



SPEKTRUM

■ für Versicherungsrecht (SpV)

Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im DAV

**Ausgabe 1
Februar 2014**

www.spektrum-versicherungsrecht.de
www.davvers.de

Herausgegeben von: RA Helmut Katschthaler LL.M.
RAin Isabell Knöpper (Schriftleitung) · RA Peter Konrad ·
RA Michael Piepenbrock · RAin Monika Maria Risch · RA Arno Schubach



Editorial

Eine der wichtigsten Veranstaltungen der ARGE Versicherungsrecht des Jahres 2014 liegt vor uns: Alle Mitglieder des IV. Zivilsenates des BGH ermöglichen uns eine Fortsetzung der erstmals im Jahr 2008 in Baden-Baden durchgeführten Tagung „Die Rechtsprechung des BGH zum Versicherungsrecht“. Unter der Moderation der Vorsitzenden des IV. Zivilsenates, Frau Barbara Mayen, haben Interessierte aus der Anwaltschaft, der Assekuranz und der Richterschaft erneut Gelegenheit, am 23. und 24. Mai 2014 die Entscheidungen des Senats „aus erster Hand“ kennenzulernen und Erläuterungen hierzu zu erhalten. Diskussionsmöglichkeiten sind ebenfalls gegeben. Da nur max. 130 Personen teilnehmen können, ist die Teilnahme in der Reihenfolge der Anmeldungen möglich. Einige Voranmeldungen liegen bereits vor....

Die ARGE wird auch im Jahr 2014 darüber hinaus ein buntes Fortbildungsprogramm anbieten; am 21.03. wird die nächste Veranstaltung zur Unfall- und Berufsunfähigkeitsversicherung stattfinden.

Neben der Fortbildung wird sich die ARGE im laufenden Jahr weiter mit dem Regulierungsverhalten der Versicherer beschäftigen. Die Vorbereitungen für eine repräsentative Umfrage unter unseren Mitgliedern und den Mitgliedern der Arge Verkehrsrecht laufen auf Hochtouren.

Einen weiteren Schwerpunkt unserer Arbeit sehen wir im Bereich Rechtsschutzversicherung. Das Urteil des BGH zu den ARB der HUK-Coburg Rechtsschutzversicherung vom 04.12.13 betrifft ausschließlich dieses spezielle Bedingungswerk. Die Interessen der Verbraucher und der Anwaltschaft an einer freien Anwaltswahl, die nicht durch wirtschaftliche Anreize der Assekuranz beeinflusst wird, liegen dabei auf derselben Seite. Noch stärker als bisher werden wir dabei darauf aufmerksam machen, dass die Versicherer Produkte als „Rechtsschutz“ verkaufen, die aber alles andere als das, was sie versprechen, beinhalten. Auch der Gesetzgeber wird darüber nachzudenken haben, ob er den Begriff „Mediation“ schützen sollte, denn das, was manche Versicherer darunter verstehen, hat mit einer Mediation im Sinne des gleichnamigen Gesetzes nichts zu tun. „Mogelpackung“ hat Herr Kollege Dr. Schneider, der Leiter des Arbeitskreises Rechtsschutzversicherung, diese Produkte mit Recht genannt.

Letztlich noch ein kleiner Blick zurück auf 2013: Im November des vergangenen Jahres haben wir das 10-jährige Bestehen der Einführung des „Fachanwalt für Versicherungsrecht“ in Hannover gefeiert. Dankenswerter Weise hat uns der Verlag die Möglichkeit eingeräumt, in der März-Ausgabe der „Recht und Schaden“ eine Sonderausgabe des „Spektrum für Versicherungsrecht“ herauszugeben, die wir dem Jubiläum widmen wollen.

Der Geschäftsführende Ausschuss wünscht Ihnen allen ein interessantes und erfolgreiches Jahr 2014. Wir freuen uns auf die Begegnung mit Ihnen.

Berlin, im Februar 2014
Monika Maria Risch,

Rechtanwältin, Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht

Inhalt

Editorial von <i>Monika Maria Risch</i>	1
<i>Wilfried Terno</i> Strukturen und Probleme der D&O-Versicherung	2
<i>Ulf Linder</i> BGH – Urteil zum nach- vertraglichen Wettbewerbs- verbot nach § 90 a HGB	15

Strukturen und Probleme der D&O-Versicherung*

Vorbemerkung: Soweit im Folgenden die AVB-AVG zitiert werden, handelt es sich um die Musterbedingungen des GDV (Stand 2013) „Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern“.

I. Strukturen der Versicherung

1. Zielrichtung der D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung ist eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für eine besondere Berufsgruppe. Es geht um eine Versicherung für Unternehmensleiter, insbesondere Vorstände, Aufsichtsratsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften. Auch diese können unbeschränkt und persönlich mit ihrem Privatvermögen auf Schadensersatz haften, wenn sie innerhalb ihrer unternehmerischen Tätigkeit schuldhaft Pflichtverletzungen begehen. Haftungsgrundlagen können dabei sowohl Vorschriften aus dem Gesellschaftsrecht als auch allgemeine zivilrechtliche Vorschriften, etwa auch § 823 BGB, sein. Möglich ist dabei sowohl eine sogenannte „Innenhaftung“ der Versicherten gegenüber dem Unternehmen, der Gesellschaft und zugleich Versicherungsnehmerin, wie eine „Außenhaftung“ gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder sonstigen Dritten. Der Absicherung dieser Haftungsrisiken dient die D&O-Versicherung. Als Haftpflichtversicherung hat sie zum einen eine Abwehr- und Rechtsschutzfunktion, zum anderen eine Schadensausgleichsfunktion. Beide stehen nach dem Verständnis der Rechtsprechung gleichberechtigt nebeneinander, d.h. der Versicherer schuldet grundsätzlich die außergerichtliche und gerichtliche Abwehr von Schadensersatzansprüchen und - erweisen sie sich als begründet - Freistellung bzw. letztlich Befriedigung.

2. Versicherte – Versicherungsnehmer – Fremdversicherung

Wenn Sie Nr. 1.1 Abs. 1 AVB-AVG ansehen, so werden darin die versicherten Personen mit den „gegenwärtigen oder ehemaligen Mitgliedern des Aufsichtsrats, des Vorstands oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft“ benannt. Das beschreibt aber gewissermaßen nur die Basis. Die am Markt verwendeten Bedingungen fassen den versicherbaren Personenkreis regelmäßig weiter. So werden etwa auch die künftigen Mitglieder der Leitungsorgane einbezogen, teilweise leitende Angestellte mit besonderen Qualifikationen, Compliance-Officers und andere mehr.

Gegenüber diesem in den Bedingungen sehr klar bezeichneten Kreis der Versicherten fehlt es an einer ausdrücklichen Benennung der möglichen Versicherungsnehmer. Allerdings ist klar erkennbar, dass die Bedingungen darauf abzielen, juristische Personen des Privatrechts als Versicherungsnehmer anzusprechen, geht es doch bei den versicherten Personen um Mitglieder des Vorstands, Aufsichtsrats oder der Geschäftsführung. Versicherungsnehmer sind also vor allem Unternehmen in der Rechtsform der AG oder der GmbH. Versicherbar sind aber nicht nur solche Kapitalgesellschaften, sondern grundsätzlich wegen vergleichbarer Interessenlage auch Vereine, Genossenschaften oder Stiftungen. Aus dieser Beschreibung ergibt sich zugleich, dass von den AVB nicht erfasst werden die Personengesellschaften, etwa die BGB-Gesellschaft oder die KG. Für reine Personengesellschaften besteht also prinzipiell kein Versicherungsschutz. Das findet seinen Grund letztlich in der Identität von Gesellschafterstellung und Geschäftsführung; hier sind Interessenkonflikte von vornherein angelegt.

Ist Versicherungsnehmer das Unternehmen und sind versicherte Personen dessen Leitungsorgane, handelt es sich bei der D&O-

Versicherung um eine Versicherung für fremde Rechnung (§ 43 Abs. 1 VVG). Das führt grundsätzlich nach § 44 Abs. 1 VVG dazu, dass die Rechte aus dem Vertrag dem Versicherten zustehen, zur Verfügung über die Rechte - und damit auch zu ihrer Geltendmachung - ist aber nach § 45 Abs. 1 VVG nur der Versicherungsnehmer befugt. Etwas anderes gilt nach § 44 Abs. 2 VVG nur, wenn der Versicherte im Besitz des Versicherungsscheins ist. Das könnte durchaus zu Komplikationen führen, etwa wenn ein Versicherter auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird und den Anspruch unter Einschaltung seines Versicherers abwehren will. Er kann den Anspruch auf Versicherungsschutz aber nicht geltend machen, wenn er nicht selbst im Besitz des Versicherungsscheins ist oder der Versicherungsnehmer nicht zustimmt (§ 44 Abs. 2 VVG). Nun kann man einwenden, dass dies eine theoretische Konstruktion ist, weil der Versicherte - etwa der Geschäftsführer einer GmbH - sich den Besitz des Versicherungsscheins doch verschaffen kann. Das gilt aber etwa dann nicht, wenn der Geschäftsführer bereits entlassen worden ist.

Die D&O-Bedingungen lassen solche Konflikte regelmäßig aber erst gar nicht entstehen, weil sie - von einem Ausnahmetatbestand abgesehen - bestimmen, dass den Anspruch auf Versicherungsschutz nur die versicherten Personen geltend machen können (vgl. Nr. 10.1 AVB-AVG).

3. Innenhaftung – Außenhaftung

Es fehlt noch ein Blick auf das Leistungsversprechen in Nr. 1.1 AVB-AVG. Verkürzt verspricht der D&O-Versicherer Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen - es fehlt hier der AHB-Zusatz „privatrechtlichen Inhalts“ (AHB Nr. 1.1) - für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.

In dieser Umschreibung bedeutet das zunächst, dass es für die Gewährung von Versicherungsschutz nicht darauf ankommt, ob es um die Innen- oder Außenhaftung des Versicherten geht. Innenhaftung meint dabei die Haftung gegenüber dem eigenen Unternehmen, der Versicherungsnehmerin, die sich aus der Verletzung organschaftlicher, dienstvertraglicher oder deliktischer Pflichten ergeben kann. Dagegen geht es bei der Außenhaftung um die Haftung gegenüber Dritten, etwa Vertragspartnern des Unternehmens, Arbeitnehmern usw.. Deckung wird in beide Richtungen versprochen; eine Differenzierung gibt es nach Nr. 1.1 AVB-AVG grundsätzlich nicht.

Sieht man auf die Entwicklung von deutschen D&O-Produkten, so boten diese zunächst häufig nur eingeschränkten Versicherungsschutz, nämlich solchen gegen Haftpflichtansprüche, die gegen Unternehmensleiter persönlich von außen erhoben wurden. Das war wirklich kein „breiter“ Schutzbereich, denn in Deutschland ist das Haftungsrecht der Organmitglieder/Geschäftsführer so angelegt, dass die Innenhaftung den Normalfall bildet. Denn grundsätzlich richtet sich der Anspruch des geschädigten Dritten gegen die Gesellschaft und nicht gegen deren Organmitglieder/Geschäftsführer persönlich. Es ist dann Sache der Gesellschaft, sich im Innenregress bei diesen schadlos zu halten. Einen unmittelbaren Anspruch finden wir nur im Rahmen der Deliktshaftung und aufgrund spezieller Anspruchsgrundlagen. Zur Verdeutlichung einige Beispiele für die Außenhaftung:

So verpflichtet § 34 AO den jeweiligen gesetzlichen Vertreter der juristischen Person (Vorstand/Geschäftsführer) zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten der Gesellschaft. Werden etwa Steuerschulden unter vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung nicht ordnungsgemäß abgeführt, haftet der gesetzliche Vertreter der Steuerverwaltung persönlich, und das bis hin zu den Säumniszuschlägen (§ 69 AO).

Bei den Ansprüchen aus Deliktshaftung ist als Beispiel zu nennen die Verletzung der In-

solvenzantragspflicht (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO). Nach § 15a InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung unverzüglich Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen. Bei Verletzung der Pflicht („Insolvenzverschleppung“) haften sie persönlich auf Schadensersatz, denn § 15a InsO ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

Zu nennen sind hier schließlich auch noch Schadensersatzansprüche der Sozialversicherungsträger wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsanteile (§ 823 Abs. 2 i.V.m. § 266a StGB).

Bei der Innenhaftung ist es etwas leichter. Hier finden wir einen Haftungsgrundtatbestand für die AG in §§ 93 Abs. 2, 94 AktG; diese Vorschriften regeln die Innenhaftung der Vorstandsmitglieder und ihrer Vertreter; für den Aufsichtsrat finden wir eine Haftungsgrundnorm in § 116 AktG, die allerdings ihrerseits wieder auf § 93 Abs. 2 AktG verweist.

Bei der GmbH bestimmt § 43 Abs. 2 GmbH-Gesetz den Haftungsgrundtatbestand, einige besondere Tatbestände sind in § 43 Abs. 3 oder § 64 Abs. 2 GmbHG geregelt.

Es ist unschwer zu erkennen, dass in der D&O-Versicherung der weitaus bedeutsamere Bereich die Deckung von Innenansprüchen ist, also der Versicherungsschutz gegen Ansprüche des Versicherungsnehmers, des Unternehmens, gegen den (die) Versicherten. Solche Haftpflichtansprüche sind in den AHB von der Deckung gerade ausgenommen (7.4 AHB 2008), für den Abschluss einer D&O-Versicherung ist die Deckung gerade dieses Bereichs aber zumeist die maßgebliche Motivation.

Dass bei solchen Innenansprüchen die Gefahr des Missbrauchs besteht, dass also gewissermaßen eine „Schadenverlagerung“ auf den Versicherer versucht werden kann, liegt an sich auf der Hand. Gleichwohl haben sich Produkte mit Bedingungen, mit denen versucht wurde, ihr entgegenzuwirken, am Markt

nicht durchsetzen können. Das gilt nicht nur mit Blick auf den Versuch, die Innenhaftung ganz von der Deckung auszunehmen, noch mit Blick auf die noch in den Musterbedingungen des GDV 2008 enthaltene Regelung in Nr. 1.3 AVB-AVG, die bestimmt, dass Versicherungsschutz für Innenansprüche nur unter der Voraussetzung gewährt wird, dass diese von der Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung initiiert und geltend gemacht werden. Übrig geblieben ist - jedenfalls teilweise - eine sogenannte Eigenschadenklausel, die zu einer anteiligen Kürzung der Versicherungsleistung führt, wenn der in Anspruch genommene Versicherte zugleich Anteile an dem Unternehmen hält, das Versicherungsnehmerin ist. Das soll bewirken, dass der Versicherte nicht aus eigenem Fehlverhalten einen Deckungsanspruch für die Wertminderung seiner eigenen Anteile erhält; anderenfalls wäre ein „Eigenschaden“ versichert.

4. Versicherungsnehmer „Dritter“ im Sinne von § 108 Abs. 2 WG?

Aus der Dreieckskonstellation Versicherungsnehmer – Versicherer – Versicherter ergeben sich zahlreiche Praxisprobleme, auf die ich hier nicht näher eingehen kann. Der Versicherer steht jedenfalls stets zwischen „seinem“ Versicherungsnehmer, dem Unternehmen, und den Versicherten, für die er den Anspruch abzuwehren hat. Das legt eine gewisse Mediationsfunktion des Versicherers nahe, die - so sie denn erfolgreich ist - auch ihrerseits dazu beiträgt, dass Streitfälle nicht immer und sogleich die Gerichte beschäftigen.

Eine besonders interessante und gerade für die D&O-Versicherung bedeutsame Frage ist es, wie es sich mit der Abtretung des Freistellungsanspruchs des Versicherten gegen den Versicherer an den Versicherungsnehmer, also etwa des Vorstandsmitglieds an das Unternehmen, verhält. Die Bedingungen der D&O-Policen bestimmen zwar einhellig, dass der Freistellungsanspruch vor seiner endgültigen Feststellung ohne Zustimmung des Versicherers weder abgetreten noch verpfändet

werden kann, ausgenommen davon aber ist - wegen des zwingenden § 108 Abs. 2 VVG - die Abtretung an den geschädigten Dritten. Das ist bei Außenansprüchen nicht weiter problematisch, anders dagegen bei den Innenansprüchen. Hier muss geklärt werden, ob der Versicherungsnehmer selbst geschädigter „Dritter“ im Sinne des § 108 Abs. 2 VVG ist - und diese Frage ist in der Literatur hoch umstritten.

Ansatz für die Auffassung, der Versicherungsnehmer sei nicht „Dritter“ ist im Grunde die Annahme, dass bei der Vereinigung von Haftpflichtanspruch und Freistellungsanspruch in der Hand des Versicherungsnehmers die Missbrauchsgefahr hoch sei. Hier drohe besonders die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Versicherungsnehmer (Unternehmen) und versicherter Person (Mitglied des Leitungsorgans), weil sich bei Vereinigung des Haftpflichtanspruchs und des Freistellungsanspruchs in der Hand des Geschädigten der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch verwandele. Der Versicherungsnehmer, der - wenn auch in gewissen Grenzen - den Versicherer bei der Abwehr des Anspruchs unterstützen solle, werde selbst Inhaber des Anspruchs. Deshalb kann nach dieser Ansicht „Dritter“ im Sinne der Regelung zum Abtretungsverbot in den AVB nur sein, wer außerhalb des Vertragsverhältnisses steht. Eine Abtretung des Freistellungsanspruchs durch den Versicherten an die geschädigte Gesellschaft, die Vertragspartnerin des Versicherers ist, kommt demnach nicht in Betracht. *Armbürster* untermauert seine Auffassung damit, dass die Gründe, die die Regelung in § 108 Abs. 2 VVG tragen, bei der Abtretung an den Versicherungsnehmer nicht zuträfen. Soweit es dem Gesetzgeber darum gegangen sei, es dem Versicherungsnehmer zu ermöglichen sich durch Abtretung an den Geschädigten aus der gesamten Schadenangelegenheit herauszuhalten, so gelte das bei der Abtretung an den Versicherungsnehmer gerade nicht. Wenn zum anderen bezweckt worden sei, den Geschädigten vor nachlässiger Behandlung der Angelegenheit durch den Versicherungsnehmer zu schützen, so sei

ein solcher Nachteil hier auch nicht zu besorgen, wenn der Versicherungsnehmer selbst der Geschädigte sei.

Das sind zwar gewichtige Argumente für eine einschränkende Auslegung des § 108 Abs. 2 VVG; ich kann mich ihnen jedoch nicht anschließen.

Wenn die besondere Missbrauchsgefahr insbesondere bei der D&O-Versicherung ins Feld geführt wird, so ist das zunächst nur ein „rechtstatsächlicher Befund“, der zur Begründung nicht recht taugt. Zum einen gibt es die Missbrauchsgefahr auch in anderen Sparten, zum anderen sind der Missbrauch und auch ein kollusives Zusammenwirken zwischen Versicherungsnehmer und versicherter Person auch dann möglich, wenn die Abtretung des Freistellungsanspruchs unterbleibt. Eine einschränkende Auslegung des § 108 Abs. 2 VVG nur mit Blick auf die Besonderheiten der D&O-Versicherung kommt ohnehin nicht in Betracht. Wir müssen das Problem allgemeiner betrachten:

§ 100 VVG als Grundnorm der Haftpflichtversicherung setzt voraus, dass der Versicherungsnehmer von einem „Dritten“ in Anspruch genommen wird. Also ist grundsätzlich unter einem Dritten zunächst jede nicht mit dem Versicherungsnehmer identische Person zu verstehen, die gegen den Versicherungsnehmer Schadensersatzansprüche erhebt. Damit ist unsere Frage aber noch nicht geklärt. Denn das Gesetz geht erkennbar vom Normalfall aus, dass ein Haftpflichtversicherungsvertrag für eigene Rechnung geschlossen worden ist. Schon *Johannsen* hat aber erkannt, dass der Begriff des Geschädigten nicht in der Weise eingegrenzt werden kann, dass „*alle am Vertrag selbst beteiligten Personen gewissermaßen nach einem Naturgesetz nicht als Dritte zum Kreis der möglichen Anspruchsteller gehören*“ können. Dieser Schluss sei logisch nur dort berechtigt, wo lediglich ein Vertrag für eigene Rechnung geschlossen worden ist; bei einer Versicherung für fremde Rechnung könne dagegen auch der Versicherungsnehmer geschädigter Dritter sein. Dem

sind weite Teile der Literatur gefolgt; seine Auffassung hat auch in der jüngeren Literatur, die sich mit der Frage mit Blick auf die D&O-Versicherung beschäftigt hat, Zustimmung gefunden. Der IV. Zivilsenat des BGH hat sich zu dieser Frage nicht geäußert; es gibt allerdings eine Entscheidung des VI. Zivilsenats, der sich im Rahmen der Direktklage nach § 3 Nr. 1 PflVG a.F. mit dieser Problematik befasst hat. In dieser Entscheidung heißt es unter anderem: *„Die Frage, ob der durch den Fahrer eines Kfz verletzte Halter trotz seiner Eigenschaft als Versicherungsnehmer wie ein nicht am Versicherungsvertrag beteiligter Dritter gemäß § 3 Nr. 1 PflVG einen Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer auf Ersatz seines (Personen-) Schadens geltend machen kann, ist in der Literatur umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass der Versicherungsnehmer schon begrifflich niemals „Dritter“ im Sinne der genannten Vorschriften sein könne. Demgegenüber wird von anderen Autoren darauf hingewiesen, dass der Regelung des § 10 Abs. 2 c AKB nach ihrem sachlichen Gehalt die Bedeutung einer Versicherung für fremde Rechnung zukomme und dass deshalb, nachdem § 11 Nr. 2 AKB (in der damals geltenden maßgeblichen Fassung) Ersatzansprüche des Versicherungsnehmers gegen den mitversicherten Fahrer wegen Personenschäden nicht mehr ausschließt, kein überzeugender Grund ersichtlich sei, dem Versicherungsnehmer die Eigenschaft eines Dritten im Sinne des § 3 Nr. 1 PflVG abzusprechen. Der Senat hält letztere Ansicht für zutreffend. Soweit dem Versicherungsnehmer ein vom Versicherungsvertrag gedeckter Anspruch gegen seinen Haftpflichtversicherer zusteht, gebietet es die Interessenlage, ihn auch in die Verbesserung des Schutzes der Unfallbeteiligten einzubeziehen.“*

Nun kann man argumentieren, dass sich diese speziell auf die Kfz-Haftpflichtversicherung bezogene Entscheidung nicht verallgemeinern lasse - und hier sei tragend gewesen, den Versicherungsnehmer, der zufällig in die Situation des geschädigten Dritten gelangt sei, in den Schutz für Unfallgeschädigte einzubeziehen.

Das lässt aber die Kernerwägung der Entscheidung außer Acht. Der BGH hält die Auffassung „pro Dritter“ für zutreffend. Das heißt, er hält für wesentlich und überzeugend, dass dem Versicherungsvertrag mit Blick auf den mitversicherten Fahrer die Bedeutung einer Versicherung für fremde Rechnung zukommt. Hinzu kommt, dass der Versicherungsvertrag die Deckung von Ansprüchen des Versicherungsnehmers gegen eine versicherte Person (wegen eines Personenschadens) nicht ausschließt. Beides allein trägt die gebilligte Literaturauffassung, dass der Versicherungsnehmer „Dritter“ im Sinne der Haftpflichtversicherung sein kann. Weil dem so ist, gebot es die Interessenlage in der Kfz-Haftpflichtversicherung, ihn auch in den Schutzbereich des § 3 Nr. 1 PflVG a.F. einzubeziehen. Von einer „Zufälligkeit“, der Rechnung zu tragen sei, kann also keine Rede sein, wenn der Vertrag selbst einen solchen Anspruch gegen den Versicherten deckt.

Nach alledem: Nach meiner Ansicht ist es zutreffend davon auszugehen, dass der Versicherungsnehmer „Dritter“ im Sinne von § 100 VVG sein kann, wenn es um eine Fremdversicherung geht und der Versicherungsvertrag Ansprüche des Versicherungsnehmers gegen eine versicherte Person deckt. Und gerade diese Konstellation spiegelt die als reine Fremdversicherung ausgestaltete D&O-Versicherung wider; sie ist gerade darauf angelegt, auch und gerade solche Versicherungsfälle zu decken, die auf einer Schädigung des Versicherungsnehmers durch eine versicherte Person beruhen. Um den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 1 PflVG, der dem dort als Dritten bezeichneten zudem eine besondere Rechtsstellung gewährt, geht es hier nicht.

Aus dem Wortlaut des § 108 Abs. 2 VVG lässt sich anderes nicht herleiten. Wenn schon § 100 VVG ein Verständnis zulässt, dass auch der Versicherungsnehmer „Dritter“ sein kann, gilt das auch für § 108 Abs. 2 VVG. Ob die Schutzzwecke, die den Gesetzgeber zur Schaffung der Vorschrift bewegen haben, auf die Konstellation der reinen Fremdversiche-

zung zutreffen, mag man bezweifeln. Der Standpunkt von *Arnbrüster* wird indessen nicht von allen geteilt. Die Schutzzweckargumentation ist nach meiner Ansicht jedenfalls nicht allein entscheidend. Es ist sicher richtig, dass der Reformgesetzgeber den „Normalfall“ der Haftpflichtversicherung vor Augen gehabt hat. Dass er mit Blick auf die Fremdversicherung der beschriebenen Art § 108 Abs. 2 VVG anders, nämlich einschränkend verstanden hätte, folgt daraus aber noch nicht.

Die heftige Diskussion um den Versicherungsnehmer als „Dritten“ wird schließlich und nicht zuletzt vor dem Hintergrund der weiteren Frage geführt, welche Auswirkungen das Zusammenfallen von Haftpflichtanspruch und Freistellungsanspruch auf das Geltendmachen und Durchsetzen des dann bestehenden Zahlungsanspruchs (sog. „Direktanspruch“) gegen den Versicherer und dessen Abwehrmöglichkeiten hat. Auf diese Frage ist hier allerdings schon aus Zeitgründen nicht mehr einzugehen.

Noch kurz zum Ausnahmetatbestand. Wir haben gesehen, dass nach Nr. 10.1 AVB-AVG der Anspruch auf Versicherungsschutz grundsätzlich nur dem Versicherten zusteht; eine Ausnahme regelt das sogenannte company reimbursement (Nr. 1.2 AVB-AAVG). Liegen die Voraussetzungen der Klausel vor, geht der Anspruch auf Versicherungsschutz auf die Versicherungsnehmerin über.

Company reimbursement betrifft nur die Außenhaftung des Versicherten. Ein Dritter, also gerade nicht die Versicherungsnehmerin, muss den Haftpflichtanspruch gegen den Versicherten verfolgen. Es muss eine tatsächliche Freistellungsverpflichtung des Unternehmens gegenüber dem Versicherten geben. Zu denken ist dabei in erster Linie an vertragliche Freistellungsvereinbarungen, die zwischen dem Unternehmen und dem Versicherten getroffen werden. Wie weit solche Freistellungsvereinbarungen rechtlich zulässig sind, ist sehr umstritten. Unzulässig soll etwa sein, wenn sie die Haftung für Verhaltensweisen einschließt,

die zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft darstellen und deshalb Innenansprüche begründen können. Gerade wegen solcher Zweifel ist ein Vorbehalt am Schluss der Klausel enthalten. Ist die Freistellungsvereinbarung unwirksam, findet ein Anspruchsübergang nämlich nicht statt. Ist sie wirksam und stellt das Unternehmen den Versicherten durch Befriedigung des Geschädigten frei, geht im Umfang der Erfüllung der Freistellungsverpflichtung der Anspruch auf Versicherungsschutz auf das Unternehmen, die Versicherungsnehmerin, über. Einer Abtretung bedarf es dann nicht.

II. Der Versicherungsfall – das claims-made-Prinzip

1. Die Ausgangslage

Nach Nr. 2 Satz 1 AVB-AVG ist Versicherungsfall die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages. Es wird also - wenn man auf die Zeitschiene blickt - weder angeknüpft an den auslösenden Verstoß (Pflichtverletzung), noch auf das Schadenereignis, sondern allein auf das Geltendmachen des Schadensersatzanspruchs in versicherter Zeit, also - wenn man so will - den spätesten Zeitpunkt. Das ist zunächst einmal das claims-made-Prinzip, das Anspruchserhebungsprinzip, in Reinkultur. Es gibt keinerlei Kopplung mit dem Verstoßprinzip, wie das noch früher in den Musterbedingungen des GDV der Fall war. Rechtliche Folge ist einerseits - weil es auf den Zeitpunkt des Verstoßes nicht ankommt - eine grundsätzlich unbegrenzte Rückwärtsdeckung (Nr. 3.1 AVB-AVG), andererseits aber bleiben selbst Verstöße in versicherter Zeit grundsätzlich ungedeckt, wenn der darauf bezogene Schadensersatzanspruch erst nach dem Ablauf des Vertrages geltend gemacht wird. Diese Folge wird indessen durch eine Nachmeldfrist (Nachhaftung) gemildert (Nr. 3.2 AVB-AVG); der Versicherer verspricht insoweit auch Versicherungsschutz für Anspruchserhebun-

gen, die nach Ablauf des Vertrages erfolgen, ihm aber noch binnen einer bestimmten Frist gemeldet werden. Ergänzend gibt es schließlich noch die Möglichkeit einer Umstandsmeldung (Nr. 3.3 AVB-AVG), mit der sich ein Versicherter gewissermaßen „vorbeugend“ Versicherungsschutz für nach Vertragsablauf erhobene Schadensersatzansprüche sichern kann.

Welche Fristen insoweit gelten, kann nur den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen entnommen werden. In den Bedingungen, die der Entscheidung des OLG München vom 8. Mai 2009¹ zugrunde lagen, betrug die Nachmeldefrist nur ein Jahr; sie verlängerte sich mit jeder Vertragsverlängerung um ein weiteres Jahr bis zur Höchstdauer von fünf Jahren. In einer Entscheidung des OLG Frankfurt vom 5. Dezember 2012² gab es Bedingungen mit einer Nachmeldefrist von zwei Jahren mit Verlängerungsmöglichkeit auf maximal drei Jahre. In einem neueren Bedingungswerk eines großen Versicherers wird eine unbegrenzte Nachmeldefrist bei einer mindestens dreijährigen Vertragslaufzeit bestimmt; liegt die Vertragslaufzeit darunter, soll eine fünfjährige Nachmeldefrist gelten. In einem anderen Bedingungswerk wird schließlich sogar eine unbegrenzte Nachmeldefrist ohne jedwede Einschränkung geregelt.

Es ist offensichtlich, dass hier vieles im Fluss ist, sich die Bedingungslage für die Versicherten zu verbessern scheint. Das macht es schwierig, abstrakt die Frage zu klären, ob die Vereinbarung des claims-made-Prinzips einer Kontrolle der §§ 305 ff. BGB standhält, denn es kommt auf das jeweils vereinbarte Bedingungsgefüge mit Rückwärtsdeckung, Nachhaftung und Umstandsmeldung an. Bei den anschließenden Kontrollüberlegungen wird es daher notwendig sein, auch auf die unterschiedlichen Gestaltungen einzugehen.

2. Claims-made-Prinzip auf dem Prüfstand
 - a) Wirksame Einbeziehung des claims-made-Prinzips oder Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB

Schon im Urteil des OLG München wird - aufbaumäßig völlig korrekt - zunächst erörtert, ob § 305c Abs. 1 BGB der wirksamen Einbeziehung des claims-made-Prinzips entgegenstehen könnte und das verneint. Dazu nur kurz:

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Das bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Klausel ein Überrumpelungseffekt innewohnen muss; sie muss von den Erwartungen des Versicherungsnehmers so deutlich abweichen, dass er damit vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Bei dieser Prüfung ist nicht auf einen beliebigen Versicherungsnehmer abzustellen, vielmehr auf den von diesem Produkt angesprochenen Kreis von Versicherungsnehmern. Und Versicherungsnehmer bzw. Versicherte dieser Art von Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen sind nicht Normalverbraucher, sondern regelmäßig Unternehmen, bzw. als Versicherte deren Leitungs- und Aufsichtskräfte, die für ihre Tätigkeit in diesen Funktionen Versicherungsschutz suchen. Sie stehen also im Wirtschaftsleben und sind grundsätzlich in der Lage, ihren Versicherungsbedarf einerseits und die vorhandenen Angebote andererseits zu bewerten. Es ist deshalb auf die Erkenntnismöglichkeiten des für D&O-Versicherungen zu erwartenden Kreises von Versicherungsnehmern und Versicherten abzustellen. Und dann dürfte auf der Hand liegen, dass dieser Kreis darum weiß, dass D&O-Versicherungen nur unter Einschluss des claims-made-Prinzips angeboten werden, seien auch die Ausgestaltungen unterschiedlich. Der vom

¹ r+s 2009, 327.

² r+s 2013, 329.

Versicherungsprodukt angesprochene Vertragspartner wird also von einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, die am Anspruchserhebungsprinzip ausgerichtet ist, nicht etwa überrumpelt, er erwartet eher eine Vereinbarung des claims-made-Prinzips. Die Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB sind damit nicht gegeben.

b) Zulässigkeit der gerichtlichen Kontrolle

Eine gesetzliche Inhaltskontrolle der einschlägigen Klauseln kann nur stattfinden, wenn sie zulässig ist. Die Schranken ergeben sich aus § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Auch in diesem Punkte scheint mir die Sache eindeutig. Die gerichtliche Kontrollbefugnis ist gegeben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs war § 8 AGBG und ist § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dahin zu verstehen, dass nur ein ganz enger Bereich der Leistungsbeschreibung kontrollfrei zu bleiben hat, mit der der unmittelbare Gegenstand der geschuldeten Hauptleistung festgelegt wird und ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann. Zu kontrollieren sind dagegen solche Klauseln, die dieses Hauptleistungsversprechen ausgestalten, einschränken oder sonst modifizieren. Vor diesem Maßstab wird das kontrollfreie Hauptleistungsversprechen hier so zu kennzeichnen sein: Der Versicherer verspricht Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer Pflichtverletzung bei Ausübung der versicherten Tätigkeit für einen Vermögensschaden haftpflichtig gemacht werden (Nr. 1.1 AVB-AVG). Das bedeutet andererseits, dass die Ausgestaltungen und begrenzenden Voraussetzungen der Gewährung von Versicherungsschutz, also gerade das Anspruchserhebungsprinzip in Nr. 2 Satz 1 AVB-AVG und damit die - grundsätzliche - Beschränkung der Eintrittspflicht auf in versicherter Zeit geltend gemachte Schadensersatzansprüche gerichtlich zu kontrollieren sind.

Dieses strikt an der Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH und den darin entwickelten Kriterien orientierte Ergebnis hat in großen Teil der Literatur Zustimmung gefunden; andere kämpfen dagegen an. Ich möchte das im Rahmen des Vortrags nicht vertiefen; wir gehen im Folgenden von der Kontrollfähigkeit des Anspruchserhebungsprinzips aus.

c) Die Inhaltskontrolle

aa) Prüfung an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – Leitbild

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung durch eine Klausel dann anzunehmen, wenn diese mit den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Es geht also um ein Abweichen von einem gesetzlichen Leitbild. In Betracht kommen dafür lediglich § 149 VVG a.F. bzw. § 100 VVG n.F.. Die Vereinbarung des Anspruchserhebungsprinzips weicht nicht von einem gesetzlichen Leitbild ab. Denn das VVG alter wie neuer Fassung legt nicht fest, welcher Vorgang in der Haftpflichtversicherung den Eintritt des Versicherungsfalles auslöst. Das hat der Bundesgerichtshof zu § 149 VVG a.F. schon in seinem Urteil vom 28. November 1990³ ausgesprochen. § 149 VVG a.F. bestimmte lediglich, dass der Haftpflichtversicherer verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eingetretene Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Die den Versicherungsfall begründende Tatsache wird damit also gerade nicht festgelegt. Es muss nicht zwingend der Pflichten-“Verstoß“ sein. Es geht also zu weit, wenn § 149 VVG entnommen werden soll, dass die Definition des Versicherungsfalles stets Anspruchsentstehung und Schadeneintritt ins Auge fassen müsse. Zulässig ist im Rahmen des § 149 VVG auch die zeitlich spätere Anknüpfung, nämlich die

³ r+S 1991, 158.

an die Anspruchsgeltendmachung. Durch sie wird das auf die Abdeckung des Haftpflichtfalles ausgerichtete Hauptleistungsversprechen des Versicherers jedenfalls nicht in Frage gestellt. Das hat auch bereits das Reichsgericht so gesehen und in ständiger Rechtsprechung angenommen, als Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung könne die Anspruchserhebung durch den Geschädigten gesehen werden. § 100 VVG hat daran nichts geändert. In der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zu § 100 VVG wird festgehalten, dass die Vorschrift „*keine Definition des Versicherungsfalles, der gerade in der Haftpflichtversicherung sehr unterschiedliche Ausprägung erfährt*“ enthalte. Als Beispiel dafür wird ausdrücklich die Schadenmeldung („claims made“) angeführt; diese Gestaltungsmöglichkeiten sollten - so die Begründung weiter - auch für die Zukunft nicht eingeschränkt werden.

Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Leitbild ist danach nicht festzustellen.

bb) § 307 Abs. 2 Nr. 2/§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Weil im Rahmen der Inhaltskontrolle vorrangig zu prüfen ist, ob ein Regelbeispiel des § 307 Abs. 2 BGB erfüllt ist, muss sich der Prüfung an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Leitbild) die Kontrolle anschließen, ob die zu prüfenden Bedingungen etwa zu einer Vertragszweckgefährdung führen. Eine solche liegt nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Dogmatisch richtig ist es, erst nach dieser Prüfung auf die Grundregel in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückzugreifen, ob die Bedingungen den Versicherungsnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

In der Literatur vertritt etwa *Koch* die Auffassung, das claims-made-Prinzip sei grundsätzlich geeignet, den Versicherungsschutz

zwecklos werden zu lassen; eine Vertragszweckgefährdung sei also zu bejahen. Er begründet das im Kern damit, dass Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen von Leitungs- oder Aufsichtsorganen in der Praxis erst geraume Zeit nach der Pflichtverletzung erhoben würden, weil deren Folgen häufig erst später erkennbar seien. Daraus ergebe sich die ernsthafte Gefahr, dass Versicherte für Pflichtverletzungen gegen Ende der Vertragslaufzeit keinen Versicherungsschutz mehr erhielten. Da die Vertragszweckgefährdung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber nur die widerlegliche Vermutung einer unangemessenen Benachteiligung begründe, könne diese entfallen, wenn eine Gesamtwürdigung der Umstände ergebe, dass die Klausel die Versicherten nicht unangemessen benachteilige. Entscheidend kommt es also auch danach auf eine Gesamtwürdigung von Vor- und Nachteilen des Regelungsgefüges an, mithin auf eine Prüfung, die der im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Kern entspricht.

An dieser Stelle soll daher nicht näher vertieft werden, ob der dogmatisch zutreffende Ansatz über § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu finden ist, oder ob sogleich - wie von anderen vertreten - über § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB einzusteigen ist. Entscheidend ist letztlich, ob im Ergebnis eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB festzustellen ist.

cc) Unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nach der Rechtsprechung dann, aber auch erst dann vor, wenn der Verwender der Bedingungen treuwidrig einseitig eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen sucht, ohne auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen. Ob eine Regelung dazu führt, muss im Gesamtzusammenhang der Bedingungen geprüft werden, wobei auch die kompensierende Wir-

kung anderer Klauseln zu berücksichtigen ist. Es geht also insoweit - wie schon gesagt - um eine Gesamtwürdigung, die die Interessen des Versicherungsnehmers bzw., da es sich hier um eine Fremdversicherung handelt, die Interessen der versicherten Personen ebenso in den Blick zu nehmen hat, wie die berechtigten Interessen des Versicherers.

Ausgangspunkt unserer Untersuchung ist also eine Betrachtung der auf das claims-made-Prinzip bezogenen vertraglichen Regelung insgesamt. Das bedeutet: Es geht nicht nur um eine Würdigung der Klausel, die den Versicherungsfall, also das claims-made-Prinzip selbst beschreibt, sondern gleichzeitig auch der begleitenden Folgen des Anspruchserhebungsprinzips und der dieses ergänzenden Klauseln, also der Rückwärtsdeckung einerseits und den Regelungen zur Nachhaftung und Umstandsmeldung andererseits. Das hat bereits das OLG München so gesehen, das OLG Frankfurt hat sich dem im Grundsatz angeschlossen, und auch die Literatur verfährt nicht anders. Unterschiedliche Bewertungen ergeben sich insoweit, als das OLG München schon mit Blick auf das seiner Prüfung zugrunde liegende Regelungsgefüge keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB festzustellen vermochte, während andere das nur unter der Voraussetzung annehmen wollen, dass eine deutlich längere Nachmeldefrist (orientiert an dem durchschnittlichen Zeitraum zwischen Pflichtverletzung und Anspruchserhebung) und auch eine längere Frist für die Umstandsmeldung gewährt wird. Das OLG Frankfurt hat sich insoweit aus Gründen, die sich aus den Verfahrensbesonderheiten ergeben, hinsichtlich der Wirksamkeit von claims-made nicht festlegen müssen.

Rufen wir uns kurz nochmals die Bedingungen in Erinnerung, die für das OLG München maßgeblich waren. Der Versicherer gewährt (nur) Versicherungsschutz für solche Schadensersatzansprüche, die während des versicherten Zeitraums erstmalig geltend gemacht werden. Es gibt also grundsätzlich eine zeitlich unbegrenzte Rückwärtsdeckung. Auf

der anderen Seite endet die Leistungspflicht des Versicherers grundsätzlich mit Ablauf des Vertrages, was zur Folge hat, dass für Pflichtverletzungen, die während der Laufzeit des Vertrages begangen worden sind, dann keine Deckung besteht, wenn der Schaden erst nach Ende des Vertrages geltend gemacht wird. Die Nachmeldefrist ist hier so ausgestaltet, dass - wird der Vertrag nach Ablauf nicht verlängert - auch solche Schadensersatzansprüche versichert sind, die innerhalb einer Nachmeldefrist von einem Jahr gemeldet werden. Dabei verlängert sich diese Frist mit jeder Verlängerung des Vertrages um ein weiteres Jahr ebenso um ein weiteres Jahr bis zur Höchstgrenze von fünf Jahren. Prämie wird für diese Nachhaftung nicht geschuldet. Die Klausel wird ergänzt durch die Möglichkeit einer Umstandsmeldung. Bei Kündigung durch den Versicherer kann der Versicherungsnehmer, wenn ihm konkrete Informationen zu Verstößen vorliegen, für die eine Inanspruchnahme möglich und nicht unwahrscheinlich ist, diese Umstände dem Versicherer innerhalb von 60 Tagen nach Kündigung melden. Folge ist dann, dass alle späteren auf diesen Umständen beruhenden Versicherungsfälle als innerhalb versicherter Zeit gemeldet gelten, also grundsätzlich gedeckt sind.

dd) Eigene Bewertung

Nimmt man zunächst einmal diesen Befund, liegt es als für die Versicherten nachteilig auf der Hand, dass diesen keine uneingeschränkte Deckung für während der Vertragslaufzeit begangene Pflichtverletzungen gewährt wird. Es wird in der wissenschaftlichen Diskussion mit Recht herausgestellt, dass selbst mit Blick auf die hier geregelte Nachhaftung wegen der zeitlich oft verzögerten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Deckungslücken verbleiben können. Stellen wir uns einen „Einsteiger“ als Versicherten vor, dem die Rückwärtsdeckung keinen Vorteil bringen kann, wird sich der Versicherungsvertrag bei nur kurzer Laufzeit von einem Jahr, mithin auch nur einer Nachhaftung von nur einem Jahr, möglicherweise als sinn-

los erweisen. Gleichwohl reicht das allein nicht aus, um bereits von einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen. Dafür sind folgende Erwägungen maßgeblich:

Es ist das charakteristische Merkmal des claims-made-Prinzips, dass die Eintrittspflicht des Versicherers auf während der Dauer des Vertrages geltend gemachte Schadensersatzansprüche beschränkt wird. Diese Regelung des Eintritts des Versicherungsfalles schafft eine klare Abgrenzung, die wenig Streitpotential hat. Dass nur für während der Dauer des Vertrages geltend gemachte Ansprüche Deckung versprochen wird, dient ersichtlich dem anzuerkennenden Interesse des Versicherers am Ausschluss des Risikos von hohen, schwer zu kalkulierenden Spätschäden. Es wird also mit dieser Versicherung - verdeutlichend gesagt - von vornherein Haftpflichtversicherungsschutz in einer Weise versprochen, die sich vom Zeitpunkt der Verursachung des Schadens durch die Pflichtverletzung, vom Zeitpunkt des Verstoßes, gerade löst. Sie bietet unabhängig vom Verstoßzeitpunkt für einen allein durch die Dauer des Versicherungsvertrages bestimmten Zeitabschnitt Schutz. Verkauft wird gewissermaßen „Ruhe“ vor Schadensersatzansprüchen nur für einen bestimmten Zeitraum. Nachhaftung bzw. eine Nachmeldefrist ist danach streng genommen schon systemwidrig. Diese besondere Ausgestaltung des Versicherungsschutzes wird außer Acht gelassen, wenn man kurzer Hand auf den Gedanken zurückgreift, für einen während der Vertragszeit begangenen Verstoß müsse es auch Deckung geben, anderenfalls sei bereits eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB festzustellen. Diese Argumentation nimmt das Verstoßprinzip als allein gültigen Maßstab für eine am claims-made-Prinzip orientierte Versicherung und muss schon deshalb - vorschnell - zu dem negativen Ergebnis „unangemessen“ gelangen.

Damit allein sind die oben genannten Nachteile des Regelungsgefüges natürlich nicht wegzudiskutieren. Die Frage bleibt, ob diese

Nachteile durch eine kompensierende Regelung jedenfalls so weit ausgeglichen werden, dass sie nicht als treuwidrige unangemessene Benachteiligung zu kennzeichnen sind.

Dass der Rückwärtsdeckung kompensierende Wirkung zukommt, wird vielfach bestritten. Sie komme nur für einzelne versicherte Personen in Betracht, die schon vor Vertragsschluss im Unternehmen als Leitungsorgane tätig gewesen seien; es bestehe jedenfalls nicht generell ein Bedürfnis nach Rückwärtsdeckung. Das ist mit Blick etwa auf einen „Einsteiger“ sicher richtig und Rückwärtsdeckung an sich kein ausreichendes Element zur Kompensation der Nachteile des Anspruchserhebungsprinzips. Auf der anderen Seite macht Rückwärtsdeckung als Folge von claims-made aber auch deutlich, dass das Prinzip keineswegs nur mit dem Nachteil des grundsätzlichen Endes der Eintrittspflicht des Versicherers bei Vertragsablauf verbunden ist.

Entscheidend für die Frage der Nachteilskompensation aber ist - wie in der Diskussion der Entscheidung des Oberlandesgerichts München durchaus zu Recht hervorgehoben wird - die Ausgestaltung der Regelung der Nachhaftung bzw. der Umstandsmeldung. In diesem Zusammenhang werden teilweise Nachmeldefristen von fünf Jahren als notwendige Kompensation gefordert. Dabei wird an die Verjährung möglicher Schadensersatzansprüche für kurz vor Vertragsende begangene Pflichtverletzungen angeknüpft (vgl. § 43 Abs. 4 GmbHG, § 93 Abs. 6 AktG - bei börsennotierten AG 10 Jahre). Das bedeutet aber faktisch nichts anderes, als das Inkorporieren des Verstoßprinzips in eine am claims-made-Prinzip orientierten Haftpflichtversicherung. Das kann die Lösung nicht sein. Nicht jede andere, dahinter zurückbleibende Nachmeldefrist muss schon deshalb als unzureichende Kompensation begriffen werden. In diesem Sinne hat sich auch das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 5. Dezember 2012 geäußert. Eine Nachmeldefrist von 5 Jahren hält es für unangemessen lang; es legt sich aber hinsichtlich einer Mindestfrist nicht

fest. Auch der Vorschlag von *Koch*, die Frist müsse anknüpfen an den durchschnittlichen Zeitraum zwischen Pflichtverletzung und Geltendmachen des Anspruchs, führt nicht recht weiter. Wie dieser Zeitraum bestimmt werden soll, ist offen. Dahinter steht auch hier die Vorstellung, für Pflichtverletzungen in der Vertragslaufzeit müsse Deckung jedenfalls möglich sein. Ist das nicht auch letztlich Deckung nach Verstoßgrundsätzen?

Es ist erkennbar schwer, eine Frist zu finden, bei der die Nachhaftung noch eine angemessene Kompensation für die mit dem claims-made-Prinzip verbundenen Nachteile schafft. Bei ihrer Festlegung ist es strikt geboten, sich von den Gedanken des Verstoßprinzips - Deckung für Verstöße in versicherter Zeit - zu lösen und zu berücksichtigen, dass Nachhaftung an sich schon eine systemwidrige Begünstigung der versicherten Personen darstellt. Vor diesem Hintergrund erscheint nach meiner Auffassung selbst eine von der Basis von einem Jahr ausgehende und sich mit Vertragsverlängerung auf bis zu fünf Jahren aufbauende, prämienfreie Nachhaftung mit dem OLG München für gerade noch kompensationsgeeignet. Der vertrags-treue Versicherungsnehmer, der schließlich durch seine Leitorgane handelt, verschafft sich automatisch eine stärkere Absicherung. Selbst wenn ein Mitglied des Leitungsorgans bereits ausgeschieden sein sollte, kann es für das Unternehmen wichtig sein, den Vertrag aufrecht zu erhalten, um bei eventuellen Ansprüchen gegen dieses Mitglied diese auch und gerade durch den Versicherer gedeckt zu sehen. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass bei kurzer Vertragslaufzeit und bei dem schon angesprochenen „Einsteiger“ nach wie vor Deckungslücken entstehen können. Das macht den insoweit in besonderen Fällen verbleibenden Nachteil m.E. aber noch nicht zu einem unangemessenen i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn es kommt hinzu: Nachteilskompensation wird zudem erreicht durch eine bei Kündigung durch den Versicherer mögliche Umstandsmeldung, die es dem Versicherten selbst in die Hand gibt, dafür zu sorgen, dass jedenfalls ein sich ab-

zeichnender Schadensersatzanspruch noch als innerhalb der versicherten Zeit geltend gemacht anzusehen ist. Das scheint mir gerade bei sehr kurzer Laufzeit des Vertrages eine durchaus bedeutsame Möglichkeit, weil der Versicherte hier noch sehr genau überblicken kann, ob sich wegen eines kurz zurückliegenden Fehlverhaltens ein Schadensersatzanspruch abzeichnen könnte. Mit der Umstandsmeldung wird jedenfalls insoweit der Gefahr entgegengewirkt, die sich daraus ergeben kann, dass der Zeitpunkt der Anspruchserhebung vom Verhalten des Geschädigten abhängt.

Dabei will ich hier davon absehen, auf die Regelung der Umstandsmeldung, die der Entscheidung des OLG München zugrunde lag, näher einzugehen. Diese wirft viele weitere Fragen auf. Die dort bestimmte Frist von 60 Tagen ist kurz. Vor allem aber sind die Anforderungen an die Substantiierung der Meldung außerordentlich hoch („erforderlich sind eine genaue Beschreibung der Umstände und Angaben über die Art und Höhe des möglichen Schadens, Zeit, Ort und Art der Pflichtverletzung, die Entdeckung, Namen der betroffenen Personen und der potentiellen Anspruchsteller“). Das wird kaum zu erfüllen sein, was die Folge einer danach unvollständigen Meldung ist, bleibt zudem unregelt.

Dass die Voraussetzungen einer Umstandsmeldung klar und knapp gefasst werden können, zeigt dagegen Nr. 3.3 Abs. 1 der AVB-AVG.

Nach alledem bleibt festzuhalten: Das claims-made-Prinzip in den Bedingungen einer D&O-Versicherung führt nicht ohne weiteres zu einer unangemessenen Benachteiligung der versicherten Person im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie scheidet aus, wenn es von einer Nachhaftungsregelung und der Möglichkeit einer Umstandsmeldung flankiert wird, die die ihm immanenten Nachteile kompensiert. Das gilt auch dann, wenn die Frist zur Nachmeldung bei sehr kurzer Laufzeit des Vertrages ihrerseits kurz bemessen ist, wie im Beispielfall des OLG München.

Daraus ergibt sich zugleich, dass bei Nachmeldefristen, wie sie in den neueren Bedingungswerken geregelt sind (fünf Jahre, unbegrenzt), AGB-rechtliche Bedenken nicht bestehen.

Auf Fragen der Transparenz kann ich aus Zeitgründen hier nicht mehr eingehen. Deshalb nur kurz: Einen Verstoß gegen das Transparenzgebot sehe ich nicht.

III. Versicherungssumme und Kosten

Die zur Nachhaftung des D&O-Versicherers angestellten Erwägungen machen einen Nachtrag mit Blick auf die Versicherungssumme erforderlich. Wie gezeigt, gibt es am Markt zwischenzeitlich Produkte, die unbeschadet der Vereinbarung von claims-made eine zeitlich unbegrenzte Nachmeldung von Schadensersatzansprüchen vorsehen, soweit die Pflichtverletzung vor Ablauf des Vertrages begangen worden ist. Man mag sich fragen, warum dann nicht sogleich Vereinbarung des Verstoßprinzips. Die Antwort findet sich in Nr. 3.2 Abs. 4 AVB-AVG. Für die gesamte Nachmeldefrist steht ausschließlich der unverbrauchte Teil der Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres zur Verfügung; die Leistungspflicht des Versicherers erstreckt sich also nicht - wie etwa nach den AVB zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden grundsätzlich der Fall - auf Leistung bis zur Versicherungssumme pro Schadenfall. Das relativiert zwar die Bedeutung der Nachhaftung etwas, verdeutlicht aber andererseits nochmals, dass eine D&O-Versicherung keine Versicherung nach Verstoßgrundsätzen ist.

Ein Blick auf Nr. 4.3 AVB-AVG führt zu einem weiteren Problem: In Abs. 1 Satz 2 der Klausel wird bestimmt, dass die (Abwehr-) Kosten des Versicherers bei Innen- und Außenansprüchen auf die Versicherungssumme angerechnet werden. Das kann bei hohen Kosten für die außergerichtliche und gerichtliche Abwehr eines Anspruchs, die fehlschlägt, im ungünstigsten Falle dazu führen, dass die Versicherungssumme von den Abwehrkosten aufgezehrt und für die Befriedigung des Anspruchs deshalb keine Deckung mehr besteht. In einem solchen Falle „mutiert“ die Haftpflichtversicherung zu einer Rechtsschutzversicherung. Damit liegt die Problemkonstellation offen, wenn man dem die gesetzliche Regelung von § 101 Abs. 2 VVG gegenüberstellt: Danach hat der (Haftpflicht-) Versicherer die Kosten eines auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreits auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen. Dass Nr. 4.3 AVB-AVG das Gegenteil regelt, muss nicht weiter ausgeführt werden. Wie sich aus § 112 VVG ergibt, ist § 101 Abs. 2 VVG zwar disponibel, damit aber ist zur Wirksamkeit einer solchen Abänderung - wie wir sie hier vor uns haben - noch nichts gesagt. Es ist also auch insoweit Klärungsbedarf gegeben, ob Nr. 4.3 Abs. 1 Satz 2 AVB-AVG einer Prüfung an § 307 BGB standhält.⁴

*Rechtsanwalt Wilfried Terno,
Vors. Richter am BGH a.D.*

* Auszug aus einem Vortrag aus Anlass des 1. DAV-Versicherungsrechtstages am 27./28. September 2013 in Düsseldorf

⁴ Zu dieser Prüfung im Einzelnen: Terno in r+s 2013, 577.

BGH – Urteil zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nach § 90 a HGB

Die Vereinbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten (sogenannte Wettbewerbsabreden) spielt im Handels- und Vertriebsrecht schon immer eine große Rolle, so dass diverse Rechtsfragen höchstrichterlich zu klären sind. Der BGH hat sich mit Urteil vom 25.10.2012 (Aktenzeichen: VII ZR 56/11) noch einmal mit den besonderen Fragen im Versicherungsvertrieb beschäftigt und es als Leitsatz – Entscheidung veröffentlicht.

Das praktische Problem liegt darin begründet, dass jedes Unternehmen, welches jahrelang erfolgreich mit einem Vertriebspartner zusammenarbeitete, ein legitimes Interesse daran hat, dass nach dem Ende der Zusammenarbeit nicht ein sofortiger Wechsel zur Konkurrenz, bzw. die Gründung eines eigenen Unternehmens im gleichen Markt, erfolgt; andererseits der (ehemalige) Vertriebspartner einfach ausgedrückt von etwas leben muss. Gerade im Versicherungsvertrieb spielt dies eine große Rolle, da hier, anders als beim Warenhandel, nicht nur ein Produkt im Vordergrund steht, sondern die persönliche Beziehung, das Vertrauen des Kunden und der Service eine ungleich größere Rolle spielen.

Immer wieder wird daher versucht, zum einen möglichst frühzeitig eine Vereinbarung für die Zeit danach zu treffen, und zum anderen diese möglichst umfangreich auszugestalten, was allerdings in der Regel an § 90 a HGB bzw. den durch diese Norm gezogenen Grenzen scheitert. Hierzu erging bereits die Grundsatz – Entscheidung des BGH mit Urteil vom 05.12.1968⁵.

Nach der Legaldefinition in § 90 a I HGB ist eine Wettbewerbsabrede jede Vereinbarung, die den Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt. Nach § 90 a I 2 HGB gilt ferner: „Die Abrede kann nur für längstens zwei Jahre von der Beendigung des Vertragsverhältnisses an getroffen werden; sie darf sich nur auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis und nur auf die Gegenstände erstrecken, hinsichtlich deren sich der Handelsvertreter um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften für den Unternehmer zu bemühen hat.“

Der BGH hat jetzt noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Sinn und Zweck der Norm darin besteht, den Handelsvertreter davor zu schützen, dass ihm der Unternehmer – von dem er wirtschaftlich abhängig ist – eine Wettbewerbsabrede aufzwingt. Unklar bleibt aber zunächst, wie zu entscheiden ist, wenn die Wettbewerbsabrede bereits bei Vertragsabschluss vereinbart wird, also wenn gerade noch keine Abhängigkeit

besteht. Hierzu stellt der BGH fest, dass das Gesetz selbst keine Aussage trifft, wann die Wettbewerbsabrede getroffen wurde und nach dem Wortlaut auch keine Einschränkung besteht, dass eine nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffene Vereinbarung nicht von der Norm erfasst wird. Anders ausgedrückt: Es spielt keine Rolle, wann die Vertragspartner die Vereinbarung treffen, die Beschränkungen von § 90 a HGB müssen immer beachten werden, und eine weitergehende Einschränkung des Vertreters ist unzulässig.

Der BGH hat darüber hinaus noch einmal klargestellt, dass am Ende eine Überschreitung des gesetzlich zulässigen Rahmens zunächst unschädlich ist, und bei der Vereinbarung einer längeren Wettbewerbsabrede dann eine Reduzierung auf zwei Jahre vorgenommen werden muss. Zur Begründung verweist der BGH auf die Handelsvertreter – Richtlinie (HV – RL), welche zwar gem. Art. 1 II HV – RL unmittelbar nur für Handelsvertreter und nicht für Versicherungsvertreter gilt. Grundlegend ist insoweit die Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter (AB/EG Nr. L 382 vom 31.12.1986, Seite 17).

Die richtlinienkonforme Auslegung von § 90 a I 2 HGB ist jedoch notwendig, um eine einheitliche Auslegung nationalen Rechts zu gewährleisten. Da aber in Deutschland durch § 92 II HGB die Versicherungsvertreter den Handelsvertretern gleichgestellt werden, gilt § 90 a HGB für beide. Der deutsche Gesetzgeber habe nicht beabsichtigt, Handels- und Versicherungsvertreter bezüglich einer nachvertraglichen Wettbewerbsabrede unterschiedlich zu behandeln, so der BGH (unter Hinweis auf BT – Drucksache 1/3856, S. 39).

Die Beschränkung auf zwei Jahre entspricht auch der Richtlinie:

Nach Art. 20 III HV – RL kann für längstens zwei Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Wettbewerbsverbot vereinbart werden, wobei der BGH darauf hinweist, dass eine längere Dauer nicht zu einer Unwirksamkeit führt, sondern zu einer Reduzierung auf den zeitlich zulässigen Zeitraum, wie dies auch in den englisch- und französischsprachigen Fassungen zum Ausdruck kommt:

„...shall be valid for not more than two years...“

„...n'est valable que pour une période maximale de deux ans ...“

Ebenso erfolgt eine inhaltliche Beschränkung auf den Bezirk und/oder Kundenkreis der vertraglichen Tätigkeit

⁵ BGHZ 51, 184.



und eine darüber hinausgehende, weitgreifendere, nachvertragliche Beschränkung ist unzulässig. Auch dies ist übereinstimmend in den deutschen, englischen und französischen Fassungen von Art. 20 II lit. B HV – RL geregelt:

„...valid only if and to the extent that ...“

„...n'est valable que si et dans la mesure où...“

Das Interessante an der Entscheidung ist in jedem Falle, dass eine Überschreitung des gesetzlich zulässigen Rahmens nicht zu einer Unwirksamkeit der Wettbewerbsabrede führt, sondern eben nur eine Reduzierung auf den zulässigen, gesetzlichen Rahmen erfolgt. Bevor jetzt allerdings jemand auf die Idee kommt, hieraus die Konsequenz zu ziehen, man könne dann problemlos versuchen, dem Handels-/Versicherungsvertreter eine

möglichst weitgehende Beschränkung aufzuerlegen, da das Schlimmste, was passieren könne, ja die Reduzierung auf den gesetzlichen Rahmen sei, dem sei die Lektüre des Urteils empfohlen. Im entschiedenen Fall hielt der BGH zwar die Wettbewerbsabrede im gesetzlichen Umfang, aber er sprach dem betroffenen Versicherungsvertreter auch einen erheblichen Schadenersatzanspruch für den unwirksamen (über zwei Jahre hinausgehenden) Zeitraum zu, in dem er zu Unrecht am Wettbewerb gehindert war. Hierfür wurde abstrakt der Durchschnittsgewinn der letzten drei Jahre der Zusammenarbeit als Berechnungsgrundlage herangezogen.

Ulf Linder, Magister rer. publ., Darmstadt
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
und für Versicherungsrecht