

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII

## **Erster Teil. Die Organhaftung in der schweizerischen juristischen Lehre und Praxis** 1

### **§ 1. Die Haftung nach Zivilrecht** 3

I. Der Organbegriff im schweizerischen Recht	4
II. Die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen	5
A. Schaden	5
1. Die Schadensdefinition im allgemeinen Haftpflichtrecht	5
a. Differenztheorie	5
b. Schadensarten	6
2. Der reine Vermögensschaden im Haftpflichtrecht	6
a. Der reine Vermögensschaden als Sonderfall	6
b. Direkter und indirekter Schaden (Reflexschaden)	8
c. Mittelbarer und unmittelbarer Schaden	9
3. Der Schaden im Verantwortlichkeitsrecht	10
B. Kausalzusammenhang	13
1. Der natürliche Kausalzusammenhang	13
a. Definition und Bedeutung	13
b. Der natürliche Kausalzusammenhang bei reinen Vermögensschäden	14
c. Der hypothetische Kausalzusammenhang bei Unterlassungen	15
d. Der Kausalzusammenhang im Verantwortlichkeitsrecht	17
e. Der natürliche Kausalzusammenhang im Sozialversicherungsrecht	18
f. Fazit	19
2. Der adäquate Kausalzusammenhang	20
a. Definition und Bedeutung	20
b. Ex-post-Betrachtung und Voraussehbarkeit	22
c. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges	23
d. Die adäquate Kausalität im Sozialversicherungsrecht	24
e. Die adäquate Kausalität im Bereich der Verantwortlichkeit	25
C. Widerrechtlichkeit	26
1. Widerrechtlichkeit im allgemeinen Haftpflichtrecht	26
a. Die Widerrechtlichkeit bei Verletzung absoluter Rechte	26
b. Die Widerrechtlichkeit bei reinen Vermögensschäden	26
2. Das Schutznormerfordernis bei reinen Vermögensschäden	28
3. Exkurs: Die Geschichte von OR 41	30
a. Das französische Recht als Pate, nicht aber als Ziehvater	30

b.	Allmähliche Rezeption des Begriffs der objektiven Widerrechtlichkeit	32
c.	Die Entstehung von OR 41 II	33
d.	Fazit	36
4.	Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie	38
5.	Die Widerrechtlichkeit im Verantwortlichkeitsrecht	40
a.	Die zwingende Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	40
b.	Anwendbarkeit der Schutznormtheorie im Aktienrecht?	40
c.	Die aktienrechtliche Kernnorm von OR 754	43
d.	Die Treuepflicht nach OR 717	43
e.	Die business judgment rule	45
f.	Die Haftung aus unübertragbaren Aufgaben nach OR 716a	47
g.	Die Haftung aus mangelhafter Organisation nach OR 716b	48
h.	Die Prospekthaftung (OR 752, Emissionsprospekt)	49
i.	Gründungshaftung (OR 753)	50
j.	Kapitalverlust und Überschuldung (OR 725)	51
k.	Die Haftung aus Umstrukturierungen (FusG 108)	56
l.	Banken als Sonderfall der Organhaftung	57
6.	Exkurs: Schutznormen ausserhalb des Aktienrechts	58
a.	Die Ad-hoc-Publizität (KR 72)	58
aa.	Die Regelung des Kotierungsreglements	58
ab.	Rechtsnatur von Art. 72 KR	59
ac.	Schutznormqualität von Art. 72 KR?	59
ad.	Loslösung der Haftung von der Schutznormdiskussion	61
b.	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit	62
ba.	Wirtschaftsstrafrechtliche Normen des StGB	62
bb.	Strafrechtliche Normen in Spezialgesetzen	63
bc.	Zivilrechtliche Haftung	64
bd.	Prozessuale Bedeutung der erhobenen Beweise im Zivilprozess	65
be.	Strafrecht und Versicherung	65
bf.	„Plea bargaining“ nach E-StPO und Versicherung	65
D.	Verschulden	67
1.	Das Verschulden im allgemeinen Haftpflichtrecht	67
a.	Absicht, Vorsatz und Eventualvorsatz	70
b.	Leichte oder einfache Fahrlässigkeit	71
c.	Mittlere oder mittelschwere Fahrlässigkeit	72
d.	Grobe oder schwere Fahrlässigkeit	73
2.	Das Verschulden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	74
III.	Die Haftung der Revisionsstelle insbesondere	76
A.	Organ durch Sonderbestimmung (OR 755)	76
B.	Die ordentliche Revision	78
C.	Die eingeschränkte Revision	81
D.	Die freiwillige Revision	83
E.	Die Revisionshaftpflicht in der Gesamtperspektive	85
IV.	Die ausservertragliche Haftpflicht	90
A.	Die Haftung nach OR 41	90
1.	Die Haftung nach OR 41 I	90
2.	Die Haftung nach OR 41 II	90

3. Die Anwendung von OR 41 in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	94
B. Die Vertrauenshaftung	96
1. Vertrauensschaden und Vertrauenshaftung	96
2. Versuch einer dogmatischen Einordnung	97
3. Parallelen zu englischen Ansätzen	100
4. Die Vertrauenshaftung von Organpersonen	101
C. Die Herabsetzung des Schadenersatzes nach OR 43/44	102
1. Die Schadenersatzbemessung nach OR 43 I	102
a. Die Kürzung der Schadenersatzbemessung aufgrund der Umstände	102
aa. Zurückhaltende Anwendung durch die Gerichte	102
ab. OR 43 als Korrektiv einer breiten Haftung	103
ac. Berücksichtigung der Versicherungsdeckung?	105
ad. Gefälligkeitsdienste	105
ae. Weitere Umstände	106
b. Die Kürzung der Schadenersatzbemessung aufgrund des Verschuldens	106
2. Herabsetzungsgründe nach OR 44	106
V. Prozessuale Besonderheiten	107
A. Aktiv- und Passivlegitimation	107
1. Vor Konkurs	107
2. Nach Konkurs	108
a. Die Raschein-Doktrin (einheitlicher Anspruch Gläubiger-gesamtheit)	108
aa. Die Rechtsnatur des Klagerechts	108
ab. Keine Überprüfung der Kollokation im Verantwortlichkeitsprozess	109
ac. Beschränkte Zulassung der Verrechnungseinrede	109
b. Die beschränkte Aktivlegitimation und die X.-Corporation-Praxis	110
ba. Die X.-Corporation-Praxis	110
bb. Die eingeschränkte Aktivlegitimation	111
c. Würdigung der bundesgerichtlichen Praxis	111
3. Lange Prozessdauer	112
a. Zermürbung, hohe Kosten und viele Vergleiche	112
b. Vorschlag eines summarischen Vorverfahrens	112
B. Einreden	112
C. Differenzierte Solidarität (OR 759 I)	113
1. Weitgehende Eliminierung der Solidarität im Aussenverhältnis	113
2. Wirkungen der Solidarität im Innenverhältnis	115
3. E-OR 759 I <sup>bis</sup> : Die differenzierte Solidarität der Revisionsstelle	116
a. Die Regelung von OR 759 I als Ausgangspunkt	116
b. Die Revisionshaftung als rechtliche Problemzone	117
c. Widersprüchliche Signale	119
D. Die Kostenfrage (OR 756 II und OR 759 II)	119
1. Von der Absicht des Gesetzgebers	119
2. Risikoeinschätzung und qualifizierte Hoffnung	120
a. OR 759 II ist kein Allerheilmittel	120

b. Kostenverteilung nach Ermessen ausser Konkurs (OR 756 II)	121
3. Die einschränkende Praxis des Bundesgerichts	123
a. Interessenkonflikte und unterschiedliche Klagefundamente	123
b. Anwendung von OR 756 II nur in der ersten Instanz	123
c. Fazit	123
4. Wirkung der D&O-Versicherung	124
5. Aktionärsklagen: Bereicherung oder Behinderung?	124
6. Steht die Streichung von OR 756 II bevor?	125
E. Der Gerichtsstand	128
F. Verjährung OR 760	129
G. Die Beweisproblematik	129
<b>§ 2. Die Haftung nach öffentlichem Recht</b>	<b>131</b>
I. Abgrenzung	131
II. Die Haftung für Beiträge zur AHV (AHVG 52)	131
A. Die Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut und Praxis	132
1. AHVG 52 als öffentlich-rechtliche Haftung	132
a. Wortlaut und Haftungsvoraussetzungen	132
b. Zuordnung zum öffentlichen Recht	132
2. Die Definition des Arbeitgebers	133
3. Die grobe Fahrlässigkeit in der Praxis von AHVG 52	134
a. Faktische Kausalhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit	134
b. Bestätigung der Praxis durch den Gesetzgeber?	136
c. Grundprinzipien des Sozialversicherungsrechts	136
d. Lockerungstendenzen in jüngerer Zeit	137
4. Die absolute Solidarität in der Praxis von AHVG 52	137
B. Die Anwendung von AHVG 52 in weiteren Bereichen	137
III. Exkurs: Weitere Haftungsbestimmungen	138
A. Die Haftung der Pensionskassenorgane (BVG 52)	138
1. Die rechtliche Ausgangslage	138
2. Zur Rechtsnatur	140
a. Haftung vertraglicher Natur oder ex lege?	140
b. Haftung privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur?	142
3. Die Haftungsvoraussetzungen nach BVG 52	144
a. Der erweiterte Organbegriff nach BVG 52	144
b. Der erweiterte Schadensbegriff nach BVG 52	144
c. Widerrechtlichkeit und öffentlich-rechtliches Legalitäts- prinzip	144
d. Kausalzusammenhang und Verschulden	146
4. Zur Solidarität	147
5. Die 1. BVG-Revision	147
6. Die Haftung der Kontrollstelle	148
a. Die Rechtsnatur des Anspruchs	148
b. Die differenzierte Solidarität der Kontrollstelle	148
c. Aktivlegitimation des Unternehmens und des Vorsorge- nehmers?	149
d. Überwachung der Loyalität in der Vermögensverwaltung	150
e. Verschärfung der Revisionspflicht im Vorsorgebereich	150
7. Haftung des Arbeitgebers?	151

a. Haftung aus OR 101 oder ZGB 55?	151
b. Haftung aus OR 55?	151
c. Haftung als faktisches Organ der Stiftung?	151
d. Haftung aus arbeitsrechtlicher Fürsorgepflicht?	152
da. Beschränkung der Fürsorgepflicht auf angestellte Stif-	
tungsräte	152
db. Zumutbarkeit	152
dc. Versicherungspflicht aus arbeitsrechtlicher Fürsorge-	
pflicht?	152
e. Unternehmerisches Interesse als Zahlungsgrund	153
B. Die Haftungsbestimmungen der Steuergesetze	153

## **Zweiter Teil. Die Versicherung der Organhaftpflicht** **155**

<b>§ 1. Allgemeines</b>	<b>157</b>
I. Der Begriff der Organhaftpflichtversicherung	157
II. Einordnung der Organhaftpflichtversicherung	158
III. Definition der Organhaftpflichtversicherung	161
A. Die allgemeine Haftpflichtversicherung als Ausgangspunkt	161
B. Die Art des versicherten Schadens	162
C. Die versicherten Personen	162
D. Übernahme der Prozess- und Anwaltskosten	163
E. Fehlvorstellungen	164
F. Keine Deckung des unternehmerischen Risikos	164
G. Fazit	165
IV. Die Rechtsschutzfunktion	166
A. Der Abwehranspruch („duty to defend“)	166
1. Rechtsschutz als eigenständiger Anspruch	166
2. Möglichkeit des Interessenkonflikts	167
B. Die Kostenübernahme als mindere Variante	168
1. Häufige Wegbedingung des Abwehranspruchs in D&O-	
Policen	168
2. Einstweilige Kostenübernahme	169
3. Erschöpfung der Versicherungslimite	170
4. Vermeidung eines Interessenkonflikts	170
5. Würdigung der Kostenübernahme	171
C. Exkurs: Fragen der Schadenabwicklung	171
1. Lokal angepasste Policentexte	171
2. Kenntnis der schweizerischen Rechtslage	172
3. Erfahrungen des Maklers	172
4. Transfer vertraulicher Daten ins Ausland	173
D. Wirkung auf die Konkursmasse und die Gläubiger	173
V. Rechtsnatur und Zulässigkeit	174
A. Zur Rechtsnatur der Organhaftpflichtversicherung	174
1. Vertrag zu Gunsten Dritter	174
2. Verfügungsmacht des Versicherungsnehmers	174
a. Das Unternehmen als Versicherungsnehmer	174
b. Vertraulichkeit der Deckung	175
3. Prämienzahlung durch die Gesellschaft	176
4. Die versicherten Personen	177
5. Haftung und Deckung	178

a.	Das Trennungsprinzip	178
b.	Voraussetzungen der Deckung	179
c.	Tendenz zum Entschädigungssystem	179
B.	Zur Zulässigkeit der Organhaftpflichtversicherung	180
1.	Gesetzes- und Sittenwidrigkeit als absolute Grenze	180
2.	Gesellschaftsrechtliche und wirtschaftliche Aspekte	180
3.	Der Selbstbehalt als Sonderproblem	181
a.	Definition	181
b.	Selbstbehalte zu Lasten des versicherungsnehmenden Unternehmens	181
c.	Individuelle Selbstbehalte zu Lasten der Organpersonen	182
4.	Risikotragung durch die Versicherungsgesellschaft?	183
5.	Verpflichtung zum Versicherungsabschluss?	184
VI.	Vorschriften des VVG	185
A.	Die zwingenden Vorschriften des VVG	185
1.	Absolut zwingende Vorschriften nach VVG 97 (VE-VVG 110 II)	185
a.	Rechtsnatur und Schutzcharakter	185
b.	Die zwingenden Normen im D&O-Geschäft	187
c.	Abschliessende Aufzählung und Verbesserungsbedarf	188
d.	Zwingende statt dispositive Regelung in der Totalrevision	189
e.	Auswirkungen der Totalrevision auf Grossrisiken	189
f.	Auswirkungen auf die mittleren Unternehmen	191
g.	Auswirkungen auf die Agenten	191
h.	Geltung des VVG als lex specialis	191
i.	Nichtigkeit bei Schadenseintritt vor Abschluss (VVG 9; VE-VVG 14)	192
ia.	Die Rückwärtsversicherung im allgemeinen Haftpflichtrecht	192
ib.	Verstösst das Anspruchserhebungsprinzip gegen VVG 9?	193
ic.	Zulassung der Rückwirkung im Vorentwurf zum VVG	194
j.	Teilbarkeit der Prämie (VVG 24)	194
k.	Versicherungsobligatorium und die Regelungen des VE-VVG	195
ka.	Direktes Forderungsrecht und Auskunftsanspruch (VE-VVG 74)	195
kb.	Der Einredenausschluss nach VE-VVG 82	196
kc.	Auswirkungen auf die Versicherungen reiner Vermögensschäden	197
l.	Ungenügende Versicherungsdeckung (VE-VVG 75)	199
2.	Die relativ zwingenden Vorschriften nach VVG 98	199
a.	Allgemeines	199
b.	Die Informationspflicht (VVG 3, 3a; VE-VVG 6, 7)	201
c.	Anzeigepflicht und „Severability“ (VVG 6; VE-VVG 10)	204
d.	Die wesentliche Gefahrerhöhung (VVG 28; VE-VVG 35)	206
e.	Die Unklarheitenregel (VVG 33; VE-VVG OR 20a)	208
f.	Rücktritt im Schadenfall (VVG 42)	209
g.	Konkurs des Versicherungsnehmers (VVG 55; VE-VVG 49)	209
h.	Vereitelung des Versicherungsanspruchs (VVG 60)	211

B.	Relevante dispositive Vorschriften des VVG	213
1.	Absicht und Grobfahrlässigkeit VVG 14	213
a.	Absicht nach VVG 14 I (VE-VVG 32 I lit. a)	213
b.	Grobfahrlässigkeit nach VVG 14 II (VE-VVG 32 II-IV)	214
ba.	Die gesetzliche Regelung	214
bb.	Die Praxis in der D&O-Versicherung	215
bc.	Die Praxis in der Berufshaftpflichtversicherung	215
bd.	Die vorgeschlagene Lösung nach VE-VVG 32	216
2.	Die Schadenanzeigespflicht nach VVG 38 (VE-VVG 24)	216
3.	Die Schadenminderungspflicht (VVG 61; VE-VVG 23)	220
4.	Vereitelung des Regresses (VVG 72; VE-VVG 64 f.)	220
<b>§ 2.</b>	<b>Gemeinsamkeiten der Versicherungen des reinen Vermögensschadens</b>	<b>221</b>
I.	Die Definition des reinen Vermögensschadens	221
A.	Der reine Vermögensschaden	221
B.	Der Vermögensfolgeschaden	221
C.	Der gedeckte Reflexschaden und direkte Schäden	222
II.	Geographischer Geltungsbereich der Deckung	223
III.	Der Versicherungsfall	224
A.	Allgemeines	224
1.	Die zeitlichen Zurechnungsvarianten („trigger“)	224
2.	Die Verstoff- oder Verursachungszurechnung („act committed“)	225
3.	Die Manifestationstheorie („occurrence“)	225
B.	Das Anspruchserhebungsprinzip („claims made“-Prinzip)	225
1.	Das Grundprinzip	225
2.	Vor- und Nachteile des Anspruchserhebungsprinzips	227
a.	Die Vorteile des Anspruchserhebungsprinzips	227
b.	Die Nachteile des Anspruchserhebungsprinzips	228
3.	Die Vertragsfreiheit	229
a.	Die Einschränkungen des Anspruchserhebungsprinzips	229
aa.	Ausschluss bekannter Ereignisse	229
ab.	Stipulierung eines Retroaktivitätsdatums	229
ac.	Die Vermischung der Zurechnungsprinzipien als Unklarheit	230
b.	Die Erweiterungen des Anspruchserhebungsprinzips	230
ba.	In die Police integrierte kurze Nachmeldefrist	230
bb.	Einkauf einer Nachmeldefrist („extended reporting period“)	231
4.	Mehrjährige Policendauer	232
5.	Automatische Vertragsverlängerung	233
6.	Möglichkeit der präventiven Mitteilung („notice of circumstances“)	233
7.	Die Gefahr der Versicherungslücke	234
a.	Das Problem	234
b.	Die Hinweispflicht des Maklers	235
IV.	Die Deckungslimite (Versicherungssumme)	235
A.	Die Einmalgarantie pro Policendauer („aggregate limit of liability“)	235
B.	Die Maximierungsklausel	237
C.	Limiten pro Deckungsart bei kombinierten Deckungen	237

D.	Die Serienschadenklausel	238
V.	Allgemeine Ausschlüsse	239
A.	Vorsatz und Wissen	239
1.	Der versicherungsvertragliche Ausschluss des Vorsatzes	239
2.	Der versicherungsvertragliche Ausschluss des Wissens	240
B.	Bussen	242
VI.	Die Obliegenheiten der Versicherten und des Versicherungsnehmers	243
A.	Zessionsverbot	243
B.	Vertragstreue	243
<b>§ 3.</b>	<b>Die D&amp;O-Versicherung</b>	<b>245</b>
I.	Die Geschichte der D&O-Versicherung	245
A.	Die Anfänge der D&O-Versicherung	245
B.	Die weltweite Verbreitung der D&O-Versicherung	245
C.	Der Einbruch Mitte der Achtzigerjahre	246
D.	Die Entwicklung in den Neunzigerjahren	248
E.	Die Entwicklung nach der Krise von 2001 bis heute	248
F.	Ein Blick in die Zukunft	249
II.	Der schweizerische D&O-Markt	249
A.	Versicherungslimiten, Prämien und Schadenbelastung	249
B.	Die internationale Prägung des D&O-Marktes	252
III.	Kollektivversicherung	253
IV.	Underwriting-Prozess	253
V.	Vertrag zu Gunsten Dritter	254
VI.	Wichtige Vertragsklauseln der D&O-Versicherung	254
A.	Firmenhaftungserstattung („company reimbursement“)	254
1.	Indemnifikation durch die Gesellschaft	254
2.	Zahlung einer Vergleichssumme durch die Gesellschaft	256
3.	Ersatz der Prozesskosten	256
4.	Ist die Indemnifikation versicherbar?	257
5.	Die vertragliche Versicherungsverschaffungsklausel	258
6.	Zur Problematik des Selbstbehaltes	259
7.	D&O-Versicherung über eine Captive-Versicherungsgesellschaft	260
8.	„Hold harmless agreements“ in fiduziarischen Verhältnissen	262
B.	Ansprüche von Grossaktionären („major shareholders“)	263
C.	Umweltschäden	263
D.	Die Deckung von Innenansprüchen (Innenhaftung)	265
1.	Bedeutung im internationalen Kontext	265
2.	Die Deckung von in Deutschland erhobenen Innenansprüchen	265
3.	Deckung für Innenansprüche in Common-Law-Ländern	266
a.	Ansprüche von Organpersonen („insured versus insured“)	266
b.	Ansprüche der Gesellschaft („company versus insured“)	267
c.	Abgeleitete Klagen („derivative actions“)	268
4.	Die Deckung derivativer Schäden im schweizerischen Kontext	269
E.	Subsidiaritätsklauseln	270
F.	Mandate bei Drittgesellschaften („outside directorship“)	273
G.	Umstrukturierungen (M&A-Klauseln)	276
1.	Neu gegründete oder erworbene Gesellschaften	276

2. Deckung bei Übernahme oder Fusion der Gesellschaft	278
3. Berührungspunkte mit der Berufshaftpflicht	279
H. Deckung für Börsengänge	279
I. Deckung für Rechtsnachfolger versicherter Personen	280
J. Arbeitnehmeransprüche (EPL)	280
K. Abgrenzung von Mischfällen (Allokation)	282
L. Ungenügende Versicherungsdeckung	282
VII. Deckung für strafrechtliche Ansprüche?	283
A. Beschränkte Deckung für strafrechtliche Abwehrkosten	283
B. Bussen und Geldstrafen	284
C. Punitive Damages	284
D. Industrie-Strafrechtsschutz	284
VIII. Die D&O-Deckung im internationalen Kontext	285
IX. Deckung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche	286
A. Einleitung	286
B. Die Versicherbarkeit der Haftung aus AHVG 52	286
1. Ausschluss von AHVG 52 aus der Organhaftpflichtversicherung	286
2. Gewährung von Rechtsschutz bei KMU?	286
3. Stillschweigende Deckung bei guter Bonität?	287
4. Der Vorsatzausschluss als „pièce de résistance“	287
5. Grobfahrlässigkeit nach AHVG 52 und nach VVG 14 II	287
6. Weitere Überlegungen	288
a. Liegt ein Schaden im Sinne des Haftpflichtrechts vor?	288
b. Liegt ein ungewisses Ereignis vor?	288
c. Haftungsrisikoversicherung statt Organhaftpflicht?	289
C. Zur Versicherung der Haftung nach BVG 52	289
1. Überblick	289
2. Der Einschluss in eine bestehende D&O-Versicherung	289
D. Exkurs: Versicherbarkeit von Steuerforderungen?	290
X. Die D&O-Versicherung für KMU-Betriebe	291
<b>§ 4. Einzel- und Kollektivversicherung</b>	<b>293</b>
I. Die Einzelversicherung	293
II. Die Kollektivversicherung	294
<b>§ 5. Exkurs: Die Stiftungsratshaftpflichtversicherung</b>	<b>295</b>
<b>§ 6. Die Berufshaftpflichtversicherungen</b>	<b>297</b>
I. Die Berufshaftpflichtversicherung der Revisoren	297
II. Die Berufshaftpflichtversicherung für Anwälte	300
III. Die kombinierte Versicherung für Banken	301
<b>§ 7. Schlussbetrachtung</b>	<b>302</b>
Anhang 1 (Beispiel VVG 3 Information für D&O-Policen)	305
Anhang 2 (Fragebogen zur Marktumfrage)	307
Stichwortverzeichnis	309