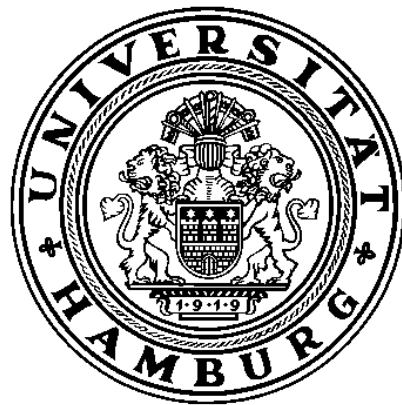


Seminar zur D&O-Versicherung

Examenshausarbeit

# **Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit des claims-made-Prinzips in der D&O-Versicherung**



Universität Hamburg

Fakultät für Rechtswissenschaft

Nicolas Schüngel, LL.B.

2010

vorgelegt am 28. Juni 2010

Internetfassung: Juli 2010

Erstgutachter:

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht

Prof. Dr. iur. Robert Koch, LL.M.

## Gliederung

Teil 1. Einleitung.....	1
A. Hintergrund .....	1
B. Methode und Eingrenzung .....	2
Teil 2. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des <i>claims-made</i> -Prinzips im Anlassstreit.....	3
A. Versicherungsschutz des Vorstands im Anlassstreit .....	3
I. Deckungsanspruch.....	3
1. Wirksamer Versicherungsvertrag, wirksam einbezogene AVB und allgemeine Folge der Unwirksamkeit des <i>claims-made</i> -Prinzips .....	3
2. Eintritt des Versicherungsfalls .....	3
a) Definition des Versicherungsfalls .....	3
aa) AVB.....	3
bb) Gesetzesrecht .....	3
(1) Tatsachenbegriff des § 149 VVG a.F.....	3
(a) Literaturmeinung .....	4
(b) Stellungnahme .....	4
(2) Dennoch Lückenschließung durch § 149 VVG a.F.? .....	6
(a) Literaturmeinung .....	6
(b) Stellungnahme .....	6
(c) Verschiebung des Vertragsgefüges.....	7
(d) Zwischenergebnis .....	7
cc) Ergänzende Vertragsauslegung .....	7
(1) Zulässigkeit.....	7
(2) Hypothetischer Parteiwille .....	8
(3) Spannungsverhältnis zur geltungserhaltenden Reduktion.....	8
dd) Zwischenergebnis .....	9
b) Versicherungsfall innerhalb der materiellen Versicherungsdauer .....	9
aa) Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes .....	9
(1) AVB .....	9
(a) Versicherungsfall während der Versicherungszeit .....	9
(b) Rückwärtsdeckung .....	9
(c) Nachdeckung und Umstandsmeldung .....	10
(2) Folgen der Unwirksamkeit .....	10

bb) Versicherungsfall innerhalb dieser Zeit .....	11
3. Verwirklichung eines versicherten Risikos .....	12
4. Kein Ausschluss .....	12
a) Vorsätzliche Schadenherbeiführung .....	12
b) Vorsätzliche Pflichtverletzung .....	13
c) Wissentliche Pflichtverletzung .....	13
d) Insolvenzausschluss .....	14
II. Anspruch nicht untergegangen und Anspruch durchsetzbar .....	15
B. Zwischenergebnis .....	15

### Teil 3. Folgen der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips für die D&O-

Versicherung in Deutschland .....	16
A. Vorbemerkung .....	16
B. Erhöhung des versicherten Risikos .....	16
I. Unbegrenzte Nachhaftung .....	16
II. Unbegrenzte Rückwärtsversicherung, aber nicht im Anlassstreit .....	16
III. Zwischenergebnis .....	17
C. Unterschied beim Spätschadenrisiko .....	17
D. Versicherbarkeit nach Verstoßprinzip fraglich .....	18
E. Konsequenzen .....	20
I. Gefahr für Organwalter, keinen Versicherungsschutz zu erhalten .....	20
II. Eingreifen des Gesetzgebers geboten .....	20
1. Rechtsprechung und Literatur .....	21
2. Rechtslage in ausgewählten europäischen Staaten .....	22
3. Gestaltungsvorschlag für Deutschland .....	23

### Teil 4. Zusammenfassende Bewertung .....

24

## Literaturverzeichnis

- Barzen, Carola/  
Brachmann, Harald/  
Braun, Marcel-Patric* D-&-O-Versicherung für Kapitalgesellschaften, Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung, Karlsruhe 2003.
- Beckmann, Roland Michael* Einschränkungen der Innenhaftungsdeckung bei der D&O-Versicherung, in: Bork, Reinhard/Hoeren, Thomas/Pohlmann, Petra (Hrsg.), Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhosser, Karlsruhe 2004, S. 25–38.
- Beckmann, Roland Michael/  
Matusche-Beckmann, Annemarie* Versicherungsrechts-Handbuch, München 2004.
- Bergström, Anders* Försäkringsskydd för VD, styrelse och rådgivare, Nordisk försäkringstidskrift (NFT) 1993, 265–271.
- Bruck, Ernst/  
Möller, Hans (Begr.)* Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 4: Allgemeine Haftpflichtversicherung, §§ 149–158a VVG, Kommentar, 8. Auflage, Berlin 1970.
- Dreher, Meinrad* Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, Der Fremd- und Haftpflichtversicherungscharakter der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669–1675.
- Faure, Michael G./  
Hartlief, Ton* Assurance et expansion des risques systémiques, Paris 2003.
- Graf von Westphalen, Friedrich* D&O-Versicherung und Direktanspruch der Gesellschaft gegenüber der Versicherung?, DB 2005, 431–437.
- Gräfe, Jürgen/  
Brügge, Michael* Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Die Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare, München 2006.
- Grote, Joachim/  
Schneider, Christian* VVG 2008: Das neue Versicherungsvertragsrecht – Auswirkungen für gewerbliche Versicherungen, BB 2007, 2689–2702.

- Halm, Wolfgang E./  
Engelbrecht, Andreas/  
Krahe, Frank* Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht,  
München 2004.
- Heße, Manfred* Das Anspruchserhebungsprinzip in den Allgemeinen  
Versicherungsbedingungen von D & O-  
Versicherungsverträgen und das Recht der Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen, NZI 2009, 790–794.
- Hoffmann, Reiner* Spätschadenreservierung in der Allgemeinen Haft-  
pflichtversicherung, Möglichkeiten und Grenzen objek-  
tivierender Methoden, Diss. Hannover 1997,  
Baden-Baden 1999.
- Ihlas, Horst* D & O, Directors & officers liability, 2. Auflage,  
Berlin 2009.
- Jauernig, Othmar (Begr.)* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage,  
München 2009.
- Johannsen, Ralf* Bemerkungen zur zeitlichen Abgrenzung des Versiche-  
rungsschutzes in der Umwelthaftpflichtversicherung, in:  
Hübner, Ulrich (Hrsg.), Recht und Ökonomie der  
Versicherung, Festschrift für Egon Lorenz zum  
60. Geburtstag, Karlsruhe 1994, S. 363–373.
- Kammerer-Galahn, Gunbritt* Compliance – Herausforderung für Unternehmensleiter  
und deren Rechtsberater, Pflichten, Haftungsrisiken und  
Versicherungsschutz, AnwBl 2009, 77–83.
- Kelch, Wolf Dieter* Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung  
oder warum eigentlich nicht Claims-made?,  
VW 1998, 677–680.
- Kiethel, Kurt* Persönliche Haftung von Organen der AG und der  
GmbH - Risikovermeidung durch D & O-  
Versicherung?, BB 2003, 537–542.

- Koch, Robert* Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung (I), GmbHR 2004, 18–28.
- Ders.* Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung (III), GmbHR 2004, 288–298.
- Ders.* Aktuelle und zukünftige Entwicklungen in der D&O-Versicherung, WM 2007, 2173–2184.
- Ders.* Kollisions- und versicherungsvertragsrechtliche Probleme bei internationalen D&O-Haftungsfällen, VersR 2009, 141–149.
- Ders.* Einführung eines obligatorischen Selbstbehalts in der D&O-Versicherung durch das VorstAG, AG 2009, 637–647.
- Krause-Allenstein, Florian* „Claims made“-Deckung für die Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure in Deutschland, in: Bergeest, Volker-Joachim/Labes, Hubertus W. (Hrsg.), Liber amicorum für Gerrit Winter, Karlsruhe 2007, S. 381–403.
- Kretschmer, Torsten* Die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes in der allgemeinen Haftpflichtversicherung, Unter besonderer Berücksichtigung des AGB-Gesetzes und internationaler Deckungskonzepte, Diss. Berlin 2001, Frankfurt am Main 2002.
- Küpper-Dirks, Monika* Managerhaftung und D&O-Versicherung, Diss. Frankfurt am Main 2001, Karlsruhe 2002.
- Lange, Oliver* Praxisfragen der D&O Versicherung (I), DStR 2002, 1626–1631.
- Ders.* Praxisfragen der D&O Versicherung (II), DStR 2002, 1674–1678.

- Ders.* Die Serienschadenklausel in der D&O-Versicherung, VersR 2004, 563–570.
- Ders.* Auswirkungen eines Kontrollwechsels (change of control) auf die D&O-Versicherung, AG 2005, 459–473.
- Ders.* Der Versicherungsfall der D&O-Versicherung, r+s 2006, 177–182.
- Ders.* Die Selbstbehaltsvereinbarungspflicht gem. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG n. F., VersR 2009, 1011–1024.
- Langen, Markus/  
Paul, Frederik* Wirksamkeit des Claim-made-Prinzips in D&O Versicherung, Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 08.05.2009 – 25 U 5136/08, BB 2009, 1665.
- Langheid, Theo/  
Grote, Joachim* Deckungsfragen der D&O-Versicherung, VersR 2005, 1165–1175.
- Limmer, Stefan* D & O-Versicherungen in Deutschland, Die Absicherung der Organhaftung in Unternehmen, Bremen 2006.
- Looschelders, Dirk/  
Pohlmann, Petra* Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, Köln 2010 (zitiert: L/P).
- Olbrich, Carola* Die D & O-Versicherung, Diss. Münster 2003, 2. Auflage, Karlsruhe 2007.
- Palandt, Otto (Begr.)* Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010.
- Pammler, Sebastian* Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, Diss. Saarbrücken 2005, Berlin 2006.
- Pataki, Tibor S.* Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, Grenzen eines Definitionsversuchs am Beispiel der „Claims-made“-Theorie, VersR 2004, 835–842.



- Penner, Eduard* Tod eines Widersängers? Vorsätzliche contra wissentliche Pflichtverletzung in der D&O-Versicherung, *VersR* 2005, 1359–1361.
- Plück, Ralf/  
Lattwein, Alois* Haftungsrisiken für Manager, Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände, 2. Auflage, Wiesbaden 2004.
- Prölss, Erich R./  
Martin, Anton (Hrsg.)* Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage, München 2004.
- Rebmann, Kurt/  
Säcker, Franz Jürgen/  
Rixecker, Roland (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auflage, Bd. 2, München 2007 (zitiert: MüKo-BGB).
- Ries, Gerhard/  
Peiniger, Gunhild* Haftung und Versicherung von Managern, 2. Auflage, Regensburg 2009.
- Römer, Wolfgang/  
Langheid, Theo (Hrsg.)* Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2003.
- Rüffer, Wilfried/  
Halbach, Dirk/  
Schimikowski, Peter (Hrsg.)* Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2009 (zitiert: NK-VVG).
- Schimikowski, Peter* Anmerkung zur Rechtsprechung über die rechtliche Einordnung des Anspruchserhebungsprinzips (claims-made-Prinzip), Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 08.05.2009 – 25 U 5136/08, *r+s* 2009, 331.
- Schleif, Elmar/  
Hendricks, Michael* Fallstricke in der D&O-Versicherung, *ZfV* 2005, 12–13.
- Schlie, Andreas* Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe, Diss. Berlin 1993, Karlsruhe 1995.

- Schmitt, Stefan Martin* Organhaftung und D & O-Versicherung, Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung, Diss. Bremen 2006, München 2007.
- Schmitz, Bernd-Wilhelm/  
Gloeckner, Felix A.* D & O-Versicherungen: Aktuelle Entwicklungen auf dem D & O-Versicherungsmarkt, AG 2003, R206-R208.
- Dies.* D & O-Versicherungen: Grundlegende Fehlvorstellungen über den Deckungsschutz, AG 2003, R156-R158.
- Schramm, Tanja* Das Anspruchserhebungsprinzip – ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung mit Zukunft?, ZVersWiss Supplement Jahrestagung (SJ) 2006, 285–298.
- Dies.* Das Anspruchserhebungsprinzip, Ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes, Diss. Berlin 2008, Karlsruhe 2009
- Dies.* Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 25.09.2008 – 12 O 20461/07, r+s 2009, 18–19.
- Schubert, Mathias* Frankreich – Gesetz zur finanziellen Sicherheit legalisiert AE-Prinzip, PHi 2003, 140–141.
- Seitz, Björn* Vorsatzausschluss in der D&O-Versicherung – endlich Licht im Dunkeln!, VersR 2007, 1476–1478.
- Staudinger, Ansgar* Claims-made-Prinzip, Rückwärtsversicherung und Grenzen der Klauselgestaltung bei der D&O-Versicherung, VP 2009, 138–139.
- Steinkühler, Stefan/  
Kassing, Daniel* Das Claims-Made-Prinzip in der D&O-Versicherung und die Auslegung der Begriffe Anspruchs- sowie Klageerhebung, VersR 2009, 607–611.
- Sundberg, Susanne/  
Thomsson, Patric/  
Gransbo, Tord* Lagen om försäkringsförmedling, En kommentar, Stockholm 2007.

- Terbille, Michael* (Hrsg.) Münchener Anwalts-Handbuch Versicherungsrecht, 2. Auflage, München 2008.
- Thümmel, Roderich C.* Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D & O-Versicherung, 4. Auflage, Stuttgart 2008.
- Thümmel, Roderich C./  
Burkhardt, Anastasia* Neue Haftungsrisiken für Vorstände und Aufsichtsräte aus § 57 Abs. 1 AktG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in der Neufassung des MoMiG, AG 2009, 885–894.
- Thümmel, Roderich C./  
Sparberg, Michael* Haftungsrisiken der Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und Beiräte sowie deren Versicherbarkeit, DB 1995, 1013–1019.
- Vogelsang, Frank-Hartmut* Die Berufshaftpflichtversicherung des Architekten, Diss. Hamburg 2005, Frankfurt am Main 2005.
- Vorrath, Brigitte* „Wissentliche Pflichtverletzung“ in den D&O-Versicherungsbedingungen, VW 2006, 151–152.
- Vothknecht, Michael* Die „wissentliche Pflichtverletzung“ in der Vermögensschaden-Haftpflicht-/D&O-Versicherung, PHi 2006, 52–63.
- Wandt, Manfred* Versicherungsrecht, 5. Auflage, Köln 2010.
- Wehe, Ernst/  
Otto-Goroll, Rüdiger* Frankreich: Das Ende des Claims-made-Prinzips in der Haftpflichtversicherung, VW 1991, 949–950.
- Wollny, Paul* Die directors' and officers' liability insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D-&O-Versicherung), Vorbild für eine Aufsichtsratshaftpflichtversicherung in Deutschland?, Diss. Münster 1992, Frankfurt am Main 1993.

VersR und VW z. T. zitiert nach Juris.

Insoweit nur Angabe der ersten Seite des Aufsatzes.

## Teil 1. Einleitung

### A. Hintergrund

Als Deckungskonzept der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter (kurz: D&O-Versicherung) sehen *alle* am Markt angebotenen D&O-AVB das *claims-made*-Prinzip (Ansprucherhebungsprinzip) vor.<sup>1</sup> Zentrales Element dieses Deckungskonzepts ist, dass der die Leistungspflicht des Versicherers (VR) begründende Versicherungsfall nicht schon die Pflichtverletzung eines Organwalters (als der versicherten Person) ist, sondern erst die Geltendmachung<sup>2</sup> eines aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadensersatzanspruchs.<sup>3</sup> Auch wenn das aus dem anglo-amerikanischen Versicherungsmarkt stammende Prinzip gelegentlich als systemfremd kritisiert<sup>4</sup> wurde, dürfte seine generelle rechtliche Zulässigkeit (mit Ausnahme einiger seiner Modifikationen) in der Literatur nahezu unbestritten sein.<sup>5</sup> Auch im Rahmen von Entscheidungen zur D&O-Versicherung wurde in der Vergangenheit die Wirksamkeit dieses Prinzips von den Gerichten immer unterstellt.<sup>6</sup> Als erstes Gericht setzte sich 2007 und 2008 das LG München I mit der Vereinbarkeit des *claims-made*-Prinzips mit dem deutschen Recht auseinander.<sup>7</sup> Nach dem Urteil von 2008 ist das Prinzip grundsätzlich zulässig. Im Mai 2009 bestätigte das OLG München diese Entscheidung im Ergebnis.<sup>8</sup> Die Revision wurde nicht zugelassen.<sup>9</sup> Wird der hiergegen eingelegten Beschwerde stattgegeben, ist nicht ausgeschlossen, dass der BGH<sup>10</sup> im Revisionsverfahren das *claims-made*-Prinzip für unwirksam erklärt. Dies deshalb, weil schon LG und OLG in ihren Urteilen erhebliche Deckungslücken festgestellt haben, die eine unangemessene Benachteiligung darstellen würden, wären sie nicht durch die weitere Ausgestaltung

---

<sup>1</sup> *Ihlas*, S. 365; *Thümmel*, Rn. 464.

<sup>2</sup> Vgl. *Steinkühler/Kassing*, VersR 2009, 607.

<sup>3</sup> *Lange*, DStR 2002, 1674, 1674; *Lange*, AG 2005, 459, 462; *Schramm*, S. 1; *Thümmel*, Rn. 464.

<sup>4</sup> *Pataki*, VersR 2004, 835; *Schimikowski*, r+s 2009, 331.

<sup>5</sup> *Ihlas*, S. 366; *Schmitt*, S. 141 f.; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 4, 8 f.; *Thümmel*, Rn. 456, 464 ff. m.w.N.; umfassend *Schramm*, S. 125.

<sup>6</sup> *Thümmel*, Rn. 464 m.w.N.

<sup>7</sup> *LG München I*, Urt. v. 25.09.2008 – 12 O 20461/07, r+s 2009, 11 (n.rkr.); *LG München I*, Urt. v. 01.03.2007 – 12 O 8517/06 (n.v.); *Schramm*, S. 3, 18 ff.

<sup>8</sup> *OLG München*, Urt. v. 08.05.2009 – 25 U 5136/08, r+s 2009, 327 (n.rkr.).

<sup>9</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 42.

<sup>10</sup> *BGH*, IV ZR 121/09.

der AVB kompensiert – wie allerdings im vorliegenden Fall von beiden Gerichten angenommen.<sup>11</sup> Vor allem eine andere Bewertung der Kompensation im Rahmen der AGB-rechtlichen Prüfung wäre denkbar.

## **B. Methode und Eingrenzung**

Mit Blick auf ein mögliches BGH-Urteil, das das *claims-made*-Prinzip im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB für unwirksam erklären könnte, soll die vorliegende Arbeit die Rechtsfolgen dieser Unwirksamkeit für die D&O-Versicherung behandeln. Einerseits ist dabei von konkretem Interesse, welche rechtlichen Folgen diese Unwirksamkeit im Anlassstreit für den Versicherungsschutz des klagenden Vorstands hat. Besteht ein Deckungsanspruch? Erkenntnisziel ist dabei jedoch nicht eine abschließende Beantwortung dieser Frage, die mangels ausreichender Sachverhaltskenntnis nicht möglich ist. Vielmehr soll schwerpunktmäßig aufgezeigt werden, welche Folgen die Unwirksamkeit auf den Eintritt des Versicherungsfalls (VersFalls) hat. Darüber hinaus sollen deckungserhebliche Probleme im Rahmen der Ausschlüsse aufgezeigt werden. Angesichts der vielfältigen Gestaltungen der am Markt angebotenen D&O-AVB ist es dabei aber auch notwendig, gleichzeitig vom Einzelfall losgelöst die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit zu untersuchen. Denn nur bei Berücksichtigung der am häufigsten am D&O-Markt auftretenden alternativen Vereinbarungsmöglichkeiten kann im Anschluss – im dritten Teil dieser Arbeit – die für die Praxis entscheidende Frage beantwortet werden, welche möglichen Folgen die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips für die D&O-Versicherung in Deutschland hätte. Ist das Risiko in der D&O-Versicherung ohne *claims-made*-Prinzip überhaupt versicherbar? Und ist eventuell ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich? Schließlich werden im vierten Teil die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit zusammenfassend bewertet.

---

<sup>11</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 29; *LG München I*, r+s 2009, 11, 18.

## **Teil 2. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips im Anlassstreit**

### **A. Versicherungsschutz des Vorstands im Anlassstreit**

#### **I. Deckungsanspruch**

##### **1. Wirksamer Versicherungsvertrag, wirksam einbezogene AVB und allgemeine Folge der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips**

Die AVB des Anlassstreits sind AGB i.S.v. § 305 I 1 BGB. Der VR ist Verwender. Das OLG München bestätigt auch richtigerweise, dass die AVB keine überraschenden Klauseln (§ 305c I BGB) enthalten.<sup>12</sup> Die Einbeziehung ist somit auch wirksam.

Wird nun die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips unterstellt, richten sich die Rechtsfolgen auch bei AVB nach den allgemeinen Vorschriften des § 306 BGB für den Fall der Unwirksamkeit von AGB.<sup>13</sup> Sind AGB teilweise unwirksam, so bleibt der Vertrag – entgegen §§ 155, 139 BGB<sup>14</sup> – im Übrigen wirksam, § 306 I BGB. Im Grundsatz bleibt also der Versicherungsschutz bestehen. Soweit die Bestimmungen unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 II BGB.

##### **2. Eintritt des Versicherungsfalls**

###### **a) Definition des Versicherungsfalls**

###### **aa) AVB**

Die im vorliegenden Fall vereinbarten AVB definieren den VersFall als „die erstmalige schriftliche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen versicherte Personen“<sup>15</sup> (Ziff. 1.5 AVB). Diese Definition entspricht der VersFalldefinition im *claims-made*-Prinzip, sodass hier ihre Unwirksamkeit gem. § 307 BGB unterstellt sei.

###### **bb) Gesetzesrecht**

###### **(1) Tatsachenbegriff des § 149 VVG a.F.**

Die entstehende Lücke hinsichtlich der Definition des VersFalls ist durch Gesetzesrecht zu schließen, § 306 II BGB. Dabei wären zunächst eventuelle

---

<sup>12</sup> OLG München, r+s 2009, 327, Rn. 22, 25 ff.; zustimmend: Langen/Paul, BB 2009, 1665; Schramm, r+s 2009, 18, 19; Staudinger, VP 2009, 138, 138.

<sup>13</sup> Kretschmer, Rn. 386; Wandt, Rn. 203.

<sup>14</sup> Stadler, in: Jauernig, § 306 Rn. 1.

<sup>15</sup> Zit. nach LG München I, r+s 2009, 11, 12.

Vorschriften des VVG heranzuziehen.<sup>16</sup> Zwar wird der Begriff „Versicherungsfall“ vielfach im VVG verwendet, doch findet sich keine Legaldefinition.<sup>17</sup> Jedoch stellt § 149 VVG a.F. (ebenso § 100 VVG n.F.) für den Zweig der Haftpflichtversicherungen, dem die D&O-Versicherung als Unterart zugehört,<sup>18</sup> auf eine während der Vertragslaufzeit „eintretende Tatsache“ ab. Für diese Tatsache muss der Versicherungsnehmer (VN) nach dem Wortlaut verantwortlich sein.

Da § 149 VVG a.F. dispositives Recht ist, kann der VersFall unstreitig durch Parteivereinbarung definiert werden.<sup>19</sup> Fehlt es aber an einer solchen Vereinbarung, wie im Anlassstreit als Folge der Unwirksamkeit, so ist von Bedeutung, ob aus der Wendung „eintretende Tatsache“ eine VersFalldefinition folgt, welche die entstandene Lücke zu schließen vermag.

#### **(a) Literaturmeinung**

Es ist umstritten, welche Ereignisse der Begriff der „Tatsache“ umfasst. Zunächst wurde vor allem in der älteren Literatur vertreten, dass „Tatsache“ entweder nur das Schadenereignis oder nur das Kausalereignis sein können.<sup>20</sup> Danach könnte die Lücke durch das jeweilige Ereignis geschlossen werden. Teilweise wird heute vertreten, dass „Tatsachen“ nach dem Wortlaut nur Ereignisse sein können, die unmittelbar zu einer Schadensersatzpflicht des VN führen.<sup>21</sup> Da eine Pflichtverletzung allein hierfür nicht ausreicht, könnte „Tatsache“ nach dieser Ansicht nur das Schadenereignis sein.

#### **(b) Stellungnahme**

Diese Auslegungen sind jedoch vom Wortlaut nicht gedeckt. Je nach Art der Haftpflichtversicherung haben sich verschiedene Ereignisse für die Bestimmung des VersFalles etabliert: das Kausalereignis (der Verstoß), das Schadenereignis, die erstmalige Schadensfeststellung und die Anspruchserhe-

---

<sup>16</sup> Basedow, in: MüKo-BGB, § 306 Rn. 21.

<sup>17</sup> Johannsen, in: Bruck/Möller, S. 47; Schulze Schwienhorst, in: L/P, § 100 Rn. 4; Wandt, Rn. 875.

<sup>18</sup> OLG München, Urt. v. 15.03.2005 – 25 U 3940/04, VersR 2005, 540; Graf von Westphalen, DB 2005, 431, 434; Kiethe, BB 2003, 537, 538; Langheid/Grote, VersR 2005, 1165; Seitz, VersR 2007, 1476, 1476.

<sup>19</sup> Johannsen, in: Bruck/Möller, S. 52 f.; Langheid, in: Römer/Langheid, § 149 Rn. 35.

<sup>20</sup> Im Ergebnis für Kausalereignis: Johannsen, in: Bruck/Möller, S. 52 f.; Johannsen, S. 365.

<sup>21</sup> Schramm, S. 89.

bung.<sup>22</sup> Da die im Wortlaut des § 149 VVG a.F. geforderte Verantwortlichkeit für die Tatsache die einzige diesbezügliche Voraussetzung ist und der VN durch eine Pflichtverletzung adäquat kausal für alle aufgezählten Ereignisse sein kann, schließt die Norm keine dieser gängigen Definition aus.<sup>23</sup>

Es wäre dem Gesetzgeber überdies auch möglich gewesen, statt des unbestimmten Begriffs „Tatsache“ ein konkretes Ereignis gesetzlich festzulegen.<sup>24</sup> Dies spricht dafür, dass der historische Gesetzgeber die Bestimmung den Parteien überlassen wollte und auch zukünftige Deckungskonzepte nicht ausschließen wollte. Im Zuge der Schaffung des § 100 VVG n.F. – der hinsichtlich des fraglichen Tatsachenbegriffs unverändert ist – stellte auch der Gesetzgeber 2006 fest, dass eine Legaldefinition grundlos die notwendigen Fort- oder Weiterentwicklungen einschränken würde.<sup>25</sup> § 100 VVG n.F. enthalte daher keine Definition des VersFalls, sondern lasse ausdrücklich alle gängigen Definitionen zu.<sup>26</sup>

Zwar verwendet § 152 VVG a.F. ebenfalls den Tatsachenbegriff, definiert diesen aber als „Tatsache, für die er [der VN] dem Dritten verantwortlich ist“. Es ist hier also ausdrücklich nur die haftungsbegründende Tatsache gemeint.<sup>27</sup> So wird in § 103 VVG n.F. auch anstelle dessen klarstellend vom „eingetretenen Schaden“ gesprochen.<sup>28</sup> Verunglückt ist damit aber die Überschrift „Herbeiführung des Versicherungsfalles“, da der eingetretene Schaden ja gerade nicht der VersFall sein soll<sup>29</sup>. Es bleibt festzustellen, dass sich der Tatsachenbegriff des § 152 VVG a.F. von dem in § 149 VVG a.F. unterscheidet und damit nicht für eine systematische Auslegung herangezogen werden kann.<sup>30</sup>

Schließlich wäre auch eine einheitliche VersFalldefinition angesichts der verschiedenartigen Haftpflichtversicherungen und ihrer jeweils speziellen versicherten Gefahr ein Eingriff in die Produkt- und Vertragsgestaltung, der

---

<sup>22</sup> Hoffmann, S. 63 ff.; Kretschmer, Rn. 10-17, 187-188 ff.; Pataki, VersR 2004, 835; Schimikowski, in: NK-VVG, § 100 Rn. 8-13; Schramm, S. 15 ff.; Wandt, Rn. 1027.

<sup>23</sup> Für die Anspruchserhebung im Ergebnis: LG München I, r+s 2009, 11, 13.

<sup>24</sup> So auch Schramm, S. 91.

<sup>25</sup> Begr. RegE, BT-Drucks. 16/3945, S. 85.

<sup>26</sup> Fn. 25.

<sup>27</sup> Ebenso Koch, GmbHR 2004, 288, 294.

<sup>28</sup> Fn. 25.

<sup>29</sup> Fn. 25.

<sup>30</sup> A.A. Schramm, S. 92 f.



auch vor dem Hintergrund risikogerechter Prämien im Interesse keiner Vertragspartei sein kann.

Somit ist im Ergebnis der heute h. M. zu folgen, nach der durch die Wendung „eintretende Tatsache“ gerade keine Festlegung auf eine bestimmte Definition des VersFalls erfolgt.<sup>31</sup> Die für den VersFall maßgebliche Tatsache ist somit *unbestimmt*, sodass sie durch die Vertragsparteien festzulegen ist und sich damit vor allem durch die jeweiligen AVB bestimmt.<sup>32</sup>

## **(2) Dennoch Lückenschließung durch § 149 VVG a.F.?**

### **(a) Literaturmeinung**

In der Literatur wird dennoch vertreten, dass bei unterstellter Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips die Lücke durch § 149 VVG a.F. (bzw. § 100 VVG n.F.) geschlossen werden könne.<sup>33</sup> Es wird zwar zugestanden, dass der Wortlaut sehr weit sei. Rechtsfolge sei aber, dass der Versicherer für alle während der Vertragsdauer eintretenden Ereignisse im Verlauf eines Haftpflichtfalls Versicherungsschutz zu gewähren habe.<sup>34</sup> Der resultierende sehr umfassende Deckungsschutz sei zwar eine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts und führe regelmäßig zu einem Ungleichgewicht der Leistungen, was aber aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 306 II BGB hinzunehmen sei.<sup>35</sup>

### **(b) Stellungnahme**

Dies würde bedeuten, dass bei fehlender Definition in AVB alle (denkbaren) Ereignisse zur VersFallbestimmung gleichzeitig gelten würden – und zwar alternativ. Dabei wird jedoch verkannt, dass nicht etwa eine weite gesetzliche Definition des VersFalls besteht,<sup>36</sup> sondern gar keine. Die Wendung „eintretende Tatsache“ ist vielmehr ein Platzhalter, der zwingend durch Parteivereinbarung zu füllen ist. Im Übrigen wäre eine im Ergebnis so uferlose VersFalldefinition nicht interessengerecht, sodass nicht davon auszugehen

---

<sup>31</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 36; *LG München I*, r+s 2009, 11, 13; *Grote/Schneider*, BB 2007, 2689, 2697; *Schimikowski*, in: NK-VVG, § 100 Rn. 5; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 4.

<sup>32</sup> *Kretschmer*, Rn. 9; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 4; *Voit/Knappmann*, in: *Prölss/Martin*, § 149 Rn. 12; *Wandt*, Rn. 1027.

<sup>33</sup> *Kretschmer*, Rn. 388 ff.; *Schramm*, S. 123.

<sup>34</sup> *Kretschmer*, Rn. 189; *Schramm*, S. 123.

<sup>35</sup> *Schramm*, S. 123 f.

<sup>36</sup> So aber *Kretschmer*, Rn. 189.

ist, dass der Gesetzgeber dies als „gesetzlichen Normalfall“ gewollt haben könnte.

### **(c) Verschiebung des Vertragsgefüges**

Gegen eine Lückenschließung durch § 149 VVG a.F. spricht außerdem, dass eine solche Modifizierung für den VR als Verwender eine unzumutbare Härte darstellen könnte. Dann wäre aber gem. § 306 III BGB der gesamte Vertrag unwirksam, sodass gar kein Versicherungsschutz mehr bestände.

Für eine unzumutbare Härte<sup>37</sup> spräche zunächst, dass der sehr umfassende Deckungsschutz nicht zu einem bloßen Ungleichgewicht zwischen Leistungspflicht und Prämie führt,<sup>38</sup> sondern zu einer völlig einseitigen Verschiebung zulasten des VR. Dies wäre eine so einschneidende Störung des Äquivalenzinteresses, dass trotz der sehr restriktiven Rspr. zu § 306 III BGB<sup>39</sup> dessen Anwendung naheläge. Dafür spräche ferner, dass der VR den Vertrag mit einer so uferlosen VersFalldefinition nicht geschlossen hätte. Die Unwirksamkeit war für ihn angesichts der h. M. hinsichtlich der Zulässigkeit des *claims-made*-Prinzips<sup>40</sup> auch nicht vorhersehbar.

Der auf den ersten Blick für VN und versicherte Person vorteilhafte, sehr weite Deckungsschutz läuft also Gefahr, sich im Ergebnis in sein Gegenteil zu verkehren. Auch deshalb ist eine ausgleichende Lösung über die ergänzende Vertragsauslegung vorzugswürdig.

### **(d) Zwischenergebnis**

Folglich kann die entstandene Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht gefüllt werden.

## **cc) Ergänzende Vertragsauslegung**

### **(1) Zulässigkeit**

In Betracht kommt daher eine ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 157, 133 BGB, die auch bei AGB nach ständiger Rspr. zulässig ist.<sup>41</sup> Da vorliegend kein dispositives Recht zur Verfügung steht, ist auch die notwendige

---

<sup>37</sup> Vgl. *Basedow*, in: MüKo-BGB, § 306 Rn. 33.

<sup>38</sup> So allerdings *Schramm*, S. 123.

<sup>39</sup> Vgl. nur *BGH*, Urt. v. 21.12.1981 – II ZR 76/81, VersR 1982, 381.

<sup>40</sup> S. 1, Fn. 5 f.

<sup>41</sup> *BGH* (GSZ), Besch. v. 27.11.1997 – GSZ 1/97, BGHZ, 212, 221–222 f.; *BGH*, Urt. v. 01.02.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ, 69, 75; *Basedow*, in: MüKo-BGB, § 306 Rn. 22 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, § 306 Rn. 7.

Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung erfüllt.<sup>42</sup> Zusätzlich dürfte der ersatzlose Wegfall der Klausel keine interessengerechte Lösung darstellen.<sup>43</sup> Ohne VersFalldefinition wäre der Vertrag undurchführbar, sodass auch diese Bedingung erfüllt ist.<sup>44</sup>

## **(2) Hypothetischer Parteiwille**

Aus dem im Rahmen von § 157 BGB ausdrücklich zu berücksichtigenden Gebot von Treu und Glauben ergibt sich, dass den typischen Interessen *beider* Seiten Rechnung zu tragen ist. Die D&O-Versicherung ist eine Haftpflichtversicherung für reine Vermögensschäden im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der Organwalter. Sie ist damit – wie die meisten Beruf-Haftpflichtversicherungen – als Unterart der reinen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu klassifizieren.<sup>45</sup> Hätten die Parteien die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips gekannt, hätten sie daher bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner den VersFall wie in anderen Berufs- und reinen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen definiert. Für diese wird in Deutschland i.d.R. nach dem Verstoßprinzip die *Pflichtverletzung* als VersFall definiert.<sup>46</sup> Damit ist vorliegend nach hypothetischem Parteiwillen die Pflichtverletzung in Ausübung der Organtätigkeit der VersFall.

## **(3) Spannungsverhältnis zur geltungserhaltenden Reduktion**

Zu beachten ist ferner das Spannungsverhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Denn eine Ergänzung läuft Gefahr, eine Reduktion der unwirksamen Klausel auf ein zulässiges Maß darzustellen. Folglich darf im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht eine bloße Abmilderung auf das gerade noch tragbar erscheinende Maß erfolgen.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> *BGH*, *BGHZ*, 69, 75; *Basedow*, in: *MüKo-BGB*, § 306 Rn. 22 ff.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306 Rn. 7.

<sup>43</sup> *BGH*, *BGHZ*, 69, 75; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306 Rn. 7.

<sup>44</sup> Vgl. *Basedow*, in: *MüKo-BGB*, § 306 Rn. 8.

<sup>45</sup> *Dreher*, *DB* 2005, 1669, 1670; *Kiethe*, *BB* 2003, 537, 538; *Kretschmer*, Rn. 14, 559 ff.; *Lange*, *DStR* 2002, 1626, 1626; *Schmitt*, S. 102; *Wandt*, Rn. 886.

<sup>46</sup> § 5 Nr. 1 AVB-Vermögen; *Ihlas*, S. 364 ff.; *Kretschmer*, Rn. 14; *Schlie*, S. 64; *Schimikowski*, in: *NK-VVG*, § 100 Rn. 9; *Schulze Schwienhorst*, in: *L/P*, § 100 Rn. 5; *Staudinger*, *VP* 2009, 138, 138; *Vogelsang*, S. 164; *Wandt*, Rn. 886.

<sup>47</sup> *Basedow*, in: *MüKo-BGB*, § 306 Rn. 27.

Bei der Ergänzung der AVB durch eine VersFalldefinition nach dem Verstoßprinzip wird gerade nicht die Definition nach dem *claims-made*-Prinzip auf ein zulässiges Maß reduziert, sondern vollständig durch eine Definition nach einem grundsätzlich anderen Prinzip ersetzt, das dem hypothetischen Parteiwillen beider Seiten entspricht. Bedenken wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bestehen damit im Ergebnis nicht.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Die VersFalldefinition bestimmt sich im Falle der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips also nach dem *Verstoßprinzip*. Das maßgebliche Kausalereignis ist die Pflichtverletzung des Organwalters.

### **b) Versicherungsfall innerhalb der materiellen Versicherungsdauer**

#### **aa) Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes**

##### **(1) AVB**

##### **(a) Versicherungsfall während der Versicherungszeit**

§ 2 der anlassstreitigen AVB bestimmt den zeitlichen Umfang des Versicherungsschutzes. Nach Ziff. 2.2 AVB umfasst dieser „die Schadensersatzansprüche, die während des versicherten Zeitraums gegen die versicherten Personen erstmalig geltend gemacht werden“.<sup>48</sup> Insoweit handelt es sich um die Klarstellung, dass der VersFall nach Ziff. 1.5 AVB während der materiellen Dauer des Versicherungsvertrages eintreten muss.

##### **(b) Rückwärtsdeckung**

Für vorvertragliche Pflichtverletzungen besteht in der D&O-Versicherung nach dem nicht-modifizierten, sog. „reinen“ *claims-made*-Prinzip als Folge der VersFalldefinition eine unbefristete Rückwärtsdeckung, sofern die Pflichtverletzungen den versicherten Personen bei Abschluss des Versicherungsvertrages nicht bekannt waren.<sup>49</sup> Da die Anspruchserhebung den VersFall auslöst, die Anspruchserhebung aber gerade nicht vorvertraglich erfolgt sein darf, handelt es sich bei dieser Rückwärtsdeckung allerdings nicht um eine Rückwärtsversicherung i.S.v. § 2 VVG.<sup>50</sup> In einigen AVB

---

<sup>48</sup> Zit. nach *LG München I*, r+s 2009, 11, 12.

<sup>49</sup> *Beckmann*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann*, § 28 Rn. 108; *Held*, in: *Halm/Engelbrecht/Krahe*, Kap. 33 Rn. 24; *Pammler*, S. 40; *Schimikowski*, in: *NK-VVG*, § 100 Rn. 12; unzutreffend: *Thümmel*, Rn. 466.

<sup>50</sup> *Lange*, AG 2005, 459, 463; *Lange*, *VersR* 2004, 563, 565; *Schramm*, S. 133.

wird die Rückwärtsdeckung jedoch vollständig oder insofern eingeschränkt, als dass Rückwärtsdeckung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (*retroactive date*) besteht.<sup>51</sup>

Mangels Einschränkung des zeitlichen Umfangs beinhalten die anlassstreitigen AVB eine unbefristete Rückwärtsdeckung.<sup>52</sup>

### **(c) Nachdeckung und Umstandsmeldung**

Eine Nachdeckung besteht beim „reinen“ *claims-made*-Prinzip nicht.<sup>53</sup> Für Fälle, in denen die Pflichtverletzung vor, die Anspruchserhebung jedoch erst nach Ablauf des Versicherungsvertrages erfolgt, wird in D&O-AVB regelmäßig eine zeitlich befristete *Nachdeckung* vereinbart.<sup>54</sup> Müssen diese Fälle auch innerhalb des Zeitraums gemeldet werden, wird dies als *Nachmeldefrist* bezeichnet.<sup>55</sup>

In der Regel wird der Umfang des Versicherungsschutzes während der Nachdeckung an den Umfang während der letzten Versicherungsperiode angeknüpft.<sup>56</sup> Teilweise wird die Nachdeckung für Pflichtverletzungen aus dem Zeitraum der Rückwärtsdeckung ausgeschlossen.<sup>57</sup> Unter besonderen Umständen ermöglichen die AVB ggf. eine vorsorgliche Schadenmeldung (Umstandsmeldung), die ausnahmsweise entsprechenden Versicherungsschutz aufrechterhält.<sup>58</sup> Im Übrigen unterfallen Anspruchserhebungen nach Ablauf des Haftungszeitraums nicht der Deckung.

Im Anlassstreit besteht nach Ziff. 2.3 AVB bei Vertragsablauf eine Nachmeldefrist von einem Jahr und die Möglichkeit einer Umstandsmeldung binnen 60 Tagen ab Zugang der Kündigung.<sup>59</sup>

### **(2) Folgen der Unwirksamkeit**

Durch die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips ist auch Ziff. 2.2 AVB unwirksam. Der Vertragsinhalt richtet sich gem. § 306 II BGB insoweit ohne Weiteres nach § 149 VVG a.F. Demnach muss die Pflichtverletzung

---

<sup>51</sup> Lange, AG 2005, 459, 463; Schmitz/Gloeckner, AG 2003, R206, R207; Schramm, S. 182.

<sup>52</sup> So im Ergebnis auch: OLG München, r+s 2009, 327, Rn. 7.

<sup>53</sup> Schulze Schwienhorst, in: L/P, § 100 Rn. 8.

<sup>54</sup> Ihlas, S. 383; Lange, AG 2005, 459, 463; Pammler, S. 41; Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 117.

<sup>55</sup> Ihlas, S. 383; Lange, AG 2005, 459, 463.

<sup>56</sup> Lange, AG 2005, 459, 463; Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 119.

<sup>57</sup> Lange, AG 2005, 459, 463.

<sup>58</sup> Koch, GmbHR 2004, 288, 292; Lange, AG 2005, 459, 463; Schramm, S. 186 ff.

<sup>59</sup> LG München I, r+s 2009, 11, 12.

„während der Versicherungszeit“ eintreten, um vom Versicherungsschutz umfasst zu sein.

Als Folge der veränderten VersFalldefinition besteht vorliegend – mangels ausdrücklicher Vereinbarung einer Rückwärtsversicherung – *keine Rückwärtsdeckung mehr*. Folge ist außerdem die *unbegrenzte Nachdeckung* für Pflichtverletzungen *vor* Vertragsablauf.<sup>60</sup> Die in den AVB vereinbarte Nachmeldefrist führt dabei weder zu einer Erweiterung (da auch beim *claims-made*-Prinzip nur Verstöße *vor* Vertragsablauf erfasst sind), noch zu einer zeitlichen Beschränkung der Nachdeckung (da die Klausel nach Wortlaut und Sinn und Zweck nur eine Erweiterung – keine Einschränkung – der Nachdeckung bezweckt). Entsprechendes gilt für die Umstandsmeldung. Versicherter Zeitraum ist vorliegend also (nur) das Jahr 2002.<sup>61</sup>

### **bb) Versicherungsfall innerhalb dieser Zeit**

Damit ein Anspruch auf Deckungsschutz besteht, müsste die (behauptete) Pflichtverletzung im versicherten Zeitraum liegen. Wann der Anspruch erhoben wird, ist unerheblich. Die Behauptung wäre ausreichend, da die D&O-Versicherung neben der Freistellung begründeter Forderungen auch die Abwehr unbegründeter Forderungen umfasst (vgl. Ziff. 4.1 AVB-AVG<sup>62</sup> 1997, 2010).<sup>63</sup>

Als Pflichtverletzung wird dem Vorstand vom Insolvenzverwalter Insolvenzverschleppung vorgeworfen.<sup>64</sup> Diese Art der Pflichtverletzung stellt den bedeutendsten Fall der Außenhaftung dar.<sup>65</sup> Es handelt sich dabei um das pflichtwidrige Unterlassen der Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>66</sup> Der Vorstand hat diesen Antrag gemäß § 92 II AktG 1999<sup>67</sup> ohne schuldhaftes Zögern zu stellen, wenn eine Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Dieser Zeitpunkt ist die sog. Insolvenzreife.<sup>68</sup>

---

<sup>60</sup> *Ihlas*, S. 365; *Kelch*, VW 1998, 677, 677; *Limmer*, S. 39.

<sup>61</sup> Zum Sachverhalt: *LG München I*, r+s 2009, 11, 11.

<sup>62</sup> Marktprägend (nicht Marktstandard (*Koch*, GmbHR 2004, 18)): unverbindliche D&O-Musterbedingungen des *Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft* (GDV).

<sup>63</sup> *Kiethe*, BB 2003, 537, 538.

<sup>64</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 2.

<sup>65</sup> *Barzen/Brachmann/Braun*, S. 91; *Beckmann*, S. 26; *Limmer*, S. 108; *Thümmel*, Rn. 379.

<sup>66</sup> *Thümmel*, Rn. 379.

<sup>67</sup> Vgl. seit 01.11.2008: § 15a I InsO.

<sup>68</sup> *Ihlas*, S. 391; umfassend *Thümmel*, Rn. 112 ff.

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Insolvenzureife bestehen Beurteilungsspielräume, da sich dieser oft nicht mit letzter Sicherheit feststellen lässt.<sup>69</sup> Die Beweislast, dass die Pflichtverletzung im versicherten Zeitraum eingetreten ist, trägt im Deckungsprozess die versicherte Person.<sup>70</sup> Ob dieser Beweis dem Vorstand gelingt, kann hier mangels näherer Sachverhaltskenntnis nicht festgestellt werden. Es ist zumindest fraglich. Denn während beim *claims-made*-Prinzip eindeutig festgestellt werden kann, ob ein VersFall im versicherten Zeitraum liegt, gestaltet sich die zeitliche Fixierung einer Pflichtverletzung (durch Unterlassen) – insb. nach mehreren Jahren wie im Anlassstreit – meist als schwerlich.<sup>71</sup> Bei (behaupteter) Insolvenzureife zwischen Vertragsablauf Ende 2002 und tatsächlicher Insolvenzanmeldung im Juni 2003 bestände jedenfalls kein Deckungsanspruch, da die Pflichtverletzung außerhalb des versicherten Zeitraums läge.

### 3. Verwirklichung eines versicherten Risikos

Durch die Inanspruchnahme des Vorstands durch den Insolvenzverwalter wegen Insolvenzverschleppung hat sich auch das versicherte Risiko (vgl. Ziff. 1.1 AVB-AVG 1997, 2010) verwirklicht.

### 4. Kein Ausschluss

#### a) Vorsätzliche Schadenherbeiführung

Als subjektiver Risikoausschluss kommt im Anlassstreit zunächst die vorsätzliche Schadenherbeiführung in Betracht. So haftet der VR nicht, wenn der VN *vorsätzlich* den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, *widerrechtlich* herbeigeführt hat, § 152 VVG a.F. (vgl. § 103 VVG n.F.; ohne Änderung im Ergebnis<sup>72</sup>). Das Verhalten des Vorstands wird der VN zugerechnet, da dieser Organ und sogar versicherte Person ist.<sup>73</sup> Vorsatz muss sich hier also auf die haftungsbegründende Tatsache beziehen<sup>74</sup>, d. h. Pflichtverletzung und Schaden,<sup>75</sup> nicht jedoch auf die Herbeiführung des VersFalls<sup>76</sup>. Wie schon angemerkt, ist die Überschrift des § 103

---

<sup>69</sup> Thümmel, Rn. 386.

<sup>70</sup> Wandt, Rn. 913.

<sup>71</sup> Langheid, in: Römer/Langheid, § 149 Rn. 30; Schmitt, S. 125 f.; Schramm, ZVersWiss SJ 2006, 285, 295.

<sup>72</sup> Seitz, VersR 2007, 1476, 1478.

<sup>73</sup> Koch, WM 2007, 2173, 2180; Koch, GmbHR 2004, 18, 22; Wandt, S. 909 f.

<sup>74</sup> Ebenso Koch, GmbHR 2004, 288, 294.

<sup>75</sup> Thümmel, Rn. 487; kritisch Penner, VersR 2005, 1359; Seitz, VersR 2007, 1476, 1476.

<sup>76</sup> A.A. Vorrath, VW 2006, 151; Wandt, Rn. 1052.

VVG n.F. insofern misslungen.<sup>77</sup> Deutlicher ist die typische Formulierung in Ziff. 5.1 AVB-AVG 1997, 2010, wo explizit von „Schadenverursachung“ gesprochen wird.

Wie üblich verlangt Vorsatz die Kenntnis der Tatumstände und das Wollen ihrer Verwirklichung in einem Schaden.<sup>78</sup> Nach h. M. ist eine grobe Vorstellung vom Schaden ausreichend.<sup>79</sup> Bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) – also die billigende Inkaufnahme eines für möglich gehaltenen Erfolgs – genügt,<sup>80</sup> ist aber von bewusster Fahrlässigkeit abzugrenzen. Im Gegensatz zur verdrängten allgemeinen Vorschrift des § 61 VVG a.F. reicht grobe Fahrlässigkeit nicht aus.<sup>81</sup>

Bei Insolvenzverschleppung liegt die Annahme von Eventualvorsatz nahe.<sup>82</sup> Die Beweislast trägt jedoch der VR.<sup>83</sup>

### **b) Vorsätzliche Pflichtverletzung**

Selten<sup>84</sup>, bei *Thümmel* als marktüblich bezeichnet<sup>85</sup>, ist der Ausschluss der „vorsätzlichen Pflichtverletzung“. Er stellt für den VR eine Beweiserleichterung dar. So genügt bereits bedingter Vorsatz nur in Bezug auf die Pflichtverletzung.<sup>86</sup> Ob dieser Ausschluss im Anlassstreit gewählt wurde, ist nicht bekannt.

### **c) Wissentliche Pflichtverletzung**

Regelmäßig sind – neben dem Vorsatzausschluss – Haftpflichtansprüche bei wissentlicher Pflichtverletzung vom Versicherungsschutz ausgeschlossen (vgl. Ziff. 5.1 AVB-AVG 1997, 2010).<sup>87</sup> Nach h. M. setzt eine wissentliche Pflichtverletzung voraus, dass *positive Kenntnis der Pflicht und ihrer Verletzung* (*dolus directus II*) besteht und die Pflichtverletzung für den Schaden

---

<sup>77</sup> S. 5.

<sup>78</sup> *Wandt*, Rn. 905.

<sup>79</sup> *BGH*, Urt. v. 17.06.1998 – IV ZR 163/97, *VersR* 1998, 1011, 1011; *Wandt*, Rn. 905, 1052 ff.

<sup>80</sup> *BGH*, Urt. v. 18.10.1952 – II ZR 72/52, *BGHZ*, 311; *Kammerer-Galahn*, *AnwBl* 2009, 77, 82; *Vothknecht*, *PHi* 2006, 52, 57; *Wandt*, Rn. 905.

<sup>81</sup> *Seitz*, *VersR* 2007, 1476, 1476.

<sup>82</sup> So auch *Thümmel*, Rn. 487.

<sup>83</sup> *Schulze Schwienhorst*, in: *L/P*, § 103 Rn. 8; *Wandt*, Rn. 922.

<sup>84</sup> *Vothknecht*, *PHi* 2006, 52, 63.

<sup>85</sup> *Thümmel*, Rn. 487.

<sup>86</sup> *Kammerer-Galahn*, *AnwBl* 2009, 77, 82; *Seitz*, *VersR* 2007, 1476, 1477.

<sup>87</sup> *Küpper-Dirks*, S. 66 f.; *Lange*, *DStR* 2002, 1674, 1676; *Ries/Peiniger*, S. 168.



ursächlich ist.<sup>88</sup> Im Gegensatz zum Vorsatz braucht sich die Vorstellung nicht auf den Schaden erstrecken.<sup>89</sup> Letzteres stellt gegenüber dem Vorsatzausschluss eine Beweiserleichterung für den VR dar, das *dolus directus*-Erfordernis eine Beweiserschwerung.<sup>90</sup>

Dieser Ausschluss griffe also ein, wenn der Vorstand im Anlassstreit positive Kenntnis gehabt hätte, dass er gegen § 92 II AktG a.F. verstößt (Fallgruppe: „wissentliches Abweichen von Gesetz“). Ein Vorstand einer AG muss die Pflicht zur Insolvenzanmeldung kennen und unterliegt andernfalls einem vermeidbaren Verbotsirrtum.<sup>91</sup> Mithin besteht Pflichtbewusstsein. Mit anderen Worten besteht keine Deckung, sollte der Vorstand die Insolvenzreife zutreffend gesehen haben. Es entlastet den Vorstand nicht, wenn er fest darauf vertraut hat, dass die Masseschmälerung<sup>92</sup> für die Gläubiger noch abgewendet werden kann.<sup>93</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis trägt wiederum der VR.<sup>94</sup>

#### **d) Insolvenzausschluss**

U. U. beinhalten die AVB auch einen sog. Insolvenzausschluss.<sup>95</sup> Nach einer solchen Klausel erstreckt sich die Deckung im Falle der Insolvenz des VN nur auf Haftpflichtansprüche infolge von Pflichtverletzungen, welche bis zur Insolvenzeröffnung (Ziff. 3.4 AVB-AVG 1997) oder Insolvenzreife (Ziff. 3.4 AVB-AVG ab 2005) begangen worden sind. Der Einschluss der Insolvenzverschleppungshaftung wird jedoch in der Literatur als Marktstandard bezeichnet,<sup>96</sup> wenngleich diese Klausel bei den besonders insolvenzgefährdeten jungen Unternehmen häufig vorkommen soll<sup>97</sup>.

Während nach Ziff. 3.4 n.F. eine verspätete Insolvenzanmeldung nicht mehr der Deckung unterfällt,<sup>98</sup> ist diese nach Ziff. 3.4 a.F., die auf die tatsächliche

---

<sup>88</sup> *Kammerer-Galahn*, AnwBl 2009, 77, 82; *Kiethe*, BB 2003, 537, 541; *Lange*, DStR 2002, 1674, 1676; *Seitz*, VersR 2007, 1476, 1477; *Vothknecht*, PHi 2006, 52, 56, 63; *Vorrath*, VW 2006, 151.

<sup>89</sup> *Vothknecht*, PHi 2006, 52, 56, 63; *Vorrath*, VW 2006, 151.

<sup>90</sup> *Koch*, WM 2007, 2173, 2179; *Vothknecht*, PHi 2006, 52, 56.

<sup>91</sup> *Seitz*, VersR 2007, 1476, 1478.

<sup>92</sup> *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885, 891.

<sup>93</sup> *Lange*, DStR 2002, 1674, 1676.

<sup>94</sup> *Kiethe*, BB 2003, 537, 541.

<sup>95</sup> *Küpper-Dirks*, S. 69.

<sup>96</sup> *Thümmel*, Rn. 483.

<sup>97</sup> *Ries/Peiniger*, S. 166.

<sup>98</sup> *Schmitt*, S. 102; *Thümmel*, Rn. 483.

Insolvenzeröffnung abstellt, jedoch noch von der Deckung erfasst. Aller Wahrscheinlichkeit nach ist Insolvenzverschleppungshaftung vorliegend eingeschlossen.

## **II. Anspruch nicht untergegangen und Anspruch durchsetzbar**

Die Einrede einer Obligenheitsverletzung kommt nach dem bekannten Sachverhalt nur in Betracht, wenn Ziff. 8.2.1 AVB-AVG 1997 entsprechend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzeigepflichtig gewesen ist und die VN dieser Obliegenheit nicht nachgekommen ist. Im Übrigen ist der Vorstand seinen Anzeigepflichten nachgekommen.<sup>99</sup> Der Deckungsanspruch ist auch nicht nach § 12 VVG a.F. verjährt.

### **B. Zwischenergebnis**

Vorausgesetzt die Insolvenzreife ist im Jahr 2002 eingetreten, hat der Vorstand aller Wahrscheinlichkeit nach einen Anspruch auf Freistellung gegenüber dem D&O-Versicherer, sofern er hinsichtlich der Insolvenzverschleppung nur fahrlässig gehandelt hat. Grobe Fahrlässigkeit schadet im Gegensatz zu anderen Versicherungsarten nicht.<sup>100</sup> Wird die Insolvenzreife un begründet für das Jahr 2002 behauptet, besteht insofern ein Abwehranspruch. Die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips führt im Anlassstreit also zu einem anderenfalls nicht bestehenden Deckungsanspruch. Der Höhe nach ist dieser Anspruch durch die Versicherungssumme des Jahres 2002 begrenzt. Ein eventueller, im Anlassstreit noch nicht obligatorischer Selbstbehalt<sup>101</sup> ist in Abzug zu bringen.

---

<sup>99</sup> *LG München I*, r+s 2009, 11, 12.

<sup>100</sup> *Thümmel*, Rn. 487.

<sup>101</sup> Zur Neuregelung ab August 2009: *Lange*, VersR 2009, 1011; *Koch*, AG 2009, 637.

### Teil 3. Folgen der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips für die D&O-Versicherung in Deutschland

#### A. Vorbemerkung

Die im vorangegangenen Teil durchgeführte ergänzende Vertragsauslegung ist grundsätzlich auf den Individualprozess begrenzt.<sup>102</sup> Die vorgenommenen Ergänzung durch das Verstoßprinzip müsste aber bei allen D&O-AVB entsprechend entschieden werden. Insofern sind die Ausführungen verallgemeinerungsfähig.

#### B. Erhöhung des versicherten Risikos

##### I. Unbegrenzte Nachhaftung

Besonders brisant ist, dass die Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips zu einer unbegrenzten Nachhaftung führen würde. Die sonst bei Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen übliche Begrenzung der Nachhaftung auf zwei (bei Architekten auf fünf) Jahre<sup>103</sup> fehlt – verständlicherweise, wurde doch im Grunde keine weitere Nachhaftung vom VR erwartet.

Es steht auch nicht wie in der *claims-made*-Nachdeckung nur die Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres zur Verfügung, sondern jeweils die noch unverbrauchte Versicherungssumme des Jahres der Pflichtverletzung.<sup>104</sup>

##### II. Unbegrenzte Rückwärtsversicherung, aber nicht im Anlassstreit

Zwar nicht im Anlassstreit, wohl aber in vielen Policen droht zudem das Risiko einer (unbegrenzten) Rückwärtsversicherung. So sind D&O-AVB mit (zunächst) fehlender oder begrenzter Rückwärtsdeckung nicht unüblich.<sup>105</sup> Hinsichtlich des zeitlichen Umfangs, *nicht* jedoch des VersFalls, wird in diesen Bedingungen das „reine“ *claims-made*-Prinzip durch das Verstoßprinzip insofern modifiziert, als dass auch die Pflichtverletzung innerhalb eines bestimmten Zeitraums stattfinden muss.<sup>106</sup> In der Literatur wird dies

---

<sup>102</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 306 Rn. 6.

<sup>103</sup> LG München I, r+s 2009, 11, 16; Kelch, VW 1998, 677, 677; Vogelsang, S. 182.

<sup>104</sup> Koch, GmbHR 2004, 288, 291; Krause-Allenstein, S. 383; Schmitz/Gloekner, AG 2003, R156, R158.

<sup>105</sup> Ihlas, S. 364, 381 ff.; Schmitz/Gloekner, AG 2003, R206, R207; a.A. Thümmel, Rn. 481.

<sup>106</sup> Ihlas, S. 365; Lange, r+s 2006, 177, 177.

auch als Kopplung oder Kombination beider Prinzipien bezeichnet.<sup>107</sup> Bei fehlender Rückwärtsdeckung kommt es dann aber regelmäßig wieder zu einem Einschluss, jedoch durch eine gesondert vereinbarte Rückwärtsversicherung (etwa Ziff. 3.2 AVB-AVG 1997, 2010). Im Gegensatz zur „automatischen“ Rückwärtsdeckung ist die Klausel über die Rückwärtsversicherung nicht von der Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips betroffen. Die (oft unbegrenzte) Rückwärtsversicherung besteht also fort, jedoch bei Geltung des Verstoßprinzips. Sofern keine Verjährung eingetreten ist, besteht damit ein besonderes Altlastenrisiko. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Münchener Gerichte schon jetzt die Kopplungsklauseln als unangemessene Benachteiligung ansehen.<sup>108</sup>

### III. Zwischenergebnis

Für die Versicherer droht bei Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips also Ungemach, denn sie müssen plötzlich Deckungsschutz für ein viel höheres Risiko gewähren, als es der Prämienkalkulation zugrunde liegt. Die Versicherer tragen grundsätzlich als Verwender von AGB dieses Risiko, auch wenn sie die Verträge mit dem veränderten Risiko so gar nicht abgeschlossen hätten.<sup>109</sup>

### C. Unterschied beim Spätschadenrisiko

Das Verstoßprinzip birgt für den VR das Risiko, dass lange Zeit unsicher ist, ob und in welchem Umfang noch Haftpflichtansprüche gegenüber der versicherten Person erhoben werden und damit Versicherungsleistungen fällig werden.<sup>110</sup> Erst mit der Verjährung möglicher Haftpflichtansprüche entsteht relative Sicherheit für den VR.

Problematisch ist jedoch, dass ein Schadensersatzanspruch erst entsteht, wenn neben die Pflichtverletzung zumindest noch der Eintritt eines Schadens tritt. Beide Ereignisse fallen aber oft viele Jahre auseinander.<sup>111</sup> Erst wenn beide Ereignisse eingetreten sind, beginnt eine an die Anspruchsentstehung gekoppelte Verjährung zu laufen. Addiert man die Verjährung hinzu – etwa die fünf Jahre des § 93 VI AktG (u. a. auch für den Fall der Insol-

---

<sup>107</sup> *Ihlas*, S. 364; *Koch*, GmbHR 2004, 288, 291; *Heße*, NZI 2009, 790, 792; *Wollny*, S. 407; differenzierend *Schramm*, S. 114 ff.

<sup>108</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 38; *LG München I*, r+s 2009, 11; *LG München I*, Urt. v. 01.03.2007 – 12 O 8517/06 (n.v.); ebenso schon *Kretschmer*, Rn. 561.

<sup>109</sup> *Basedow*, in: MüKo-BGB, § 306 Rn. 31.

<sup>110</sup> *Ihlas*, S. 365; *Schimikowski*, in: NK-VVG, § 100 Rn. 9; *Sieg*, in: Terbille, § 17 Rn. 110.

<sup>111</sup> *Kelch*, VW 1998, 677, 678; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 8.

venzverschleppung) – können erhebliche Zeiträume entstehen, in denen der VR möglicherweise Leistungen erbringen muss. Die Verjährung des Deckungsanspruchs beginnt im Übrigen erst mit Schluss des Jahres der Anspruchserhebung gegen die versicherte Person.<sup>112</sup>

Fallen wie hier Schadensmeldung und VersFall nicht in einem Geschäftsjahr zusammen, wird dies als Spätschaden bezeichnet.<sup>113</sup> Beim Verstoßprinzip trägt der VR ein erhebliches<sup>114</sup> sog. Spätschadenrisiko und muss für noch unbekannte Schäden ausreichende Spätschadenreserven bilden. Die Kosten für die Zwischenfinanzierung dieser Reserven verteuern die Prämie.

Demgegenüber führt beim *claims-made*-Prinzip die fehlende oder beschränkte Nachdeckung dazu, dass das Spätschadenrisiko voll oder zumindest teilweise auf den VN verlagert wird.<sup>115</sup> So steht nach Ablauf der Vertragsdauer (regelmäßig ein Jahr) und eines eventuellen Zeitraums der Nachdeckung fest, in welcher (ungefähren) Höhe Leistungen erbracht werden müssen.<sup>116</sup> Das *claims-made*-Prinzip erleichtert somit den Versicherern die Kalkulation des versicherungstechnischen Risikos.<sup>117</sup> Und auch Reserven sind nur noch für nicht regulierte Schadensfälle in der sich durch die Anspruchserhebung abzeichnenden Höhe zu bilden.<sup>118</sup> Eine deutliche Minimierung des Spätschadenrisikos und der zu bildenden Reserven führen schließlich zu erheblich niedrigeren Prämien.

#### **D. Versicherbarkeit nach Verstoßprinzip fraglich**

Um D&O-Versicherungsschutz in Deutschland anbieten zu können, muss das Risiko für die Versicherer wirtschaftlich beherrschbar sein. Bei der D&O-Versicherung ist zu beachten, dass die Prognose der Schadenserwartungswerte der Einzelrisiken mit *großen Unsicherheiten* behaftet ist: einerseits durch die sehr speziellen und mit der Zeit – durch sich ständig ändernde (insb. auch rechtliche) Rahmenbedingungen – stark schwankenden Risi-

---

<sup>112</sup> Langheid, in: Römer/Langheid, § 149 Rn. 27.

<sup>113</sup> Hoffmann, S. 79.

<sup>114</sup> Schimikowski, in: NK-VVG, § 100 Rn. 9.

<sup>115</sup> Hoffmann, S. 69; Ihlas, S. 366; Schramm, S. 42; Schramm, ZVersWiss SJ 2006, 285, 294.

<sup>116</sup> Ihlas, S. 366; Küpper-Dirks, S. 65; Schmitt, S. 124; Schramm, S. 42; Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 110.

<sup>117</sup> Kretschmer, Rn. 638 ff.; Plücker/Lattwein, S. 178; Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 110; Thümmel/Sparberg, DB 1995, 1013, 1017.

<sup>118</sup> Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 110.

ken und andererseits durch stark individualisierte Versicherungsverträge.<sup>119</sup> Es fehlt außerdem die fürs Massengeschäft übliche hinreichende Schadenerfahrung für eine große homogene Gruppe.<sup>120</sup> Es wird argumentiert, dass diese große Unsicherheit in Kombination mit einem Spätschadenrisiko, das im D&O-Bereich regelmäßig besonders hoch ist,<sup>121</sup> dazu führe, dass die D&O-Versicherung nach dem Verstoßprinzip wirtschaftlich nicht tragfähig ist.<sup>122</sup> Ähnlich ist die Situation im Pharma-Haftpflichtbereich.<sup>123</sup> Der VR muss das Risiko durch Begrenzungen beherrschbar machen.<sup>124</sup> Insb. bei schwer einschätzbaren, dynamischen Risikoentwicklungen gehört zu einer solchen Begrenzung die wirksame Möglichkeit, sich vom Haftpflichtrisiko für die Zukunft zu trennen oder die Versicherung nur unter geänderten Bedingungen weiterzuführen.<sup>125</sup> Diese Trennung jedoch ist beim Verstoßprinzip gerade nicht möglich.<sup>126</sup> Das *claims-made*-Prinzip wird demgegenüber zur Bewältigung des aufgezeigten Risikos als besonders geeignet angesehen.<sup>127</sup> Für den VR ist auch beachtlich, dass ohne das *claims-made*-Prinzip, als dem internationalen D&O-Standard,<sup>128</sup> die Rückversicherung erheblich erschwert werden könnte. Sofern die Versicherer ihre Risikoeinschätzung diesbezüglich insoweit ändern sollten, als dass sie zukünftig bereit sein sollten, D&O-Risiken nach Verstoßprinzip zu versichern, so ist absehbar, dass dann jedenfalls die Prämien explodieren werden. Für diesen Fall ist fraglich, ob ein entsprechendes Prämienniveau aus Sicht des VN noch wirtschaftlich tragbar wäre. Wahrscheinlicher dürfte es daher sein, dass sich die D&O-Versicherer aus dem

---

<sup>119</sup> *Küpper-Dirks*, S. 74; *Schmitt*, S. 122.

<sup>120</sup> *Küpper-Dirks*, S. 74; *Schmitt*, S. 122.

<sup>121</sup> *Ihlas*, S. 364; *Kretschmer*, Rn. 560.

<sup>122</sup> *Schmitt*, S. 122, 125, 141 ff.

<sup>123</sup> *Schramm*, S. 1; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 8; *Wehe/Otto-Goroll*, VW 1991, 949, 950.

<sup>124</sup> *OLG München*, r+s 2009, 327, Rn. 38.

<sup>125</sup> *Schmitt*, S. 125; *Schramm*, ZVersWiss SJ 2006, 285, 295; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 8.

<sup>126</sup> *Schlie*, S. 76.

<sup>127</sup> *Faure/Hartlief*, S. 144, 146 ff.; *Kretschmer*, Rn. 637 ff.; *Schmitt*, S. 124; *Schramm*, S. 42, 122 ff.; *Schramm*, ZVersWiss SJ 2006, 285, 294, 298; *Schulze Schwienhorst*, in: L/P, § 100 Rn. 8; *Sieg*, in: Terbille, § 17 Rn. 110.

<sup>128</sup> *Ihlas*, S. 366 m. w. N.

deutschen Markt zurückziehen werden, sollte das *claims-made*-Deckungskonzept nicht wirksam vereinbar sein.

## **E. Konsequenzen**

### **I. Gefahr für Organwalter, keinen Versicherungsschutz zu erhalten**

Sowohl ein Rückzug der Versicherer, als auch Prämien, die die VN nicht mehr bereit sind zu zahlen, führten aber dazu, dass die versicherten Personen im Ergebnis gar keinen D&O-Versicherungsschutz mehr hätten. Auch angesichts der zunehmenden Haftung<sup>129</sup> sowie zunehmenden Bereitschaft, Schadensersatzansprüche gegen Organwalter durchzusetzen<sup>130</sup>, wird aber insb. den versicherten Personen eine beschränkte Deckung lieber sein als gar keine.

### **II. Eingreifen des Gesetzgebers geboten**

Wird das *claims-made*-Prinzip vom BGH als unangemessene Benachteiligung des VN gewertet, ist daher ein Eingreifen des Gesetzgebers geboten.<sup>131</sup>

Dieser müsste das *claims-made*-Prinzip ausdrücklich gesetzlich regeln und dabei einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des VR, insb. Spätschadenrisiken zu begrenzen, und dem gegenläufigen Interesse des VN finden.

Dabei ist zentral zu berücksichtigen, dass *kein* Gerechtigkeitsdefizit darin besteht, dass die Deckung im Grundsatz mit Vertragsablauf endet: Denn der VN hat dann auch nur für die Deckung während der Vertragslaufzeit seine Prämie entrichtet. Auch ein Anspruch auf ununterbrochenen Versicherungsschutz besteht nicht.<sup>132</sup>

Über gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der drei Variablen Rückwärtsdeckung, Nachdeckung und Möglichkeit zur Umstandsmeldung, kann ein angemessener Interessenausgleich für eine *claims-made*-Deckung gesetzlich sichergestellt werden.<sup>133</sup> Anhaltspunkte für die konkrete Ausgestaltung einer solchen Regelung bieten die differenzierten Urteile des LG und OLG München, Stimmen in der Literatur, aber insb. auch ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen anderer Staaten.

---

<sup>129</sup> Limmer, S. 113 ff.

<sup>130</sup> Kiethe, BB 2003, 537, 542; Lange, DStR 2002, 1626, 1626; Olbrich, S. 243 f.

<sup>131</sup> So auch Schmitt, S. 142.

<sup>132</sup> Gräfe, in: Gräfe/Brügge, S. 183; Schramm, ZVersWiss SJ 2006, 285, 298.

<sup>133</sup> Kritisch dazu, generell „angemessene“ Regeln festzulegen: Schramm, S. 253.

## 1. Rechtsprechung und Literatur

Für eine unbegrenzte Rückwärtsdeckung und eine einjährige Nachhaftung stellen das OLG München wie schon das LG Angemessenheit fest.<sup>134</sup> In der Literatur werden unbegrenzte Rückwärtsdeckung<sup>135</sup> einerseits und/oder dreijährige<sup>136</sup>, fünfjährige<sup>137</sup> oder allgemein mehrjährige<sup>138</sup> Nachhaftung andererseits als angemessene Kompensation für die Nachteile des *claims-made*-Prinzips angesehen.

*Heße* will die Frage einer angemessenen Nachhaftung „anhand sachlicher Kriterien und nicht nach dem Zufallsprinzip beantworten“ und schlägt daher eine Anpassung an die Dauer der Verjährung der Haftpflichtansprüche gem. § 93 VI AktG bzw. § 43 IV GmbHG, zumindest aber gem. § 195 BGB vor.<sup>139</sup>

Allerdings sollte berücksichtigt werden, dass die Nachhaftung mit Vertragsablauf beginnt, die Haftpflichtverjährung jedoch vom Schadenseintritt abhängig ist, welcher u. U. erst Jahre nach Vertragsablauf eintritt. Es fragt sich also, ob *Heße* eine variable Nachhaftung befürwortet, die immer so lange reicht, wie etwaige Haftpflichtansprüche noch nicht verjährt sind? Dagegen spräche, dass so mitunter sehr lange,<sup>140</sup> unberechenbare Zeiträume entstehen. Es besteht außerdem kein Grundsatz, nach dem ein Anspruch auf Versicherungsschutz für alle nicht verjährten Haftpflichtansprüche besteht.<sup>141</sup> Eine unbegrenzte Nachhaftung wird im Rahmen des *claims-made*-Prinzips auch keine angemessene Lösung für die Versicherer darstellen, da Ziel gerade die Begrenzung des Spätschadenrisikos ist. Oder übersieht *Heße* das Auseinanderfallen des Fristbeginns und befürwortet also nur eine fünf- bzw. dreijährige Nachhaftung ab Vertragsablauf? Dann dürfte dies nicht als Anknüpfen an die Verjährung bezeichnet werden, da diese sowohl früher, als vor allem auch deutlich später als ein solches Ende der Nachhaftung eintre-

---

<sup>134</sup> OLG München, r+s 2009, 327, Rn. 38.

<sup>135</sup> Heße, NZI 2009, 790, 792; Schramm, r+s 2009, 18, 19; Staudinger, VP 2009, 138, 139.

<sup>136</sup> Heße, NZI 2009, 790, 793; Schimikowski, r+s 2009, 331; ebenso empfohlen von Kammerer-Galahn, AnwBl 2009, 77, 82.

<sup>137</sup> Heße, NZI 2009, 790, 793; Krause-Allenstein, S. 391; ebenso empfohlen von Schleif/Hendricks, ZfV 2005, 12, 13.

<sup>138</sup> Empfohlen von Kelch, VW 1998, 677, 680.

<sup>139</sup> Heße, NZI 2009, 790, 793; tendenziell ebenso Krause-Allenstein, S. 391.

<sup>140</sup> S. 18.

<sup>141</sup> S. 20, Fn. 132.



ten kann.<sup>142</sup> Somit kann man die Angemessenheit der drei bzw. fünf Jahre Nachdeckung nicht mit der Verjährung der Haftpflichtansprüche gegen die versicherte Person begründen.

Es bleibt also nur eine Wertungsentscheidung, bei der aber darauf geachtet werden sollte, dass nach der gängigen Schadenerfahrung ein angemessener Prozentsatz der Schadenfälle durch die Nachhaftung erfasst ist. So treten etwa bei Haftpflichtversicherungen über 90% der Schäden innerhalb von fünf Jahren nach Pflichtverletzung ein.<sup>143</sup>

## 2. Rechtslage in ausgewählten europäischen Staaten

Das *claims-made*-Prinzip wurde 1990 in Frankreich und 1991 in Spanien von den jeweils höchsten Zivilgerichten für unwirksam erklärt.<sup>144</sup> Seit Anfang der letzten Dekade ist das *claims-made*-Prinzip nach einer Gesetzesänderung in Spanien wieder zulässig, sofern eine Mindestnachhaftung von einem Jahr besteht.<sup>145</sup> Und auch in Frankreich ist es seit 2003 ausdrücklich gesetzlich zugelassen.<sup>146</sup> Voraussetzung ist dort eine unbeschränkte Rückwärtsdeckung für bei Vertragsschluss unbekannte Schäden und eine Nachhaftung von fünf und bei Berufsaufgabe von zehn Jahren.<sup>147</sup>

In Belgien wiederum ist das Prinzip zulässig, wenn es für bestimmte Haftpflichtversicherungen durch Verordnung freigestellt wurde.<sup>148</sup> Außerdem sind mindestens drei Jahre Nachhaftung vorgeschrieben.<sup>149</sup> Erstaunlich ist die Entwicklung in Schweden, wo D&O-Risiken seit jeher ebenfalls ausschließlich nach dem *claims-made*-Prinzip versichert werden<sup>150</sup>: in der schwedischen Pflicht-Haftpflichtversicherung für Versicherungsmakler ist seit 2005 das *claims-made*-Prinzip statt des früheren Verstoßprinzips sogar zwingend vorgeschrieben, allerdings ebenfalls mit dreijähriger Nachhaftung.<sup>151</sup>

---

<sup>142</sup> So wohl auch *Schramm*, r+s 2009, 18, 19.

<sup>143</sup> *Kelch*, VW 1998, 677, 679.

<sup>144</sup> *Schramm*, S. 3 f.; *Wehe/Otto-Goroll*, VW 1991, 949, 949.

<sup>145</sup> *Faure/Hartlief*, S. 146.

<sup>146</sup> *Schmitt*, S. 136.

<sup>147</sup> *Koch*, VersR 2009, 141, 147; *Schmitt*, S. 136 f.; *Schubert*, PHI 2003, 140.

<sup>148</sup> *Faure/Hartlief*, S. 146.

<sup>149</sup> *Faure/Hartlief*, S. 146.

<sup>150</sup> *Bergström*, NFT 1993, 265, 270.

<sup>151</sup> Vgl. 4 kap. 1 § förordning (2005:411) om försäkringsförmedling;

*Sundberg/Thomsson/Gransbo*, 2 kap 5 §.

### 3. Gestaltungsvorschlag für Deutschland

Vor dem Hintergrund dieser Ausgestaltungsmöglichkeiten erscheinen eine unbegrenzte Rückwärtsdeckung (sofern keine positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Pflichtverletzung vorliegt) und eine dreijährige Mindestnachhaftung als ein gut vertretbarer, angemessener Interessenausgleich. Es ist zu erwarten, dass bei dieser Regelung ein Großteil der Schadenfälle vom Versicherungsschutz erfasst wird. Dem Interesse des VN, für seine Prämie ein entsprechendes Äquivalenz in Form einer ausreichenden Deckung zu erhalten, wird damit Rechnung getragen.

Da eine unbeschränkte Rückwärtsversicherung zum Marktstandard gehört und auch die drei Jahre Nachhaftung schon jetzt in den Rahmen des Üblichen fallen,<sup>152</sup> dürfte der zu erwartende Prämienanstieg moderat ausfallen. Zusätzlich könnte der belgische Weg über Freistellungsverordnungen Kritikern die Befürchtung nehmen, *claims-made* könnte etwa auch in der allgemeinen Haftpflichtversicherung – wo es hinsichtlich der Versicherbarkeit nicht notwendig wäre – zur Anwendung kommen.

Sofern die bei *claims-made* verbleibenden Deckungslücken nicht durch Anschluss-Versicherungsverträge geschlossen werden können, stellen diese Lücken schließlich ein nicht versicherbares Risiko dar, dass die versicherte Person selbst tragen muss.

## Teil 4. Zusammenfassende Bewertung

Bei Unwirksamkeit des *claims-made*-Prinzips gilt in der D&O-Versicherung das Verstoßprinzip. Im Anlassstreit besteht damit wahrscheinlich ein Deckungsanspruch des klagenden Vorstands gegen den VR.

Durch die unbegrenzte Nachdeckung trifft die Versicherer vollständig das bei D&O-Versicherungen besonders hohe Spätschadenrisiko. Eine Begrenzung der Nachdeckung ist nur für Neuverträge auf Basis des Verstoßprinzips mit entsprechender Ausschlussfrist denkbar.

Möglicherweise wird das Risiko des Versicherers weiter dadurch erhöht, dass eine (unbegrenzte) Rückwärtsversicherung besteht. Nicht so im Anlassstreit.

Erklärt der BGH das *claims-made*-Prinzip als unangemessene Benachteiligung, profitieren vielleicht die versicherten Personen heute. So u. U. auch der Vorstand im Anlassstreit. Zukünftig aber wird es dadurch zu einer erheblichen Verknappung der Versicherbarkeit von so spezifischen Risiken wie im D&O-Geschäft kommen – besonders zum Nachteil der versicherten Personen.

Es wäre vor diesem Hintergrund wünschenswert, dass der BGH – wie schon die Münchener Gerichte – nur eine angemessene Kompensation verlangt. Dies würde dazu führen, dass AGB-rechtlich nur die ggf. unangemessenen Klauseln über Rückwärts- und Nachdeckung als unwirksam entfielen, das *claims-made*-Prinzip als solches aber fortgelten könnte. Andernfalls wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die Versicherbarkeit von D&O-Risiken sicherzustellen.