

**D&O-Versicherung für den Stiftungsrat einer Vorsorgeeinrichtung –  
unter genauerer Betrachtung des Umfangs des Versicherungsschutzes**

---

**Masterarbeit von**

Sebastian Krackl

Verfasst im Rahmen des Masterstudiums in Rechtswissenschaften bei  
Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler im Frühjahrssemester 2021 an der Universität Luzern

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Materialverzeichnis .....	XIV
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Der Stiftungsrat und dessen Verantwortlichkeit nach BVG .....</b>	<b>2</b>
1. Der Stiftungsrat als oberstes Organ der Vorsorgeeinrichtung.....	2
1.1 Allgemeines .....	2
1.2 Die paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrats.....	3
1.3 Aufgaben des Stiftungsrats .....	5
2. Die Verantwortlichkeit der Stiftungsratsmitglieder nach Art. 52 BVG .....	6
2.1 Abgrenzung.....	6
2.2 Haftung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (Art. 52 BVG).....	6
a) Allgemeines.....	6
b) Haftungsvoraussetzungen .....	7
c) Solidarische Haftung und Regress .....	8
<b>C. Grundlagen der D&amp;O-Versicherung.....</b>	<b>9</b>
1. Begriff.....	9
2. Entwicklung und heutige Bedeutung.....	10
3. Zulässigkeit der D&O-Versicherung.....	11
4. Wesensmerkmale der D&O-Versicherung .....	12
4.1 D&O-Versicherung als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung .....	12
4.2 Versicherungsnehmer .....	12
4.3 Versicherte Person .....	13
5. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	14
<b>D. Deckungsumfang .....</b>	<b>15</b>
1. Versicherte Haftpflicht .....	15
2. Sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes .....	16
2.1 Allgemeines .....	16
2.2 Rechtsschutzanspruch .....	16

2.3 Befreiungsanspruch.....	18
2.4 Weitere Leistungen .....	19
3. Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes.....	20
3.1 Vertragsdauer .....	20
3.2 Anspruchserhebungsprinzip.....	21
3.3 Vorrisikoversicherung.....	22
3.4 Nachrisikoversicherung und Umstandsmeldung .....	23
3.5 Ausgeschiedene Stiftungsratsmitglieder .....	25
<b>E. Einschränkungen des Versicherungsschutzes.....</b>	<b>26</b>
1. Versicherungssumme.....	26
1.1 Allgemeines .....	26
1.2 Kostenanrechnungsklausel.....	27
a) Bedeutung .....	27
b) Vereinzelt Kritik in Deutschland.....	27
c) Stellungnahme.....	28
1.3 Verteilung einer unzureichenden Versicherungssumme .....	31
a) Problemstellung.....	31
b) Proportionalitätsprinzip.....	32
c) Prioritätsprinzip.....	33
d) Kopfprinzip .....	34
e) Beliebensprinzip.....	36
2. Selbstbehalt.....	36
3. Serienschadenklausel.....	37
3.1 Bedeutung .....	37
3.2 AGB-rechtliche Zulässigkeit der Serienschadenklausel? .....	37
4. Ausschlüsse .....	39
4.1 Vorsatzausschluss .....	39
a) Unterschiedliche Anknüpfungspunkte .....	39
b) Begriff des Vorsatzes .....	40
4.2 Wissentliche Pflichtverletzung .....	41
4.3 Keine Auswirkungen des Risikoausschlusses auf andere versicherte Personen .....	42
4.4 Weitere Ausschlüsse .....	43

---

<b>F. Übersicht über alternative Versicherungslösungen.....</b>	<b>43</b>
1. Rechtsschutzversicherung für Organe? .....	43
2. D&O-Individualversicherung .....	44
3. Stiftungsratshaftpflichtversicherung (PTL-Versicherung).....	45
<b>G. Schlusswort .....</b>	<b>46</b>

## Literaturverzeichnis

### *Zitierweise:*

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AICHINGER GEORG                      Neue Trends in der D&O-Versicherung, in: GISCH ERWIN/KOBAN KLAUS/RATKA THOMAS (Hrsg.), Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz, Wien 2016, S. 103 ff.
- AKERET FABIAN                         Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während der letzten 20 Jahren, in: MÜLLER ROLAND/GEISER THOMAS/PÄRLI KURT (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band 16, Zürich/St. Gallen 2018
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN             Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2019 (zit. ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht)
- DERSELBE                                Verteilung nicht ausreichender Versicherungssummen in D&O-Innenhaftungsfällen, in: VersR 1/2014, S. 1 ff. (zit. ARMBRÜSTER, VersR)
- BANDLE DANIEL                         L'assurance D&O, Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Diss. Lausanne 1999, Zürich 1999
- BAUEN MARC/  
VENTURI SILVIO                         Der Verwaltungsrat, Organisation, Kompetenzen, Verantwortlichkeit, Corporate Governance, Zürich/Basel/Genf 2007
- BECKMANN ROLAND MI-  
CHAEL                                      D&O-Versicherung, in: BECKMANN ROLAND MICHAEL/MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, München 2004, S. 1335 ff.

- DILLING JOHANNES Die Wirksamkeit der Risikoausschlüsse für wissentliche und vorsätzliche Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung, Diss. Köln 2014, Frankfurt am Main 2015
- DREHER MEINRAD Die D&O-Individualversicherung, in: DREHER MEINRAD/DRESCHER INGO/MÜLBERT PETER O./VERSE DIRK A. (Hrsg.), Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, Berlin/Boston 2018, S. 145 ff.
- FUHRER STEPHAN Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. FUHRER, Privatversicherungsrecht)
- DERSELBE Schadensserie oder Serienschaden?, Zur Auslegung der Serienschadenklausel in Haftpflichtversicherungsverträgen, in: HONSELL HEINRICH/ZÄCH ROGER/HASENBÖHLER FRANZ/HARRER FRIEDRICH/RHINOW RENÉ (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004, S. 827 ff. (zit. FUHRER, Serienschaden)
- DERSELBE Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Mit Erläuterungen zu den Haftpflichtversicherungen für Rechtsanwälte, Treuhänder, Verwaltungsräte, Organe von Personalvorsorgeeinrichtungen, EDV-Dienstleistungsbetriebe und Gemeinwesen, Diss. Basel 1988, Zürich 1988 (zit. FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung)
- GAUCH PETER/  
SCHLUEP WALTER R./  
SCHMID JÖRG Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- GÄCHTER THOMAS Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing), Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen, in: AJP 1/2003, S. 33 ff.

- GÄCHTER THOMAS/  
GECKELER HUNZIKER MAYA      Kommentierung von Art. 51 und Art. 51a BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), BVG und FZG, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N ... zu Art. ... BVG)
- GECKELER HUNZIKER MAYA      Arbeitnehmermitbestimmung unter besonderer Berücksichtigung der paritätischen Verwaltung nach Art. 51 BVG, Diss. Zürich 2010, Zürich/Basel/Genf 2010
- GEISER THOMAS      Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, in: SZS 4/2005, S. 337 ff.
- GEISER THOMAS/  
GECKELER HUNZIKER MAYA      Kommentierung von Art. 48 BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), BVG und FZG, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. GEISER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N ... zu Art. 48 BVG)
- GNÄDINGER ANDREAS      Haftung des Stiftungsrats und der Revisionsstelle in der beruflichen Vorsorge, in: EF 5/2016, S. 351 ff. (zit. GNÄDINGER, Haftung)
- DERSELBE      Kommentierung von Art. 52 BVG, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N ... zu Art. 52 BVG)
- GROOTERHORST JOHANNES/  
LOOMAN JÖRG      Kostentragung des Versicherers bei (teilweiser) Erschöpfung der VersSumme in der D&O-Versicherung, in: r+s 4/2014, S. 157 ff.
- GULLO DOMENICO      Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, in: SZS 1/2001, S. 40 ff.

- HABLÜTZEL OLIVER                      Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2008, Zürich/St. Gallen 2009
- HAEHLING VON LANZENAUER      D&O-Versicherung und Persönliche Selbstbehaltsversicherung, in: LOOSCHELDERS DIRK/POHLMANN PETRA (Hrsg.), VVG-Kommentar, 2. Aufl. Köln 2011, S. 2275 ff.
- KATHARINA
- HALLER MAX                              Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Diss. Zürich 2008
- HELBLING CARL                        Personalvorsorge und BVG, Gesamtdarstellung der rechtlichen, betriebswirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006
- HELBLING CHRISTOF/  
WYLER-SCHMELZER CAR-  
MELA                                      Zur Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, Die Haftung des Stiftungsrates von Personalvorsorgestiftungen; in: ST 1-2/2002, S. 11 ff.
- HELD FRANZ                              D&O gewusst wie – persönliches Risikomanagement der Chef-  
etage, in: CB 6/2019, S. 203 ff. (zit. HELD, CB)
- DERSELBE                                D&O-Versicherung, in: HALM WOLFGANG E./ENGELBRECHT  
ANDREAS/KRAHE FRANK, Handbuch des Fachanwalts, Versi-  
cherungsrecht, 6. Aufl., Köln 2018, S. 2231 ff. (zit. HELD,  
D&O-Versicherung)
- HOFFMANN-BECKING MI-  
CHAELE                                    Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, in: ZHR 5/2017,  
S. 737 ff.
- HÜRZELER MARC                        Berufliche Vorsorge, Ein Grundriss für Studium und Praxis,  
Basel 2020
- HÜRZELER MARC/  
BRÜHWILER JÜRGE                      Obligatorische berufliche Vorsorge, in: MEYER ULRICH  
(Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwal-  
tungsrecht, Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 2029 ff.

- IHLAS HORST Directors & Officers-Versicherung, in: LANGHEID THEO/WANDT MANFRED (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 3, Nebengesetze, Systematische Darstellungen, 2. Aufl., München 2017, S. 1141 ff. (zit. IHLAS, MüKo)
- DERSELBE Moderne Directors & Officers Versicherungsbedingungen, in: KRIEGER GERD/SCHNEIDER UWE H. (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Köln 2017, S. 530 ff. (zit. IHLAS. Moderne D&O)
- KAUFMANN MARCEL Miliztätigkeit in Vorsorgeeinrichtungen, Stand und Perspektive, Masterarbeit Universität Luzern 2018
- KELLER ANDREAS Aktienrechtliche Vorstandshaftung und ausgewählte Fragen der D&O-Versicherung, Diss. Münster (Westfalen) 2019, Berlin 2020
- KIESER UELI Kommentierung von Art. 52 BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), BVG und FZG, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. KIESER, KOSS, N ... zu Art. 52 BVG)
- KOCH ROBERT Verteilung nicht ausreichender Versicherungssumme in D&O-Innenhaftungsfällen, in: VersR 23/2016, S. 1469 ff.
- LANDOLT HARDY/  
WEBER STEPHAN Privatversicherungsrecht, in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018
- LANGE OLIVER Die verbrauchte Versicherungssumme in der D&O-Versicherung, in: VersR 34/2014, S. 1413 ff. (zit. LANGE, Versicherungssumme)
- DERSELBE Die Serienschadenklausel in der D&O-Versicherung, in: VersR 13/2004, S. 563 ff. (zit. LANGE, Serienschadenklausel)

- LANNER LISA VIKTORIA D&O-Versicherung unter besonderer Berücksichtigung des Claims-Made-Prinzips, in: GISCH ERWIN/KOBAN KLAUS/RATKA THOMAS (Hrsg.), Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz, Wien 2016, S. 51 ff.
- LANTER MARCO Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben in privatrechtlichen Stiftungen unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Diss. Zürich 1984
- LENZ TOBIAS D&O-Versicherung, in: VAN BÜHREN HUBERT W. (Hrsg.), Handbuch Versicherungsrecht, 7. Aufl., Bonn 2017, S. 2313 ff.
- LUTERBACHER THIERRY Rechtsschutzversicherung für Manager, in: LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Manager – Unternehmungen – Rechtsschutzversicherungen, Zürich/St. Gallen 2013, S. 93 ff. (zit. LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung)
- DERSELBE Haftung von Organpersonen und Versicherungsmöglichkeiten, in: LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Verantwortlichkeits-, Zivilprozess, und Versicherungsrecht, Aktuelle Aspekte 2011, Zürich/ St. Gallen 2012, S. 49 ff. (zit. LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten)
- DERSELBE Wie weit geht der Schutz einer D&O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht?, in: WEBER ROLF H./ISLER PETER R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 97 ff. (zit. LUTERBACHER, D&O Versicherung)
- DERSELBE Verantwortlichkeit und Versicherung, in: BAER CHARLOTTE M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 129 ff. (zit. LUTERBACHER, Verantwortlichkeit)





- STAUFFER HANS-ULRICH Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. STAUFFER, Berufliche Vorsorge)
- DERSELBE Berufliche Vorsorge, in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. STAUFFER, in a nutshell)
- TERNO WILFRIED Wirksamkeit von Kostenanrechnungsklauseln, in: r+s 12/2013, S. 577 ff.
- THÜMMEL RODERICH C. Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 4. Aufl., Stuttgart 2008
- VETTER-SCHREIBER ISABELLE BVG / FZG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. VETTER-SCHREIBER, OFK, N ... zu Art. ...)
- WALSER HERMANN Weitergehende berufliche Vorsorge, in: MEYER ULRICH (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 2169 ff.

## Materialverzeichnis

### *Pensionskassenstatistik:*

BUNDESAMT FÜR STATISTIK BFS (Hrsg.), Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Medienmitteilung der Pensionskassenstatistik 2019 vom 22. Dezember 2020, Neuenburg 2020 (zit. Medienmitteilung Pensionskassenstatistik 2019)

### *Allgemeine Versicherungsbedingungen:*

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe (D&O), Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 08.2019, AXA Versicherungen (zit. AVB-AXA)

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Personalvorsorgeeinrichtungen, Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 10.2011, AXA Versicherungen (zit. AVB-PTL-AXA)

Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) für die Organhaftpflichtversicherung, Ausgabe 2014, Basler Versicherungen (zit. AVB-B)

Organhaftpflichtversicherung, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Version 26.06.2018, Zürich Versicherungen (zit. AVB-Z)

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Vorsorgeeinrichtungen, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Version 04.2013, Zürich Versicherungen (zit. AVB-PTL-Z)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB-AVG	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG 2013), Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft
Az.	Aktenzeichen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVV 2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invaliden-vorsorge (SR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater (Frankfurt am Main)

---

d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D&O	Directors' and Officers'
D-VVG	Deutsches Gesetz über den Versicherungsvertrag (BGBl. I S. 2631/2007)
E.	Erwägung
EF	Expert Focus (Zürich)
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, SR 831.42)
Gl.M.	Gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOSS	Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht

KuKo	Kurzkomentar
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PR	Public Relations
PTL	Pension Trustee Liability
r+s	recht und schaden (München)
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen

---

VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Karlsruhe)
VersSumme	Versicherungssumme
Vgl.	Vergleiche
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Frankfurt am Main)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

## A. Einleitung

Die Haftung von Organpersonen und deren Versicherbarkeit hat in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>1</sup> Gläubiger sind heute – so scheint es – eher bereit, Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder zu erheben, wobei eine Vielzahl von solchen Verantwortlichkeitsklagen (gerichtlich oder aussergerichtlich) durch einen Vergleich erledigt wird.<sup>2</sup> Die Zunahme lässt sich insbesondere auf den Gesetzgeber und die Judikatur zurückführen, welche an Organmitglieder immer grössere (Sorgfalts-)Anforderungen stellen, sodass Schadenersatzansprüche heutzutage gewissermassen leichter und umfassender geltend gemacht werden können.<sup>3</sup> Dies hat im Bereich der beruflichen Vorsorge besondere Brisanz: Zum einen sammelt sich bei den einzelnen Vorsorgeeinrichtungen beträchtliches Vermögen an,<sup>4</sup> welches vom obersten Organ (i.d.R. ein Stiftungsrat) verwaltet wird.<sup>5</sup> In einem Haftungsfall kann dies schnell einmal dazu führen, dass die Schadenssumme astronomische Höhen erreicht. Zum anderen sind Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen immer noch stark vom Milizgedanken geprägt,<sup>6</sup> d.h., die Stiftungsratsstätigkeit wird – trotz ihres teilweise erheblichen zeitlichen Umfangs – als Nebentätigkeit verstanden, was angesichts der damit verbundenen Verantwortungslast überraschend ist. Dabei genügt bereits eine kleine Unachtsamkeit (Stichwort: einfache Fahrlässigkeit),<sup>7</sup> um als Stiftungsratsmitglied haftpflichtig zu werden und für den entstandenen Schaden mit dem gesamten Privatvermögen einstehen zu müssen. Die Übernahme eines Stiftungsratsmandats führt deshalb zu erheblichen Risiken für die persönliche Verantwortlichkeit des Einzelnen. Eine bedarfsgerechte wirtschaftliche Existenzabsicherung ist daher fundamental, wobei dies mit dem Abschluss einer sog. D&O-Versicherung geschehen kann. Nichtsdestotrotz wissen Stiftungsräte häufig gar nicht, was eigentlich genau damit versichert wird und inwieweit sie

---

<sup>1</sup> BAUEN/VENTURI, N 824; LUTERBACHER, *Verantwortlichkeit*, S. 133. – Dies gilt nicht nur im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern auch die persönliche Inanspruchnahme von Organpersonen in Vorsorgeeinrichtungen ist in den letzten Jahren erheblich gestiegen (LUTERBACHER, *D&O Versicherung*, S. 114).

<sup>2</sup> AKERET, S. 1 f. und S. 23 ff.; LUTERBACHER, *Verantwortlichkeit*, S. 133.

<sup>3</sup> HELD, CB, S. 203. – Der Trend zur Haftungsverschärfung des Gesetzgebers zeigt sich vor allem in Deutschland eindrücklich, wo infolge diverser Skandale (wie bspw. dem Siemens-Korruptionsskandal oder dem VW-Dieselmotorskandal) immer wieder Kritik am Verantwortungsbewusstsein von Unternehmensleitern aufgekommen ist (HELD, *D&O-Versicherung*, N 3; KELLER, S. 15; LENZ, N 5 ff.). In der Schweiz lässt sich dieser Trend auch klar erkennen, wobei dies nicht nur für das Aktienrecht (siehe AKERET, S. 1), sondern auch für die Organhaftung im Bereich des Sozialversicherungsrechts gilt.

<sup>4</sup> Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten zusammen über eine Billion Franken als Anlagevermögen (Medienmitteilung Pensionskassenstatistik 2019).

<sup>5</sup> Vgl. Art. 51a BVG i.V.m. Art. 49a BVV 2.

<sup>6</sup> Ausführlich hierzu: KAUFMANN, S. 1 ff.

<sup>7</sup> Die Frage nach dem richtigen Mass an persönlicher Haftung von Organmitgliedern bildet in der Lehre und Praxis ein intensiv behandeltes, aber auch wiederkehrendes – und gelegentlich auch sehr politisch geprägtes – Diskussionsthema (vgl. HALLER, N 1; KELLER, S. 15 f.).

überhaupt Schutz geniessen. Kommt hinzu, dass, wenn über die D&O-Versicherung gesprochen wird, oftmals der falsche Eindruck entsteht, es gäbe eine D&O-Standardpolice. Das Gegenteil ist der Fall, da jeder Versicherer individuelle Versicherungslösungen bereithalten kann.<sup>8</sup>

Die vorliegende Arbeit möchte dahingehend Klarheit verschaffen und den Umfang des D&O-Versicherungsschutz genauer beleuchten. Dabei wird in einem ersten Schritt zunächst der Stiftungsrat sowie dessen Verantwortlichkeit (Haftung) nach Art. 52 BVG näher erläutert, um so die umgreifende Sensibilisierung für die Frage nach Versicherungsmöglichkeiten verständlich werden zu lassen. In einem zweiten Schritt werden dann allgemeine Grundlagen der D&O-Versicherungen dargestellt. Dieser kurzen Einführung in das Thema der D&O-Versicherung folgt dann schliesslich der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit: Es wird auf den Deckungsumfang (Abschnitt D.) und die damit zusammenhängenden Einschränkungen des Versicherungsschutzes (Abschnitt E.) eingegangen. Der begrenzte Umfang im Rahmen dieser Arbeit bedingt jedoch, dass schlicht nur eine Auswahl von Detailfragen umfangreicher behandelt werden kann. In einem abschliessenden Kapitel werden dann noch alternative Versicherungslösungen überblicksmässig dargestellt.<sup>9</sup>

## **B. Der Stiftungsrat und dessen Verantwortlichkeit nach BVG**

### ***1. Der Stiftungsrat als oberstes Organ der Vorsorgeeinrichtung***

#### **1.1 Allgemeines**

Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung nimmt nach Art. 51a Abs. 1 BVG die Gesamtleitung der Einrichtung wahr. Es stellt dasjenige Führungsorgan dar, welches über die wichtigsten Fragen der Vorsorgeeinrichtung wie Reglementserlass und -änderung, Finanzierung, Vermögensverwaltung sowie die strategische Ausrichtung entscheidet und damit die wesentlichen Geschicke der Einrichtung leitet.<sup>10</sup> Die Stellung des obersten Organs ist entsprechend durchaus mit derjenigen eines Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft zu vergleichen.<sup>11</sup> Bei einer Vorsorgeeinrichtung in der Rechtsform einer Stiftung handelt es sich hierbei um den Stiftungsrat,

---

<sup>8</sup> HELD, CB, S. 203; HELD, D&O-Versicherung, N 1.

<sup>9</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachform verzichtet und nur die maskuline Form verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten für beide Geschlechter.

<sup>10</sup> GÄCHTER, S. 36; GECKELER HUNZIKER, S. 141; HÜRZELER, S. 25; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 17, STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1925.

<sup>11</sup> STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1925.

bei einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung um die Verwaltungskommission.<sup>12</sup> Dabei muss das oberste Organ grundsätzlich aus mindestens vier Mitgliedern bestehen, wobei die Aufsichtsbehörde in begründeten Ausnahmefällen weniger Mitglieder bewilligen kann.<sup>13</sup> Wie das oberste Organ aber genau intern organisiert ist, bleibt dessen Angelegenheit.<sup>14</sup> Das Führungsorgan konstituiert sich selber, wählt einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten, regelt die Zeichnungsberechtigung und entscheidet selbstständig über seine Beschlussfähigkeit.<sup>15</sup> Es obliegt auch jeder Vorsorgeeinrichtung allein, die Wahl der Vertreter im obersten Organ reglementarisch zu regeln.<sup>16</sup>

## 1.2 Die paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrats

Gemäss Art. 51 Abs. 1 BVG haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in das oberste Organ der (registrierten)<sup>17</sup> Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden.<sup>18</sup> Dieser wesentliche Grundsatz der paritätischen Zusammensetzung des Stiftungsrats gewährleistet einerseits den Arbeitnehmern ein gleichberechtigtes (beitragsunabhängiges) Mitbestimmungsrecht an der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung und soll Waffengleichheit zwischen

---

<sup>12</sup> HÜRZELER, S. 25; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 33; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1922. – Es herrscht ein *numerus clausus* der zulässigen Rechtsformen (Art. 48 Abs. 2 BVG). Die Aufzählung von Art. 48 Abs. 2 BVG ist abschliessend, andere Formen sind nicht zulässig (GEISER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N 13 zu Art. 48 BVG; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1798). Die Rechtsform der Genossenschaft steht für Neugründungen von privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen deshalb nicht mehr zur Verfügung (GEISER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N 15 zu Art. 48 BVG; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 30). Allerdings können bereits bestehende registrierte Vorsorgeeinrichtungen, welche die Rechtsform einer Genossenschaft aufweisen, bis zu ihrer Aufhebung oder Umwandlung in eine Stiftung auch als Genossenschaft weitergeführt werden (HÜRZELER, S. 16; STAUFFER, in a nutshell, S. 113). Zudem gilt es zu beachten, dass Art. 331 Abs. 1 OR für die weitergehende (ausserobligatorische) berufliche Vorsorge nach wie vor die Genossenschaft als möglichen privatrechtlichen Rechtsträger zulässt (WALSER, N 44).

<sup>13</sup> Art. 33 BVV 2.

<sup>14</sup> STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1924.

<sup>15</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N 56 zu Art. 51 BVG; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1924.

<sup>16</sup> Art. 51 Abs. 2 lit. a BVG. – In Art. 51 Abs. 3 Satz 2 wird immerhin festgehalten, dass die Versicherten ihre Vertreter im obersten Organ entweder unmittelbar oder durch Delegierte wählen. Demgegenüber findet die Wahl der Arbeitgebervertretung keine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz. Ausführlich zur Wahl der Mitglieder des paritätischen Organs: GECKELER HUNZIKER, S. 159 ff.

<sup>17</sup> Registrierte Vorsorgeeinrichtungen führen die obligatorische berufliche Vorsorge nach BVG durch und müssen sich dazu bei der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde in das Register der beruflichen Vorsorge eingetragen lassen (Art. 48 Abs. 1 BVG; STAUFFER, in a nutshell, S. 113). Nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen sind dagegen lediglich ausserhalb der obligatorischen beruflichen Vorsorge, d.h. in der sog. ausserobligatorischen beruflichen Vorsorge (bzw. im über-, unter- oder vorobligatorischen Bereich), tätig (HÜRZELER/BRÜHWILER, N 27; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 14 f.). Dabei gilt Art. 51 BVG ganz unabhängig davon, ob die im Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen nur die gesetzlichen Mindestleistungen oder darüber hinausgehende Leistungen (i.S. einer umhüllenden Vorsorgelösung) erbringen (siehe Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG; GECKELER HUNZIKER, S. 140; HÜRZELER, S. 21 und 26; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 39; RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 55).

<sup>18</sup> Ein gesetzlicher Anspruch auf Vertretung der Rentner im obersten Organ besteht dagegen nicht, sondern nur wenn dies statutarisch oder reglementarisch so vorgesehen ist. Dies darf aber nicht zahlenmässig zum Nachteil der Arbeitnehmervertretung erfolgen, weil sonst der Grundgedanke der Parität als Schutzbestimmung für die Arbeitnehmer verletzt würde (GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N 35 ff. zu Art. 51 BVG; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 38; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 5 zu Art. 51 BVG).

Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Bereich der beruflichen Vorsorge herstellen. Andererseits wird damit die sozialpartnerschaftliche Zusammenarbeit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gestärkt, indem Entscheidungen über die berufliche Vorsorge gemeinsam getroffen werden sollen.<sup>19</sup> Die Bestimmung von Art. 51 Abs. 1 BVG stellt eine relativ zwingende Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer dar, weshalb eine Abweichung von der Parität zulasten der Arbeitnehmer nicht zulässig ist.<sup>20</sup> Die Pflicht zur paritätischen Besetzung des obersten Organs gilt dabei auch für registrierte Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen.<sup>21</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass dem Gedanken der paritätischen Zusammensetzung in einer Vorsorgeeinrichtung in der Praxis durch das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber sowie durch die oft geringen Sach- und Fachkenntnisse der Arbeitnehmervertreter Grenzen gesetzt sind.<sup>22</sup> Zwar sieht das Gesetz mit Art. 336 Abs. 2 lit. b OR einen besonderen Kündigungsschutz während der Dauer der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter vor. Dieser bietet indes keinen definitiven Schutz vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern räumt dem Einzelnen lediglich einen Entschädigungsanspruch gestützt auf Art. 336a OR ein, sofern die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber von einem Gericht als missbräuchlich qualifiziert werden würde.<sup>23</sup> Die Stellung des Arbeitnehmervertreters ist deshalb prekär und könnte letztlich die Unabhängigkeit der arbeitnehmerseitigen Mitbestimmung einschränken, da die Arbeitnehmervertreter davon abgehalten werden könnten, (finanziell) ungünstige Beschlüsse für das Arbeitgeberunternehmen zu treffen.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> GECKELER HUNZIKER, S. 138; HÜRZELER, S. 26; RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 54; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 17; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1934. – Demgegenüber müssen Arbeitnehmer in nicht registrierten Vorsorgeeinrichtungen, welche die Rechtsform einer Stiftung aufweisen, wenigstens nach Massgabe ihrer Beiträge an der Verwaltung beteiligt werden (Art. 89a Abs. 3 ZGB).

<sup>20</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, KOSS, N 14 zu Art. 51 BVG; GECKELER HUNZIKER, S. 139; HELBLING, S. 133; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 1 zu Art. 51 BVG. – Eine Abweichung von der Parität mit einer Mehrheit an Arbeitnehmervertretern und einer Minderheit an Arbeitgebervertretern ist dagegen mit Einverständnis des Arbeitgebers zulässig (RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 69; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1935; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 1 zu Art. 51 BVG). Zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter in der paritätischen Verwaltung siehe: RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 60 und ROSENTHALER, S. 32 ff.

<sup>21</sup> Art. 51 Abs. 3 Satz 2 BVG. – Auf die Besonderheit der Vorsorgekommissionen, welche das paritätisch besetzte Organ auf der Ebene der einzelnen Vorsorgewerke in einer Sammeleinrichtung bilden, wird hier nicht näher eingegangen. Siehe dazu HÜRZELER, S. 30 f.

<sup>22</sup> STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1940.

<sup>23</sup> Dem Arbeitgeber bleibt jedoch stets der Beweis offen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte (so der Wortlaut von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR). So ist bspw. eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen grundsätzlich zulässig, sofern kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter besteht (BGE 133 III 512 E. 6.2 S. 514).

<sup>24</sup> HÜRZELER, S. 27; RIEMER, Parität, S. 365; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1940. – RIEMER fordert deshalb einen absoluten Kündigungsschutz für die Arbeitnehmervertreter (RIEMER, Parität, S. 365).

### 1.3 Aufgaben des Stiftungsrats

Art. 51a Abs. 1 BVG fasst die Aufgaben des obersten paritätischen Organs in Form von allgemeinen Grundsätzen zusammen.<sup>25</sup> Danach nimmt das oberste Organ die Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze sowie die Mittel zu deren Erfüllung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung.<sup>26</sup> Konkretisiert wird dies durch Art. 51a Abs. 2 BVG, der einen klar umschriebenen Katalog von zentralen Führungsaufgaben vorsieht, die zwingend vom Stiftungsrat selber wahrgenommen werden müssen und die folglich nicht an Dritte (z.B. an die Geschäftsführung) delegiert werden dürfen.<sup>27</sup> Der Stiftungsrat muss aber nicht sämtliche dieser aufgelisteten Aufgaben selbstständig und in voller Zusammensetzung ausführen.<sup>28</sup> Er kann die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen, welche jedoch berichterstattungspflichtig sind.<sup>29</sup> Die Verantwortlichkeit für die Beschlussfassung und deren haftungsrechtliche Folgen bleiben aber weiterhin in erster Linie beim gesamten Stiftungsratsgremium.<sup>30</sup> Neben dieser sog. Delegation von Aufgaben innerhalb des Gremiums ist eine Delegation von Aufgaben auch an externe Personen zulässig und erscheint in Anbetracht der zunehmenden Komplexität der von der Vorsorgeeinrichtung zu bewältigenden Aufgaben – insbesondere im Bereich der Vermögensverwaltung – schlichtweg unumgänglich, da den Mitgliedern des obersten Führungsorgans oftmals die nötigen Fachkenntnisse fehlen.<sup>31 32</sup>

<sup>25</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 4 zu Art. 51a BVG.

<sup>26</sup> Neben Art. 51a BVG gilt es die in Art. 49a BVV 2 enthaltene Regelung betreffend Führungsverantwortung und Aufgaben des obersten Organs zu beachten. Diese Bestimmung konkretisiert die Verantwortlichkeit des paritätischen Organs in der Frage der Vermögensverwaltung (GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 8 zu Art. 51a BVG; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 1 zu Art. 49a BVV 2).

<sup>27</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 5 zu Art. 51a BVG; HÜRZELER, S. 29; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1927. – Vom Gesetzgeber als unübertragbare und unentziehbare Aufgaben bezeichnet. Diese Aufgaben können selbst dann nicht anderen Beteiligten oder unteren Organen delegiert werden, wenn diese ihrerseits paritätisch zusammengesetzt sind (HÜRZELER/BRÜHWILER, N 34).

<sup>28</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 9 zu Art. 51a BVG; HÜRZELER, S. 29.

<sup>29</sup> Art. 51a Abs. 3 BVG. – Dabei handelt es sich sowohl um eine Pflicht des mit den Aufgaben Delegierten, die übrigen Mitglieder des Stiftungsrats regelmässig zu informieren, wie auch um eine Pflicht des Stiftungsrats selbst, die nötigen Informationen einzufordern (GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 9 zu Art. 51a BVG; HÜRZELER, S. 29). Die Stiftungsratsmitglieder haben hierzu ein umfassendes Akteneinsichtsrecht (STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1930 und Fn. 226).

<sup>30</sup> GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 9 zu Art. 51a BVG.

<sup>31</sup> Ausführlich zu Delegation und Outsourcing: GÄCHTER, S. 33 ff.

<sup>32</sup> Durch die Aufgabenübertragung kann sich das oberste Organ auch zum Teil von seiner Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG entlasten, indem die Haftung auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Delegierten beschränkt wird. Dies bedingt jedoch, dass die Delegation durch die Statuten oder Reglemente oder einen vergleichbaren protokollierten Beschluss legitimiert ist, ansonsten greift die Haftungsbeschränkung nicht. Art. 101 OR gelangt dagegen nicht zur Anwendung (GULLO, S. 59 ff.).

## **2. Die Verantwortlichkeit der Stiftungsratsmitglieder nach Art. 52 BVG**

### **2.1 Abgrenzung**

Es sind unterschiedliche rechtliche Grundlagen der Haftung zu unterscheiden, je nachdem, ob eine Haftung des Führungsmitglieds gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (interne Haftung) oder gegenüber Dritten (externe Haftung) zur Diskussion steht.<sup>33</sup> Weil jedoch eine umfassende Abhandlung des Themas den Rahmen sprengen würde, beschränkt sich die nachfolgende Darstellung zur Frage der Verantwortlichkeit auf die allgemeinen Grundsätze.<sup>34</sup> Eingegangen wird zudem nur auf die Haftung der Stiftungsratsmitglieder nach Art. 52 BVG gegenüber der Vorsorgeeinrichtung, welcher in der Praxis die grösste Bedeutung zukommt.<sup>35</sup>

### **2.2 Haftung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (Art. 52 BVG)**

#### *a) Allgemeines*

Gestützt auf Art. 52 Abs. 1 BVG sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Zu diesem Personenkreis gehören selbstverständlich auch die Mitglieder des Stiftungsrats.<sup>36</sup> Es handelt sich hierbei um eine vertragliche Haftung,<sup>37</sup> aufgrund derer die Stiftungsratsmitglieder mit dem gesamten (auch privaten) Vermögen für den eingetretenen Schaden gegenüber der Vorsorgeeinrichtung<sup>38</sup> haften.<sup>39</sup> Die Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 52 BVG gelangt bei registrierten Vorsorgeeinrichtungen sowohl im Bereich

<sup>33</sup> GECKELER HUNZIKER, S. 207; MÜLLER, S. 132.

<sup>34</sup> Für Einzelheiten wird auf die im Literaturverzeichnis aufgeführte Literatur verwiesen.

<sup>35</sup> Entsprechend wird die Haftung gegenüber Dritten nicht behandelt. Ebenfalls ausgeklammert werden weitere Verantwortlichkeits- bzw. Haftungsnormen, welche neben Art. 52 BVG hinzutreten könnten (wie z.B. die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 OR).

<sup>36</sup> GEISER, S. 340; GULLO, S. 42; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 63; KIESER, KOSS, N 25 zu Art. 52 BVG. – Unter Art. 52 BVG fallen alle Personen mit Organeigenschaft, somit auch die Mitglieder von Vorsorgekommissionen bei Sammelstiftungen (GECKELER HUNZIKER, S. 208; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 11; HÜRZELER, S. 66). Neben den sog. formellen Organen (zum Begriff siehe LANTER, S. 32) sind auch jene Personen von der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG erfasst, denen bloss eine faktische Organeigenschaft zukommt (BGE 143 V 19 E. 3.1.2 S. 24; KIESER, KOSS, N 22 zu Art. 52 BVG; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 4 zu Art. 52 BVG; a.M. noch LANTER, S. 175 ff.).

<sup>37</sup> GULLO, S. 42; HÜRZELER/BRÜHWILER, N 63; KIESER, KOSS, N 8 zu Art. 52 BVG; MÜLLER, 132; RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 77; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 20.

<sup>38</sup> Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 52 BVG ist einzig die Vorsorgeeinrichtung selbst aktivlegitimiert und entsprechend berechtigt, eine Klage einzureichen (HÜRZELER/BRÜHWILER, N 63; KIESER, KOSS, N 16 f. zu Art. 52 BVG; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 2 zu Art. 52 BVG). Das hat zur Folge, dass der Stiftungsrat gegen sich selber vorzugehen hätte, weil die Einrichtung durch die Mitglieder des Stiftungsrats handelt (vgl. GECKELER HUNZIKER, S. 213). Es besteht damit ein Interessenskonflikt, der i.d.R. ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde erfordert. Sie kann namentlich den Stiftungsrat ganz oder teilweise abberufen und anschliessend neu besetzen, eine Weisung zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage erteilen oder einen Beistand einsetzen, der den Anspruch für die Vorsorgeeinrichtung geltend macht (vgl. Art. 62a Abs. 2 BVG; GECKELER HUNZIKER, S. 213; KIESER, KOSS, N 18 f. zu Art. 52 BVG).

<sup>39</sup> RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 2 N 77; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2000.

der obligatorischen als auch der weitergehenden beruflichen Vorsorge zur Anwendung.<sup>40</sup> Darüber hinaus gilt die Bestimmung auch für nicht registrierte Personalvorsorgestiftungen.<sup>41</sup>

### b) Haftungsvoraussetzungen

Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 52 BVG sind das Vorliegen eines Schadens, einer Sorgfaltspflichtverletzung, eines Verschuldens sowie eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden.<sup>42</sup> Ein Schaden (bzw. ein Vermögensschaden) ist die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses hätte.<sup>43</sup> Jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt, wird dabei als Schaden i.S.v. Art. 52 BVG qualifiziert.<sup>44</sup> Von einer Sorgfaltspflichtverletzung kann gesprochen werden, «wenn die sich aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrates, einem Vertragsverhältnis sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltspflicht gehören, verletzt werden».<sup>45</sup> Der anzuwendende Sorgfaltsmassstab wird nach objektiven Kriterien im Einzelfall definiert, wobei jene Sorgfalt verlangt wird, die ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in der gleichen Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben anwenden würde.<sup>46</sup> In verschuldensmässiger Hinsicht genügt zur Haftungsbegründung bereits

<sup>40</sup> Art. 49 Abs. 2 Ziff. 8 BVG; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1999.

<sup>41</sup> Art. 89a Abs. 6 Ziff. 6 und Abs. 7 Ziff. 3 ZGB.

<sup>42</sup> BGE 128 V 124 E. 4a S. 128; GNÄDINGER, Haftung, S. 352; HELBLING, S. 720; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 20; STAUFFER, in a nutshell, S. 115 f.

<sup>43</sup> GEISER, S. 344 f.; GULLO, S. 43; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 12; KIESER, KOSS, N 38 zu Art. 52 BVG; LANTER, S. 60; ROSENTHALER, S. 120; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 6 zu Art. 52 BVG. – Sog. Differenzhypothese (HÜRZELER, S. 67; GECKELER HUNZIKER, S. 209; GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N 34 zu Art. 52 BVG). Der Schaden kann die Folge sein aus der Verminderung der Aktiven oder der Vermehrung der Passiven, ferner auch aus einem entgangenen Gewinn resultieren (HÜRZELER, S. 67; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 6 zu Art. 52 BVG).

<sup>44</sup> GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N 34 zu Art. 52 BVG; LANTER, S. 62; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 6 zu Art. 52 BVG. – In der Praxis entstehen die allermeisten Schäden i.d.R. aus fehlerhaften Auszahlungen oder resultieren aus Verlusten bei der Vermögensanlage (HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 12; MÜLLER, S. 133).

<sup>45</sup> BGE 128 V 124 E. 4d S. 129; vgl. auch Urteil des BGer 9C\_92/2007 vom 30. April 2008 E. 1.4. – Darauf hinzuweisen ist, dass das Bundesgericht im Entscheid BGE 128 V 124 noch vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit sprach. Dies wurde aber in der Lehre heftig kritisiert, da nicht eine Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR, sondern eine Vertragsverletzung zu prüfen sei (statt vieler: MÜLLER, S. 133; RIEMER, Urteilsanmerkung, S. 368 ff.).

<sup>46</sup> GULLO, S. 45 f.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2009; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 8 zu Art. 52 BVG. – Mangelnde (Fach-)Kenntnisse stellen somit ein nicht zu unterschätzendes Haftungsrisiko dar. Deshalb ist es wichtig, dass die Mitglieder des Stiftungsrats für eine solide Erstausbildung sorgen und sich ständig weiterbilden (vgl. Art. 51a Abs. 2 lit. I BVG; HÜRZELER, S. 68). In komplexen Fragen sollten sie zudem Fachleute beiziehen (LANTER, S. 164). Ausserdem gilt es zu beachten, dass nach BGE 141 V 51 die Haftung eines Stiftungsratsmitglieds keiner Karenzfrist unterliegt. Dieser steht nach Amtsantritt

einfache Fahrlässigkeit, d.h. eine geringfügige Verletzung der erforderlichen Sorgfalt.<sup>47</sup> Aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 52 BVG ist eine Wegbedingung der einfachen Fahrlässigkeit gemäss Art. 101 OR nicht möglich.<sup>48</sup> Deswegen können sich Mitglieder des Führungsorgans nicht auf Unerfahrenheit und mangelnde Fachkenntnisse,<sup>49</sup> Zeitmangel, Fernbleiben von Sitzungen oder Stimmenthaltung<sup>50</sup> bei kritischen Entscheiden berufen, um Haftungsansprüchen zu entgehen.<sup>51</sup> Schliesslich bedarf es noch eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. Die betreffende pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung muss *conditio sine qua non* des Schadens sein sowie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den eingetretenen Schaden herbeizuführen.<sup>52</sup> Der entsprechende Anspruch auf Schadenersatz gegen die Mitglieder des Führungsorgans verjährt innert einer fünfjährigen relativen bzw. zehnjährigen absoluten Frist.<sup>53</sup>

### c) Solidarische Haftung und Regress

Die Mitglieder des obersten Organs haften solidarisch für den der Vorsorgeeinrichtung entstandenen Schaden.<sup>54</sup> Dies lässt sich indirekt aus Art. 52 Abs. 3 BVG schliessen, der den Regress zwischen mehreren Haftpflichtigen im Innenverhältnis regelt und insofern eine Solidarität im Aussenverhältnis voraussetzt.<sup>55</sup> Für den Einzelnen bedeutet die Solidarhaftung, dass er im Aus-

---

in der vollen Verantwortung, weshalb er sich von Anfang an aktiv um das Geschehen in der Einrichtung kümmern muss (BGE 141 V 51 E. 6.1 S. 59 f.).

<sup>47</sup> BGE 128 V 124 E. 4e S. 132; GNÄDINGER, Haftung, S. 354; GULLO, S. 56; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 16; ROSENTHALER, S. 121. – Da es sich bei Art. 52 BVG um eine vertragliche Haftung handelt, wird das Verschulden vermutet (GECKELER HUNZIKER, S. 212; RIEMER, Urteilsanmerkung, S. 368 f.).

<sup>48</sup> GEISER, S. 347; KIESER, KOSS, N 48 zu Art. 52 BVG; LANTER, S. 156 f.; MÜLLER, S. 135 f.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2018.

<sup>49</sup> In diesem Fall kann der betreffenden Person ein Übernahmeverschulden zur Last gelegt werden (GEISER, S. 347; HÜRZELER, S. 69).

<sup>50</sup> Wenn der Einzelne einen Entscheid des gesamten Gremiums nicht mittragen möchte, muss er seinen Widerspruch förmlich zu Protokoll geben (GECKELER HUNZIKER, S. 212; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 16; ROSENTHALER, S. 121). Als *ultima ratio* hat er zurückzutreten (GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, Fn. 89; KIESER, KOSS, N 49 zu Art. 52 BVG). Falls er nicht an der Sitzung teilnehmen kann, hat sich das Mitglied nachträglich über die getroffenen Beschlüsse zu informieren und allenfalls Wiedererwägung zu verlangen (VETTER-SCHREIBER, OFK, N 21 zu Art. 52 BVG).

<sup>51</sup> GEISER, S. 354; GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N 41 Art. 52 BVG; HELBLING, S. 720; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 16.

<sup>52</sup> BGE 137 V 446 E. 7.3 S. 460 f.; BGE 125 V 456 E. 5a S. 461 f.; GULLO, S. 56 f.; HÜRZELER, S. 69; VETTER-SCHREIBER, OFK, N 18 zu Art. 52 BVG. – So simpel die bundesgerichtliche Formulierung auch klingen mag: In der Praxis bereitet der Nachweis, dass eine betreffende Handlung adäquat kausal war, im Anlagebereich oft Schwierigkeiten, weil Schäden meist nicht auf die Handlung einer einzelnen Person zurückzuführen sind, sondern oftmals ein längeres Fehlverhalten verschiedener Personen vorliegt (GEISER, S. 346).

<sup>53</sup> Art. 52 Abs. 2 BVG.

<sup>54</sup> HÜRZELER, S. 69; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 N 20; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2021.

<sup>55</sup> HÜRZELER, S. 69; KIESER, KOSS, N 65 zu Art. 52 BVG.

senverhältnis von der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich für den gesamten Schaden in Anspruch genommen werden kann.<sup>56</sup> Es ist jedoch darauf zu achten, dass zwischen der echten und der unechten Solidarität unterschieden wird: Nur falls mehrere Personen den Schaden gemeinsam verursacht haben (echte Solidarität), hat jeder Einzelne für den gesamten Schaden einzustehen. Wurde hingegen unabhängig voneinander gehandelt (unechte Solidarität), haftet der Einzelne ausschliesslich in dem Umfang, in dem er den Schaden verursacht hat, jedoch nicht darüber hinaus.<sup>57</sup> Im Übrigen wird mit Bezug auf die Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder nicht zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter unterschieden; sie sind bezüglich der Haftung gleichgestellt.<sup>58</sup>

Im Innenverhältnis steht der einzelnen schadenersatzpflichtigen Person jedoch ein Rückgriffsrecht (sog. Regress) auf die anderen Stiftungsratsmitglieder zu.<sup>59</sup> Dabei ist der im Aussenverhältnis in Anspruch genommene Betroffene gehalten, die übrigen regresspflichtigen Mitglieder zu informieren.<sup>60</sup> Die Verjährungsfrist der Regressforderungen beträgt fünf Jahre und beginnt ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung von Schadenersatz zu laufen.<sup>61</sup>

## C. Grundlagen der D&O-Versicherung

### 1. Begriff

Bereits der Name verrät, dass es sich bei der D&O-Versicherung um ein Versicherungsprodukt handelt, welches aus dem angloamerikanischen Raum stammt.<sup>62</sup> Die weltweit gebräuchliche Abkürzung D&O steht für «Directors' and Officers' (Liability Insurance)» und hat sich international als Synonym für die Absicherung der Haftungsrisiken für Organmitglieder etabliert.<sup>63</sup> Im deutschsprachigen Raum ist die D&O-Versicherung unter Bezeichnungen wie etwa «Organhaftpflichtversicherung» oder «Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe

---

<sup>56</sup> HÜRZELER, S. 69; KIESER, KOSS, N 66 zu Art. 52 BVG.

<sup>57</sup> BGE 141 V 51 E. 9.1 S. 69; BGE 139 V 176 E. 8.5 S. 190 f. – Der Unterschied zwischen den beiden Arten der Solidarität liegt insbesondere darin, dass bei der echten Solidarität die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die anderen Mitschuldner wirkt (MÜLLER, Fn. 76).

<sup>58</sup> HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 16; MÜLLER, S. 136; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2021.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 52 Abs. 3 BVG.

<sup>60</sup> Strittig, ob es sich hierbei um eine echte Pflicht oder eine bloss Ordnungsvorschrift handelt: Bejahend GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N 47 zu Art. 52 BVG; a.M. KIESER, KOSS, N 76 zu Art. 52 BVG.

<sup>61</sup> GNÄDINGER, Haftpflichtkommentar, N 48 zu Art. 52 BVG; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 2023.

<sup>62</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 2; LENZ, N 1; SIEG, Manager, N 18.2.

<sup>63</sup> BANDLE, N 7; HELD, D&O-Versicherung, N 2; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 135; MANNSDORFER, Fn. 16; SCHLIERENKÄMPER, S. 12; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 37. – Der Terminus «Director» lässt sich dabei – wenn auch etwas unpräzise – mit dem Begriff des Verwaltungsrats übersetzen, während «Officer» für Geschäftsleitungsmitglieder und leitende Angestellte steht (HALLER, Fn. 909).

und leitende Angestellte» bekannt.<sup>64</sup> Die verschiedenen Versicherer verwenden also leicht divergierende Formulierungen.<sup>65</sup>

## **2. Entwicklung und heutige Bedeutung**

Nach dem Zusammenbruch des Aktienmarktes an der Wall Street am 25.10.1929 (dem sog. schwarzen Freitag), sah sich der amerikanische Gesetzgeber veranlasst, die Haftung von Organpersonen drastisch zu verschärfen, um das Vertrauen der Kapitalanleger in die Börse wiederherzustellen.<sup>66</sup> In der Folge begann Lloyds, die ersten D&O-Versicherungen Mitte der 1930er-Jahre auf dem US-Markt anzubieten.<sup>67</sup> Erst Anfang der 1970er-Jahre vermochte sich die D&O-Versicherung jedoch in den USA als Standardprodukt zu etablieren.<sup>68</sup> Mittlerweile gehört sie aber zu einem wesentlichen Element im (Grund-)Versicherungsportefeuille vieler nordamerikanischer Grossunternehmen.<sup>69</sup> Dies hat jedoch auch zur Konsequenz, dass die Erwartungshaltung der Führungskräfte hinsichtlich ihres Schutzes vor einer persönlichen Inanspruchnahme steigt. Unternehmen können darum Führungspositionen mit geeigneten Fachkräften meist erst dann besetzen, wenn ein entsprechender D&O-Versicherungsschutz zugesichert wird.<sup>70</sup>

Ende der 1970er-Jahre begann sich die D&O-Versicherung schliesslich auch in den übrigen Ländern des angloamerikanischen Rechtskreises und in Kontinentaleuropa inklusive der Schweiz zu verbreiten.<sup>71</sup> Vor allem grössere, vorwiegend in den USA tätige Gesellschaften waren sehr am neu entwickelten Versicherungsprodukt interessiert.<sup>72</sup> In der Schweiz erfolgte die Verbreitung zunächst über Versicherungsmakler, welche vorwiegend die D&O-Versicherungen ausländischer Anbieter vertrieben.<sup>73</sup> Die damals angebotenen Versicherungslösungen sahen jedoch einen bescheidenen Schutz vor.<sup>74</sup> Tatsächlich durchsetzen konnte sich die D&O-

---

<sup>64</sup> LENZ, N 1; SATTEL, S. 164; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 37 f.

<sup>65</sup> Siehe bspw. die Zürich Versicherung, welche in ihren AVB den Begriff der Organhaftpflichtversicherung verwendet. Demgegenüber bezeichnet die AXA ihre AVB mit «Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe (D&O)».

<sup>66</sup> BECKMANN, N 2; DILLING, S. 13; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 132.

<sup>67</sup> DILLING, S. 13; LENZ, N 2; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 132 f.; SATTEL, S. 165; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 37.

<sup>68</sup> HALLER, N 610 f.

<sup>69</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 40. – Bereits zu Beginn der 1990er-Jahre waren in den USA die meisten an der Börse kotierten Aktiengesellschaften mit einem entsprechenden Versicherungsschutz ausgestattet (LENZ, N 2).

<sup>70</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 133; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 43.

<sup>71</sup> HALLER, N 611; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 42.

<sup>72</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 133.

<sup>73</sup> HALLER, N 612.

<sup>74</sup> HALLER, N 612.

Versicherung in der Schweiz deswegen erst Ende der 1990er-Jahre.<sup>75</sup> Seitdem gilt sie auch hierzulande als Standardprodukt, welches von den allermeisten Versicherungsgesellschaften angeboten wird.<sup>76</sup> Angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen und rechtlichen Herausforderungen, mit denen sich Organpersonen konfrontiert sehen, wird die Bedeutung der D&O-Versicherung in Zukunft zunehmen und die Anwendung insbesondere für KMU-Betriebe zum Standard werden.<sup>77</sup>

### **3. Zulässigkeit der D&O-Versicherung**

Versicherung bedeutet Risikotransfer.<sup>78</sup> Der Abschluss einer D&O-Versicherung führt dazu, dass die Haftung einer Organperson auf einen Versicherer überwältigt wird, welcher dann grundsätzlich den Schaden übernimmt. Bereits mit dem Aufkommen der ersten Policen wurden deshalb vor allem in Deutschland Bedenken gegen die D&O-Versicherung geäußert und vereinzelt deren grundsätzliche Zulässigkeit infrage gestellt.<sup>79</sup> Es wurde befürchtet, dass Organmitglieder mit einem entsprechenden Versicherungsschutz an Motivation verlieren würden, sich pflichtgemäss zu verhalten.<sup>80</sup> Da Pflichtverletzungen für die verantwortlichen Organe zudem keine spürbaren Konsequenzen mehr hätten, würde mit der D&O-Versicherung auch die verhaltenssteuernde Wirkung des Verantwortlichkeitsrechts unterlaufen.<sup>81</sup>

Diesen beiden Einwänden ist zu entgegnen, dass sich Organmitglieder indessen nicht auf das Eingreifen des Versicherungsschutzes bzw. eine vollständige Übernahme durch den Versicherer verlassen können.<sup>82</sup> Die D&O-Versicherung enthält neben Leistungsausschlussgründen auch weitere nicht unerhebliche Beschränkungen des Leistungsanspruchs (wie z.B. die Versicherungssumme).<sup>83</sup> Kommt hinzu, dass ein Verantwortlichkeitsprozess nicht nur zu finanziellen Folgen führt, sondern auch ein immenser Reputationsschaden damit verbunden ist, welcher

---

<sup>75</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 133.

<sup>76</sup> Der schweizerische D&O-Versicherungsmarkt wird stark von ausländischen Anbietern beeinflusst (HALLER, N 624). Es ist folglich wenig verwunderlich, dass sich die hierzulande angebotenen D&O-Versicherungsprodukte stark an den in den USA entwickelten Lösungen orientieren (HALLER, N 624; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 133; so auch in Deutschland, siehe SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 44).

<sup>77</sup> HALLER, N 618.

<sup>78</sup> Ausführlich zum Begriff der Versicherung: FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 2.1 ff.

<sup>79</sup> BECKMANN, N 8.

<sup>80</sup> HAEHLING VON LANZENAUER, N 43; RACK, S. 349. – Wer einen Schaden auf einen Dritten abwälzen möchte, der ist grundsätzlich nach Treu und Glauben verpflichtet, den Schaden so gering wie möglich zu halten (FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 11.40). Das Bestehen einer Versicherung kann den Versicherten aber einen negativen ökonomischen Anreiz setzen, indem er sich nun unsorgfältiger bzw. leichtsinniger verhält, da er schliesslich nicht selbst für den Schaden einzustehen hat (sog. moral hazard). Damit steigen die Schadeneintrittswahrscheinlichkeit und die Schadenhöhe (RACK, S. 349).

<sup>81</sup> Vgl. HABLÜTZEL, S. 86; HALLER, N 442; RACK, S. 349.

<sup>82</sup> BECKMANN, N 9; HAEHLING VON LANZENAUER, N 43.

<sup>83</sup> Zum Ganzen Abschnitt E.

sich für den Betroffenen unweigerlich in seinem beruflichen Fortkommen auswirkt.<sup>84</sup> Die Zulässigkeit der D&O-Versicherung ist daher heute allgemein anerkannt.<sup>85</sup>

#### **4. Wesensmerkmale der D&O-Versicherung**

##### **4.1 D&O-Versicherung als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung**

Rechtsdogmatisch gesehen handelt es sich bei der D&O-Versicherung um eine besondere Ausprägung der Haftpflichtversicherung.<sup>86</sup> Als solche gehört die D&O-Versicherung zu den Vermögensversicherungen. Diese wiederum begründen einen Anwendungsfall der Schadensversicherung.<sup>87</sup> Die Funktion der D&O-Versicherung besteht darin, das (Privat-)Vermögen des Versicherten vor möglichen Inanspruchnahmen auf Schadenersatz zu schützen, indem der Versicherer die Schadenersatzansprüche anstelle des Haftpflichtigen befriedigt.<sup>88</sup> Eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss einer D&O-Versicherungspolice besteht indes nicht. Sie ist somit den freiwilligen Haftpflichtversicherungen zuzuordnen.<sup>89</sup>

##### **4.2 Versicherungsnehmer**

Der Begriff des Versicherungsnehmers bezeichnet diejenige Vertragspartei im Versicherungsverhältnis, die den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer abschliesst.<sup>90</sup> In der D&O-Versicherung ist es das Unternehmen, welches als Versicherungsnehmer die Versicherung zugunsten seiner Organe abschliesst<sup>91</sup> und zugleich die Prämienzahlungspflicht übernimmt.<sup>92</sup> Es handelt sich demnach um eine Versicherung für fremde Rechnung gemäss Art. 16 Abs. 1 VVG bzw. um einen Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 OR.<sup>93</sup> Dies stellt doch eine gewisse Besonderheit von D&O-Versicherungen im Vergleich zu «normalen» Haftpflichtversicherungen dar, wenn man bedenkt, dass die D&O-Versicherung nicht etwa die Haftpflicht bzw. das

---

<sup>84</sup> HABLÜTZEL, S. 86.

<sup>85</sup> BECKMANN, N 8; DILLING, S. 24; HAEHLING VON LANZENAUER, N 42. – Die Kritik am D&O-Versicherungskonstrukt bleibt aber weiterhin bestehen, siehe HOFFMANN-BECKING, S. 737 ff.

<sup>86</sup> ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, N 1922; BANDLE, N 132; KELLER, S. 66; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 136; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 37.

<sup>87</sup> ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, N 1923; DILLING, S. 25; KELLER, S. 67; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 144 ff.; SCHLIERENKÄMPER, S. 67; ausführlich HALLER, N 376 ff.

<sup>88</sup> BECKMANN, N 1; HAEHLING VON LANZENAUER, N 1; KELLER, S. 67; vgl. auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.2 sowie MAURER, S. 535.

<sup>89</sup> ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, N 1923; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 154; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 48; SIEG, D&O-Versicherung, N 2.

<sup>90</sup> LANDOLT/WEBER, S. 22.

<sup>91</sup> BANDLE, N 43; DILLING, S. 26; HAEHLING VON LANZENAUER, N 2; HALLER, N 413; SCHLIERENKÄMPER, S. 69; THÜMMEL, N 458. – Zur D&O-Individualversicherung siehe Abschnitt F.

<sup>92</sup> ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, N 1925; HELD, D&O-Versicherung, N 28; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 148; MANNSDORFER, S. 224; vgl. Art. 18 VVG. – Die Bezahlung der Prämie durch das Unternehmen wäre zwar nicht zwingend, ist doch indessen in der Praxis allgemein üblich (LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 139).

<sup>93</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 139; MANNSDORFER, S. 224.

Vermögen des Unternehmens selbst, sondern diejenige bzw. dasjenige der versicherten Organe schützt.<sup>94</sup>

Für die Versicherung der Organhaftpflicht der Stiftungsräte kommen hierbei grundsätzlich zwei mögliche Versicherungsnehmer infrage: Einerseits können Stiftungsräte von firmeneigenen Vorsorgeeinrichtungen<sup>95</sup> auf besonderen Antrag und nach Risikoprüfung in eine bestehende D&O-Police der Arbeitgeberfirma eingeschlossen werden, womit die Arbeitgeberfirma als Versicherungsnehmer zu qualifizieren ist.<sup>96</sup> Dies ist jedoch mit einigen Nachteilen verbunden, weshalb in der Praxis davon abgeraten wird.<sup>97</sup> Andererseits kann die Vorsorgeeinrichtung selbst, also die Stiftung, eine entsprechende (separate) D&O-Police für die Stiftungsräte abschliessen. Versicherungsnehmer i.S. des VVG ist in diesem Fall die Vorsorgeeinrichtung.<sup>98</sup>

### 4.3 Versicherte Person

Vom Versicherungsnehmer klar zu unterscheiden ist die Kategorie der versicherten Person. Die versicherte Person bezeichnet jene Person, welche Versicherungsschutz genießt.<sup>99</sup> Der Kreis der versicherten Personen wird weit gefasst. Üblicherweise werden sämtliche ehemaligen, gegenwärtigen und zukünftigen Organmitglieder des Versicherungsnehmers pauschal<sup>100</sup> versichert.<sup>101</sup> Kommt es zu personellen Wechseln auf der Führungsebene, sind die neuen Organmitglieder deshalb automatisch mitversichert.<sup>102</sup> Unter den Begriff der Organmitglieder fallen auch Stiftungsräte. Da das ganze Gremium mit ein und derselben Police versichert wird und somit allen Stiftungsratsmitgliedern Versicherungsschutz zukommt, ist die D&O-Versicherung in ihrer Ausgestaltung eine Kollektivversicherung.<sup>103</sup>

---

<sup>94</sup> HALLER, N 385; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 46; THÜMMEL, N 458.

<sup>95</sup> D.h., wenn die Arbeitgeberfirma eine eigene Vorsorgeeinrichtung für ihre Arbeitnehmer errichtet hat (vgl. Art. 11 Abs. 1 BVG).

<sup>96</sup> Vgl. HALLER, N 717; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, Fn. 723.

<sup>97</sup> Die in der Police enthaltene Versicherungssumme (vgl. auch Abschnitt E) steht allen versicherten Personen zur Verfügung, d.h. sowohl den Organen des Arbeitgeberbetriebs wie auch dem Stiftungsrat der Vorsorgeeinrichtung. Dies kann dazu führen, dass im Bedarfsfall die Versicherungssumme bereits von Organpersonen des Unternehmens gänzlich beansprucht wurde und somit keine Mittel mehr für den Stiftungsrat vorhanden sind. Zudem sind die Stiftungsräte von den Prämienzahlungen der Arbeitgeberfirma abhängig. Beahlt dieser die Prämie nicht, so treten die Verzugsfolgen nach Art. 20 VVG ein. Im Endeffekt verlieren sie dann den Versicherungsschutz (siehe zum Ganzen: HALLER, N 717 f.).

<sup>98</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 148 f.

<sup>99</sup> MAURER, S. 538.

<sup>100</sup> D.h., die versicherten Personen werden grundsätzlich nicht namentlich benannt (BECKMANN, N 56; SIEG, Manager, N 18.24). Dies ist unproblematisch, da die Bestimmbarkeit des Versichertenkreises durch die Charakterisierung als Organmitglied des Versicherungsnehmers sichergestellt ist (BECKMANN, N 56).

<sup>101</sup> Vgl. Ziff. E5.1 AVB-AXA; Art. 2 Abs. 1 AVB-B; SIEG, Manager, N 18.13; THÜMMEL, N 460.

<sup>102</sup> THÜMMEL, N 460.

<sup>103</sup> BAUEN/VENTURI, N 828; FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 185; HALLER, N 626; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 148.

Des Weiteren werden meist auch Ehegatten, Erben und Nachlassverwalter der versicherten Personen in den Versicherungsschutz miteinbezogen, sofern sie für deren Pflichtverletzungen in Anspruch genommen werden.<sup>104</sup>

## **5. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Die D&O-Versicherung ist nichts anderes als ein privatrechtlicher Versicherungsvertrag nach Art. 1 ff. VVG.<sup>105</sup> Insofern sind für die Beurteilung von rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit D&O-Versicherungen das VVG, das OR/ZGB<sup>106</sup> sowie allgemeine (privatrechtlichen) Grundprinzipien<sup>107</sup> zu beachten. Wie bei allen Versicherungsprodukten aber üblich, ergibt sich der konkrete Vertragsinhalt erst aus dem abgeschlossenen Versicherungsvertrag.<sup>108</sup> Dieser Vertrag setzt sich in aller Regel aus der Versicherungspolice und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (sog. AVB) zusammen, wobei eventuell noch zusätzliche besondere Bedingungen des jeweiligen Versicherers zu berücksichtigen sind.<sup>109</sup>

Ein einheitliches Bedingungsnetz hat sich nicht herausgebildet.<sup>110</sup> Bei den verschiedenen D&O-Versicherungen kommt es auf Kleinigkeiten an, sodass sich grundsätzlich ein Vergleich der auf dem Markt erhältlichen D&O-Policen aufdrängt.<sup>111</sup> Im Nachfolgenden werden deshalb die Grundzüge in Bezug auf Reichweite sowie Einschränkung des Versicherungsschutzes dargestellt, die sich typischerweise in Versicherungsbedingungen wiederfinden.<sup>112</sup>

---

<sup>104</sup> Vgl. Ziff. E5.3 AVB-AXA; Art. 2 Abs. 3 AVB-B; Ziff. 3.1 AVB-Z; BECKMANN, N 57. – Dies ist bedeutend, weil sie in den gesetzlichen Fällen eine Solidargemeinschaft bilden (vgl. Art. 143 Abs. 2 OR) und sie sonst (wirtschaftlich) schutzlos ausgeliefert wären.

<sup>105</sup> MANNSDORFER, S. 224.

<sup>106</sup> Vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG.

<sup>107</sup> Insbesondere die allgemeinen AGB-rechtlichen Grundsätze (AGB-Auslegungskontrollen), die auch für Versicherungsverträge gelten (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681). Ausführlich hierzu FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.1 ff.

<sup>108</sup> HAEHLING VON LANZENAUER, N 8; LENZ, N 39; SIEG, Manager, N 18.9; SIEG, D&O-Versicherung, N 19.

<sup>109</sup> BECKMANN, N 19; DILLING, S. 29; SIEG, D&O-Versicherung, N 19.

<sup>110</sup> DILLING, S. 29.

<sup>111</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 23.

<sup>112</sup> In der schweizerischen Literatur gibt es erst einzelne Abhandlungen, die sich intensiver mit der D&O-Versicherung auseinandergesetzt haben. Die juristische Aufbereitung des Themas steckt daher noch immer ganz am Anfang. Da die AVB heimischer Anbieter sehr den im deutschen D&O-Versicherungsmarkt vorzufindenden Bedingungsnetzen gleichen, macht ein Rückgriff auf die in der deutschen Literatur über Jahrzehnte herausgebildeten Erkenntnisse durchaus Sinn; dies ist natürlich unter besonderer Vorsicht im Hinblick auf die Unterschiede in Gesetz und Rechtsprechung vorzunehmen.

## D. Deckungsumfang

### 1. Versicherte Haftpflicht

Der Gegenstand einer D&O-Versicherung wird in den AVB üblicherweise damit umschrieben, dass der Versicherer Versicherungsschutz gewährt für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.<sup>113</sup> Die D&O-Versicherung versichert somit m.a.W. die Gefahr, als Organmitglied haftpflichtig zu werden.<sup>114</sup> Damit die Versicherung greift, muss also ein Anspruch gegen die versicherte Person auf Zahlung von Schadenersatz erhoben werden.<sup>115</sup> Demgegenüber werden Ansprüche, die direkt gegen den Versicherungsnehmer gestellt werden, nicht mit einer D&O-Police versichert.<sup>116</sup> Die Ansprüche gegen die versicherte Person müssen sich aber auf Ersatz von reinen Vermögensschäden beschränken.<sup>117</sup> Entsprechend werden vom Versicherungsschutz keine Personen- oder Sachschäden sowie sog. unechte Vermögensschäden, die Folge eines Personen- oder Sachschadens sind, erfasst.<sup>118</sup> Soweit keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, ist ansonsten unerheblich, auf welche Rechtsgrundlagen oder Umstände sich der Schadenersatzanspruch bezieht.<sup>119</sup> Insbesondere ist unwesentlich, wer der Geschädigte ist, der einen Anspruch geltend macht.<sup>120</sup> Die D&O-Versicherung bietet nämlich sowohl Schutz vor einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme durch den Versicherungsnehmer selbst (interne Haftung oder Innenhaftung genannt) als auch Schutz einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme durch einen Dritten (externe Haftung oder Aussenhaftung genannt).<sup>121</sup> Immerhin wird mit der Formulierung «gesetzliche Haftpflichtbestimmung» vorausgesetzt, dass sich die Schadenersatzforderung aus einer öffentlich-rechtlichen (wie z.B. Art. 52 BVG) oder einer privatrechtlichen Haftungsgrundlage ergeben muss.<sup>122</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass

<sup>113</sup> Vgl. Ziff. B1.1 i.V.m. B1.2 AVB-AXA; Art. 1.1 AVB-B; Ziff. 2.1 AVB-Z; MANNSDORFER, S. 224.

<sup>114</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 154; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 138; SIEG, D&O-Versicherung, N 76; vgl. auch MAURER, S. 535.

<sup>115</sup> Vgl. HELD, D&O-Versicherung, N 25; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 138.

<sup>116</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 26; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 139.

<sup>117</sup> BANDLE, N 19; BECKMANN, N 66; HALLER, N 384; HELD, D&O-Versicherung, N 27; LENZ, N 60; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 139; SIEG, D&O-Versicherung, N 84.

<sup>118</sup> Vgl. Ziff. E4 AVB-AXA; Definition Vermögensschäden im Anhang Begriffsdefinitionen der AVB-B; Ziff. 11 Definition zum Vermögensschaden AVB-Z; BECKMANN, N 67; LENZ, N 60; SCHLIERENKÄMPER, S. 102.

<sup>119</sup> THÜMMEL, N 461.

<sup>120</sup> KELLER, S. 68; THÜMMEL, N 461.

<sup>121</sup> Vgl. Ziff. B1.3 AVB-AXA; Art. 1.3 AVB-B; KELLER, S. 68; LENZ, N 79; SIEG, D&O-Versicherung, N 94.

<sup>122</sup> DILLING, S. 35; SIEG, Manager, N 18.13 und Fn. 3. – So ist z.B. eine Konventionalstrafe, welche zwischen den Parteien vereinbart wurde, nicht mitversichert (LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 155).

Schadenersatzansprüche, die sich auf amerikanisches oder kanadisches Recht stützen, in den allermeisten Fällen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind.<sup>123</sup> Ausserdem stellt der Zusatz «bei Ausübung der versicherten Tätigkeit» klar, dass die versicherte Person in ihrer Eigenschaft oder Funktion als Organmitglied auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden muss.<sup>124</sup> Die D&O-Versicherung versichert insofern all jene fehlerhaften Handlungen und Unterlassungen, die im Rahmen einer Tätigkeit i.S.v. Art. 51a BVG ergehen.<sup>125</sup> Durch dieses weite Verständnis des versicherten Gegenstands wird ersichtlich, dass der Deckungsumfang primär durch Einschränkungen des Versicherungsschutzes eingegrenzt wird.

## **2. Sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes**

### **2.1 Allgemeines**

Der sachliche Umfang des Versicherungsschutzes, d.h. die vom Versicherer geschuldeten Leistungen, umfasst wie bei jeder Haftpflichtversicherung die Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche (sog. Rechtsschutzanspruch) sowie die Entschädigung begründeter Schadenersatzansprüche (sog. Befreiungsanspruch).<sup>126</sup> Bei beiden Verpflichtungen handelt es sich um Hauptleistungspflichten des Versicherers.<sup>127</sup> Dabei steht dem Versicherer ein Wahlrecht zu, wie er genau verfahren möchte, also ob er zunächst die versicherte Person bei der Abwehr unberechtigter Ansprüche unterstützt oder sogleich in die Befriedigung von als begründet erachteten Ansprüchen eintritt.<sup>128</sup>

### **2.2 Rechtsschutzanspruch**

Im Normalfall wird der Versicherer Versicherungsschutz in Form des Rechtsschutzanspruchs gewähren.<sup>129</sup> Dies wird in den AVB mit «Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche» umschrieben.<sup>130</sup> Abwehr bedeutet, dass der Versicherer die versicherte Person in ihrer Verteidi-

---

<sup>123</sup> Vgl. Ziff. B2.6 AVB-AXA; Art. 7 lit. f AVB-B; Ziff. 4.2 AVB-Z; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 138.

<sup>124</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 26; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 138; SIEG, D&O-Versicherung, S. 76. – Ansprüche, die bspw. gegen die versicherte Person als Eigenschaft als Privatperson erhoben werden, fallen entsprechend aus dem Versicherungsschutz raus (SIEG, D&O-Versicherung, N 77).

<sup>125</sup> Zu den Aufgaben des obersten Organs siehe Abschnitt B.

<sup>126</sup> Vgl. Ziff. D1.1.1 i.V.m. D1.1.2 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 1 AVB-B; BECKMANN, N 84; HELD, D&O-Versicherung, N 33; KELLER, S. 70; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 136; MANNSDORFER, S. 224; siehe auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.2 und MAURER, S. 540 f.

<sup>127</sup> BECKMANN, N 84; DILLING, S. 63; KELLER, S. 71; MAURER, S. 541 f.

<sup>128</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 33; LANNER, S. 60; LENZ, N 118; SIEG, D&O-Versicherung, N 128.

<sup>129</sup> Der Grund hierfür liegt darin, dass Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht häufig äusserst komplex sind. Ausserdem werden die Ansprüche zunächst oftmals wenig substantiiert dargelegt (HELD, D&O-Versicherung, N 33; SIEG, D&O-Versicherung, N 130).

<sup>130</sup> Vgl. Ziff. D1.1.2 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 1 AVB-B; SIEG, Manager, N 18.44. – In der Literatur auch als passiver Rechtsschutz oder Abwehrdeckung bezeichnet.

gung gegen den Anspruchsteller<sup>131</sup> unterstützt, indem er insbesondere die hiermit verbundenen Kosten trägt.<sup>132</sup> Dazu gehören namentlich die Kosten für Anwälte,<sup>133</sup> Experten und Sachverständige sowie die Gerichtskosten.<sup>134</sup>

Neben dieser Entschädigungspflicht erfasst die Rechtsschutzfunktion grundsätzlich aber auch tatsächliches bzw. rechtliches Handeln des Versicherers.<sup>135</sup> Der Versicherer wird i.d.R. zunächst durch seinen eigenen Schadendienst den Fall abklären lassen und danach mit der versicherten Person die weitere Vorgehensweise besprechen.<sup>136</sup> Dies bringt für die versicherte Person einen enormen Vorteil mit sich, denn solange der Fall intern bearbeitet werden kann, trägt der Versicherer die Kosten selbst und die Versicherungssumme bleibt unberührt.<sup>137</sup> Anschliessend obliegt es grundsätzlich dem Versicherer anstelle des Versicherten, mit den Geschädigten zu verhandeln und gegebenenfalls Vergleiche abzuschliessen.<sup>138</sup> Die versicherte Person bleibt diesbezüglich im Innenverhältnis aber zu einem gewissen Grad weisungsbefugt, denn die Versicherungsbedingungen enthalten regelmässig Klauseln, wonach sich die versicherte Person einem Einigungswunsch des Versicherers widersetzen kann.<sup>139</sup> Dies führt jedoch dazu, dass die Leistungspflicht des Versicherers auf den Betrag beschränkt wird, mit dem der Schadenfall durch Vergleich hätte erledigt werden können.<sup>140</sup> Falls demgegenüber keine Einigung erzielt wird und es zu einem Prozess über den Anspruch zwischen der versicherten Person und dem Anspruchsteller kommt, sehen die Versicherungsbedingungen üblicherweise vor, dass der Versicherer den Rechtsstreit im Namen des Versicherten führt.<sup>141</sup> Diese Prozessführungsbefugnis

---

<sup>131</sup> Der Umstand, dass der Geschädigte in Fällen der Innenhaftung zugleich Versicherungsnehmer und damit Vertragspartner des Versicherers ist, bleibt dabei ohne Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Versicherers. Es gilt der Grundsatz, dass der Versicherer im Rahmen der Anspruchsabwehr die Interessen der versicherten Person so zu wahren hat, wie dies ein von der versicherten Person beauftragter Rechtsanwalt tun würde (SIEG, Manager, N 18.45; SIEG, D&O-Versicherung, N 147).

<sup>132</sup> THÜMMEL, N 462.

<sup>133</sup> In den Versicherungsbedingungen wird dabei häufig festgehalten, dass der versicherten Person grundsätzlich eine freie Anwaltswahl zukommt. Dem Versicherer verbleibt meist nur ein Widerspruchsrecht (vgl. Ziff. D4.1 AVB-AXA; KELLER, S. 72; LENZ, N 151).

<sup>134</sup> Vgl. Ziff. D1.2.1 Satz 2 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 1 AVB-B; Ziff. 11 Definition zu Kosten AVB-Z; MANNSDORFER, S. 225.

<sup>135</sup> Dies ergibt sich bereits aus der in den AVB üblicherweise vorkommenden Formulierung, dass der Versicherer die «Abwehr» unbegründeter Schadenersatzansprüche übernimmt (BECKMANN, N 85).

<sup>136</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 146; SIEG, Manager, N 18.45.

<sup>137</sup> Vgl. Ziff. D1.3 AVB-AXA; HALLER, N 397; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 147.

<sup>138</sup> HALLER, N 394; SIEG, D&O-Versicherung, N 145; vgl. auch MAURER, S. 541.

<sup>139</sup> BECKMANN, N 89.

<sup>140</sup> Vgl. Ziff. D4.4 AVB-AXA.

<sup>141</sup> Vgl. Ziff. D4.3 AVB-AXA; Art. 11 Abs. 4 AVB-B; BECKMANN, N 88; HALLER, N 394; SIEG, D&O-Versicherung, N 145.

bedeutet, dass der Versicherer grundsätzlich über den konkreten Verlauf des Prozesses entscheidet, insbesondere nach Rücksprache mit dem Versicherten über den Prozessanwalt, die Prozessstrategie und die Prozess erledigung befindet.<sup>142 143</sup>

### 2.3 Befreiungsanspruch

Die zweite Deckungskomponente einer D&O-Versicherung ist die Entschädigung begründeter Schadenersatzansprüche.<sup>144</sup> Die Leistung des Versicherers besteht darin, dass dieser die versicherte Person von Schadenersatzverpflichtungen befreit, indem er den Schadensbetrag begleicht.<sup>145</sup> Dem Versicherer ist es selbst überlassen, ob er den Anspruch – auch gegen den ausdrücklichen Willen des Versicherten – sofort anerkennen und befriedigen möchte.<sup>146</sup> Der Versicherer kann auch, falls dieser die Schadenersatzverpflichtung nur teilweise für berechtigt hält, nur einen Teil des Anspruchs befriedigen und im Übrigen den Rechtsschutzanspruch leisten.<sup>147</sup> In der Praxis erfolgt die Befriedigung der Ansprüche durch den Versicherer regelmässig erst, wenn dieser den Sachverhalt näher geprüft hat oder aber die Ansprüche durch ein Gerichtsurteil rechtskräftig festgestellt worden sind.<sup>148</sup> Diesen Fällen ist gleichgestellt, dass die versicherte Person sich mit dem Anspruchsteller über Schadenersatzansprüche rechtswirksam (gerichtlich oder aussergerichtlich) verglichen oder die Schadenersatzansprüche rechtswirksam anerkannt hat.<sup>149</sup> Die versicherte Person ist aber in den letztgenannten beiden Fällen verpflichtet, die Zustimmung des Versicherers vorgängig einzuholen.<sup>150</sup> Die Verletzung dieser Pflicht führt in aller Regel dazu, dass die Leistungspflicht des Versicherers im Umfang der auf die Verletzung zurückzuführenden Folgen entfällt.<sup>151</sup> Sobald geklärt ist, dass die Ansprüche begründet sind, wird die Freistellung nach Massgabe des Versicherungsverhältnisses in der Weise durchgeführt, dass

---

<sup>142</sup> Vgl. Ziff. D4.3 AVB-AXA.

<sup>143</sup> Die D&O-Versicherung kann aber auch so ausgestaltet sein, dass die Abwehr nicht durch den Versicherer übernommen wird (so bspw. die AVB-Z). In den AVB wird dann normalerweise festgehalten, dass die versicherte Person sich mit allen zur Verfügung stehenden Mittel gegen den Anspruch zur Wehr setzen muss (vgl. Ziff. 9.2.1 AVB-Z). Die Leistungspflicht des Versicherers beschränkt sich hier lediglich auf die Übernahme der anfallenden Abwehrkosten im Rahmen der versicherten Deckungslimite (vgl. Ziff. 5.1 i.V.m. Ziff. 5.2 i.V.m. Ziff. 9.2 AVB-Z). Der Rechtsschutzanspruch verkümmert hier zu einem blossen Zahlungsanspruch.

<sup>144</sup> Auch Freistellungsanspruch genannt.

<sup>145</sup> HALLER, N 394; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 143; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 413; SIEG, Manager, N 18.48; THÜMMEL, N 462; vgl. auch MAURER, S. 540.

<sup>146</sup> KELLER, S. 73; SIEG, Manager, N 18.49.

<sup>147</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 413.

<sup>148</sup> KELLER, S. 73; LENZ, N 118; SIEG, Manager, N 18.48.

<sup>149</sup> LENZ, N 118; SIEG, D&O-Versicherung, N 131.

<sup>150</sup> Vgl. Ziff. D5 AVB-AXA; Art. 11 Abs. 2 AVB-B; Ziff. 9.2.3 Satz 1 AVB-Z. – In den AVB i.d.R. als Vertragstreue bezeichnet.

<sup>151</sup> Vgl. Art. 12 AVB-B; Ziff. 9.2.3 Satz 3 AVB-Z; LENZ, N 118; SIEG, D&O-Versicherung, N 131.

der Versicherer die Entschädigung direkt an den Anspruchsteller bzw. Geschädigten<sup>152</sup> ausbezahlt.<sup>153</sup>

## 2.4 Weitere Leistungen

Die D&O-Versicherungen enthalten heute zahlreiche Deckungserweiterungen, die weit über den klassischen Rechtsschutz- und Entschädigungsanspruch – wie dies in den gewöhnlichen Haftpflichtversicherungen vorgesehen wird – hinausgehen.<sup>154</sup> Einige davon dienen der Vorbeugung und können bereits vor definitiver Anspruchserhebung durch den Geschädigten beansprucht werden.<sup>155</sup> Hierunter zählen etwa Eil-/Notfallkostenklauseln<sup>156</sup> sowie Klauseln, wonach der Versicherer die Kosten für unmittelbar bevorstehende Ansprüche übernimmt.<sup>157</sup> Daneben verpflichten sich die Versicherer häufig zur Übernahme der Kosten für forensische Dienstleistungen,<sup>158</sup> der Kosten zur Wiederherstellung des guten Rufs,<sup>159</sup> der Kosten zur psychologischen Unterstützung der versicherten Person<sup>160</sup> und von vielem mehr.<sup>161</sup> Auch die Kosten, die aufgrund eines eingeleiteten Straf-, öffentlich-rechtlichen, Disziplinar- oder Verwaltungsverfahrens anfallen, können gedeckt sein.<sup>162</sup> Diese Erweiterungen sollten aber nicht überbewertet wer-

---

<sup>152</sup> Falls der Versicherungsnehmer anstelle der versicherten Person die Verteidigungskosten und allfällige Schadenersatzzahlungen übernommen hat, sehen die auf dem Markt befindlichen D&O-Versicherungen regelmässig vor, dass diesem die Versicherungsleistungen aus dem D&O-Vertrag zukommen (vgl. Ziff. C12 AVB-AXA; Art. 2 Abs. 4 AVB-B; Ziff. 2.2 AVB-Z; IHLAS, Moderne D&O, N 19.20; KELLER, S. 73; MANNSDORFER, S. 225). Diese Deckung wird überwiegend als «company reimbursement» bezeichnet (IHLAS, Moderne D&O, N 19.20).

<sup>153</sup> Vgl. Ziff. D1.1.1 Satz 2 AVB-AXA; Art. 11 Abs. 3 AVB-B; Ziff. 9.5 AVB-Z; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 143 f.; SIEG, Manager, N 18.48; siehe auch Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VVG. – Damit soll verhindert werden, dass die versicherte Person das Geld zweckwidrig verwendet (LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 144).

<sup>154</sup> Ausführlich hierzu: IHLAS, Moderne D&O, N 19.1 ff.

<sup>155</sup> IHLAS, Moderne D&O, N 19.45; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 417 f.

<sup>156</sup> Der Versicherer übernimmt hier rückwirkend die Kosten für eine angemessene Abwehr, sofern es der versicherten Person unzumutbar war, die rechtzeitige Zustimmung des Versicherers einzuholen (vgl. Ziff. C3 AVB-AXA; Ziff. 3.12 AVB-Z; IHLAS, Moderne D&O, N 19.46).

<sup>157</sup> Die versicherte Person kann danach bereits einen Anwalt damit beauftragen, die Verteidigung wahrscheinlicher Schadenersatzforderungen vorzubereiten (vgl. Ziff. C4 AVB-AXA; Ziff. 3.4 AVB-Z; IHLAS, Moderne D&O, N 19.49; ausführlich: SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 417 f.).

<sup>158</sup> Vgl. Ziff. C6 AVB-AXA; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 419.

<sup>159</sup> Vgl. Ziff. C15 AVB-AXA; Art. 1.5 AVB-B; Ziff. 3.14 AVB-Z; IHLAS, Moderne D&O, N 19.62. – Hierunter fallen die Kosten für einen externen Public-Relations-Berater. Mit der Beratung soll der Schaden für das Ansehen der versicherten Person in der Öffentlichkeit abgewehrt oder zumindest gemindert werden, der hauptsächlich durch negative Berichterstattung droht. Die Versicherungsbedingungen sehen für die Kostenübernahme jedoch meist vor, dass der Beizug eines PR-Beraters effektiv notwendig sein muss. Die versicherte Person hat dem Versicherer gegenüber darzulegen, dass diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist (zum Ganzen: SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 419).

<sup>160</sup> Die Kosten werden aber i.d.R. nur übernommen, sofern hierfür kein gesetzlicher oder anderweitiger Leistungsanspruch (z.B. durch eine Kranken- oder Unfallversicherung) besteht (vgl. Ziff. C16 AVB-AXA; Ziff. 3.5 AVB-Z). Zudem kann der Versicherer noch weitere Beschränkungen (z.B. zeitliche) vorsehen.

<sup>161</sup> Siehe IHLAS, Moderne D&O, N 19.51 ff.

<sup>162</sup> Vgl. Ziff. C1 AVB-AXA; Art. 1.4 AVB-B; IHLAS, Moderne D&O, N 19.47; siehe auch HALLER, N 693. – Dies erscheint etwas überraschend, setzen doch Straftaten grundsätzlich ein vorsätzliches Handeln des Beschuldigten voraus. Vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen werden aber in der D&O-Ver-

den. Ausserdem sollte man trotz der zusätzlichen Deckungsbausteine immer ein genaues und kritisches Auge auf die in den AVB enthaltenen Klauseln über die Einschränkungen des Versicherungsschutzes haben.

### 3. Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes

#### 3.1 Vertragsdauer

Die D&O-Versicherungsverträge werden für die in der Police aufgeführte Versicherungsdauer abgeschlossen.<sup>163</sup> Im Regelfall beträgt die Vertragslaufzeit ein Jahr (einjährige Versicherungsperiode).<sup>164</sup> Eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses bedarf zuweilen einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien<sup>165</sup>.<sup>166</sup> Bevor der Versicherer dieser Verlängerung zustimmt, wird er eine erneute Risikoprüfung vornehmen.<sup>167</sup> Gestützt hierauf wird der Versicherer schliesslich entscheiden, ob er weiterhin bereit ist, das Versicherungsrisiko zu tragen.<sup>168</sup> Dieses Modell ist jedoch nur noch selten zu finden. Die D&O-Versicherungen enthalten in ihren AVB üblicherweise eine Prolongationsklausel.<sup>169</sup> Danach verlängert sich der Vertrag automatisch um ein Jahr, sofern eine schriftliche Kündigung nicht spätestens bis drei Monate vor Fristablauf erfolgt ist.<sup>170</sup>

---

sicherung gerade nicht vom Versicherungsschutz erfasst (Näheres dazu im Abschnitt E). BECKMANN folgert daraus, dass solche Klauseln nur dann Bedeutung erlangen, wenn der Versicherer selbst der Auffassung ist, dass die versicherte Person keine (vorsätzliche) Pflichtverletzung begangen hat (BECKMANN, N 86). Ob dies in der Praxis wirklich so gehandhabt wird, sei dahingestellt. Der vermeintliche Widerspruch lässt sich bereits dadurch lösen, dass der D&O-Versicherer sich in den AVB im Falle eines strafrechtlichen Schuldspruchs stets ein Rückforderungsrecht für die in diesem Zusammenhang geleisteten Ausgaben vorbehält (vgl. Ziff. C1 in fine AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. a AVB-B).

<sup>163</sup> Vgl. Ziff. A6.1 AVB-AXA; Ziff. 6.1.1 AVB-Z.

<sup>164</sup> BECKMANN, N 141; LENZ, N 195; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 168; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 141; SCHLIERENKÄMPER, S. 129; SIEG, D&O-Versicherung, N 125.

<sup>165</sup> Wie im Abschnitt C gesehen, fungiert das Unternehmen als Versicherungsnehmer. Es ist deshalb als Vertragspartei im D&O-Versicherungsverhältnis anzusehen. Das hat zur Konsequenz, dass das Unternehmen autonom über den Fortbestand der Versicherung entscheiden kann (HALLER, N 415; PITKOWITZ, N 646). Falls die Vorsorgeeinrichtung selbst Versicherungsnehmer ist, dürfte dies kein Problem darstellen, da schliesslich die Vorsorgeeinrichtung über den Stiftungsrat handelt und somit dem gesamten Stiftungsratsgremium diese Entscheidung obliegt. Dieses dürfte sehr an einer Verlängerung des eigenen Versicherungsschutzes interessiert sein. Anders verhält es sich, wenn die Stiftungsräte in der D&O-Versicherung der Arbeitgeberfirma eingeschlossen wurden. So könnten die mit der Versicherungsdeckung verbundenen Kosten für die Arbeitgeberfirma als zu teuer empfunden werden, weshalb diese auf eine Verlängerung verzichtet oder den Vertrag kündigt. Die Stiftungsräte sind deshalb gut beraten, sich über die eigene Versicherungssituation wiederkehrend zu informieren.

<sup>166</sup> LENZ, N 195; SIEG, D&O-Versicherung, N 125.

<sup>167</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 168 f.; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 141.

<sup>168</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 169. – Eine Erneuerung des Versicherungsvertrags kann auch davon abhängig gemacht werden, dass dies nur unter veränderten Bedingungen (bspw. höhere Prämie) geschieht (SCHLIERENKÄMPER, S. 129).

<sup>169</sup> BECKMANN, N 141; LENZ, N 195; SCHLIERENKÄMPER, S. 129; SIEG, D&O-Versicherung, N 126.

<sup>170</sup> Die Verlängerung kann zusätzlich an die Bedingung geknüpft sein, dass der Versicherungsnehmer keine negative Bilanz in seiner Jahresrechnung aufweist (vgl. Ziff. A6.2 AVB-AXA; Ziff. 6.1.2 AVB-Z).

### 3.2 Anspruchserhebungsprinzip

Haftpflichtfälle können sich über einen langen Zeitraum hinziehen. Zwischen dem Zeitpunkt der schadenverursachenden Handlung oder Unterlassung, der Feststellung des Schadens und der erstmaligen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vergehen nicht selten Jahre. Würde bei der zeitlichen Zuordnung von Haftpflichtfällen zu einer D&O-Versicherungspolice auf die pflichtverletzende Handlung (oder eben Unterlassung) abgestellt, hätte dies zur Folge, dass die Deckung von Organhaftungsfällen als zu riskant beurteilt und damit nicht angeboten werden würde, da der Versicherer sonst ein zu langes Nachhaftungsrisiko tragen müsste.<sup>171</sup> In der D&O-Versicherung gelangt deshalb ausnahmslos das Anspruchserhebungsprinzip zur Anwendung. Das Anspruchserhebungsprinzip (auch als claims-made-Prinzip bezeichnet)<sup>172</sup> bedeutet, dass nur die während der Vertragslaufzeit geltend gemachten Ansprüche versichert sind.<sup>173</sup> In den AVB wird dies üblicherweise damit umschrieben, dass Versicherungsschutz für Ansprüche besteht, die erstmals während der Laufzeit des Versicherungsvertrags gegen eine versicherte Person erhoben werden.<sup>174</sup> Als Zeitpunkt, in welchem ein Anspruch erhoben wird, gilt dabei meist derjenige, in welchem gegen die versicherte Person erstmals ein Anspruch schriftlich erhoben wird oder in welchem die versicherte Person erstmals vom Anspruchsteller schriftlich die Mitteilung erhält, dass dieser gegen ihn einen Anspruch stellen werde oder könne.<sup>175</sup> Es müssen aber stets die anzuwendenden AVB genau betrachtet werden, denn die Definitionen, was als Anspruchserhebung angesehen wird, können durchaus variieren.<sup>176</sup>

Die strikte Anwendung des Anspruchserhebungsprinzips hat zur Folge, dass die Deckung in der D&O-Versicherung nur dann besteht, wenn auch die haftungsauslösende Pflichtverletzung während der Vertragslaufzeit erfolgt ist.<sup>177</sup> Dies führt zu einer nicht unerheblichen Begrenzung

---

<sup>171</sup> HALLER, N 558; vgl. auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.6. – Auch als Long-Tail-Risiko bekannt.

<sup>172</sup> Die Zulässigkeit des Anspruchserhebungsprinzips wird immer wieder in Zweifel gestellt, denn dem Versicherer wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, sich aus einer Schadenserie heraus zu kündigen, wobei der Versicherte keine Möglichkeit mehr hat, Versicherungsschutz für bereits verursachte Schäden zu finden (FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.8; FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 75 f.). Dennoch ist heute mehrheitlich unbestritten, dass das Anspruchserhebungsprinzip mit dem schweizerischen Recht vereinbar ist (FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.11).

<sup>173</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 20.7.

<sup>174</sup> Vgl. Ziff. A3.1 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 1 AVB-B; Ziff. 6.2.1 i.V.m. Ziff. 11 Definition zum Anspruch AVB-Z; HELD, D&O-Versicherung, N 30; SIEG, D&O-Versicherung, N 102.

<sup>175</sup> Vgl. Ziff. A3.2 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AVB-B; FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 75; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 150.

<sup>176</sup> BECKMANN, N 102; SIEG, D&O-Versicherung, N 110. THÜMMEL, N 465. – So können die AVB durchaus vorsehen, dass nur eine Klage als Anspruchserhebung gilt (SIEG, Manager, N 18.38; THÜMMEL, N 465).

<sup>177</sup> ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, N 1936; BECKMANN, N 105; HELD, D&O-Versicherung, N 30; SIEG, D&O-Versicherung, N 110. – Es liegt also eine Kombination von Anspruchserhebungs- und Verursachungsprinzip vor (BECKMANN, N 99; SCHLIERENKÄMPER, S. 107).

des Anwendungsbereichs der Versicherung.<sup>178</sup> Pflichtverletzungen, die vor Vertragsbeginn realisiert wurden, aber während der Vertragsdauer geltend gemacht werden, sind nicht versichert. Das Gleiche gilt für Pflichtverletzungen, die zwar während der Vertragsdauer erfolgten, doch erst nach Ablauf des Vertrags erstmals geltend gemacht werden.<sup>179</sup> Zur Abmilderung solcher Deckungslücken sehen die D&O-Versicherungen i.d.R. eine Vorriskoversicherung sowie eine Nachriskoversicherung und Umstandsmeldung vor.<sup>180</sup>

### 3.3 Vorriskoversicherung

Die auf dem Markt angebotenen D&O-Versicherungen sehen in ihren AVB regelmässig eine Vorriskoversicherungsklausel vor.<sup>181</sup> Mit einer solchen werden von der Versicherungsdeckung auch Pflichtverletzungen, die vor Vertragsbeginn begangen wurden, umfasst.<sup>182</sup> Diese Deckungsschutzerweiterung weicht das Anspruchserhebungsprinzip auf, indem nur noch auf den Zeitpunkt der Anspruchserhebung abgestellt wird.<sup>183</sup> Die Anspruchserhebung – und nicht etwa auch die haftungsauslösende Pflichtverletzung – muss innerhalb der Vertragsdauer geschehen. Indessen werden auch Vorriskoversicherungen von den D&O-Versicherern in ihren AVB weiter eingegrenzt.<sup>184</sup> Hierbei zeigen sich in den verschiedenen Versicherungsbedingungen meist feine Unterschiede, sodass im Einzelfall immer der jeweilige Wortlaut genau geprüft werden muss.<sup>185</sup> Einschränkungen können dergestalt erfolgen, dass zeitliche Begrenzungen der Vorriskoversicherung vorgesehen sind.<sup>186</sup> Die Deckung der Vorhaftung wird entsprechend nur Pflichtverletzungen erfassen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums (bspw. fünf Jahre) vor Versicherungsbeginn begangen wurden.<sup>187</sup> Die Stipulierung solcher zeitlicher Beschränkungen ist heute jedoch nur noch selten anzutreffen. In aller Regel werden zeitlich unbeschränkte Vorriskoversicherungen angeboten.<sup>188</sup> Demgegenüber sind inhaltliche Beschränkungen des Vorriskoversicherungsschutzes sehr verbreitet.<sup>189</sup> Üblicherweise besteht der Versicherungsschutz nur dann, wenn die versicherte Person (oftmals wird auch der Versicherungsnehmer genannt)

---

<sup>178</sup> BECKMANN, N 105.

<sup>179</sup> BECKMANN, N 105; HELD, D&O-Versicherung, N 30.

<sup>180</sup> BECKMANN, N 105; HELD, D&O-Versicherung, N 30.

<sup>181</sup> BECKMANN, N 107; LENZ, N 107; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 383. – In Deutschland auch als Rückwärtsversicherung bekannt.

<sup>182</sup> KELLER, S. 133; SCHLIERENKÄMPER, S. 108; SIEG, D&O-Versicherung, N 116.

<sup>183</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 31; KELLER, S. 135.

<sup>184</sup> BECKMANN, N 107.

<sup>185</sup> Vgl. Ziff. A4.1 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 5 AVB-B; Ziff. 6.2.2 AVB-Z.

<sup>186</sup> PITKOWITZ, N 644.

<sup>187</sup> BECKMANN, N 107; PITKOWITZ, N 644.

<sup>188</sup> BECKMANN, N 107; THÜMMEL, N 466.

<sup>189</sup> BECKMANN, N 108.

von der vor Vertragsbeginn begangenen Pflichtverletzung keine Kenntnis hatte oder den Umständen nach hätte haben müssen.<sup>190</sup> Es dürfte für die versicherte Person bereits äusserst schwierig sein, darzulegen, dass sie keine positive Kenntnis vom Fehlverhalten hatte.<sup>191</sup> Mit dem Zusatz «nach den Umständen hätte haben müssen» wird die Problematik noch verstärkt, da dies letztlich dazu führt, dass bereits eine fahrlässige Unkenntnis genügt, um vom Versicherungsschutz ausgeschlossen zu werden.<sup>192</sup> Insofern dürfte die Vorriskoversicherung nur geringe praktische Wirkung entfalten.<sup>193 194</sup>

### 3.4 Nachrisikoversicherung und Umstandsmeldung

Durch eine Nachrisikoversicherung werden vom Versicherungsschutz Ansprüche wegen Pflichtverletzungen, die während der Vertragslaufzeit begangen wurden, aber erst nach Vertragsende geltend gemacht werden, miterfasst.<sup>195</sup> Mit der Nachrisikoversicherung wird entsprechend eine «Nachhaftung» des Versicherers stipuliert. Sie wird meist davon abhängig gemacht, dass die Beendigung des Vertrags nicht wegen eines Prämienzahlungsverzugs erfolgt ist.<sup>196</sup> Ansonsten wird die Nachrisikoversicherung von den Versicherern sehr unterschiedlich ausgestaltet, weshalb auch hier ein genauer Blick in die AVB unerlässlich ist.<sup>197</sup> Teilweise sehen die AVB eine prämienfreie Nachrisikoversicherung vor, teilweise wird sie nur gegen einen Teil der

---

<sup>190</sup> Art. 5 Abs. 5 AVB-B; BECKMANN, N 109; SCHLIERENKÄMPER, S. 109; vgl. auch Ziff. A4.1 AVB-AXA, jedoch mit einem leicht abgewandelten Wortlaut («... oder nach den Umständen hätte haben können.»). – Dieser Ausschluss dient der Missbrauchsbekämpfung und soll verhindern, dass der Versicherungsnehmer im Wissen um einen zukünftigen Haftungsfall in eine Versicherung kontrahiert (FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 72 f.; PITKOWITZ, N 644).

<sup>191</sup> BECKMANN, N 109; siehe auch FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Fn. 229.

<sup>192</sup> BECKMANN, N 109.

<sup>193</sup> PITKOWITZ, N 644. – BECKMANN umschreibt dies zynisch mit den Worten, dass die Rückwärtsversicherung «zum blossen Marketinginstrument» verkomme (BECKMANN, N 109).

<sup>194</sup> Da die Vorriskoversicherungsbestimmung Schäden aus einer vor Vertragsbeginn begangenen haftungsauslösenden Handlung oder Unterlassung abdeckt, liegt bei Lichte besehen eigentlich ein Verstoss gegen das absolut zwingende Rückwärtsversicherungsverbot i.S.v. Art. 9 VVG vor (vgl. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 5.22 und 20.13; LANDOLT/WEBER, S. 51 f.). Dies führt dazu, dass die Deckung für solche Schäden komplett entfällt und die Vorriskoversicherung «toter Buchstabe» bleibt. Die Bestimmung zum Rückwärtsversicherungsverbot gilt aber schon lange Zeit als realitätsfremd, da in der Praxis (vor allem bei claims-made-Verträgen) immer wieder Rückwärtsversicherungen vorkommen (vgl. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 5.25). Das Bundesgericht versuchte bereits in der Vergangenheit unter Zuhilfenahme der Vertrauenshaftung Art. 9 VVG zu relativieren, das Unbehagen über die überholte Bestimmung blieb jedoch (m.w.H. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 5.26). Der Gesetzgeber hat nun dieses Problem erkannt und ist mit der neu formulierten Fassung von Art. 10 VVG, welche am 1. Januar 2022 in Kraft tritt, dem Bedürfnis mancher Versicherungszweige nach Rückwärtsversicherung nachgekommen. Danach sind Rückwärtsversicherungen nur noch nichtig, wenn lediglich der Versicherungsnehmer oder der Versicherte wusste oder wissen musste, dass ein befürchtetes Ereignis bereits eingetreten ist. De lege ferenda ergeben sich deshalb keine Probleme mehr für die Vorriskoversicherungen.

<sup>195</sup> AICHINGER, S. 110; HELD, D&O-Versicherung, N 32; SCHLIERENKÄMPER, S. 110. – Ausgeschlossen vom Versicherungsschutz sind hingegen Pflichtverletzungen, die erst während des Zeitraums der Nachrisikoversicherung begangen wurden (PITKOWITZ, N 645).

<sup>196</sup> Vgl. Ziff. A5.2.1 a) Satz 1 AVB-AXA; HELD, D&O-Versicherung, N 32; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 391.

<sup>197</sup> BECKMANN, N 111; THÜMMEL, N 466.

zuletzt gezahlten Prämien gewährt.<sup>198</sup> Zu klären ist auch, ob die Nachrisikoversicherung automatisch nach Vertragsbeendigung eintritt<sup>199</sup> oder ob ein Tätigwerden des Versicherungsnehmers vorausgesetzt wird. Bisweilen sehen die D&O-Versicherungen diesbezüglich vor, dass sie dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherten ein Recht einräumen, eine Nachrisikoversicherung innerhalb einer bestimmten Fristdauer (i.d.R. 30 Tage) nach Ablauf der Versicherungsdauer schriftlich beim Versicherer zu verlangen.<sup>200</sup> Wird die Mitteilungsfrist verpasst, so entfällt auch das entsprechende Recht auf eine Nachrisikoversicherung.<sup>201</sup> Darüber hinaus kann auch die Dauer der Nachhaftungszeit zwischen den einzelnen AVB variieren. In aller Regel sind Nachhaftungszeiträume zwischen einem und zwei Jahren vorgesehen.<sup>202</sup> Für welches Modell sich der Versicherer auch entschieden hat, es gilt letztlich immer Folgendes zu beachten: Die Nachhaftungszeit wird als Teil des letzten Versicherungsjahres angesehen.<sup>203</sup> Versicherungsschutz besteht daher für die gesamte Nachhaftungszeit im Rahmen und nach Massgabe der bei Ablauf des letzten Versicherungsjahres geltenden Vertragsbestimmungen, wobei Versicherungsleistungen im Umfang des noch nicht verbrauchten Teils der Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres zur Verfügung gestellt werden.<sup>204</sup> Wurde die Versicherungssumme bereits vollständig aufgebraucht, so besteht entsprechend kein Versicherungsschutz.<sup>205</sup>

Daneben erfährt das Anspruchserhebungsprinzip mit der Regelung zur Umstandsmeldung (sog. notice of circumstances) in zeitlicher Hinsicht eine weitere Erweiterung.<sup>206</sup> Dieses Regelungskonzept eröffnet der versicherten Person und dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit,<sup>207</sup> dem Versicherer konkrete Umstände zu melden, die eine Inanspruchnahme einer versicherten Person als hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen.<sup>208</sup> Dabei sehen die gängigen Bedingungswerke vor, dass die Umstandsmeldung i.d.R. innerhalb der Vertragslaufzeit zu erfolgen

---

<sup>198</sup> BECKMANN, N 111; LENZ, N 108.

<sup>199</sup> Vgl. Ziff. A5.2.1 a) AVB-AXA.

<sup>200</sup> Vgl. Ziff. A5.2.1 b) AVB-AXA; Ziff. 6.5.2 AVB-Z. – Art. 6 AVB-B sieht demgegenüber lediglich eine 10-tägige Frist vor.

<sup>201</sup> LENZ, N 108; SCHLIERENKÄMPER, S. 110.

<sup>202</sup> BECKMANN, N 113; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 169; THÜMMEL, N 466. – Teilweise kann eine entgeltliche Option zur Verlängerung der Nachhaftungsdauer vorgesehen sein (vgl. Art. 6 AVB-B; KELLER, S. 139).

<sup>203</sup> BECKMANN, N 114; KELLER, S. 139.

<sup>204</sup> Vgl. Ziff. A5.2.1 a) AVB-AXA; Art. 6 Abs. 1 AVB-B; Ziff. 6.5.1.2 AVB-Z; BECKMANN, N 114; HELD, D&O-Versicherung, N 32; LENZ, N 108; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 392; SIEG, D&O-Versicherung, N 120.

<sup>205</sup> LENZ, N 108; PITKOWITZ, N 645.

<sup>206</sup> LENZ, N 112; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 395.

<sup>207</sup> Die Meldeberechtigung muss nicht zwingend beiden zufallen. Die AVB können auch vorsehen, dass die Möglichkeit der Umstandsmeldung nur der versicherten Person oder nur dem Versicherungsnehmer zugestanden wird (SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 396).

<sup>208</sup> IHLAS, Moderne D&O, N 19.37; KELLER, S. 147; LENZ, N 112; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 396.

hat.<sup>209</sup> Die Klauseln enthalten oftmals ganz detaillierte Vorgaben, welche Informationen mindestens in einer Umstandsmeldung vorkommen müssen.<sup>210</sup> Nur falls die Meldung die individuellen Anforderungen der jeweiligen Klauseln erfüllt, liegt eine wirksame Anzeige vor. Dies hat zur Folge, dass im Falle einer tatsächlichen später erfolgten Inanspruchnahme die Anspruchserhebung (rückwirkend) als zum Zeitpunkt der Umstandsmeldung (die noch während der Vertragslaufzeit erhoben wurde) erfolgt gilt.<sup>211</sup> Der Anspruch gilt somit unter dem Blickwinkel des Anspruchserhebungsprinzips wieder als versichert.

### 3.5 Ausgeschiedene Stiftungsratsmitglieder

Bereits erörtert wurde, dass die AVB üblicherweise sämtliche ehemaligen, gegenwärtigen und zukünftigen Organmitglieder (bzw. Stiftungsräte) des Versicherungsnehmers in den versicherten Personenkreis einschliessen.<sup>212</sup> Dem Zusatz «ehemalige» kommt dabei entscheidende Bedeutung zu. Besteht nämlich dieser und scheidet ein Stiftungsratsmitglied aus dem Gremium aus, so besteht für diesen bis zum Ablauf der Versicherung des Versicherungsnehmers (infolge Nichterneuerung oder Kündigung der Versicherung) der Versicherungsschutz fort, unabhängig vom Jahr seines Ausscheidens.<sup>213</sup> Der Grund für das Ausscheiden spielt dabei keine Rolle, ausser die AVB würden ausdrücklich etwas Gegenteiliges vorsehen.<sup>214</sup> Der Versicherungsschutz erstreckt sich jedoch nur auf haftpflichtbegründete Pflichtverletzungen, die vor Amtsaustritt begangen wurden.<sup>215</sup> Falls demgegenüber die AVB die ehemaligen Organmitglieder nicht explizit bei der Umschreibung des versicherten Personenkreises erwähnen, dann endet der Versicherungsschutz grundsätzlich mit dem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat. Die AVB können aber u.U. eine spezielle Nachrisikoversicherung vorsehen, womit allenfalls das ehemalige Stiftungsratsmitglied dennoch weiterhin Schutz geniesst. Vorausgesetzt wird aber dann meist, dass das Ausscheiden aus dem Versichertenkreis aus eigenem Willen, infolge Umstrukturierung, gesundheits- oder altersbedingt erfolgt ist.<sup>216</sup>

<sup>209</sup> Vgl. Ziff. D3.1 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 2 AVB-B; Ziff. 9.7.1 AVB-Z. – Es sind aber jeweils die konkreten AVB genau anzusehen, da sich diesbezüglich auch Unterschiede ergeben können (siehe SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 396).

<sup>210</sup> Vgl. Ziff. D3.1 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 2 AVB-B; Ziff. 9.7.2 AVB-Z; HALLER, N 580; KELLER, S. 147; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 397.

<sup>211</sup> Vgl. Ziff. A3.2 AVB-AXA; Art. 5 Abs. 2 AVB-B; Ziff. 9.7.1 in fine AVB-Z; HALLER, N 578; IHLAS, Moderne D&O, N 19.37; LENZ, N 115.

<sup>212</sup> Siehe Abschnitt C.

<sup>213</sup> IHLAS, MüKo, N 156; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 151; LUTERBACHER, Verantwortlichkeit, S. 144.

<sup>214</sup> So bleiben auch jene mitversichert, die bspw. durch die Aufsichtsbehörde von der Stiftungsrats Tätigkeit abberufen wurden (vgl. Fn. 38).

<sup>215</sup> LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 151; LUTERBACHER, Verantwortlichkeit, S. 144.

<sup>216</sup> Vgl. Ziff. A5.2.1 AVB-AXA; Ziff. 6.6 AVB-Z.

## E. Einschränkungen des Versicherungsschutzes

Die AVB beinhalten zahlreiche Instrumente, mit denen die Versicherer ihre Leistungspflicht reduzieren oder gar ausschliessen wollen. Auf diese Weise soll einerseits ihr Risiko, Deckungsschutz effektiv leisten zu müssen, reduziert werden, andererseits dienen die Regelungen auch dazu, Missbrauchsfälle zu verhindern.<sup>217</sup> Diese Begrenzungen der Leistungspflicht verdienen besonderes Augenmerk, da sie letztlich die Konturen des tatsächlichen Umfangs des Versicherungsschutzes vorgeben. Der D&O-Versicherungsschutz erfährt vor allem über betragsmässige Einschränkungen, d.h. durch die Versicherungssumme und einen allfällig vereinbarten Selbstbehalt, sowie über die Serienschadenklausel und diverse Ausschlussklauseln seine Begrenzungen.

### 1. Versicherungssumme

#### 1.1 Allgemeines

Die Versicherungssumme (auch als Deckungssumme oder Deckungslimite bezeichnet) ist die im Versicherungsvertrag festgelegte betragliche Beschränkung des sachlichen Umfangs des Versicherungsschutzes.<sup>218</sup> Der Versicherer verpflichtet sich danach, seine Leistungsverpflichtungen maximal bis zu deren Höchstgrenze nachzukommen.<sup>219</sup> Die Besonderheit liegt nun darin, dass diese Limite sich nicht auf jeden einzelnen Schadenfall bezieht, sondern für alle während der einjährigen Versicherungsperiode anfallenden Versicherungsleistungen zur Verfügung steht.<sup>220</sup> Das bedeutet, dass die vereinbarte Versicherungssumme nichts anderes als eine Einmalgarantie ist bzw. eine «Jahreshöchstleistungsverpflichtung» für den Versicherer darstellt.<sup>221</sup> Jenseits dieses Höchstbetrags sind die versicherten Personen schutzlos.<sup>222</sup> Allein deswegen sollte bei der Bestimmung einer angemessenen Versicherungssumme immer auch die Anzahl des geschützten Personenkreises miteinbezogen werden, um einen angemessenen Schutz für jeden Einzelnen gewährleisten zu können.<sup>223</sup>

---

<sup>217</sup> DILLING, S. 64.

<sup>218</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 11.63; HAEHLING VON LANZENAUER, N 128; LANNER, S. 60; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 147.

<sup>219</sup> Vgl. Ziff. D1.2.1 Satz 1 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 2 Satz 1 AVB-B; Ziff. 5.2.1 AVB-Z; BECKMANN, N 90; HALLER, N 584; LANNER, S. 60; NEF, S. 185; PITKOWITZ, N 598.

<sup>220</sup> Vgl. Ziff. D1.2.2 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 2 AVB-B; Ziff. 5.2.2 AVB-Z; DILLING, S. 64 f.; HAEHLING VON LANZENAUER, N 43; LENZ, N 123; PITKOWITZ, N 599; SIEG, D&O-Versicherung, N 139. – Sog. «aggregate limit of liability» (HALLER, N 584).

<sup>221</sup> HALLER, N 584; LANNER, S. 60; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 147.

<sup>222</sup> PITKOWITZ, N 599.

<sup>223</sup> LANNER, S. 61; SIEG, D&O-Versicherung, N 139. – Für die Kalkulation der Prämien spielt jedoch auch die Versicherungssumme eine zentrale Rolle (HALLER, N 420). Die Vereinbarung einer höheren Versicherungssumme ist deshalb mit zusätzlichen Kosten für den Versicherungsnehmer verbunden. Ob der

Um allfällige Deckungslücken der Höhe nach zu kompensieren, sind in Deutschland und Österreich in «modernen Wordings» deshalb häufig Optionen zur Zweifach-Maximierung der Deckungssumme<sup>224</sup> oder die Möglichkeit einer einmaligen Wiederauffüllung der Versicherungssumme durch die Zahlung eines Prämienzuschlags vorgesehen.<sup>225</sup> IHLAS weist allerdings darauf hin, dass diese zusätzlichen vereinbarten Deckungsbausteine oftmals teurer sind als der Einkauf einer ausreichend hohen Versicherungssumme für alle versicherten Personen.<sup>226</sup>

## 1.2 Kostenanrechnungsklausel

### a) Bedeutung

Die im Rahmen des Rechtsschutzanspruchs entstehenden Kosten sind eine wahre Belastung für die Deckungssumme.<sup>227</sup> Problematisch hierbei ist, dass die Abwehrkosten nicht etwa separat zur Verfügung stehen, sondern Bestandteil der Versicherungssumme bilden.<sup>228</sup> M.a.W. werden die geleisteten Kosten an die in der Police angegebene Versicherungssumme angerechnet, womit dies zu einer Schmälerung der Versicherungssumme für eine etwaige erforderliche Schadenersatzzahlung führt.<sup>229</sup> Die Versicherungssumme als absolute Höchstentschädigungslimite kann entsprechend sowohl durch die Abwehrkosten als auch durch Schadenersatzzahlungen verbraucht werden.<sup>230</sup> Nicht selten erschöpft sich deshalb die Leistung des Versicherers auf die Begleichung ebenjener Abwehrkosten.<sup>231</sup>

### b) Vereinzelt Kritik in Deutschland

Die AGB-rechtliche Zulässigkeit dieser gängigen Praxis – geleistete Abwehrkosten an die Versicherungssumme anzurechnen – ist in Deutschland nicht unumstritten.<sup>232</sup> Mit der Entscheidung

---

Versicherungsnehmer diese für eine bessere Deckung der versicherten Personen in Kauf nehmen möchte, muss er letztlich immer selbst entscheiden. Zu den vielen Faktoren für die Bemessung der Höhe einer Versicherungssumme siehe: HALLER, N 586 und SCHLIERENKÄMPER, S. 119.

<sup>224</sup> In diesen Fällen steht die vereinbarte Versicherungssumme pro Versicherungsjahr insgesamt zweimal zur Verfügung (AICHINGER, S. 108).

<sup>225</sup> AICHINGER, S. 108; LANNER, S. 61.

<sup>226</sup> IHLAS, Moderne D&O, N 19.63.

<sup>227</sup> Einen wesentlichen Anteil machen sicherlich die Anwaltskosten aus. In grösseren und komplexeren Fällen dürften sich diese durchaus schon mal auf Millionenhöhe belaufen (PITKOWITZ, N 600).

<sup>228</sup> HAEHLING VON LANZENAUER, N 129; MANNSDORFER, S. 225.

<sup>229</sup> Vgl. Ziff. D1.1.2 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 2 AVB-B; KELLER, S. 71; MANNSDORFER, S. 225; SCHLIERENKÄMPER, S. 100.

<sup>230</sup> KELLER, S. 72; PITKOWITZ, N 600.

<sup>231</sup> MANNSDORFER, S. 225. – Zwar kann die Möglichkeit zur Vereinbarung von Abwehrkostenzusatzlimiten bestehen (vgl. Ziff. D1.2.3 AVB-AXA), womit der Versicherer für den Fall einer bereits vollständig ausgeschöpften Versicherungssumme zusätzliche Deckung für anfallende Abwehrkosten – bis zur Höhe eines zwischen den Parteien vereinbarten Betrags – gewährt (KELLER, S. 172). Doch bieten diese Zusatzlimiten nur trügerischen Schutz, da sie oftmals schnell ausgeschöpft sind und zudem nicht für die Schadenersatzzahlungen gebraucht werden können (KELLER, S. 172).

<sup>232</sup> Kritisch insbesondere TERNÖ, S. 577 ff.; a.M. statt vieler: IHLAS, MüKo, N 512 ff.

des OLG Frankfurt am Main vom 9. Juni 2011 wurde sogar die Wirksamkeit einer entsprechenden Kostenanrechnungsklausel<sup>233</sup> erstmals von einem deutschen Obergericht verneint.<sup>234</sup> Als Argumente<sup>235</sup> bringen die Gegner insbesondere hervor, dass eine Kostenanrechnungsklausel intransparent und daher inhaltlich unangemessen sei, weil es für den Versicherten nicht möglich sei abzuschätzen, wie hoch die anzurechnenden Kosten ausfallen würden. Entsprechend sei der Versicherte auch nicht in der Lage, den Betrag auszurechnen, der nach Abzug der Kosten als «Nettoversicherungssumme» verbleibe.<sup>236</sup> Allfällige Deckungslücken, die durch die Kostenanrechnungsklausel entstehen, könnte er damit schlicht nicht erkennen.<sup>237</sup> Kommt hinzu, dass die Klausel den Versicherten auch unangemessen benachteiligen würde. So stünde es im freien Ermessen des Versicherers, zu entscheiden, ob überhaupt Abwehrkosten entstehen.<sup>238</sup> Der Versicherte hat auf die Entscheidung des Versicherers, ob er Rechtsschutz- oder doch Befreiungsdeckung gewähren möchte, nämlich kaum Einflussmöglichkeiten.<sup>239</sup> Ausserdem widerspreche eine solche Klausel dem wesentlichen Grundgedanken der Haftpflichtversicherung, wonach versicherte Personen von Schadenersatzansprüchen freizustellen sowie unberechtigte Ansprüche abzuwehren seien.<sup>240</sup> Falls die Kosten an die Versicherungssumme angerechnet würden, dann bestünde die Gefahr, dass eines der Hauptleistungsversprechen des Versicherers, der Befreiungsanspruch, ausgehöhlt werden würde, womit diese Art der Leistungspflicht des Versicherers im Einzelfall gar nicht zum Tragen kommen würde.<sup>241</sup>

### c) *Stellungnahme*

Zunächst gilt es zu klären, ob die Kostenanrechnungsklausel nicht bereits an den Hürden der Konsenskontrolle scheitert.<sup>242</sup> Im Versicherungsbereich stellt die Globalübernahme von AVB

<sup>233</sup> Konkret enthielten die AVB eine Klausel, wonach in der Versicherungssumme u.a. Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen- und Gerichtskosten enthalten sind.

<sup>234</sup> OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 09.06.2011, Az. 7 U 127/09.

<sup>235</sup> Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich zwar auf LENZ und SEITZ/FINKEL/KLIMKE. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die Ansichten der Autoren, sondern sie tragen lediglich die Argumente der Gegenseite in konziser Weise zusammen.

<sup>236</sup> LENZ, N 128.

<sup>237</sup> Vgl. LENZ, N 128; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431 f.

<sup>238</sup> LENZ, N 128; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431.

<sup>239</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431.

<sup>240</sup> LÜCKE, KuKo, N 33 zu § 101 D-VVG; siehe auch LENZ, N 130 und SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 430 f. – Hierbei gilt es zu beachten, dass das deutsche Versicherungsvertragsrecht, im Gegensatz zum schweizerischen Modell, mit § 101 Abs. 2 Satz 1 D-VVG eine dahingehende (dispositive) Regelung für die Haftpflichtversicherung kennt. Danach ist der Versicherer verpflichtet, die Kosten eines auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreits und die Kosten der Verteidigung dem Versicherungsnehmer auch dann zu ersetzen, wenn diese zusammen mit der Schadenersatzzahlung die Versicherungssumme übersteigen.

<sup>241</sup> LÜCKE, KuKo, N 33 zu § 101 D-VVG; TERNO, S. 581.

<sup>242</sup> «Keine Geltung ohne Übernahme» (FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128).

die Regel dar und wird entsprechend vermutet.<sup>243</sup> Deren Geltung wird gemäss Rechtsprechung durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt.<sup>244</sup> Danach sind von der global erklärten Zustimmung der AVB all jene ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, mit deren Vorhandensein die Vertragspartei nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.<sup>245</sup> Bei den Kostenanrechnungsklauseln steht jedoch m.E. bereits die weltweite Branchenüblichkeit einem solchen «Überraschungseffekt» entgegen.<sup>246</sup> Natürlich könnte man dem entgegen, dass für einen Branchenfremden bereits branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein können.<sup>247</sup> Damit aber die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt, müsste die fragliche Klausel auch objektiv betrachtet einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen.<sup>248</sup> Worin der geschäftsfremde Inhalt bei einer simplen Kostenanrechnungsklausel zu erblicken wäre, erschliesst sich nicht. Da die Auslegung klar ist, geht es entsprechend vielmehr um die Frage, ob die Kostenanrechnungsklausel inhaltlich betrachtet als unangemessen und unbillig erscheint.<sup>249</sup> Für einen solchen Entscheid muss jedoch – und diesen Schritt übergehen m.E. die Kritiker – auch die Interessenlage des Versicherers hinreichend berücksichtigt werden.

Die Intention des Versicherers liegt unbestrittenermassen darin, dass dieser durch die Anrechnung der Abwehrkosten in die Versicherungssumme sein Versicherungsrisiko kalkulierbar halten möchte.<sup>250</sup> Ein solches Interesse hat durchaus seine Daseinsberechtigung. Ohne eine Kostenanrechnungsklausel könnte die D&O-Versicherung von den Versicherern entweder gar nicht mehr wirtschaftlich angeboten werden oder dann nur zu horrend höheren Prämien.<sup>251</sup> Es liefe klar dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, wenn der Versicherer gegebenenfalls zu einer unbegrenzten Kostentragungspflicht der Abwehrkosten verpflichtet werden würde, ohne dass dies

---

<sup>243</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.28. – Behauptet der Versicherer demgegenüber, dass die Partei den gesamten Inhalt der AVB im Einzelnen gelesen sowie die inhaltliche Bedeutung und Tragweite auch ungewöhnlicher Klauseln verstanden hat (also eine Vollübernahme der Vertragspartei vorliegt), so trägt er hierfür die Beweislast (FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.28).

<sup>244</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1. S. 412; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; Urteil des BGer 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.1.

<sup>245</sup> Urteil des BGer 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3; FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.35; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136; LANDOLT/WEBER, S. 37.

<sup>246</sup> G.I.M. SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 429; TERNO, S. 578.

<sup>247</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.41; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136; LANDOLT/WEBER, S. 38.

<sup>248</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1. S. 412 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.42; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1138; LANDOLT/WEBER, S. 38.

<sup>249</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.84; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1146. – Die Frage, ob eine offene Inhaltskontrolle überhaupt möglich ist, soll hier nicht weiter thematisiert werden. Die Lehre fordert (zu Recht) schon seit Längerem eine generelle (auf allgemeine privatrechtliche Grundsätze abgestützte) Inhaltskontrolle für AGB. Das Bundesgericht hat sich hierzu jedoch noch nicht durchringen können (m.w.H. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.83 ff. sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1146 ff.).

<sup>250</sup> BECKMANN, N 91; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 432.

<sup>251</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 432; vgl. auch LENZ, N 133.

auf der Prämien­seite Honorierung fände.<sup>252</sup> Damit ist aber dem Versicherungsnehmer nicht ge­holfen, da dieser durchaus ein Interesse an einer bezahlbaren Prämie hat.<sup>253</sup>

Dass im Einzelfall aufgrund der Kostenanrechnung die gesamte Versicherungssumme bereits aufgezehrt ist und infolgedessen der eingetretene Schaden selbst nicht mehr vom Versiche­rungsschutz erfasst ist, mag unbefriedigend erscheinen.<sup>254</sup> Damit jedoch die Zulässigkeit der Kostenanrechnungsklauseln infrage stellen zu wollen, ist widersinnig. Denn ob die Versiche­rungssumme nun neben den Abwehrkosten auch für die Schadenersatzzahlung ausreicht, ist eine Frage der ausreichenden Versicherungssumme und nicht der Kostenanrechnungsklausel.<sup>255</sup> Die D&O-Versicherer bieten bereits heute hohe Versicherungssummen an. Dabei hat es der Versicherungsnehmer beim Abschluss des D&O-Vertrags selbst in der Hand, eine ausreichend hohe Deckungssumme zu beantragen.<sup>256</sup> Da der Versicherungsnehmer seine Risikosphäre bes­ser kennt als der Versicherer und somit auch besser in der Lage ist, die potenziellen Abwehrri­siken zu eruieren, ist dies durchaus sachgemäss.<sup>257</sup> Ferner existiert keine gesetzliche Bestim­mung, wonach ein durch die versicherte Person verursachter Schaden zwingend in voller Höhe durch den Versicherer zu ersetzen wäre. Vielmehr liegt ein typisches Risiko für die Versicher­ten vor, ob die Deckungslimite – aus welchen Gründen auch immer – bereits aufgebraucht wurde oder noch für allfällige Schadenersatzzahlungen zur Verfügung steht.<sup>258</sup> Die Verantwor­tung für eine auskömmliche Versicherungssumme liegt in der Sphäre des Versicherungsneh­mers und darf nicht «über die Hintertür des AGB-Rechts» dem Versicherer umgehängt wer­den.<sup>259</sup>

Die Argumente der Gegenseite vermögen deswegen nicht überzeugen. Die Tatsache, dass für die Versicherten die Höhe der Abwehrkosten nicht bereits im Voraus erkennbar ist, darf nicht dazu führen, dass der Versicherer für allenfalls uferlose Abwehrkosten einzustehen hat. Der Zweck einer Versicherungssumme ist es gerade, dass eine für alle Vertragsparteien erkennbare obere Leistungsgrenze festgelegt wird. Insofern kann kein Zweifel bestehen, dass Kostenan­rechnungsklauseln AGB-rechtlich zulässig sind.<sup>260</sup>

---

<sup>252</sup> Vgl. IHLAS, MüKo, N 522 f.

<sup>253</sup> Vgl. IHLAS, MüKo, N 523.

<sup>254</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431.

<sup>255</sup> IHLAS, MüKo, N 524.

<sup>256</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431.

<sup>257</sup> Vgl. SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431.

<sup>258</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 431 f.

<sup>259</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 432.

<sup>260</sup> Gl.M. IHLAS, MüKo, N 520 ff.; LENZ, N 128 ff.; m.w.H. SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 430.

### 1.3 Verteilung einer unzureichenden Versicherungssumme

#### a) Problemstellung

Wie bereits erläutert, bestimmt die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Versicherungssumme den zu leistenden Höchstbetrag des Versicherers. Ist in der Police also z.B. eine Versicherungssumme von fünf Millionen Franken festgelegt, so sind die Leistungen des Versicherers insgesamt für die Versicherungsperiode auf fünf Millionen Franken begrenzt. Alles, was über dieser Fünf-Millionen-Franken-Limite liegt, muss die versicherte Person aus dem eigenen Privatvermögen begleichen. Dies führt dann nicht zu weiteren Fragestellungen, wenn lediglich gegen eine versicherte Person innerhalb der Versicherungsperiode eine Inanspruchnahme erfolgt. Kompliziert wird es erst, wenn mehrere versicherte Personen innerhalb einer Versicherungsperiode von der Versicherungssumme Befriedigung erlangen möchten und diese (voraussichtlich) nicht für alle begründeten Deckungsansprüche (d.h. Übernahme sämtlicher Abwehrkosten und/oder Schadenersatzzahlungen) ausreicht.<sup>261</sup> Die Versicherungssumme ist nicht individualisiert, sondern steht für alle versicherten Personen nur einmal pro Versicherungsperiode zur Verfügung.<sup>262</sup> In solchen Fällen stellt sich zwangsläufig die Frage, wie die Verteilung der nicht ausreichenden Versicherungssumme unter den versicherten Personen vorgenommen werden muss.<sup>263</sup> Im Vorliegenden Kontext sind konkret zwei Sachverhaltskonstellationen relevant, in denen die Versicherungssumme überschritten werden kann: (1) Mehrere versicherte Personen werden gemeinsam aufgrund eines Schadenfalls vom Versicherungsnehmer in Anspruch genommen<sup>264</sup> oder (2) mehrere versicherte Personen<sup>264</sup> werden aufgrund mehrerer voneinander unabhängiger<sup>265</sup> Schadenfälle vom Versicherungsnehmer in Anspruch genommen.<sup>266</sup>

---

<sup>261</sup> LANGE, Versicherungssumme, S. 1413. – In der Praxis wird sicherlich die Hauptschwierigkeit für den Versicherer darin bestehen, eine Kostenüberschreitung vorherzusehen. Zu Beginn eines Schadenfalls steht oftmals nicht fest, wie hoch der Schaden effektiv ausfällt, insbesondere welche Anwaltskosten zu erwarten sind (PEPPERSACK, S. 119). Nach PEPPERSACK sollte der Versicherer deshalb spätestens vor einer anzuweisenden Zahlung feststellen, ob die verfügbare Versicherungssumme für die Kosten der derzeitigen und künftigen Schadenersatzforderungen ausreicht, andernfalls muss er wenigstens einen Teil der Versicherungssumme zurückbehalten (PEPPERSACK, S. 119 f.).

<sup>262</sup> HALLER, N 587; LANNER, S. 61; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 148.

<sup>263</sup> Vgl. KELLER, S. 168; LANGE, Versicherungssumme, S. 1416; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 426.

<sup>264</sup> Beispiel: In der Versicherungsperiode 2020 beträgt die Versicherungssumme fünf Millionen Franken. Im August 2020 erhebt die Vorsorgeeinrichtung eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 52 BVG gegen den gesamten Stiftungsrat (Solidarschuldner) wegen angeblicher Pflichtverletzung im Zusammenhang mit einem fehlerhaften Anlageentscheid in Höhe von 50 Millionen Franken. Es wird dem Stiftungsrat vorgeworfen, er sei zu hohe Risiken mit den Vorsorgegeldern der Versicherten eingegangen.

<sup>265</sup> Sie können mithin nicht unter Zuhilfenahme einer bestehenden Serienschadensklausel als ein einheitlicher Schadenfall zusammengefasst werden (siehe KELLER, S. 179).

<sup>266</sup> Beispiel: In der Versicherungsperiode 2020 beträgt die Versicherungssumme fünf Millionen Franken. Im Januar 2020 wird ein Mitglied des Stiftungsrats der Vorsorgeeinrichtung von dieser nach Art. 52 BVG wegen angeblicher Pflichtverletzung auf Schadenersatz in Höhe von zwei Millionen Franken in Anspruch genommen. Den übrigen Mitgliedern des Stiftungsrats kann kein Verschulden nachgewiesen werden. Im

Erschwerend in diesem Zusammenhang ist, dass sich zu dieser Verteilungsproblematik nichts aus den auf dem Markt befindlichen AVB entnehmen lässt.<sup>267</sup> Diese Vertragslücke muss deshalb im Wege der Vertragsergänzung gefüllt werden, wobei eine dahingehende explizite dispositive Regelung im Gesetz fehlt.<sup>268</sup> Die deutsche Lehre hat sich in jüngster Zeit vermehrt mit dieser Problematik auseinandergesetzt.<sup>269</sup> Hierbei haben sich im Schrifttum im Wesentlichen vier Möglichkeiten zur Verteilung einer insuffizienten Versicherungssumme auf mehrere versicherte Personen entwickelt,<sup>270</sup> die nachfolgend dargestellt und im Hinblick auf die beiden Sachverhaltskonstellationen auf ihre Eignung untersucht werden.

### *b) Proportionalitätsprinzip*

Ein nicht zu vernachlässigender Teil der deutschen Literatur geht von einer Verteilung nach dem Proportionalitätsprinzip – welcher sich aus einer analogen Anwendung des § 109 D-VVG bzw. aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben soll<sup>271</sup> – aus.<sup>272</sup> Danach soll die insuffiziente Versicherungssumme quotenmässig auf alle versicherten Personen verteilt werden.<sup>273</sup> Welche Quote einer versicherten Person zukommt, soll sich an der Höhe der voraussichtlichen Belastung der versicherten Person ausrichten.<sup>274</sup> Eine solche Vorgehensweise erscheint laut den Befürwortern am sachgerechtesten und entspreche am ehesten der Interessenlage der versicherten Personen.<sup>275</sup>

Es sprechen jedoch sowohl praktische Gründe in der Koordination der Schadenabwicklung wie auch Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungsgedanken gegen die Anwendung des Proportionalitätsprinzips. Der Versicherer wäre bei der Vornahme seiner Leistungen nicht nur verpflichtet,

---

Juni 2020 erhebt die Vorsorgeeinrichtung nach Art. 52 BVG wegen einer anderen angeblichen Pflichtverletzung einen Schadenersatzanspruch in Höhe von drei Millionen Franken gegen ein anderes Mitglied des Stiftungsrats. Wiederum trifft die übrigen Mitglieder des Stiftungsrats kein Verschulden. Schliesslich erfolgt im November 2020 eine Verantwortlichkeitsklage gestützt auf Art. 52 BVG gegen den gesamten Stiftungsrat wegen pflichtwidriger Verursachung eines Schadens in Höhe von 45 Millionen Franken, welche auf eine andere Pflichtverletzung als die im Januar und im Juni zurückzuführen ist. Die Gesamtsumme der Ansprüche beträgt auch in diesem (theoretischen) Fallbeispiel 50 Millionen Franken, wohingegen die Versicherungssumme nur bei 5 Millionen Franken liegt.

<sup>267</sup> KELLER, S. 169; LANGE, Versicherungssumme, S. 1415; PEPPERSACK, S. 119.

<sup>268</sup> Das VVG erwähnt lediglich in Art. 69 Abs. 2 VVG für Sachversicherungen, die als Vollwertversicherung ausgestaltet sind, wie die Kürzung im Falle einer Unterversicherung zu erfolgen hat (hierzu FUHRER, Privatversicherungsrecht, S. 11.64 ff.).

<sup>269</sup> M.w.H. PEPPERSACK, S. 118 und Fn. 1.

<sup>270</sup> PEPPERSACK, S. 120.

<sup>271</sup> Es besteht eine gewisse Uneinigkeit darüber, woraus sich dieser Verteilungsansatz letztlich ableitet (vgl. KOCH, S. 1470 f.; LANGE, Versicherungssumme, S. 1418 ff.).

<sup>272</sup> M.w.H. PEPPERSACK, S. 120 und Fn. 34.

<sup>273</sup> KELLER, S. 180.

<sup>274</sup> Ausführlich zur Bemessung der Quote: KELLER, S. 181 f.

<sup>275</sup> So KOCH, S. 1475; Lenz, N 124.

die Anzahl der versicherten Personen verbindlich festzulegen, sondern er müsste zudem für jeden Einzelnen eine individuelle Quote bilden, die sich an der Höhe der voraussichtlichen Abwehr- und Entschädigungskosten auszurichten hat.<sup>276</sup> Für jede versicherte Person hätte er abzuschätzen, wie hoch die Anwaltskosten zur Anspruchsabwehr voraussichtlich ausfallen werden und in welcher Höhe der gegen die jeweilige versicherte Person geltend gemachte Schadenersatzanspruch letztlich begründet sein wird.<sup>277</sup> KELLER weist zu Recht darauf hin, dass dies der Versicherer in der Praxis nicht zu leisten vermag.<sup>278</sup> Andererseits führt das Proportionalitätsprinzip zu der widersinnigen Folge, dass jene bevorzugt werden, die den grössten Schaden oder die grössten (Anwalts-)Kosten verursacht haben. Ihnen würden unter dem Proportionalitätsprinzip die grössten Quoten und somit grössere Anteile an der Versicherungssumme zufallen.<sup>279</sup> Ob dies im Interesse aller versicherten Personen ist, kann deshalb stark in Zweifel gezogen werden. Aufgrund dessen ist die Vorgehensweise nach dem Proportionalitätsprinzip bei der Verteilung einer unzureichenden Versicherungssumme strikt abzulehnen.<sup>280</sup>

### *c) Prioritätsprinzip*

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Verteilung nach einem zeitlichen Kriterium vorzunehmen.<sup>281</sup> Liegen mehrere Schadenfälle vor (2. Sachverhaltskonstellation), dann soll sich die Verteilung nach der Reihenfolge der zeitlichen Inanspruchnahme richten.<sup>282</sup> Es käme also ausschliesslich darauf an, wann welche versicherte Person in Anspruch genommen worden ist.<sup>283</sup> Derjenige, der als Erster im Laufe der Versicherungsperiode in Anspruch genommen wurde, hat entsprechend vorrangig Zugriff auf die Versicherungssumme.<sup>284</sup> Dies kann dazu führen, dass der Versicherer für zeitlich nachfolgende Inanspruchnahmen keine Leistungen mehr schuldet, da die Versicherungssumme bereits aufgebraucht ist.<sup>285</sup> Ein Verteilungsproblem stellt sich bei der Anwendung des Prioritätsprinzips dann gar nicht mehr.<sup>286</sup>

Die Anwendung des Prioritätsprinzips bei Vorliegen mehrerer Schadenfälle verdient m.E. volle

---

<sup>276</sup> KELLER, S. 183.

<sup>277</sup> KELLER, S. 183 f.

<sup>278</sup> KELLER, S. 184.

<sup>279</sup> ARMBRÜSTER, VersR, S. 6; KELLER, S. 184.

<sup>280</sup> So auch ARMBRÜSTER, VersR, S. 1 ff.; KELLER, S. 184; a.M.: KOCH, S. 1469 ff.; Lenz, N 124.

<sup>281</sup> KELLER, S. 176; PEPPERSACK, S. 121.

<sup>282</sup> KELLER, S. 176.

<sup>283</sup> Unter der Prämisse natürlich, dass diese dann dem Versicherer auch angezeigt werden (vgl. IHLAS, MüKo, N 545).

<sup>284</sup> KELLER, S. 177.

<sup>285</sup> ARMBRÜSTER, VersR, S. 5; PEPPERSACK, S. 121. – ARMBRÜSTER spricht davon, dass der Versicherer dann den Erschöpfungseinwand erheben kann (ARMBRÜSTER, VersR, S. 5).

<sup>286</sup> ARMBRÜSTER, VersR, S. 5; PEPPERSACK, S. 121.

Zustimmung. Es ist hierbei weniger entscheidend, dass sich in dieser Konstellation die Verteilungsproblematik gar nicht stellt. Vielmehr wird mit der Verteilung nach dem Prioritätsprinzip der den Versicherungsbedingungen innewohnende Gedanke des Anspruchserhebungsprinzips genügend berücksichtigt, wonach die Leistungspflicht des Versicherers zum Zeitpunkt entsteht, in dem erstmals gegen eine versicherte Person ein Schadenersatzanspruch gestellt wird.<sup>287</sup> Dem kann auch nicht mit Argumenten entgegengehalten werden, dass eine «Alles-oder-nichts-Situation» für die versicherten Personen entsteht, welche nicht in ihrem Interesse sein kann.<sup>288</sup> LANGE weist zutreffend darauf hin, dass nicht das Prioritätsprinzip das Problem darstellt, sondern eine zu tiefe vereinbarte Versicherungssumme zur Situation führen kann, dass gewisse versicherte Personen allenfalls «komplett leer» ausgehen.<sup>289</sup>

Hingegen kann das Prioritätsprinzip vernünftigerweise nicht in jenem Fall angewendet werden, in dem mehrere versicherte Personen gemeinsam für einen Schadenfall von einem Anspruchsteller in Anspruch genommen werden (1. Sachverhaltskonstellation), da in dieser Konstellation die Leistungsansprüche der versicherten Personen gegenüber dem Versicherer im gleichen Zeitpunkt entstehen.<sup>290</sup> Freilich liesse sich etwa bei der Begleichung der Abwehrkosten denken, dass diese nach der Reihenfolge des zeitlichen Eingangs beim Versicherer beglichen werden und somit diesbezüglich das Prioritätsprinzip doch zur Anwendung gelangt. Dies würde jedoch zu einem regelrechten Wettlauf um die Abwehrkosten führen und wohl klar den Interessen aller versicherten Personen zuwiderlaufen.<sup>291</sup> Es darf nicht sein, dass derjenige von der Versicherungssumme am meisten profitiert, der einfach am schnellsten Abwehrkosten produziert und diese als Erster (z.B. auch über Vorschussrechnungen) abrechnet.<sup>292</sup> Das Prioritätsprinzip erweist sich deswegen als untauglicher Verteilungsmechanismus, wenn nur ein Schadenfall vorliegt.<sup>293</sup>

#### *d) Kopfprinzip*

Gerade in Fällen, in denen gleichzeitig mehrere versicherte Personen aufgrund eines Schadenfalls von einem Anspruchsteller in Anspruch genommen werden (1. Sachverhaltskonstellation),

---

<sup>287</sup> Im Ergebnis auch ARMBRÜSTER, VersR, S. 5 f.; KELLER, S. 179; LANGE, Versicherungssumme S. 1416 ff.; a.M.: GROOTERHORST/LOOMAN, S. 161 f.; KOCH, S. 1474 f.

<sup>288</sup> So aber GROOTERHORST/LOOMAN, S. 161 f.

<sup>289</sup> LANGE, Versicherungssumme, S. 1417.

<sup>290</sup> Siehe auch ARMBRÜSTER, VersR, S. 5 f.; LANGE, Versicherungssumme, S. 1422.

<sup>291</sup> KELLER, S. 191; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 426.

<sup>292</sup> SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 426. – In diesem Zusammenhang ist der Vorwurf von GROOTERHORST/LOOMAN, das Prioritätsprinzip führe zu einer «Alles-oder-nichts-Situation», also durchaus berechtigt (vgl. GROOTERHORST/LOOMAN, S. 161).

<sup>293</sup> So auch ARMBRÜSTER, VersR, S. 6; KELLER, S. 191; LANGE, Versicherungssumme, S. 1422.

sprechen m.E. gute Gründe für die Verteilung nach dem Kopfprinzip. Nach dieser Verteilungsart ist eine Versicherungssumme gleichmässig zu gleichen Teilen («nach Köpfen») unter den in Anspruch genommenen versicherten Personen zu verteilen.<sup>294</sup> Damit wird einerseits sichergestellt, dass nicht denjenigen der meisten Nutzen an der Versicherungssumme zukommt, die den grössten Schaden bzw. die meisten Abwehrkosten angehäuft haben.<sup>295</sup> Andererseits besteht hier nicht das Risiko, dass gewisse versicherte Personen komplett leer ausgehen, sondern es wird zumindest jedem ein Anteil an der Versicherungssumme und damit am D&O-Versicherungsschutz gewährt.<sup>296</sup> Dies ist bereits aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten zu begrüssen. Die Verteilung nach dem Kopfprinzip spiegelt auch das Innenverhältnis der Solidarschuldner wieder, wonach jeder einen gleichen Teil an der Schadenersatzzahlung zu übernehmen hat (vgl. Art. 148 OR). Zudem sprechen auch praktische Gründe bei der Koordination der Schadenabwicklung für diese Vorgehensweise; der Versicherer benötigt nämlich nur die Anzahl der in Anspruch genommenen versicherten Personen, um die Kopf-Quote zu bilden, womit sich eine mühsame Schätzung der voraussichtlichen Abwehr- und Entschädigungskosten für jeden Einzelnen – wie dies beim Proportionalitätsprinzip der Fall wäre – erübrigt.<sup>297</sup> Dementsprechend entspricht das Kopfprinzip am ehesten dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien, wenn lediglich ein Schadenfall vorliegt.<sup>298</sup>

Liegen mehrere Schadenfälle vor, dann hat die Verteilung dagegen nach dem Prioritätsprinzip zu erfolgen, was – wie bereits unter c) aufgeführt – dem in der D&O-Versicherung innewohnenden Gedanken des Anspruchserhebungsprinzips Rechnung trägt. Wollen die Parteien dage-

---

<sup>294</sup> HAEHLING VON LANZENAUER, N 130; KELLER, S. 184; PEPPERSACK, S. 121. – M.a.W. hat jede versicherte Person Anspruch auf einen gleich grossen Anteil an der gesamten Versicherungssumme.

<sup>295</sup> ARMBRÜSTER, VersR, S. 6; KELLER, S. 185; PEPPERSACK, S. 121. – Die Gegenseite erblickt gerade darin eine Ungleichbehandlung. So sei eine Verteilung nach dem Kopfprinzip abzulehnen, da sie nicht diejenigen Fälle mitberücksichtige, in denen unterschiedliche Verantwortlichkeiten und Beteiligungsgrade der Beteiligten vorlägen (GROOTERHORST/LOOMAN, S. 162; LANGE, Versicherungssumme, S. 1423). Gerade der Verteidigungsaufwand ist für denjenigen höher, der bspw. als «Haupttäter» angegriffen wird, womit jener u.U. massive Abschläge bei der Erstattung der Abwehrkosten hinnehmen müsste, was nicht sachgerecht sei und folglich nicht dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen könne (GROOTERHORST/LOOMAN, S. 162; LANGE, Versicherungssumme, S. 1423; im Ergebnis auch KOCH, S. 1475 f.). M.E. ist es jedoch etwas widersinnig, von einer Person oder wenigen Personen auf den hypothetischen Willen sämtlicher Parteien schliessen zu wollen. Eine gleichmässige Verteilung der insuffizienten Versicherungssumme dürfte viel eher dem Willen aller entsprechen, da diese bei Bestehen einer Versicherung in aller Regel zumindest die Erwartungshaltung haben, dass ihnen im Ernstfall ein wenig Schutz zukommt.

<sup>296</sup> So auch ARMBRÜSTER, VersR, S. 6; KELLER, S. 185.

<sup>297</sup> KELLER, S. 189.

<sup>298</sup> Hat eine versicherte Person ihre zugewiesene Versicherungssumme nicht vollständig beansprucht, dann wird der nicht beanspruchte Teil der Versicherungssumme auf die übrigen versicherten Personen – wiederum nach Köpfen – verteilt (KELLER, S. 189 f.; PEPPERSACK, S. 121). Es wäre unzulässig, wenn der Versicherer diesen überschüssigen Teil zurückbehalten würde (PEPPERSACK, S. 121).

gen, dass das Kopfprinzip zur Anwendung gelangt, so haben sie eine ausdrückliche Vereinbarung dahingehend zu treffen.

### e) *Beliebensprinzip*

Der Vollständigkeit halber sei hier noch das Beliebensprinzip erwähnt. Bei diesem Verteilungsprinzip hat der Versicherer eine Art Wahlrecht, sodass dieser selbst festlegen kann, an wen und in welcher Höhe Leistungen vorgenommen werden.<sup>299</sup> Nach LANGE hätte der Versicherer so einen besseren Spielraum für einzelfallgerechtere Verteilungslösungen.<sup>300</sup> Einer Benachteiligung der Beteiligten würde – nach seiner Ansicht – durch den Grundsatz von Treu und Glauben Einhalt geboten, der den Versicherer zu einer gerechten Aufteilung der insuffizienten Versicherungssumme mahnt.<sup>301</sup> Zu Recht wird in der Literatur jedoch geltend gemacht, dass das Beliebensprinzip viel zu weit geht und letztlich zu Ergebnissen führt, die nicht im Interesse der Beteiligten sein können.<sup>302</sup>

## 2. *Selbstbehalt*

Je nach Ausgestaltung der AVB kann ein Selbstbehalt vorgesehen sein.<sup>303</sup> Der Selbstbehalt führt dazu, dass entweder der Versicherungsnehmer oder die in Anspruch genommenen versicherten Personen – je nachdem welche Selbstbehaltsvariante in der AVB vorliegt<sup>304</sup> – bis zu einem vereinbarten Höchstbetrag einen Anteil am Schaden bzw. an den entstehenden Kosten selbst tragen.<sup>305</sup> Die Höhe des Selbstbehalts ist indes meist nicht in den AVB geregelt, sondern wird in der Police dokumentiert.<sup>306</sup> Die Selbstbeteiligung kann dort mit einem fixen Betrag oder in Form eines Prozentsatzes festgesetzt sein.<sup>307</sup>

Sinn und Zweck eines Selbstbehalts ist die Vermeidung von Bagatellschäden, bei denen der Aufwand der Schadenbearbeitung des Versicherers in keinem adäquaten Verhältnis zu den erhobenen Schadenersatzansprüchen steht.<sup>308</sup> Der Versicherer schuldet daher erst seine Versiche-

---

<sup>299</sup> PEPPERSACK, S. 121.

<sup>300</sup> LANGE, Versicherungssumme, S. 1423.

<sup>301</sup> LANGE, Versicherungssumme, S. 1422.

<sup>302</sup> Siehe ARMBRÜSTER, VersR, S. 5; KOCH, S. 1745 f.; PEPPERSACK, S. 121.

<sup>303</sup> Vgl. Ziff. D2 AVB-AXA; Art. 4 AVB-B; Ziff. 5.3 AVB-Z; SIEG, D&O-Versicherung, N 143.

<sup>304</sup> Beachte jedoch die (berechtigte) Anmerkung von LUTERBACHER, der die Zulässigkeit eines Selbstbehalts zulasten der versicherten Personen für fraglich hält (LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 166).

<sup>305</sup> SIEG, D&O-Versicherung, N 143; vgl. auch LANDOLT/WEBER, S. 89. – NEF formuliert dies plastisch: *«Man berücksichtigt ihn [den Selbstbehalt] quasi *am Sockel*, wogegen die Versicherungssumme die Leistung *(in der Höhe) begrenzt*»* (NEF, S. 185).

<sup>306</sup> BECKMANN, N 96.

<sup>307</sup> FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 117; LANDOLT/Weber, S. 89; NEF, S. 185.

<sup>308</sup> BECKMANN, N 96; SIEG, D&O-Versicherung, N 144. – Daneben wird dem Selbstbehalt eine präventive Wirkung zugesprochen. So schaffe der Selbstbehalt den versicherten Personen ein Anreiz zur Haftungs-

rungsleistungen, wenn die Ansprüche den Selbstbehalt übersteigen.<sup>309</sup>

### 3. Serienschadenklausel

#### 3.1 Bedeutung

Zu den typischen Klauseln, die üblicherweise in den AVB der D&O-Versicherung enthalten sind, gehört die Serienschadenklausel.<sup>310</sup> Bei der Serienschadenklausel werden mehrere geltend gemachte Schadenersatzansprüche eines oder mehrerer Anspruchsteller unter Zuhilfenahme einer Fiktion zu einem Anspruch zusammengefasst (Verklammerung).<sup>311</sup> M.a.W. soll unter bestimmten Voraussetzungen so getan werden, als ob nur eine Anspruchserhebung erfolgt wäre, obwohl tatsächlich mehrere Schadenersatzansprüche gestellt sind.<sup>312</sup> Dabei gilt der so zusammengefasste Anspruch als in dem Zeitpunkt eingetreten, in dem die erste Inanspruchnahme gegen eine versicherte Person erfolgt ist.<sup>313</sup> Damit fallen alle erhobenen Ansprüche unter die gleiche Versicherungsperiode.<sup>314</sup> Dies bewirkt, dass der Versicherer die Versicherungssumme nur einmal zur Verfügung stellen muss, womit im Endeffekt die Leistungspflicht des Versicherers deutlich beschränkt wird.<sup>315</sup>

#### 3.2 AGB-rechtliche Zulässigkeit der Serienschadenklausel?

«Die» Serienschadenklausel gibt es nicht.<sup>316</sup> Die Ausgestaltung einer solchen Klausel kann durchaus stark zwischen den verschiedenen AVB der Versicherer variieren.<sup>317</sup> Häufig wird ein

---

vermeidung, da sie sonst im Schadenfall einen substanziellen Betrag selber bezahlen müssten. Ob der Selbstbehalt diese Wirkung wirklich erzielt, wird stark bezweifelt (vgl. FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 117 f.; SIEG, D&O-Versicherung, N 144).

<sup>309</sup> HALLER, N 434.

<sup>310</sup> Vgl. Ziff. D1.2.1 i.V.m. Ziff. E5 AVB-AXA; Art. 3 Abs. 3 AVB-B; Ziff. 6.3 AVB-Z; BANDLE, N 710; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 149; SCHLIERENKÄMPER, S. 120.

<sup>311</sup> LANNER, S. 61; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 149.

<sup>312</sup> Siehe LANGE, Serienschadenklausel, S. 563 ff.

<sup>313</sup> HALLER, N 591; LENZ, N 153; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 149.

<sup>314</sup> LENZ, N 156; SCHLIERENKÄMPER, S. 121.

<sup>315</sup> LANNER, S. 62; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 149; SCHLIERENKÄMPER, S. 121; ausführlich zu den positiven und negativen Auswirkungen einer Serienschadenklausel: LANGE, Serienschadenklausel, S. 563 ff. – Beispiel: Die Vorsorgeeinrichtung hat für den Stiftungsrat eine D&O-Versicherung mit einer maximalen Versicherungssumme pro versicherter Periode in Höhe von 10 Millionen Franken abgeschlossen. Zwei Stiftungsratsmitglieder begehen nun versicherte Pflichtverletzungen. Der Vorsorgeeinrichtung entsteht ein Schaden in Höhe von 20 Millionen Franken. Die Vorsorgeeinrichtung nimmt innerhalb der Versicherungsperiode 2018 zunächst Mitglied 1 auf Schadenersatz in Anspruch. In der folgenden Versicherungsperiode 2019 erfolgt auch die Inanspruchnahme von Mitglied 2. Da die Inanspruchnahmen in verschiedenen Versicherungsperioden fallen, müsste der Versicherer, falls keine Serienschadenklausel in den AVB enthalten ist, jeweils für Mitglied 1 und für Mitglied 2 einmal die Versicherungssumme leisten, also insgesamt 20 Millionen Franken. Sieht die AVB nun eine Serienschadenklausel vor und sind die dortigen Voraussetzungen erfüllt, dann werden beide Inanspruchnahmen zu einem Anspruch zusammengefasst, der in die Versicherungsperiode der ersten Inanspruchnahme fällt, also Versicherungsperiode 2018. Die Leistungspflicht des Versicherers beschränkt sich somit auf 10 Millionen Franken.

<sup>316</sup> LANGE, Serienschadenklausel, Fn. 1.

<sup>317</sup> LANNER, S. 62; vgl. auch die Ausführungen bei FUHRER, Serienschaden, S. 830 ff.

Serienschaden in den AVB davon abhängig gemacht, dass die geltend gemachten Ansprüche auf die gleiche Ursache zurückzuführen sind.<sup>318</sup> Andere Serienschadenklauseln sehen demgegenüber vor, dass gleiche oder gleichartige Fehlerquellen vorliegen müssen, die miteinander in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.<sup>319</sup> Bei wiederum anderen Klauseln liegt ein Serienschaden dann vor, wenn Pflichtverletzungen durch eine oder mehrere versicherte Personen begangen wurden, sofern diese Pflichtverletzungen demselben Sachverhalt zuzuordnen sind und miteinander in einem rechtlichen, wirtschaftlichen oder zeitlichen Zusammenhang stehen.<sup>320</sup> Bis anhin fehlt es an einer gerichtlichen Beurteilung, ob Serienschadenklauseln in der D&O-Versicherung überhaupt zulässig sind.<sup>321</sup> Die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer Serienschadenklausel wird aber massgebend davon abhängen, wie sie konkret ausgestaltet ist.<sup>322</sup> Dieses Thema verdient eine gesonderte wissenschaftliche Bearbeitung und kann vorliegend nicht vorgenommen werden, da dies ansonsten den Umfang der Arbeit übersteigt. Es muss deshalb bei allgemeinen Bemerkungen sein Bewenden haben.

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass die Anwendung der Konsenskontrolle im Bereich der Serienschadenklausel kaum zielführend sein wird.<sup>323</sup> Wie die Kostenanrechnungsklausel ist auch die Serienschadenklausel bei der D&O-Versicherung branchenüblich. Sie kann deshalb wohl kaum als ungewöhnlich angesehen werden.<sup>324</sup> Wie die Auslegungskontrolle im konkreten Einzelfall ausfallen wird, hängt von der anzuwendenden Klausel ab, weshalb dieser Schritt nicht weiter thematisiert wird.<sup>325</sup> Demnach verbleibt hier noch die Serienschadenklausel anhand der Inhaltskontrolle zu überprüfen, wobei man darauf abstellt, ob die Anwendung der Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung der versicherten Personen führt. Hierfür muss eine umfassende Interessenabwägung der beidseitigen Interessen vorgenommen werden.<sup>326</sup> Der Versicherer hat jedenfalls das berechtigte Interesse sein übernommenes Risiko überblickbar und damit auch berechenbar auszugestalten.<sup>327</sup> Mithilfe der Serienschadenklausel werden aus

---

<sup>318</sup> HALLER, N 591; LENZ, N 153; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 149. – Zur Auslegung einer solchen Klausel siehe FUHRER, Serienschaden, S. 832 ff.

<sup>319</sup> FUHRER, Serienschaden, S. 839 f.; LANNER, S. 62.

<sup>320</sup> LANNER, S. 62; LENZ, N 153.

<sup>321</sup> Kritisch etwa HALLER, der Serienschadenklauseln in der Organhaftpflichtversicherung als problematisch bezeichnet, weil Verursachungs- und Anspruchserhebungsprinzip vermischt würden (HALLER, N 592 f.).

<sup>322</sup> LENZ, N 157.

<sup>323</sup> LANNER, S. 63.

<sup>324</sup> LANNER, S. 63; siehe auch FUHRER, Serienschaden, S. 833 f.

<sup>325</sup> Ausführlich FUHRER, Serienschaden, S. 834 ff. – IHLAS hält fest, dass es bei denjenigen Klauseln, die einen rechtlichen, wirtschaftlichen oder zeitlichen Zusammenhang verlangen, nur um sehr schwer zu präzisierende Klauseln handelt (IHLAS, MüKo, N 557).

<sup>326</sup> LANNER, S. 63.

<sup>327</sup> LANNER, S. 64; LENZ, N 156; siehe auch FUHRER, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, S. 112 f.

Gründen der Kalkulationsklarheit eine nicht vorhersehbare Anzahl gleich gelagerter Schadenfälle zu einem einzigen Schadenfall zusammengefasst.<sup>328</sup> Das Interesse an Kalkulierbarkeit ist im Bereich der D&O-Versicherung, bei welcher Schäden oftmals immense Ausmasse erreichen können, besonders berücksichtigenswert.<sup>329</sup> In Deutschland ist deshalb das Bedürfnis bzw. die Notwendigkeit nach fiktiver Verklammerung inzwischen mehrheitlich unbestritten.<sup>330</sup> Jedoch dürfen Serienschadenklauseln nicht zu einer unzulässigen Aushöhlung des Versicherungsschutzes führen.<sup>331</sup> Der Versicherer darf deshalb nicht komplett willkürlich eine «Serie» festlegen, sondern muss diese vielmehr anhand objektiver und sachlich begründbarer Kriterien vornehmen, damit dies auch für den durchschnittlichen Versicherten noch nachvollziehbar bleibt.<sup>332</sup> Falls dem aber nachgekommen wird, dann dürften (jedenfalls bestimmte) Serienschadenklauseln in der D&O-Versicherung durchaus AGB-rechtlich zulässig sein.<sup>333</sup>

#### **4. Ausschlüsse**

Die AVB beinhalten standardmässig einen umfangreichen Katalog an Ausschlussklauseln, wodurch der tatsächliche Deckungsumfang und damit verbunden der Wert einer D&O-Versicherung beträchtlich relativiert werden kann.<sup>334</sup> Gelangt eine dieser Klauseln zur Anwendung, dann entfällt der Versicherungsschutz für die betreffende Person.<sup>335</sup> Beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausschlusstatbestandes ist der Versicherer.<sup>336</sup> Die praktisch wichtigsten Risikoausschlüsse sind dabei der Vorsatzausschluss sowie der Ausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung.<sup>337</sup>

##### **4.1 Vorsatzausschluss**

###### *a) Unterschiedliche Anknüpfungspunkte*

Der Vorsatzausschlusstatbestand kann von Anbieter zu Anbieter leicht variieren.<sup>338</sup> Die Unterschiede zwischen den Klauseln mögen dabei auf den ersten Blick marginal erscheinen, können

---

<sup>328</sup> SCHLIERENKÄMPER, S. 121.

<sup>329</sup> LANNER, S. 64.

<sup>330</sup> M.w.H. LENZ, 156.

<sup>331</sup> FUHRER, Serienschaden, S. 842.

<sup>332</sup> LANNER, S. 64.

<sup>333</sup> Vgl. auch LENZ, N 155.

<sup>334</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 34; PITKOWITZ, N 613; SCHLIERENKÄMPER, S. 112.

<sup>335</sup> PITKOWITZ, N 613.

<sup>336</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 34; LENZ, N 159; PITKOWITZ, N 615; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 484 f.

<sup>337</sup> SCHLIERENKÄMPER, S. 112; THÜMMEL, S. 218. – Demgegenüber verzichten die Versicherer in ihren AVB auf die Erhebung der Einrede der groben Fahrlässigkeit, welche dem Versicherer gestützt auf Art. 14 Abs. 2 VVG eigentlich erlauben würde, die Versicherungsleistungen zu kürzen (vgl. Ziff. C8 AVB-AXA; Art. 1.6 AVB-B; Ziff. 10.1.1 AVB-Z).

<sup>338</sup> Vgl. HALLER, N 595 f.

aber entscheidend sein. Die Versicherer sehen in ihren AVB unterschiedliche Formulierungen vor, worauf sich der Vorsatz letztendlich beziehen muss bzw. auf welchen «Erfolg» der Vorsatz gerichtet sein muss.<sup>339</sup> So kann namentlich der Vorsatz bezüglich der Schadensverursachung,<sup>340</sup> der Pflichtverletzung oder der Verletzung gesetzlicher Bestimmungen<sup>341</sup> gefordert sein.<sup>342</sup> Die beiden letztgenannten Varianten sind dabei für den Versicherer günstiger, da dieser nicht den Nachweis erbringen muss, dass der Vorsatz der versicherten Person auf die Herbeiführung des eingetretenen Schadens gerichtet war.<sup>343</sup>

#### *b) Begriff des Vorsatzes*

Der Begriff des Vorsatzes wird in den AVB in aller Regel nicht weiter definiert.<sup>344</sup> Gemäss dem zivilrechtlichen Vorsatzbegriff liegt Vorsatz dann vor, wenn der Wille des Schädigers auf das Bewirken eines Schadens gerichtet ist.<sup>345</sup> Der Täter will den rechtswidrigen Erfolg oder nimmt diesen zumindest in Kauf.<sup>346</sup> Die Doktrin unterscheidet dabei drei Unterarten des Vorsatzes, nämlich Absicht, direkter (einfacher) Vorsatz und Eventualvorsatz, wobei der Vorsatzbegriff des Zivilrechts alle erwähnten Unterarten beinhaltet.<sup>347</sup> Für die Erfüllung des Vorsatzes muss der Schädiger also den eigentlichen Erfolg nicht per se gewollt haben; es genügt, wenn er diesen zumindest billigend in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz).<sup>348</sup> Fraglich ist jedoch nun, ob der zivilrechtliche Vorsatzbegriff auch für Vorsatzausschlussklauseln massgebend ist.

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Auslegung einer Versicherungsvertragsbestimmung – sofern der wirkliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden kann – auf den mutmasslichen Willen der Parteien abzustellen, welcher nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln ist.<sup>349</sup> Da das dispositive Recht in der Regel die Interessen aller Parteien ausgewogen wahrt, hat diejenige Partei, die davon abweichen will, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.<sup>350</sup> Zudem sieht Art. 33 VVG die sog. Unklarheitsregel vor, wonach die Versicherungsdeckung gegeben ist, soweit der Vertrag einzelne Ereignisse nicht in

---

<sup>339</sup> HALLER, N 596.

<sup>340</sup> Diese Formulierung ist u.a. bei den Versicherern in Deutschland und Österreich sehr verbreitet.

<sup>341</sup> Vgl. Ziff. B2.2 AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. a AVB-B.

<sup>342</sup> HALLER, N 596.

<sup>343</sup> IHLAS, MüKo, N 606; LANNER, S. 65.

<sup>344</sup> HALLER, N 597.

<sup>345</sup> REY/WILDHABER, N 993.

<sup>346</sup> REY/WILDHABER, N 994.

<sup>347</sup> HALLER, N 165; zu den verschiedenen Vorsatzarten siehe: REY/WILDHABER, N 994 ff.

<sup>348</sup> REY/WILDHABER, N 1000.

<sup>349</sup> Statt vieler: BGE 115 II 264 E. 5a S. 268.

<sup>350</sup> BGE 115 II 264 E. 5a S. 268; BGE 113 II 49 E. 1a S. 51.

bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.<sup>351</sup> Führen die Auslegungsmittel zu keinem eindeutigen Schluss, so ist bei Versicherungsverträgen im Zweifel gegen den Versicherer auszulegen (in dubio contra stipulatorem).<sup>352</sup>

Gemäss der dispositiven Spezialbestimmung von Art. 14 Abs. 1 VVG wird dem Versicherer ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden, sofern die versicherte Person oder der Versicherungsnehmer absichtlich den Erfolg verursacht hat.<sup>353</sup> Nach Rechtsprechung und h.L. umfasst der Begriff der Absicht dabei sowohl die Absicht i.e.S. wie auch den direkten Vorsatz. Nicht erfasst wird dagegen der Eventualvorsatz.<sup>354</sup> In diesem Punkt unterscheidet sich der versicherungsrechtliche Begriff der Absicht i.S.v. Art. 14 Abs. 1 VVG vom zivilrechtlichen Vorsatzbegriff. Geht man nun von der Unklarheitsregel aus, so kann m.E. im Bereich der versicherungsrechtlichen Vorsatzausschlussstatbestände unter Vorsatz nur Absicht i.e.S. wie auch direkter Vorsatz gemeint sein, nicht hingegen der Eventualvorsatz.<sup>355</sup> Möchten die Versicherer dagegen den Eventualvorsatz auch ausschliessen, so müssen sie diesen Ausschluss ausdrücklich in ihren AVB aufnehmen.<sup>356</sup>

#### 4.2 Wissentliche Pflichtverletzung

Daneben ist in den allermeisten AVB – wenn nicht sogar in allen – der Ausschlussstatbestand der wissentlichen Pflichtverletzung vorgesehen.<sup>357</sup> Der Ausschluss greift bereits dann ein, wenn die versicherte Person eine Pflichtverletzung wissentlich begangen hat. Den Bezugspunkt stellt somit (wie bei der vorsätzlichen Pflichtverletzung) die Pflichtverletzung dar.<sup>358</sup> Nicht erforderlich ist deshalb, dass sich das Wissen der versicherten Person auch auf die Folgen der Pflichtverletzung, sprich den Schaden, bezieht.<sup>359</sup> Insofern greift der Ausschluss auch dann ein, wenn die versicherte Person überzeugt war, durch ihr Verhalten keinen Schaden zu verursachen.<sup>360</sup>

<sup>351</sup> BGE 115 II 264 E. 5a S. 269.

<sup>352</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 8.70; HALLER, N 503.

<sup>353</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 11.15; SIEBER/HÜSSER, Haftpflichtkommentar, N 4 zu Art. 14 VVG.

<sup>354</sup> BGE 115 II 264 E. 5b S. 269 f.; Urteil des BGer 4A\_166/2014 vom 16. September 2014 E. 2.2.2; FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 11.16 ff.; MAURER, S. 350; SIEBER/HÜSSER, Haftpflichtkommentar, N 45 zu Art. 14 VVG.

<sup>355</sup> So auch schon HALLER, N 597.

<sup>356</sup> HALLER, N 597. – Die Versicherer können aber immer noch eine Kürzung der Versicherungsleistungen nach Art. 14 Abs. 2 VVG vornehmen, auch wenn sie auf die Anwendung von Art. 14 Abs. 2 VVG bei Grobfahrlässigkeit verzichtet haben (HALLER, N 526).

<sup>357</sup> Vgl. Art. B2.2 AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. a AVB-B; Ziff. 4.1.1 AVB-Z; IHLAS, MüKo, N 591.

<sup>358</sup> DILLING, S. 73; IHLAS, MüKo, N 622; LANNER, S. 65.

<sup>359</sup> PITKOWITZ, N 619; SIEG, D&O-Versicherung, N 152; Seitz/FINKEL/KLIMKE, S. 488.

<sup>360</sup> BECKMANN, N 118; IHLAS, MüKo, N 601.

Nach der Ansicht von HALLER soll der Ausschluss des Wissens bereits dann greifen, «wenn der Schädiger sich des durch seine Handlung ausgelösten möglichen Kausalablaufes bewusst ist und um die mögliche Schädigung weiss».<sup>361</sup> Dabei verkennt er m.E. jedoch, dass bei der wissentlichen Pflichtverletzung die Pflichtverletzung als solche den Bezugspunkt bildet und nicht etwa der Schaden. Man kann nicht einfach in das Wort «wissentlich» das Wort «Schaden» hineininterpretieren. Der Bezugspunkt des Wortes «wissentlich» ist massgeblich, und dieser bezieht sich hier eben auf die «Pflichtverletzung» als solche.<sup>362</sup> In Anlehnung an die deutsche Versicherungslehre wird deshalb im Vorliegenden vertreten, dass eine wissentliche Pflichtverletzung diejenige versicherte Person begeht, die im Zeitpunkt der Pflichtverletzung die Pflicht positiv gekannt hat sowie sich bewusst gesetz-, vorschrifts- oder in sonstiger Weise pflichtwidrig verhalten hat.<sup>363</sup> Folglich reicht Eventualvorsatz ebenso wenig wie bloss fahrlässige Unkenntnis aus, damit die Ausschlussklausel greift, sondern es ist vielmehr ein direkter Vorsatz erforderlich.<sup>364</sup> Dabei wird bei der Bewertung, ob eine wissentliche Pflichtverletzung vorliegt oder nicht, ein strenger, objektiver Massstab angewendet.<sup>365</sup> Je schwerer die Pflichtverletzung, desto wahrscheinlicher ist es, dass die versicherte Person eine wissentliche Pflichtverletzung begangen hat.<sup>366</sup>

#### 4.3 Keine Auswirkungen des Risikoausschlusses auf andere versicherte Personen

Fällt einer versicherten Person ein Vorsatzausschluss oder eine wissentliche Pflichtverletzung zur Last, so ist sein eigener Anspruch auf die Versicherungsleistung nach den betreffenden Ausschlussklauseln zweifelsfrei ausgeschlossen. Da es sich bei der D&O-Versicherung um eine Kollektivversicherung handelt, stellt sich natürlich die Frage, was dies für den Versicherungsschutz der anderen mitversicherten Personen bedeutet, denen lediglich eine fahrlässige Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.<sup>367</sup> Müssen sich versicherte Personen das Verhalten oder Verschulden anderer Versicherten zurechnen, womit auch für diese der Deckungsschutz verweigert werden kann, oder trifft ein Risikoausschluss jeweils nur denjenigen, der diesen auch effektiv realisiert hat? Die Versicherungsbedingungen enthalten diesbezüglich grundsätzlich immer eine sog. Severability-Klausel.<sup>368</sup> Danach werden die Pflichtverletzungen, Handlungen

---

<sup>361</sup> HALLER, N 601.

<sup>362</sup> Siehe auch die Ausführungen in IHLAS, MüKo, N 622.

<sup>363</sup> DILLING, S. 74; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 488.

<sup>364</sup> HELD, D&O-Versicherung, N 35; LANNER, S. 65; SCHLIERENKÄMPER, S. 113 f.

<sup>365</sup> Vgl. PITKOWITZ, N 620.

<sup>366</sup> BECKMANN, N 120; SEITZ/FINKEL/KLIMKE, S. 492.

<sup>367</sup> Vgl. MANNSDORFER, S. 239.

<sup>368</sup> Vgl. HALLER, N 498; IHLAS, MüKo, N 626.

oder Unterlassungen, einer versicherten Person einer anderen versicherten Person nicht zugerechnet.<sup>369</sup> M.a.W. bleiben deckungsschädliche Umstände auf jene Versicherten beschränkt, welche diese auch begangen haben.<sup>370</sup> Die Versicherungsdeckung der anderen versicherten Personen, die den Risikoausschlussbestand nicht erfüllen, bleibt somit unberührt.

#### 4.4 Weitere Ausschlüsse

Hinzuweisen bleibt an dieser Stelle noch auf folgende Standardausschlüsse, die sich typischerweise in den AVB wiederfinden: So erstreckt sich die Deckungspflicht nicht auf Vertragsstrafen, Geldstrafen oder Bussen.<sup>371</sup> Ebenso werden in aller Regel Entschädigungen mit Strafcharakter (punitive oder exemplary damages) vom Versicherungsschutz ausgenommen.<sup>372</sup> Zusätzlich erstreckt sich der Versicherungsschutz nicht auf Ansprüche im Zusammenhang mit einer ungerechtfertigten Bereicherung einer versicherten Person oder sonstiger unrechtmässiger Entgegennahme von Leistungen aller Art.<sup>373</sup> Ausserdem wird teilweise noch einmal explizit im Ausschlusskatalog festgehalten, dass Ansprüche aus Personen- und Sachschäden nicht versichert sind.<sup>374</sup> Viele dieser und weitere Ausschlüsse, die in einem Ausschlusskatalog zu finden sind, haben meist nur deklaratorische Wirkung und wären eigentlich nicht nötig, da sie sich bereits aus der Umschreibung der versicherten Haftpflichtgefahr ergeben.<sup>375</sup>

## F. Übersicht über alternative Versicherungslösungen

### 1. Rechtsschutzversicherung für Organe?

Im Gegensatz zu Deutschland hat sich in der Schweiz die Rechtsschutzversicherung, welche speziell die Risiken von Organen abdeckt, noch nicht auf dem Versicherungsmarkt etabliert.<sup>376</sup> Die Bedeutung einer Rechtsschutzversicherung für Organe hat aber auch in Deutschland mit der Einführung der D&O-Versicherung merklich abgenommen.<sup>377</sup> Dies erstaunt doch ein we-

---

<sup>369</sup> Vgl. Ziff. A15 AVB-AXA; Ziff. 10.2 AVB-Z.

<sup>370</sup> MANNSDORFER, S. 240 und S. 243. – Es ist deshalb unbedingt darauf zu achten, dass eine solche Severability-Klausel in den AVB enthalten ist.

<sup>371</sup> Vgl. Ziff. B2.3 AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. b AVB-B. – Die Zahlung von Geldstrafen und Bussen durch eine Versicherung wäre ohnehin rechtswidrig, da sie den Zweck der Strafe unterlaufen würde (HALLER, N 697; LUTERBACHER, D&O Versicherung, S. 169).

<sup>372</sup> Vgl. Ziff. B2.3 AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. b AVB-B; PITKOWITZ, N 636.

<sup>373</sup> Vgl. Ziff. B2.5 AVB-AXA; Art. 7 Abs. 1 lit. c AVB-B.

<sup>374</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. d AVB-B.

<sup>375</sup> Siehe Abschnitt D.

<sup>376</sup> LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 98; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 151.

<sup>377</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 151.

nig, wenn man bedenkt, dass gerade dem Rechtsschutzanspruch einer D&O-Versicherung erhebliche Bedeutung zukommt. Nicht selten erschöpft sich die Leistung einer D&O-Versicherung mit der Erstattung der entstandenen Abwehrkosten, weshalb dann für einen allfälligen Befreiungsanspruch nichts übrig bleibt.<sup>378</sup> Die Einführung einer Rechtsschutzversicherung für Organe macht deshalb durchaus Sinn. Zwar vermag sie nicht die D&O-Versicherung zu ersetzen, weil ihr das Element des Befreiungsanspruchs fremd ist, doch stellt sie eine optimale Ergänzung zu einem bestehenden D&O-Versicherungsschutz dar.<sup>379</sup> Eine Rechtsschutzversicherung bietet Deckung für die anfallenden Rechtsschutzkosten und kombiniert diesen Kostendeckungsschutz mit Rechtsdienstleistungen.<sup>380</sup> Dabei ist die Rechtsschutzversicherung als Einzel- oder Kollektivversicherung denkbar.<sup>381</sup> Letztere Variante bringt jedoch denselben Nachteil wie in der D&O-Versicherung mit sich, indem die Versicherungssumme wiederum allen versicherten Personen zur Verfügung steht.<sup>382</sup> Es ist deshalb abzuwägen, ob für den Einzelnen der Abschluss einer Einzelversicherung nicht sinnvoller wäre, auch wenn das zur Folge hat, dass er selber für Prämienzahlung aufkommen muss.<sup>383</sup>

## **2. D&O-Individualversicherung**

Im deutschsprachigen Versicherungsmarkt werden neuerdings auch D&O-Individualversicherungen angeboten.<sup>384</sup> Damit wird dem Bedürfnis von Organmitgliedern nachgekommen, die auf der Suche nach einer Einzelversicherungslösung sind. Solche Versicherungen sind aber nicht sehr weit verbreitet und teilweise nur beschränkt erhältlich.<sup>385</sup>

Bei der D&O-Individualversicherung schliesst der Einzelne ausschliesslich für sich einen D&O-Versicherungsvertrag ab.<sup>386</sup> Versicherungsnehmer und versicherte Person sind also identisch.<sup>387</sup> Der Einzelne bezahlt in diesem Fall aber auch die Prämien an den Versicherer selbst.<sup>388</sup> Dafür stehen ihm hier der Versicherungsschutz und die Versicherungssumme ausschliesslich

---

<sup>378</sup> Siehe Abschnitt D; vgl. auch LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 98 f.

<sup>379</sup> LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 100; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 153.

<sup>380</sup> LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 150 f.; PITKOWITZ, N 594.

<sup>381</sup> LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 106; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 153.

<sup>382</sup> Ausführlich zu den Nachteilen von Kollektivversicherungen: LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 104 ff.; LUTERBACHER, Versicherungsmöglichkeiten, S. 168 ff.

<sup>383</sup> Vgl. LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, S. 112 f.

<sup>384</sup> AICHINGER, S. 115; DREHER, S. 146; HELD, CB, S. 206; vgl. auch HALLER, N 725.

<sup>385</sup> Vgl. DREHER, S. 149; HALLER, N 725.

<sup>386</sup> DREHER, S. 147; HELD, CB, S. 206; HELD, D&O-Versicherung, N 43; AICHINGER, S. 115.

<sup>387</sup> HALLER, N 725; HELD, D&O-Versicherung, N 43.

<sup>388</sup> DREHER, S. 147.

allein zur Verfügung.<sup>389</sup> Er braucht die Versicherungsleistung also nicht mit anderen Mitversicherten zu teilen, was natürlich das Risiko einer insuffizienten Versicherungssumme vermindert.<sup>390</sup> Ausserdem bestimmt er allein – natürlich nur sofern der Versicherer einverstanden ist – über das Schicksal und vor allem die Dauer seines D&O-Versicherungsschutzes.<sup>391</sup> Trotz dieser Vorzüge kann die Einzelversicherung im Vergleich zur Kollektivversicherung jedoch nur als wenig vorteilhaft angesehen werden.<sup>392</sup> So kostet sie dem Einzelnen Geld beim Abschluss und viel Zeit für die Risikoprüfung und Verhandlung.<sup>393</sup> Zudem bieten die Versicherer nur sehr niedrige Deckungslimiten an.<sup>394</sup> Der Umfang der Versicherungsdeckung ist deshalb im Verhältnis zur Prämienhöhe und im Vergleich zu einer D&O-Versicherung relativ bescheiden.<sup>395</sup>

### **3. Stiftungsratshaftpflichtversicherung (PTL-Versicherung)**

Ein relativ junges Versicherungsprodukt stellt die sog. Stiftungsratshaftpflichtversicherung, kurz PTL-Versicherung, dar. Wie die D&O-Versicherung ist auch die PTL-Versicherung eine Kollektivversicherung. Die PTL-Versicherung bietet den Vorteil, dass die Versicherungsdeckung optimal auf die weite Haftung i.S.v. Art. 52 BVG und auf die Bedürfnisse von Vorsorgeeinrichtungen zugeschnitten ist.<sup>396</sup> Bei der PTL-Versicherung handelt es sich um eine Kombiversicherungslösung, mit welcher sowohl die Organhaftpflicht wie auch die Berufshaftpflicht versichert werden.<sup>397</sup> Der Deckungsbaustein der Organhaftpflicht unterscheidet sich dabei nicht von einer klassischen D&O-Versicherung; sie schützt die versicherten Personen (und damit letztlich ihr Privatvermögen) für den Fall, dass gegen sie (persönlich) Schadenersatzansprüche infolge von Pflichtverletzungen gestellt werden.<sup>398</sup> Mit der Berufshaftpflicht kommt nun jedoch ein zusätzlicher attraktiver Deckungsbaustein hinzu: Damit wird die Vorsorgeeinrichtung vor möglichen Inanspruchnahmen, welche Dritte bzw. geschädigte Destinatäre direkt gegen sie geltend machen, geschützt.<sup>399</sup> Trotz ihres im Vergleich zur D&O-Versicherung etwas breiteren

---

<sup>389</sup> DREHER, S. 150; HELD, D&O-Versicherung, N 43; AICHINGER, S. 115.

<sup>390</sup> AICHINGER, S. 115.

<sup>391</sup> AICHINGER, S. 115; HELD, CB, S. 206 f.

<sup>392</sup> Ausführlich hierzu: DREHER, S. 161 ff.

<sup>393</sup> IHLAS, MüKo, N 123.

<sup>394</sup> DREHER, S. 150; IHLAS, MüKo, N 123.

<sup>395</sup> Vgl. HALLER, N 725.

<sup>396</sup> HALLER, N 728.

<sup>397</sup> Vgl. Ziff. A1 i.V.m. Ziff. B1 AVB-PTL-AXA; Ziff. 2 AVB-PTL-Z.

<sup>398</sup> Vgl. Ziff. A2.7 lit. a i.V.m. Ziff. A2.8 i.V.m. Ziff. B1 AVB-PTL-AXA; Ziff. 2.2 i.V.m. Ziff. 10.14 AVB-PTL-Z.

<sup>399</sup> Vgl. Ziff. A2.7 lit. b i.V.m. Ziff. A2.10 i.V.m. Ziff. B1 AVB-PTL-AXA; Ziff. 2.1 i.V.m. Ziff. 10.15 AVB-PTL-Z.

Deckungsumfangs besteht auch in der PTL-Versicherung nicht für jegliche Schäden automatisch Versicherungsschutz.<sup>400</sup> Die PTL-Versicherung ist insbesondere nicht dazu gedacht, Sanierungen der Vorsorgeeinrichtung auf Kosten des Versicherers durchzuführen.<sup>401</sup> Besonderes Augenmerk muss auch hier auf die Leistungsausschlussgründe gelegt werden.<sup>402</sup> Ferner ist auch bei der PTL-Versicherung daran zu denken, dass immer eine genügend hohe Versicherungssumme vereinbart wird.<sup>403</sup>

## G. Schlusswort

Wo Menschen arbeiten, passieren Fehler. Davon bleibt auch der Stiftungsrat in der Vorsorgeeinrichtung nicht verschont. Der Gesetzgeber stellt hohe Anforderungen an die Stiftungsratsmitglieder. Diese Strenge ist aber durchaus berechtigt, wenn man bedenkt, dass dies letztlich dem Schutz von Vorsorgegeldern in Milliardenhöhe dient. Die Risiken für Stiftungsratsmitglieder haftpflichtrechtlich belangt zu werden, sind deshalb nicht zu unterschätzen. Wie schon einleitend ausgeführt, kann bereits eine Unachtsamkeit zu einem Schaden in Millionenhöhe führen, für den die Stiftungsräte dann persönlich mit ihrem gesamten Privatvermögen haften. Die D&O-Versicherung bietet hierfür sicherlich eine optimale Absicherung und kann den Stiftungsräten eine Hilfe sein, sich den erhöhten Anforderungen, in gewisser Hinsicht unbesorgt, zu stellen. Dabei muss dem Einzelnen jedoch immer bewusst sein, dass die D&O-Versicherung kein «Rund-um-Sorglos-Paket» anbietet. Zwar werden Erweiterungen des D&O-Deckungsumfangs in Zeiten des weichen Marktes durchaus häufig vorgenommen,<sup>404</sup> doch einen umfassenden Versicherungsschutz des Organhaftpflichttrisikos wird es schlichtweg nie geben. Diese zusätzlichen Deckungsbausteine können dabei hübsch anzusehen sein, sollten aber nicht überbewertet werden. Vielmehr sollte den verschiedenen Einschränkungen in den AVB mehr Beachtung geschenkt werden. Gerade im Bereich der Versicherungseinschränkungen sind aber noch einige juristische Fragen offen, die hierzulande bisher noch nicht weiter thematisiert wurden, was unbefriedigend ist.

Den Stiftungsräten ist aber abschliessend zu empfehlen, sich selber vermehrt mit dem Thema der D&O-Versicherung bzw. Organhaftpflichtversicherung auseinanderzusetzen. Beim D&O-

---

<sup>400</sup> HALLER, N 729.

<sup>401</sup> HALLER, N 729.

<sup>402</sup> Ausgeschlossen sind z.B. Schäden, die aus Wertschwankungen, Kursverlusten oder schlechter Rendite entstehen (vgl. Ziff. B4.7 AVB-PTL-AXA; Ziff. 4.1.3 AVB-PTL-Z).

<sup>403</sup> Zur Versicherungssumme siehe Abschnitt E.

<sup>404</sup> Vgl. HALLER, N 615 ff.

Kauf sollte dabei genügend Zeit genommen sowie die angebotenen Produkte auf dem Markt sorgfältig geprüft und miteinander verglichen werden. Beim Abschluss der D&O-Versicherung ist dann immer noch daran zu denken, dass eine genügend hohe Versicherungssumme eingekauft wird. Hier sollte man definitiv nicht sparen, denn ansonsten kann es im Ernstfall zu bösen Überraschungen kommen.

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbständig und ohne Verwendung von unerlaubten Hilfsmitteln verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige darin ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass im Falle eines Plagiats oder der Inanspruchnahme fachlicher Mitarbeit von Drittpersonen der Dekan gemäss § 53 Abs. 2 StuPO 2016 auf Note 1 erkennen kann. Vorbehalten bleiben Sanktionen der Universität gemäss § 36 des Universitätsstatuts und die Strafverfolgung.

Ort, Datum

Kriens, 30. März 2021

Unterschrift

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Sebastian Krackl', is written over a horizontal dotted line.

Sebastian Krackl