

Dr. Mark Wilhelm, LL.M. und Christian Becker

D&O-Versicherung

Unwirksamkeit der Anrechnung von Abwehrkosten auf die Versicherungssumme in D&O-Versicherungsverträgen?

1. EINLEITUNG

Bei Schadenersatzforderungen wegen der vermeintlichen Verletzung von Pflichten übersteigen häufig sowohl die erhobenen Forderungen als auch die Kosten der Abwehr der Forderungen (Abwehrkosten) das Vermögen der Manager um ein Vielfaches.

D&O-Versicherer versuchen ihre Leistungspflicht in den Organhaftungsfällen u.a. durch Anrechnungsklauseln zu begrenzen. Durch Anrechnungsklauseln rechnet der Versicherer die Abwehrkosten auf die vereinbarte Versicherungssumme an.

Ob die in den Versicherungsbedingungen vorgesehene Anrechnung der Abwehrkosten auf die Versicherungssumme wirksam ist, diskutiert nachfolgender Beitrag.

2. FUNKTIONSWEISE DER D&O-VERSICHERUNG

Der D&O-Versicherer schuldet im Schadenfall die Abwehr der Schadenersatzforderung und/oder die Freistellung der versicherten Person von der Schadenersatzforderung des Anspruchstellers.

2.1 Abwehrdeckung

Die Abwehrdeckung gewährt der Versicherer, indem er den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Anspruchsteller zurückweist. Des Weiteren übernimmt der Versicherer

die Kosten eines in der Haftungsabwehr spezialisierten Rechtsanwalts sowie die sonstigen Kosten des Gerichtsverfahrens für die versicherte Person.

2.2 Freistellungsdeckung

Hält der Versicherer den erhobenen Schadenersatzanspruch für berechtigt, gewährt der Versicherer Freistellungsdeckung. Der Versicherer zahlt an den Anspruchsteller den geltend gemachten Schadenersatz. Der Versicherer stellt hierdurch die versicherte Person von der Schadenersatzforderung frei. Abwehrkosten fallen nicht an, falls der Versicherer ohne Abwehr freistellt.

3. VERSICHERUNGSSUMME UND ABWEHRKOSTEN

Die in D&O-Versicherungsverträgen vorgesehene Anrechnung von Abwehrkosten auf die Versicherungssumme (vgl. zitierte Klausel in 4.2) weicht von der gesetzlichen Regelung des VVG ab.

Auf D&O-Versicherungsverträge sind die Regelungen des Versicherungsvertragsgesetzes für Haftpflichtversicherungsverträge (§§ 100-112 VVG) anwendbar. Sofern D&O-Versicherer Verträge unter Einbeziehung der von ihnen gestellten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) schließen, müssen die vereinbarten Klauseln die gesetzlichen Anforderungen der §§ 305 ff. BGB erfüllen.

3.1 Keine gesetzliche Anrechnung von Abwehrkosten auf die Versicherungssumme

Der Gesetzgeber normiert in § 101 Absatz 2 VVG, dass Abwehrkosten nicht auf die Versicherungssumme anzurechnen sind:

„Ist eine Versicherungssumme bestimmt, hat der Versicherer die Kosten eines auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreites und die Kosten der Verteidigung [...] auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen.“

Entscheidet der Versicherer, der versicherten Person Deckung durch Abwehr der Schadenersatzforderung zu gewähren, findet nach § 101 Absatz 2 VVG keine Anrechnung der Abwehrkosten auf die Versicherungssumme statt. Der Versicherer muss die Abwehrkosten zusätzlich zur Freistellung vom Schadenersatzanspruch erstatten, sofern die Abwehr erfolglos bleibt. Dies gilt auch dann, wenn die Addition der

Abwehrkosten mit der Höhe des Schadenersatzes die Versicherungssumme übersteigt. Die Abwehrkosten reduzieren gemäß § 101 Absatz 2 VVG somit nicht die Deckungssumme, die für die Freistellung vom Schadenersatzanspruch zur Verfügung steht, wie nachfolgendes Beispiel 1 zeigt.

Beispiel 1: In einem D&O-Versicherungsvertrag vereinbarten der D&O-Versicherer und der Versicherungsnehmer eine Versicherungssumme von EUR 50 Millionen. Eine Anrechnungsklausel ist ausnahmsweise nicht vereinbart.

Wegen einer Pflichtverletzung verlangt ein Anspruchsteller von der versicherten Person Schadenersatz in Höhe von EUR 50 Millionen. Der D&O-Versicherer hält den Schadenersatzanspruch für unbegründet. Der Versicherer gewährt der versicherten Person Abwehrdeckung. Für die Abwehr entstehen Anwalts-, Gerichts- und Sachverständigenkosten in Höhe von EUR 5 Millionen. Die versicherte Person verliert den Haftungsprozess, die Abwehr bleibt erfolglos.

Ergebnis: Der Versicherer muss für die versicherte Person Schadenersatz in Höhe von EUR 50 Millionen leisten (Freistellung) und zusätzlich die Abwehrkosten in Höhe von EUR 5 Millionen erstatten. Der Versicherer zahlt insgesamt EUR 55 Millionen auf den Schaden.

3.2 Anrechnungsklauseln in D&O-Versicherungsverträgen

D&O-Versicherungsverträge enthalten regelmäßig Anrechnungsklauseln. Mit Anrechnungsklauseln weichen Versicherer vom gesetzlichen Regelfall des § 101 Absatz 2 VVG ab (vgl. Ergebnis in Beispiel 1). Durch die Anrechnungsklausel sollen die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme angerechnet werden.

D&O-Versicherer verwenden in ihren Bedingungswerken regelmäßig folgende (oder ähnliche) Klauseln:

„Ziffer x

Für den Umfang der Leistung des Versicherers ist die im Versicherungsschein angegebene Versicherungssumme der Höchstbetrag für jeden Versicherungsfall und für alle während eines Versicherungsjahres eingetretenen Versicherungsfälle zusammen. Kosten gemäß Ziffer y sind darin inbegriffen. (Hervorhebung durch die Autoren)

Ziffer y

Kosten sind: Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen- und Gerichtskosten, Aufwendungen für Abwendung oder Minderung des Schadens bei oder nach Eintritt des Versicherungsfalls sowie Schadenermittlungskosten, auch Reisekosten, die dem Versicherer nicht selbst entstehen. Dies gilt auch dann, wenn diese Kosten auf Weisung des Versicherers entstanden sind.“

Beispiel 2: Der D&O-Versicherer und der Versicherungsnehmer vereinbarten eine Versicherungssumme in Höhe von EUR 50 Millionen. Die AVB enthalten eine Anrechnungsklausel entsprechend Ziffer x.

Der Anspruchsteller setzt den Schadenersatzanspruch erfolgreich in einem Gerichtsverfahren gegen die versicherte Person durch. Die Abwehrkosten belaufen sich auf EUR 5 Millionen. Die Summe aus Abwehrkosten und Schadenersatz beträgt EUR 55 Millionen.

Der Versicherer leistet auf den Schaden einen Betrag in Höhe von EUR 45 Millionen unter Berufung auf die Anrechnungsklausel. Die Freistellungssumme sei durch die Abwehrkosten um EUR 5 Millionen reduziert.

Wäre die Anrechnungsklausel wirksam vereinbart, bestünde ein nicht versicherter Schaden (Deckungslücke) in Höhe von EUR 5 Millionen, den die versicherte Person selber tragen müsste.

4. AGB-RECHTLICHE UNWIRKSAMKEIT DER ANRECHNUNGSKLAUSEL

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. ist die Anrechnungsklausel unwirksam.

Nachfolgende Argumente (4.1 bis 4.3) sprechen aus Sicht des OLG Frankfurt a. M. für die Unwirksamkeit solcher Anrechnungsklauseln.

4.1 Unwirksamkeit wegen Intransparenz

Damit AGB-Klauseln wirksam sind, müssen sie transparent (vgl. § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB), d.h. klar und verständlich formuliert sein. Der D&O-Versicherer muss die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners (Versicherungsnehmer) klar, einfach und präzise formulieren (vgl. BGH NJW 2008, 1438). Die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen müssen für den durchschnittlichen Vertragspartner soweit erkennbar sein, wie dies

nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. BGH NJW 2011, 1801). Diese Transparenzanforderung erfüllen Versicherer durch die bislang verwendeten Anrechnungsklauseln nach Ansicht des OLG Frankfurt am Main nicht (so auch Säcker, VersR 2005, 10 [14]).

Zum Zeitpunkt des Versicherungsvertragsschlusses seien die Abwehrkosten, die zulasten der Versicherungssumme angerechnet werden sollen, nicht ausreichend erkennbar, so das OLG Frankfurt a. M.

Abwehrkosten fallen u.a. für die beauftragten Abwehrranwälte an. In Organhaftungsfällen erfahrene Abwehrranwälte arbeiten (nur) auf der Basis von Stundenhonorarvereinbarungen. Bereits aufgrund variierender Stundensätze sind die anzurechnenden Abwehrkosten nicht vorhersehbar.

Die Kosten, welche für die Abwehr eines Schadenersatzanspruches anfallen, sind darüber hinaus vom Zeiteinsatz der Abwehrranwälte abhängig. Der Zeiteinsatz der Anwälte für die Abwehr der Schadenersatzforderung ist wiederum abhängig von der Komplexität des Schadens. Daher sind die Abwehrkosten bei Abschluss des D&O-Versicherungsvertrags nicht ermittelbar.

Der Versicherungsnehmer erkennt bei Abschluss des Versicherungsvertrages also nicht, in welcher Höhe im Schadenfall Abwehrkosten anfallen können. Deshalb erkennt der Versicherungsnehmer auch nicht, in welcher Höhe sich die Freistellungsleistung durch Abwehrkosten reduziert. Der Versicherungsnehmer kann die durch die Anrechnungsklausel entstehende Deckungslücke nicht erkennen, obwohl er die Höhe der vereinbarten Versicherungssumme kennt.

Deshalb seien Klauseln zur Anrechnung von Abwehrkosten auf die Versicherungssumme intransparent und daher gemäß des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB unwirksam (vgl. OLG Frankfurt vom 9. Juni 2011, Az. 7 U 127/09 in r+s 2011, Seite 509 ff.).

4.2 Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung

Die Anrechnungsklauseln seien auch unwirksam, da sie Versicherungsnehmer und versicherte Personen unangemessen im Sinne von § 307 Absatz 2 BGB benachteiligen (OLG Frankfurt, a.a.O.; Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, § 101 VVG Rn. 33).

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen unwirksam, wenn die Klausel einen Vertragspartner unangemessen benachteiligt.

Die unangemessene Benachteiligung durch Anrechnungsklauseln entstehe dadurch, dass der D&O-Versicherer nach seinem eigenen Ermessen darüber entscheidet, ob Abwehrkosten entstehen. Der Versicherungsnehmer hat auf die Entscheidung, ob der D&O-Versicherer Abwehr- oder Freistellungsdeckung gewährt, kaum Einflussmöglichkeiten (vgl. Ihlás, D&O Directors and Officers Liability, 2. Auflage, 2009, Seite 393). Der Versicherer verursacht die Abwehrkosten zusätzlich zur begründeten Freistellung ggf. durch seine Fehleinschätzung über die Berechtigung der Schadenersatzforderung. Der Versicherungsnehmer soll die Reduzierung der Versicherungssumme durch Abwehrkosten tragen, die aus dieser Fehleinschätzung resultieren. Der Versicherungsnehmer soll demnach die Folgen eines Fehlers des Versicherers tragen.

Die Anrechnungsklausel führe deshalb zu einem nicht hinnehmbaren Ungleichgewicht zwischen den Rechten des Versicherers und den Duldungspflichten des Versicherungsnehmers. Anrechnungsklauseln benachteiligen Versicherungsnehmer daher unangemessen im Sinne des § 307 Absatz 2 BGB, so das OLG Frankfurt a. M.

4.3 Keine Wirksamkeit der Klausel durch gesetzlich eingeräumte Dispositionsfreiheit

Diese unangemessene Benachteiligung der Versicherungsnehmer können die D&O-Versicherer nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. nicht mit § 112 VVG rechtfertigen, der folgende Wortlaut hat:

„§ 112 VVG Abweichende Vereinbarung

Von den §§ 104 und 106 kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden.“

Nach § 112 VVG könnte die Möglichkeit folgen, von den in § 112 VVG nicht genannten Normen des Haftpflichtversicherungsrechts (unter anderem von § 101 VVG) zum Nachteil der Versicherungsnehmer abzuweichen.

Dass der Gesetzgeber Haftpflichtversicherern diese Dispositionsfreiheit einräumt, entbindet diese aber nicht von der Einhaltung der gesetzlichen Anforderung an Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB (vgl. Lücke, a.a.O. Rn. 33). Die

aus § 112 VVG folgende Dispositionsfreiheit ist daher nicht geeignet, die unangemessene Benachteiligung zu rechtfertigen.

4.4 Rechtsfolge unwirksamer Anrechnungsklauseln

Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Anrechnungsklauseln ist, dass die gesetzliche Regelung aus § 101 Absatz 2 VVG an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt (vgl. § 306 Absatz 2 BGB). Der D&O-Versicherer muss die Abwehrkosten zusätzlich zur Freistellung auch dann erstatten, wenn die Summe der Abwehrkosten und der Freistellung die Versicherungssumme übersteigt.

4.5 Kritik an der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main

Die dargestellte Entscheidung des OLG Frankfurt a. M., ist nicht ohne Kritik geblieben (vgl. Langheid, *Verwirtschaft* 2012, 1768, 1771):

4.5.1 Keine Inhaltskontrolle wegen Hauptleistungspflicht

Die Anrechnungsklauseln enthielten eine Regelung, welche die Hauptleistung des Versicherers näher beschreibe. Als eine solche Regelung wäre die Anrechnungsklausel der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht entzogen. Das OLG Frankfurt a. M. setzt sich mit dieser Frage nicht auseinander, sondern verweist auf den Aufsatz von Säcker (*VersR* 2005, 10 [14], in dem Säcker die Inhaltskontrolle bejaht).

Wäre die Auffassung des OLG Frankfurt a. M. und von Säcker falsch und eine Inhaltskontrolle nicht möglich, wären Anrechnungsklausel wirksam.

4.5.2 Unverhältnismäßige Prämien

Überdies stünde die Prämie der D&O-Verträge bei Unwirksamkeit der Anrechnungsklausel in keinem Verhältnis zu dem übernommenen Risiko. Die Versicherer hätten im Vertrauen auf die jahrzehntelange Vereinbarung von Anrechnungsklauseln die Prämien ermittelt. Die Versicherungssumme solle die maximale Leistung des Versicherers sein.

Dieses rein wirtschaftliche Argument der Versicherer kann jedoch nicht zur Wirksamkeit der Anrechnungsklauseln führen, sondern allenfalls zu einer Neuberechnung künftiger Prämien.

5. FAZIT

Die derzeit von D&O-Versicherern verwendeten Anrechnungsklauseln sind nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. unwirksam. Die Versicherungssumme stehe in voller Höhe für den Ausgleich des Schadens zur Verfügung, sofern sich der Schadenersatzanspruch im Haftungsverfahren als berechtigt erweist.

Sollte sich diese Rechtsprechung durchsetzen, ergeben sich weitere Konsequenzen.

Versicherer dürften zukünftig die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen sorgfältiger prüfen und infolge dessen Freistellung gewähren. Auf diese Weise vermeiden Versicherer unnötige Abwehrkosten.

Versicherer werden bei neu abzuschließenden D&O-Versicherungsverträgen und bei der Verlängerung bereits bestehender D&O-Versicherungsverträge voraussichtlich auf die Unwirksamkeit der Anrechnungsklauseln reagieren.

Die Versicherer werden gegebenenfalls anders formulierte Anrechnungsklauseln verwenden. Ob diese neuen Klauseln wirksam sein werden, ist ungewiss.

Zum anderen werden D&O-Versicherer gegebenenfalls höhere Versicherungsprämien verlangen. Ob höhere Prämien im derzeit weichen Versicherungsmarkt durchsetzbar sind, ist fraglich.

Dr. Mark Wilhelm, LL.M.
Rechtsanwalt
Master of Insurance Law
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Wilhelm Rechtsanwälte
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 12
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de
mark.wilhelm@wilhelm-rae.de

Christian Becker
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Wilhelm Rechtsanwälte
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 14
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de

AG Essen PR 1597

christian.becker@wilhelm-rae.de

AG Essen PR 1597