

Unzureichende Versicherungssumme und Verteilungsverfahren

Scheinargumente in der Schadenregulierung

1. EINFÜHRUNG

Der folgende Beitrag geht auf ein Problem ein, das vermehrt bei der Regulierung bei D&O-Schäden (aber auch in anderen Haftpflicht-Konstellationen) zu beobachten ist:

Nimmt ein Unternehmen – oder im Falle der Insolvenz der Insolvenzverwalter – mehrere versicherte Personen als Gesamtschuldner in Anspruch, erheben D&O-Versicherer in der Schadenregulierung immer häufiger den Einwand einer nicht ausreichenden Versicherungssumme und verweigern gegenüber den versicherten Personen die vollständige Leistung unter dem Versicherungsvertrag. Dem Problem liegt folgende Konstellation zugrunde:

Zunächst gewähren die Versicherer den versicherten Personen vorläufige Abwehrkostendeckung. Die versicherten Personen beauftragen jeweils Abwehranwälte, betreiben die Anspruchsabwehr und verlangen die Erstattung der anfallenden Abwehrkosten vom D&O-Versicherer. Der D&O-Versicherer verweigert nun die (volle) Erstattung der Abwehrkosten mit dem Argument, die Versicherungssumme reiche nicht aus für die Übernahme sämtlicher Abwehrkosten und die Freistellung von den geltend gemachten Haftpflichtansprüchen. Die Versicherungssumme sei (irgendwie) zu verteilen, und *schon der Ausgleich der Abwehrkosten könne nur anteilig* erfolgen. Für die versicherten Personen hat dies zur Folge, dass sie sich nicht nur dem Druck des laufenden Haftpflichtprozesses ausgesetzt sehen, sondern auf einem Teil der Kosten sitzen bleiben, die sie ihren Abwehranwälten gezahlt haben.

Jüngst erklärte *Gädtk*e, eines der noch ungelösten, wesentlichen Probleme in der D&O-Versicherung sei die Verteilung einer nicht ausreichenden Versicherungssumme unter den versicherten Personen.¹ Zutreffend stellte Gädtk

e fest, jedes der zur Verteilung der Versicherungssumme diskutierten Kriterien sei umstritten, und zwar sowohl hinsichtlich seiner eigenen Grundlage als auch hinsichtlich seiner Angemessenheit als Verteilungsprinzip.

Gerade vor diesem Hintergrund fragt sich, weshalb D&O-Versicherer dennoch immer wieder Leistungen mit dem Einwand einer vermeintlich nicht ausreichenden Versicherungssumme verweigern. Die beschriebene Regulierungspraxis wirft die Frage auf: Können die Versicherer den Einwand einer unzureichenden, zu verteilenden Versicherungssumme gegenüber den versicherten Personen überhaupt wirksam erheben?

2. DER EINWAND EINER UNZUREICHENDEN VERSICHERUNGSSUMME ALS UNBEGRÜNDETE (PARTIELLE) LEISTUNGSVERWEIGERUNG DES VERSICHERERS

2.1 Regelmäßig keine überprüfbare Begründung in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht

Reichen versicherte Personen Rechnungen ihrer Abwehranwälte zur Erstattung beim D&O-Versicherer ein, erklären D&O-Versicherer vermehrt ohne in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht überprüfbare Begründung, die Versicherungssumme sei unzureichend und müsse verteilt werden; die Abwehrkosten könnten nicht vollständig übernommen werden und es müsse ein Verteilungsverfahren geben. Teilweise behaupten die Versicherer beispielsweise, die Abwehrkosten könnten nur „nach Köpfen“ übernommen werden (bei drei in Anspruch genommenen versicherten Personen seien die Abwehrkosten der einzelnen versicherten Personen jeweils nur zu einem Drittel zu erstatten).

Die einzelne versicherte Person als materiell Berechtigter unter der D&O-Versicherung (Fremdversicherung/“Side-A-Deckung“) erhält keine transparente, überprüfbare Begründung, wie viele versicherte Personen in welchem Umfang in Anspruch genommen werden. Ganz zu schweigen von der Bewertung des Versicherers hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Haftungsansprüche – also der Frage, ob der Versicherer sich zur Frei-

¹ Vgl. Versicherungspraxis 6/2016, Seite 9.

stellung verpflichtet sieht oder (nur) zur Abwehr. Für die einzelne versicherte Person ist nicht nachvollziehbar, nach welchen Grundsätzen der Versicherer reguliert und somit seine Hauptleistungspflicht (Abwehr/Freistellung) gegenüber dem materiell Berechtigten unter dem Versicherungsvertrag erbringt.

Wie *Gädtker* vermutet, vermeiden D&O-Versicherer möglicherweise auch deswegen vertragliche Regelungen, um sich in einer konkreten Verteilungssituation „alle Gestaltungsmöglichkeiten offen zu halten“.² Teilweise drängt sich der Eindruck auf, dass Versicherer Gestaltungsspielräume zu Lasten der unmittelbar betroffenen versicherten Personen nutzen, z.B. um Haftungs- und/oder Deckungsvergleiche zu schließen und somit die eigene Leistungspflicht zu begrenzen (selbstverständlich sind Vergleichslösungen in vielen Fällen zielführend. Sie bedeuten aber im Ergebnis regelmäßig auch ein Nachgeben der versicherten Personen, z.B. durch Beteiligung am Haftungsvergleich oder Übernahme eigener Abwehrkosten). Doch besteht überhaupt ein Gestaltungsspielraum für die Versicherer? Das hängt maßgeblich von der rechtlichen Einordnung des Einwands einer unzureichenden Versicherungssumme ab.

2.2 Wirtschaftliche und rechtliche Wirkung des Einwands: (partielle) Leistungsverweigerung des Versicherers

Wirtschaftlich bedeutet der Einwand für die versicherten Personen regelmäßig ein Dilemma. Die versicherten Personen müssen sich gegen die Inanspruchnahme zur Wehr setzen (dafür sagt der D&O-Versicherer dann auch – in der Regel vorläufige – Deckung zu). Häufig geht es um faktisch und rechtlich komplexe Angelegenheiten. Die effektive Anspruchsabwehr erfolgt durch Spezialisten. Die Aufarbeitung und Verteidigung kann erhebliche Abwehrkosten verursachen. Übernimmt der D&O-Versicherer die Abwehrkosten nicht voll, ist dies für die versicherten Personen in der Regel sofort eine große finanzielle Belastung.

Deckungsrechtlich setzt der Einwand einer unzureichenden Versicherungssumme voraus, dass der Versicherer die Deckung der einzelnen versicherten Personen dem Grunde nach als gegeben ansieht. Der Einwand einer unzureichenden Versicherungssumme/notwendigen Verteilung ist rechtlich eine (partielle) Leistungsverweigerung des Ver-

² Vgl. a.a.O., Seite 11.

sicherers im Sinn einer Einwendung oder einer Einrede. Im Ergebnis macht der Versicherer geltend, der einzelnen versicherten Person, (1) von vorneherein nicht mehr als die (Teil)Leistung zu schulden oder (2) den eigentlich bestehenden vollen Deckungsanspruch der versicherten Person im konkreten Fall nur teilweise erfüllen zu müssen.

3. KEINE VERTRAGLICHE ODER GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR DEN EINWAND

Für die Leistungsverweigerung durch den Einwand einer unzureichenden Versicherungssumme und einer vermeintlich notwendigen Verteilung fehlt eine vertragliche oder eine gesetzliche Grundlage.

Die marktüblichen D&O-Versicherungsbedingungen sehen bislang keine vertraglichen Verteilungsregeln zur Bestimmung einer Verteilung oder Rangfolge unter den versicherten Personen vor.

Ebenfalls fehlt eine gesetzliche Regelung im Versicherungsvertragsrecht. Insbesondere betrifft § 109 VVG nicht die hier diskutierte Konstellation, und eine entsprechende Anwendung der Regelung scheidet aus. Die Norm regelt nicht die Verteilung einer Versicherungssumme auf mehrere versicherte Personen als potentielle Schädiger, sondern die Verteilung der Versicherungssumme an mehrere Geschädigte, deren Ansprüche die Versicherungssumme des Schädigers übersteigen. Zudem ist in der Haftpflichtversicherung umstritten, ob und wie die Regelung des § 109 VVG überhaupt zu handhaben ist³.

Wenn versucht wird, ein Verteilungsprinzip aus gesetzlichen Kriterien oder Wertungen abzuleiten, reicht dies nicht als Grundlage für eine partielle Leistungsverweigerung des Versicherers aus. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass der Versicherer ein partielles Leistungsverweigerungsrecht haben soll, ist ausgeschlossen.

Für den Einwand einer unzureichenden Versicherungssumme/notwendigen Verteilung mag aus Sicht der D&O-Versicherer ein gewisses praktisches und wirtschaftliches Interesse bestehen – eine rechtliche Grundlage dafür fehlt jedoch gegenwärtig.

³ Vgl. zum Verteilungsverfahren nach § 109 VVG *Schultheiß*, VersR 2016, 497.

4. WIDERSPRÜCHLICHE REGULIERUNGSPRAXIS – KEINE VERTEILUNG SOLANGE DER VERSICHERER ABWEHRDECKUNG GEWÄHRT

Nach hier vertretener Auffassung stellt sich das vermeintliche Verteilungsproblem einer nicht ausreichenden Versicherungssumme im Wesentlichen aufgrund der Regulierungspraxis der Versicherer.

Abwehrfunktion und Freistellungsfunktion gelten zwar allgemein als Ausprägung eines einheitlichen Deckungsanspruchs in der Haftpflichtversicherung gemäß § 100 VVG. Im Rahmen seiner Rechtsschutzverpflichtung hat der Versicherer erhobene Haftpflichtansprüche zunächst zu prüfen. Er hat dann die Entscheidung zu treffen, ob die Haftpflichtansprüche unberechtigt und damit abzuwehren sind oder berechtigt sind, so dass die versicherte Person freizustellen ist.

Diese Entscheidung zwischen den Leistungsformen treffen Versicherer regelmäßig nicht, sondern erklären, vorläufig zunächst Abwehrdeckung zu gewähren.

Häufig wird die Frage, ob ein erhobener Haftpflichtanspruch tatsächlich berechtigt ist, schon aufgrund der Komplexität der Fälle auch erst im Verlauf des Haftpflichtverfahrens zu beantworten sein. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Versicherer in der Verantwortung steht, die Entscheidung zu treffen, ob die Haftungsansprüche abzuwehren sind oder die versicherte Person davon freizustellen ist. Solange sich der Versicherer entscheidet, Abwehrschutz zu gewähren, kommt in der Regel der Einwand einer unzureichenden Versicherungssumme von vorneherein nicht in Betracht. Denn der Versicherer bringt mit seiner Entscheidung zum Ausdruck, dass er Haftpflichtansprüche für unberechtigt hält und somit davon ausgeht, dass (noch) keine Freistellung erfolgen muss. Der Fall der Freistellung wäre aber in den meisten Fällen faktisch Voraussetzung für eine Ausschöpfung der Versicherungssumme. D&O-Versicherer erheben den Einwand aber regelmäßig zu einem Zeitpunkt, in dem die bei den versicherten Personen angefallenen Abwehrkosten die Versicherungssumme nicht annähernd erreichen. Die häufig anzutreffende Regulierungspraxis ist widersprüchlich. Konsequenterweise muss der Versicherer solange (mehreren) versicherten Personen nebeneinander volle Abwehrdeckung gewähren, bis die Versicherungssumme verbraucht ist oder der Freistellungsfall eintritt.

Für die Abwehrkosten gilt nach gesetzlicher Vorgabe das Prioritätsprinzip. Nach § 101 Abs. 1 Satz 1 und 3 VVG hat der Versicherer „die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die durch die Abwehr der von einem Dritten geltend gemachten Ansprüche ent-

stehen ... auf Verlangen des [Versicherten] vorzuschießen“. Dies bedeutet, dass jede versicherte Person einen Rechtsschutzanspruch hat, sobald ein Dritter einen versicherten Haftpflichtanspruch gegen ihn geltend macht.⁴ Die Versicherer müssen Abwehrkosten nach dem Prioritätsprinzip regulieren. Das heißt nach hier vertretener Auffassung auch, dass der Versicherer die Abwehrkosten in der Reihenfolge erstatten muss, in der sie bei den versicherten Personen anfallen.

Wie dargelegt, fehlt gegenwärtig überhaupt eine rechtliche Grundlage für den Einwand einer unzureichenden, zu verteilenden Versicherungssumme. Jedenfalls solange der Versicherer Abwehrdeckung gewährt und die Abwehrkosten nicht durch tatsächliche Zahlung die Versicherungssumme erschöpft haben, existiert kein Einwand, den der Versicherer dem Deckungsanspruch der einzelnen versicherten Personen entgegenhalten könnte. Die versicherte Person kann also nach hier vertretener Auffassung solange Erstattung der angefallenen Abwehrkosten vom Versicherer verlangen bzw. nötigenfalls auf Zahlung klagen, bis der Versicherer tatsächlich die Versicherungssumme ausgezahlt hat (sei es durch Begleichung der Rechnungen aller Abwehrranwälte oder auch durch spätere Freistellung oder Schadenzahlung).

5. WELCHE KOSTEN VERBRAUCHEN EINE VERSICHERUNGSSUMME?

Will sich ein Versicherer auf die (zukünftige) vermeintliche Ausschöpfung der Versicherungssumme berufen, hat er insbesondere darzulegen, (1) welche Kosten angefallen sind oder, soweit eine Prognose zulässig ist, voraussichtlich anfallen werden; und (2) dass diese Kosten auf die Versicherungssumme anzurechnen sind.

Welche Kosten entstehen und ggf. die Versicherungssumme verbrauchen, hängt maßgeblich von den Regelungen und Leistungsbestandteilen des D&O-Versicherungsvertrages ab. Insbesondere im weichen Markt versprechen die Versicherer die Übernahme verschiedener Kostenpositionen wie bspw. vorbeugende Rechtschutzkosten, ergänzenden Strafrechtsschutz oder Kosten im Zusammenhang mit der Vermeidung von Reputationsschäden. Teilweise regeln die Versicherungsbedingungen über sogenannte Order of Payment-Klauseln die Reihenfolge, in der der Versicherer die Kosten der einzelnen Leistungskomponenten übernimmt, nicht jedoch den hier diskutierten Fall einer Rangfolge bei der Inanspruchnahme mehrerer versicherter Personen.

⁴ Vgl. m.w.N. *Lange*, *VersR* 2014, 1413, 1416.

5.1 Abwehrkosten

Nach wie vor ist ungeklärt, ob Abwehrkosten in der D&O-Versicherung auf die Versicherungssumme angerechnet werden können oder darüber hinaus erstattet werden müssen. Fraglich ist insoweit, ob überhaupt eine von der gesetzlichen Regelung des § 101 Abs. 2 S. 1 VVG abweichende Vereinbarung in den AVB wirksam möglich ist, und wenn ja, ob die im Einzelfall zu prüfende Kostenanrechnungsklausel auch tatsächlich wirksam vereinbart ist.⁵

5.2 Kosten der Sachverhaltsermittlung durch den Versicherer

Die Sachverhaltsermittlung ist eigene Aufgabe des Haftpflichtversicherers im Rahmen seiner Rechtsschutzverpflichtung und erfolgt im Eigeninteresse des Versicherers. Dafür anfallende Kosten fallen nicht der Versicherungssumme zur Last, sondern sind vom Versicherer gesondert zu tragen.

5.3 Kosten für Sockelverteidigung

Auch Kosten, die im Zusammenhang mit der sogenannten Sockelverteidigung durch den D&O-Versicherer entstehen, schmälern die Versicherungssumme nicht. Beauftragt der Versicherer Rechtsanwälte mit der Sockelverteidigung, werden diese in seinem Interesse tätig, nicht aber im Interesse der (einzelnen) versicherten Personen. Für die versicherten Personen steht die Rechtsschutzfunktion der Deckung im Fokus. Es besteht kein Gleichlauf der Interessen der versicherten Personen. Die Interessenwahrnehmung muss individuell über jeweilige Abwehrranwälte erfolgen. Eine Sockelverteidigung ersetzt diese Interessenwahrnehmung nicht, sondern erfolgt im eigenen Interesse des Versicherers.

6. FAZIT

Die Diskussion im Zusammenhang mit vermeintlich unzureichenden, zu verteilenden Versicherungssummen in der D&O-Versicherung ist geprägt von den unterschiedlichen Interessen der Beteiligten (versicherte Personen, Versicherungsnehmer/Anspruchssteller, Versicherer).

⁵ Das Oberlandesgericht Frankfurt hielt in seinem Urteil vom 9. Juni 2011 eine Kostenanrechnungsklausel wegen Intransparenz und unangemessener Benachteiligung AGB-rechtlich für unwirksam (Az. 7 U 127/0, VersR 2012, 432).

Für alle Beteiligten besteht – dies zeigt die Praxis – Unklarheit. Diese Unklarheit können die Versicherer nicht zu Lasten der versicherten Personen dadurch auflösen, dass sie die Übernahme von Abwehrkosten teilweise verweigern. Ohne eine vertragliche oder gesetzliche Grundlage müssen sich versicherte Personen nicht auf Teilleistungen oder eine Verteilung der Versicherungssumme verweisen lassen, sondern können nach dem Prioritätsprinzip volle Abwehrkostenerstattung verlangen.

Für Rückfragen steht Ihnen gern zur Verfügung:



Christian Drave, LL.M.

Rechtsanwalt
Master of Insurance Law

Wilhelm Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Tel: +49 211 687746 43
Fax: +49 211 687746 20

www.wilhelm-rae.de
christian.drave@wilhelm-rae.de