerung (Art. 46 Abs. 6 E-VVG)¹²⁴, wobei eine vollständige Leistungsverweigerung in Anlehnung an Art. 14 Abs. 1 VVG nur bei Absicht angezeigt ist (so nun auch explizit Art. 42 Abs. 1 lit. a E-VVG)¹²⁵. Sodann bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen der nicht angezeigten Gefahrserhöhung und dem Eintritt oder dem Umfang der Verpflichtung des Versicherungsunternehmens¹²⁶.

Viele D&O-Versicherer behalten sich in ihren AVB zudem das Recht vor, im Falle einer während der Vertragsdauer erfolgten (und gemeldeten) Gefahrserhöhung eine erneute oder zusätzliche Risikoüberprüfung vorzunehmen und danach – allenfalls während der laufenden Vertragsdauer – die Versicherungsprämie¹²⁷ und/oder die anwendbaren Bedingungen¹²⁸ der veränderten Risikosituation (einseitig) auf den Zeitpunkt der Gefahrserhöhung anzupassen (so bezüglich der Prämienanpassung explizit Art. 46 Abs. 2 E-VVG). Obwohl es zu Recht Bedenken gegen ein solches einseitiges Gestaltungsrecht des Versicherungsunternehmens – insbesondere bezüglich der Prämienanpassung¹²⁹ – gibt, entspricht dies insofern einer Notwendigkeit, als viele D&O-Versicherer ihr Recht, den Vertrag während der Versicherungsdauer zu kündigen, auf den Tatbestand der Nichtzahlung der Prämie beschränken (vgl.

¹¹⁴ Art. 6.8(ii) Chartis BusinessGuard 08.

¹¹⁵ Art. 6.4(b) Allianz Protect 2010 CH.

¹¹⁶ Art. 6.4(a) Allianz Protect 2010 CH.

¹¹⁷ Art. 4.4.1(a) Ace Swiss Elite 2.0a (D).

¹¹⁸ Art. 4.4.1(b) Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.4(b) Liberty KMU 08; siehe ferner: Art. 6.4(c) Allianz Protect 2010 CH; Art. 5.1 Zurich 09 GCA.E.

¹¹⁹ Art. 6.4(d) Allianz Protect 2010 CH.

¹²⁰ Zum Ganzen: BRULHART, § 30, N 530 ff., 239 ff.; SCHAER, Versicherungsrecht, 16 N 16 f., 453.

¹²¹ Nach der teilzwingenden Norm von Art. 45 VVG führt die unverschuldete Obliegenheitsverletzung zu keinem Rechtsnachteil zulasten der obliegenheitsbelasteten Person.

¹²² Art. 8.3 Liberty KMU 08.

¹²³ FUHRER, Kürzung, 201 f., präzisiert zu Recht, dass der Leistungspflicht des Versicherers ein verrechenbarer Schadenersatzanspruch (des Geschädigten) gegenübersteht, was im Ergebnis zu einer Leistungskürzung führt.

¹²⁴ A.M. FUHRER, Kürzung, 203 f.

¹²⁵ BGE 128 III 34, 38.

¹²⁶ Erl. Ber. E-VVG, 52; Erl. Ber. VE-VVG, 44; FUHRER, Kürzung, 202.

¹²⁷ Art. 4.4.2 (Kapitalmarkttransaktionen) und 4.4.3 (neu erworbene Tochtergesellschaften) Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.4 Abs. 2 Allianz Protect 2010 CH; Art. 19(2) AXA Winterthur 08 sowie Art. 6.4 Liberty KMU 08.

¹²⁸ Art. 4.4.2 (Kapitalmarkttransaktionen) und 4.4.3 (neu erworbene Tochtergesellschaften) Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.8 Chartis BusinessGuard 08; Art. 6.4 Abs. 2 Allianz Protect 2010 CH; Art. 19(2) AXA Winterthur 08; Art. 6.4 Liberty KMU 08.

¹²⁹ Es stellt sich die Frage, inwieweit Prämienanpassungsklauseln während der Vertragsdauer – insbesondere bei kurzen, in der Regel bloss einjährigen Verträgen – dem allgemein anerkannten privatrechtlichen Grundsatz, wonach abgeschlossene Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*), entgegenstehen könnten. In Anlehnung an die EU-Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Amtsblatt L 95 vom 21.4.1993) kann vertreten werden, dass eine wesentliche Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung (Deckung und Prämie) infolge der Gefahrserhöhung vorliegen müsse, damit ein solches einseitiges Gestaltungsrecht zugunsten des Versicherers überhaupt Geltung entfalten könne (SCHAER, Versicherungsrecht, 15 N 18 ff., 431 ff. und 16 N 19 f., 454 f.). SCHAER will eine Prämienanpassungsklausel zudem an ein Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers gekoppelt sehen (z.B. Art. 19[2] AXA Winterthur 08). Genau dieser Gedanke wird denn auch von Art. 46 Abs. 3 E-VVG aufgenommen (vorstehend, FN 105).

Art. 21 VVG)¹³⁰. Die Angemessenheit der Prämienhöhung hat dabei das Versicherungsunternehmen darzutun¹³¹, etwa durch die Anwendung einer risiko-
adäquaten Tarifierung.

Wie bereits dargelegt, unterscheidet Art. 46 E-VVG nicht mehr zwischen der Gefahrserhöhung mit Zutun und einer solchen ohne Zutun des Versicherungsnehmers (vgl. noch Art. 28, 30 VVG), weil das (auch schuldlose) Zutun des Versicherungsnehmers den gewichtigen Unterschied, den das geltende Recht bei den Rechtsfolgen vorsieht, nicht rechtfertigt¹³². Das Versicherungsunternehmen ist nach Art. 46 Abs. 2 E-VVG berechtigt, innert vier Wochen seit dem Zugang der Anzeige durch Erklärung entweder den Vertrag mit einer Frist von vier Wochen schriftlich zu kündigen oder die Prämie auf den Zeitpunkt der Gefahrserhöhung anzupassen.

Schliesslich ist noch auf den umgekehrten Fall der Verminderung der Gefahr hinzuweisen. Sofern eine solche Gefahrsreduktion wesentlich¹³³ ist, sollte sie die Versicherungsnehmerin berechtigen, den Vertrag zu kündigen oder eine Prämienreduktion zu erwirken. Während der Entwurf zum neuen Versicherungsvertragsgesetz eine solche Regelung in Art. 47 E-VVG ausdrücklich vorsieht, findet man Entsprechendes in den derzeitigen D&O-Versicherungsbedingungen verschiedener Anbieter eher selten¹³⁴.

3. Im Versicherungs- oder Schadenfall

Während der Versicherungsfall grundsätzlich zur Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens führt, begründet dieser zugleich wichtige Obliegenheiten zulasten der Anspruchsberechtigten, im Rahmen der D&O-Versicherung also einerseits zulasten der Versicherungsnehmerin, andererseits aber auch zulasten der versicherten Organpersonen. So bestehen diverse, in den jeweils anwendbaren AVB näher umschriebene Auskunft- und Mitwirkungspflichten sowie die Pflicht zur Anspruchsbegründung. Nachfolgend dargestellt werden einerseits die Anzeige- (3.1), die Schadensminderungs- (3.2) und die Kooperationspflicht (3.3). Andererseits werden das Anerkenntnis-, das Ver-

gleichs- und das Befriedigungsverbot (3.4) sowie das Veränderungsverbot (3.5) behandelt.

3.1 Schadenanzeige

Sobald der Anspruchsberechtigte Kenntnis vom Eintritt des Versicherungsfalls – der Revisionsentwurf spricht vom «Eintritt des befürchteten Ereignisses» – und von seinem Versicherungsschutz hat, muss er das Versicherungsunternehmen benachrichtigen (*l'obligation d'annonce*; Art. 38 Abs. 1 und 3 VVG/Art. 35 Abs. 1 E-VVG)¹³⁵. Art. 38 VVG ist nicht zwingendes Recht. Die jeweils anwendbaren AVB regeln die Modalitäten der Anzeigepflicht daher oft in einer vom Gesetz abweichenden oder dieses ergänzenden Form¹³⁶.

Zumindest nach der Revisionsvorlage ist der Ausschluss der mündlichen Anzeigemöglichkeit aufgrund des halbzwingenden Charakters von Art. 35 E-VVG unwirksam (Anhang 1 Ziff. 2 E-VVG)¹³⁷. Es ist ferner zulässig, für die Schadenanzeige vertraglich eine bestimmte Frist vorzusehen (Art. 35 Abs. 2 E-VVG)¹³⁸. Diverse AVB enthalten Regelungen, wonach die Schadenanzeige unverzüglich, d.h. so rasch wie möglich, zu erfolgen habe¹³⁹. Es ist fraglich, inwieweit dies angebracht ist. Zu beachten ist, dass eine im Vertrag vorgesehene Schadenanzeigefrist angemessen sein muss (Art. 35 Abs. 2 E-VVG).

Wie sieht es nun mit der Anzeigepflicht im Rahmen der D&O-Versicherung aus? Ein Anspruch (*réclamation*; *claim*), der noch nicht unbedingt einen Schaden im haftungsrechtlichen Sinne (Differenztheorie) darstellen muss, liegt bei der schriftlichen Erhebung eines Haftpflichtanspruchs – d.h. einer Schadenersatzforderung¹⁴⁰ – gegen eine versicherte Person oder der schriftlichen Mitteilung eines Dritten, einen solchen zu haben, vor¹⁴¹. Solche Ansprüche sind unverzüglich¹⁴², d.h. so bald bzw. rasch wie möglich¹⁴³ nach Kenntnisnahme (in Grossbetrieben oft durch den *Risk Manager* oder *General Counsel* auf Konzernebene) dem Versicherungsunternehmen mitzuteilen. Teilweise finden sich in den AVB für diese Anzeige Maximalfristen, etwa von 30, 45, 60¹⁴⁴ oder gar 90 Tagen. Unter der Voraussetzung der unverzüglichen Mitteilung nach

¹³⁰ Art. 6.14 Chartis BusinessGuard 08.

¹³¹ Erl. Ber. E-VVG, 51 f.

¹³² Erl. Ber. E-VVG, 51; Erl. Ber. VE-VVG, 43 f.

¹³³ Eine verminderte Gefahrslage liegt – in Anlehnung an Art. 15 Abs. 3 E-VVG – dann vor, wenn Sachverhalte gegeben sind, die ihrer Natur nach geeignet sind, die Einschätzung der zu versichernden Gefahr zu beeinflussen. Spiegelbildlich zur Gefahrserhöhung muss es bei der Gefahrsverminderung vor allem darauf ankommen, ob die Versicherungsnehmerin den Vertrag überhaupt oder zu den bestehenden Konditionen abgeschlossen hätte.

¹³⁴ Vorbildlich Art. 19(2) AXA Winterthur 08, wonach die AXA bei einer Gefahrverminderung die Prämie von der schriftlichen Mitteilung des Versicherungsnehmers an zu reduzieren verspricht.

¹³⁵ Zum Ganzen: BRULHART, § 30, N 581 ff., 268 ff.; MAURER, § 34, 339 ff.

¹³⁶ MAURER, § 35, 339.

¹³⁷ Erl. Ber. E-VVG, 43.

¹³⁸ Erl. Ber. E-VVG, 43 f.

¹³⁹ Art. 5 (Definitionen) Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.1 Allianz Protect 2010 CH.

¹⁴⁰ Art. 4.5 Ace Swiss Elite 2.0a (D).

¹⁴¹ IHLAS, 370; so auch im US-amerikanischen Recht (MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.03[5][a]).

¹⁴² Art. 5.1 Chartis BusinessGuard 08.

¹⁴³ Art. 21 AXA Winterthur 08; Art. 9.2 Abs. 1 Chubb PrimeLine 09; Art. 5 Abs. 1.1 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010; Art. 7.1 Liberty KMU 08.

¹⁴⁴ Art. 5 Abs. 1.1 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010.

Kenntnisnahme ist es jedoch nach den AVB der meisten Anbieter möglich, Ansprüche während der ganzen Versicherungsperiode und einer allfälligen Nachmeldefrist¹⁴⁵ sowie teilweise noch während 30¹⁴⁶, 60¹⁴⁷ oder 90¹⁴⁸ Tagen darüber hinaus, anzuzeigen. Diese Regelungen dürften im Lichte von Art. 35 Abs. 2 E-VVG angemessen sein, wobei in Grosskonzernen eher längere Fristen angezeigt sind, um den zeitintensiven internen Meldeverfahren Rechnung zu tragen.

Die Schadenanzeige (*déclaration de sinistre*) bzw. die Anzeige des Versicherungsfalles, insbesondere die Anzeige erhobener und gemeldeter Ansprüche, obliegt dem Anspruchsberechtigten, in der D&O-Versicherung der Versicherungsnehmerin, aber durchaus auch der versicherten Person¹⁴⁹. Der Grundsatz, wonach die Schadenanzeige in der Kollektivversicherung regelmässig durch die Versicherungsnehmerin erfolgt¹⁵⁰, passt zum Modell der D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung. In erster Linie hat somit die Versicherungsnehmerin den Schaden zu melden¹⁵¹, was der gängigen Praxis entspricht. Es gibt jedoch Fälle, in welchen die Schadenanzeige direkt durch die versicherte Person gemacht werden darf oder sogar muss:

- Der Versicherungsvertrag sieht ein entsprechendes Recht vor¹⁵² oder benennt die Person des Anzeigepflichtigen nicht bzw. nicht ausdrücklich¹⁵³;
- Der Versicherungsvertrag sieht eine entsprechende Pflicht vor, etwa bei der Einleitung oder Erhebung eines Polizei-, Untersuchungs- oder Strafverfahrens gegen die versicherte Person¹⁵⁴;
- Die Interessenlagen der Versicherungsnehmerin und der versicherten Person divergieren wesentlich. Dies kann etwa nach dem Ausscheiden einer Or-

ganperson aus der Versicherungsnehmerin der Fall sein (sofern Deckung für die ausgeschiedene Person fortbesteht);

- Die Versicherungsnehmerin besteht nicht mehr (z.B. Liquidation, Konkurs, Verschmelzung, Absorption usw.) oder ist – faktisch oder rechtlich (Art. 54 ZGB) – handlungsunfähig;
- Die Versicherungsnehmerin ist untätig, womit die vertraglichen Anzeigefristen (Verwirkungsfristen) zu verstreichen drohen. Eine dauernde Untätigkeit der Versicherungsnehmerin vermag nach meinem Dafürhalten sogar eine Pflicht der versicherten Person zu begründen, Schäden selbst anzuzeigen und somit die Mitwirkung bei Abwehr und Schadenminderung des Versicherungsunternehmens erst zu ermöglichen¹⁵⁵.

Wie erwähnt, hat die Schadenanzeige erst zu erfolgen, wenn der Anspruchsberechtigte Kenntnis vom Versicherungsfall hat. Blosses «Kennenmüssen» genügt nicht, weshalb in der Regel auch keine Erkundigungspflicht zulasten des Anspruchsberechtigten besteht. Eine solche kann sich allerdings aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (Art. 2 ZGB)¹⁵⁶.

Verletzt der Anspruchsberechtigte seine Anzeigepflicht schuldhaft, so ist der Versicherer gemäss Art. 38 Abs. 2 VVG berechtigt, «die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei rechtzeitiger Anzeige gemindert haben würde» (vgl. auch Art. 42 Abs. 5 E-VVG). Dabei ist eine Verletzung unverschuldet, wenn diese nach den Umständen entschuldbar erscheint. Das Versicherungsunternehmen darf seine Leistungen allerdings nur dann kürzen, falls ihm aus der Anzeigepflichtverletzung ein Schaden entstanden ist¹⁵⁷. Es trägt dafür die Beweislast¹⁵⁸.

Zudem sehen D&O-Versicherungsbedingungen regelmässig vor, dass bereits Umstände, die zu einem Schaden führen können, dem Versicherungsunternehmen gemeldet werden können (*notification of circumstances*). IHLAS bezeichnet diese auch als «Vorsorgedeckung» oder «Versicherungsfall 2»¹⁵⁹, als Ansprüche minderen Grades sozusagen. Damit kann ein möglicher Schadenfall trotz (noch) fehlender Anspruchserhebung unter dem Versicherungsvertrag nach dem Anspruchserhebungsprinzip (vorstehend, S. 224) geltend gemacht werden¹⁶⁰. Es geht dabei um Ereignisse,

¹⁴⁵ Art. 4.5 Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 21 AXA Winterthur 08; Art. 5 Ziff. 1(2) HCCI VB D&O 08/2010 CH; Art. 7.1 Liberty KMU 08; vgl. ferner Art. 5.1(i) Chartis BusinessGuard 08, wonach Ansprüche dem Versicherer spätestens (i) «während der Versicherungsperiode oder Nachmeldefrist; oder (ii) innerhalb von 60 Tagen nach dem Ende der Versicherungsperiode oder der Nachmeldefrist, wenn ein solcher Anspruch gegen einen Versicherten erstmals innerhalb der letzten 60 Tage der Versicherungsperiode oder der Nachmeldefrist erhoben wurde», gemeldet werden müssen.

¹⁴⁶ Art. 5 Ziff. 1(2) HCCI VB D&O 08/2010 CH; Art. 6.4(2) Zurich 09 GCA.E.

¹⁴⁷ Art. 7.1 Liberty KMU 08: «(...) 60 Tage nach Ablauf der Versicherungsperiode oder bis zum Ende der Nachmeldefrist (...)».

¹⁴⁸ Art. 4.5 Ace Swiss Elite 2.0a (D): «(...) 90 Tage nach Ablauf der Versicherungsperiode oder 30 Tage nach Ablauf der Nachmeldefrist (...)».

¹⁴⁹ HALLER, N 529, 216.

¹⁵⁰ MAURER, § 34, 339.

¹⁵¹ BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/BECKMANN, 28 N 149, 1533.

¹⁵² Nach Art. 7.1 Liberty KMU 08 kann wahlweise die Versicherungsnehmerin (Gesellschaft) oder die betroffene versicherte Person eine Schadenmeldung vornehmen.

¹⁵³ Art. 4.5 Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 5.2 Chartis BusinessGuard 08.

¹⁵⁴ Art. 21(2) AXA Winterthur 08.

¹⁵⁵ So offenbar auch *Federal Insurance Co. v. CompUSA, Inc.*, 2003 WL 173960 (5th Cir. Feb. 11, 2003).

¹⁵⁶ MAURER, § 35, 339.

¹⁵⁷ SCHAEER, Versicherungsrecht, 8 N 67, 225.

¹⁵⁸ MAURER, § 35, 340.

¹⁵⁹ IHLAS, 370 ff.

¹⁶⁰ HALLER, N 538, 219 f. und N 578, 233; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.03[5][a].

die bloss möglicherweise die Versicherung betreffen¹⁶¹ oder – nach ein wenig restriktiveren Versicherungsbedingungen – mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem versicherten Anspruch führen können¹⁶². Obwohl es keine einheitliche Regelung gibt, bestehen im Rahmen der D&O-Versicherung solche schadenrelevante Umstände etwa bei folgenden Ereignissen:

- Einleitung behördlicher oder polizeilicher Ermittlungen¹⁶³ und Untersuchungen (z.B. Hausdurchsuchung);
- Amtliche Aufforderung an Organe zur Stellungnahme zu gewissen Sachverhalten, die später zu einer Anspruchserhebung führen könnten;
- Die Gesellschaft erhält Kenntnis von einem Sachverhalt, der potenziell zu einer Anspruchserhebung gegen die eigenen Organpersonen führen könnte¹⁶⁴;
- Einreichung einer Schutzschrift durch eine potenziell haftpflichtige versicherte Person (Art. 270 ZPO), die befürchtet, dass gegen sie demnächst eine superprovisorische Massnahme ergriffen wird¹⁶⁵.

An dieser Stelle ist sodann die *laundry list* zu erwähnen. Dabei handelt es sich um eine Aufstellung sämtlicher Ereignisse, von denen der Versicherte (bzw. die deklarierende Versicherungsnehmerin) glaubt, dass sie möglicherweise zu einer Anspruchserhebung führen könnten¹⁶⁶.

Was sind die Voraussetzungen für die Meldung von schadensrelevanten Umständen? Es gibt zwar keine einheitliche Regelung¹⁶⁷, grundsätzlich müssen jedoch konkrete Informationen zu Verstössen vorliegen, für die eine Inanspruchnahme möglich und zumindest nicht unwahrscheinlich ist¹⁶⁸. Ein bloss ganz allgemei-

ner Hinweis auf eine mögliche zukünftige Anspruchserhebung genügt dagegen nicht.

Die jeweils anwendbaren AVB legen im Einzelfall fest, was dem Versicherungsunternehmen im Rahmen einer Umstandsmeldung anzuzeigen ist. Das nachstehende Beispiel entstammt den AVB der «Ace-Versicherungen»¹⁶⁹:

- Gründe, die eine Anspruchserhebung vermuten lassen;
- detaillierte Angaben zum potenziellen Anspruchsteller und zu den involvierten versicherten Personen;
- detaillierte Angaben zum eingetretenen oder zu erwartenden Vermögensschaden;
- detaillierte Angaben zur behaupteten oder tatsächlichen Pflichtverletzung.

3.2 Minderung und Abwendung des Schadens

Im schweizerischen Vertrags- und Deliktsrecht steht der Ersatzpflicht des Schädigers die Pflicht des Geschädigten, den Schaden zu mindern (*l'obligation de sauvegarde*)¹⁷⁰ oder gar abzuwenden gegenüber. Der Geschädigte hat sich so zu verhalten, wie wenn er «den Schaden selbst zu berappen hätte»¹⁷¹ und demnach alles ihm Mögliche zu unternehmen, um den Schaden zu verhindern oder wenigstens gering zu halten¹⁷². Grundgedanken der Schadenminderungsobliegenheit ist, dass jemand, der einen Schaden erlitten hat, diesen nicht unnötig vergrössern, sondern im Gegenteil verkleinern soll¹⁷³.

Das Versicherungsvertragsrecht widmet sich in den dispositiven Bestimmungen von Art. 61 und 70 VVG – bzw. neu den halbzwingenden Bestimmungen von Art. 34 und 41 E-VVG – der Abwendung und Minderung des Schadens. Nach Art. 61 Abs. 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte «verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen». Bei der Schadenminderungspflicht – vom Gesetzgeber im Rahmen der Schadensversicherung Rettungspflicht genannt – handelt es sich um eine gesetzliche Obliegenheit. Diese obliegt dem Anspruchsberechtigten, d.h. im Rahmen der D&O-Versicherung in erster Linie der versicherten Person¹⁷⁴, welche zumutbare Massnahmen ergreifen soll. Aber auch die Versicherungsnehmerin trifft eine Pflicht, Schäden abzuwenden oder zu mindern (so explizit

¹⁶¹ MAURER, § 35, 340.

¹⁶² Art. 4.7 Ace Swiss Elite 2.0a (D).

¹⁶³ SCHMITT, 134.

¹⁶⁴ So etwa im Falle einer Bank, die über die möglicherweise unlautere Kreditvergabe durch die eigenen Direktionsmitglieder informiert worden ist (*FDIC v. Interdonato*, 988 F. Supp. 1 [D.D.C. 1997], *aff'd per curiam*, 172 F.3d 919 [D.C. Cir. 1998]).

¹⁶⁵ Nach Art. 270 Abs. 1 der neuen Schweizer Zivilprozessordnung (BBl 2009, 21 ff.), die voraussichtlich am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen, wer «Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271–281 SchKG, einer Vollstreckbarerklärung nach den Artikeln 31–45 des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen oder einer anderen Massnahme beantragt wird».

¹⁶⁶ O'LEARY, 179; SCHEIFELE, 164.

¹⁶⁷ IHLAS, 371.

¹⁶⁸ OLG München, Urteil vom 8.5.2009, 25 U 5136/08, VersR 2009, 1066, 1068. Nach einzelnen Autoren ist sogar eine hohe Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Anspruchserhebung vorausgesetzt (z.B. HALLER, N 579, 233).

¹⁶⁹ Art. 4.7 Ace Swiss Elite 2.0a (D).

¹⁷⁰ BK-BREHM, N 23 zu Art. 42 OR, 187 f.; KELLER, 34; LUTERBACHER, N 173, 117; WEBER, 137 ff.

¹⁷¹ KELLER, 34.

¹⁷² HÄHNCHEN, 45.

¹⁷³ MAURER, § 35, 344.

¹⁷⁴ BRULHART, § 30, N 600 ff., 275 ff.; MAURER, § 35, 345.

Art. 34 Abs. 1 E-VVG). Bei der D&O-Versicherung ist dies nicht bloss dann der Fall, wenn es – etwa im Rahmen der *Side C*-Deckung (vorstehend, I/B) – um Ansprüche geht, die direkt gegen die Versicherungsnehmerin gerichtet sind, sondern auch dann, wenn die Versicherungsnehmerin die Möglichkeit hat, drohenden Schaden von ihren gegenwärtigen, zukünftigen oder ehemaligen Organpersonen abzuwenden bzw. bestehenden Schaden zu minimieren, so etwa durch geeignete Massnahmen im Bereich der Organisation und/oder Kommunikation. Weitere Bestimmungen zur Minderung und Abwendung des Schadens finden sich in den jeweils anwendbaren AVB. Minderung oder Abwendung (Prävention) müssen für den Anspruchsberechtigten und/oder Geschädigten allerdings – objektiv gesehen – zumutbar sein¹⁷⁵.

Auf der Haftungsebene (aktienrechtliche Verantwortlichkeit) ist etwa nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu prüfen, ob es dem Geschädigten als schadenmindernde Massnahme zumutbar sei, zuerst näher liegende Ansprüche auszuschöpfen, bevor er gegen einen Haftpflichtigen vorgehen kann¹⁷⁶. Es kann sich sodann etwa die Frage stellen, ob ein Investor zuerst versuchen muss, Gewährleistungsansprüche aus Kaufvertrag beim Verkäufer der wertlosen Aktien einzufordern, bevor er Organpersonen gestützt auf Art. 754 oder 755 OR zu belangen versucht¹⁷⁷.

Auf der Deckungsebene stellt sich die Frage, inwieweit anwaltliche Dienstleistungen bei der Abwehr von (unbegründeten) Schadenersatzansprüchen zwischen einzelnen versicherten Organpersonen koordiniert, gebündelt und Kosten somit reduziert werden müssen. Die meisten in der Schweiz gängigen D&O-Versicherungsbedingungen sehen vor, dass die Abwehr Aufgabe der versicherten und jeweils ins Recht gefassten Organperson ist. Es besteht keine *duty to defend* zu lasten des Versicherungsunternehmens; Letzteres gewährt keinen – oder bloss einen eingeschränkten – passiven Rechtsschutz. Garantiert wird in erster Linie die (einstweilige) Kostenübernahme¹⁷⁸. Dabei kann die versicherte Organperson ihre anwaltliche Vertretung selbst und frei wählen¹⁷⁹. Sofern Ansprüche gegen eine Vielzahl von versicherten Organpersonen erhoben

worden sind, kann dies – gerade auch in Anbetracht der hohen Stundenansätze von Wirtschaftsanwälten – zu ganz erheblichen Kosten führen, die dann wiederum die Erosion der Versicherungssumme beschleunigen können. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist die Wahl des Anwalts so frei doch nicht und mit diversen Obliegenheiten und Einschränkungen seitens der versicherten Organperson verbunden:

- Einholung der – allenfalls schriftlichen – Zustimmung¹⁸⁰ des Versicherungsunternehmens¹⁸¹ bezüglich der Anwaltswahl¹⁸²;
- Beschränkte individuelle Anwaltswahl bei übereinstimmender Interessenlage verschiedener versicherter Organpersonen, d.h. bei Abwesenheit wesentlicher Interessenkonflikte¹⁸³;
- Angemessenheit und Notwendigkeit der Abwehrkosten¹⁸⁴;
- Mitwirkungs- und Kooperationspflicht (nachstehend, S. 238);
- Einräumung weiter gehender Beteiligungsrechte (nachstehend, S. 238).

Wie bereits erwähnt, kann eine Obliegenheitsverletzung zu Leistungskürzungen führen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt eine Leistungskürzung infolge der Verletzung einer Schadenminderungsobliegenheit allerdings nur bei grobem Verschulden und eine Leistungsverweigerung – in

¹⁷⁵ KELLER, 34; LUTERBACHER, N 173, 117, N 185 ff., 125 f. und N 421 ff., 283; WEBER, 137 ff.

¹⁷⁶ LUTERBACHER, N 194 ff., 134 f., scheint dies grundsätzlich zu befürworten, sofern dem Geschädigten durch die Geltendmachung solcher näher liegenden Ansprüche kein oder bloss ein geringerer Schaden entsteht. Als Beispiel nennt er die Führung einer Grundbuchbeschwerde (Art. 103 GBV), wenn eine Anmeldung angeblich zu Unrecht abgewiesen werden soll. Grundgedanke ist somit, dass ein Primäranspruch zunächst geltend gemacht werden soll.

¹⁷⁷ LUTERBACHER, N 201, 138.

¹⁷⁸ Zum Ganzen ausführlich: HALLER, N 394 ff., 166 ff.

¹⁷⁹ Z.B. Art. 7.2 Liberty KMU 08.

¹⁸⁰ Der aus dem angelsächsischen Raum stammende Zusatz, wonach eine Zustimmung vom Versicherer nicht ungebührlich verzögert werden soll (*consent shall not be unreasonably refused/withheld*), findet sich vermehrt auch in kontinentaleuropäischen Bedingungswerken.

¹⁸¹ Teilweise wird nicht mehr die Einholung der Zustimmung des Versicherers verlangt, sondern nur ein Widerspruchsrecht zu dessen Gunsten vereinbart (Art. 3 Ziff. 5 HCCI VB D&O 08/2010 CH; Art. 7.2 Liberty KMU 08). Damit kann der Versicherer nur (aber immerhin) der Mandatierung des Anwalts aus berechtigten (d.h. objektiv nachvollziehbaren) Gründen widersprechen (Art. 6.1 Abs. 1 Allianz Protect 2010 CH).

¹⁸² Einzelne AVB zielen in eine andere Richtung und sehen die aktive Mitwirkung des Versicherers bei der Bestimmung des Anwalts vor (Art. 25 Abs. 5 AXA Winterthur 08). Während dies im KMU-Bereich für versicherte Personen durchaus vorteilhaft sein kann, wird eine solche Bestimmung von Grosskonzernen eher als einschränkend empfunden.

¹⁸³ So bestimmt etwa Art. 5.5 Chartis BusinessGuard 08, dass «der Versicherer das Beiziehen einer separaten Prozessvertretung nur in dem Umfang akzeptiert, in dem ein wesentlicher Interessenkonflikt zwischen Versicherten besteht».

¹⁸⁴ In der Schweiz ist es anerkannt, dass Anwaltskosten nur dann als ersatzfähiger Schaden gelten, wenn diese notwendig und angemessen sind (BREHM, 41 N 87, 77; m.H.a. BGE 1A.207/2004, Urteil vom 13.12.2004). Die Angemessenheit eines Honorars hängt namentlich von der Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit, von der Interessenlage des Klienten und der Berufserfahrung des Anwalts sowie von der Verkehrsübung und allenfalls auch vom Verfahrensausgang ab.

Analogie zu Art. 14 Abs. 1 VVG – nur bei Absicht infrage (siehe neu auch Art. 42 Abs. 1 E-VVG)¹⁸⁵.

Art. 70 VVG regelt die Kostenfrage und bestimmt, dass der Versicherer dem Anspruchsberechtigten die zum Zwecke der Schadensminderung (Art. 61 VVG) nicht offenbar unzweckmässig aufgewendeten Kosten auch dann zu vergüten hat, wenn die getroffenen Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind oder wenn diese Kosten und der Schadenersatz zusammen den Betrag der Versicherungssumme übersteigen. Auch nach Art. 41 Abs. 1 E-VVG hat das Versicherungsunternehmen Aufwendungen zur Abwendung und Minderung des Schadens gemäss Art. 34 E-VVG selbst dann zu übernehmen, wenn die Massnahmen erfolglos geblieben sind, sofern sie die Versicherungsnehmerin oder die anspruchsberechtigte Person für geboten halten durfte. Das Versicherungsunternehmen ist allerdings nicht zu Leistungen verpflichtet, die über die vereinbarte Versicherungssumme hinausgehen¹⁸⁶.

3.3 Mitwirkung, Kooperation und Verfahrensbeteiligung

Zunächst sind sowohl die Versicherungsnehmerin als auch die versicherten Organpersonen gesetzlich – und oft auch vertraglich – verpflichtet, dem Versicherungsunternehmen auf dessen Verlangen hin alle Auskünfte zu erteilen (*l'obligation de renseigner*), die zur Abwicklung des Versicherungs- bzw. Schadenfalles, zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist und zur Feststellung des Umfangs der Leistungspflicht erforderlich sind (Art. 39 Abs. 1 VVG/Art. 36 Abs. 1 E-VVG)¹⁸⁷. Es geht um die Mitteilung aller relevanten Umstände und Informationen, die zum Versicherungs- oder Schadenfall Bezug haben¹⁸⁸. Dazu gehören die Mithilfe bei der Erstellung wahrheitsgetreuer Schadenberichte und die – teilweise unaufgeforderte¹⁸⁹ – Einreichung aller für den Versicherungs- oder Schadenfall relevanten Schriftstücke

und Dokumente¹⁹⁰. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Mitwirkungs- oder Kooperationsobliegenheit¹⁹¹.

Oft gehen allgemeine Versicherungsbedingungen im Bereich der D&O-Versicherung jedoch weiter und räumen dem Versicherungsunternehmen eigentliche Beteiligungsrechte am Verfahren ein. So kann dem Versicherungsunternehmen vertraglich das Recht eingeräumt werden, sich in vollem Umfang an der Abwehr und an den Verhandlungen über eine Schadenerledigung zu beteiligen¹⁹² oder einen Rechtsstreit im Namen der versicherten Organperson zu führen¹⁹³. Praktisch standardmässig enthalten die AVB Bestimmungen, wonach ohne die ausdrückliche Genehmigung des Versicherungsunternehmens kein Vergleich abgeschlossen oder keine sonst verbindliche Zusage (insbesondere keine Anerkennung einer Forderung) getätigt werden darf. Auch Entschädigungsleistungen dürfen in der Regel nicht ohne vorherige Zustimmung des Versicherungsunternehmens geleistet werden¹⁹⁴. Bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung gilt diese Verpflichtung – wohl auch ohne ausdrücklichen Hinweis in den AVB – *a maiore ad minus* auch bei blossen Anzahlungen an (potenzielle) Entschädigungsleistungen, selbst wenn diese ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgen.

3.4 Anerkenntnis-, Vergleichs- und Befriedigungsverbot

Die gängigen D&O-Versicherungsbedingungen enthalten in der Regel Klauseln, wonach die Versicherungsnehmerin, deren Tochterunternehmen und die versicherten Personen nicht berechtigt sind, ohne vorherige (schriftliche) Zustimmung des Versicherungsunternehmens einen Haftpflichtanspruch ganz oder zum Teil anzuerkennen, zu vergleichen oder zu befriedigen¹⁹⁵. Fehlt die entsprechende Zustimmung, so ist das Versicherungsunternehmen nach den meisten AVB nur soweit zur Erbringung einer Versicherungsleistung verpflichtet, wie der entsprechende Anspruch auch ohne Anerkenntnis, Befriedigung oder Vergleich begründet gewesen wäre¹⁹⁶.

¹⁸⁵ BGE 128 III 34, 37 f. (Verlassen des Spitals gleichentags nach schwerem Verkehrsunfall entgegen der ausdrücklichen ärztlichen Empfehlung).

¹⁸⁶ Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Versicherungsfällen von grosser Dimension (Tunnelbrand, Explosion einer grossen Fabrik) die Rettungskosten schnell ins Unermessliche steigen können (Erl. Ber. E-VVG, 47).

¹⁸⁷ BRULHART, § 30, N 589 ff., 270 ff.

¹⁸⁸ Art. 5 Abs. 2 Satz 2 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010: «Die versicherten Personen haben den Versicherer bei der Abwehr des Haftpflichtanspruchs sowie bei der Schadenermittlung und -regulierung zu unterstützen, ihm ausführliche und wahrheitsgemässe schriftliche Schadenberichte zu erstatten, alle Tatumstände, welche zu dem Schadenfall Bezug haben, schriftlich mitzuteilen und alle nach Ansicht des Versicherers für die Beurteilung des Schadenfalls erheblichen Schriftstücke einzusenden».

¹⁸⁹ Art. 25 Abs. 2 AXA Winterthur 08.

¹⁹⁰ Art. 7.3 Liberty KMU 08; vgl. auch Art. 25 Abs. 2 AXA Winterthur 08.

¹⁹¹ Erl. Ber. VE-VVG, 36.

¹⁹² Art. 5.5 Chartis BusinessGuard 08.

¹⁹³ Art. 7.2 Liberty KMU 08.

¹⁹⁴ Art. 4.6 Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.1 Abs. 3 Allianz Protect 2010 CH; Art. 25 Abs. 2 AXA Winterthur 08; Art. 7.4 Liberty KMU 08. Zu weit gehen nur vereinzelt anzutreffende Bestimmungen, wonach die Versicherten beim unterlassenen Abschluss eines vom Versicherer angestrebten Vergleichs mit Dritten (Geschädigte, Anspruchsteller) zu einem teilweisen oder vollständigen Rechtsverlust führen soll.

¹⁹⁵ Art. 5 Abs. 3 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010.

¹⁹⁶ Art. 6.2 Allianz Protect 2010 CH.

3.5 Veränderungsverbot

Das Veränderungsverbot (*l'interdiction de modification*)¹⁹⁷ ist in Art. 68 VVG geregelt (Art. 37 E-VVG)¹⁹⁸ und besagt, dass der Anspruchsberechtigte, bevor der Schaden ermittelt ist und ohne Zustimmung des Versicherungsunternehmens, an den beschädigten Gegenständen keine Veränderung vornehmen darf, welche die Feststellung der Schadenursache oder des Schadens erschweren oder vereiteln könnten, es sei denn, dass die Veränderung zum Zwecke der Schadenminderung oder im öffentlichen Interesse als geboten erscheint. Das Veränderungsverbot gibt dem Versicherungsunternehmen die Möglichkeit, den Versicherungsfall und dessen Folgen abzuklären, bevor Beweise oder Spuren verwischt oder verschwunden sind¹⁹⁹. Obwohl es seiner Stellung nach im Gesetz nur für die Schadenversicherung gilt, spielt es auch im Rahmen der Haftpflichtversicherung – und somit der D&O-Versicherung – eine Rolle, wobei dieses Verbot dann allerdings nur den Haftpflichtversicherten, nicht aber den Geschädigten erfasst²⁰⁰.

4. Nach Beendigung der Versicherungsdauer

Wann Obliegenheiten generell zu erfüllen sind, ergibt sich aus ihrem gesetzlich geregelten oder vertraglich vereinbarten Inhalt²⁰¹. Obliegenheiten können die Vertragsdauer überdauern (nachwirkende Obliegenheiten) oder aber erst nach Ende des Versicherungsvertrages, aber mit Bezug auf diesen, aufleben (nachvertragliche Obliegenheiten). Auch die Verletzung von solchen Obliegenheiten kann – bei sonst gegebenen Voraussetzungen (vorstehend, S. 228 f.) – zu einer Leistungskürzung oder -freiheit des Versicherungsunternehmens führen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass alle mit dem Schadenfall verbundenen Obliegenheiten grundsätzlich bis zur endgültigen aussergerichtlichen oder gerichtlichen (rechtskräftiges Urteil) Erledigung desselben oder einer allenfalls früher eintretenden versicherungs- oder haftungsrechtlichen Verjährung zu beachten sind. Dies gilt selbst dann, wenn die D&O-Versicherung nicht oder mit einem anderen Versicherungsunternehmen erneuert worden sein sollte und auch dann, wenn die Versicherungsnehmerin als juristische Person – etwa infolge Konkurs, Liquidation oder Fusion – nicht mehr existiert. Es handelt sich so gesehen um eine Dauerobliegenheit. Schliesslich können auch Geheimhaltungs- und Rückgabepflichten fortwirken.

¹⁹⁷ BRULHART, § 30, N 595 ff., 272 f.

¹⁹⁸ Art. 37 E-VVG entspricht in der Sache dem geltenden Art. 68 Abs. 1 VVG. Es wird als sinnvoll erachtet, diese Bestimmung – neu halbzwingend – weiterhin im Gesetz zu belassen (Erl. Ber. E-VVG, 44).

¹⁹⁹ MAURER, § 35, 342.

²⁰⁰ MAURER, § 35, 342 f.

²⁰¹ BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/MARLOW, 13 N 43, 675.

C. Zurechnung von Wissen und Tatsachen (Severability)

Im Rahmen der D&O-Versicherung kann sich die Frage stellen, ob und allenfalls inwieweit deckungsschädliches Wissen der Versicherungsnehmerin oder einer versicherten Person um Gefahrs- oder andere relevante Tatsachen anderen versicherten Personen zuzurechnen ist. Zunächst sollen die Grundlagen sowie die verschiedenen Fallgruppen der Zurechnung kurz dargestellt werden (1.). In einem zweiten Schritt wird die Frage der Zurechnung im Rahmen der vorvertraglichen Antragspflichtverletzung (2.), bei der Anwendung von Ausschlüssen (3.) sowie im Konzernverhältnis (4.) näher erläutert.

1. Grundlagen und Fallgruppen

Wie geht die D&O-Versicherung nun aber mit dem Nichtwissen bzw. mit dem Wissen anderer um? Folgende Fallgruppen können – nachfolgend in Frageform dargestellt – im Rahmen der versicherungsvertragsrechtlichen Zurechnung bei der D&O-Versicherung unterschieden werden²⁰²:

- Ist der Versicherungsnehmerin das Verhalten und Wissen der versicherten Organpersonen zuzurechnen, insbesondere im Hinblick auf vorvertragliche Aufklärungspflichten?
- Ist den versicherten Organpersonen das Verhalten und Wissen der Versicherungsnehmerin zuzurechnen?
- Sind einzelnen versicherten Organpersonen das Verhalten und Wissen anderer versicherter Organpersonen zuzurechnen?
- Vermag eine vorsätzliche (und somit ausgeschlossene) Pflichtverletzung den Versicherungsschutz für eine (oder mehrere) fahrlässige Pflichtverletzungen aufzuheben?

Zusammenfassend geht es somit um die Frage, ob einer versicherten Organperson (oder allenfalls der Versicherungsnehmerin) das Verhalten – insbesondere Pflichtverletzungen – einer anderen versicherten Organperson (oder allenfalls der Versicherungsnehmerin) zuzurechnen ist und ihr dadurch ein gravierender Rechtsnachteil, die Verweigerung der Deckung, entsteht. Anders ausgedrückt, wie kann die unwissende versicherte Organperson (*innocent insured*)²⁰³ vor diesem drohenden Rechtsnachteil adäquat geschützt werden?

Vorab ist zu bedenken, dass die D&O-Versicherung sowohl als Versicherung für fremde Rechnung (vorstehend, S. 224) als auch als Kollektivversicherung (vor-

²⁰² Siehe auch LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 59, 1859.

²⁰³ MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.02[2].

stehend, S. 224) qualifiziert wird und die versicherte Organperson somit relativ wenig Einfluss auf den Vertragsabschluss und die Vertragspflege – z.B. bezüglich Mitteilungen während der Vertragsdauer – hat. So stehen die Gestaltungsrechte bezüglich des Versicherungsvertrages grundsätzlich nur der Versicherungsnehmerin zu²⁰⁴.

Viele D&O-Versicherungsbedingungen enthalten heutzutage zugunsten der versicherten Organpersonen Zurechnungsbestimmungen (*Severability*-Klauseln; *clauses d'exonération*), nach welchen deckungsschädliche Umstände auf jene Organpersonen beschränkt bleiben, bei denen sie eingetreten sind²⁰⁵.

2. Bei Antragspflichtverletzungen

Nach Darstellung der gesetzlichen Grundlagen (2.1) und gängiger vertraglicher Regelungen (2.2) wird in einem Exkurs auf die Rechtslage in Deutschland verwiesen (2.3).

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Wer ist Antragsteller und somit Adressat der vorvertraglichen Anzeigepflichten bei der D&O-Versicherung? Nach der mehrheitlich vertretenen und zutreffenden Ansicht ist die Versicherungsnehmerin – die Gesellschaft also – als Antragstellerin zu betrachten²⁰⁶. Die Gesellschaft ist in der Regel ausschliessliche oder zumindest primäre Prämienschuldnerin. Folgende Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes bedürfen der genaueren Betrachtung:

- Art. 6 VVG (neu: Art. 18 E-VVG): Unter Einhaltung der vierwöchigen gesetzlichen Rücktrittsfrist ist das Versicherungsunternehmen nicht an den Versicherungsvertrag gebunden, sofern der Anzeigepflichtige beim Abschlusse einer Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat (vorstehend, S. 231).

Damit das Kündigungsrecht nach dem neuen Art. 18 Abs. 1 E-VVG gegeben ist, wird kumulativ vorausgesetzt, dass das Versicherungsunternehmen aufgrund der Falschdeklaration das Risiko zu seinen Ungunsten falsch eingeschätzt hat (Art. 18 Abs. 1 lit. a E-VVG) und dass der Vertrag bei richtiger Einschätzung nicht oder mit anderem

Inhalt abgeschlossen worden wäre (Art. 18 Abs. 1 lit. b E-VVG)²⁰⁷. Nach dem Revisionsentwurf von Art. 19 Abs. 4 E-VVG beträgt die Kündigungsfrist bei Verletzung der Anzeigepflicht ebenfalls vier Wochen ab Kenntnisnahme, muss jedoch spätestens fünf Jahre nach Vertragsabschluss erfolgen.

- Art. 5 VVG (neu: Art. 16 E-VVG): Bei Vertragsabschluss durch einen Vertreter sind nicht nur die dem Vertretenen, sondern auch die dem Vertreter bekannten Gefahrstatsachen zu deklarieren (Art. 5 Abs. 1 VVG/Art. 16 Abs. 1 E-VVG). Der zweite Absatz derselben Gesetzesbestimmung hält sodann fest, dass bei der Versicherung für fremde Rechnung (Art. 16 VVG) auch diejenigen erheblichen Gefahrstatsachen anzuzeigen sind, die dem versicherten Dritten selbst oder seinem Zwischenbeauftragten bekannt sind oder bekannt sein müssen, es sei denn, dass der Vertrag ohne Wissen dieser Personen abgeschlossen wird, oder dass die rechtzeitige Benachrichtigung des Antragstellers nicht möglich ist.
- Art. 7 VVG: Bei der D&O-Versicherung handelt es sich regelmässig um eine Kollektivversicherung (vorstehend, S. 224), um einen Vertrag also, der mehrere Gegenstände oder Personen erfasst (vgl. Art. 22 und 48 E-VVG). Aus diesem Grund muss auch die Anwendung von Art. 7 VVG (neu Art. 22 E-VVG) geprüft werden muss: Sofern der Versicherungsvertrag mehrere Gegenstände oder Personen umfasst und die Anzeigepflicht nur bezüglich eines Teiles dieser Gegenstände oder Personen verletzt ist, so bleibt die Versicherung für den übrigen Teil wirksam, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Versicherer diesen Teil allein zu den nämlichen Bedingungen versichert hätte (Art. 7 VVG/Art. 22 E-VVG)²⁰⁸. Die Anwendung dieser Bestimmung hängt kumulativ davon ab, ob (i) die Verletzung der Anzeigepflicht nur einen Teil der Gegenstände oder Personen betrifft und (ii) der Versicherer den übrigen Teil allein tatsächlich zu denselben Bedingungen versichert hätte. Überzeugend führt BANDLE²⁰⁹ in seiner Dissertation (1999) aus, dass Art. 7 VVG wohl eher selten zur Anwendung kommen dürfte. Die erste Voraussetzung sei regelmässig deshalb nicht erfüllt, weil der D&O-Fragebogen typischerweise gar keine Fragen zu den versicherten Organpersonen und deren Vermögensverhältnissen enthalte. Bezüglich der zweiten Voraussetzung sei es nur in seltenen Fällen vorstellbar, dass es die Absicht der Versicherungsnehmerin gewesen sei, den Versicherungsvertrag unter Ausschluss einiger Organpersonen nur für eine beschränkte Anzahl Versicherter abzuschliessen.

²⁰⁴ LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 50 und N 52, 1856; ITEN, N 215, 67.

²⁰⁵ DREHER/THOMAS, 69; HALLER, N 498, 206.

²⁰⁶ IHLAS, 570, m.w.H.

²⁰⁷ Schliesslich ist es denkbar, dass ein vorgestellter Sachverhalt für das Versicherungsunternehmen nicht *conditio sine qua non* des Vertragsschlusses überhaupt oder mit dem vereinbarten Inhalt gewesen ist. In diesem Fall hätte sich die Falschangabe zwar negativ auf die Risikoeinschätzung ausgewirkt, nicht jedoch auf den Entschluss des Versicherungsunternehmens, den Vertrag überhaupt oder mit dem betreffenden Inhalt abzuschliessen (Erl. Ber. E-VVG, 32).

²⁰⁸ Siehe BRULHART, § 30, N 486, 220.

²⁰⁹ Zum Ganzen: BANDLE, N 299 ff., 125 f.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verhalten und Wissen der versicherten und somit durch den Versicherungsvertrag begünstigten Organpersonen der Versicherungsnehmerin zugerechnet wird. Dies gilt allerdings nur für jenes Verhalten und Wissen, das der Versicherungsnehmerin bekannt ist oder – unter objektiven Gesichtspunkten – bekannt sein müsste²¹⁰. Umgekehrt scheint es auch wahrscheinlich, dass schweizerische Gerichte das Wissen der Versicherungsnehmerin – und damit die im Fragebogen namens der Gesellschaft gemachten Angaben – allen versicherten Organpersonen zurechnen würden²¹¹.

Vom geltenden Gesetz nicht explizit erfasst wird allerdings der Fall, wo zwar nicht der Vertragsschluss, jedoch die Erfüllung der Anzeigepflicht durch den Vertreter erfolgt, wie dies bei der D&O-Versicherung regelmässig zutrifft. Der Revisionsvorschlag schliesst diese Lücke. Es geht darum, den Kreis der Personen zu bestimmen, die von der Anzeigepflicht erfasst oder in diese einbezogen werden sollen beziehungsweise auf deren Kenntnis bei der Gefahrsdeklaration abzustellen ist. Neben der Versicherungsnehmerin sind dies in erster Linie diejenigen Personen, auf die es für den Eintritt des Versicherungsfalles ankommt, das heisst die versicherten Organpersonen. Diese stehen dem Risiko am nächsten und haben daher die für das Versicherungsunternehmen entscheidenden Kenntnisse der Risikosituation²¹².

Wie bereits in Art. 5 Abs. 2 VVG sind auch nach Art. 16 Abs. 2 E-VVG erhebliche Gefahrstatsachen anzuzeigen, die dem versicherten Dritten oder seinem Vertreter bekannt sind oder bekannt sein müssen, es sei denn, dass der Vertrag ohne deren Wissen abgeschlossen wird (so auch § 47 Abs. 2 Satz 1 dVVG). Letzteres ist allerdings gerade im Bereich der D&O-Versicherung regelmässig der Fall²¹³.

Während es sich sowohl bei Art. 5 als auch bei Art. 7 VVG um dispositives Gesetzesrecht handelt, von dem vertraglich abgewichen werden kann, ist Art. 6 VVG teilzwingend (Art. 98 VVG), darf also nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden. Eine vertragliche Besserstellung der versicherten Organperson bezüglich der Zurechnung ist folglich zulässig.

2.2 Vertragliche Regelungen (Severability-Klauseln)

Im Hinblick auf den Versicherungsantrag und Vertragsabschluss enthalten die in der Schweiz gängigen D&O-Versicherungsbedingungen oft Regelungen zur

Zurechnung von Verhalten, Verschulden, Bewusstsein oder Kenntnis. Kerngehalt solcher Bestimmungen ist jeweils, dass eine Anzeigepflichtverletzung vom Versicherungsunternehmen nur gegenüber jener oder jenen versicherten Organperson(en) geltend gemacht werden kann, welche über die entsprechende Kenntnis verfügt hat. Folgende Beispiele verdeutlichen dies:

- Art. 6 Abs. 2 (i) Chartis BusinessGuard 08: *«In Bezug auf die Submission (...) werden weder Angaben, andere Informationen oder Wissen einer versicherten Person noch Handlungen, Unterlassungen oder Fehler einer versicherten Person einer anderen versicherten Person zugerechnet»;*
- Art. 8.2 Abs. 2 Liberty KMU 08: *«Die im Fragebogen oder Antrag gemachten Angaben oder Kenntnisse einer versicherten Person werden einer anderen versicherten Person nicht zugerechnet, wenn geprüft wird, ob Versicherungsschutz für einen Anspruch gegen die andere versicherte Person besteht»;*
- Art. 6 Ziff. 2 (1) HCCI VB D&O 08/2010 CH: *«Kenntnisse oder Unkenntnisse sowie Handlungen und Unterlassungen einer versicherten Person werden einer anderen versicherten Person nicht zugerechnet».*

Einzelne Anbieter beschränken sich – m.E. fälschlicherweise – darauf, in ihrer den Antrag und Abschluss des Vertrages betreffenden *Severability*-Klausel bloss die Zurechnung zwischen den versicherten Organpersonen zu regeln. Bei der Anzeigepflicht geht es jedoch vor allem um die Wissenszurechnung im Verhältnis zwischen versicherten Personen und der Versicherungsnehmerin²¹⁴ in ihrer Funktion als Antragstellerin (vorstehend, S. 229).

Der Kreis der relevanten Wissensträger wird in den jeweils anwendbaren D&O-Bedingungen oft durch eine sogenannte Repräsentantenklausel eingeschränkt²¹⁵. Nach der etablierten deutschen Rechtsprechung ist Repräsentant, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist²¹⁶. Der Repräsentant ist zur Risikoverwaltung befugt, dies bedeutet, dass er selbständig in einem nicht ganz unbedeutenden Umfang für die Versicherungsnehmerin handeln kann²¹⁷. Schliesslich präzisieren die anwendbaren Versicherungsbedingungen oft, wer als Repräsentant zu gelten hat:

²¹⁴ Zu Recht: LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 65, 1861.

²¹⁵ DREHER/THOMAS, 71; LOOSCHELDERS/POHLMANN/VON LANZENAUER, Anhang C, N 65, 1861.

²¹⁶ Z.B. BGH VersR 1989, 737; IHLAS, 571; SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER/SCHWINTOWSKI, PK-VersR, 28 N 124, 267, m.w.H.

²¹⁷ BGH VersR 1993, 828.

²¹⁸ Vgl. etwa IHLAS, 470 f.

²¹⁰ BRULHART, § 30, N 471, 212.

²¹¹ HALLER, N 498, 206.

²¹² Vgl. dazu Erl. Ber. E-VVG, 30; Erl. Ber. VE-VVG, 24.

²¹³ TERBILLE/SIEG, N 65, 981.

- Art. 6 Abs. 2 (ii) Chartis BusinessGuard 08: «Nur Angaben und Wissen des Verwaltungsratspräsidenten, Chief Executive Officer und Chief Financial Officer oder des Leiters der Rechtsabteilung/Rechtskonsulenten (oder Personen in gleichwertigen Positionen) des Versicherungsnehmers [werden] allen Gesellschaften zugerechnet»;
- Art. 6 Ziff. 2 (2) HCCI VB D&O 08/2010 CH: «(i) Verwaltungsratspräsident, CEO (Chief Executive Officer), Geschäftsführer, Stiftungspräsident und Vorstandsvorsitzender, (ii) Leiter Finanz- und/oder Rechtsressort, (iii) Risk Manager sowie vergleichbare Positionen nach ausländischem Recht»;
- Art. 7 Abs. 1.3 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010: «Vorsitzender der Geschäftsleitung oder, falls ein Vorsitzender nicht bestellt ist, alle Mitglieder der Geschäftsleitung der Versicherungsnehmerin; Vorsitzender des Verwaltungsrates oder sonstigen aufsichtführenden Organs; für Finanzen zuständiges Mitglied der Geschäftsleitung, Leiter der Rechtsabteilung und Leiter der mit dem Versicherungseinkauf betrauten Abteilung sowie Geschäftsführer eines Inhouse Brokers».

Bei Repräsentanten handelt es sich also stets um die oberste Führungsriege sowie um jene Personen, die firmenintern typischerweise risikorelevante Informationen einholen, analysieren und verwalten (z.B. Risk Manager, General Counsel). Es steht den Vertragspartei jedoch frei, den Kreis der relevanten Wissensträger auszuweiten oder einzuengen.

2.3 Exkurs: Zurechnung im deutschen Recht
§ 47 dVVG (revidierte Fassung) enthält eine besondere Zurechnungsregel²¹⁸. Soweit die Kenntnis und das Verhalten des Versicherungsnehmers von rechtlicher Bedeutung sind, sind nach § 47(1) dVVG bei der Versicherung für fremde Rechnung auch die Kenntnis und das Verhalten des Versicherten zu berücksichtigen. Die Kenntnis des Versicherten ist allerdings nach § 47(2) Satz 1 dVVG dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Vertrag ohne Wissen des Versicherten – was, wie bereits gesagt, im Rahmen der D&O-Versicherung häufig der Fall sein dürfte – geschlossen worden ist (im gleichen Sinne der Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 E-VVG) oder ihm eine rechtzeitige Benachrichtigung des Versicherungsnehmers nicht möglich oder nicht zumutbar war.

Der zweite Satz desselben Absatzes präzisiert sodann, dass das Versicherungsunternehmen den Einwand, dass der Vertrag ohne Wissen des Versicherten geschlossen worden ist, nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn die Versicherungsnehmerin den Vertrag

ohne Auftrag des Versicherten geschlossen und bei Vertragsschluss dem Versicherungsunternehmen nicht angezeigt hat, dass sie den Vertrag ohne Auftrag des Versicherten schliesst. Auch diese Ausnahme der Ausnahme dürfte im Rahmen der D&O-Versicherung oft Anwendung finden²¹⁹.

Von Interesse ist für den Schweizer Rechtsanwender zudem auch das wegweisende Urteil des OLG Düsseldorf vom 23. August 2005²²⁰. Im Rahmen des Versicherungsantrages (Fragebogen) für eine D&O-Versicherung verneinte der damalige Vorstandsvorsitzende eines Unternehmens die Frage, ob Umstände bekannt seien, die zu einem Anspruch unter der D&O-Versicherung führen könnten. Nachdem sich herausstellte, dass dieser Vorstandsvorsitzende falsche Bilanzen und Ad-hoc-Mitteilungen veröffentlicht hat, um potenzielle Anleger über die Umsätze der Gesellschaft zu täuschen, erklärte der Versicherer Rücktritt vom Versicherungsvertrag sowie dessen Anfechtung. Ein ehemaliges Aufsichtsratsmitglied klagte daraufhin gegen den D&O-Versicherer auf Gewährung von Versicherungsschutz²²¹. Die anwendbaren D&O-Versicherungsbedingungen enthielten die folgende Klausel:

- AVB-Klausel: «Bei Prüfung des Versicherungsschutzes werden einer versicherten Person keine bei anderen versicherten Personen gegebenen Tatsachen zugeschrieben oder vorhandene Kenntnis zugerechnet»²²².

Das OLG Düsseldorf gewährte dem Kläger keinen Anspruch auf Versicherungsschutz, denn der Versicherer hätte den Vertrag bei Kenntnis der Bilanzmanipulation nicht oder nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen. Somit muss sich auch eine redliche versicherte Person (*in casu* das ehemalige Aufsichtsratsmitglied), die keine Kenntnis vom Anfechtungstatbestand hat, das Handeln und Wissen einer anderen versicherten Person (*in casu* des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden, der nach Auffassung des Gerichts ja ohnehin Repräsentant des Unternehmens sei) bei Vertragsabschluss zurechnen lassen. Das Gericht befand im Weiteren, dass die oben zitierte AVB-Klausel die Zurechnung im Kreis der versicherten Personen untereinander, nicht jedoch die Zurechnung im Verhältnis zwischen der Versicherungsnehmerin und der versicherten Person ausschliesse²²³. Zwar hat der deutsche Bundesgerichtshof mit Urteil vom 17. Januar 2007²²⁴ die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf insofern relativiert, als ein

²¹⁹ TERBILLE/SIEG, N 65, 981.

²²⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. August 2005, ZIP 2006, 1677.

²²¹ Ausführlicher zum Sachverhalt und Urteil: SCHMITT, 159 f.; SIEG/SCHRAMM, 234 f.; TERBILLE/SIEG, N 66, 982.

²²² SIEG/SCHRAMM, 234.

²²³ SCHMITT, 160; SIEG/SCHRAMM, 235; TERBILLE/SIEG, N 66, 982.

²²⁴ BGH NJW 2007, 1058.

²²⁵ TERBILLE/SIEG, N 66, 982.

im Voraus vertraglich vereinbarter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung mit dem Schutz der freien Selbstbestimmung (§ 123 BGB) unvereinbar und deshalb unwirksam sei, wenn die Täuschung vom Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt werde, die nicht Dritte im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB sei²²⁵. Dies ändert trotzdem nichts daran, dass die Vertragsparteien der klaren versicherungsvertraglichen Ausgestaltung der Zurechnung mit Hinblick auf den Antrag und Vertragsschluss – sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht – grösste Bedeutung zumessen sollten.

3. Bei Deckungsausschlüssen

Vertragliche Zurechnungsklauseln finden regelmässig auch auf Deckungsausschlüsse Anwendung, insbesondere auf den Vorsatz²²⁶ und teilweise auf den Bereicherungsausschluss. Mehrheitlich ist die einschlägige *Severability*-Klausel formulierungstechnisch Bestandteil des entsprechenden Deckungsausschlusses. Dies kann an folgenden Beispielen verdeutlicht werden:

- Art. 3 Abs. 1 Ace Swiss Elite 2.0a (D): «Die Ausschlüsse 3.1 a) und b) [Persönliches Fehlverhalten] werden nur auf diejenigen versicherten Personen angewandt, welche das persönliche Fehlverhalten begangen haben (...);»
- Art. 16 lit. b AXA Winterthur 08: «Bei der Anwendung dieses Ausschlusses [Verletzung gesetzlicher Bestimmungen und wissentliche Pflichtverletzung] werden einer versicherten Person das Wissen, die Handlungen oder Unterlassungen einer anderen Person des Versicherungsnehmer oder seiner Tochtergesellschaften nicht zugerechnet.»

Einzelne Anbieter wenden ihre Zurechnungsklausel generell auf alle im Vertrag enthaltenden Deckungsausschlüsse an. So sieht der einleitende Satz zum Abschnitt über die Ausschlüsse der Chubb Europe S.A. etwa vor, dass Ausschlussstatbestände versicherten Personen untereinander nicht zugerechnet werden²²⁷.

Wenn eine versicherte Organperson eine vorsätzliche (bzw. wissentliche)²²⁸ Pflichtverletzung begangen hat, gibt es oft andere versicherte Organpersonen, welche dies hätten verhindern sollen (Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht bei der Kontrolle und Überwachung).

Sollte nun einer versicherten Person, die eine vorsätzliche Pflichtverletzung einer anderen versicherten Person hätten verhindern können bzw. müssen, deren vorsätzliches Verhalten zugerechnet werden? IHLAS verweist in seinem Standardwerk zur D&O-Versicherung auf Vertragsklauseln, die eine Zurechnung für die Rückwärtsversicherung, nicht jedoch für die Vorwärtsversicherung vorsehen²²⁹.

4. Im Konzernverhältnis

Das Bundesgericht geht vom Grundsatz der Wissenszurechnung im Konzern aus²³⁰. Wird vertraglich nichts anderes vereinbart, so ist davon auszugehen, dass es im Rahmen von Zurechnungsklauseln auf die Kenntnis und das Verhalten von versicherten Organpersonen auf allen Konzernstufen – einschliesslich mitversicherter Tochterunternehmen – ankommt²³¹.

Ein anderer Aspekt, der kurz angetönt werden muss, ist der Umstand, dass vertraglich vereinbarte Repräsentantenklauseln (vorstehend, S. 241 f.) sich oft nicht wirklich mit dem Konzernverhältnis befassen. Im Rahmen von (internationalen) Vertragsstrukturen und Konzernpolicen wäre es deshalb sinnvoll, Verwaltungsräte, Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer von Tochtergesellschaften als Repräsentanten für die von ihnen geleiteten Gesellschaften zu benennen. Dies hätte zur Folge, dass die so bestimmten Repräsentanten das ihnen nach pflichtgemässer Prüfung aus ihrem Unternehmen bekannte Umstandswissen mitteilen müssten. Umstände, die ausserhalb ihrer Kenntnis geblieben sind, wären nicht deckungsschädlich²³².

D. Mischfallregelungen (Allokation)

Die Schadenregulierung im Bereich der D&O-Versicherung ist oft langwierig, komplex und kompliziert²³³. Klar und eindeutig formulierte Klauseln zur Regelung von Mischfällen (Allokationsklauseln) können der Schadenbearbeitung und -regulierung förderlich sein, da sie sich mit der Abgrenzung und Zuordnung folgender Tatbestände befassen:

- Versicherte und nicht versicherte Sachverhalte (Teildeckung);
- Ansprüche gegen versicherte und nicht versicherte Personen;
- Ansprüche gegen versicherte Personen und die nicht versicherte Gesellschaft (Versicherungsnehmerin und/oder deren mitversicherte Tochtergesellschaften);

²²⁶ Im deutschen Rechtskreis sind *Severability*-Klauseln verbreitet, die bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles den Verlust des Deckungsschutzes auf die vorsätzlich handelnde Person beschränken (DREHER/THOMAS, 69).

²²⁷ Art. 7 Chubb PrimeLine 09.

²²⁸ Die vorab in Deutschland geführte Diskussion darüber, ob vorsätzliche oder aber nur wissentliche Pflichtverletzungen vom Deckungsumfang einer D&O-Versicherung ausgeschlossen sein sollten, ist ein eigenes Thema, dessen Behandlung den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde.

²²⁹ Ausführlich: IHLAS, 469 f.

²³⁰ BGE 111 II 388, 395 f.; SCHAER, Versicherungsrecht, 11 N 81, 339.

²³¹ IHLAS, 570 f.

²³² Zu Recht: DREHER/THOMAS, 72.

²³³ Zur Vereinfachung der Schadenregulierung: MANNSDORFER, 263 ff.

- Kosten und Untersuchungskosten, die unter der anwendbaren Police nur teilweise als Kosten und Untersuchungskosten gedeckt sind²³⁴.

Ursprünglich wurde wohl von den meisten Versicherungsunternehmen die rechtlich korrekte Meinung vertreten, dass Kosten und gegebenenfalls Ersatzzahlungen nur für versicherte Sachverhalte sowie nur für die versicherte Organperson zu bezahlen oder erstatten seien. Ohne spezielle Mischfallregelung besteht Versicherungsschutz für den Anteil der Abwehrkosten und/oder des Schadenersatzes, der dem Haftungsanteil der versicherten Organperson für versicherte Sachverhalte entspricht.

Mischfälle treten vor allem dann auf, wenn die Abwehr von einem – durch versicherte und nicht versicherte Personen oder durch versicherte Personen und die nicht versicherte Gesellschaft – gemeinsam beauftragten Rechtsanwalt geführt wird. Sofern keine Interessenkonflikte bestehen, kann die Beauftragung eines gemeinsamen Anwaltes sowohl prozessökonomisch als auch aus Kostensicht sinnvoll sein (vorstehend, S. 237). Da gerade in den Vereinigten Staaten solche Abwehrkosten sehr hoch sein können, erstaunt es nicht, dass erste Allokationsklauseln im angelsächsischen Rechtskreis entwickelt worden sind. So wuchs der Druck gegen eine Allokation oder Kostenausscheidung seitens der nicht versicherten US-Gesellschaften, die oft damit argumentierten, dass ihre eigene Haftung als abgeleitete Haftung der versicherten Organpersonen (*derivative liability*) zu verstehen sei²³⁵. Die folgenden Konzepte wurden in der Folge von Lehre und Rechtsprechung für die Allokation entwickelt²³⁶:

- *Relative exposure rule (relative fault rule)*: Diese Regel repliziert nur die bereits oben angesprochene Allokation nach Haftungs- bzw. Verschuldensanteil²³⁷;
- *Larger settlement rule*: Nach dieser Maxime sollen Kosten und Ersatzzahlungen nur insoweit der nicht versicherten Person oder Gesellschaft überwältzt werden, als der Gesamtschaden durch die Pflichtverletzungen der nicht versicherten Person oder Gesellschaft tatsächlich erhöht worden sein sollte²³⁸;
- *Reasonably related principle*: Nach diesem Ansatz hat das Versicherungsunternehmen all jene Kosten zu tragen, die vernünftigerweise – nach einem An-

gemessenheitskriterium – zur Abwehr versicherter Ansprüche notwendig gewesen wären. Es geht also um jene Kosten, die bei einer kompetenten Rechtsvertretung nur bezüglich der versicherten Person oder des versicherten Sachverhaltes entstanden wären. Von Interesse ist, dass das Versicherungsunternehmen nach diesem Ansatz auch jene Abwehrkosten zu erstatten hat, die rein zufällig auch der nicht versicherten Person zugute kommen (*incidental benefit*)²³⁹.

Welche Klauseln sind nun aber in den Schweizer D&O-Bedingungswerken üblich? Zunächst wird teilweise auf die Allokation nach dem Haftungsanteil der versicherten Person für versicherte Sachverhalte Bezug genommen. So folgen das Versicherungsunternehmen und die versicherten Personen zur Bestimmung des Anteils der versicherten Abwehrkosten und/oder des versicherten Vermögensschadens dem jeweiligen Haftungsanteil²⁴⁰. Nach anderen Versicherungsbedingungen ist das Versicherungsunternehmen berechtigt, unter Abwägung der Erfolgsaussichten eine interessengerechte Schätzung des versicherten Anteils an die gegen die Parteien gerichteten Ansprüche vorzunehmen²⁴¹.

Im Weiteren sind Klauseln recht häufig anzutreffen, wonach eine einvernehmliche Regelung bezüglich der anteiligen Übernahme zwischen der Gesellschaft, den versicherten Personen und dem Versicherungsunternehmen in Abwägung der relativen rechtlichen Erfolgsaussichten und des relativen finanziellen Vorteils der Parteien getroffen werden soll²⁴². Die Parteien sollen eine interessengerechte²⁴³, faire Aufteilung zwischen versichertem und nicht versichertem Schaden anstreben (*fair and proper allocation*)²⁴⁴ und dabei nach bestem Wissen und Gewissen vorgehen (*use of best efforts/best endeavors*)²⁴⁵. Somit wird auf ein Handeln nach Treu und Glauben Bezug genommen (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Schliesslich finden sich Mischfallregelungen, welche die Übernahme eines fixen Prozentsatzes der Gesamt- oder doch zumindest der Abwehrkosten vertraglich stipulieren. Nach einer solchen Regelung trägt das Versicherungsunternehmen etwa 75% der fälligen Abwehrkosten²⁴⁶. Darin enthalten ist auch der Anteil Abwehrkosten, der auf die nicht versicherte Gesellschaft

²³⁴ Art. 4.3(c) Ace Swiss Elite 2.0a (D).

²³⁵ O'LEARY, 169.

²³⁶ KNEPPER/BAILEY, §§21-1 ff., 221 ff.; MATHIAS/KROEGER/NEUMEIER/BURGDORFER, § 6.04; O'LEARY, 169 ff.

²³⁷ *PepsiCo, Inc. v. Continental Casualty Co*, 640 F. Supp. 656 (S.D.N.Y. 1986).

²³⁸ *Nordstom, Inc. v. Chubb & Son, Inc.*, 54 F.3d 1424 (9th Cir. 1995), *amended*, 1995 No. 93-35495, slip. op., 9325 (9th Cir. Aug. 1, 1995).

²³⁹ *Continental Casualty v. Board of Education*, 302 Md. 516, 489 A.2d 536 (Md. 1985).

²⁴⁰ Art. 6.3 Chubb PrimeLine 09 (bezüglich dem Ersatzanspruch).

²⁴¹ Art. 6.6 Abs. 3 Allianz Protect 2010 CH.

²⁴² Art. 4.3 Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.5 Abs. 3 Chartis BusinessGuard 08.

²⁴³ Art. 2.6 Abs. 2 HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010.

²⁴⁴ Art. 4.3 Ace Swiss Elite 2.0a (D); Art. 6.1.5 Zurich 09 GCA.E.

²⁴⁵ Art. 6.1.5 Zurich 09 GCA.E.

²⁴⁶ IHLAS, 441; SCHWEINGRUBER, 37.

entfällt. Solche Klauseln waren in den 90iger-Jahren des letzten Jahrhunderts verbreitet, sind heute jedoch eher selten anzutreffen, am ehesten noch im Grosskundenbereich, der sich durch individuell ausgehandelte oder angepasste Vertragswerke auszeichnet. Im weichen Markt (Käufermarkt; *soft market*) kann es Grosskunden bei entsprechender Vertragsmacht gelingen, Versicherungsunternehmen dazu zu bringen, bis zu 100% der Abwehrkosten bei Mischfällen zu übernehmen.

Viele der gängigen Mischfallregelungen scheinen dem Autor eher vage formuliert zu sein. Es ist Versicherungsunternehmen, aber vor allem auch Versicherungsnehmerinnen zu empfehlen, möglichst objektive Allokationskriterien zu vereinbaren.

Literaturverzeichnis:

- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Haftung der Geschäftsleiter bei Verstössen gegen § 64 a VAG, VersR 60 (2009), Nr. 28, 1293–1304.
- BANDLE DANIEL, L'assurance D&O, Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants des sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Diss. Lausanne 1999, SSHW Bd. 191, Zürich 1999.
- BAUEN MARC/VENTURI SILVIO, Der Verwaltungsrat: Organisation, Kompetenzen, Verantwortlichkeit und Corporate Governance, Zürich 2007.
- BAZZANI CLAUDIO, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Luzern 2007, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Bd. 15, Zürich 2007.
- BECKMANN ROLAND MICHAEL/MATUSCHE-BECKMANN ANNE-MARIE (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2.A., München 2009 (zit. BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN/Bearbeiter).
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- BÖCKLI PETER, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010) Nr. 1, 1–10 und Nr. 2, 25–31 (zit. BÖCKLI, Verwaltungsräte).
- BÖCKLI PETER, Schweizerisches Aktienrecht, 4.A., Zürich 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER, Corporate Governance: Vertrauen an der Unternehmensspitze, Ein Beitrag zum gegenseitigen Verhältnis von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, in: BAER CHARLOTTE M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 76, Bern/Stuttgart/Wien 2006, 33–57 (zit. BÖCKLI, Corporate Governance).
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 3.A., Bern 2006 (zit. BK-BREHM).
- BRINKMANN TORSTEN, Haftungsrisiken für Manager und D&O-Versicherung, München 2002.
- BRISSY YVES/GUIGOU DIDIER/MOUROT ALAIN, Gouvernance et Communication Financière, Paris 2008.
- BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, Berne 2008.
- CATALAN PHILIPPE, Schadloshaltung und Haftungsausschluss bei Leitungsorganen einer Aktiengesellschaft – Möglichkeiten und Grenzen nach Schweizer Recht, Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich, Bd. 43, Zürich 2007.
- DREHER MEINRAD, Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), 293–323.
- DREHER MEINRAD/THOMAS STEFAN, Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 2009, 31–73.
- ERLÄUTERNDER BERICHT des Eidgenössischen Finanzdepartementes (EFD) zur Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), neue Fassung vom 24. Februar 2009, abrufbar unter: www.efd.admin.ch/dokumentation (zit. Erl. Ber. E-VVG).
- ERLÄUTERNDER BERICHT der Expertenkommission zum Vorwurf VVG (VE-VVG) vom 31. Juli 2006, abrufbar unter: www.efd.admin.ch/dokumentation (zit. Erl. Ber. VE-VVG).
- ENTWURF VVG vom 21. Januar 2009, abrufbar unter: www.efd.admin.ch/dokumentation (zit. E-VVG).
- FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005.
- FUHRER STEPHAN, Kürzung von Versicherungsleistungen, in: WEBER STEPHAN (Hrsg.), HAVE-Personenschadenforum 2007, Tagungsband, Zürich 2007, 189–204 (zit. FUHRER, Kürzung).
- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 5 (2006), 244–253 (zit. FUHRER, Anmerkungen).
- FUHRER STEPHAN, Anzeigepflichtverletzung, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 32, Basel/Genf/München 1999 (zit. FUHRER, Anzeigepflichtverletzung).
- GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Lausanne 2005, SSHW Bd. 247, Zürich 2005.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9.A., Zürich 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER).
- GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998, SSHW Bd. 186, Zürich 1998.
- HÄHNCHEN SUSANNE, Obliegenheiten und Nebenpflichten, Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen 2010.
- HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Diss. Zürich 2008, SSHW Bd. 270, St. Gallen 2008.
- HALM WOLFGANG E./ENGELBERT ANDREAS/KRAHE FRANK, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, Köln 2004 (zit. HALM/ENGELBERT/KRAHE/Bearbeiter).

HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, Gesamtdarstellung der rechtlichen, betriebswirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 8.A., Bern/Stuttgart/Wien 2006.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel/Genf/München 1992 (zit. BAK-Bearbeiter).

ITEN MICHAEL, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflichtverletzung, Diss. Freiburg 1998, AISUF 178, Freiburg 1999.

KÄNZIG PHILIPP, Länderreport Schweiz, in: SMERDON EDWARD (Hrsg.), Directors' Liability and Indemnification, A Global Guide, London 2007, 303–313.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1998.

KNEPPER WILLIAM E./BAILEY DAN A., Liability of Corporate Officers and Directors, 6.A., Charlottesville 1998.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern 2009.

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18, Bern 1986 (zit. BK-KRAMER/SCHMIDLIN).

KRNETA GEORG, Praxiskommentar, Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2.A., Bern 2005.

KUHN MORITZ/MÜLLER-STUDER LUKA R./ECKERT MARTIN, Privatversicherungsrecht, Unter Berücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3.A., Zürich 2010.

LOOSCHELDERS DIRK/POHLMANN PETRA (Hrsg.), Heymanns Kommentare, VVG – Versicherungsvertragsgesetz, Köln 2010 (zit. LOOSCHELDERS/POHLMANN/Bearbeiter).

LUTERBACHER THIERRY, Die Schadenminderungspflicht, Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2005, SSHW Bd. 238, Zürich 2005.

MANNSDORFER THOMAS M., Vereinfachung der Schadenregulierung, Rechtsvergleichender Überblick, Notwendigkeit der strategischen Neuausrichtung und Prozessoptimierung, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2008, hrsg. von WEBER STEPHAN, Zürich 2008, 263–290.

MATHIAS JOHN H./KROEGER DAVID M./NEUMEIER MATTHEW M./BURGDOERFER JERRY J., Directors and Officers Liability: Prevention, Insurance and Indemnification, New York 2006.

MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.A., Bern 1995.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSTER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10.A., Bern 2007.

MEISE UWE, Versicherungsschutz vor persönlicher Haftung, in: Aufsichts- und Verwaltungsrat, Der Praxisleitfaden für CEOs, Verwaltungsräte, Unternehmer, Stake- und Shareholder, Zürich 2003.

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 3.A., Zürich 2007.

MÜLLER ROLAND, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Schaden – Haftung – Versicherung, hrsg. von MÜNCH PETER/GEISER THOMAS, Basel/Genf/München 1999, 825–866.

NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgement Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007, SSHW Bd. 266, St. Gallen 2007.

IHLAS HORST, D&O – Directors & Officers Liability, 2.A., Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Bd. 106, Berlin 2009.

O'LEARY MARTIN (Hrsg.), Directors & Officers Liability Insurance Deskbook, 2.A., Chicago 2007.

OLBRICH CAROLA, Die D&O-Versicherung, 2.A., Karlsruhe 2007.

OSSWALD FABIAN, Die D&O-Versicherung beim Unternehmenskauf, Auswirkungen eines Unternehmenskaufs und einer Verschmelzung auf den D&O-Versicherungsschutz, Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Bd. 27, Diss. Freiburg 2008, Berlin 2009.

PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates, AJP 18 (1/2009), 12–22.

PLÜCK RALF/LATTWEIN ALOIS, Haftungsrisiken für Manager, Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände, 2.A., Wiesbaden 2004.

POUGET-HÄNSELER EVA, Anzeigepflichtverletzung, Auswirkungen der Revision auf die Praxis, HAVE 5 (2006), 26–32.

RIES GERHARD/PEINIGER GUNHILD, Haftung und Versicherung von Managern, Rechtliche Grundlagen – D&O-Versicherung, 2., aktualisierte Auflage, Regensburg 2009.

RUFFNER MARKUS, Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, ZSR NF 119 (2000), II, 195–234.

SCHAER ROLAND, Modernes Versicherungsrecht, Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Bern 2007 (zit. SCHAER, Versicherungsrecht).

SCHAER ROLAND, Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten, Diss. Bern 1972 (zit. SCHAER, Rechtsfolgen).

SCHEIFELE BERNHARD H., Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Mannheim 1992/93, Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungswirtschaft der Universität Mannheim, Bd. 42, Karlsruhe 1993.

SCHILLING JOSEPH, D&O-Versicherung und Managerhaftung für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte, Eine Übersicht für Praktiker, 2.A., Karlsruhe 2007.

SCHMITT STEFAN MARTIN, Organhaftung und D&O-Versicherung, Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung, München 2007.

SCHRAMM TANJA, Das Anspruchserhebungsprinzip, Ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes, Diss. Berlin 2008, Berliner Reihe Nr. 34, Berlin 2009.

SCHWEINGRUBER PASCAL, Die Versicherung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in der Schweiz, Diplomarbeit zur externen Prüfung Betriebsökonom HWV, Zürich 1997.

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5.A., Bern 2009.

SCHWINTOWSKI HANS-PETER/BRÖMMELMEYER CHRISTOPH (Hrsg.), Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, ZAP Praxiskommentar, München 2008 (zit. SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER/Bearbeiter).

SIEG OLIVER/SCHRAMM TANJA, OLG Düsseldorf: Zur Anfechtung eines D&O-Versicherungsvertrags durch den Versicherer wegen arglistiger Täuschung, PHI 6/2005, 234 – 235.

STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005.

TERBILLE MICHAEL (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 2.A., München 2008 (zit. TERBILLE/Bearbeiter).

THÜMMEL RODERICH C., Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 4.A., Stuttgart 2008.

VILLA MARCO, Organes de fait et organes apparents, in: La responsabilité civile dans l'entreprise (édité par PIERRE-LOUIS IMSAND), CEDIDAC, Lausanne 2004, 69–144.

VORENTWURF VVG der Expertenkommission vom 31. Juli 2006, publiziert am 21. September 2006, abrufbar unter: www.efd.admin.ch/dokumentation (zit. VE-VVG).

WEBER STEPHAN, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, Tagungsbeiträge, St. Gallen 1999, 133–177.

Beigezogene Versicherungsbedingungen:

Die im Text zitierten allgemeinen Versicherungsbedingungen verschiedener Schweizer D&O-Anbieter stellen eine Momentaufnahme dar und unterliegen der ständigen Erneuerung und Anpassung durch den jeweiligen Anbieter. Viele Anbieter auf dem Schweizer Markt haben in den letzten Jahren ihre D&O-Versicherungsbedingungen grundlegend

erneuert, verbessert, den lokalen Bedürfnissen angepasst und oft auch kundenfreundlicher gestaltet. Dieser Aufsatz bezweckt nicht den Vergleich oder die Bewertung einzelner Bedingungswerke, sondern zitiert einzelne Versicherungsbedingungen lediglich zu Illustrationszwecken. Der Autor kann darüber hinaus nicht zusichern, dass er – trotz Nachfrage bei den einzelnen Gesellschaften – immer über die jeweils aktuellste Version verfügt hat.

- *Ace Europe*: Swiss Elite 2.0a (D), Organhaftpflichtversicherung (zit. Ace Swiss Elite 2.0a [D]);
- *Allianz*: D&O Allianz Protect 2010 CH (zit. Allianz Protect 2010 CH);
- *AXA Winterthur*: Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe (D&O), Ausgabe 10.2008 (zit. AXA Winterthur 08);
- *Chartis Europe S.A.*: Chartis BusinessGuard D&O, AVB BusinessGuard DO MA 10_2008_de (zit. Chartis BusinessGuard 08);
- *Chubb Insurance Company of Europe S.A.*: Chubb D&O PrimeLine – Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Organmitglieder und Leitende Angestellte, Edition 2009 (zit. Chubb PrimeLine 09);
- *HCC International Insurance Company (HCCI)*: Versicherungsbedingungen D&O Schweiz 08/2010 (zit. HCCI VB D&O 08/2010 CH);
- *HDI-Gerling*: HDI-Gerling AVB-D&O Swiss Comfort Plus – Version 07/2010 (zit. HDI-Gerling D&O Swiss Comfort Plus 07/2010);
- *Liberty*: KMU Organhaftpflicht-Versicherung (D&O) für Firmen/Stiftungen/Vereine, Ausgabe Oktober 2008 (zit. Liberty KMU 08);
- *Zurich Versicherungs-Gesellschaft*: Directors' & Officers' Liability Insurance, ZDO 09 GCA.E (zit. Zurich 09 GCA.E).