

#### 4. Darlegungs- und Beweislast

Des Weiteren sei nicht die Klägerin, sondern der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig für das Eingreifen eines Ausschluss-tatbestands. An den Grundsätzen der sekundären Darlegungs-last werde zwar festgehalten. Danach müsse auch die nicht beweisbelastete Partei substantiiert bestreiten, wenn nur sie die maßgeblichen Tatsachen kenne. Ihr müssten die ergänzenden Angaben allerdings auch zumutbar sein.

Diese Voraussetzungen lägen jedoch eindeutig nicht vor, weil der beklagte Versicherer die Klägerin im Rahmen ihrer vertraglichen Auskunftspflicht und Aufklärungspflicht zum Umfang der Renovierungen selbst befragen konnte und dann auch in der Lage gewesen wäre, konkret und substantiiert vorzutragen, anstatt nur pauschale Behauptungen aufzustellen. Außerdem habe sich sein Schadensregulierer vor Ort selbst ein Bild von den Örtlichkeiten gemacht und den Zustand des Gebäudes in einem Protokoll festgehalten, in dem von Umbaumaßnahmen nicht die Rede war.

Von Umbaumaßnahmen, die zu einem Verlust des Versicherungsschutzes führen, sei nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Behauptungslast nicht auszugehen. Es sei auch nicht zulässig, Umbaumaßnahmen einfach zu vermuten und eine Entscheidung darauf zu stützen. Wenn das Berufungsgericht von der Klägerin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast Angaben zu fehlenden Umbaumaßnahmen verlange und bei fehlendem Vortrag einfach das Vorliegen von Umbaumaßnahmen annehme, nehme es den Vortrag nicht richtig zur Kenntnis und verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör.

#### IV. Ergebnis

Das Verfahren ist bemerkenswert, weil eine relativ eindeutig formulierte Ausschlussklausel in zwei Instanzen einer einheitlichen Auslegung nicht zugänglich war.

Zu Recht betont der BGH unter Hineis auf seine frühere Rechtsprechung, dass bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen die Interessen beider Vertragspartner, also auch des VN, an-

gemessen zu berücksichtigen seien. Ausschlussklauseln seien restriktiv auszulegen.

##### 1. Ausschlussklausel Umbaumaßnahme

Durch den Beschluss des BGH<sup>7</sup> steht nunmehr fest, was unter Umbaumaßnahmen im Sinne des Leistungsausschlusses in der Wohngebäudeversicherung zu verstehen ist.

Umbaumaßnahmen sind im Unterschied zu Renovierungen größere Baumaßnahmen. Sie greifen so weit in die Substanz ein, dass das Gebäude insgesamt für seine ursprüngliche Bestimmung nicht mehr nutzbar ist.

Mit der eindeutigen Definition des BGH dürften Unklarheiten in Zukunft ausgeschlossen sein.

##### 2. Behauptungs- und Beweislast

Wenn sich der Versicherer darauf oder allgemein auf vertragliche Ausschlussklauseln berufen will, muss er schon die Tatsachen dafür vortragen und beweisen. Er trägt die primäre Darlegungs- und Beweislast und ist nicht schutzlos gestellt. Denn er kann im Rahmen der vertraglichen Aufklärungs- und Auskunftspflicht von der Möglichkeit Gebrauch machen, seinen VN zu fragen, um an Informationen zu gelangen, die ihm nicht zugänglich sind. Verzichtet der Versicherer aber auf sein vertragliches Fragerecht, darf dem VN hinterher nicht die Darlegungs- und Beweislast aufgebürdet werden.

Eine Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Versicherer entsprechende Informationen selbst, z. B. durch seinen Schadensregulierer vor Ort, gewinnen konnte.

##### 3. Rechtliches Gehör

Bei einer Umkehr der Darlegungslast ist das rechtliche Gehör desjenigen zu achten, dem die sekundäre Darlegungs- und Beweislast aufgebürdet werden soll.

7 BGH VersR 2013, 1395.

### Zur AGB-Kontrolle der Versicherungsfalldefinition und zu den Auswirkungen auf das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung

#### – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26. 3. 2014 (IV ZR 422/12) VersR 2014, 625 –

Dr. Simon Kubiak, Köln\*

#### I. Einleitung

Die Entscheidung des IV. Zivilsenats des BGH vom 26. 3. 2014<sup>1</sup> verdient – insbesondere was die Entscheidungsgründe zum zweiten amtlichen Leitsatz angeht – besondere Beachtung. Die Entscheidungsgründe besagen u. a., dass die Definition des Versicherungsfalls in den AHB 08, dort Nr. 1.1<sup>2</sup>, einer Inhaltskontrolle nicht zugänglich ist<sup>3</sup>. Denn unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung betonte der Versicherungssenat, dass § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer richterlichen Inhaltskontrolle nur dann nicht im Wege steht, wenn die betreffende Klausel nach ihrem Wortlaut und erkennbaren Zweck das vom Versicherer gegebene Hauptleistungsversprechen lediglich einschränkt, verändert, ausgestaltet oder sonst modifiziert. Letzteres verneinte der BGH indes für Nr. 1.1 AHB 08, da die Versicherungsfalldefinition zum Kern des primären Leistungsversprechens zu zählen ist.

Der Versicherungssenat hält Nr. 1.1 AHB 08 zudem weder wegen Intransparenz gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB noch aus Unklarheitsgesichtspunkten nach § 305 c Abs. 2 BGB für unwirksam.

Der IV. Zivilsenat des BGH hat so manchen Meinungsstreit (nicht nur zu Nr. 1.1 AHB 08) entschieden. Es ist nicht nur geklärt, dass Nr. 1.1 AHB 08 keine Unwirksamkeitsbedenken gegenüberste-

\* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht sowie Anwalt der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Köln, Praxisgruppe Vermögensschadenhaftpflicht/D&O.

1 BGH vom 26. 3. 2014 – IV ZR 422/12 – VersR 2014, 625.

2 Nr. 1.1 AHB 08 lautet: „Versicherungsschutz besteht im Rahmen des versicherten Risikos für den Fall, dass der Versicherungsnehmer wegen eines während der Wirksamkeit der Versicherung eingetretenen Schadenereignisses (Versicherungsfall), das einen Personen-, Sach- oder sich daraus ergebenden Vermögensschaden zur Folge hatte, aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts von einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.

Schadenereignis ist das Ereignis, als dessen Folge die Schädigung des Dritten unmittelbar entstanden ist. Auf den Zeitpunkt der Schadenverursachung, die zum Schadenereignis geführt hat, kommt es nicht an“.

3 BGH VersR 2014, 625 Tz. 34.

hen<sup>4</sup>. Es ist zudem höchstrichterlich entschieden, dass die Versicherungsfalldefinition in der Haftpflichtversicherung zum Kern der primären Leistungsbeschreibung gehört und somit einer AGB-Kontrolle entzogen ist. Auf diesen Ausschnitt der Entscheidungsgründe beschränkt sich der nachfolgende Kurzbeitrag und beschreibt die Konsequenzen für die D&O-Versicherung.

## II. Konsequenzen für die D&O-Versicherung – Versicherungsfalldefinition gehört zum Kern der Leistungsbeschreibung

Obige zutreffende Aussage des Versicherungssenats des BGH zieht grundlegende Implikationen für andere Haftpflichtversicherungszweige, insbesondere für die D&O-Versicherung und für die dortige Versicherungsfalldefinition des sogenannten Claims-made- oder Anspruchserhebungsprinzips, nach sich. Nach den neuerlichen Ausführungen der Karlsruher Richter muss nämlich im Ergebnis auch eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle des Claims-made-Prinzips folgerichtig ausscheiden. Damit ist gleichsam dem teilweise für notwendig erachteten Kompensationserfordernis<sup>5</sup> durch z. B. Einräumung einer ausreichend langen Nachhaftung, der Möglichkeit von Umstandsmeldungen („notice of circumstances“) und der Eindeckung einer Rückwärtsversicherung eine Absage zu erteilen. Bei letztgenannten Deckungserweiterungen handelt es sich ebenfalls um reine Leistungsbeschreibungen, die ihrerseits einer Inhalts- und Transparenzkontrolle nicht zugänglich sind. Diese sind inzwischen im Markt üblich und werden (auch wenn aus Kompensationsgründen folglich nicht zwingend geboten) aus Wettbewerbsgründen weiterhin angeboten werden.

Zu Recht betont der Versicherungssenat zunächst, dass der Gesetzgeber im VVG offengelassen hat, welcher Vorgang in der Haftpflichtversicherung den Versicherungsfall darstellt<sup>6</sup>. Aus diesem Grund gehören die Versicherungsfalldefinitionen zum Kern der Leistungsbeschreibung, weswegen sie sich einer inhaltlichen AGB-Kontrolle entziehen.

### 1. Sogenannte Kernbereichslehre

Aus dem Wortlaut des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB lässt sich zwar nicht eindeutig entnehmen, für welche vertraglichen Abreden die Inhaltskontrolle überhaupt eröffnet ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH war § 8 AGBG und ist § 307 Abs. 3 S. 1 BGB allerdings dahin gehend zu verstehen, dass Klauseln, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind. Dies betont der BGH erneut unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung. Dagegen sind Klauseln, die nach ihrem Wortlaut und erkennbaren Zweck das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren. Damit verbleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann, der sogenannte Kernbereich.

### 2. Kernbereich der D&O-Versicherung

Nicht unumstritten war, was dem Kernbereich der D&O-Versicherung zuzuordnen ist. Bereits die Versicherungskammer des LG München I<sup>7</sup> hat richtig ausgeführt, dass eine inhaltliche Überprüfung der Klauseln, die das Claims-made-Prinzip mit der zeitlichen Reichweite regeln, nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist, da es sich um bloße, dem Kernbereich zuzuordnende Leistungsbeschreibungen handelt.

Demgegenüber hielt das Berufungsgericht die Klauseln für kontrollfähig<sup>8</sup>. Der 25. Zivilsenat des OLG München begründet dies

in seiner vielfach diskutierten Entscheidung mit der Auffassung, lediglich die Beschreibung als Haftpflichtversicherung für Führungskräfte als Kernbereich der Leistungspflicht und damit als Leistungsbeschreibung ansehen zu wollen<sup>9</sup>. Das OLG München und ihm folgende Stimmen in der Literatur<sup>10</sup> können aber nicht mehr mit ihrer Argumentation gehört werden, ohne sich in Widerspruch zur nunmehrigen Entscheidung des IV. Zivilsenats des BGH zu setzen. Der Umstand, dass z. B. die Anspruchserhebung als Versicherungsfall notwendigerweise in der Vertragslaufzeit erfolgen muss, kann nämlich nicht mehr als die Inhaltskontrolle eröffnende Modifizierung des Leistungsversprechens des Versicherers angesehen werden<sup>11</sup>, sondern einzig als integraler Bestandteil der Versicherungsfalldefinition des Claims-made-Prinzips. Dies belegt der Vergleich mit der durch den Versicherungssenat beurteilten Nr. 1.1 AHB 08. Auch dieser Versicherungsfall (Schadensereignis) muss während der Wirksamkeit der Versicherung, also nach dem sachlichen Beginn und vor dem sachlichen Ende der Versicherung (demnach während der Versicherungszeit)<sup>12</sup>, eingetreten sein. Somit setzt Nr. 1.1 AHB 08 (wie auch das Claims-made-Prinzip) ebenfalls voraus, dass der Versicherungsfall notwendigerweise in der Vertragslaufzeit eintreten muss, ohne dass der IV. Zivilsenat des BGH hierin auch nur ansatzweise eine Modifikation oder geschweige denn eine Einschränkung des Hauptleistungsversprechens zu erkennen vermag<sup>13</sup>. Die vermeintliche „Beschränkung“ der Eintrittspflicht auf z. B. in versicherter Zeit eingetretene Schadensereignisse (bzw. analog in der D&O-Versicherung auf geltend gemachte Schadensersatzansprüche), weil schlechterdings primäres Leistungsversprechen, kann mit dem BGH schon keine Inhaltskontrolle nach sich ziehen.

### 3. Transparenzkontrolle des Vertragskerns scheidet ebenfalls aus

Auch einer Transparenzkontrolle hat der IV. Zivilsenat des BGH eine Absage erteilt. Zwar erstreckte sich diese gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB grundsätzlich auch auf das Hauptleistungsversprechen. Jedoch ist Nr. 1.1 AHB 08 von vornherein von einer Unwirksamkeitsfolge ausgeschlossen, weil es ansonsten – mangels einer gesetzlichen Definition des Versicherungsfalls in der Haftpflichtversicherung – keine Regelung zum Versicherungsschutz als solchem und zur Einordnung des Versicherungsfalls gäbe. Insoweit betont der BGH, wo eine gesetzliche Auffangregelung fehle, habe die Unwirksamkeit von *essentialia negotii* die

- 4 Zum vorherigen Streitstand vgl. nur *Littbarski* in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 2011 § 100 Rn. 117 ff.
- 5 Vgl. nur *Koch* VersR 2011, 295 (297).
- 6 So auch die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts BT-Drucks. 16/3945 S. 85.
- 7 LG München I vom 25. 9. 2008 – 12 O 20461/07 – VersR 2009, 210 (212 f.); so auch z. B. *Lücke* in Prolss/Martin, VVG 28. Aufl. 2010 § 100 Rn. 26.
- 8 Vgl. OLG München vom 8. 5. 2009 – 25 U 5136/08 – VersR 2009, 1066.
- 9 OLG München VersR 2009, 1066 unter 2.
- 10 *Baumann* VersR 2012, 1461 (1465); *Graf v. Westphalen* VersR 2011, 145 (152 ff.).
- 11 So aber z. B. *Baumann* VersR 2012, 1461 (1465); *Koch* (VersR 2011, 295 [297]) spricht von der mit der Umschreibung des Versicherungsfalls verbundenen zeitlichen Fixierung; *Graf v. Westphalen* (VersR 2011, 145 [150]) stellt auf die seiner Ansicht nach kontrollfähige „Anspruchsstellung“, mithin auf den dazugehörigen Zeitpunkt, ab.
- 12 *Lücke* aaO (Fn. 7) Nr. 1 AHB 08 Rn. 5.
- 13 Die Wortwahl des IV. Zivilsenats des BGH ist eindeutig: „So liegt es hier nicht“.

Unwirksamkeit des gesamten Vertrags zur Folge. Der VN verlöre dann jeglichen Versicherungsschutz. Eine reine Transparenzkontrolle des Vertragskerns, die auf die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags hinausläuft, ist deshalb im Hinblick auf die Garantie der Vertragsfreiheit unzulässig. Auch diese Überlegungen lassen sich auf die D&O-Versicherung eins zu eins übertragen, zumal der Verlust des gesamten Versicherungsschutzes aus Sicht des Versicherten kaum wünschenswert sein kann. Folglich kann auch das Claims-made-Prinzip keiner Transparenzkontrolle unterzogen werden.

### III. Fazit

Da vorliegend auch das Claims-made-Prinzip als eine der verschiedenen Versicherungsfalldefinitionen im Bereich der Haftpflichtversicherung gegen eine Inhaltskontrolle immunisiert wird, entzieht sich diese Versicherungsfalldefinition gleichermaßen einer gerichtlichen Überprüfung. Aus diesem Grund überholt ist auch die Streitfrage, ob das Claims-made-Prinzip etwaige Nachteile mit sich bringt, die gegebenenfalls zu kompensieren sind<sup>14</sup>. An dieser Stelle bewegen sich die Vertragsparteien schlechthin im kontrollfreien Raum. Die vertragliche Einräumung z. B. einer Nachhaftung stellt demgemäß einen lediglich rechtlichen Vorteil zugunsten des Versicherten dar. Wie der Versicherer diesen lediglich rechtlichen Vorteil ausgestaltet, liegt gänzlich in seinem

## Ist eine Überkompensation des Schadens zulässig, wenn die Bundesrepublik Deutschland geschädigt ist?

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. 3. 2014 (VI ZR 10/13) VersR 2014, 849 –

Hans-Josef Schwab, Wiesbaden\*

Der BGH behandelt die Bundesrepublik Deutschland als Geschädigte wie eine Privatperson, die nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Mit seiner Entscheidung vom 18. 3. 2014 verfolgt der VI. Senat des BGH seine Linie zur streitigen Mehrwertsteuerfrage<sup>1</sup> weiter. Auf den ersten Blick mag man geneigt sein, dem zuzustimmen.

Bei genauer Betrachtung führt dies jedoch zu einer Überkompensation des Schadens, da durch die Rechtsprechung des Senats eine Vermögensmehrung bei der Bundesrepublik Deutschland zulasten des Schädigers entsteht. Zudem entstehen der Bundesrepublik Deutschland zum Nachteil der Versicherten mittelbar noch weitere Vermögensvorteile.

Der Beitrag setzt sich kritisch mit der Rechtsprechung des Senats auseinander.

### I. Ausgangspunkt – Versicherungssteuer

Auf jede Versicherungsprämie wird Versicherungssteuer erhoben. Sie beträgt derzeit 19 %. Die Versicherungssteuer wird zusammen mit der Prämie als Versicherungsbeitrag dem Versicherten in Rechnung gestellt und vom Versicherer an das Finanzamt abgeführt. Die Versicherungssteuer trifft wirtschaftlich Privatpersonen wie Unternehmen in gleichem Maß, da die Versicherungssteuer nicht unter den Vorsteuerabzug nach § 15 UStG fällt.

### II. Schadensersatz und Mehrwertsteuer

Der Schadensersatzanspruch umfasst regelmäßig die Mehrwertsteuer, sofern diese tatsächlich anfällt (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB). Fällt sie an, hat sie der Versicherer ebenfalls zu ersetzen.

Belieben, da insbesondere die Nachhaftung bereits nicht als nachteilsausgleichendes Kompensationsmittel erforderlich ist. Im Übrigen handelt es sich bei der Regelung der Nachhaftung ebenfalls um eine reine Leistungsbeschreibung, die ihrerseits einer Inhalts- und Transparenzkontrolle nicht zugänglich ist. Daher kann diese den Versicherten – ebenso wenig wie z. B. die Möglichkeit der Einräumung einer Umstandsmeldung – unter keinerlei Umständen unangemessen benachteiligen.

14 Vgl. hierzu z. B. Koch VersR 2011, 295 (297 ff.).

### BUCHTIPP

#### D&O-Versicherung und Managerhaftung für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte

– D&O – Straf-Rechtsschutz – Anstellungsvertrags-Rechtsschutz. Eine Übersicht für Praktiker – Joseph Schilling, 3. Aufl. 2013, 86 S., DIN A 5, kart., 26 Euro ISBN: 978-3-89952-669-1

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH  
vww.de

Exkurs: Leistet ein Haftpflichtversicherer statt in Geld Naturalrestitution durch die Beauftragung Dritter, kann er deren Rechnung nicht von der Vorsteuer absetzen, da Versicherungsleistungen die Unternehmen nicht zum Vorsteuerabzug berechtigen.

#### 1. Ausnahme – geschädigter Unternehmer

Ist Mehrwertsteuer angefallen, ist sie dann nicht zu ersetzen, wenn ein Unternehmer geschädigt ist, dessen beschädigter Gegenstand zum Betriebsvermögen gehört. Die Reparaturaufwendungen zahlt er zwar inklusive Mehrwertsteuer, kann diese aber im Wege des Vorsteuerabzuges nach § 15 UStG beim Finanzamt geltend machen. So ist er letztlich nur mit dem Nettoschaden belastet. Könnte der Unternehmer den Schaden brutto beim Schädiger geltend machen, wäre er durch den Schaden bereichert. Das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung verhindert eine solche Bereicherung, sodass der Anspruch nur in Höhe des Nettoschadens besteht und zu ersetzen ist.

#### 2. Ausnahme – geschädigter Staat?

##### a) Die Bundesrepublik Deutschland als Unternehmer?

Die Bundesrepublik Deutschland ist grundsätzlich kein Unternehmer und somit nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt. Etwas anders kann sich allerdings dann ergeben, wenn tatsächlich eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird. Dies betrifft insbesondere

\* Der Autor ist Großschadensregulierer für Personen-, Umwelt- und Spezienschäden eines großen Kfz-Haftpflichtversicherers in Wiesbaden. Die hier vertretene Ansicht gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

► Der Verfasser ist Autor des Buches „Fahrschutzversicherung – FSV, Fahrerversicherung, FahrerPlusversicherung, Fahrer-Kasko-Versicherung, Fahrerzusatzversicherung, Lenkerschutzversicherung“, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2014.

1 BGH vom 14. 9. 2004 – VI ZR 97/04 – VersR 2004, 1468 = DAR 2005, 19.