

Wissenszurechnung bei der D&O-Versicherung

Christian Armbrüster

Zusammenfassung

Schließt eine Gesellschaft zur Absicherung des persönlichen Haftungsrisikos ihrer Unternehmensleiter eine D&O-Versicherung ab, so stellt sich in verschiedenem Kontext die Frage, inwieweit ihr das Wissen natürlicher Personen – insbesondere: versicherter Personen – zugerechnet werden kann. Der Beitrag bietet zunächst einen Überblick zu den gesellschaftsrechtlichen Grundregeln der Wissenszurechnung. Sodann werden die Auswirkungen auf die D&O-Versicherung anhand zweier Praxisfragen erörtert, nämlich der Rückwärtsdeckung und des Ausschlusses für wissentliche Pflichtverletzungen. Der Beitrag gelangt zu dem Ergebnis, dass die Wissenszurechnung zur Gesellschaft als der Versicherungsnehmerin in bestimmten Fällen auch einer unwissenden versicherten Person schaden kann, es sei denn, es geht um einen an einen individuellen Verschuldensvorwurf anknüpfenden Verhaltensverstoß. Hinsichtlich des Ausschlusses wissentlicher Pflichtverletzungen ist danach zu differenzieren, ob teils wissentlich, teils fahrlässig begangene Pflichtverletzungen von ein und derselben oder von mehreren versicherten Personen zu verantworten sind.

Abstract

If a company takes out D&O insurance to cover the personal liability risk of its company directors, the question arises in various contexts as to what extent the knowledge of natural persons – in particular: insured persons – can be attributed to it. This article first provides an overview of the basic rules of knowledge attribution under company law. It then discusses the implications for D&O insurance on the basis of two practical issues, namely retroactive coverage and the exclusion for breaches of duty committed knowingly. The article comes to the conclusion that the attribution of knowledge to the company as the policyholder can also harm an unknowing insured person in certain cases, unless there is an individual allegation of fault. With regard to the exclusion of breaches of duty committed knowingly, a distinction must be made as to whether breaches of duty

Prof. Dr. Christian Armbrüster

Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht. Derzeit Visiting Professor am Centre for Transnational Legal Studies (CTLs) in London/UK mit dem Schwerpunkt „Liability and Insurance“.

E-Mail: c.armbruester@fu-berlin.de

committed partly knowingly and partly negligently are the responsibility of one and the same insured person or of several insured persons.

JEL classification: K12, K20, K23, K39

Keywords: D&O insurance, knowledge attribution, company law, breach of duty, insured person

1. Einleitung

Die Zurechnung von Wissen hat im Versicherungssektor große Bedeutung. Besonders offenkundig ist dies bei der D&O-Versicherung, da es dort regelmäßig darum geht, Kenntnisse von natürlichen Personen einem Unternehmensträger (als einer juristischen Person) zuzurechnen.¹ Bedeutsam ist Wissen etwa dann, wenn eine Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht (§ 19 VVG) in Rede steht. Zudem kommt es darauf namentlich in der D&O-Versicherung auch für Risikoausschlüsse an, insbesondere im Zusammenhang mit der wesentlichen Pflichtverletzung. Dabei stellt sich auch die Frage, inwiefern Kenntnis einer versicherten Person einer anderen schadet. Im Folgenden sollen zunächst einige Grundlagen skizziert² und sodann die praktischen Fragen, die sich bei der Wissenszurechnung stellen, anhand von zwei Anwendungsfällen illustriert werden.

Bei der *gesellschaftsrechtlichen Organhaftung* (etwa gem. § 93 AktG oder § 43 GmbHG) spielt das Erfordernis von Kenntnis im Hinblick darauf nur eine untergeordnete Rolle, dass bei ihrem Fehlen ein haftungsbegründendes Organisationsverschulden vorliegen kann. Demgegenüber ist die Lage im Hinblick auf die *Leistungspflicht des Versicherers* eine andere: Sowohl vorvertragliche Informationspflichten als auch Risikoausschlüsse setzen häufig (positive) Kenntnis voraus. Dabei muss sich eine juristische Person das Wissen aller ihrer vertretungsberechtigten Organmitglieder zurechnen lassen. Dies gilt was auch dann, wenn das Organmitglied an dem betreffenden Rechtsgeschäft nicht selbst mitgewirkt hat.³

In der D&O-Versicherung kommt die Besonderheit hinzu, dass Organmitglieder beim Vertragsschluss mit dem Versicherer als Vertreter der versicherungsnehmenden Gesellschaft auftreten und zugleich versicherte Personen sind; sie haben also eine Doppelrolle.⁴

¹ Monographisch *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023.

² Eingehend dazu *Armbrüster*, in: FS Windbichler, 2020, S. 473 ff.; *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 77 ff.

³ BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975, 976.

⁴ Die damit zusammenhängende Eigentümlichkeit der D&O-Versicherung hervorhebend *Hoffmann-Becking*, ZHR 181 (2017), 737.

2. Voraussetzung der Wissenszurechnung

2.1 Differenzierung nach dem jeweiligen Personenkreis

Im Hinblick auf *Organmitglieder* ist die Wissenszurechnung zur Gesellschaft nach wertenden Gesichtspunkten vorzunehmen. Als Leitgedanke lässt sich festhalten, dass der Vertragspartner einer juristischen Person demjenigen einer natürlichen Person möglichst gleich behandelt werden soll.⁵

Hinsichtlich *sonstiger Personen* ist folgendermaßen zu differenzieren: Was *Mitarbeiter* der juristischen Person anbelangt, so erfolgt eine Wissenszurechnung für sonstige „verfassungsmäßig berufene Vertreter“ (sog. *verbandsrechtliche Repräsentantenhaftung*). Durch eine in der D&O-Praxis regelmäßig vereinbarte sog. *Repräsentantenklausel* (Repräsentationsklausel) kann der Personenkreis auf bestimmte Personengruppen, wie etwa die Organmitglieder und die leitenden Angestellten, beschränkt werden, sodass sich die Gesellschaft in ihrer Rolle als Versicherungsnehmerin nicht das Wissen jedes Versicherten zurechnen lassen muss.⁶ Freilich sind die in der Praxis üblichen Repräsentantenklauseln oft so ausgestaltet, dass sie immer noch einen großen Kreis von versicherten Personen umfassen.

Über das Instrument der Informationsweiterleitungs- und -abfragepflicht lassen sich weitere Zurechnungsketten bilden. Das Wissen von *externen Beratern* (Rechtsanwälten,⁷ Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern usw.) ist dem Unternehmensträger als dem Versicherungsnehmer zurechenbar, sofern es zu seiner Verfügung gespeichert werden sollte. Die Zurechnung von Wissen innerhalb eines Konzerns erfolgt nur bei einer entsprechenden Berichtspflicht gegenüber dem Vorstand der Konzernspitze.⁸

⁵ Grundlegend BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975, 976; näher *Armbrüster/Kosich*, ZfP 2020, 1494, 1501.

⁶ *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 40; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 59. Eingehend *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 213 ff. Zu Bedenken s. *Gädtker*, r+s 2013, 313, 320.

⁷ Die Stellung anwaltlicher Vertreter als versicherungsrechtliche Repräsentanten oder Wissensvertreter des Rechtsschutzversicherers zutr. ablehnend OLG München VersR 2017, 1516, 1517 = BeckRS 2017, 135281 Rn. 13; *Wendt*, r+s 2010, 221, 230. Zur Unwirksamkeit einer AVB, wonach das Wissen eines Rechtsanwalts dem Versicherten zugerechnet wird, vgl. BGHZ 223, 57 = r+s 2019, 582 Rn. 17 und *Felsch*, r+s 2020, 301, 315 (zu § 17 Abs. 7 ArbZ 2010).

⁸ Instruktiv *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 78 Rn. 103 f. Eingehend *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 373 ff.

2.2 Wissensvertreter

Im Versicherungsrecht ist Voraussetzung für die Wissenszurechnung grundsätzlich die Eigenschaft als *Wissensvertreter*. Zu diesem Kreis zählen diejenigen Personen, die vom Geschäftsherrn (hier: der versicherungsnehmenden Gesellschaft) dazu berufen sind, im Rechtsverkehr für ihn bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzugeben.⁹ Die Einordnung einer Person als Wissensvertreter unterliegt grundsätzlich ebenso wenig der Parteidisposition wie die Anforderungen an die Wissenszurechnung. Freilich sind Abweichungen zugunsten der versicherungsnehmenden Gesellschaft in gewissem Rahmen möglich, indem der Personenkreis eingeschränkt wird.¹⁰

Bei einer Versicherung für fremde Rechnung ist gem. § 47 Abs. 1 VVG „auch“ die Kenntnis des Versicherten maßgeblich. Dies ist insbesondere für die D&O-Versicherung als einer ausschließlichen Fremdversicherung bedeutsam. Zwischen mehreren versicherten Personen findet grundsätzlich keine Zurechnung statt.¹¹ In Betracht kommt jedoch eine Ausnahme bei Vereinbarungen über Existenz und Reichweite des Versicherungsschutzes (s. dazu sub 3.).

2.3 Repräsentant

Nicht zuletzt kommt es auch in Betracht, das Wissen eines Dritten aufgrund seiner *versicherungsrechtlichen* – im Unterschied zur *verbandsrechtlichen* (s. dazu oben sub 2.1) – *Repräsentantenstellung* zuzurechnen. Dabei gilt es freilich zu beachten, dass die versicherungsrechtliche Repräsentantenhaftung keine reine Wissenszurechnung, sondern weiter gehend eine Verhaltenszurechnung beinhaltet.¹² Als Repräsentant ist nach einer vom BGH verwendeten Formulierung anzusehen, wer aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses hinsichtlich der Risiko- oder Vertragsverwaltung an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist.¹³ Dabei kommt zwischen mehreren Organmitgliedern in der D&O-Versicherung eine Repräsentantenstellung des einen für andere von

⁹ BGH VersR 2000, 1133, 1134; *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1693.

¹⁰ Praxisbeispiel: § 13 D&O AVB, Gothaer, Stand: Oktober 2021.

¹¹ *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1416; *Rixecker*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 47 Rn. 3.

¹² S. nur *Pohlmann*, in: *Looschelders/Pohlmann*, VVG, 4. Aufl. 2023, § 28 Rn. 69 – Zur Bedeutung der Repräsentantenhaftung neben der Wissenserklärungsververtretung s. *Armbrüster*, in: *Prölss/Martin*, VVG, 32. Aufl. 2024, § 28 Rn. 105.

¹³ BGHZ 122, 250 = r+s 1993, 321, 323; BGH r+s 2004, 376, 378; *Lehmann*, r+s 2019, 361, 364.

vornherein nicht in Betracht, da sich ein Organmitglied nicht vollständig der Verantwortung für seinen Zuständigkeitsbereich entziehen kann, indem es seine Pflichten umfassend auf ein anderes Organmitglied überträgt.¹⁴

3. Anwendungsfall 1: Rückwärtsdeckung

3.1 AVB-Gestaltung

Der Eintritt des Versicherungsfalls und die ihn begründende Pflichtverletzung können zeitlich auseinanderfallen. Dies ist z. B. in den AVB D&O¹⁵ vorgesehen (Ziff. A-2, A-5 AVB D&O). Üblicherweise sind Ansprüche aufgrund von Pflichtverletzungen vor Versicherungsbeginn gedeckt (Ziff. A-5.2 AVB D&O). Durch eine solche sog. Rückwärtsdeckungsklausel, die von einer Rückwärtsversicherung i. S. v. § 2 Abs. 1 VVG zu unterscheiden ist, lässt sich einem zusätzlichen Absicherungsinteresse der versicherten Person Rechnung tragen, das sich aus dem claims-made-Prinzip ergibt. Um Zweckabschlüsse zu verhindern, wird die Rückwärtsdeckung in den AVB allerdings regelmäßig auf solche Pflichtverletzungen beschränkt, von denen weder die in Anspruch genommenen versicherten Personen noch die Versicherungsnehmerin bei Vertragschluss Kenntnis hatten (s. etwa Ziff. A-5.2 S. 2 AVB D&O). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Versicherungsvertrag künftige Risiken absichern soll, deren Verwirklichung aus Sicht beider Vertragsparteien noch ungewiss ist.¹⁶

3.2 Anforderungen an die Kenntnis

Pflichtverletzungen sind von der Rückwärtsdeckung ausgeschlossen, sofern sie „bekannt“ sind. Bloßes Kennenmüssen genügt damit nicht. Das Verhalten muss als möglicherweise pflichtwidrig („fehlsam“) erachtet werden; ein Indiz hierfür kann darin liegen, dass die Einschätzung noch anwaltlich bestätigt werden soll.¹⁷ Ausreichend ist hier mithin bereits die potenzielle Pflichtwidrigkeit (vgl. die Abwehrkomponente in § 100 VVG). Maßgeblicher Zeitpunkt ist für die

¹⁴ *Looschelders*, *VersR* 2018, 1413, 1415; im Erg. auch *Lange*, *D&O-Versicherung und Managerhaftung*, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 129 a. E. Vgl. ferner *BGH r+s* 2011, 430 Rn. 28 ff. zur Zurechnung einer wissentlichen Pflichtverletzung in der anwaltlichen Berufshaftpflichtversicherung.

¹⁵ Musterbedingungen des GDV, Stand: Mai 2020.

¹⁶ Vgl. etwa *BGH VersR* 2017, 118 Rn. 12; näher *Armbrüster*, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl. 2019, Rn. 1 ff., 306.

¹⁷ *Armbrüster*, in: *FS Windbichler*, 2020, S. 473, 483.

Pflichtverletzung der materielle Versicherungsbeginn, für die Kenntnis der Vertragsschluss.

3.3 Streitfrage: Zurechnung zulasten versicherter Personen

Was die Wissenszurechnung beim Vertragsschluss anbelangt, so stellen Rückwärtsdeckungsklauseln regelmäßig auf das Wissen aufseiten der Gesellschaft ab. Klärungsbedürftig ist, ob die von einem Versicherten begangene Pflichtverletzung einem anderen Versicherten zugerechnet werden kann. Eine solche Zurechnung ist nach den Muster-AVB des GDV ausgeschlossen (Ziff. 5.1 S. 2 AVB-AVG 2017; Ziff. A-7.1 AVB D&O 2020; sog. Severability-Klausel).¹⁸ Auch unabhängig von einer derartigen Abrede sprechen die besseren Gründe dafür, eine Zurechnung in diesen Fällen abzulehnen.¹⁹ Für sie fehlt eine gesetzliche Grundlage. Insbesondere lässt sich die Zurechnung nicht auf § 47 Abs. 1 VVG stützen.²⁰

Freilich betreffen Severability-Klauseln lediglich die Zurechnung wissentlicher Pflichtverletzungen zwischen versicherten Personen. Das Verhältnis zum *Versicherungsnehmer* bleibt davon unberührt.²¹ In diesem Verhältnis findet unter den oben (sub 2.1) genannten Voraussetzungen eine Wissenszurechnung von Organmitgliedern zur versicherungsnehmenden Gesellschaft statt. Daher stellt sich die Frage, inwieweit sich diese Zurechnung des Wissens einer versicherten Person zur Versicherungsnehmerin auf die anderen versicherten Personen auswirkt.

Dies ist letztlich eine Wertungsfrage. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass *im Hinblick auf die durch die Rückwärtsdeckung erzielte Ausweitung des Versicherungsschutzes* die Zurechnung zur Versicherungsnehmerin auch einer unwissenden versicherten Person schadet.²² Insoweit kommt der Grundsatz zum

¹⁸ *Lange*, VersR 2006, 605, 608; *Lange*, in: Veith/Gräfe/Lange/Rogler, Der Versicherungsprozess, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 126; *Langheid/Grote*, VersR 2005, 1165, 1168; *Langheid*, in: MünchKomm-VVG, 3. Aufl. 2022, § 47 Rn. 12. Eingehend zu qualifizierten Severability-Klauseln *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 241 ff. Praxisbeispiel: OLG Köln r+s 2022, 508 (§ 3 Ziff. 6.1 AVB-I 2012).

¹⁹ *Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-HdB, 3. Aufl. 2015, § 28 Rn. 119; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 129; *Segger*, VersR 2018, 329, 332.

²⁰ *Ihlas*, in: MünchKomm-VVG, 2. Aufl. 2017, 320. D&O Rn. 625; *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1415; a. A. *Langheid*, in: MünchKomm-VVG, 3. Aufl. 2022, § 47 Rn. 12, der grds. eine Zurechnung für möglich hält.

²¹ *Kordes*, r+s 2019, 307, 308.

²² Näher *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, AVB D&O Ziff. A-5 Rn. 22.

Zuge, dass jedenfalls im Hinblick auf die vertraglichen Voraussetzungen des Deckungsschutzes die versicherte Person den Vertrag so hinzunehmen hat, wie er für die Versicherungsnehmerin gilt.²³

Dabei lässt sich eine gewisse Parallele zur Rechtslage bei der *Arglistanfechtung*²⁴ bilden: Wird die Gesellschaft beim Abschluss des Versicherungsvertrags durch ein Organmitglied vertreten, welches den Versicherer arglistig täuscht, und ficht der Versicherer daraufhin den Vertrag an, treffen die Rechtsfolgen einer Anfechtung (ex tunc-Nichtigkeit des Vertrags gem. § 142 Abs. 1 BGB und damit Wegfall des Versicherungsschutzes) nach teils bestrittener, aber überzeugender Ansicht auch die anderen versicherten Personen.²⁵ Zum Schutz der nicht an der arglistigen Täuschung beteiligten Versicherten sind auf dem Markt sog. Anfechtungs- oder D&O-Schutzpolicen erhältlich.²⁶

Um zu vermeiden, dass gutgläubige Versicherte durch die Wissenszurechnung einen Nachteil erleiden, kommt eine Vereinbarung in Betracht, wonach sich der Versicherer gegenüber gutgläubigen Versicherten nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrags nach § 142 Abs. 1 BGB berufen darf.²⁷ Allerdings hat der BGH in seiner sog. Heros-Rechtsprechung zur Werttransportversicherung einen vertraglichen Verzicht auf die Arglistanfechtung für unwirksam erklärt, wenn die Täuschung durch den Vertragspartner oder eine Person verübt wurde, die nicht Dritter i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB ist, wozu auch Versicherte zählen.²⁸ Nach diesen Maßstäben ist in der D&O-Versicherung ein Anfechtungsverzicht

²³ BGH VersR 2011, 1563 Rn. 32 – Heros II; OLG Düsseldorf VersR 2006, 785, 786 f. – Comroad. Instruktiv auch EWHC BeckRS 2018, 24357 Rn. 34 – 36. Krit. dazu für die D&O-Versicherung (freilich im Kontext der Herbeiführung des Versicherungsfalls) *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1416.

²⁴ Zu ihr s. im hier interessierenden Kontext *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 25 ff., 229 ff. Zum Streit um die verwandte Frage, ob die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung i. S. v. § 19 VVG auch die gutgläubigen versicherten Personen treffen, s. *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 170 ff.

²⁵ OLG Düsseldorf VersR 2006, 785, 786 f.; *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, Allg Einf AVB D&O Rn. 134; *Gädtker*, r+s 2013, 313, 320 f.; im Grundsatz auch *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 38, der dies freilich für die D&O-Versicherung als „nicht interessengerecht“ (Rn. 39) bezeichnet. Bei der D&O-Versicherung ist die versicherte Person – anders als wenn lediglich eine Zurechnung aufgrund ihrer Stellung als Begünstigte in Rede steht (s. dazu *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, 32. Aufl. 2024, § 47 Rn. 8, 13, 18) – nicht Dritter i. S. v. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB (*Looschelders*, r+s 2015, 581, 585 f.; *Sommer*, ZVersWiss 2013, 591, 500 f.).

²⁶ *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, Allg Einf AVB D&O Rn. 24, 127, 134.

²⁷ *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1420. Als Praxisbeispiel siehe etwa Ziff. IV ABPV aus öOGH BeckRS 2021, 21622.

²⁸ BGH VersR 2011, 1563 Rn. 27 ff. – Heros II; bestätigt durch VersR 2012, 615 Rn. 20.

auch dann gegenüber versicherten Organmitgliedern unwirksam, wenn sie weder an der Täuschung beteiligt waren noch diese kannten.²⁹

Im Schrifttum wird teils die Ansicht vertreten, dass eine Repräsentantenklausel (s. zu ihr sub 2.1) es verhindern könne, dass eine Anfechtung des Versicherers sich zulasten der nicht als Repräsentanten geltenden Personen auswirkt.³⁰ Daran bestehen jedenfalls im Hinblick auf solche Klauseln, nach denen „nur solches Wissen um Gefahrumstände für Obliegenheitsverletzungen und Risikoausschlüsse erheblich ist, das aus dem Kreis der in der Repräsentantenklausel bezeichneten Personen stammt“³¹ – und darauf bezieht sich die Aussage –, durchgreifende Zweifel, da die Arglistanfechtung davon tatbestandlich gar nicht erfasst wird.

Anders ist die Lage hinsichtlich der Wissenszurechnung bei solchen Verhaltensverstößen, die an einen individuellen Verschuldensvorwurf geknüpft sind. Dazu zählen insbesondere die *wissentliche oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls*³² (s. noch sub 4. zum Ausschluss wissentlicher Pflichtverletzung) oder die Verletzung *risikobezogener Obliegenheiten* durch einzelne versicherte Personen. Die Sanktionen für derartige Verstöße sind personenbezogen; vertragswidriges Verhalten soll nur demjenigen schaden, der es selbst begangen hat (vgl. auch § 28 Abs. 1 VVG) oder dem das Handeln eines (versicherungsrechtlichen) Repräsentanten zuzurechnen ist.³³ Hingegen findet keine allgemeine Zurechnung zulasten unwissender versicherter Personen statt (*Grundsatz der Einzelwirkung*).³⁴ Auch unter dem Gesichtspunkt der versicherungsrechtlichen Repräsentantenhaftung gilt nichts anderes, da die verschiedenen versicherten Personen keine Repräsentanten füreinander sind (s. dazu sub 2.3).

4. Anwendungsfall 2: Ausschluss wissentlicher Pflichtverletzung

4.1 AVB-Gestaltung

In der D&O-Versicherung ist die Leistungspflicht des Versicherers regelmäßig nicht allein bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls, sondern auch bei wissentlicher Pflichtverletzung in den AVB ausgeschlossen

²⁹ *Melot de Beauregard/Gleich*, NJW 2013, 824, 828; *Thole*, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, 2023, S. 229 ff., 241. Vgl. aber auch OLG Frankfurt a. M. r+s 2021, 502 Rn. 69 ff.

³⁰ *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 40.

³¹ *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 40.

³² Dazu eingehend *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1416.

³³ *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 37.

³⁴ So im Erg. auch etwa BGH VersR 2003, 445 f.; *Brand*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 47 Rn. 37; *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1415.

(s. etwa Ziff. A-7.1 AVB D&O). Bei dem Risikoausschluss für wissentliche Pflichtverletzung handelt es sich um einen zentral bedeutsamen Ausschluss.³⁵ Er setzt direkten Vorsatz hinsichtlich des Pflichtverstoßes voraus.³⁶ Insoweit findet, wie bereits (sub 3.3) dargelegt, keine Zurechnung zulasten unwissender versicherter Personen statt.³⁷

In der AVB-Praxis finden sich bisweilen Differenzierungen. So wird der Versicherungsschutz wegen wissentlicher Pflichtverletzung der in Anspruch genommenen versicherten Personen teils ausdrücklich ausgeschlossen, während er bestehen bleiben soll, soweit die in Anspruch genommene versicherte Person die Pflicht nur bedingt vorsätzlich (mit *dolus eventualis*) verletzt hat. Zugleich sollen Haftpflichtansprüche wegen zumindest bedingt vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens nicht gedeckt sein.³⁸

Bisweilen werden auch Rückausnahmen vorgesehen, etwa für den Fall, dass die wissentlich verletzte Pflicht sich ausschließlich aus unternehmensinternem Recht (z. B. Satzung, Geschäftsordnung, Gesellschafter- oder Aufsichtsratsbeschluss oder arbeitgeberseitiger Weisung) ergibt und die pflichtwidrig handelnde versicherte Person vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage ausreichender Information zum Wohl des Unternehmens zu handeln.³⁹

4.2 Rechtslage bei mehreren Pflichtverletzungen

Einiges Aufsehen – auch in der D&O-Praxis – hat ein Beschluss des BGH zur Vermögensschadenhaftpflichtversicherung erregt. Demnach entfällt der Versicherungsschutz bereits dann, wenn eine von mehreren schadenursächlichen Pflichtverletzungen desselben Versicherten wissentlich begangen wurde.⁴⁰ Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass die Ausschlussklausel nicht zu einer Privilegierung führen soll, wenn Schäden teils wissentlich, teils unbewusst herbeigeführt werden. Anderenfalls könne sich derjenige, der wissentlich eine Pflicht verletzt, damit entlasten, er habe den Schaden auch durch weitere – und zwar lediglich fahrlässige – Pflichtverletzungen verursacht.⁴¹ Dies sei auch dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbar, denn er verstehe, dass der

³⁵ S. dazu *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, AVB D&O Ziff. A-7 Rn. 51 ff.

³⁶ BGH VersR 2001, 1103, 1104.

³⁷ *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 129; *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1415 f.

³⁸ Praxisbeispiel: § 11 AVB-D&O, ERGO, Stand: Juli 2017.

³⁹ Praxisbeispiel: § 6 AVB-D&O 5.0, VOV, Stand: August 2019.

⁴⁰ BGH VersR 2015, 1156 f.; dem folgend OLG Düsseldorf r+s 2022, 505 Rn. 66; LG Hannover BeckRS 2023, 40932 Rn. 16.

⁴¹ Vgl. *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1417.

Ausschluss bereits dann gelte, wenn der Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung zumindest mitverursacht ist.⁴²

Dem genannten Beschluss des BGH lässt sich keine Stellungnahme zu der Konstellation entnehmen, dass ein Schaden von mehreren versicherten Personen nur teilweise wissentlich verursacht wird.⁴³ Im Schrifttum wird es teils gleichwohl unternommen, die vom BGH aufgestellten Regeln auf diese Fallgestaltung zu übertragen. Dies soll zur Folge haben, dass in der typischen D&O-Haftpflichtkonstellation, in der eine versicherte Person vorsätzlich eine Pflicht verletzt, eine andere versicherte Person dies erfährt und wissentlich in Kauf nimmt, während ein dritter Versicherter davon nichts mitbekommt und nur fahrlässig seine Aufsichts- bzw. Organisationspflichten verletzt, auch Letzterer seinen Versicherungsschutz verliere.⁴⁴ Die Konsequenz sei, dass der nur fahrlässig handelnde Versicherte im Ergebnis trotzdem persönlich haften müsste.⁴⁵ Dagegen lässt sich indessen anführen, dass eine Mithaftung der nur fahrlässig handelnden Versicherten aufgrund des Vertrauensgrundsatzes nicht in Betracht kommt, solange die Organmitglieder keine entsprechende Nachfragepflicht trifft.⁴⁶

Während die Literatur überwiegend die Anwendbarkeit des genannten Beschlusses auf die D&O-Versicherung ablehnt,⁴⁷ ist vereinzelt vorgeschlagen worden, die Freistellung gegenüber der Versicherungsnehmerin in der Höhe zu versagen, in der die vorsätzlich handelnde Person im Gesamtschuldnerausgleich mit der nur fahrlässig handelnden Person allein haftet.⁴⁸ Alternativ könne der Versicherer vom Gesamtschaden freistellen und nur den vorsätzlich Handelnden in Regress nehmen, obwohl nicht ersichtlich sei, warum der Versicherer das Insolvenzrisiko tragen solle.⁴⁹ Die Lösung soll demnach darin liegen, dass die versicherten Personen mit Ausnahme des wissentlich Handelnden über eine uneingeschränkte Abwehrdeckung verfügen, während ihre Haftung im Rahmen der Freistellung von vornherein in dem Umfang gekürzt wird, der auf die wis-

⁴² BGH VersR 2015, 1156 f.

⁴³ Vgl. *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 39; *Lange*, in: Veith/Gräfe/Lange/Rogler, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 125; a. A. *Langheid*, VersR 2017, 1365, 1367.

⁴⁴ Vgl. *Langheid*, VersR 2017, 1365, 1367.

⁴⁵ *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 103 Rn. 15.

⁴⁶ *Segger*, VersR 2018, 329, 332; krit. *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 103 Rn. 16.

⁴⁷ *Ihlas*, in: MünchKomm-VVG, 2. Aufl. 2017, 320. D&O Rn. 894; *Looschelders*, VersR 2018, 1413, 1420.

⁴⁸ *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 103 Rn. 15 (mit Darstellung des Streitstands in Rn. 16); *Langheid*, VersR 2023, 1078, 1079.

⁴⁹ *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 103 Rn. 15.

sentliche Handlung entfällt.⁵⁰ Bei einer solchen Kürzung könnte die Versicherungsnehmerin allerdings schlechter gestellt sein als wenn sie gar keine D&O-Versicherung abgeschlossen hätte, da sie dann das fahrlässig handelnde Organmitglied auf volle Haftung in Anspruch nehmen könnte.⁵¹

Für die D&O-Versicherung wird daher insoweit zu Recht vorgebracht, dass der Anspruch auf eine Versicherungsleistung individuell der versicherten Person zusteht, weshalb ein Ausschlussstatbestand für subjektive Merkmale *grundsätzlich nicht übertragbar* ist.⁵² Sofern *mehrere versicherte Personen* Teilursachen setzen, handelt es sich nach dem Claims-Made-Prinzip um mehrere Versicherungsfälle, die individuell zu beurteilen sind.⁵³ Eine Parallele zu dem BGH-Beschluss lässt sich mithin lediglich hinsichtlich des Ausschlusses für Pflichtverletzungen bilden, die *ein und dieselbe versicherte Person* teils wissentlich und teils fahrlässig begeht. In der AVB-Praxis wird dementsprechend bisweilen ausdrücklich klargelegt, dass der Versicherungsschutz für Versicherungsfälle, die *ausschließlich* auf fahrlässiger oder bedingt vorsätzlicher Pflichtverletzung beruhen, durch den Ausschluss für wissentliche Pflichtverletzungen nicht berührt wird.⁵⁴

5. Ergebnisse

(1) Die Wissenszurechnung nach verbandsrechtlichen Regeln richtet sich nach dem Grundsatz, dass der Vertragspartner einer juristischen Person demjenigen einer natürlichen Person möglichst gleichgestellt sein soll. Dies führt zu einer weitreichenden Zurechnung des Wissens von Organmitgliedern und sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertretern zur versicherungsnehmenden Gesellschaft.

(2) Bei der Rückwärtsdeckung führt die durch eine versicherte Person vermittelte Kenntnis der Versicherungsnehmerin von vorvertraglichen Pflichtverletzungen dazu, dass die Einstandspflicht des D&O-Versicherers insgesamt, d. h. auch für unwissende versicherte Personen, entfällt. Insoweit lässt sich eine Parallele zur Rechtslage bei der Arglistanfechtung bilden.

(3) Bei subjektiven Risikoausschlüssen sowie bei risikobezogenen Obliegenheitsverletzungen scheidet eine Wissenszurechnung zwischen mehreren ver-

⁵⁰ Langheid, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 103 Rn. 17.

⁵¹ Kordes, r+s 2019, 307, 310 f.; Looschelders, VersR 2018, 1413, 1418.

⁵² Ihlas, in: MünchKomm-VVG, 2. Aufl. 2017, D&O Rn. 894; Looschelders, VersR 2018, 1413, 1417 ff. Teils abweichend Langheid, VersR 2017, 1365, 1368 f.

⁵³ S. bereits Armbrüster, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, AVB D&O Ziff. A-7 Rn. 55 f.; Looschelders, VersR 2018, 1413, 1418 f.

⁵⁴ Praxisbeispiel: § 6 AVB-D&O 5.0, VOV, Stand: August 2019.

sicherten Personen aus. Sie wird auch nicht über eine Kenntnis der Versicherungsnehmerin vermittelt.

(4) Werden Schäden von mehreren versicherten Personen teils wissentlich, teils fahrlässig verursacht, so führt dies nicht zu einer Kürzung des Freistellungs- oder Schadensersatzanspruchs der nicht wissentlich Handelnden.

Literaturverzeichnis

- Armbrüster, C.*: Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 2019.
- Armbrüster, C./Kosich, M.*: Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2020, 1494 – 1505.
- Bachmann, G./Grundmann, S./Mengel, A./Krolop, K.* (Hrsg.): Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin/Boston 2020 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: FS Windbichler).
- Beckmann, R. M./Koch, R.* (Hrsg.): Bruck/Möller, VVG: Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 2: §§ 19 – 73 VVG, 10. Auflage, Berlin/Boston 2022 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG).
- Beckmann, R. M./Koch, R.* (Hrsg.): Bruck/Möller, VVG: Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 4: §§ 100 – 124 VVG; AVB D&O 2020, 10. Auflage, Berlin/Boston 2022 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG).
- Beckmann, R. M./Matusche-Beckmann, A.* (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage, München 2015 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-HdB).
- Felsch, J.*: Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH zum Versicherungsrecht – Rechtsschutzversicherung –, r+s 2020, 301 – 316.
- Gädtker, T.*: Schutz gutgläubiger Organmitglieder bei Anfechtung des Versicherers – nach der Entscheidung des BGH „Heros II“?, r+s 2013, 313 – 322.
- Goette, W./Habersack, M.* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 2: §§ 76 – 117, MitbestG, DittelbG, 6. Auflage, München 2023 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: MünchKomm-AktG).
- Hoffmann-Becking, M.*: Sinn und Unsinn der D&O-Versicherung, ZHR 181 (2017), 737 – 745.
- Kordes, T.*: D&O-Versicherung: Zusammentreffen von wissentlicher Pflichtverletzung und weiteren fahrlässigen Pflichtverletzungen, r+s 2019, 307 – 311.
- Lange, O.*: D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Auflage, München 2022.
- Lange, O.*: Die vorvertragliche Anzeigepflicht in der D&O-Versicherung, VersR 2006, 605 – 612.
- Langheid, T./Grote, J.*: Deckungsfragen der D&O-Versicherung, VersR 2005, 1165 – 1175.
- Langheid, T./Rixecker, R.* (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 7. Auflage, München 2022 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Langheid/Rixecker).

- Langheid, T./Wandt, M.* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1: §§ 1–99 VVG, 3. Auflage, München 2022 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: MünchKomm-VVG).
- Langheid, T./Wandt, M.* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 3: Nebengesetze, 2. Auflage, München 2017 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: MünchKomm-VVG).
- Langheid, T.*: Katharina Thole, Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, *VersR* 2023, 1078–1079.
- Langheid, T.*: Wissentliche und fahrlässige Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung, *VersR* 2017, 1365–1370.
- Lehmann, M.*: Zurechnung im Versicherungsrecht – Die Rechtsfigur des Repräsentanten, *r+s* 2019, 361–369.
- Looschelders, D./Pohlmann, P.* (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 4. Auflage, Köln 2023 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Looschelders/Pohlmann).
- Looschelders, D.*: Der Risikoausschluss bei vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzung – Auswirkungen auf die Rechtsstellung der VN und anderer Versicherter, *VersR* 2018, 1413–1420.
- Melot de Beauregard, P./Gleich, C.*: Aktuelle Problemfelder bei der D&O-Versicherung, *NJW* 2013, 824–829.
- Prölss, E. (Begr.)/Martin, A.* (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 32. Auflage, München 2024 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin).
- Segger, S.*: Keine Haftung unbeteiligter Organmitglieder für wissentliche Pflichtverletzungen ihrer Kollegen, *VersR* 2018, 329–332.
- Thole, K.*: Das Risiko von Deckungslücken durch die Wissens- und Verhaltenszurechnung in der D&O-Versicherung, Karlsruhe 2023.
- Veith, J./Gräfe, J./Lange, O./Rogler, J.* (Hrsg.): Der Versicherungsprozess, 5. Auflage, Baden-Baden 2023 (zitiert nach *Bearbeiter*, in: Veith/Gräfe/Lange/Rogler).
- Wendt, R.*: Die Rechtsprechung des BGH zum Versicherungsrecht, *r+s* 2010, 221–233.