

D&O-Versicherung

Kennenmüssen von Pflichtverletzungen im Rahmen der Rückwärtsversicherung

(BGH, Urteil vom 5. November 2014 – IV ZR 8/13)

1. EINLEITUNG

In der D&O-Versicherung kommt es nach Anzeige des Versicherungsfalls durch Inanspruchnahme der versicherten Person (claims made) immer wieder zu Diskussionen mit dem Versicherer, ob und gegebenenfalls was der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person von einer Pflichtverletzung wusste, die zeitlich vor dem Abschluss des D&O-Versicherungsvertrages (oder der Erneuerung des Vertrages, des sogenannten „Renewal“) lag. Dies vor dem Hintergrund, dass die D&O-Versicherung Rückwärtsdeckung auch für solche vorvertraglichen Pflichtverletzungen gewährt, die dem Versicherungsnehmer bzw. der versicherten Person bei Vertragsabschluss nicht bekannt waren.

Fraglich ist dabei, ob ein Kennenmüssen des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person von einer vorvertraglichen Pflichtverletzung für die Leistungsfreiheit des Versicherers genügt, auch wenn sich der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person keine Gedanken über das mögliche Vorliegen einer Pflichtverletzung machten.

In der Entscheidung vom 5. November 2014 beschäftigte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit der vom Versiche-

rer eingewandte Leistungsausschluss einer bekannten Pflichtverletzungen im Rahmen der Rückwärtsdeckung greift.¹

Nachfolgend ordnen wir die Entscheidung des BGH in das System der Rückwärtsversicherung ein und zeigen auf, welche Auswirkungen sich durch die Entscheidung speziell für die D&O-Versicherung ergeben.

2. RÜCKWÄRTSVERSICHERUNG

Die Rückwärtsversicherung ist in der D&O-Versicherung von besonderer Bedeutung, da sie sich unmittelbar auf den Eintritt des Versicherungsfalls auswirkt.

2.1 Rückwärtsversicherung und claims made

In marktüblichen D&O-Versicherungen in Deutschland vereinbaren die Parteien ganz überwiegend die Zugrundelegung des Anspruchserhebungsprinzips (claims made). Danach tritt der Versicherungsfall dann ein, wenn der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person in Anspruch genommen wird.

Konsequenz des Anspruchserhebungsprinzips ist, dass auch solche Pflichtverletzungen von Versicherten unter die D&O-Versicherung fallen, die vor dem Abschluss des D&O-Versicherungsvertrages stattfanden (bei denen es aber erst nach Abschluss der D&O-Versicherung zur Inanspruchnahme kommt). Diese in der Vergangenheit liegenden Ereignisse werden über häufig mit Rückwärtsversicherungsklauseln in den Versicherungsschutz miteinbezogen.

2.2 Vertragliche Regelungen zur Rückwärtsversicherung

Die zur Rückwärtsversicherung vereinbarten vertraglichen Regelungen sind teilweise enger als die gesetzliche Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 VVG, wonach der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Versicherungsnehmer bei Abgabe seiner Vertragserklärung Kenntnis davon hatte, dass ein Versicherungsfall schon eingetreten war.

In Ziffer 3.1 der Musterbedingungen des GDV (AVB-AVG- Stand Mai 2013) heißt es beispielsweise

¹ Vergleiche BGH, Urteil vom 5. November 2014 – IV ZR 8/13, VersR 2015 89.

„Der Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf Versicherungsfälle aufgrund von vor Vertragsbeginn begangenen Pflichtverletzungen. Dies gilt jedoch nicht für solche Pflichtverletzungen, die eine versicherte Person, die Versicherungsnehmerin oder eine Tochtergesellschaft bei Abschluss dieses Versicherungsvertrages kannte. Als bekannt gilt eine Pflichtverletzung, wenn sie von der Versicherungsnehmerin, einer Tochtergesellschaft oder versicherten Personen als – wenn auch nur möglicherweise – objektiv fehlsam erkannt oder ihnen, wenn auch nur bedingt, als fehlsam bezeichnet worden ist, auch wenn Schadenersatzansprüche weder erhoben noch angedroht noch befürchtet worden sind.

Der Versicherungsschutz entfällt nach dieser Regelung, wenn der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person bei Vertragsschluss positive Kenntnis von den Pflichtverletzungen hatte oder (objektiv) solche Pflichtverletzungen hätte kennen müssen (Pflichtverletzung als „objektiv fehlsam erkannt“ oder von anderen „als fehlsam bezeichnet“). Anknüpfungspunkt für die Kenntnis des Versicherungsnehmers / der versicherten Person ist damit eigentlich ein fahrlässiges Nichterkennen einer vorliegenden Pflichtverletzung.

Ähnliche Regelungen für die Rückwärtsversicherung finden sich in vielen anderen, insbesondere älteren D&O-Bedingungswerken.

3. ENTSCHEIDUNG DES BGH

Die Entscheidung des BGH vom 5. November 2014 zur (Architekten-) Berufshaftpflichtversicherung legt den Maßstab fest, der für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des Versicherungsnehmers von in der Vergangenheit liegenden vorvertraglichen Pflichtverletzungen einschlägig ist.

Der Entscheidung lag nachfolgender zusammengefasster Sachverhalt zugrunde.

3.1 Sachverhalt

Die Klägerin erhob gegen die Beklagte Deckungsansprüche aus einem Haftpflichtversicherungsvertrag.

Hintergrund der Anspruchsstellung war, dass die Klägerin mehrere Grundstücke erworben hatte, die sie neu bebauen wollte. Mit der Generalplanung beauftragte die Klägerin 2006 die Streithelferin. Den von der Streithelferin erarbeiteten Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung lehnte die zuständige Behörde ab. Der Widerspruch der Klägerin wurde 2006 zurückgewiesen.

Im Frühjahr 2007 schloss die Klägerin eine Haftpflichtversicherung bei der Beklagten „frei von bekannten Verstößen“. Mitversichert wurden ebenfalls Ansprüche der Versicherungsnehmerin gegen Mitversicherte. Im September 2007 verweigerte das zuständige Bezirksamt einer weiteren Planung der Streithelferin die Genehmigung. Schließlich schloss die Klägerin mit dem Land einen Vergleich zur Beendigung der gerichtlichen Auseinandersetzungen um die Baugenehmigung.

Die Klägerin trug vor, dass beide Planungen der Streithelferin aus 2006 und 2007 fehlerhaft gewesen seien. Die Klägerin legte dar, dass sie im Jahr 2006 (bei Ablehnung der ersten Baugenehmigung) und Anfang 2007 (bei Abschluss des Haftpflichtversicherungsvertrages) noch nicht wusste, dass die Streithelferin Pflichtverletzungen bei der Planung begangen hatte. Die Klägerin begehrte die Feststellung, dass die Streithelferin sowohl wegen des fehlerhaften Baugenehmigungsantrags vom Juni 2006 als auch wegen der fehlerhaften Planung vom September 2007 Deckung von der Beklagten erhalten müsse.

3.2 Rechtliche Würdigung des BGH

Der BGH definiert in seiner Entscheidung den Anforderungsmaßstab, der an die positive Kenntnis des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person bei der Rückwärtsversicherung anzulegen ist.

3.2.1 Positive Kenntnis erforderlich

Das Gericht führt aus, dass die Leistungsfreiheit des Versicherers durch eine vertragliche Regelung „frei von bekannten Verstößen“ im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 2 Abs. 1 VVG a.F.² positive Kenntnis des Versicherungsnehmers voraussetzt.

Der Versicherungsnehmer müsse positive Kenntnis davon haben, dass der Versicherungsfall eingetreten oder eine ihn begründende Pflichtverletzung geschehen sei. Positive Kenntnis könne nicht durch die Erwägung ersetzt werden, der Versicherungsnehmer habe die betreffenden Umstände kennen müssen. Dies kennzeichne allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf, jedenfalls aber keine Kenntnis.

² In diesem Zusammenhang ergeben sich keine Unterschiede zu § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG – so auch *Prölss* in *Prölss/Martin*, VVG, 28. Aufl., § 2 Rn. 11.

Der Versicherer wolle den Versicherungsnehmer bei Abschluss der Versicherung an einer bewussten Manipulation des versicherten Risikos hindern. Solange der Versicherungsnehmer Unkenntnis von einer bereits eingetretenen Pflichtverletzung habe, bestehe diese Manipulationsgefahr nicht. Fahrlässige Unkenntnis des Versicherungsnehmers reiche eben nicht aus, um das Leistungsversprechen des Versicherers wegen einer bekannten Pflichtverletzung entfallen zu lassen.

3.2.2 Kenntnis von Tatsachen genügt nicht

Ausreichend sei es nicht, wenn dem Versicherungsnehmer lediglich Tatsachen bekannt seien, die zwar den möglichen Schluss zulassen oder sogar nahelegen, ein Versicherungsfall könne bereits eingetreten sein. Solange der Versicherungsnehmer selbst einen solchen Schluss nicht ziehe, habe er noch keine positive Kenntnis vom Versicherungsfall. Dies könne allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf gegen den Versicherungsnehmer begründen.³

3.2.3 Anzulegender Prüfungsmaßstab

Die Leistungspflicht des Versicherers im Rahmen der Rückwärtsversicherung entfällt nach Ansicht des BGH nur dann, wenn der Tatrichter aufgrund der Umstände des Einzelfalls anhand des Beispiels eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers beweiswürdigend die Überzeugung gewinnt und darlegt, der Versicherungsnehmer habe den sich aufdrängenden Schluss auf die naheliegenden Schadenursachen tatsächlich gezogen. Der Versicherungsnehmer muss also erkannt haben, dass dem Schaden bzw. der Pflichtverletzung Tatsachen zugrunde liegen, die ein versichertes Ereignis beschreiben.

Diesem Maßstab genügten die Vorinstanzen nicht. Das Berufungsgericht hätte lediglich einen objektivierten Maßstab zugrunde gelegt und danach gefragt, welche Schlüsse ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer anstelle des Klägers aus den Fallumständen ziehen musste. Auf die konkrete Würdigung der Fallumstände sei das Berufungsgericht nicht eingegangen (Warum genau ging der Kläger 2006 nicht von einer Pflichtverletzung der Streithelferin aus?). Das Berufungsgericht hätte erforschen müssen, ob der Versicherungsnehmer subjektiv den Schluss zog, dass ein Versicherungsfall vorlag. Insbeson-

³ Der Versicherer müsste dann im Rahmen von § 19 VVG prüfen, ob ggf. eine (fahrlässige) vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung vorliegt.

dere hätte geprüft werden müssen, ob der Versicherungsnehmer ausreichende Überlegungen über die Schadenursache (fehlerhafte Baugenehmigung) anstellte, oder ob der Versicherungsnehmer lediglich nicht den Schluss zog, dass das vorliegende Schadenbild auf die Pflichtverletzung der Streithelferin zurückzuführen war.

3.3 Auswirkungen des Urteils

Das Urteil hat Auswirkungen auf die Haftpflichtversicherung, insbesondere auf die D&O-Versicherung. Zukünftig werden Gerichte Klauseln kritisch prüfen, die im Rahmen der Rückwärtsversicherung auf ein Kennenmüssen des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person abstellen.

3.3.1 Musterklausel kritisch

Vor diesem Hintergrund ist die oben dargelegte Musterklausel in Ziffer 3.1 AVB-AVG kritisch zu sehen. Nach der Klausel reicht es für die Kenntnis des Versicherungsnehmers aus, dass er die Pflichtverletzung als – möglicherweise – objektiv fehlsam erkannte, oder dass die Pflichtverletzung von anderen – wenn auch nur bedingt – als fehlsam bezeichnet worden sei.

Nach Ansicht des BGH kommt es dagegen darauf an, dass der Versicherungsnehmer auf Grundlage der Pflichtverletzung subjektiv den sich aufdrängenden Schluss auf die naheliegenden Schadenursachen tatsächlich zog. Ein objektiver Maßstab unter Heranziehung eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers genügt eben nicht.

3.3.2 Ähnlicher Darlegungsmaßstab wie beim Ausschluss „wissentliche Pflichtverletzung“

Der Darlegungsmaßstab für die Kenntnis einer Pflichtverletzung im Rahmen der Rückwärtsversicherung scheint sich demjenigen für den Ausschluss „wissentliche Pflichtverletzung“ in der D&O-Versicherung anzunähern. Entscheidend für das positive Wissen des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person ist in beiden Fällen deren subjektive konkrete Vorstellung.

Der Ausschluss „wissentliche Pflichtverletzung“ setzt voraus, dass der Versicherungsnehmer zum einen mit Pflichtbewusstsein sowie zum anderen mit Pflichtverletzungsbewusstsein handelte. Pflichtbewusstsein liegt vor, wenn ein Manager erkennt, Pflicht-

ten unterworfen zu sein. Pflichtverletzungsbewusstsein liegt vor, wenn der Manager (mit Vorsatz) bewusst erkennt, genau diese Pflichten zu verletzen.

Der BGH scheint diesem Ansatz zu folgen, wenn er die (bewusste) positive Kenntnis von der Pflichtverletzung im Rahmen des § 2 VVG fordert.

4. ZUSAMMENFASSUNG

Gerade in älteren D&O- oder anderen Haftpflichtversicherungsverträgen dürften sich im Rahmen der Rückwärtsversicherung häufig Klauseln finden, die auf ein Kennenmüssen des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person abstellen. Solche Klauseln dürften zukünftig kritisch zu sehen sein.

Der Versicherer kann nach dem Urteil des BGH nicht mehr ohne weiteres behaupten, dem Versicherungsnehmer bzw. der versicherten Person hätten sich die betreffenden Umstände aufgedrängt, so dass er sie kennen musste. Vielmehr wird ein Versicherer, der sich auf positive Kenntnis von Pflichtverstößen vor Vertragsabschluss beruft, zukünftig darlegen müssen, dass der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person den sich aufdrängenden Schluss auf die naheliegenden Schadenursachen tatsächlich zog. Dazu muss der Versicherer konkrete Umstände vortragen, aus denen sich rückschließen lässt, dass der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person subjektiv den Schluss zogen, dass tatsächlich eine unter den Versicherungsvertrag fallende Pflichtverletzung vorlag.

Dr. Fabian Herdter, LL.M. Eur.
Rechtsanwalt

Wilhelm Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Tel: +49 211 687746 50
Fax: +49 211 687746 20

www.wilhelm-rae.de
fabian.herdter@wilhelm-rae.de