

Dr. Fabian Herdter, LL.M. Eur.

D&O-Versicherung

# Auskunfts- versus Geheimhaltungspflichten in der D&O-Versicherung

## 1. EINLEITUNG

Im Rahmen der Auskunfts- und Belegpflicht fordern D&O-Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung häufig von Unternehmensseite Belege an, die in keinem Bezug zum angezeigten Versicherungsfall stehen, deren Inhalt jedoch keinesfalls an die Öffentlichkeit oder an Wettbewerber gelangen soll. Zum Beispiel verlangen Versicherer sensible Informationen über die Geschäftsstrategie, Produkte, Vertriebsstruktur usw. Häufig fordert der Versicherer auch Protokolle mit Anlagen über Geschäftsführersitzungen und Gesellschafterversammlungen beziehungsweise Aufsichtsrats- und Vorstandssitzungen, die ebenfalls sensible Informationen enthalten können.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie die Entscheidungsträger der betroffenen Unternehmen die ihnen obliegenden Geheimhaltungspflichten wahren können, ohne gegen die gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Auskunfts- und Belegpflichten zu verstoßen.

## 2. AUSKUNFTS- UND BELEGPFLICHTEN

Bei Eintritt des Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung durch Erhebung des Haftungsanspruchs („claims made“) hat der Versicherer regelmäßig ein berechtigtes Interesse daran, Informationen über den angezeigten Versicherungsfall zu erhalten. Dieses Interesse folgt daraus, dass der Versicherungsnehmer das versicherte Risiko verwaltet und entsprechend einen deutlichen Informationsvorsprung gegenüber dem Versicherer hat.

Der Gesetzgeber trägt diesem Umstand mit den Auskunfts- und Belegpflichten des Versicherungsnehmers in § 31 VVG Rechnung. Vertraglich finden sich diese Pflichten in verschiedenster Ausgestaltung in Versicherungsbedingungen wieder.<sup>1</sup>

## 2.1 Rechtsnatur des § 31 Abs. 1 VVG

§ 31 Abs. 1 VVG ist eine sanktionslose gesetzliche Obliegenheit (*lex imperfecta*). Der Versicherer kann sich nur dann auf die Verletzung der Auskunfts- und Belegpflicht berufen, wenn sich eine gleichlautende Pflicht mit Rechtsfolge in den Bedingungen des Versicherungsvertrages findet. Fehlt es an der bedingungsmaßige Umsetzung oder enthält der Vertrag nur eine allgemeine Verweisung auf die gesetzlichen Auskunftsobliegenheiten des VVG, führt die Verletzung der Auskunfts- und Belegpflichten zu keinen nachteiligen Folgen für den Versicherungsnehmer.

§ 31 Abs. 1 VVG unterscheidet die Auskunftspflicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 VVG und die Belegpflicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG. Bei der Belegpflicht handelt es sich nicht um eine besondere Ausprägung der Auskunftspflicht, sondern eine davon zu unterscheidende selbstständige Pflicht.<sup>2</sup>

## 2.2 Auskunftspflicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 VVG

Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 VVG kann der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls verlangen, dass der Versicherungsnehmer ihm jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalls oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist.

Maßgeblich ist, dass die erfragte Auskunft zur Feststellung des Versicherungsfalls oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Die Einschätzungsprärogative für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Auskunft liegt nach herrschen-

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Beispiel Ziffer 7.3.2.2 AVB-AVG (Stand: Mai 2013).

<sup>2</sup> Vgl. *Möller* in Bruck-Möller, VVG, 8. Aufl., Band I, § 34 Anm. 28; *Brömmelmeyer* in Bruck-Möller, VVG, 9. Aufl., Band I, § 31 Rn. 80.

der Meinung beim Versicherer und ist deshalb grundsätzlich aus der Sicht des auskunftsverlangenden Versicherers festzustellen.<sup>3</sup>

Der Umfang der erforderlichen Auskünfte steht also zur alleinigen Disposition des Versicherers.<sup>4</sup> Wegen der Menge der angeforderten Informationen gerade in D&O-Schadenfällen führt dies zu erheblichen Schwierigkeiten.

Nach zutreffender Ansicht in der Literatur kann die subjektive Sicht des Versicherers für die Beurteilung der „Erforderlichkeit“ nicht allein maßgeblich sein. Sie muss darüber hinaus einer objektiv-normativen Bewertung standhalten.<sup>5</sup> Teilweise wird darüber hinaus vertreten, dass der Versicherungsnehmer nur berechtigten Auskunftsverlangen nachzukommen habe, so dass der Versicherer im Konfliktfall darlegen und beweisen müsse, dass die Informationen, die er abgefragt hat, tatsächlich erforderlich sind und Einfluss auf seine Regulierungspraxis hatten oder hätten haben können.<sup>6</sup>

### 2.3 Belegpflicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG

Die Pflicht zur Vorlage von Belegen regelt § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG.

Belege kann der Versicherer gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG insoweit verlangen, als deren Beschaffung dem Versicherungsnehmer – über die Voraussetzungen von § 31 Abs. 1 Satz 1 VVG hinaus – billigerweise zugemutet werden kann. Die Besitzverschaffung kann insbesondere dann unzumutbar sein, wenn sich der Beleg im Besitz eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten befindet, wenn die Beschaffung aufgrund des Zeitaufwands oder der Kosten wirtschaftlich keinen Sinn gibt oder wenn die Besitzverschaffung unmöglich geworden ist.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1226; BGH VersR 2006, 258 (259); BGH VersR 2000, 222 (223); tendenziell begrenzend OLG Köln VersR 2011, 339.

<sup>4</sup> Vgl. *Schwintowski* in Schwintowski/Brömmelmeyer, VVG, § 31 Rn. 28.

<sup>5</sup> Vgl. MüKo-Wandt, VVG, Band I, § 31 Rn. 31; *Schwintowski* in Schwintowski/Brömmelmeyer, VVG, § 31 Rn. 29.

<sup>6</sup> Vgl. *Brömmelmeyer* in Bruck-Möller, VVG, 9. Aufl., Band I, § 31 Rn. 28.

<sup>7</sup> Vgl. MüKo-Wandt, VVG, Band I, § 31 Rn. 102.

Die Belegverschaffungspflicht könnte nach hier vertretener Ansicht auch dann unzumutbar sein, wenn der Versicherungsnehmer mit ihrer Erfüllung gegen gesetzlich geregelte Geheimhaltungspflichten verstößt.

### 3. GEHEIMHALTUNGSPFLICHTEN

Geheimhaltungspflichten für Organmitglieder finden sich in verschiedenen Vorschriften.

Für die Vorstände von Aktiengesellschaften ist in erster Linie § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG maßgeblich. Nach dieser Vorschrift müssen Vorstände über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse als Unterfall der Geheimhaltungspflichten, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, Stillschweigen bewahren. Für Aufsichtsräte gilt diese Pflicht entsprechend nach § 116 Satz 1 und 2 AktG in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG.

Von den Geheimhaltungspflichten sind Geheimnisse der Gesellschaft erfasst. Geheimnisse der Gesellschaft sind Tatsachen, die nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind (also nicht offenkundig sind). Entscheidend ist, dass diese Tatsachen nach dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Gesellschaft geheim zu halten sind und dass an der Geheimhaltung ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse der Gesellschaft besteht.<sup>8</sup> Zu den geheimzuhaltenden Tatsachen zählen beispielsweise Produktionsvorhaben, Fabrikationsverfahren, Erfindungsleistungen, Konstruktionen, Kalkulationen, Absatzplanung, Finanzpläne, Kundenlisten usw. Als Gesellschaftsgeheimnisse gelten auch Informationen im Zusammenhang mit M&A-Verhandlungen, ebenso Ergebnisse und Inhalte von Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen.<sup>9</sup>

Die Verletzung der Pflicht zur Verschwiegenheit begründet einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen das pflichtwidrig handelnde Organmitglied nach § 93 Abs. 2 AktG. Zudem ist die Verletzung der Pflicht gemäß § 404 Abs.1 AktG strafbar.<sup>10</sup> Der

---

<sup>8</sup> Vgl. MüKo-Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 100.

<sup>9</sup> Beispiele nach MüKo-Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 100.

<sup>10</sup> Vgl. entsprechend § 85 GmbHG für Geschäftsführer, Mitglieder des Aufsichtsrates oder Liquidatoren einer GmbH.

Aufsichtsrat kann die Bestellung eines die Schweigepflicht verletzenden Vorstands aus wichtigem Grunde widerrufen (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG).

Neben diesen (aktienrechtlichen) Verschwiegenheitspflichten können sich für das Organmitglied weitere Verschwiegenheitspflichten, zum Beispiel datenschutzrechtlich gemäß §§ 27 ff. BDSG, kapitalmarktrechtlich gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG oder wettbewerbsrechtlich gemäß § 17 UWG ergeben.

#### 4. AUSKUNFTS- VERSUS GEHEIMHALTUNGSPFLICHTEN

Für die Organmitglieder des Versicherungsnehmers stellt sich nach einem angezeigten D&O-Versicherungsfall häufig die Frage, wie sie die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft wahren können, ohne gegen die Auskunfts- und Belegpflichten gegenüber dem Versicherer zu verstoßen. Denn einerseits dürfen die Organmitglieder des Versicherungsnehmers nicht gegen diese Obliegenheiten verstoßen, um den Versicherungsschutz (für das Organmitglied und mittelbar für die Gesellschaft) nicht zu gefährden. Zum anderen dürfen die Organmitglieder des Versicherungsnehmers nicht gegen gesetzlich geregelte Geheimhaltungspflichten verstoßen, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, ihrerseits wegen Pflichtverletzungen in Anspruch genommen zu werden. Diese Pflichten stehen sich häufig konträr gegenüber.

In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob die Vorlage von geheimhaltungsbedürftigen Belegen nicht als unzumutbar im Sinne von § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG anzusehen ist.

##### 4.1 Geheimhaltungspflicht des Versicherers schafft keine Abhilfe

Versicherer argumentieren in dieser Konstellation häufig damit, dass bestehende Geheimhaltungsinteressen auf Seiten des Versicherungsnehmers grundsätzlich zu keiner Unzumutbarkeit der Belegvorlage im Sinne von § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG führen könne, da der Versicherer gemäß § 203 Nr. 6 und § 4 StGB strafbewehrt zur Geheimhaltung verpflichtet sei.

Dem ist jedoch nur bedingt zuzustimmen, da sich der Anwendungsbereich von § 203 Nr. 6 StGB nur auf Angehörige von Unternehmen der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung bezieht. Haftpflichtversicherungen – wie die D&O-Versicherung – fallen nicht in den Anwendungsbereich von § 203 Nr. 6 StGB.

Zwar würde sich ein Versicherer, dessen Sachbearbeiter Informationen weitergibt, ggf. zivilrechtlich gegenüber der dadurch geschädigten Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen. Praktisch dürften solche Ansprüche allein aus Beweisschwierigkeiten nur schwer zu verwirklichen sein. Für den Versicherungsnehmer ist meist nicht nachvollziehbar, welche Personen auf Seiten des Versicherers Zugriff auf die zur Verfügung gestellten Dokumente haben, wie diese aufbewahrt werden (per elektronischer Akte und/oder als Handakte) und was nach Beendigung des Schadenfalls mit den Unterlagen passiert.

#### 4.2 Lösungsmöglichkeiten

Zur Lösung dieser Problematik und zur Auslegung des Begriffs der Unzumutbarkeit gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG bieten sich im Wesentlichen zwei Möglichkeiten an.

##### 4.2.1 Versicherungsnehmer schuldet keine Vorlage

Der Versicherungsnehmer könnte argumentieren, dass die Herausgabe von Dokumenten, die unter die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten nach oben genannten Vorschriften fallen, versicherungsvertraglich unzumutbar und damit nicht geschuldet ist. Dies gilt erst recht, wenn die Belege in keinem Zusammenhang zum angezeigten Versicherungsfall stehen.

Für diese Argumentation spricht, dass der Versicherer bei Abschluss des Vertrages die Geheimhaltungspflichten kennt, denen die Organmitglieder des Versicherungsnehmers unterworfen sind. Die Geheimhaltungspflichten sind entsprechend Bestandteil der Prämienkalkulation. Die für den Versicherungsnehmer handelnden Organe können nur die Informationen und Dokumente liefern, zu deren Herausgabe sie berechtigt sind. Unmögliches ist nicht geschuldet.

Problematisch an einer solchen Argumentation ist, dass der Versicherer sich vermutlich auf Leistungsfreiheit wegen Obliegenheitsverletzung berufen würde. Damit würde der Versicherungsnehmer in der D&O-Versicherung den Versicherungsschutz des in Anspruch genommenen Organmitglieds gefährden. Folge dieses Vorgehens könnte weiter sein, dass das Organmitglied den Versicherungsnehmer unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten auf Bereitstellung von Deckungsschutz unter Vertrags- bzw. Treue- und Fürsorgepflichten in Anspruch nimmt.

Selbst wenn sich der Versicherer nicht auf Leistungsfreiheit wegen Obliegenheitsverletzungen berufen würde, bliebe für den Versicherungsnehmer die Gefahr bestehen, dass der Versicherer die Fälligkeit des Deckungsanspruchs verneint. Der Versicherer könnte vortragen, dass er wegen der vorenthaltenden, mutmaßlich relevanten Dokumente entgegen § 14 VVG die notwendigen Erhebungen solange nicht durchführen kann, wie der Versicherungsnehmer die Dokumente nicht zur Verfügung stellt.

Praktisch dürfte eine vollständige Verweigerung von Belegen unter Berufung auf die Geheimhaltungspflichten damit nicht zielführend sein.

#### 4.2.2 Versicherungsnehmer schuldet Belege nach Maßgabe des § 810 BGB

Eine Lösung dieser Problematik könnte dadurch erreicht werden, das Tatbestandsmerkmal der „Zumutbarkeit der Belegvorlage“ in § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG am Maßstab des § 810 BGB auszurichten.

§ 810 BGB verpflichtet die Gesellschaft gegenüber dem in Anspruch genommenen Organmitglied, das keinen Zugang zu Geschäftsunterlagen hat, Einsicht in die maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.<sup>11</sup> Maßgeblich für den Umfang der Einsichtnahme ist die Schutzwürdigkeit des Interesses des Berechtigten. Denn die Verteidigung des Organmitglieds soll nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern. Dafür muss dem Organmitglied die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachweis zu erbringen, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwendete.<sup>12</sup>

Die Schutzwürdigkeit des Organmitglieds ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn der Zusammenhang zwischen dem Inhalt der geforderten Daten und der in Frage stehenden Rechtsposition nicht mehr greifbar ist. Dient das Vorlageverlangen allein der Ausforschung, weil der darlegungs- und beweispflichtige Anspruchsteller sich durch die Urkundeneinsicht erst Anhaltspunkte für ein pflichtwidriges Verhalten verschaffen will, begründet dies kein rechtliches Interesse an der Belegvorlage.<sup>13</sup> Wird folglich die Offen-

---

<sup>11</sup> Vgl. BGHZ 152, 280 (285); MüKo-*Spindler*, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 AktG Rn. 170.

<sup>12</sup> Vgl. MüKo-*Spindler*, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 170. Versagt die Gesellschaft dem ausgeschiedenen Organmitglied dieses Recht, führt dies zu Beweis- beziehungsweise Darlegungserleichterungen zu Gunsten des ausgeschiedenen Organmitglieds.

<sup>13</sup> Vgl. *Marburger* in Staudinger, 2009, § 810 BGB Rn. 10 m.w.N.

barung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gefordert, ist das Interesse des Verpflichteten an der Geheimhaltung mit dem Informationsinteresse des Berechtigten unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls abzuwägen, wobei es unter Umständen auch geboten sein kann, beispielsweise Teile einer Urkunde von der Vorlage auszunehmen.<sup>14</sup>

Unter Heranziehung dieser Grundsätze könnte eine für beide Seiten befriedigende Lösung im Verhältnis Gesellschaft – Versicherer darin liegen, dass die Gesellschaft zwar die angeforderten Unterlagen vorlegen muss, es ihr aber offen steht, (geheimhaltungspflichtige) Teile dieser Unterlagen, die in keinerlei Zusammenhang mit dem Versicherungsfall stehen, zu schwärzen oder auf andere Weise unkenntlich zu machen.

Im Gegenzug wäre der Versicherer im Rahmen der Auskunftspflicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 VVG berechtigt, Auskunft darüber zu verlangen, warum bestimmte Unterlagen der Geheimhaltung unterliegen. Der Versicherungsnehmer müsste dann zumindest überblicksartig erläutern, welchen Inhalt bestimmte Unterlagen haben und warum diese Unterlagen vom angezeigten Versicherungsfall nicht betroffen sind und deshalb zu schwärzen waren. Auf Grundlage dieser Informationen müsste der Versicherer dann wiederum darlegen, warum er die der Geheimhaltung unterliegenden Belege dennoch für die Schadenfallbearbeitung des angezeigten Versicherungsfalls benötigt.

Durch dieses Vorgehen ist sichergestellt, dass zum einen die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens gewahrt bleiben, zum anderen aber der Versicherer die Informationen erhält, die im Zusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung stehen.

## 5. ZUSAMMENFASSUNG

Die Auskunfts- und Belegpflichten der Gesellschaft gegenüber dem Versicherer in Innenhaftungsfällen dürfen die Organmitglieder der versicherungsnehmenden Gesellschaft nicht derart belasten, dass ihre gesetzlichen Geheimhaltungspflichten unberücksichtigt bleiben.

---

<sup>14</sup> Vgl. *Marburger* in Staudinger, 2009, vor §§ 809-811 BGB Rn. 5.



Ein Interessenausgleich könnte in dieser Konstellation dadurch erfolgen, dass die Belegpflichten der Gesellschaft gegenüber dem Versicherer unter Berücksichtigung des Zumutbarkeitskriteriums in § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG am Maßstab der Einsichtnahmerechte eines Organmitglieds gemäß § 810 BGB erfolgt.

Dr. Fabian Herdter, LL.M. Eur.

Rechtsanwalt

Master of European and International Business Laws

Wilhelm

Partnerschaft von Rechtsanwälten

Reichsstraße 43

40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 50

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

[www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)

[fabian.herdter@wilhelm-rae.de](mailto:fabian.herdter@wilhelm-rae.de)

AG Essen: PR 1597