

D&O-Versicherung

Managerhaftung und D&O
in der Insolvenz: Mehr Risiko –
weniger Schutz?

Von Dr. Mark Wilhelm, LL.M.

D&O-Versicherung

Managerhaftung und D&O in der Insolvenz: Mehr Risiko – weniger Schutz?

Inanspruchnahmen der Entscheidungsträger im Rahmen von Unternehmensinsolvenzen bergen für betroffene Manager besondere Risiken für ihren D&O-Versicherungsschutz. Regelmäßig wenden Versicherer in der Schadenregulierung ein, der Manager habe in der Krisensituation des Unternehmens eine Pflichtverletzung wissentlich begangen. Der Versicherer sei daher leistungsfrei.

Nimmt der Insolvenzverwalter einen ehemaligen Geschäftsführer auf Schadensersatz in Anspruch, ist zudem die Anspruchsgrundlage von entscheidender Bedeutung. Ansprüche auf Ersatz von Zahlungen nach Insolvenzreife der Gesellschaft (§ 64 GmbHG) sind in der Regel – sofern nicht ausdrücklich vom Versicherungsschutz umfasst – nicht versichert.

Diese Probleme sind bekannt. Neu ist hingegen, dass auch Geschäftsführer im Eigenverwaltungsverfahren der Gesellschaft möglicherweise unversichert handeln, wie sich aus dem Zusammenspiel zweier aktueller Urteile schlussfolgern ließe.

1. Versicherungsschutz für Organhaftungsansprüche auf Grundlage von § 64 GmbHG

Nach § 64 S. 1 GmbHG haften Geschäftsführer für Zahlungen, die diese nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung leisten. Organhaftungsfälle auf dieser Grundlage sind in der Praxis regelmäßig zu beobachten.

1.1 OLG Düsseldorf: Kein Vermögensschaden der Gesellschaft

Das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20. Juli 2018 zur Deckung von Ansprüchen nach § 64 GmbHG unter der D&O-Versicherung¹ hat im vergangenen Jahr medial breite Aufmerksamkeit erfahren. Aus dem Blick geriet dabei, dass D&O-Versicherer auch zuvor schon regelmäßig ihre Leistungspflicht für derartige Ansprüche ablehnten.

¹ OLG Düsseldorf, Urte. v. 20. Juli 2018 – I-4 U 93/16, BeckRS 2018, 16103

Ansprüche aus §64 GmbHG sind nach gegenwärtiger Rechtsprechung nicht von der D&O gedeckt.

Das OLG Düsseldorf erkennt im Haftungsanspruch gemäß § 64 S. 1 GmbHG keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen „Ersatzanspruch eigener Art“. Denn nicht die Gesellschaft erleide einen Schaden, wenn Geschäftsführer Zahlungen für Verbindlichkeiten bevorzugt an einzelne Gläubiger leisten. Geschädigt würde allein die Gläubigersamtheit. Ein Anspruch auf Ersatz dieser Zahlungen sei demnach kein gesetzlicher Haftungsanspruch wegen eines Vermögensschadens, wie ihn übliche D&O-Versicherungsbedingungen zur Voraussetzung für den Versicherungsfall machen.

Da zudem keine Einwendungen aus dem Schadensersatzrecht erhoben werden könnten, sei § 64 GmbHG nicht mit einem Schadensersatzanspruch, wie ihn die D&O-Versicherung voraussetzt, vergleichbar. Einen zusätzlichen Grund für das Fehlen der Leistungspflicht des Versicherers sieht das Gericht in der vermeintlichen Unmöglichkeit eines Mitverschuldens und einer Gesamtschuld.

1.2 Argumentation des OLG Düsseldorf überzeugt nicht

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist kritisch zu sehen. Wenn der Haftungsanspruch nach § 64 GmbHG einen „Ersatzanspruch eigener Art“ dar-

stellt, so muss dies den Versicherungsschutz nicht zwingend ausschließen.

Allein die Auslegung des Versicherungsvertrages ist maßgeblich für die Entscheidung, ob Ansprüche gegen die versicherte Person vom Versicherungsschutz umfasst sind. Der Versicherungsvertrag ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse auszulegen. Die Interessen des durchschnittlichen Versicherungsnehmers sind zudem bei dieser Auslegung zu berücksichtigen. Maßgeblich ist, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer – und insbesondere dessen versichertes Organmitglied – die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss.

Es stellt sich die Frage, ob ein versicherter Geschäftsführer bei aller kaufmännischen Erfahrung aber ohne juristische Ausbildung erkennen muss, dass Ansprüche auf Grundlage des § 64 GmbHG als „Ersatzansprüche eigener Art“ nicht versichert sind. Gemäß AVB gewährt der Versicherer Versicherungsschutz „[...] für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Person)

Ob der durchschnittliche versicherte Manager die Deckungslücke erkennen muss, erscheint zweifelhaft.

wegen einer Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.“ Der Vermögensschaden wird üblicherweise ebenfalls in den AVB definiert: „Vermögensschäden sind solche Schäden, die weder Personenschäden (Tötung, Verletzung des Körpers oder Schädigung der Gesundheit von Menschen), noch Sachschäden (Beschädigung, Verderben, Vernichtung oder Abhandenkommen von Sachen) sind, noch sich aus solchen Schäden herleiten.“ Dass der Ersatzanspruch gemäß § 64 GmbHG nicht auf einem Vermögensschaden

gründet, ergibt sich aus dem Wortlaut für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse

nicht. Der versicherte Manager erwartet bei Abschluss des Versicherungsvertrags, dass er im Fall einer persönlichen Inanspruchnahme durch das Unternehmen oder Dritte vom Versicherer freigestellt wird, sofern keine benannten Ausschlüsse greifen.

1.3 Praxis überholt Rechtsprechung

Ungeachtet der zweifelhaften Argumentation des Gerichts hat das Urteil des OLG Düsseldorf Bestand. Höchstrichterliche Entscheidungen zum Thema fehlen. Da die beschriebene Problematik

jedoch seit Jahren im Markt bekannt ist, haben viele Versicherungsmakler und Versicherer reagiert: Aktuelle Versicherungsbedingungen in der D&O schließen Ansprüche auf Basis des § 64 S. 1 GmbHG häufig ausdrücklich mit ein. Versicherungseinkäufer sollten prüfen, ob die Policen ihres Unternehmens dahingehend auf dem neuesten Stand sind.

2. Versicherungsschutz des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung

Zwar beschäftigte sich das OLG Düsseldorf im vorgenannten Urteil mit dem Versicherungsschutz einer ehemaligen Geschäftsführerin, die vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wurde. In Verbindung mit einem aktuellen Urteil des BGH vom 26. April 2018² kann die Argumentation des OLG Düsseldorf jedoch auch für Geschäftsführer Folgen haben, die ein Insolvenzverfahren der Gesellschaft gemäß § 270 Abs. 1 InsO in Eigenverwaltung führen (sogenannte Sanierungsgeschäftsführer).

2.1 BGH verschärft Haftung des Sanierungsgeschäftsführers

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob Geschäftsführer einer Gesellschaft in der Eigenverwaltung lediglich gegenüber der Gesellschaft nach § 43 GmbHG oder auch gegenüber Dritten wie ein Insolvenzverwalter analog §§ 60, 61 InsO

² BGH, Urt. v. 26. April 2018 – IX ZR 238/17, NZI 2018, 519 ff.

Neuere D&O-Bedingungswerke schließen Ansprüche aus §64 GmbHG meist ausdrücklich ein.

auf Schadensersatz haften. Im vorliegenden Fall hatte ein Sanierungsgeschäftsführer im Eigenverwaltungsverfahren Waren bei einem Lieferanten bestellt, dessen Rechnung die Gesellschaft später nicht begleichen konnte. Der Lieferant verlangte daraufhin Schadensersatz vom Sanierungsgeschäftsführer.

In seiner Entscheidung stellte der BGH klar, dass Geschäftsführer im Rahmen der Eigenverwaltung einer insolventen Gesellschaft den gleichen strengen Haftungsregeln unterliegen wie Insolvenzverwalter. Sie haften also persönlich allen Beteiligten gegenüber für Pflichtverletzungen (§ 60 InsO) und Massegläubigern gegenüber für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren durch sie begründet wurden (§ 61 InsO). In der Eigenverwaltung habe der Geschäftsführer frei von gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorganen Befugnisse, die denen eines Insolvenzverwalters gleich kämen. Daher müsse ihn die gleiche Haftung wie einen Insol-

BGH: Geschäftsführer haften in der Eigenverwaltung wie Insolvenzverwalter – auch Dritten gegenüber.

venzverwalter treffen. Auch sei es unbillig, nur den Sachwalter gemäß §§ 274 Abs. 1, 60 Abs. 1 InsO in der Eigenverwaltung haften zu lassen,

obwohl der Geschäftsführer der Entscheidungsträger der Eigenverwaltung ist. Für eine Privilegierung des Sanierungsgeschäftsführers sieht der BGH keinen Grund.

Die Geschäftsführung eines insolventen Unternehmens in Eigenverwaltung wird damit riskant. Sanierungsgeschäftsführer sehen sich erheblichen persönlichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Gläubiger wie Lieferanten oder Banken könnten künftig Sanierungsgeschäftsführer als potentielle Ersatz-Schuldner in Anspruch nehmen. Aus versicherungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob solche Ansprüche ähnlich wie Ansprüche gemäß § 64 GmbHG ebenfalls nicht von der D&O-Versicherung gedeckt wären.

2.2 Ansprüche gemäß § 60 InsO unproblematisch

Auf Ansprüche gemäß § 60 InsO analog ist die Argumentation des OLG Düsseldorf nicht übertragbar. Verletzt der Geschäftsführer als Eigenverwalter eine ihm obliegende Pflicht und entsteht aus dieser Pflichtverletzung ein (Vermögens-)Schaden, so ist der Geschäftsführer dem Wortlaut des § 60 InsO nach „zum Schadensersatz verpflichtet“. Die Haftungsnorm schützt neben der Gläubigergesamtheit ausdrücklich die Positionen „aller Beteiligten“, also auch der Gesellschaft und nicht nur der Gläubiger. Haftungsansprüche auf dieser Grundlage stellen demnach keinen mit § 64 GmbHG vergleichbaren „Ersatzanspruch eigener Art“ dar, der lediglich dem Schutz der Insolvenzmasse diene.

2.3 Ansprüche gemäß § 61 InsO können strittig werden

Begründet der Sanierungsgeschäftsführer pflichtwidrig Masseverbindlichkeiten, die aus der Insolvenzmasse nicht erfüllt werden kann, haftet er für den entstandenen Schaden gemäß § 61 InsO analog gegenüber dem Massegläubiger. Ob derartige Ansprüche gegen den Geschäftsführer von dessen D&O-Versicherung gedeckt wären, könnte zum Gegenstand deckungsrechtlicher Auseinandersetzungen werden, wenn Versicherer das Urteil des OLG Düsseldorf auf die Außenhaftung in der Eigenverwaltung übertragen. Vergleichbar mit dem § 64 GmbHG sind die Interessen der Gläubiger der Schutzzweck des § 61 InsO. Versicherer könnten argumentieren, dass auch hier ein Ersatzanspruch vorläge, der keinen Haftungsanspruch im Sinne der D&O-Versicherung darstellt. Anders als § 64 GmbHG begründet § 61 InsO jedoch dem Wortlaut nach einen *Schadensersatzanspruch* (vgl. § 61 S.1 a.E.). Wie Gerichte die Konstellation bewerten, ist noch nicht absehbar.

3. Fazit

Die Insolvenz eines Unternehmens stellt für Geschäftsführer ein großes Haftungsrisiko dar. Ob bei einer Inanspruchnahme D&O-Versicherungsschutz besteht, ist – zumindest bei älteren Policen – auch abhängig davon, welche Anspruchsgrundlage der Insolvenzverwalter wählt.

Durch die aktuelle Entscheidung des BGH erhöht sich nun auch das Haftungsrisiko von Geschäftsführern, die das Unternehmen nach Insolvenzantrag in Eigenverwaltung weiter führen. Auf diese Haftungserweiterung und die möglicherweise entstehende Deckungslücke in den D&O-Versicherungsverträgen müssen die Marktteilnehmer reagieren, bevor es zu streitigen Auseinandersetzungen kommt.

Diesen Beitrag veröffentlichte die Zeitschrift *Die Versicherungspraxis* in ihrer Ausgabe 07/2019.

Für Rückfragen steht Ihnen der Autor gern zur Verfügung:



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

WILHELM Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Tel: +49 211 687746 12
mark.wilhelm@wilhelm-rae.de

WILHELM

RECHTSANWÄLTE

Über uns:

Die Sozietät Wilhelm ist spezialisiert auf die Beratung von Unternehmen und deren Entscheidungsträgern in kritischen Situationen – vom Großschaden über die persönliche Inanspruchnahme bis hin zum Compliance-Verstoß im Unternehmen. Sechzehn Berufsträger an zwei Standorten (Düsseldorf und Berlin) vereinen hierfür Expertise aus den Bereichen Versicherung, Haftung, Wirtschaftsstrafrecht und Gesellschaftsrecht. Weltweit kooperiert die Sozietät mit Kanzleien unter anderem in Chicago, New York, London, Paris, Rom, Warschau und Brüssel. Mit seinen internationalen Kooperationspartnern bietet Wilhelm die Expertise zur Lösung grenzüberschreitender Haftungs- und Deckungsstreitigkeiten, M&A-Transaktionen sowie internationaler Großprojekte.

WILHELM Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Düsseldorf:

Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211.68 77 46-0
Telefax: + 49 (0)211.68 77 46-20

info@wilhelm-rae.de

Berlin:

Mommsenstraße 45
10629 Berlin

+ 49 (0)30.81 72 732-0
+ 49 (0)30.81 72 732-0

berlin@wilhelm-rae.de

