

DIE (FEHLENDE) RECHTSPRECHUNG UND IHRE AUSWIRKUNGEN AUF DEN D&O-VERSICHERUNGSSCHUTZ



RA Karin Baumeier,
Kanzlei Baumeier,
Ratingen

Im Rahmen der D&O-Versicherung gibt es eine Vielzahl richterlich noch ungeklärter Fragen. Erst mit seinen Urteilen vom 13.04.2016 (Az. IV ZR 304/13 und IV ZR 51/14) hatte der BGH endlich mal wieder für die D&O-Versicherung zwei langersehnte Grundsatzentscheidungen getroffen. Die Versicherungsgesellschaften wurden zum einen verurteilt, trotz fehlender Ernstlichkeit der Inanspruchnahme Versicherungsschutz zu gewähren und zum anderen dürfe der Unternehmensleiter seinen Freistellungsanspruch gegen den D&O-Versicherer an das ihn in Anspruch nehmende Unternehmen abtreten. Dies hat zur Folge, dass das Unternehmen als Versicherungsnehmerin einen direkten Zahlungsanspruch gegen die Versicherungsgesellschaft erhält.

Mit dem nachfolgenden Artikel werden weitere, teilweise noch fehlende Gerichtsentscheidungen angesprochen, die für den D&O-Versicherungsschutz ebenfalls eine große Bedeutung haben und das Regulierungsverhalten der Versicherungsgesellschaften beeinflussen können.

1. „Regulierungspause“ bei Schadensersatzforderung gegen den Unternehmensleiter wegen einer Unternehmensgeldbuße?

Gerade wurde gegen VW wegen der Abgasaffäre ein Bußgeld in Höhe von

EUR 1 Mrd. verhängt. Daher könnte auch für VW wie bereits für ThyssenKrupp die Frage spannend werden, ob Unternehmen gegen sie verhängte Unternehmensgeldbußen auf die verantwortlichen Unternehmensleiter abwälzen dürfen.

Experten aus der Versicherungsbranche beobachten bereits seit Jahren das sog. Schienenkartellverfahren. Gegen ein Tochterunternehmen des ThyssenKrupp-Konzerns wurde wegen rechtswidriger Kartellabsprachen ein Bußgeld von insgesamt EUR 191 Mio. verhängt. Das Tochterunternehmen nahm daraufhin ihren ehemaligen Geschäftsführer auf Schadensersatz in Anspruch, der für diese Preisabsprachen verantwortlich gemacht wird, da das Unternehmen nur durch seine Geschäftsführer handeln könne.

Das LAG Düsseldorf hatte als Berufungsgericht entschieden, dass die vom Bundeskartellamt gegen das Unternehmen verhängten Bußen nicht im Rahmen der Innenhaftung an den Unternehmensleiter weitergereicht werden könnten. Dabei geht das LAG Düsseldorf vom vollständigen Ausschluss der Haftung des Organvertreters im Innenverhältnis für Bußgelder seiner Gesellschaft aus. Zur Begründung führt das LAG u.a. an, dass die zivilrechtliche Innenhaftung im Gesellschaftsrecht dazu führen würde, dass die Entscheidung des Normengebers, dass ein Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden soll, ins Leere liefe. Die Abwälzung laufe dem Zweck der Gefahrenabwehr im öffentlichen Interesse zuwider. Die Unternehmensgeldbuße wolle gerade das Unternehmen selbst treffen. Der darin enthaltene Vorwurf sei ein Organisationsverschulden in Form einer nicht ausreichenden Kontrolle der Organe. Unternehmen und Unternehmensträger sollen durch fühlbare Einbußen zu einer angemessenen Kontrolle angehalten werden. Das Unternehmen solle sich nicht aus der Verantwortung ziehen können. Das wäre aber der Fall, wenn es die Geldbuße an die für sie handelnden Personen im Rahmen der Innenhaftung weiterreichen könnte. Geldbußen könn-

ten auch der Abschöpfung eines durch die Normverletzung eingetretenen wirtschaftlichen Vorteils dienen. Daher sei die Geldbuße kein Schaden, sondern gleiche eine Bereicherung aus. Auch die unterschiedliche Ausgestaltung des Bußgeldrahmens würde ins Leere laufen, wenn das Unternehmen es in der Hand hätte, dass gegen sie verhängte Bußgeld an die insoweit gesetzlich privilegierte natürliche Person „weiterzureichen“.

Der 8. Senat des BAG hatte ohne diese Grundsatzfrage zu beantworten das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das LAG Düsseldorf zurückverwiesen (BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 8AZR 189/15; LAG Düsseldorf, Teilurteil vom 20.01.2017 – 16 Sa 459/14). Unter anderem sei die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit fraglich, da eine kartellrechtliche Vorfrage im Sinne des § 87 Satz 2 GWB zu entscheiden sei. Inzwischen hat das LAG Düsseldorf die Sache an das LG Dortmund – Kammer für Kartellsachen – weiterverwiesen (Beschluss vom 29.01.2018 - 14 Sa 591/17), wo nach fünf Jahren Prozessdauer der Rechtsstreit wieder von vorne beginnt.

Ob Unternehmensgeldbußen nun vom Unternehmen auf seine Unternehmensleiter im Wege des Schadensersatzes zurückgefordert werden dürfen, ist also noch nicht entschieden. Anders als in Österreich ist in Deutschland bislang die Versicherbarkeit von Schadensersatzforderungen wegen einer Unternehmensgeldbuße nicht verboten¹.

Die Regulierungspraxis der Versicherungsgesellschaften ist jedoch in den jeweiligen Schadensfällen unterschiedlich. Soweit sich der Versicherungsschutz auch auf den Regress einer Unternehmensgeldbuße erstreckt, gewähren einige Versicherer bis zur richterlichen Entscheidung weiterhin Deckung. Andere Versicherer berufen sich hingegen auf das noch offenstehende Urteil und gönnen sich in entsprechenden Schadensfällen eine

¹ § 10 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionsgesetzes schlägt den Regressausschluss des Verbandes gegen eine Leitungsperson vor.



„Regulierungspause“. Sowohl Versicherungsmaklern als auch Versicherungsnehmern ist daher zu empfehlen, sich bei ihrem D&O-Versicherer bei Vorhandensein einer entsprechenden Klausel eine konstitutive Bestätigung zum Bestehen des Versicherungsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung der oben beschriebenen Grundsatzentscheidung einzuholen.

2. Mögliche Deckungslücke bei Zahlungen zwischen Insolvenzreife und Insolvenzeröffnung

Nach einem Beschluss des OLG Celle vom 01.04.2016 (Az. 8 W 20/16) sind Zahlungen nach Insolvenzreife und vor Insolvenzeröffnung Schäden eigener Art und stellen keinen Vermögensschaden im Sinne der D&O-Versicherung dar.

Nach § 64 Satz 1 GmbHG und §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG haftet der Unternehmensleiter auch für Zahlungen, die von der Gesellschaft nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden, unabhängig, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Primär wolle die o.g. Vorschriften verhindern, dass die Haftungsmasse zum Nachteil der Gläubiger geschmälert werde. Bei dem Anspruch ginge es also nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Anspruch auf Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens. Wenn aber die eingetretene Vermögensdifferenz kein Vermögensschaden im Sin-

ne der Versicherungsbedingungen darstelle, dann würden die Voraussetzungen für den Versicherungsfall nicht vorliegen.

Es ist deshalb in entsprechenden Schadensfällen mit einer Deckungsablehnung der Versicherungsgesellschaften zu rechnen.

Gerade Zahlungen nach Insolvenzreife und vor Insolvenzeröffnung sind in der Praxis sehr häufig anzufinden. Die zusätzliche Brisanz liegt darin, dass schon die Frage, wann ein Unternehmen insolvenzreife ist, nur schwer beantwortet werden kann und das Gesetz trotzdem fordert, dass diese Insolvenzreife unverzüglich, aber spätestens nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung anzumelden ist, § 15a Abs. 1 InsO.

Um sicherzustellen, dass der betroffene Unternehmensleiter in dieser brandgefährlichen Phase Deckung über die D&O-Versicherung erhält, ist darauf zu achten, dass dieser „Anspruch eigener Art“ nach § 64 Satz 1 GmbHG bzw. §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG in den AVB bzw. in Form einer besonderen Deckungsvereinbarung einem Vermögensschaden gleichgestellt wird.

3. Wann zählt eine Tätigkeit zu den „versicherten Tätigkeiten“ im Rahmen der AVB?

Auf das Urteil des OLG München vom 13.09.2017 (Az. 7 U 4126/13), welche

u.a. die Abgrenzung nichtversicherter Tätigkeiten von einer versicherten Tätigkeit zum Gegenstand hat, wird auf die ausführliche Darstellung von Herrn Georg Klinghammer in dieser Ausgabe verwiesen.

4. Die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin kann entgegen anderslautender Regelung eigenen Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz haben

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 05.04.2017 (Az. IV ZR 360/15) entschieden, dass Versicherungsgesellschaften der Versicherungsnehmerin eigene Ansprüche auf Versicherungsschutz aus der D&O-Versicherung nicht allein deswegen ablehnen dürfen, weil in den AVB geregelt sei, dass nur die versicherten Personen den Anspruch auf Versicherungsschutz geltend machen könnten. Grundlage für dieses Urteil war die Schadensersatzforderung der Versicherungsnehmerin u.a. gegen Vorstandsmitglieder wegen unerlaubter Konkurrenzaktivität, wodurch der Versicherungsnehmerin ein Vermögensschaden entstanden sei, der später zur Insolvenz führte. Die Deckungsklage wurde vom Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger fortgeführt. Die Vorstandsmitglieder wehrten sich nicht gegen die Schadensersatzforderung und beanspruchten deshalb keine Leistungen aus der D&O-Versicherung.

Die Richter führten aus, dass die Regelung, dass nur den versicherten Personen das Recht zustehe, Anspruch auf Versicherungsschutz geltend zu machen, ihren Sinn verliere, wenn die Versicherungsgesellschaft einen Deckungsanspruch abgelehnt hat, die versicherten Personen selber keinen Versicherungsschutz geltend machen und bei der Versicherungsgesellschaft keine schützenswerten Interessen vorliegen, die gegen einen eigenen Anspruch der Versicherungsnehmerin auf Versicherungsschutz sprechen.

Aus der Sozialbindung der Haftpflichtversicherung ergebe sich, dass das wirtschaftliche Interesse der Versicherungsnehmerin an der Feststellung des Deckungsanspruchs schützenswert sei. Wegen der Untätigkeit der versicherten Personen drohe die Verjährung des Deckungsanspruchs und damit der „Verlust“ des solventen Schuldners. Die Sozialbindung der Haftpflichtversicherung gelte auch in Innenhaftungsfällen bei der D&O-Versicherung. Das geschädigte Unternehmen dürfe in den Fällen der Innenhaftung nicht schlechter stehen als ein sonstiger außenstehender Geschädigter. Der geschädigte Versicherungsnehmer sei in der vorliegenden Konstellation nicht weniger schützenswert als der geschädigte Dritte in den Haftpflichtfällen bei Untätigkeit des Versicherungsnehmers.

Auch wenn also in den AVB geregelt wird, dass nur die versicherten Personen Anspruch auf Versicherungsschutz haben, kann es sich für die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin lohnen, einen eigenen Anspruch auf Versicherungsschutz prüfen zu lassen, wenn sich die versicherten Personen gegen eine erhobene Schadensersatzforderung nicht wehren wollen und die Leistungen der Versicherungsgesellschaft nicht beanspruchen.

5. Der erklärte Anfechtungsverzicht gegenüber gutgläubigen versicherten Personen – eine Mogelpackung?

Im Jahr 2011 hatte der BGH unter dem Stichwort „HEROS“ zwei Urteile (Urteil vom 21.09.2011 - IV ZR 38/09 und Urteil vom 09.11.2011, - IV ZR 40/09) getroffen. Die Richter entschieden u.a., dass die Versicherungsgesellschaft entgegen

einer anderslautenden vertraglichen Regelung in den AVB nicht wirksam auf ihr Anfechtungsrecht verzichten könnten. Die Klausel, die den Anfechtungsverzicht der Versicherungsgesellschaft regelte, konnte von der Versicherungsgesellschaft wirksam angefochten werden mit der Folge der Nichtigkeit des Versicherungsvertrages für alle versicherten Personen als von Anfang an.

Voraussetzung für die Anfechtung sei, dass die Täuschung vom Geschäftspartner selbst (also der Versicherungsnehmerin) oder von einer Person verübt werde, die nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB sei².

Die Richter begründeten Ihre Entscheidung damit, dass § 123 BGB die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schütze, indem die Vorschrift gewährleiste, dass eine Willenserklärung der Anfechtung unterliege, wenn die Willenserklärung nicht als Ausdruck freier rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung angesehen werden könne, weil die Willensbildung der Versicherungsgesellschaft von Täuschung beeinflusst sei. Werde die Möglichkeit der Anfechtung im Voraus ausgeschlossen, liefere sich die Versicherungsgesellschaft der Willkür des Vertragspartners aus und gebe seine freie Selbstbestimmung vollständig auf. Dem Täuschenden werde ermöglicht, Vorteile aus seiner Täuschung zu ziehen, ohne eine Rückabwicklung des Vertrages befürchten zu müssen. Dafür verdiene der arglistig Täuschende nicht den Schutz der Rechtsordnung³.

In einer Vielzahl von Versicherungsbedingungen findet sich schon seit Jahren nunmehr eine Klausel, wonach die Versicherungsgesellschaft auf ihr Recht zur Anfechtung nur gegenüber den gutgläubigen versicherten Personen verzichtet und die Anfechtung aber gegenüber denjenigen Personen erklären werde, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses arglistig getäuscht haben, sog. Severability-Klausel⁴.

Nach wie vor richterlich ungeklärt ist jedoch, inwieweit diese Klausel mit einem geteilten Anfechtungsverzicht zugunsten

Gutgläubiger in den D&O-Versicherungsbedingungen wirksam ist.

Die wohl überwiegende Meinung geht davon aus, dass der Abschluss des Versicherungsvertrages kein teilbares Rechtsgeschäft darstelle und daher der Anfechtungsverzicht gegenüber Gutgläubigen unwirksam sei⁵. Die gutgläubig versicherten Personen seien ausreichend über das Kausalitätserfordernis des § 21 Abs. 2 VVG geschützt⁶. Diese Meinung geht also davon aus, dass der ganze D&O-Vertrag im Falle einer arglistigen Täuschung einer versicherten Person wirksam auch gegenüber den Gutgläubigen durch die Versicherungsgesellschaft angefochten werden könne.

Mangels eines höchstrichterlichen Urteils zu dieser speziellen Fallkonstellation sollten sich Versicherungsmakler, Versicherungsnehmer und versicherte Personen der wahrscheinlichen Unwirksamkeit des Anfechtungsverzichts gegenüber den gutgläubigen versicherten Personen bewusst sein. Je größer der versicherte Personenkreis, umso sinnvoller erscheint unter den soeben genannten Aspekten der Abschluss einer persönlichen D&O-Versicherung.

Fazit

Bei der Vielzahl der unterschiedlich geregelten D&O-Versicherungsbedingungen auf dem deutschen Markt genügt es nicht, Deckungsvergleiche nach dem Motto anzufertigen „bei uns versichert, beim anderen nicht, also sind wir besser“. Die Rechtsprechung hat einen erheblichen Einfluss auf den D&O-Versicherungsschutz und das Regulierungsverhalten der Versicherungsgesellschaften, selbst wenn die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden wurde. Die Qualität von D&O-Versicherungen kann nicht ohne Berücksichtigung der (fehlenden) Rechtsprechung beurteilt werden. ■

² BGH, Urteil vom 21.09.2011 - IV ZR 38/09, Rn. 45.

³ BGH, Urteil vom 21.09.2011 - IV ZR 38/09, Rn. 46.

⁴ Gädtke, r+s 2013, 312, 314; Lange, ZIP 2006, 1680, 1681.

⁵ Langheid/Grote, VersR 2005, 1165, 1169; Gädtke, r+s 2013, 312, 314; a.A. Pröls/Klimke, in Pröls/Martin, § 47 Rn. 18 mit dem Argument, der Vertrag sei bei Kenntnis der Teilnichtigkeit auf die anderen Versicherten beschränkt worden.

⁶ Langheid/Grote, VersR 2005, 1165, 1169.