

Hausdurchsuchung

Ausgleichsanspruch des Behandlers für
Entfallene Behandlungsleistungen

VfGH zu den bisherigen
COVID-19-Maßnahmen

Kündbarkeit eines Markenlizenzvertrags trotz
Ausschluss des Kündigungsrechts

Die Tücken des Frühwarnsystems nach
§ 45 a AMFG

Von „Green Bonds“ zum „Green Deal“
Nachhaltigkeit am Kapitalmarkt

Vertragsverletzungsverfahren als Entscheidungen
Über Grundwerte der EU

Haftung der Geschäftsleiter für unzulässige Zahlungen nach materieller Insolvenz – Deckungsumfang der D&O-Versicherung

Aufgrund der COVID-19-Pandemie und der damit zusammenhängenden Rezession stellen sich für Geschäftsleiter dieser Tage vermehrt Fragen über die sie treffenden Haftungsrisiken iZm einer (drohenden) Insolvenz. Der Beitrag untersucht, ob Ersatzansprüche wegen unzulässiger Zahlungen nach materieller Insolvenz vom Deckungsumfang der D&O-Versicherung umfasst sind.

GABRIEL EBNER / ELISABETH KEPLINGER

A. Einleitung

Im Kapitalgesellschaftsrecht normieren § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG für unzulässige Zahlungen nach materieller Insolvenz („Zahlungsverbot“) eine Haftung der Geschäftsleiter.¹⁾ Die jeweiligen Bestimmungen weisen insofern eine Besonderheit auf, als sie primär nicht den Schaden der Gesellschaft vermeiden, sondern vielmehr im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger Schmälerungen der Masse zugunsten einzelner Gläubiger nach Eintritt der Insolvenzreife verhindern sollen.²⁾ Trotzdem ist nur die Gesellschaft aktivlegitimiert. Aus der Verletzung der Zahlungsverbote resultiert somit ausschließlich eine Innenhaftung.³⁾ In den Tatbeständen der Zahlungsverbote ist insb der Begriff der „Zahlung“ unklar⁴⁾ und übersteigt der Schaden ganz regelmäßig die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Geschäftsleiter. Aus diesem Grund besteht oftmals ein unabsehbares Haftungsrisiko.

Abhilfe kann eine D&O-Versicherung schaffen. Fraglich ist allerdings, ob der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsleiter aufgrund der systematischen Besonderheit überhaupt ein vom Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch ist, ob also die versicherte Person wegen einer Pflichtverletzung für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.⁵⁾ Grund dieser Frage nachzugehen, sind mehrere in Deutschland medienwirksam ergangene, aber kritisierte E zum Deckungsumfang der D&O-Versicherung, die den Versicherungsschutz zum grundsätzlich inhaltsgleichen § 64 Satz 1 dGmbHG jeweils verneint haben.⁶⁾

Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage zum österr Recht nach. Dazu sind zunächst die Besonderheiten und Rechtsnatur der Haftung wegen Gläubigerbevorzugung darzustellen (Pkt B.). Darauf aufbauend kann unter Berücksichtigung der versicherungsrechtlichen Sachlage (Pkt C.) untersucht werden, ob eine Haftung wegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG respektive § 84 Abs 3 Z 6 AktG typischer-

weise ein vom D&O-Versicherungsvertrag erfasster Schadenersatzanspruch ist (Pkt D.).

Dr. *Gabriel Ebner* ist Rechtsanwaltsanwärter der Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien. Mag. *Elisabeth Keplinger* ist juristische Mitarbeiterin im Versicherungsverband Österreich im Zuständigkeitsbereich Recht und internationale Angelegenheiten. Dieser Beitrag spiegelt die persönliche Auffassung der Autoren wider.

- 1) § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG stellt zwar auf den Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht ab. Durch analoge Anwendung des § 84 Abs 3 Z 6 AktG wird aber ebenfalls an den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Gesellschaft angeknüpft (vgl dazu Entscheidungsgrund 1.2 in OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16 k ecolex 2017, 1178 [J. Reich-Rohrwig]).
- 2) Siehe dazu RIS-Justiz RS0059751, insb auch zum übereinstimmenden Zweck beider Normen OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16 k ecolex 2017, 1178 (J. Reich-Rohrwig). Vgl dazu auch *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), *Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz* (2002) 1167 ff; J. Reich-Rohrwig in *Straubel/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 139 ff (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), *Kommentar zum GmbHG*² (2018) § 25 Rz 111. Vgl zu den systematischen Besonderheiten und der Rechtsunsicherheit ausführlich *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613.
- 3) *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz* 1172; S.-F. *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 12, 23; J. Reich-Rohrwig/K. *Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 730 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 112 weisen darauf hin, dass der Schutz der Gläubiger nur im Reflex beabsichtigt ist.
- 4) Deshalb zur Vorsicht mahnend *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 113. Vgl weiters J. Reich-Rohrwig in *Straubel/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 140.
- 5) Vgl *Ramharter* in *Kals/Kunz* (Hrsg), *Handbuch für den Aufsichtsrät*² (2016) Rz 47; *Hafner/Perner*, D&O-Versicherung: Struktur und Inhalt, ZFR 2018/185, 372; J. Reich-Rohrwig in *Straubel/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 223.
- 6) OLG Düsseldorf, 20. 7. 2018, 4 U 93/16; ohne Begründung auch OLG Celle, 1. 4. 2016, 8 W 20/16. Vgl *krit* dazu etwa *Armbrüster/Schilbach*, D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG, ZIP 2018, 1853; *Möhrle*, Aktuelle Fragen zur D&O-Versicherung – Wann greift der Versicherungsschutz für Vorstandsmitglieder? AG 2019, 243; vgl aber *Cyrus*, Neue Entwicklungen in der D&O-Versicherung, NZG 2018, 7.

B. Besonderheiten und Rechtsnatur der Haftung wegen Gläubigerbevorzugung

1. Allgemeines

Die Besonderheit der Ersatzpflicht nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG liegt darin, dass die Verletzung der jeweiligen Tatbestände regelmäßig zu keinem Schaden der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin führt. Der (verbotswidrigen) Zahlung steht nämlich das Erlöschen einer dadurch getilgten Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber, was bilanziell lediglich einen erfolgsneutralen Vorgang darstellt.⁷⁾ Allerdings werden die Befriedigungsmöglichkeiten (anderer) Gesellschaftsgläubiger beeinträchtigt. Zweck der Zahlungsverbote ist somit die Gewährleistung der *par condicio creditorum*.⁸⁾

Unter Verwendung ebendieser Argumente kommt die hA in Deutschland zum Ergebnis, dass die Parallelbestimmung des § 64 Satz 1 dGmbHG gerade kein Schadenersatzanspruch, sondern ein „Ersatzanspruch eigener Art“ sei.⁹⁾ Diesen Umstand nahm das OLG Düsseldorf ua zum Anlass, den Versicherungsschutz zu verneinen.¹⁰⁾

2. Schadenersatzanspruch oder „Ersatzanspruch eigener Art“?

Wenngleich wegen der augenscheinlichen Ähnlichkeiten der deutschen Parallelbestimmung,¹¹⁾ einem geradezu eindeutigen Hinweis in den Materialien zu § 25 GmbHG¹²⁾ und dem fehlenden Schaden der Gesellschaft vieles für ein gleiches Ergebnis im österr Recht spricht, bestehen doch Unterschiede, die eine differenzierte Betrachtung erforderlich machen. Der OGH nahm zur Rechtsnatur des § 25

Abs 3 Z 2 GmbHG Stellung, referiert dabei die deutsche Auffassung als Ersatzanspruch eigener Art, lehnt sie allerdings ohne Begründung ab.¹³⁾ *U. Torggler/Trenker* weisen demgegenüber zu Recht darauf hin, dass der Haftungstatbestand wegen Gläubigerbevorzugung in Österreich – im Gegensatz zum deutschen Recht – in den allgemeinen Haftungstatbestand der Geschäftsleiter eingebettet ist¹⁴⁾ und § 64 dGmbHG explizit von einem „Ersatz von Zahlungen“ spricht, wohingegen in Österreich der Wortlaut des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG auf eine schadenersatzrechtliche Einordnung hindeutet.¹⁵⁾ Ein schlichter Verweis auf die hA zur deutschen Parallelbestimmung reicht als Begründung für die Annahme eines „Ersatzanspruch eigener Art“ also jedenfalls nicht aus.

Schwierigkeiten für die Einordnung als Schadenersatzanspruch bereitet indes der (nicht) vorliegende Schaden der Gesellschaft. Der OGH erblickt den Schaden der Gesellschaft darin, dass „durch die verspätete Insolvenzanmeldung und die inzwischen geleisteten Zahlungen das als Insolvenzmasse verteilbare Gesellschaftsvermögen geschmälert“ werde,¹⁶⁾ was aber insb mit dem Schadensbegriff des § 1293 ABGB schwer vereinbar zu sein scheint.¹⁷⁾ Dogmatisch erscheint es vorzugswürdig, im Gläubigerinteresse einen Schaden zu fingieren.¹⁸⁾ Ein „typischer“ Schadenersatzanspruch wird aus § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG dennoch nicht.¹⁹⁾ Die Zahlungsverbote dienen – im Interesse der Gläubigergesamtheit – eben nur der Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse der insolventen Gesellschaft. Darin besteht der entscheidende Unterschied zu einem Scha-

7) Vgl Entscheidungsgrund 2.1. in OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k. So bereits *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 234; vgl auch *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1168, 1171; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613; *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018, 9; *J. Reich-Robrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 730 (FN 1594). Siehe ausführlich zum Schaden (der Gläubiger) und zur Schadensberechnung *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354.

8) Siehe nur *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1168; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613.

9) Vgl die stRsp des deutschen BGH, insb BGH 8. 1. 2001, II ZR 88/99; 11. 2. 2008, II ZR 291/06 und 15. 3. 2011, II ZR 204/09. Vgl zum Ganzen ausführlich *H.-F. Müller in Fleischer/Goette* (Hrsg), Münchener Kommentar zum GmbHG³ (2018) § 64 Rz 137 ff.

10) Vgl OLG Düsseldorf 20. 7. 2018, 4 U 93/16.

11) § 64 Satz 1 dGmbHG lautet: „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden.“ § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG lautet: „Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn nach dem Zeitpunkte, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren, Zahlungen geleistet werden.“

12) § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG gilt seit der Stammfassung unverändert. Die ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 66 sprechen davon, dass die Haftungsnorm den durchwegs sachgerechten Normen des deutschen Gesetzes entsprechen soll.

13) Vgl Entscheidungsgrund 2.2.1. in OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k.

14) Ergänzend ist allerdings anzumerken, dass § 64 Satz 4 dGmbHG sehr wohl auch auf § 43 Abs 3 und 4 dGmbHG und damit auf den allgemeinen Haftungstatbestand, insb auf die Regelungen der Inanspruchnahme der versicherten Personen durch die Gesellschaft, verweist.

15) Vgl dazu *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613.

16) Vgl Entscheidungsgrund 2.2.1. in OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k.

17) *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614. Vgl zu diesem Argument im gegenständlichen Kontext auch OLG Düsseldorf 20. 7. 2018, 4 U 93/16.

18) Vgl *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1171; *ders*, Entscheidungsanmerkung zu 3 Ob 278/02g, ÖBA 2004, 628 (630); *S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 14; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613; *Trenker*, JBl 2018, 357; *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, *ecolex* 2018, 151; *Jaufer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, *GES* 2018, 174; *aA Binder in Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 3/50. Die vorgesehene Innenhaftung bewirkt eine „Haftungskanalisation“ (vgl dazu *S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht [2017] Rz 964), durch die der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung insofern gewahrt wird, als die Schmälereien der Masse für die Gläubiger mittelbar über das Vermögen der Gesellschaft als Schaden wieder eingebracht wird (vgl auch *Robertson*, *ecolex* 2018, 150).

19) Vgl nur *Karollus*, ÖBA 2004, 630, der idZ von einer Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts spricht, oder *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614, die resümierend von einem „besonderen/modifizierten Schadenersatzanspruch im Gläubigerinteresse“ sprechen.

denersatzanspruch, weil die Haftung aus § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG gegenüber der Gesellschaft auch dann besteht, wenn der Gesellschaft kein Vermögensschaden entstanden ist. Der in Anspruch genommene Geschäftsleiter kann auch nicht einwenden, dass die Gesellschaft von der begli- chenen Verbindlichkeit frei wird.²⁰⁾

C. Versichertes Risiko in der D&O-Versicherung

1. Grunddeckung

Der Versicherungsschutz richtet sich freilich nach dem jeweiligen Vertragswerk. Zum heutigen Zeitpunkt gibt es keine Musterbedingungen für D&O-Versicherungen. Klar ist aber, dass die Gewährung von Versicherungsschutz in der D&O-Versicherung als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in ihrer typischen Ausprägung die Geltendmachung eines Anspruchs wegen eines bloßen Vermögensschadens aufgrund einer Pflichtverletzung voraussetzt. Versichert ist das Interesse der versicherten Personen am Ausbleiben von Belastungen ihres Vermögens aufgrund der Erhebung von Schadenersatzansprüchen Dritter.²¹⁾ Die D&O-Versicherung bietet meist Deckung sowohl bei Ansprüchen im Rahmen der Innenhaftung (Innenverhältnisdeckung), als auch im Rahmen der Außenhaftung (Außenverhältnisdeckung).²²⁾

Hinsichtlich der versicherten Anspruchsgrundlagen ist zu beachten, dass sich der Versicherungsschutz regelmäßig nur auf gesetzliche Haftpflichtansprüche erstreckt.²³⁾ Am Markt vorhandene D&O-Versicherungen sprechen sinngemäß von einer Schadenersatzforderung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen wegen eines Vermögensschadens gegen eine versicherte Person, die auf einer Pflichtverletzung beruht.²⁴⁾ Im Lichte ihrer Besonderheiten (s oben Pkt B.2) ist fraglich, ob die Ersatzansprüche nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG auch darunterfallen. Dazu ist das Leistungsversprechen des Versicherers auszulegen.

2. Auslegung des Leistungsversprechens

Für die Auslegung von Versicherungsbedingungen sind grundsätzlich die allgemeinen Vertragsauslegungsgrundsätze der §§ 914 f ABGB heranzuziehen. Die Rsp interpretiert Versicherungsbedingungen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, sofern sie nicht auch Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren.²⁵⁾ Bei der Interpretation von Versicherungsbedingungen ist das Verständnis eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers maßgeblich.²⁶⁾ Der verständige durchschnittliche Versicherungsnehmer hat allerdings regelmäßig keine juristische Vorbildung.²⁷⁾

Da sich in Versicherungsbedingungen häufig Fachbegriffe finden, stellt sich die Frage, wie mit diesen – hier insb mit dem Begriff „Schadenersatz“ – umzugehen ist. Bei der Auslegung von Fachbegriffen nähert sich der OGH dem allgemeinen Sprachgebrauch.²⁸⁾ Als Rechtsbegriffe werden jene Termini verstanden, die in Rechtsnormen oder von den

Rechtsanwendern verwendet werden und einen bestimmten Inhalt aufweisen.²⁹⁾ Für die in Versicherungsbedingungen enthaltenen Rechtsbegriffe gilt nun, dass der Wortinterpretation die juristische Bedeutung dieses Begriffs zugrunde zu legen ist. Rechtsbegriffe sind also im juristischen Sinn zu verstehen. Ausschlaggebend für die Zugrundelegung der juristischen Bedeutung auf Stufe der Wortinterpretation ist aber, dass der durchschnittlich verständige Versicherungsnehmer Rechtsbegriffe auch als solche erkennen kann.³⁰⁾

D. Ergebnis

Der Begriff „Schadenersatz“ wird uE wohl ein Rechtsbegriff sein.³¹⁾ Unter Zugrundelegung dieser Prämisse ist zur Interpretation des Begriffs „Schadenersatz“ in den Versicherungsbedingungen die juristische Bedeutung maßgeblich. Dass ein Verstoß gegen die Zahlungsverbote der Gesellschaft nicht zu einem typischen Schadenersatzanspruch führt (s dazu oben Pkt B.2), sagt aber noch nichts darüber aus, ob tatsächlich von keinem Schadenersatzanspruch mehr gesprochen werden kann.³²⁾ Für eine Kategorisierung als Schadenersatzanspruch im

20) S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/50; Koppensteiner/Rüffler, Kommentar zum GmbHG³ (2007) § 25 Rz 21; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 614.

21) Ramharter in Kals/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 41 ff; Hafner/Perner, ZFR 2018/185, 372, 376; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 223.

22) Darüber hinaus besteht Versicherungsschutz unter der D&O-Versicherung nur unter der Voraussetzung, dass die Pflichtverletzung, auf die der Dritte seine Ansprüche stützt, in Ausübung der entsprechenden Tätigkeit begangen wurde (vgl nur Gisch in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 8/25; Hafner/Perner, ZFR 2018/185, 376).

23) Ramharter in Kals/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 47; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 223.

24) Vgl zB die in Fenyves/Koban, Allgemeine Versicherungsbedingungen⁵ (2015) 100 ff abgedruckten Versicherungsbedingungen.

25) Fenyves in Fenyves/Schauer (Hrsg), VersVG (2014) Vor § 1 Rz 29.

26) RIS-Justiz RS0008901; RS0050063; Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 29 ff; Heiss in Kleteček/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 914 Rz 38 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at) je mwN.

27) Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 31; Heiss in Kleteček/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 914 Rz 38; Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 914 ABGB Rz 4.

28) Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 35; Kath, Rechtsfragen bei Verwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (2007) 128.

29) So Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 33; vgl auch Kath, Rechtsfragen 107 f, 137.

30) Schauer, Zur Auslegung von AVB als methodisches Problem, VR 2009 H 9, 23; Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 32 f, 35; aA aber Dreber, Die Auslegung von Rechtsbegriffen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 189 (1989) 368 ff, der dem Versicherungsnehmer das Bewusstsein über die Verwendung von Rechtsbegriffen in AVB zuschreibt. Zu beachten ist allerdings, dass das Transparenzgebot als Überprüfungsinstrument für AGB-Klauseln im von Dreber im Jahr 1989 verfassten Text noch keine Rolle spielte (idS Schauer, VR 2009 H 9, 24).

31) IdS auch Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 116; aA zum deutschen Recht Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1858.

32) Vgl zum deutschen Recht Geissler, GWR 2018, 285; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1857.

juristischen Sinn spricht, dass bei Lektüre der jeweiligen Materiengesetze (GmbHG, AktG) augenscheinlich ist, dass die entsprechenden Normen jeweils im allgemeinen Haftungstatbestand eingebettet sind und darüber hinaus auch ein Schaden entsteht.³³⁾ Dass dabei die Literatur teilweise zum Ergebnis kommt, die Ersatzansprüche nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG seien „besondere/qualifizierte Schadenersatzansprüche im Gläubigerinteresse“³⁴⁾ oder stellen „eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts“³⁵⁾ dar, schadet insofern nicht, als damit immer noch dem Grundsatz nach von einem Schadenersatzanspruch gesprochen wird. Das gilt noch viel mehr, da selbst der OGH unlängst ausdrücklich festgehalten hat, dass der Anspruch nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ein Schadenersatzanspruch ist.³⁶⁾

Würde man demgegenüber schon verneinen, dass der Begriff „Schadenersatz“ ein Rechtsbegriff ist,³⁷⁾ ändert das am Ergebnis freilich nichts. Maßgeblich wäre diesfalls, ob das jeweilige Bedingungswerk so zu verstehen ist, dass ein durchschnittlich verständiger Versicherungsnehmer ohne juristische Vorbildung zum Ergebnis kommt, dass der Ersatzanspruch für unzulässige Zahlungen nach materieller Insolvenz ein gesetzlicher Schadenersatzanspruch ist. Aus Sicht des Versicherungsnehmers kommt es bei der D&O-Versicherung jedenfalls darauf an, die mit einer Inanspruchnahme verbundenen Belastungen des Privatvermögens zu vermeiden.³⁸⁾ Dass der Schaden nicht bei der Gesellschaft vorliegt, sondern bei einem Dritten, ist darüber hinaus auch kein Spezifikum des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und des § 84 Abs 3 Z 6 AktG, sondern vielmehr allen Außenhaftungsfällen immanent, die aber regelmäßig von der Deckung umfasst sind.

Dass die D&O-Versicherung nicht auf den Schutz der Gläubigergemeinschaft ausgelegt sei, sondern auf die konkreten Vermögensinteressen der Versicherungsnehmerin, ist dabei ebenfalls kein stichhaltiges Argument für eine Gegenansicht. Die Versicherungsnehmerin wendet dementsprechend zwar Prämien auf, um die Interessen der Gläubigergemeinschaft zu wahren, was – so wird vertreten – nicht intendiert sein könne.³⁹⁾ Das versicherte Interesse liegt in der D&O-Versicherung allerdings gerade darin, das persönliche Haftungsrisiko von Geschäftsleitern zu decken. Versichert ist nämlich das Interesse der versicherten Personen am Ausbleiben von Belastungen ihres Vermögens.⁴⁰⁾ Davon zu unterscheiden ist freilich die Frage, welche Motivation die Gesellschaft dafür hat, eine D&O-Versicherung zu Gunsten ihrer Organmitglieder abzuschließen und zu finanzieren.⁴¹⁾ Nun mag es der Motivation der Gesellschaft zuwiderlaufen, eine Versicherung zu finanzieren, die letztlich primär den Interessen der Gläubigergemeinschaft dient. Für die Frage nach dem versicherten Risiko spielt das Motiv der Gesellschaft allerdings keine Rolle.⁴²⁾ Wegen alledem handelt es sich bei den Ersatzansprüchen des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und des § 84 Abs 3 Z 6 AktG jedenfalls um Schadenersatzansprüche im versicherungsrechtlichen Sinn.

E. Zusammenfassung

Zunächst ist festzuhalten, dass der Versicherungsschutz der D&O-Versicherung idR bei vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzung zu einem Ausschluss der Deckung führt (Pflichtwidrigkeitsausschluss). Der Vorsatz bzw die Wissentlichkeit bezieht sich regelmäßig – in Abkehr von § 152 VersVG – nur auf die Pflichtwidrigkeit und nicht auf den Schaden.⁴³⁾

Liegt keine vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzung vor, dürfte die Haftung der Geschäftsleiter für unzulässige Zahlungen nach materieller Insolvenz vom Deckungsumfang einer D&O-Versicherung regelmäßig erfasst sein. Entgegen der deutschen hA sieht der OGH⁴⁴⁾ in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG einen Schadenersatzanspruch. Selbst wenn man von dieser insofern eindeutigen Rsp abweiche und einen besonderen oder modifizierten Schadenersatzanspruch erblickte, würde die Auslegung der jeweiligen Versicherungsbedingungen wohl kein anderes Ergebnis zeitigen. Das gilt unabhängig davon, ob man den Begriff „Schadenersatz“ als Rechtsbegriff versteht oder nicht. Ratsam ist jedenfalls, mit der Versicherungsgesellschaft Kontakt aufzunehmen, um den Umfang des Versicherungsschutzes zu klären. Rechtssicherheit besteht jedenfalls dann, wenn Ansprüche aus § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG explizit versichert sind.

33) Dieser realisiert sich allerdings regelmäßig nicht auf Ebene der Gesellschaft, sondern auf Ebene der Gläubigergemeinschaft (s oben Pkt B.2). Ein Schaden liegt aber dennoch vor.

34) *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614.

35) *Karollus*, ÖBA 2004, 630.

36) Vgl Entscheidungsgrund 2.1. in OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k.

37) Mit beachtlichen Argumenten *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1858.

38) Vgl *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1857 f, auch mit dem Hinweis, dass es dabei wegen dem Charakteristikum als Fremdversicherung auch auf die Sichtweise der versicherten Person ankommt.

39) OLG Düsseldorf 20. 7. 2018, 4 U 93/16; *Lange in Veith/Gräfe/Geibert*, Der Versicherungsprozess³ (2016) § 21 Rz 92 (FN 8).

40) *Rambarter in Kalls/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 41. Ausnahmsweise kann – insb in Fällen der Side-B-Deckung („company reimbursement“) – daneben auch das Interesse der Gesellschaft gedeckt sein (vgl *Hafner/Perner*, ZFR 2018, 379; *Rambarter in Kalls/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 48).

41) Vgl zum reichhaltigen Diskurs zu den Gründen der Gesellschaft, die Versicherungsprämie zu leisten (Eigeninteressen der Gesellschaft), nur *Rambarter in Kalls/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 16 mwN.

42) Vgl *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1855 f, die resümieren, dass der Prämienaufwand zur Absicherung des Haftungsrisikos der Geschäftsleiter erfolgt. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger sei demgegenüber bloßer Reflex.

43) Vgl zum Pflichtwidrigkeitsausschluss nur *Gisch in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 8/39; *Rambarter*, Der Pflichtwidrigkeitsausschluss in der D&O-Versicherung, ZFR 2018, 386; *Hafner/Perner*, ZFR 2018, 379.

44) OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k eolex 2017, 1178 (*J. Reich-Rohrig*).