

VORSICHT DECKUNGSLÜCKE! ELEMENTARE KLAUSEN IN DER D&O-VERSICHERUNG



Karin Baumeier,
Rechtsanwältin
für Managerhaftpflichtversicherung,
Ratingen

Bei der Vielzahl der D&O-Versicherungen auf dem deutschen Markt besteht die Gefahr, den Überblick für die wesentlichen Deckungsinhalte zu verlieren. D&O-Anbieter werben mit zusätzlichen Deckungssummen und mit sog. Assistance-Leistungen wie z.B. die Übernahme von Abfindungszahlungen. Diese kommen jedoch nicht zum Tragen, wenn schon die elementaren Deckungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

Mit diesem Beitrag wird auf einige bedeutende D&O-Klauseln eingegangen mit Praxistipps zur Vermeidung von Deckungslücken.

1. Versicherungsfall

Regelmäßig findet sich zu Beginn eines D&O-Vertragswerkes eine Klausel mit der Definition des Versicherungsfalls, die in etwa lautet: „Der Versicherer gewährt weltweit Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen Pflichtverletzungen, die sie bei ihrer Tätigkeit für die Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft begangen hat, für einen Vermögensschaden erstmals schriftlich in Anspruch genommen wird.“

Der Versicherungsschutz wird inzwischen so gut wie immer weltweit gewährt. Zu beachten ist jedoch, dass Tochtergesellschaften in Ländern, für die Handels- oder Wirtschaftssanktionen gelten, vom Versi-

cherungsschutz ausgenommen sind. Eine Reihe von D&O-Versicherern macht dies bereits mit der sog. Embargo- oder Sanktionsklausel deutlich. Wichtig zu wissen ist auch, dass es sog. non-admitted-Staaten gibt, d.h. in Ländern wie z.B. China oder Brasilien ist es einem (Tochter-) Unternehmen verboten, Versicherungsschutz aus dem Ausland einzukaufen. Eine Lösungsmöglichkeit bieten sog. Lokalpolicen, welche direkt in dem sog. Verbotsland für das jeweilige Unternehmen abgeschlossen werden. Nicht alle Versicherer bieten die Möglichkeit an, Lokalpolicen für die jeweilige Auslandstochter einzudecken. Dies sollte bei Bedarf beachtet werden.

Der Versicherungsschutz für die versicherten Personen sollte nicht nur für solche Pflichtverletzungen gewährt werden, welche in ihrer Eigenschaft als Organ begangen wurden. Auch operative Tätigkeiten sollten miterfasst sein. Ein klarstellender Satz hierzu kann später im Schadensfall viel Ärger ersparen.

Bei den geltend gemachten Schadensersatzansprüchen sollte es zwischen gesetzlichen oder vertraglichen Haftpflichtansprüchen keine Unterscheidung geben.

Viele Versicherer stellen den Ausschluss von Personen- und Sachschäden in der Definition des Versicherungsfalls klar. Dies hat zur Folge, dass die versicherte Person im Schadensfall den Nachweis erbringen muss, dass der Schaden tatsächlich ein Vermögensschaden ist. Sie trägt also die Beweislast, falls der Versicherer diese Voraussetzung bestreitet. Von erheblichem praktischem Vorteil für die versicherte Person ist es, wenn der Ausschluss Personen- und Sachschäden als selbständige Ausschlussklausel geregelt wird. Damit wird eine Beweislastumkehr erreicht.

Falls der Versicherer das Vorliegen eines Vermögensschadens gemäß der Definition der Bedingungen bestreitet, muss dieser das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nachweisen.

Viele Bedingungen regeln den Versicherungsfall u.a. als „erstmalige schriftliche Inanspruchnahme der versicherten Person“. In der Praxis haben sich weitergehende Klarstellungen bewährt, welche auch andere Fälle einer „Inanspruchnahme“ gleichstellen wie z.B. die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch.

2. Rückwärtsversicherung

Die meisten Bedingungen regeln eine zeitlich unbegrenzte Rückwärtsversicherung. Das bedeutet, dass solche Pflichtverletzungen, die vor Abschluss der D&O-Versicherung begangen wurden und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt waren, vom Versicherungsschutz umfasst sind, wenn die Inanspruchnahme während der Vertragslaufzeit oder einer Nachmeldefrist erfolgt. In diesem Zusammenhang sind vor allem drei Punkte zu berücksichtigen:

a) Zum einen spielt der Fragenkatalog bzw. der Fragebogen des Versicherers hier eine essentielle Rolle. Dieser Fragenkatalog ist in der Regel vor Abschluss einer D&O-Versicherung von einem Organmitglied der Versicherungsnehmen den Gesellschaft auszufüllen und zu unterschreiben.

Von erheblichem praktischem Vorteil für die versicherte Person ist es, wenn der Ausschluss Personen- und Sachschäden als selbständige Ausschlussklausel geregelt wird.

Hierbei ist zu prüfen, wie die Frage nach der Kenntnis möglich begangener Pflichtverletzungen formuliert ist (sog. warranty statement). Die Formulierung dieser Frage ist im Versicherungsfall ausschlaggebend dafür, ob eine Pflichtverletzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als „bekannt“ gilt und somit der Versicherungsschutz im Rahmen der Rückwärtsversicherung greift oder nicht.

Kommt es auf die positive Kenntnis an oder reicht es, dass der Unterzeichner das Vorliegen einer Pflichtverletzung für möglich hält? Oder genügt es sogar für die Kenntnis, dass der Unterzeichner die Pflichtverletzung hätte kennen müssen? Hier sollte die Frage so eng wie möglich



formuliert sein, um dem Versicherer keinen Interpretationsspielraum zu geben.

b) Falls ein Wechsel des Versicherers erfolgen soll, sollte in den Vertragsverhandlungen darauf geachtet werden, die sog. „Kontinuität“ zu wahren. Dies erreicht man dadurch, dass für den neuen Versicherer kein neues „warranty statement“ mit aktuellem Datum abgegeben wird, sondern dass man in Bezug auf die Frage nach bekannten Pflichtverletzungen auf die abgegebene Erklärung des vorherigen Versicherers verweist. Dies kann in der neuen Police mit dem Eintrag eines Kontinuitätsdatums zum Ausdruck gebracht werden.

c) Ebenfalls ist auf die Formulierung der Regelung zur Zurechnung zu achten, also auf wessen Kenntnis bzw. Kennenmüssen von Pflichtverletzungen es neben der in Anspruch genommenen Person auch noch ankommt. Um den Versicherungsschutz nicht zu gefährden, sollte in den Bedingungen geregelt sein, dass es bei der Kenntnis oder dem Kennenmüssen von Pflichtverletzungen nur auf diejenige versicherte Person ankommt, welche wegen eines Vermögensschadens vom Anspruchsteller in Anspruch genommen wird. Es sollte also keine Zurechnung einer anderen Person zu Lasten der in Anspruch genommenen Person geben. Eine Zurechnung des Unternehmens als Versicherungsnehmer und seiner Tochterunternehmen sollte nur auf ein bestimmtes Organ gerichtet sein. Der Kreis der möglichen Mitwissler sollte klein gehalten werden.

Bei einer sogenannten Repräsentantenklausel wird der in Anspruch genommenen Person auch das Kennen oder Kennenmüssen der vorgeworfenen Pflichtverletzung anderer Personen zugeschrieben wie z.B. weiterer Geschäftsführer, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern, des Leiters der Rechtsabteilung oder des

kaufmännischen Leiters. Das bedeutet eine nicht unerhebliche Einschränkung des Versicherungsschutzes. Hätte der Leiter der Rechtsabteilung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die begangene Pflichtverletzung kennen müssen, weil er zum Beispiel entsprechende Unterlagen zwecks Abzeichnung und Archivierung erhalten hatte, wird dieses „Wissen müssen“ der in Anspruch genommenen versicherten Person zugerechnet. In so einem Fall würde also kein Versicherungsschutz bestehen, obwohl die in Anspruch genommene Person von der Pflichtverletzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich keine Kenntnis hatte.

3. Nachmeldefrist

Die Nachmeldefrist regelt den Versicherungsschutz für den Zeitraum nach Beendigung der D&O-Versicherung. Tritt innerhalb der gewährten Nachmeldefrist, also zum Beispiel von 36 Monaten ein Versicherungsfall ein und wurde die vorgeworfene Pflichtverletzung vor Beendigung der D&O-Versicherung begangen, besteht im Rahmen der Versicherungsbedingungen Versicherungsschutz. Zur Verfügung steht jedoch nur die nicht verbrauchte Deckungssumme der letzten Versicherungsperiode, soweit keine Sondervereinbarung getroffen wurde. Auch vor diesem Hintergrund sollte man sich bei Vertragsschluss bzw. einer Vertragsverlängerung für die höchstmöglich angebotene Deckungssumme entscheiden. Wurde die vorgeworfene Pflichtverletzung zeitlich erst nach Beendigung des D&O-Vertrages begangen, besteht regelmäßig kein Versicherungsschutz mehr.

a) Bei der Regelung zur Nachmeldefrist ist zu beachten, dass diese unverfallbar ist. Das ist dann der Fall, wenn die D&O-Versicherung beim Versicherer A gekündigt und ohne zeitliche Unterbrechung eine Anschlussversicherung bei Versicherer B abgeschlossen wird und dabei die Nachmeldefrist bestehen bleibt. Regelmäßig finden sich Klauseln, die klar zum Ausdruck bringen, dass die Nachmeldefrist bei einer Anschlussdeckung „verfällt“ bzw. „entfällt“. Jedoch sollte man sich nicht automatisch mit Formulierungen zufrieden geben wie etwa „die Nachmeldefrist bleibt bei einer zeitlich unmittelbaren Anschlussdeckung bei einem anderen Versicherer bestehen und beträgt 12 Monate“. Hier findet evtl. eine Kürzung der Nachmeldefrist statt, die es zu vermeiden gilt, da es den Versicherungsschutz zeitlich einschränkt. Es hilft ein direkter Vergleich, welche Nachmeldefrist der Versicherer gewähren würde, wenn keine neue D&O-Versicherung zeitlich unmittelbar abgeschlossen werden würde.

b) Auch sollte die Nachmeldefrist mindestens so lange bemessen sein, wie die längste einschlägige Verjährungsvorschrift, welche für die versicherten Personen Anwendung finden kann. In Bezug auf die anzuwendenden Verjährungsvorschriften empfiehlt sich die Rücksprache mit einem Juristen, da außer der gesetzlichen Verjährungsvorschriften auch die Rechtsprechung zu beachten ist. Ansprüche der GmbH gegen ihren Geschäftsführer verjähren zum Beispiel nach § 43 Abs. 4

GmbHG in fünf Jahren, aber laut einer Entscheidung des BGH1 nur, wenn es mindestens zwei Geschäftsführer gibt. Ansprüche der AG gegen das Vorstandsmitglied

Die Nachmeldefrist regelt den Versicherungsschutz für den Zeitraum nach Beendigung der D&O-Versicherung.

verjähren gemäß § 93 Abs. 6 AktG bei Börsennotierung hingegen erst in zehn Jahren, bei nichtbörsennotierter AG in fünf Jahren. Ansprüche des Vereins gegen seine Organmitglieder verjähren in der Regel nach § 195 BGB innerhalb von drei Jahren. Die Verjährung beginnt jedoch nach § 199 Absatz 1 BGB erst mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und der Verein von den Schadensersatzanspruch

1 BGH, Urteil vom 15.03.2011 – II ZR 301/99.

begündenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Dies kann unter Umständen erst viele Jahre nach dem haftungsbegründenden Vorfall der Fall sein, wobei spätestens nach zehn Jahren nach Entstehung der Anspruch jedenfalls verjährt ist, § 199 Absatz 3 Nr. 1 BGB.

Einige Versicherer bieten bereits eine Nachmeldefrist von mindestens 120 Monate an oder räumen eine Option ein, die Nachmeldefrist gegen Zahlung einer Zusatzprämie entsprechend zu erhöhen.

4. Insolvenz

Aufgrund des hohen Haftungspotentials von Unternehmensleitern nach Insolvenzreife der Gesellschaft sollten Klauseln in der D&O-Versicherung, die im Zusammenhang mit der Insolvenz(-reife) den Versicherungsschutz einschränken, bestenfalls ersatzlos gestrichen werden.

Ein Großteil der Außenhaftungsansprüche wird durch den Insolvenzverwalter ausgelöst. Dieser fordert von

Unternehmensleitern wegen begangener Pflichtverletzung zugunsten der Gläubigermasse Schadensersatz. Da es sich um ein sehr komplexes Themenfeld handelt, kann in diesem Beitrag nur zusammengefasst ein Überblick verschafft werden.

a) Klauseln, die regeln, dass im Falle des Antrags auf Eröffnung oder bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die D&O-Versicherung sofort oder zum Ende der Versicherungsperiode automatisch endet, sind nach einem Urteil des BGH² unwirksam. Da sich die Rechtsprechung aber ändern kann, sollte man auf Nummer sicher gehen und solche Klauseln ersatzlos aus dem Bedingungswerk streichen. Auch Regelungen zum Wegfall der Nachmeldefrist im Zusammenhang mit der Insolvenz sollten nicht Vertragsbestandteil sein.

b) Zu beachten sind Klauseln, die eine Anzeigepflicht im Zusammenhang mit der Insolvenzreife bzw. der Insolvenz vorsehen. Sowohl die Frist für die Anzeige als auch der Kreis der Personen, die die Anzeige beim Versicherer bewirken sollen, sind zu beachten, um den Versicherungs-

schutz nicht zu gefährden. Auch solche Regelungen sollten nicht in einer D&O-Versicherung stehen.

c) Klauseln, die solche Pflichtverletzungen vom Versicherungsschutz ausschließen, die im Zusammenhang mit der Insolvenzreife, dem Antrag oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehen, können den Versicherungsschutz geradezu ausschließen und sollten nicht Bestandteil des Bedingungswerkes sein bzw. werden.

Formulierungen, die zum Beispiel nur solche Pflichtverletzungen vom Versicherungsschutz ausschließen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begangen wurden, scheinen auf den ersten Blick keine Einschränkung des Versicherungsschutzes darzustellen. Denn mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben die Organmitglieder der insolventen Gesellschaft in der Regel keine Verfügungsgewalt mehr über das Gesellschaftsvermögen und

dürfen keine Entscheidungen für die Gesellschaft treffen. Eine andere Situation entsteht jedoch, wenn die Eigenverwaltung nach § 270 InsO angeordnet wird. Unternehmensleiter

dürfen dann unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse verwalten und über sie verfügen. Somit können auch wieder Pflichtverletzungen begangen werden. Da keine gesetzliche Aussage für die Zukunft getroffen werden kann, nach welchem Verfahren die Insolvenz durchgeführt wird, sind nach Möglichkeit Klauseln mit entsprechender Formulierung zu vermeiden.

d) Eine hohe Unsicherheit für die versicherten Personen entsteht, wenn der Insolvenzverwalter im Rahmen seines Wahlrechts nach § 103 InsO die Nichterfüllung des Vertrages wählt. Dieses Wahlrecht besteht nur, wenn das Insolvenzverfahren endgültig eröffnet und die Prämie für die Versicherungsperiode noch nicht bezahlt wurde³. Die Wahl der Nichterfüllung führt nach einem Urteil des BGH dazu, dass die gegenseitigen Ansprüche weiter bestehen bleiben, aber nicht mehr durchsetzbar sind⁴. Auch zu einem späteren Zeitpunkt, kann der Insolvenzver-

walter keine Erfüllung mehr verlangen⁵. Der Versicherer muss die fällige Prämie zur Insolvenztabelle anmelden.

Wird nun nach der Erklärung zur Nichterfüllung des Vertrages ein Versicherungsfall durch den Insolvenzverwalter ausgelöst, erhält die versicherte Person vom Versicherer keinen Versicherungsschutz, da die Ansprüche nicht durchsetzbar sind.

Einige Bedingungswerke versuchen diese Starre durch die Aufnahme einer klarstellenden Klausel zum Schicksal der D&O-Versicherung aufzulösen, wenn der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung des Vertrages wählt. Geregelt wird u.a. die Verpflichtung des Versicherers zur Gewährung von Versicherungsschutz für die versicherte Person und Beendigung des Vertrages, damit die Nachmeldefrist zu laufen beginnt. Ob solche Klauseln einer gerichtlichen Überprüfung standhalten, ist nicht geklärt.

Die praktikabelste Vorgehensweise dürfte darin bestehen, dass Unternehmensleiter der insolventen Gesellschaft aus eigener Tasche die fällige Prämie bezahlen. Das OLG Hamburg⁶ hat in einem Beschluss festgehalten, dass der Insolvenzverwalter dem Unternehmensleiter die Möglichkeit einzuräumen hat, die Prämie zu bezahlen, bevor die D&O-Versicherung gekündigt wird. Damit wäre der Versicherungsschutz zumindest für eine weitere Versicherungsperiode gesichert. Grundsätzlich haften Organmitglieder gesamtschuldnerisch, d.h. ressortunabhängig und der Höhe nach unbegrenzt mit ihrem gesamten Privatvermögen. Vor diesem Hintergrund dürfte die Zahlung der Versicherungsprämie aus eigenen Mitteln als kleineres Übel gelten.

5. Zusammenfassung

Die D&O-Versicherung schützt das Privatvermögen der Unternehmensleiter und kann diese somit vor der Gefahr der Privatinsolvenz bewahren. Daher ist es so wichtig, dass der Versicherungsschutz auf einer stabilen Grundlage steht. Die o.g. Klauseln sollten eindeutig zugunsten der versicherten Personen formuliert sein und Ausschlüsse im Zusammenhang mit der Insolvenz nach Möglichkeit keinen Platz in der D&O-Versicherung finden. ■

³ Urteil, OLG Düsseldorf VersR 2006, 250 f. Wurde die Prämie für die Versicherungsperiode voll bezahlt, so steht dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht nach § 103 InsO zu. Die versicherten Personen genießen Versicherungsschutz im Rahmen der D&O-Versicherung.

⁴ BGH, ZInsO 2002, S. 577.

⁵ Wirth/Dr. Mintas, ZInsO 2012, S. 1002, 1007.

⁶ OLG Hamburg, Beschluss vom 08.07.2015 – 11 U 313/13.