

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
A. Einleitung .....	1
I. Das Problem .....	1
II. Der Gang der Untersuchung .....	3
B. Die Haftungsfreistellung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts .....	8
I. Die Ausgangslage .....	8
1. Die zivilrechtlichen Grundlagen von Freistellungsvereinbarungen .....	8
2. Die Abgrenzung der Freistellung von anderen gesellschaftsrechtlichen Instituten .....	10
a) Die haftungsbefreiende Handlungsermächtigung .....	10
aa) Die Aktiengesellschaft .....	10
(I.) Der Hauptversammlungsbeschluß nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG .....	10
(II.) Der Aufsichtsratsbeschluß nach § 93 Abs. 4 S. 2 AktG ...	12
bb) Die GmbH .....	13
b) Die Entlastung der Organe .....	14
c) Die Folgerungen .....	15
3. Die Freistellung, die gesellschaftsrechtliche Haftungsstruktur und das steigende Haftungsrisiko .....	15
a) Der rechtstatsächliche Befund .....	15
b) Die Bedeutung der D&O-Versicherung für den Anwendungsbereich von Freistellungsvereinbarungen .....	17
c) Die Haftungsverschärfung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung .....	17
d) Die praktische Notwendigkeit für Freistellungsvereinbarungen ...	20
II. Die Freistellung und der Verzicht durch den Unternehmensträger .....	21

1. Die Aktiengesellschaft .....	21
a) Die Freistellungs- und Verzichtsvereinbarungen unter §§ 93 Abs. 4 S. 3, 116 S. 1 AktG .....	21
aa) Der Regelungsgehalt des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	21
bb) Die Befreiung des Organmitglieds von Schadenersatz- ansprüchen nach § 93 Abs. 2 AktG .....	22
b) Die Abtretung des Innenhaftungsanspruchs an einen Dritten .....	23
c) Die Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Organmitglieds .....	25
d) Die Freistellung für die Fälle ausschließlicher Außenhaftung .....	26
aa) Die ausschließliche Außenhaftung bei fehlender Organpflichtverletzung .....	26
bb) Die Freistellung von einer ausschließlichen Außenhaftung bei zugleich verwirklichter Verletzung von Organpflichten im Innenverhältnis .....	27
(I.) Die direkte oder analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	27
(II.) Die Einhaltung der Organpflichten bei der Entscheidung über eine Freistellung .....	30
(1.) Das Problem .....	30
(2.) Die Organpflichten hinsichtlich der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen und die Über- tragbarkeit der Grundsätze auf die vorliegende Problematik .....	31
(a) Die allgemeinen Grundsätze nach der ARAG-Rechtsprechung .....	31
(b) Die Frage einer möglichen Verschärfung der Organpflichten bei differentialdiagnostischer Berücksichtigung des § 148 Abs. 1 Nr. 4 AktG ...	32
(c) Die Konkretisierung des Abwägungsmaßstabs für die Fälle der Freistellung .....	34
2. Die GmbH .....	36
a) Die Haftungsbefreiung unter § 43 GmbHG .....	36
aa) Der Verzicht .....	36
bb) Die Freistellung .....	39
b) Die Haftungsbefreiung fakultativer GmbH-Organe .....	40
III. Die Freistellung durch Dritte .....	40
1. Das Problem .....	40
2. Die Auswirkungen von Freistellungsvereinbarungen auf den Grundsatz der Unabhängigkeit der Organmitglieder ..	41
a) Der Aufsichtsrat .....	41
aa) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze .....	41
(I.) Der Wortlaut des § 111 Abs. 5 AktG .....	41
(II.) Der teleologische und systematische Hintergrund: Interessenpluralismus und Interessenkollision .....	42
(III.) Die Notwendigkeit eines Unabhängigkeitspostulats .....	48

bb) Der Eingriff in den Grundsatz der Unabhängigkeit .....	52
(I.) Die unbedingte Freistellung gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern .....	52
(II.) Die bedingte und kündbare Freistellungsvereinbarung ..	54
(1.) Das Setzen spezifischer Handlungsanreize durch bedingte Freistellungen .....	54
(2.) Die Konkretisierung des zulässigen Inhalts einer Freistellungsvereinbarung .....	55
(a) Die Differenzierung zwischen inhaltlichen und prozeduralen Bedingungen .....	55
(b) Die entscheidungsneutralen Risikoausschlüsse ...	55
(3.) Die durch den Freistellungsschuldner kündbaren Freistellungsvereinbarungen .....	56
(a) Die Notwendigkeit einer Differenzierung nach der Art des Kündigungsrechts .....	56
(b) Die außerordentlichen Kündigungsrechte .....	57
(c) Die ordentlichen Kündigungsrechte .....	58
(4.) Die change of ownership-Klausel .....	59
(III.) Der Eingriff in die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und die Nichtigkeitssanktion .....	61
(1.) Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot .....	61
(2.) Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB .....	62
(a) Der Sittenwidrigkeitsbegriff .....	62
(b) Die fehlende Geeignetheit des Sittenwidrigkeits- begriffs zur Beurteilung von Eingriffen in die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds .....	63
(3.) Die Überlagerung des Schuldrechts durch gesellschaftsrechtliche Wertungen .....	66
(a) Die aktienrechtlichen Verbotsvorschriften .....	66
(b) Das Umgehungsverbot .....	66
(c) Die gesellschaftsrechtliche Institutionenbildung ..	67
b) Der Vorstand .....	69
aa) Die unabhängige Aktiengesellschaft .....	69
bb) Die abhängige Aktiengesellschaft .....	72
(I.) Der faktische Konzern .....	72
(II.) Der qualifiziert faktische Konzern .....	73
(III.) Der Vertragskonzern .....	74
c) Der GmbH-Geschäftsführer .....	75
aa) Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer als wesentliches Strukturprinzip der Unternehmensleitung .....	75
(I.) Die Zulässigkeit der Einschränkung der Geschäftsführerautonomie durch Vertrag .....	75
(II.) Die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses .....	76
bb) Das Verhältnis des Geschäftsführers gegenüber Dritten .....	77
(I.) Die Zulässigkeit der Einräumung von Weisungs- rechten gegenüber Dritten .....	77
(II.) Die Anwendung der Grundsätze auf Freistellungs- vereinbarungen .....	80

3. Die Auswirkungen von Freistellungsvereinbarungen auf den Grundsatz der Gesamtverantwortung der Organmitglieder .....	80
a) Das Problem .....	80
b) Der Grundsatz der Gesamtverantwortung und der Gleichberechtigung .....	81
aa) Die allgemeinen Prinzipien .....	81
bb) Die Haftungsbefreiung durch die eigene Gesellschaft .....	83
cc) Die Freistellung durch einzelne Gesellschafter oder gesellschaftsfremde Dritte .....	85
IV. Der Abschluß konzerninterner Freistellungsvereinbarungen ...	86
1. Die Freistellung im faktischen Konzern zwischen Aktiengesellschaften .....	86
a) Das Problem .....	86
b) Die Freistellung des herrschenden Unternehmens zugunsten der Organmitglieder des abhängigen Unternehmens .....	86
aa) Die Frage der Einschlägigkeit von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG bei Freistellung durch eine herrschende Aktiengesellschaft ...	86
bb) Die Entscheidung über die Freistellung zugunsten der Organmitglieder des abhängigen Unternehmens als Frage des unternehmerischen Ermessens des Managements der herrschenden Gesellschaft .....	87
c) Die Freistellungspflicht einer abhängigen Gesellschaft zugunsten der Organmitglieder einer herrschenden Aktiengesellschaft sub specie des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	88
2. Die Freistellung im Aktien-Vertragskonzern .....	90
3. Die Freistellungsvereinbarungen im GmbH-Konzern .....	91
V. Die Kombination einer Freistellungsvereinbarung durch ein nicht verbundenes Unternehmen mit einer Rück-erstattungspflicht der Aktiengesellschaft zugunsten dieses Freistellungsschuldners .....	95
C. Die D&O-Versicherung und die Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts .....	96
I. Die D&O-Versicherung als Rechtsprodukt .....	96
1. Der historische Hintergrund .....	96
2. Die Struktur des D&O-Versicherungsvertrags .....	101
3. Der Stand der Wissenschaft und Praxis der D&O-Versicherung .....	103
II. Die Vereinbarkeit mit den Strukturprinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts .....	104

1. Die Auswirkungen der D&O-Versicherung auf die Werthaltigkeit der Organinnenhaftung .....	104
a) Die Verbesserung der Werthaltigkeit .....	104
b) Die mögliche Einschränkung der Werthaltigkeit durch die Prämienzahlungspflicht der Gesellschaft .....	105
2. Die mögliche Einschränkung der Steuerungsfunktion der Organhaftung .....	107
3. Die mögliche Kollision der D&O-Versicherung mit organschaftlichen Aufgaben- und Befugniszuweisungen ..	107
a) Die D&O-Versicherung und die Prüfungs- und Handlungs- funktionen des Aufsichtsrats .....	107
b) Die Vereinbarkeit der D&O-Versicherung mit der gesetz- geberischen Intention des Klagezulassungsverfahrens nach § 148 AktG .....	108
4. Die D&O-Versicherung und das organschaftliche Unabhängigkeitspostulat .....	109
a) Das Problem .....	109
b) Die Begründung einer „Dankesschuld“ durch Abschluß einer D&O-Versicherung .....	109
5. Die D&O-Versicherung und die Gleichbehandlung der Organmitglieder .....	110
a) Die Gleichbehandlung der Organmitglieder im Unternehmensinteresse .....	110
b) Der rechtstatsächliche Befund .....	111
6. Die Möglichkeit einer D&O-Selbstversicherung .....	111
a) Das Problem .....	111
b) Die externe D&O-Selbstversicherung .....	113
aa) Die versicherungsrechtlichen und gesellschafts- rechtlichen Fragestellungen .....	113
bb) Der rechtstatsächliche Befund .....	115
c) Die interne D&O-Selbstversicherung .....	116
d) Die praktischen Probleme der internen D&O-Selbstversicherung und der rechtstatsächliche Befund .....	118
 D. Die Auswirkungen der Freistellung und der D&O- Versicherung auf eine Steuerungswirkung der Organhaftung .....	 119
I. Das Problem .....	119
II. Die Funktion der Organhaftung im allgemeinen .....	120
1. Die möglichen Regelungszwecke des Schadenersatzrechts ...	120
2. Die systembezogenen Vorüberlegungen .....	121

a) Die verschiedenen dogmatischen Ansätze bei der Untersuchung einer Steuerungsfunktion .....	121
b) Die Begriffsklärung und der Aufbau der Untersuchung .....	122
3. Die Differenzierung zwischen Haftungsgrundnorm und Haftungsrechtsfolge in bezug auf einen möglichen Präventionszweck .....	123
4. Die Durchlässigkeit der Rechtsfolgenseite des Schadensrechts hinsichtlich außerkompensatorischer Zwecke .....	124
III. Die außerkompensatorischen Nebenzwecke der Haftungsgrundnorm .....	126
1. Die Frage nach einem allgemeinen haftungsrechtlichen Präventionszweck .....	126
a) Die dogmatischen Ansatzpunkte .....	126
b) Die Bedeutung der verursachungsbezogenen Passivlegitimation für eine verhaltenssteuernde Zwecksetzung des Haftungsrechts ...	126
c) Die staatliche Verhaltenslenkung und die Privatrechtsprinzipien ..	129
aa) Die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Verwirklichung des Präventionsgedankens im Zivilrecht .....	129
bb) Die Privatautonomie und die Selbstverantwortung .....	130
2. Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts .....	133
a) Der Beitrag des Haftungsrechts zur Wohlfahrtsmaximierung ....	133
aa) Die methodischen Probleme der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts .....	133
bb) Die wohlfahrtsökonomisch neutralen und vorteilhaften Haftungskonstellationen .....	135
cc) Die Transaktionskostenanalyse und das Kaldor-Hicks-Kriterium .....	136
b) Die tatsächliche Haftungsvermeidung und die rechtliche Verhaltenssteuerung .....	138
c) Die weiteren grundlegenden Einwände gegen die Annahme eines allgemeinen Präventionszwecks aufgrund ökonomischer Analyse des Haftungsrechts .....	140
3. Der verhaltenssteuernde Zweck als Frage der rechtlichen Auslegung der konkreten Anspruchsgrundlage .....	141
a) Die zivilrechtliche Steuerungsfunktion als Einzelfallfrage .....	141
b) Die Gründe für die Implementierung zivilrechtlicher Präventionszwecke .....	143
c) Die Differenzierung zwischen General- und Spezialprävention ..	144
d) Die Folgerungen .....	145
IV. Die Funktionen der Organhaftung im einzelnen .....	145
1. Die Innenhaftung .....	145

a) Der Überblick über die gesetzlichen Innenhaftungstatbestände ..	145
b) Die Grundzüge der dienstvertraglichen Haftung .....	146
c) Die Kompensationsfunktion der Innenhaftung .....	147
d) Die Präventionsfunktion der Innenhaftung .....	147
aa) Die Bedeutung der eingeschränkten Abdingbarkeit der Organinnenhaftung .....	147
bb) Die Organinnenhaftung als Korrelat zur Leitungsmacht .....	148
cc) Die Organinnenhaftung als Bestandteil der Absicherung guter corporate governance .....	149
dd) Die rechtstatsächliche Verhaltenssteuerung .....	153
ee) Die Abgrenzung von Haftungsfurcht und gezielter Verhaltenssteuerung .....	156
ff) Die Relation von Kompensationsfunktion und Steuerungsfunktion .....	157
(I.) Die Bestimmung des abstrakten Rangverhältnisses .....	157
(II.) Die Bestimmung des konkreten Rangverhältnisses unter Berücksichtigung ergänzender Steuerungs- mechanismen .....	158
(1.) Die Notwendigkeit einer Gewichtung des Steuerungs- zwecks im Gesamtgefüge der verhaltenssteuernden Elemente der Organverfassung .....	158
(2.) Die internen Steuerungsmechanismen durch Gesellschafterweisungen in der GmbH .....	158
(3.) Die allgemein wirkenden Steuerungsmechanismen ..	160
(a) Die anreizbasierten Entlohnungsschemata .....	160
(b) Die Arbeitsmarktdisziplinierung .....	160
(c) Die Produktmarktdisziplinierung .....	161
(d) Die Kapitalmarktdisziplinierung .....	162
(e) Die Folgerungen .....	162
e) Die Vergeltungs-, Buß- bzw. Genugtuungsfunktion bei der Organhaftung .....	163
aa) Die strafrechtlichen Vorüberlegungen .....	163
bb) Das Zivilrecht .....	164
(I.) Das allgemeine Zivilrecht .....	164
(II.) Die Rechtslage bei der Organinnenhaftung .....	166
2. Die Außenhaftung von Organmitgliedern .....	166
a) Die Notwendigkeit einer separaten Untersuchung des Präventionszwecks der Außenhaftung .....	166
b) Die zivilrechtliche Außenhaftung .....	167
aa) Die einzelnen Anspruchsgrundlagen und die Anspruchsberechtigten .....	167
bb) Die verhaltenssteuernde Zwecksetzung .....	169
cc) Die mögliche Vergeltungsfunktion der deliktischen Außenhaftung .....	172
c) Die Außenhaftung nach Öffentlichem Recht .....	172

V. Die Rechtsfolgen eines Eingriffs der Freistellung und der D&O-Versicherung in die Präventionsfunktion der Organhaftung .....	173
1. Das Problem .....	173
2. Der Verstoß gegen die ratio legis des Organhaftungsrechts ..	174
3. Die analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	175
a) Die methodischen Vorüberlegungen .....	175
b) Die Voraussetzungen einer Analogie im einzelnen .....	176
aa) Die Ähnlichkeit zwischen geregelter und ungeregelter Sachverhalt als Merkmal zur Abgrenzung von der teleologischen Extension .....	176
bb) Die Frage nach der Regelungslücke .....	178
cc) Die Analogie, die teleologische Extension und der Normzweck des § 93 AktG .....	182
dd) Das Postulat eines angemessenen Selbstbehalts als Wider- legungsgrund einer Analogiefähigkeit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG für die Fälle außerhalb von § 93 Abs. 2 S. 3 AktG .....	183
4. Die Rechtsfolgen der Einwirkung von Freistellung und D&O- Versicherung als Frage der gesellschafts- rechtlichen Institutionenbildung .....	184
a) Die Steuerungswirkung der Organhaftung als gesellschafts- rechtliche Institution .....	184
b) Die Lösung von Konflikten mit der Institution der Verhaltenssteuerung im Gesellschaftsrecht .....	185
aa) Die Verhaltenssteuerung als ein in mehrfacher Hinsicht relatives Prinzip .....	185
bb) Die Konkretisierung der rechtstatsächlichen Wirkungen von Freistellung und D&O-Versicherung .....	186
(I.) Die begrenzte Wirkung von Freistellung und D&O-Versicherung .....	186
(1.) Die Unsicherheiten hinsichtlich der Haftungs- übernahme durch den Freistellungsschuldner bzw. Versicherer .....	186
(2.) Die Belastung des Versicherten durch die Dauer von D&O-Haftungsfällen .....	188
(3.) Die Gefahr einer Überschreitung der Frei- stellungs- bzw. Deckungssumme .....	188
(4.) Die Begrenzung der Sicherung durch Serien- schadenklauseln .....	189
(5.) Die Setzung eines Anreizes zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen durch Freistellung und D&O-Versicherung .....	190
(6.) Die begrenzte Auswirkung von Freistellung und D&O-Versicherung auf die Arbeitsmarkt- disziplinierung .....	191

(7.) Die Verbesserung der corporate governance durch den Freistellungsschuldner als hired outside monitor .....	191
(II.) Der Vergleich von Eigen- und Fremdversicherung .....	192
5. Die Folgerungen für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung .....	193
a) Der Erhalt der Steuerungsfunktion, Institutionenschutz und Unwirksamkeitssanktion .....	193
b) Das Erfordernis eines angemessenen Selbstbehalts als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung .....	194
aa) Die begriffliche Unschärfe des angemessenen Selbstbehalts ...	194
bb) Die Rechtsfolgenbetrachtung .....	200
VI. Der angemessene Selbstbehalt .....	201
1. Der Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG .....	201
a) Hintergrund .....	201
b) Der sachliche Anwendungsbereich .....	202
c) Die betroffenen Deckungselemente .....	203
aa) Die Innen- und die Außenhaftung .....	203
bb) Die Abwehrkosten .....	204
d) Die Bemessung des Selbstbehalts .....	205
e) Der zeitliche Anwendungsbereich .....	207
f) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ...	208
g) Die Versicherung des Selbstbehalts .....	212
2. Die Notwendigkeit und die Zweckmäßigkeit der Vereinbarung eines Selbstbehalts bei der Freistellungsvereinbarung und der D&O-Versicherung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 2 S. 3 AktG .....	213
a) Die rechtliche Notwendigkeit der Vereinbarung eines Selbstbehalts .....	213
aa) Die Frage nach dem Selbstbehalt als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung .....	213
bb) Die Möglichkeit einer Schadenersatzpflicht wegen Unter- lassens der Vereinbarung eines Selbstbehalts bei Abschluß einer D&O-Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder .....	213
cc) Der angemessene Selbstbehalt und das Unternehmens- interesse .....	215
dd) Die Übertragung des Ergebnisses auf die GmbH .....	216
b) Die Zweckmäßigkeit der Vereinbarung eines angemessenen Selbst- behalts für Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung ..	216
aa) Die sachlichen Gründe für die Vereinbarung eines fakultativen Selbstbehalts .....	216
bb) Der rechtstatsächliche Befund .....	217
cc) Die Konzepte zur Regelung eines Selbstbehalts .....	218

(I.) Die Zielvorgaben .....	218
(II.) Die Ausgestaltung im einzelnen .....	219
(1.) Der Bezugspunkt der Bemessung des Selbstbehalts .....	219
(2.) Die Vergütung für die Organtätigkeit oder das individuelle Gesamtvermögen als Bezugspunkt ...	220
(3.) Die Differenzierung zwischen fixer und variabler Vergütung .....	220
(4.) Die Differenzierung anhand der unterschiedlichen Risikoexposition der Organmitglieder .....	223
(5.) Die Bestimmung der absoluten Höhe des Selbstbehalts .....	224
(a) Die Kombination von absoluter und variabler Grenze .....	224
(b) Die Konkretisierung der absoluten Grenze .....	225
(aa) Der Zweckpluralismus .....	225
(bb) Der Individual- und der Pauschal- selbstbehalt .....	225
(cc) Die Festlegung der Höhe in Relation zu der Vergütung .....	226
(dd) Die mögliche Einbeziehung des Verschuldensgrads in die Höhe des Selbstbehalts .....	228
(6.) Der Zeitpunkt der Vergütung .....	229
(a) Die Berücksichtigung von Veränderungen der Vergütung während der Organtätigkeit .....	229
(b) Die Besonderheiten der Vergütungsstruktur ausgeschiedener Organmitglieder .....	230
(7.) Die Einbeziehung der Kosten der Anspruchsabwehr .....	232
(8.) Der zeitliche Bezugspunkt des Selbstbehalts .....	232
3. Der Selbstbehalt für Aufsichtsratsmitglieder im Sinn von Ziff. 3.8 Abs. 3 DCGK .....	233
a) Der „entsprechende Selbstbehalt“ .....	233
b) Die Frage der analogen Anwendung von Ziff. 3.8 DCGK auf Freistellungsvereinbarungen .....	234
c) Die Befreiung des Aufsichtsratsmitglieds von dessen Selbstbehalt .....	234
4. Die Vereinbarung eines zweistufigen Selbstbehalts bei der entity-Deckung .....	235
5. Die Vereinbarung einer internen Zahlungspflicht anstelle eines Selbstbehalts .....	237

E. Der Anspruch des Organmitglieds auf Freistellung und Abschluß einer D&O-Versicherung .....	239
I. Der aufwendungsersatzähnliche Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft .....	239
1. Die Anspruchsgrundlage .....	239
2. Die Konsequenzen eines Mitverschuldens durch Verletzung von Organpflichten .....	241
II. Der Anspruch aus § 426 BGB gegen die Gesellschaft .....	242
III. Der Freistellungsanspruch des Organmitglieds gegen Dritte ...	244
1. Der Anspruch aus Risikozurechnung gegenüber einem außenstehenden Prinzipal .....	244
2. Der Anspruch auf Abschluß einer Freistellungsvereinbarung aus dienstvertraglicher Fürsorgepflicht eines Dritten .....	244
IV. Der Freistellungsanspruch aus PVV wegen von der Gesellschaft zu vertretenden Verlusts bzw. Fehlens des D&O-Versicherungsschutzes .....	246
1. Die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung zur Verschaffung von D&O-Versicherungsschutz .....	246
2. Die Rechtsfolgen des Schadenersatzanspruchs .....	249
a) Die Rechtsfolgen bei reiner Außenhaftung .....	249
b) Die Rechtsfolgen bei Verwirklichung eines Innenhaftungsanspruchs .....	249
V. Der Freistellungsanspruch gegen mithaftende Organmitglieder .	250
VI. Die besondere Problematik von Freistellungsansprüchen der Organmitglieder gegen die Gesellschaft wegen tätigkeitsbezogener Geldstrafen und -bußen .....	251
1. Das Problem .....	251
2. Die Beschränkung der Erstattungsmöglichkeit auf reine Außenpflichtverletzungen .....	252
3. Der Konflikt zwischen zivilrechtlicher Ausgleichspflicht und öffentlich-rechtlicher Steuerungsfunktion .....	254
4. Der schadenersatzrechtliche Freistellungsanspruch .....	256
VII. Die Möglichkeit eines Anspruchs auf Abschluß einer D&O-Versicherung gegen die Gesellschaft .....	258
1. Die Pflicht zu Schutzmaßnahmen nach § 618 BGB .....	258
2. Die D&O-Versicherung als Element einer effektiven Risikobewältigungsstrategie .....	258

a)	Die rechtlichen Grundlagen einer möglichen kategorischen Verpflichtung zum Abschluß einer D&O-Versicherung . . . . .	258
b)	Die Pflicht zur Prüfung der Zweckmäßigkeit einer D&O- Versicherung im Einzelfall . . . . .	261
aa)	Die Ermessensfreiheit und die Ermessensreduzierung hinsichtlich des Abschlusses einer D&O-Versicherung . . . . .	261
bb)	Die Kriterien für die Ermessensausübung . . . . .	265
(I.)	Die Analyse des Haftungsrisikos . . . . .	265
(II.)	Die Bewertung des Umfangs des Versicherungs- schutzes . . . . .	267
(1.)	Die Prüfung der Abdeckung von Außenhaftungs- ansprüchen . . . . .	267
(2.)	Die Prüfung der Abdeckung von Innenhaftungs- ansprüchen . . . . .	268
(a)	Die Bedeutung der business judgment rule für die Versicherbarkeit von Innenhaftungs- ansprüchen . . . . .	268
(b)	Der Haftungsbereich außerhalb der business judgment rule . . . . .	268
(c)	Die Verletzung von Organisations-, Planungs- und Überwachungspflichten . . . . .	269
(III.)	Die Bewertung der mittelbaren Vorteile des D&O-Versicherungsschutzes für die Gesellschaft . . . . .	270
(IV.)	Die Bewertung der Modalitäten der Schaden- regulierung . . . . .	270
(V.)	Die Wahrung der Interessen der Gesellschaft bei der Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen . . . . .	271
c)	Das praktische Vorgehen bei der Prüfung geeigneten D&O-Versicherungsschutzes . . . . .	272
VIII.	Der Anspruch auf Erstattung der Prämien einer Singularhaftpflichtversicherung . . . . .	272
F.	Die Zuständigkeit für den Abschluß von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung . . . . .	275
I.	Die Haftungsbefreiung durch Freistellung und Verzicht . . . . .	275
1.	Die Haftungsbefreiung der Organmitglieder durch die Gesellschaft . . . . .	275
a)	Die Aktiengesellschaft . . . . .	275
b)	Die GmbH . . . . .	276
2.	Die Freistellung der Organmitglieder durch Dritte . . . . .	277
a)	Die allgemeinen Grundsätze . . . . .	277
b)	Die besonderen Haftungsrechtsfolgen bei Freistellungen durch Personalgesellschaften . . . . .	277
II.	Die D&O-Versicherung . . . . .	279

1. Die Zuständigkeit innerhalb der Gesellschaft für den Abschluß der D&O-Versicherung .....	279
a) Die vergütungsspezifische Zuständigkeitsordnung und die D&O-Versicherung .....	279
b) Das Aktienrecht .....	281
aa) Der Begriff der Bezüge und Vergütungen im Sinn des AktG ..	281
(I.) Die Vorstandsbezüge nach § 87 AktG .....	281
(II.) Die Aufsichtsratsvergütung nach § 113 AktG .....	283
bb) Die Zuordnung der D&O-Versicherung zu den Interessens- sphären des Organmitglieds und der Gesellschaft .....	284
(I.) Die Bedeutung der Interessenssphären für die Vergütungseigenschaft .....	284
(II.) Die Abgrenzung von Aufwendung und Vergütung ....	285
(III.) Die Einordnung der D&O-Versicherung in die verschiedenen Interessenssphären .....	287
(1.) Die Interessen der Organmitglieder .....	287
(a) Die Notwendigkeit der Definition vergütungs- spezifischer Interessen .....	287
(b) Der rechtssystematische Vergleich mit gesetzlichen Regelungen zur Prämienersatzung für Haftpflicht- versicherungen in anderen Dienst- und Auftrags- verhältnissen .....	290
(aa) Das Vormundschafts-, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht .....	290
(bb) Das Insolvenzrecht .....	291
(2.) Die Interessen der Gesellschaft .....	293
(a) Der sog. Bilanzschutz .....	293
(aa) Die Gegenüberstellung der Interessen von Organmitglied und Gesellschaft .....	293
(bb) Die Möglichkeit der Eigenschadenver- sicherung in bezug auf die Innenhaftungs- ansprüche der Gesellschaft .....	294
(b) Die Sicherung der unternehmerischen Handlungsfreiheit .....	295
(c) Die Verbesserung der corporate governance durch die D&O-Versicherung .....	297
(d) Die Notwendigkeit der D&O-Versicherung für die Personalgewinnung .....	298
(e) Die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen Vergütung und Risiko .....	299
(f) Die Sicherung des Unternehmensinteresses durch die entity-Deckung .....	300
(aa) Die Funktion der entity-Deckung .....	300
(bb) Die typischen Regelungen bei der entity-Deckung sub specie des Unternehmensinteresses .....	301
(aaa) Die Begrenzung der entity-Deckung .	301

(bbb) Die allocation-Regelung . . . . .	302
(ccc) Die company reimbursement-coverage . . . . .	302
(g) Die Ausrichtung der Versicherungspraxis am Unternehmensrisiko . . . . .	303
(h) Die Versicherung sämtlicher Organmitglieder als Ausdruck des Unternehmensinteresses an einer effektiven D&O-Deckung . . . . .	304
(i) Das Ergebnis der Zuordnung zu den Interessenssphären . . . . .	305
(j) Die mögliche aktienrechtliche Unzulässigkeit der Berufung auf die Interessen der Gesell- schaft am Abschluß der D&O-Versicherung . . . . .	305
(IV.) Die Stellungnahme der Regierungskommission Corporate Governance betreffend die Abschluß- kompetenzen für D&O-Versicherungen . . . . .	306
(V.) Der Vergleich mit dem Steuerrecht . . . . .	308
(VI.) Die Prämienzahlungspflicht als nicht individuell zuordenbare Aufwendung der Gesellschaft . . . . .	309
(VII.) Die Folgerungen für die Anwendbarkeit der §§ 87, 113 AktG . . . . .	310
ce) Die Frage der analogen Anwendung des §§ 87, 113 AktG . . . . .	310
(I.) Die Prüfung der Voraussetzungen einer Analogie . . . . .	310
(1.) Die analoge Anwendung des § 113 AktG . . . . .	310
(a) Der Normzweck . . . . .	310
(b) Die Folgerungen für das Vorliegen einer Gesetzeslücke . . . . .	312
(c) Die Frage der Vergleichbarkeit von geregelterm und ungeregeltem Sachverhalt . . . . .	313
(2.) Die analoge Anwendung des § 87 AktG . . . . .	313
(II.) Die rechtspraktischen Auswirkungen einer Analogie der §§ 87, 113 AktG . . . . .	314
c) Das GmbH-Recht . . . . .	315
2. Die Zuständigkeit im Außenverhältnis . . . . .	316
3. Das Publizitätserfordernis . . . . .	317
III. Die Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten . . . . .	317
1. Das Problem . . . . .	317
2. Der sachliche Umfang der vorvertraglichen Anzeigepflicht . . . . .	319
3. Der Adressat der Anzeigepflicht . . . . .	319
4. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht . . . . .	321
a) Die Auswirkungen der VVG-Novelle im allgemeinen . . . . .	321
b) Die Folgen für die D&O-Versicherung im besonderen . . . . .	322
c) Die Eingrenzung der Zurechnung über § 47 VVG de lege lata . . . . .	323
aa) Die teleologische Reduktion der §§ 47, 19 VVG . . . . .	323
bb) Der Teilrücktritt . . . . .	325

cc) Die Möglichkeit des Teilrücktritts bei der kombinierten Eigen- und Fremdversicherung .....	326
dd) Die fehlende Kausalität .....	327
d) Die vertraglichen Lösungen .....	327
aa) Die Abdingbarkeit des Rücktrittsrechts .....	327
bb) Die severability clause .....	328
(I.) Die einfache severability clause .....	328
(II.) Die full severability clause .....	329
(1.) Der Regelungsgehalt .....	329
(2.) Die Gefahr eines Regreßkreises bei der full severability clause .....	329
(3.) Die praktischen Einwände gegen full severability clauses .....	330
cc) Die Erstreckung der Anzeigepflicht auf die Versicherten .....	330
dd) Die Repräsentantenklausel .....	331
e) Die Anfechtung des Versicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung .....	333
aa) Die Auswirkungen der VVG-Novelle auf das Anfechtungs- recht des Versicherers nach § 123 BGB wegen Verschweigens von Umstandswissen .....	333
bb) Die vertragliche Begrenzung der Risiken eines Anfechtungsgrunds für die Versicherten .....	334
(I.) Die gesetzlichen Rechtsfolgen bei arglistiger Täuschung durch die Versicherungsnehmerin .....	334
(II.) Die Berücksichtigung von Vertrauensschutz- gesichtspunkten nach § 242 BGB .....	336
(III.) Die Möglichkeiten der vertraglichen Begrenzung der Folgen der Arglistanfechtung .....	336
f) Die Schadenersatzansprüche bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht .....	339
aa) Die Ansprüche gegen die Versicherungsnehmerin .....	339
(I.) § 280 BGB .....	339
(1.) Die Struktur des Schadenersatzanspruchs .....	339
(2.) Der Maßstab der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens .....	340
(a) Die Nichtanzeige eigenen Umstandswissens der Versicherungsnehmerin .....	340
(b) Der Fortfall des Versicherungsschutzes infolge Wissenszurechnung nach § 47 VVG .....	341
(c) Die Identität von pflichtwidrig handelndem und geschädigtem Organmitglied .....	342
(II.) Das Deliktsrecht .....	343
(1.) § 826 BGB .....	343
(2.) § 823 BGB .....	344
bb) Die Schadenersatzansprüche der Versicherten untereinander ..	344

G. Die inhaltliche Ausgestaltung von Freistellungs- vereinbarung und D&O-Versicherung .....	346
I. Der persönliche Anwendungsbereich .....	346
1. Die D&O-Versicherung .....	346
a) Die Organmitglieder und die leitenden Angestellten der Versicherungsnehmerin als versicherte Personen .....	346
aa) Die allgemeinen Grundsätze .....	346
bb) Die Einbeziehung leitender Angestellter .....	347
(I.) Die Begriffsdefinition .....	347
(II.) Der Ausschluß der Arbeitnehmerhaftung .....	347
(III.) Die Folgen eines Fehlens des Ausschlusses der Arbeitnehmerhaftung .....	348
(IV.) Die Versicherung leitender Angestellter in Wahrnehmung von outside directorships .....	349
b) Die Einbeziehung ehemaliger und künftiger Organmitglieder ...	350
c) Die Versicherung fehlerhaft bestellter Organmitglieder .....	351
d) Die Versicherung faktischer Organmitglieder .....	352
e) Die Liquidatoren als versicherte Personen .....	352
f) Die Einbeziehung der Organmitglieder und der leitenden Angestellten verbundener Unternehmen .....	353
aa) Die Definition verbundener Unternehmen .....	353
bb) Die Konzernvorteilsregelung .....	353
g) Die entity-Deckung und die company reimbursement-clause ...	354
2. Die Freistellungsvereinbarung .....	355
II. Der sachliche Umfang .....	356
1. Die gedeckten Schäden in der D&O-Versicherung .....	356
a) Die Begrenzung auf Vermögensschäden .....	356
b) Die Innen- und die Außenhaftungsansprüche .....	356
c) Die Begrenzung auf gesetzliche Haftpflichtbestimmungen .....	357
d) Die öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmungen .....	358
2. Die gedeckten Schäden in der Freistellungsvereinbarung ....	358
III. Der Verschuldensgrad in der Freistellungsvereinbarung und der D&O-Versicherung .....	358
1. Die bürgerlich-rechtlichen Grenzen der Haftungsbefreiung bei vorsätzlichen Schädigungen .....	358
2. Die Konkretisierung des Vorsatzausschlusses in der D&O-Versicherung durch das VVG und die AVB ....	361
a) Die Konkurrenz zwischen § 103 und § 81 VVG. ....	361
b) Der versicherungsrechtliche Vorsatzbegriff .....	363
c) Die vertragliche Konkretisierung des Verschuldensgrads .....	365
aa) Die Anknüpfung des Ausschlusses an die Wissentlichkeit ...	365
bb) Die Beschränkung des Vorsatzes auf die Pflichtverletzung ...	367

(I.) Die Pflichtverletzung als Anknüpfungspunkt für den Ausschlußgrund .....	367
(II.) Die Begrenzung des Ausschlußgrunds auf wissentliche Pflichtverletzungen .....	367
cc) Die Gestaltungskombinationen des subjektiven Ausschlußgrunds .....	368
dd) Die Abgrenzung von Ausschlußgrund und Obliegenheit ....	369
ee) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	369
(I.) Die Einbeziehungskontrolle und die Unklarheitenregel.	369
(II.) Die Inhaltskontrolle .....	371
ff) Die praktische Bedeutung vertraglicher Konkretisierungen des Vorsatzausschlusses .....	373
gg) Die Pflichtverletzungen im Interesse des Unternehmens .....	373
IV. Der zeitliche Geltungsbereich .....	374
1. Die D&O-Versicherung .....	374
a) Das claims made-Prinzip .....	374
b) Die Nachhaftungsklausel .....	376
c) Die Rückwärtsversicherung .....	377
2. Die Freistellungsvereinbarung .....	378
a) Rückwirkende Freistellung und Nachhaftung .....	378
b) Das Problem „ewiger“ Freistellungsvereinbarungen .....	379
aa) Die Zweckmäßigkeit zeitlicher Begrenzungen .....	379
bb) Die zivilrechtlichen Grundsätze der Bewertung ordentlich-unkündbarer Schuldverhältnisse .....	379
V. Die summenmäßige Begrenzung von D&O-Versicherung und Freistellung .....	380
1. Der Deckungsumfang, die aggregate limits und der Selbstbehalt .....	380
a) Die Jahresmaximierung .....	380
b) Die aggregate limits .....	380
c) Der Selbstbehalt .....	381
2. Die Erstreckung auf gerichtliche und außergerichtliche Kosten .....	381
a) Die Regelung des § 101 Abs. 1 S. 1 VVG .....	381
b) Die Auswirkungen des Vorsatzausschlusses nach § 103 VVG auf die Kostenerstattung .....	382
VI. Die Serienschadenklausel .....	383
1. Der Regelungsgegenstand .....	383
2. Die Regelungsbestandteile .....	384
3. Die Frage der notwendigen Beschränkung der Serien- schadenklausel auf das jeweilige Versicherungsjahr .....	385

4. Die Beurteilung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	385
a) Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts .....	385
b) Die Inhaltskontrolle .....	387
c) Die restriktive Auslegung der Serienschadenklausel .....	388
VII. Die Eigenschadenklausel .....	389
VIII. Die Öffnungsklausel .....	389
1. Der Regelungsgegenstand .....	389
2. Die aktienrechtliche Problematik .....	390
3. Die Beurteilung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	391
a) Die Einbeziehungskontrolle .....	391
b) Die Inhaltskontrolle .....	392
4. Die Praktikabilität der Öffnungsklausel .....	393
IX. Die Trennungsklausel .....	394
X. Die Gerichtsklausel .....	396
XI. Die typischen Haftungsausschlüsse in der D&O-Versicherung ..	398
XII. Die Begrenzung und die Haftungsausschlüsse bei der Freistellungsvereinbarung .....	399
XIII. Die Formbedürftigkeit der Freistellungsvereinbarung nach § 518 BGB .....	400
1. Die Anwendung des Schenkungsrechts .....	400
2. Die Unentgeltlichkeit der Freistellung .....	400
3. Die dienstvertragliche causa für die Freistellungs- vereinbarung .....	401
4. Die Eingehung einer Freistellungsverpflichtung durch einen Gesellschafter causa societatis .....	402
XIV. Die Erfassung von Bußgeldern und Geldstrafen durch die Freistellungsvereinbarung und die D&O-Versicherung .....	403
1. Die Einschränkung der Steuerungsfunktion der Sanktionsnorm durch die Freistellung und die D&O-Versicherung .....	403
2. Die Freistellung und die Versicherung bezüglich Sanktionen wegen Fahrlässigkeitstaten .....	404
a) Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verbote einer Freistellung und Versicherung bei Fahrlässigkeitstaten .....	404
b) Die Vereitelung der Steuerungswirkung des Straf- und Bußgeldrechts .....	405

3. Die Freistellung und die Versicherung bezüglich Vorsatztaten .....	409
a) Die grundsätzliche Sittenwidrigkeit der Freistellung und Versicherung bezüglich Vorsatztaten .....	409
b) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Freistellungs- gläubigers für die Erteilung einer Freistellungszusage wegen vorsätzlicher Straftaten und Ordnungswidrigkeiten .....	411
4. Die Begrenzung der Freistellung eigener Organmitglieder von den Folgen einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat durch das Unternehmenswohl und § 266 StGB .....	411
a) Das Problem .....	411
b) Die Beurteilung der nachtatlichen Erstattung von Geldbußen und -strafen .....	412
aa) Die Privatunternehmen .....	412
bb) Die öffentlichen Unternehmen .....	415
c) Die Erstattung der Kosten der Rechtsverteidigung und § 266 StGB .....	417
aa) Die Privatunternehmen .....	417
bb) Die öffentlichen Unternehmen .....	418
(I.) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Tragung der Verfahrenskosten .....	418
(II.) Die Differenzierung zwischen vorsätzlich und fahrlässig begangenen Zuwiderhandlungen .....	418
(III.) Die Erstattung von Vereinbarungshonoraren oberhalb der gesetzlichen Gebührengrenzen .....	419
cc) Die Anwendung der Grundsätze auf ex ante getroffene Freistellungsvereinbarungen bezüglich der Verteidigungskosten .....	420
d) Die Rechtsfolgen einer wirksamen nachtatlichen Freistellung von Bußgeldern und Geldstrafen .....	422

## H. Die Folgen eines Kontrollwechsels für die Freistellungs- vereinbarung und den D&O-Versicherungsvertrag .....

I. Das Problem .....	423
II. Die D&O-Versicherung .....	423
1. Der Kontrollerwerb und -verlust der Versicherungsnehmerin an Tochtergesellschaften .....	423
a) Die Rechtsfolgen des Kontrollerwerbs .....	423
aa) Das Absinken des Schutzniveaus bei flexibler Konzernpolice .....	423
bb) Der Erwerb der Gesellschaft während des Nachhaftungs- zeitraums .....	425
cc) Das Zusammentreffen zweier D&O-Versicherungen bei erworbener Gesellschaft und Erwerber .....	425

(I.) Die Konkurrenz zweier Versicherungsverträge mit unterschiedlichen Versicherern .....	425
(1.) Die Neben- und die Mehrfachversicherung .....	425
(2.) Die Subsidiaritätsklausel .....	426
(II.) Die Kumulation zweier Verträge mit demselben Versicherer .....	428
b) Die Rechtsfolgen des Kontrollverlusts .....	428
2. Der Kontrollerwerb und -verlust über die Versicherungsnehmerin .....	429
a) Der Kontrollwechsel als Gefahrerhöhung .....	429
aa) Der Begriff der Gefahrerhöhung .....	429
bb) Die Kündigung wegen Gefahrerhöhung und die Nachdeckung .....	431
cc) Die Unerhebliche Gefahrerhöhung .....	431
b) Die change of control-Klausel .....	432
III. Die Freistellungsvereinbarung .....	433
I. Die Rechtsverhältnisse im Haftungsfall .....	434
I. Die Ersatz- und Freistellungsansprüche bei der Abwicklung von D&O-Versicherungsfällen .....	434
1. Der Übergang von Freistellungsansprüchen des Organmitglieds auf den D&O-Versicherer .....	434
a) Die Ersatz- und die Freistellungsansprüche gegenüber Dritten ...	434
b) Die Freistellungsansprüche gegenüber der Gesellschaft .....	435
2. Die vertragliche Vereinbarung einer Freistellungspflicht der Gesellschaft zugunsten des D&O-Versicherers .....	437
a) Die Prüfung einer analogen Anwendung von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	437
b) Die Beurteilung des Abschlusses einer Freistellungsvereinbarung zugunsten des Versicherers am Maßstab des § 93 Abs. 1 AktG ....	439
c) Die Behandlung möglicher Interessenkollisionen des Vorstands ..	440
II. Die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche aus der D&O- Versicherung und der Freistellungsvereinbarung .....	442
1. Die formelle und die materielle Forderungsberechtigung in der D&O-Versicherung .....	442
a) Die Verfügungs- und die Klagebefugnis .....	442
b) Das Trennungsprinzip .....	443
aa) Der Haftpflichtprozeß und der Deckungsprozeß .....	443
bb) Die Frage eines Direktanspruchs der Versicherungs- nehmerin bei der Innenhaftung .....	445
(1.) Das Problem .....	445

(II.) Die Frage nach einer Qualifizierung der D&O-Versicherung als Eigenschadenversicherung in bezug auf Innenhaftungsansprüche .....	446
c) Der vertraglich vereinbarte Direktanspruch .....	448
aa) Die Frage der Abdingbarkeit des Trennungsprinzips .....	448
bb) Die Vorteile und Risiken der Vereinbarung eines Direktanspruchs .....	449
d) Die Abtretung des Freistellungsanspruchs an die Versicherungsnehmerin .....	449
aa) Die Abtretungsmöglichkeiten nach der VVG-Novelle .....	449
(I.) Der Ausschluß des formularmäßigen Abtretungsverbots durch § 108 Abs. 2 VVG .....	449
(II.) Die Anwendbarkeit des § 108 Abs. 2 VVG auf die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin .....	450
bb) Die materielle Rechtslage nach erfolgter Abtretung .....	454
(I.) Die Beibehaltung des Charakters als Haftpflichtversicherung trotz Abtretung des Deckungsanspruchs an die geschädigte Versicherungsnehmerin .....	454
(II.) Die materiellrechtlichen Wechselwirkungen zwischen dem Haftpflichtanspruch und dem abgetretenen Deckungsanspruch .....	456
(1.) Das Problem .....	456
(2.) Die Bedeutung des § 404 BGB .....	456
(3.) Die Frage der Herleitung des Erfordernisses eines separaten Haftpflichtprozesses aus § 100 VVG .....	458
(4.) Die Funktion des § 106 VVG .....	458
(5.) Die Regierungsbegründung zu § 108 Abs. 2 VVG ..	459
(6.) Die Rechtsprechung des BGH zu den Rechtsfolgen der Abtretung vor Inkrafttreten der VVG-Novelle ..	460
(7.) Die möglichen systematischen Rückschlüsse aus § 115 VVG .....	460
(8.) Die Berücksichtigung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG .....	461
cc) Die Beweislastverteilung nach erfolgter Abtretung .....	461
dd) Die Auswirkungen des direkten Deckungsprozesses auf einen nachfolgenden Haftpflichtprozeß .....	464
(I.) Die Frage der gesetzlichen Bindungswirkung des Deckungsprozesses für einen nachfolgenden Haftpflichtprozeß .....	464
(II.) Die vertragliche Vereinbarung einer „umgekehrten Bindungswirkung“ .....	466
(III.) Das Verhältnis von Abwehrdeckung und Freistellung nach Abtretung des Deckungsanspruchs .....	467
(1.) Das Problem .....	467
(2.) Die Reichweite der Rechtskraft des Deckungsprozesses .....	468
(3.) Die versicherungsvertragsrechtliche Koppelung von Freistellung und Abwehrdeckung .....	469

(4.) Die versicherungsvertragliche Einschränkung des Anspruchs auf Abwehrdeckung bei Abtretung des Freistellungsanspruchs .....	470
ee) Die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der Abtretung des Deckungsanspruchs .....	471
(I.) Die Zeugenstellung des Organmitglieds nach erfolgter Abtretung .....	471
(II.) Die Interessenkollision im Direktprozeß .....	472
(III.) Die Folgerungen für eine mögliche Kollisionsgefahr ...	473
(IV.) Die Kostenfolge .....	474
e) Die Verbindung von Abtretung und Anerkenntnis .....	474
aa) Der Fortfall der Möglichkeit des vertraglichen Anerkenntnisverbots durch § 105 VVG .....	474
bb) Die Grenzen einer Wirkung des Anerkenntnisses auf den Deckungsprozeß .....	475
cc) Die Risiken der Abtretung für den Versicherten und mögliche Auswege .....	477
(I.) Die Gefahr eines Haftpflichtprozesses nach verlorenem Deckungsprozeß und mögliche Sicherungsinstrumente .	477
(1.) Die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses zwischen Gesellschaft und Organmitglied im Gegenzug zur Abtretung des Deckungsanspruchs ..	477
(2.) Die Rückabtretung des Deckungsanspruchs an das Organmitglied .....	478
(II.) Das Problem einer Abtretung des Deckungsanspruchs an Erfüllung Statt zur Begrenzung der Risiken der Zession .....	479
dd) Die Abdingbarkeit der §§ 105, 108 Abs. 2 VVG bei Großrisiken .....	480
ee) Die zu den §§ 105, 108 Abs. 2 VVG geltenden Übergangsregelungen .....	481
f) Die Prozeßführungsbefugnis im Haftpflichtprozeß .....	481
g) Die Verfügungs- und die Prozeßführungsbefugnis hinsichtlich des Deckungsanspruchs .....	482
aa) Die vertraglich vereinbarte Verfügungs- und Prozeß- führungsbefugnis des Versicherten .....	482
bb) Die parallele Verfügungs- und Prozeßführungsbefugnis von Versicherungsnehmerin und Versichertem .....	483
cc) Die ausschließliche Prozeßführungsbefugnis der Versicherungsnehmerin .....	484
dd) Die Möglichkeit der Übertragung der gesetzlichen Prozeß- führungsbefugnis nach § 45 Abs. 1 VVG (§ 76 Abs. 1 VVG alt) auf Konzernunternehmen .....	485
h) Der Prozeß gegen Versicherungskonsortien .....	486
aa) Die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen der Mitversicherung .....	486
bb) Die möglichen Inhalte von Führungsklauseln .....	489

(I.) Das pactum de non petendo und das Anerkenntnis . . . .	489
(II.) Die Einräumung der aktiven und der passiven Prozeßführungsbefugnis . . . . .	491
2. Die gerichtliche Geltendmachung des Freistellungs- anspruchs . . . . .	494
a) Die Trennung zwischen Schadenersatz- und Freistellungs- anspruch . . . . .	494
b) Die prozessuale Geltendmachung . . . . .	496
c) Die Vollstreckung . . . . .	497
 J. Die versicherungsrechtlichen Ergänzungen und Alternativen zu der Freistellung und der D&O-Versicherung . . . . .	 498
I. Die strukturellen Grenzen von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung . . . . .	498
II. Die versicherungsvertragsrechtlichen Ergänzungen und Alternativen . . . . .	498
1. Die Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung . . . . .	498
a) Die versicherungsrechtliche Struktur der Industrie-Straf- Rechtsschutzversicherung . . . . .	498
b) Der Anwendungsbereich der Industrie-Straf-Rechtsschutz- versicherung im Kontext von Freistellungsvereinbarung und D&O-Versicherung . . . . .	501
c) Der Deckungsumfang der Industrie-Straf-Rechtsschutz- versicherung . . . . .	502
aa) Der Umfang der zu erstattenden Kosten . . . . .	502
bb) Die Deckung bei Vorsatztaten . . . . .	503
(I.) Das Strafrecht . . . . .	503
(1.) Der Regelungsgehalt des § 2 UAbs. bb) ARB 2000 . .	503
(2.) Der Grundsatz des Ausschlusses reiner Vorsatz- vergehen nach den ARB 2000 und seine Durchbrechung . . . . .	504
(3.) Der Deckungsausschluß bei vorsätzlicher Begehung .	506
(a) Die Deckung bei unberechtigtem Vorwurf vorsätzlicher Begehung . . . . .	506
(b) Die Möglichkeit der Deckung bei rechtskräftig festgestelltem Vorsatz . . . . .	507
(II.) Das Ordnungswidrigkeitenrecht . . . . .	509
2. Die Betriebshaftpflichtversicherung . . . . .	509
3. Die Deckungsklage-Rechtsschutzversicherung . . . . .	510
4. Die Selbstbehaltsversicherung . . . . .	511
a) Die aktienrechtliche Zulässigkeit der Selbstbehaltsversicherung . .	511
b) Die rechtstatsächliche Bedeutung der Selbstbehaltsversicherung .	512

c) Die versicherungsvertragsrechtliche Einordnung der Selbstbehaltsversicherung .....	513
d) Die vertragsrechtlichen Wechselwirkungen zwischen der D&O-Police und der Selbstbehaltsversicherung sowie daraus resultierende Risiken .....	515
5. Die D&O-Singularhaftpflichtversicherung .....	515
 K. Die steuerrechtliche Behandlung der D&O-Versicherung und der Freistellung .....	 517
I. Die Freistellungsvereinbarung .....	517
1. Der Freistellungsempfänger .....	517
2. Der Freistellungsschuldner .....	518
II. Die D&O-Versicherung .....	519
1. Die versicherten Personen .....	519
a) Die Vorstandsmitglieder und die Geschäftsführer .....	519
aa) Die steuerliche Einordnung der Charakteristika der D&O-Versicherung .....	519
bb) Die steuerrechtlichen Abgrenzungskriterien im einzelnen ...	523
(I.) Die Versicherung des eigenbetrieblichen Risikos .....	523
(II.) Das Erfordernis des der Versicherungsnehmerin zustehenden Anspruchs auf die Versicherungsleistung ..	524
(III.) Die Versicherung des Managements als Ganzes .....	525
(IV.) Die entindividualisierte Prämienberechnung und die Höhe der Versicherungssumme oberhalb des üblichen Privatvermögens .....	526
b) Die Aufsichtsratsmitglieder .....	527
c) Die durch die Organmitglieder getragenen Prämien einer Einzelpolice .....	528
2. Die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin .....	528
 L. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	 529
 Literaturverzeichnis .....	 549
 Sachwortverzeichnis .....	 579