

Versicherungsrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt/M.

Herausgeberbeirat: Prof. Dr. Walter Bayer, Jena; RA Dr. Gunne Bähr, LL.M., Köln; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München; Prof. Dres. iur. Dres. med. h. c. Erwin Deutsch †, Göttingen; Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz; RA Dr. Joachim Grote, Köln; VRIOLG Dr. Gregor Gundlach, Hamm; RiBGH Marion Harsdorf-Gebhardt, Karlsruhe; RA Dr. Bodo Hasse, LL.M., München; Prof. Dr. Helmut Heiss, LL.M., Zürich; VRIBGH Dr. Ulrich Herrmann, Karlsruhe; Prof. Dr. Robert Koch, LL.M., Hamburg; Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim; RA Dr. Bernd Michaels, Düsseldorf; VizepräsiBGH a. D. Dr. Gerda Müller, Karlsruhe; Prof. Dr. Petra Pohlmann, Münster; Prof. Dr. Roland Rixecker, Saarbrücken; Prof. Dr. Martin Schauer, Wien; Prof. Dr. Andreas Spickhoff, München; VRIBGH a. D. Wilfried Terno, Karlsruhe; RiBGH Vera von Pentz, Karlsruhe; Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., Berlin.

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Manfred Wandt. Weitere Mitglieder der Schriftleitung: Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M., Mannheim (Kranken- und Unfallversicherung, Straßenverkehrsrecht), Dr. Jürgen Bürkle, Stuttgart (Versicherungsaufsichts- und Versicherungsunternehmensrecht), VRIOLG a. D. Lothar Jaeger, Köln (Berufshaftungs- und Amtshaftungsrecht), RA Dr. Theo Langheid, Köln (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, alle Versicherungszweige außer Haftpflicht- und Personenversicherung), Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf (Haftpflichtversicherung, Haftungsrecht, Sozialversicherungsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht), Prof. Dr. Peter Reiff, Trier (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, Vertriebsrecht, Prozessrecht).

VersR 68. Jahrgang

15. November 2017

Heft 22 · 1365–1428

Aufsätze

Wissentliche und fahrlässige Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung

Dr. Theo Langheid, Köln*

I. Das Problem

Nachdem der BGH mit seinem Beschluss vom 27. 5. 2015¹ – entgegen der bisherigen Instanzrechtsprechung² – entschieden hat, dass keine Deckung in der Haftpflichtversicherung besteht, wenn auch nur eine von mehreren Tathandlungen vorsätzlich³ i. S. v. § 103 VVG erfolgte, wird diskutiert, ob diese Entscheidung Auswirkungen auf die D&O-Versicherung hat und, bejahendfalls, welche. Bei direkter Übertragung der vom BGH für die Vermögensschadenhaftpflicht aufgestellten Grundsätze würde jegliche Deckungspflicht entfallen, und zwar sowohl im Hinblick auf die Abwehr- als auch auf die Freistellungsdeckung.

Ob eine solche – *prima facie* naheliegende, denn auch die D&O-Versicherung verspricht die Risikoübernahme bei Vermögensschäden – umfassende Auslegung des Ausschlusses für wissentliche/vorsätzliche Pflichtverletzungen angesichts der Besonderheiten der D&O-Versicherung auch dort uneingeschränkt gelten kann, ist zu hinterfragen. Wenn man aber aufgrund dieser Besonderheiten – nämlich das Dreieck zwischen VN, Versicherer und versicherten Personen, das individuelle Deckungsversprechen, die Problematik der Wissens- und Handlungszurechnung und die sogenannte Severability-Klauseln – für eine einschränkende Anwendung der BGH-Rechtsprechung plädieren will, dann stellt sich zwingend die Anschlussfrage, ob eine eventu-

ell erforderliche Differenzierung für Abwehrdeckung und Freistellungsanspruch einheitlich erfolgen kann oder muss oder ob nicht in einer zweiten Stufe ein weiteres Mal ein Unterschied dahin gehend gemacht werden muss, dass unter bestimmten Umständen unterschiedliche Konsequenzen für die Abwehrdeckung einer- und die Freistellung der versicherten Personen andererseits zu ziehen sind. Das soll Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein.

II. Ausgangssachverhalt

Das bemerkenswert Neue an dem fraglichen Beschluss des BGH ist, dass es für den Ausschluss des § 103 VVG bereits ausreicht, wenn auch nur eine von mehreren Tathandlungen wissentlich oder vorsätzlich erfolgte. Demgegenüber hatte die Instanzrechtsprechung bis dahin angenommen, dass Deckungspflicht bestünde, wenn auch nur eine von mehreren Tathandlungen fahrlässig geschah.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der überörtlichen Rechtsanwaltskanzlei BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB und Mitglied der Schriftleitung der Zeitschrift Versicherungsrecht.

1. Teil vorsätzlich, teil fahrlässig

Für beide Positionen lassen sich Argumente finden: So ist aus Sicht der Instanzrechtsprechung zu beachten, dass es für die Deckungspflicht des Versicherers genügen muss, wenn bei multiplen Verletzungshandlungen alle wegen vorsätzlicher Begehung ausgeschlossen sind, solange nur eine einzige Tathandlung fahrlässig begangen wurde und diese insoweit – jedenfalls isoliert betrachtet – zweifellos unter den Versicherungsschutz in der Haftpflichtversicherung fallen muss. Alle vorsätzlichen Handlungen als ausgeschlossen weggedacht, bleibt doch die eine Handlung, die eben unter den Versicherungsschutz fällt.

Demgegenüber weist der BGH darauf hin, dass der verständige VN eben nicht erwarten könne, für die eine nur fahrlässig begangene Pflichtverletzung Deckungsschutz zu erhalten, wenn er durch gleich mehrere Tathandlungen, von denen zumindest eine wissentlich/vorsätzlich erfolgt ist, den Schadensfall herbeigeführt hat, weil dann ein gesteigert sorgloses Verhalten – mehrere Tathandlungen – zu einer Privilegierung in Bezug auf den Versicherungsschutz führen würde.

2. Sachverhalt

Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, sich den Sachverhalt der Ausgangsentscheidung näher anzusehen⁴. Ausgangspunkt war der Vertrieb eines Filmfonds, in dem Kapitalanleger steuerbegünstigt Gelder anlegen konnten. Die steuerliche Abzugsfähigkeit der Anlagebeträge war später von den Finanzbehörden infrage gestellt worden, weil hinter der Anlage keine echte Investitionsabsicht gestanden hätte. Jedenfalls stellte sich im Lauf der Zeit heraus, dass der Prospekt, der beim Vertrieb des Filmfonds verwandt worden war, nicht den Tatsachen entsprach. So war eine Vermittlungsprovision in Höhe von 20 % des Eigenkapitals des Filmfonds, die an die jeweilige Vertriebsgesellschaft zu bezahlen war, im Prospekt (jedenfalls so) nicht ausgewiesen. Die Treuhandgesellschaft, die die Interessen der Anleger wahrzunehmen hatte, war mit der Vertriebsgesellschaft verflochten, worüber sie ihre Kunden nicht informiert hatte.

Nachdem der Fonds keine Filme zu produzieren in der Lage war, die Gewinn abwarfen und die steuerliche Abzugsfähigkeit ihrer Anlagen infrage gestellt wurde, entschloss sich eine Vielzahl von Anlegern, sowohl die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die den Prospekt entworfen hatte, deren Geschäftsführer und den Treuhänderkommanditisten, also eine Vielzahl von Schuldner, denen jeweils unterschiedliche Pflichtverletzungen vorgeworfen wurden, auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Dabei wussten sowohl der Treuhänderkommanditist als auch die Geschäftsführer der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowohl von der prospektwidrigen Vermittlungsprovision als auch von der Verflechtung zwischen der Treuhand- und der Vertriebsgesellschaft.

Die Klage des Anlegers, die schließlich zur fraglichen Entscheidung des BGH führte, richtete sich nach insolvenzrechtlichen Parametern mit einem Direktanspruch direkt gegen den Haftpflichtversicherer der inzwischen insolventen Treuhandgesellschaft.

3. Instanzgerichtliche Entscheidungen

Das LG Hannover hat die Klage abgewiesen. Das Verhalten sämtlicher Bekl. stelle Verstöße gegen Kardinalpflichten dar. Unabhängig davon, ob hier ziel- und zweckgerichtet gehandelt worden sei, hätte sich den Bekl. schon deswegen aufdrängen müssen, dass die ihnen vorgeworfenen Pflichtverletzungen als Verstöße gegen solche Berufspflichten zu werten gewesen wären, die jedem Berufsträger unmittelbar bekannt gewesen sein mussten. Aus diesem Grund wurden die Verletzungen der bestehenden Aufklärungspflichten als bedingt vorsätzlich eingestuft, was in gleichem Maß auch für die Verflechtungen zwischen Vertriebs- und Treuhandgesellschaft und für die Son-

dervorteile, die die Initiatoren des Filmfonds der Vertriebsgesellschaft gewährt hatten, gelten sollte.

Das OLG Celle hat in seiner Entscheidung vom 7. 8. 2014 die Berufung mangels Erfolgsaussicht durch Beschluss verworfen. Es sah sich allerdings – aus Gründen, die dem Beschluss selbst nicht zu entnehmen sind – veranlasst, darauf hinzuweisen, dass der Versicherungsschutz in der Haftpflichtversicherung nur entfalle, wenn der Vorsatzausschluss für sämtliche Pflichtverletzungen des versicherten Schädigers greife. Im Umkehrschluss müsse der Versicherungsschutz bestehen bleiben, wenn auch nur eine mitursächliche Pflichtverletzung nicht vorsätzlich erfolgt sei. Es ist zu vermuten, dass dieser Hinweis, der ja für das betreffende Verfahren keine Relevanz hatte, nicht für dieses galt, denn hier ging es nur um vorsätzlich begangene Pflichtverletzungen, sondern für andere Verfahren aus der fraglichen Schadensserie, in denen diese Frage der multiplen Pflichtverletzungen, die teils fahrlässig, teils vorsätzlich begangen worden waren, hätten eine Rolle spielen können.

III. BGH-Entscheidung

Die Revision dagegen hat der BGH nicht angenommen. Es kam dabei zu einer weiteren Besonderheit (wenn man den Hinweis des Berufungsgerichts auf nicht streitentscheidende Umstände einmal so nennen darf): Der BGH sah sich zu einer Stellungnahme zu dem nicht entscheidungsrelevanten *obiter dictum* des Berufungsgerichts veranlasst. Offenbar sah der BGH die Gefahr, dass sich Hoffnungen von Geschädigten auf diese Passage im Berufungsbeschluss hätten stützen können. Dem galt es, die Grundlage zu entziehen. Aus diesem Grund wies der BGH das *obiter dictum* des OLG Celle zurück und entschied, dass der Vorsatzausschluss umfassend durchgreife, wenn auch nur eine von mehreren Pflichtverletzungen vorsätzlich begangen wurde und der Schaden darauf ursächlich zurückzuführen sei.

Dabei findet der BGH deutliche Worte: Aus der Auslegung des Ausschlusses aus der maßgeblichen Sicht des durchschnittlichen VN ergäbe sich nach Wortlaut und Sinnzusammenhang „ohne Weiteres“, dass „der Versicherer nicht bereit ist, für Versicherungsfälle einzustehen, deren Schäden durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht werden“. „Anhaltspunkte“ für die Gewährung von Versicherungsschutz, „wenn zu einer solchen Pflichtverletzung weitere, nicht wissentlich verübte ebenfalls schadensursächliche Verstöße hinzutreten, gibt die Klausel nicht“. Auch bei der gebotenen engen Auslegung ziele der „Leistungsausschluss nicht darauf“ ab, „VN zu privilegieren, die einen Schaden mittels mehrerer, teils wissentlicher, teils unbewusster Pflichtverstöße herbeiführen“. Die sonst mögliche Entlastung des VN durch multiple Pflichtverletzungen sei nicht gewollt, weil dieser nicht „durch eine gesteigerte Sorglosigkeit besser gestellt“ werden dürfe. Das wäre „erkennbar sinnwidrig“⁵. Auf dieses deutliche Verdikt soll später bei der Analyse, was das alles für die D&O-Versicherung bedeutet, weiter eingegangen werden.

- 1 BGH VersR 2015, 1156 mit Anm. von Grams FD-VersR 2015, 370465 und Schmidt IBR 2015, 518; inzwischen ebenso OLG Köln VersR 2017, 750.
- 2 OLG Koblenz VersR 1979, 830; OLG Düsseldorf VersR 2002, 748; OLG Celle in der Berufungsinstanz.
- 3 Im Folgenden wird nicht weiter zwischen vorsätzlicher und wissentlicher Pflichtverletzung unterschieden, weil diese Unterscheidung (dazu Seitz VersR 2007, 1476) für die hier behandelte Problematik keine Rolle spielt.
- 4 LG Hannover vom 10. 2. 2014 – 6 O 25/13 – BeckRS 2015, 11329.
- 5 Unter Hinweis auf ein Urteil des LG Köln vom 28. 6. 2012 – 24 O 53/12 – juris Tz. 70.

IV. Anwendbarkeit auf die D&O-Versicherung

Dies Grundsätze des BGH sind – wie gesagt – auf die D&O-Versicherung als Vermögensschadenhaftpflichtversicherung ohne Weiteres zu übertragen; es fragt sich aber, wie.

1. Allgemeine Grundsätze der D&O-Versicherung

Es ist längst und allgemein anerkannt, dass es sich bei der D&O-Versicherung um eine Haftpflichtversicherung in Form der Fremdversicherung mit gleichzeitig enthaltenen Elementen einer Eigenversicherung der VN handelt⁶. Da es sich um eine Haftpflichtversicherung zugunsten der versicherten Personen handelt, schuldet der Versicherer jeder einzelnen versicherten Person sowohl Abwehr – als auch Freistellungsdeckung (§ 100 VVG)⁷. Bei der Abwehrdeckung trägt der Versicherer die Kosten für die Abwehr von gegen die versicherte Person geltend gemachten Haftungsansprüchen; sollten sich diese Ansprüche als begründet erweisen, hat er zusätzlich die jeweilige versicherte Person von diesen begründeten Ansprüchen freizustellen⁸.

Das Leistungsversprechen des D&O-Versicherers richtet sich also nicht an die VN, sondern an jede einzelne versicherte Person. Die VN selbst profitiert von der Existenz der D&O-Versicherung, weil sie im Fall von begründet geltend gemachten Schadensersatzansprüchen bei einer sogenannten Innenhaftung in jedem Fall mit dem D&O-Versicherer einen solventen Schuldner hat⁹. Aus diesem Grund werden der D&O-Versicherung zutreffend auch Elemente einer Eigenversicherung zugeschrieben (nicht zu verwechseln mit der Eigenschadensversicherung, durch die ein eigenes Interesse der VN in Bezug auf einen [durchaus auch durch einen Dritten verursachten] Schaden versichert wird¹⁰). Bei der Eigenversicherung wird ein Fremdinteresse versichert, durchaus aber zugleich auch zugunsten der VN ein Risiko übernommen, hier das Insolvenzrisiko der versicherten Person als Schuldner des Haftpflichtanspruchs.

2. BGH VersR 2015, 1056 und die D&O-Versicherung

Es liegt auf der Hand, dass die unmittelbare Anwendung der fraglichen BGH-Entscheidung vom 27. 5. 2015 sämtliche Ansprüche aus der D&O-Versicherung beseitigen würde, wenn multiple Pflichtverletzungen von verschiedenen versicherten Personen vorliegen, von denen auch nur eine wissentlich (oder vorsätzlich) begangen wurde. Das wirft ebenso komplexe wie existentielle Fragen der Zurechenbarkeit auf: Wie verhält es sich mit dem Deckungsanspruch der versicherten Person, die nur fahrlässig gehandelt hat, wenn eine andere versicherte Person wissentlich/vorsätzlich die Pflichtverletzung begangen hat? Kann es richtig sein, dass – was bei unmittelbarer Anwendung der BGH-Entscheidung zwingend wäre – jegliche Deckung entfällt mit der Folge, dass auch die versicherte Person, die nichts zum Wegfall der D&O-Dekung beigetragen hat, ihren Versicherungsschutz ersatzlos verlöre? Das wäre natürlich unbefriedigend und höhle den D&O-Versicherungsschutz jedenfalls in Anbetracht der nicht vorsätzlich/wissentlich handelnden Personen aus und aus diesem Grund muss nach differenzierten Lösungen gesucht werden.

Wenn *Ihlas*¹¹ allerdings vorschlägt, wegen dieser Komplexität der Gefechtslage solle die fragliche BGH-Entscheidung erst gar nicht auf die D&O-Versicherung angewandt werden, wird man dem nicht folgen können. Die D&O-Versicherung ist Haftpflichtversicherung und deswegen ist das BGH-Urteil ohne Weiteres auch auf die D&O-Versicherung anwendbar. Man könnte sogar anders herum sagen: Gerade im gesellschaftsrechtlichen Haftungsbereich kommt es vielfältig exakt zu der Ausgangssituation, die Gegenstand des fraglichen BGH-Beschlusses geworden ist. Sehr häufig begeht eine versicherte Person eine wissentliche/vorsätzliche Pflichtverletzung, eine andere versicherte Person,

die davon Kenntnis erlangt, nimmt dies ebenso wissentlich/vorsätzlich in Kauf, während ein dritter Haftungsschuldner von alledem nichts mitbekommt und nur fahrlässig seine Aufsichts- bzw. Organisationspflichten verletzt. Es entspricht beinahe einem Prototyp einer D&O-versicherten Haftpflichtkonstellation, dass die anspruchserhebende VN nach diesem einen Organ sucht, weil es im Schutze der bisherigen Instanzrechtsprechung von diesem volle Haftung und vom D&O-Versicherer volle Deckung dafür verlangen kann, obwohl andere versicherte Personen wissentlich/vorsätzlich ihre Pflichten verletzt haben. Aus diesem Grund ist zwar der Wunsch verständlich, den fraglichen BGH-Beschluss auf die D&O-Versicherung erst gar nicht anzuwenden (würde doch eine unmittelbare Übertragung der BGH-Entscheidung auf die D&O-Versicherung zu einem völligen Untergang jeglicher Deckungsansprüche führen), aber erfüllen können wird man diesen Wunsch nicht.

3. Zurechenbarkeit von Wissen und Handeln

Um sich einer differenzierten Lösung zu nähern, wie man mit multiplen Pflichtverletzungen von unterschiedlichen Personen umzugehen hat, von denen manche wissentlich/vorsätzlich und manche nur fahrlässig begangen worden sind, stellt sich die Frage der Zurechenbarkeit des Verhaltens und des Wissens der einzelnen versicherten Personen untereinander bzw. zur VN.

Diese Fragen sollten geklärt sein: Während man nach § 47 VVG vorsätzliches bzw. wissentliches Verhalten der versicherten Personen untereinander den jeweils anderen versicherten Personen nicht zurechnen kann, muss das vorsätzliche/wissentliche Verhalten eines Organs jeweils unmittelbar der VN zugerechnet werden¹². Mit anderen Worten: Während die versicherten Personen untereinander sich das Verhalten des jeweils anderen nicht zurechnen lassen müssen, hat die VN für wissentliches/vorsätzliches Verhalten ihrer Organe einzustehen. Dem entsprechen auch alle marktgängigen sogenannte Severability-Klauseln, durch die genau das erreicht werden soll.

Die Severability-Klausel bestimmt, dass das jeweilige Wissen nur einer versicherten Person, nicht anderen versicherten Personen zugerechnet wird¹³. Die Severability-Klausel regelt allein den Kenntniszurechnungsausschluss zwischen den versicherten

6 *Finkel/Seitz* in *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung 2016 Einf. Rn. 84; zu alledem schon *Langheid/Grote* VersR 2005, 1164.

7 *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, Münch. Komm. zum VVG 2. Aufl. 2017 Bd. 3 Rn. 368; *Lange* in *Veith/Gräfe/Gebert*, Der Versicherungsprozess 3. Aufl. 2016 § 21 Rn. 132.

8 Wobei die Frage der Anrechenbarkeit der Kosten auf die Versicherungssumme hier außer Acht bleiben soll, weil sie nichts zur Sache beiträgt.

9 *Finkel/Seitz* in *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung 2016 Einf. Rn. 86 f.; zu weiteren Interessen der VN an einer D&O-Versicherung s. *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG 1. Aufl. 2013 § 93 Rn. 95.

10 *Rixecker* in *Langheid/Rixecker*, VVG 5. Aufl. 2016 § 43 Rn. 15; *Muschner* in *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG 3. Aufl. 2015 § 43 Rn. 22.

11 *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, Münch. Komm. zum VVG 2. Aufl. 2017 Bd. 3 Rn. 894.

12 Vgl. *Langheid/Grote* VersR 2005, 1164; darauf verweisend *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, Münch. Komm. zum VVG 2. Aufl. 2017 Bd. 3 Rn. 889; *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. 2015 § 28 Rn. 119; im Ergebnis wie hier auch *Klimke* in *Prölls/Martin*, VVG 29. Aufl. 2015 § 47 Rn. 16 f.; dagegen für eine Zurechnung auch zwischen den versicherten Personen *Dreher/Thomas* ZGR 2009, 63.

13 Vgl. *Langheid/Grote* VersR 2005, 1164; Beispiele solcher Klauseln bei *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, Münch. Komm. zum VVG 2. Aufl. 2017 Bd. 3 Rn. 893.

Personen. Eine Regelung im Verhältnis gegenüber der VN ist damit nicht verbunden¹⁴.

4. Unterschied zwischen Abwehr- und Freistellungsdeckung?

Aufgrund dieser Konstellation der Deckungssystematik in der D&O-Versicherung ist zunächst für die Abwehrdeckung festzustellen, dass das einer versicherten Person gegenüber abgegebene Deckungsversprechen durch einen Ausschluss, der sich durch das Tun einer anderen versicherten Person verwirklicht, nicht beseitigt wird¹⁵. Trotz der oben beschriebenen Zurechnungsproblematik, wonach das Handeln von Organen jeweils der VN zuzurechnen ist, kann diese Zurechnungswirkung sich nicht auf das Verhältnis der versicherten Personen untereinander auswirken¹⁶. Konsequenz dieses individuellen Einzelanspruchs ist für die in der D&O-Versicherung zu gewährenden Abwehrdeckung, dass sich die fragliche BGH-Entscheidung darauf nicht auswirken kann. Auch wenn also multiple Pflichtverletzungen vorliegen, von denen manche wissentlich/vorsätzlich und manche fahrlässig begangen wurden, geht die D&O-Abwehrdeckung nicht vollständig unter, sondern beurteilt sich nach dem individuellen Verhalten der versicherten Personen. Konsequenz: Der wissentlich/vorsätzlich Handelnde verliert seinen Abwehr-Deckungsanspruch (jedenfalls, sobald die Wissentlichkeit in der nach den Vertragsparametern erforderlichen Weise festgestellt ist), die anderen verlieren ihn nicht.

Es ist aber bereits die Frage gestellt worden, ob diese durch die Individualität des Einzelanspruchs begründete Nichtzurechnung auch für den Freistellungsanspruch nach § 100 VVG gelten kann. Die Erforderlichkeit der Differenzierung liegt darin begründet, dass diese Freistellung jedenfalls bei Innenhaftungsansprüchen letztlich der VN zugutekommt. Das wiederum liegt daran, dass es sich bei der D&O-Versicherung eben auch um eine Eigenversicherung der VN handelt¹⁷. Die VN als Geschädigte käme also in den Genuss einer Versicherungsleistung, die nach dem Diktum des BGH gerade von der Deckung ausgeschlossen sein soll, wenn nämlich ein fahrlässig begangener Pflichtverstoß mit einem wissentlich/vorsätzlich begangenen Verstoß, der von einem der VN zuzurechnenden Organ (oder mehreren) begangen wurde, zusammentrifft. Der Haftpflichtanspruch der VN richtet sich gesamtschuldnerisch gegen alle handelnden Personen; das ist exakt die Situation, in der der Haftpflichtanspruch nicht gegen den wissentlich Handelnden geltend gemacht wird, sondern gegen den nur fahrlässig Handelnden, um so zu einer Deckung in Form des Freistellungsanspruchs zu gelangen. Es wäre dann dessen Angelegenheit bzw. die des deckungspflichtigen D&O-Versicherers, bei dem wissentlich Handelnden Regress zu nehmen, wobei er das Risiko von dessen Insolvenz trüge.

Entgegen der Ratio der BGH-Rechtsprechung würde die VN also uneingeschränkt über die Versicherungsleistung verfügen, wenn nur eine Tathandlung nicht vom Versicherungsschutz ausgeschlossen wäre. Das aber will die Entscheidung vom 27. 5. 2015 gerade verhindern: Wenn auch nur eine Tathandlung wissentlich/vorsätzlich erfolgt ist, soll der Versicherungsschutz ausgeschlossen sein, auch wenn weitere Tathandlungen, die nur fahrlässig begangen wurden, den Versicherungsschutz an sich auslösen würden. Wie oben dargelegt, hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Auslegung des Versicherungsschutzes „ohne Weiteres“ ergäbe, dass „der Versicherer nicht bereit ist, für Versicherungsfälle einzustehen, deren Schäden durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht“ wurde. Anhaltspunkte dafür, dass dies anders sein sollte, wenn zu der vorsätzlichen/wissentlichen Pflichtverletzung weitere Verstöße hinzutreten würden, ergäben sich aus dem Leistungsversprechen nicht. Es sei „erkennbar sinnwidrig“, den VN besser zu stellen, bei dem eine gesteigerte Sorglosigkeit festgestellt werden müsse, eben weil

es zu mehreren, teils vorsätzlich/wissentlichen, teils fahrlässig begangenen Pflichtverletzungen gekommen sei.

Dieses Diktum des BGH berechtigt, im Rahmen der Freistellungsverpflichtung des Versicherers den Anspruch jedenfalls um den Teil zu kürzen, der auf die wissentliche/vorsätzliche Pflichtverletzung entfällt. Ganz entfallen kann die Freistellungsverpflichtung des Versicherers nicht, weil – wie ausgeführt – der fahrlässig handelnde Manager, der einen uneingeschränkten Abwehranspruch gegen seinen D&O-Versicherer hat, im Ergebnis doch wieder persönlich haften würde, wenn man ihm insoweit die Freistellungsverpflichtung des Versicherers versagen würde, weil ein anderer wissentlich/vorsätzlich gehandelt hat. Aufgrund dieser komplexen Gesamtlage ist das Prinzip entwickelt worden, die Freistellung gegenüber der VN in der Höhe zu versagen, in der die wissentlich/vorsätzlich handelnden Personen im Gesamtschuldnerausgleich mit den nur fahrlässig handelnden Personen allein haften würden. Die einzelnen Parameter dafür lassen sich aus den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld ableiten¹⁸.

V. Freistellung nur eingeschränkt – aber wie?

Als Zwischenfazit ist also festzuhalten, dass der Abwehranspruch im Grundsatz, d. h. unabhängig von der Frage, welchen versicherten Personen er zusteht und welchen versicherten Personen wegen vorsätzlicher/wissentlicher Pflichtverstöße nicht, durch die fragliche BGH-Rechtsprechung nicht tangiert wird. Ungeachtet der marktüblichen Klauseln und der gesetzlichen Regelung bleibt – wie gezeigt – die Frage, ob dieses Ergebnis auch für die Freistellungsverpflichtung gelten kann oder ob hier nicht die insoweit direkt begünstigte VN wegen des ihr zuzurechnenden Ausschlusses für wissentliche Pflichtverletzungen einen Abzug von der Leistung des D&O-Versicherers hinnehmen muss. Wie zuvor aufgezeigt, bietet es sich hier an, die Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs anzuwenden. Das soll im Folgenden näher begründet werden.

1. Gestörter Gesamtschuldnerausgleich

Allgemein anerkannt ist, dass es zu Störungen beim Ausgleich des Innenverhältnisses von Gesamtschuldnern kommen kann. Solche Störungen liegen vor allem dann vor, wenn der Gläubiger einem der Schuldner vertraglich eine Haftungsfreistellung gewährt hat mit der Folge, dass dieser nicht haftet und aus dem Verbund der Gesamtschuldner ausscheidet. Die verbleibenden Gesamtschuldner haben also einen höheren Teil der Schuld zu tragen aus Gründen, die allein in der Person des Gläubigers liegen. Zum Ausgleich dafür werden diese Schuldner sich an den haftungsbefreiten Schuldner wenden, der ihnen gegenüber die Haftungsfreistellung nicht geltend machen kann. Das würde zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass die Haftungsbefreiung im Ergebnis nicht zu einer Freistellung führt, weil der befreite Schuldner weiter haftet, eben nur nicht dem Gläubiger, sondern den anderen Gesamtschuldnern gegenüber.

Wie diese Situation – ein Gesamtschuldner, der gar nicht haftet, und mehrere andere Gesamtschuldner, die in vollem Umfang haften, dafür aber auch regressberechtigt gegenüber dem an sich haftungsfreien Schuldner sind – zu handhaben ist, ist um-

14 OLG Düsseldorf VersR 2006, 785; Einzelheiten bei Langheid/Grote VersR 2005, 1164.

15 Dazu und zu allem Folgenden Langheid in Langheid/Rixecker, VVG 5. Aufl. § 103 Rn. 12 ff., insbesondere Rn. 14 und 15 m. w. N.

16 Vgl. dazu erneut Langheid/Grote VersR 2005, 1164.

17 S. oben bereits Fn. 10.

18 Langheid in Langheid/Rixecker, VVG 5. Aufl. Rn. 15.

stritten. Zum einen wird der sogenannte „Regresskreisel“ bejaht: Die Haftungsfreistellung wird von vornherein auf das Innenverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem begünstigten Schuldner begrenzt, der dann dem vollen Innenausgleichsanspruch seiner Mitschuldner ausgesetzt ist¹⁹. Der haftungsbefreite, aber ausgleichspflichtige Gesamtschuldner kann dann seinerseits beim Gläubiger aufgrund der getroffenen Haftungsfreistellungsvereinbarung wiederum Regress nehmen²⁰.

Das erscheint einem anderen Teil der Literatur zu umständlich: Diese vertreten eine Art von Kürzungsmodell, wonach der Anspruch des Gläubigers gegen die nicht freigestellten Gesamtschuldner von vornherein um den Anteil zu kürzen ist, der auf den Begünstigten entfällt²¹. Diese Lösung wird – durchaus zu Recht – als sachgerechte Lösung anerkannt²², weil dadurch der Regresskreisel unterbrochen und im Ergebnis auf einfachere Weise die gleiche, von allen als die materiell richtig angesehene Lösung erzielt wird.

2. Anwendung auf die D&O-Versicherung

In der fraglichen Konstellation liegt im Fall einer D&O-Versicherung eine dem einseitigen Haftungsverzicht durchaus vergleichbare Leistungsstörung darin, dass ein Schuldner vorsätzlich handelt und dadurch nach der neuen Rechtsprechung des BGH²³ den Bestand des Versicherungsschutzes für alle versicherten Personen gefährdet. Wendet man das Urteil des BGH ohne Rücksicht auf die Besonderheiten der D&O-Versicherung an, entfällt der Versicherungsschutz vollständig, also auch in Ansehung der nur fahrlässig handelnden Schuldner. Muss man aber wegen der Individualität des Deckungsanspruchs jenen Deckung geben, die nur fahrlässig gehandelt haben, dann werden diese Schuldner höher belastet, weil die VN – wie ausgeführt – nur Kompensationen bei den versicherten Schuldnern suchen wird; so kommt es zu einer Privilegierung des Vorsatztäters zu Lasten des D&O-Versicherers.

Diese Situation stellt eine Störung der Dreiecksbeziehung dar, die mit einer Haftungsbefreiung zugunsten nur eines von mehreren Schuldnern vergleichbar ist. In jenem Fall (Haftungsbefreiung) wird die Vermögenssituation der nichtbefreiten Schuldner dadurch beeinträchtigt, dass sie eine höhere Haftungsquote zu tragen haben. In diesem Fall (Deckungsfreiheit gegenüber dem vorsätzlich/wissentlich Handelnden) wird die Vermögenslage der anderen Schuldner und des freistellungsverpflichteten D&O-Versicherers beeinträchtigt, indem die Schuldner vom Gläubiger auch insoweit in Anspruch genommen werden, als dieser nicht gegen den wissentlich Handelnden vorgeht, weil dieser keinen Versicherungsschutz genießt.

Wollte man das anders sehen, müssten die fahrlässig Handelnden ihren Versicherungsschutz durch die Vorsatzhandlung eines Dritten, auf die sie keinen Einfluss haben, verlieren, weil nur so die vom BGH angenommene Leistungsfreiheit beim Zusammentreffen von wissentlichen/vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtverletzungen erreicht werden könnte. Gar nicht mit der BGH-Rechtsprechung übereinstimmen würde eine Lösung, bei der volle Deckungspflicht bestünde; denn dann würde wieder die frühere Instanzrechtsprechung gelten (Deckung, wenn auch nur eine von mehreren Tathandlungen fahrlässig begangen wurde), was aber nach der fraglichen BGH-Entscheidung gerade ausgeschlossen ist.

Die oben beschriebene Vergleichbarkeit rechtfertigt die Anwendung des „Kürzungsmodells“ beim gestörten Gesamtschuldnerausgleich, wodurch gegenüber dem fahrlässig handelnden Schuldner der Anspruch des Gläubigers um den Anteil zu kürzen ist, in dessen Höhe kein Versicherungsschutz besteht, weil er auf den Vorsatztäter entfällt. Das Ergebnis ist ebenso angemessen wie die Kürzung in den Fällen des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs: Der vorsätzlich handelnde Schädiger haftet persön-

lich auf die auf ihn entfallende Haftungsquote, während die anderen Schädiger von ihrem Haftpflichtversicherer in Höhe der auf sie entfallenden Quote freizustellen sind.

Nach diesen Parametern und dem Umstand, dass dem Gläubiger gegen den Haftpflichtversicherer und die Schuldner, die weiterhin Deckung genießen, insoweit kein Anspruch zustehen soll, als der Versicherer wegen der vorsätzlichen Handlung des einen Schädigers deckungsfrei ist, wird man als generell-abstraktes Prinzip den Grundsatz aufstellen können, dass der Gläubiger mit seinem Anspruch gegen den Versicherer und die gedeckten versicherten Personen in der Höhe ausfällt, in der der vorsätzlich Handelnde im Innenverhältnis keinen Regress würde nehmen können oder – nach dem Kürzungsmodell – in der der Anteil des vorsätzlich Handelnden zu einer Reduktion des Anspruchs gegen die fahrlässig handelnden Schädiger führen würde.

Wird also etwa der Tatbeitrag des vorsätzlich Handelnden mit 80 % gewertet, der dem Gesamtschuldner-Innenausgleich zugrunde zu legen wäre, dann fällt der Gläubiger mit seinem Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer in Höhe eben dieser 80 % aus, während die Ansprüche, wie sie im Innenausgleich von den nur fahrlässig handelnden Schädigern geleistet werden müssten, gegenüber dem D&O-Versicherer geltend gemacht werden könnten, hier also 20 %. Das Insolvenzrisiko in Bezug auf den Vorsatztäter liegt beim Gläubiger.

3. Freistellung nur nach Quote

Diese Lösung scheint angesichts des Umstands, dass nach der hier besprochenen BGH-Entscheidung²⁴ dem Gläubiger ein Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer wegen der Vorsatztat des Schädigers zu versagen wäre, angemessen.

Die Lösung führt insbesondere dazu, dass der Versicherer anteilmäßig nicht für die Schäden einzustehen hat, die durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht werden. Der auf eine wissentliche/vorsätzliche Pflichtverletzung zurückzuführende Haftungsanteil wird so aus dem Versicherungsschutz, der für weitere, nicht wissentlich verübte, aber ebenfalls schadensursächliche Verstöße fortbesteht, ausgeklammert. Eine Privilegierung der VN in dem Fall, dass der Schaden durch mehrere, teils wissentliche, teils unbewusste Pflichtverstöße herbeigeführt wird, wird so vermieden. Besteht zugleich ein anderer Anspruch gegen nur fahrlässig handelnde Schuldner, dann ist der Anspruch des Gläubigers in der Höhe zu kürzen, wie der Haftungsanteil des vorsätzlich Handelnden im Innenausgleich der Gesamtschuldner zu bewerten wäre.

4. Kein Mitverschuldenseinwand?

Dieser Lösung steht auch nicht – wie geltend gemacht wird – das Urteil des BGH vom 20. 11. 2014²⁵ entgegen. In dem Sachver-

19 Vgl. *Gerlein* in BeckOK zum BGB – 43. Edition – § 426 Rn. 12 unter Hinweis auf BGH vom 9. 3. 1972 – VII ZR 178/70 – BGHZ 58, 216 (220); BGHZ 35, 317 (323) = VersR 1961, 918 (919); 12, 213 = VersR 1954, 189; vom 27. 2. 1989 – II ZR 182/88 – NJW 1989, 2386; *Bydlinski* in Münch. Komm. zum BGB 7. Aufl. 2016 § 426 Rn. 55.

20 BGHZ 12, 213 (216) = VersR 1954, 189 f.; *Erman/Ehmann*, BGB 15. Aufl. 2017 § 426 Rn. 65.

21 *Grüneberg* in Palandt, BGB 76. Aufl. 2017 § 426 Rn. 18; *Kaduk* in Staudinger, BGB 12. Aufl. § 426 Rn. 63 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Allgemeiner Teil § 39 II 3 b; *Reinicke/Tiedtke*, Gesamtschuld und Schuldsicherung S. 77; inzwischen auch BGH vom 21. 3. 2000 – IX ZR 39/99 – NJW 2000, 1942.

22 *Gerlein* in BeckOK zum BGB – 43. Edition – § 426 Rn. 12.

23 BGH VersR 2015, 1156.

24 BGH VersR 2015, 1156.

25 BGH VersR 2015, 1179.

halt, dass eine Stiftung ihren Vorstand wegen einer Pflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, hat der Senat die von dem bekl. Vorstand gegenüber der Stiftung eingewandte Haftungsverminderung wegen eines Mitverschuldens eines anderen Stiftungsorgans (hier: Stiftungsrat) nicht zugelassen, sondern den Bekl. auf einen Rückgriff bei dem anderen Stiftungsorgan verwiesen.

Diese Konstellation ist ersichtlich nicht mit der Konstellation multipler Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung vergleichbar. Während im Stiftungssachverhalt über die Frage des materiellrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu entscheiden ist, geht es in der D&O-Versicherung um den – vom materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch der VN gegen die versicherte Person unabhängigen – deckungsrechtlichen Freistellungsanspruch der versicherten Person gegen den Versicherer und damit um die Frage, ob der Versicherer auch bei Vorsatzhandlungen eintrittspflichtig ist. Während der BGH im Stiftungssachverhalt also über Haftpflichtanspruch, also das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner des Anspruchs auf Schadensersatz, entscheidet, bezieht sich das hier – mit einem Verweis auf die Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs – begründete Kürzungsmodell nicht auf den den Versicherungsfall auslösenden Pflichtenverstoß im Verhältnis zwischen versicherter Person und VN – dieser bleibt unberührt –, sondern setzt im Versicherungsvertragsverhältnis an und befasst sich allein mit der Frage, ob der

Versicherer – entgegen der neuen BGH-Rechtsprechung – auch für Vorsatztaten deckungspflichtig sein soll.

VI. Fazit

Es lassen sich nach alledem folgende Postulate formulieren:

1. Der BGH-Beschluss vom 27. 5. 2016 zur Leistungsfreiheit des Vermögensschadenshaftpflichtversicherers bei multiplen Pflichtverletzungen, die teils fahrlässig, teils wissentlich/vorsätzlich begangen wurden, ist auf die D&O-Versicherung anzuwenden.
2. Wegen der Besonderheiten der D&O-Versicherung bleibt aber der Abwehranspruch der versicherten Personen davon ausgenommen.
3. Für die Freistellungsverpflichtung des D&O-Versicherers kann diese Ausnahme aber nicht gelten; hier muss der D&O-Versicherer leistungsfrei bleiben, soweit der Schaden durch eine Vorsatztat verursacht wurde.
4. Um zu vermeiden, dass der bloß fahrlässig handelnde Schuldner seinen Freistellungsanspruch verliert und die VN trotz Vorsatztat Leistungen des Versicherers erhält, ist das Kürzungsmodell nach dem Modell des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs anzuwenden; der Anspruch der VN gegen fahrlässig Handelnde bei Innenhaftungsfällen ist um den Anteil zu kürzen, wie er beim Innenausgleich der Schuldner auf die Vorsatztat entfallen würde.

Beratungspflichten im Internetvertrieb von Versicherungsprodukten – Check24, die Haftung des Internetvermittlers und die Umsetzung der IDD-Richtlinie

Dr. Jochen Lehmann und Sören Rettig, Köln*

In dem Abmahnverfahren gegen das Internetportal Check24 bestätigt das OLG München mit seinem Urteil vom 6. 4. 2017¹ das Ergebnis der Vorinstanz², nach der auch Internetvermittler von Versicherungsprodukten die Pflichten von Vermittlern gem. §§ 60 ff. VVG zu beachten haben. Damit entscheidet das OLG München einen langjährigen Streit aus der Zeit vor der aktuellen Umsetzung der IDD-Richtlinie. Die Entscheidung des OLG München verdeutlicht jedoch besonders, dass auch Betreiber von Internetportalen schadensersatzpflichtige Beratungsfehler begehen können. Zwar ermöglicht der Gesetzgeber mit der Umsetzung der IDD-Richtlinie den Verzicht in Textform auf jegliche Beratungs- und Dokumentationspflichten im Fernabsatz. Inwieweit diese „unbürokratische“ Möglichkeit zum Vor- oder Nachteil der VN genutzt werden wird, bleibt abzuwarten.

I. Einleitung

Versicherungsvermittler unterliegen gem. §§ 60–62 VVG einem strengen Pflichtenkatalog. Insbesondere sind sie dem VN als dessen treuhänderischer Sachwalter für den Bereich seiner Versicherungsverhältnisse zur umfangreichen Aufklärung, Prüfung und Beratung verpflichtet³. Verletzt der Versicherungsvermittler diese Pflichten in der Phase bis zum Abschluss des Versicherungsvertrags, ist er dem VN gem. § 63 VVG schadensersatzpflichtig⁴. Neben den „klassischen“ Versicherungsvermittlern sind in den letzten Jahren verstärkte Vergleichsportale aufgetreten, die dem VN nach einem automatisierten Vergleich verschiedener Versicherungsprodukte den Abschluss eines empfohlenen Versicherungsvertrags ermöglichen⁵. Ob und in welchem Umfang auch diese Internetvermittler den Pflichten der §§ 60 ff. VVG unterliegen, gehört zu den stark umstrittenen Fragen des geltenden Rechts der Versicherungsvermittlung⁶.

Ein wesentlicher Streitpunkt ist, ob dem Versicherungsvermittler im Rahmen des Internetvertriebs Erleichterungen im Hinblick auf seine Beratungspflichten analog § 6 Abs. 6 Alt. 3 VVG zugutekommen sollen. Dieser bisher maßgeblich in der Literatur ausgetragene Streit hat erhebliche praktische Relevanz: So dürfte die Erfüllung des strengen Pflichtenkatalogs gem. §§ 60 ff. VVG im Internetvertrieb zu einem hohen Programmier- und damit Kostenaufwand für die Marktteilnehmer führen. Zudem wären auch die Betreiber derartiger Internetportale potenzielle Anspruchsgegner bei Deckungslücken im Versicherungsschutz, wenn der VN hierzu nicht pflichtgemäß beraten wurde. Würden die genannten Regeln beim Internetvertrieb dagegen nicht angewendet, würden Internetvermittler nur noch einem ähnlich geringen Haftungsrisiko unterliegen wie reine Tippgeberportale⁷, die nach allgemeiner Ansicht nicht beratungs- und dokumentationspflichtig sind⁸.

* Dr. Jochen Lehmann ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei GÖRG Rechtsanwälte in Köln; Sören Rettig, LL.M. (Melbourne), ist dort Rechtsanwalt und Associate.

1 OLG München VersR 2017, 1270.

2 LG München I VersR 2016, 1315.

3 BGH VersR 2017, 158 Tz. 18.

4 BGH VersR 2015, 107 Tz. 9.

5 Grundsätzlich hierzu *Armbrüster* r+s 2017, 57.

6 *Dörner* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. 2015 § 9 Rn. 74.

7 Zur Abgrenzung der Tippgebung im Internet von der Internetvermittlung *Lehmann/Rettig* NJW 2017, 596.

8 *Dörner* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. 2015 § 9 Rn. 76.