

Der Sanierungs Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

3/2021

Seiten 67-118

2. Jahrgang

- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**
Von Nutzenmaximierung und Trauerphasen – und deren Kombination in der Unternehmenskrise 67
- **Béla Knof**
Zu welchem „Preis“ dürfen die Gesellschafter ihre Anteile in einer Sanierung nach dem StaRUG behalten? 68
- **Nils Krause, Dr. Christian Ulrich Wolf und Torsten Cülter**
Zuständigkeitssphären des Insolvenzverwalters und der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der Aktiengesellschaft 77
- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**
Geschäftsleiter und Kontrollorgane in der Unternehmenskrise: ein Überblick 82
- **Rüdiger Weiß und Birgit Haase**
Fallstricke der D&O-Versicherung aus Geschäftsführersicht 84
- **Dr. Lukas Herbert, MBA (Edinburgh)**
Überlegungen zu Sanierungsmoderation und Mediation 91
- **Dr. Björn Hürten, Annabel Lehnen, Philipp Reeb und Anne Wittmann**
Distressed M&A im Spannungsfeld zwischen digitalem, ökologischem und urbanem Wandel und Corona-Krise 93
- **Maximilian Dressler und Alexander Müller**
Liquidität und Fortbestehensprognose in der Praxis 96
- **Jörg Heus**
Wir sind zahlungsfähig! Oder vielleicht doch nicht? 102
- **Mark Sethe und Christina Sontheim-Leven, LL.M.**
7 Bausteine einer erfolgreichen Sanierung – eine case study am Beispiel eines mittelständischen Ingenieurbüros 108
- **Matthias Kühne**
Aktuelles Urteil des BGH zur Vorsatzanfechtung: Allein die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit reicht für die Anfechtung nicht aus. 114
- **Dr. Rembert T. Graf Kerssenbrock, LL.M.**
Besprechung des Beschlusses vom 7.6.2021 – 574 RES 2/21 des Amtsgerichts Dresden 116

Herausgegeben von

Prof. Dr. Daniel Graewe

Dr. Martin Heidrich

Rüdiger Weiß

Beirat

Martin Hammer

ORR Dr. Michael Hippeli

Béla Knof

Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning

VRiLG Dr. Martin Pellens

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann

Dr. Johan Schneider

Schriftleitung

Dr. Anke Gößmann

Die in diesen Ausschuss berufenen Mitglieder sollten über hinreichende Qualifikation und Expertise auf dem Gebiet der Restrukturierung sowie der Branche, in dem das Unternehmen tätig ist, verfügen. Zu diesem Zweck ist es sinnvoll, ein entsprechend erfahrenes Aufsichtsratsmitglied zu berufen, das über relevante Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Erfahrungen verfügt.

In die Kompetenzen des RSA fallen typischerweise die Prüfung der Krisenkompetenz des Vorstands, die Einführung zusätzlicher Kontrollinstrumente (Geschäftsordnungen, zustimmungspflichtige Geschäfte, etc.), die Analyse und Bewertung von Vorstandsberichten sowie Einholung weiterer Informationen zur Krise oder die Prüfung einer Fortbestehensprognose. Dabei ist stets darauf zu achten, dass der RSA nicht in die Kernbefugnisse der operativen Geschäftsleitung des Vorstands eingreifen darf.

Wurde der RSA gebildet, ist es weiterhin sinnvoll, auch ein Aufsichtsratsmitglied als Ausschussvorsitzenden zu berufen, das über relevante Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügt. Dieser fungiert primär als Ansprechpartner des Vorstands und externer AR-Berater in allen Krisenangelegenheiten und koordiniert die Arbeit des RSA und dessen Zusammenarbeit mit dem Gesamt-Aufsichtsrat.

d) Proaktive Handlungsmöglichkeiten

Während die Handlungsmöglichkeiten der Geschäftsleitung in der Krise im Wesentlichen von den ökonomischen Rahmenbedingungen abhängig sind, steht dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan nur ein eingeschränktes Instrumentarium an proaktiven Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung.

aa) Zustimmungsvorbehalte

Die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat ist gesetzlich verboten. Als Akt präventiver Kontrolle ist es allerdings möglich, zustimmungspflichtige Geschäfte in die Satzung aufzunehmen. Zudem kann der Aufsichtsrat einen solchen Katalog auch durch Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand anlegen oder erweitern. Ein Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung kann dann für bestimmte operative Tätigkeiten des Vorstands oder für Geschäfte, die bestimmte Schwellen überschreiten, vorgesehen werden. Überdies kann das Inkrafttreten einzelner, strengerer zustimmungspflichtiger Geschäfte an das Vorliegen bestimmter betriebswirtschaftlicher Kennzahlen geknüpft werden; auf diese Weise kann ein auf die Unternehmenskrise zugeschnittener Katalog vorgehalten werden.

bb) Personalpolitik

Der Aufsichtsrat muss insbesondere in der Unternehmenskrise ständig prüfen, ob die Geschäftsleitung (noch) dazu geeignet ist, die Krise zu meistern. Lassen einzelne Mitglieder des Vorstands fortwährend eine mangelnde Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung in der Krise und/oder zu ihrer Bewältigung erkennen, so kann der Aufsichtsrat die Bestellung widerrufen.

Je nach Stadium der Krise ist es zudem ratsam, zur Unterstützung der Geschäftsleitung ein zusätzliches Organmitglied für Restrukturierung (Chief Restructuring Officer, CRO) zu berufen, der seinerseits über die erforderliche Qualifikation zur Bewältigung von Unternehmenskrisen verfügt. Dies kann notwendig sein, wenn die bisherige Geschäftsleitung die verschiedenen Krisenstadien nicht oder zu spät erkannt hat und damit maßgeblich selbst zur Unternehmenskrise beigetragen hat.

Die Rechtsnatur des CRO wird dabei durch die Art seiner Einbindung in die Gesellschaft bestimmt. Einerseits kann der CRO zum Mitglied des Vorstands/der Geschäftsführung bestellt werden (sog. „Sanierungsvorstand“ bzw. „Sanierungsgeschäftsführer“). Die Zuweisung eines Restrukturierungsressorts und der entsprechend passgenaue Zuschnitt eines Aufgabebereichs zur Bewältigung der Restrukturierung ist durch eine Geschäftsordnung möglich und – insbesondere im Interesse des CRO – auch ratsam. Möglich ist allerdings auch, den CRO zum rechtsgeschäftlichen Vertreter der Gesellschaft (z. B. als Generalbevollmächtigten) zu bestellen. Dadurch ist auch eine Einbindung in einer Führungsebene unterhalb des Vorstands möglich. In der Praxis besteht jedoch eine Präferenz für die organschaftliche Bestellung des CRO zum Organmitglied.

cc) Einberufung der Hauptversammlung

Als *ultima ratio* kann der Aufsichtsrat die Hauptversammlung einberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, unter anderem um einen Vertrauensentzug des Vorstands (und damit dessen vorzeitige Abberufung aus wichtigem Grund) zu ermöglichen oder die Bestellung eines Sonderprüfers zur Prüfung von Vorgängen bei der Geschäftsführung herbeizuführen.

III. Fazit

In der Krise müssen Geschäftsleitung und Aufsichtsrat ihre Pflichten mit gesteigerter Intensität wahrnehmen, die in Abhängigkeit vom Stadium der Krise zunimmt. Während der Handlungsspielraum der Geschäftsleitung im Wesentlichen von ökonomischen Rahmenbedingungen determiniert wird, bestimmen sich die Handlungsoptionen des Aufsichtsrats primär nach rechtlichen Gesichtspunkten. Die große Anzahl an Urteilen, die Geschäftsleiter und Aufsichtsräte in der Unternehmenskrise aufgrund von Pflichtverletzungen zu Schadensersatzzahlungen verpflichtet haben, zeigt, dass insbesondere in der Unternehmenskrise dieser gesteigerte Anforderungsrahmen den meisten Organmitgliedern nicht ausreichend bekannt ist. Dieses Nichtwissen enthaftet die Organmitglieder aber nicht etwa; im Gegenteil: es begründet oftmals erst ihre Haftung. Es bleibt daher bei dem bekannten Ausspruch Molières: „Wir sind nicht nur verantwortlich für das, was wir tun, sondern auch für das, was wir nicht tun.“

Rüdiger Weiß, Düsseldorf/Frankfurt am Main und Birgit Haase, Dresden*

Fallstricke der D&O-Versicherung aus Geschäftsführersicht

Die Tätigkeit des Geschäftsführers ist generell risikobehaftet. In der Unternehmenskrise wird der bereits umfassende Pflichtenkatalog noch erweitert. Insbesondere das Zahlungsverbot des

§ 15b InsO (vormals § 64 GmbHG) birgt ein erhebliches Haftungsrisiko und kann ohne hinreichenden Versicherungsschutz den finanziellen Ruin des Geschäftsführers bedeuten. Selbst bei Bestehen einer D&O-Versicherung sind einige Fallstricke bei deren Inanspruchnahme zu beachten.

* Rüdiger Weiß ist Fachanwalt für Insolvenzrecht und Gründungsgesellschafter der auf Unternehmenssanierung spezialisierten bundesweit tätigen Unternehmensgruppe WallnerWeiß; Birgit Haase ist Rechtsanwältin bei WallnerWeiß. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. III und IV.

Während sich Sanierungsgeschäftsführer in der Eigenverwaltung, Gläubigerausschüsse und Sach-/Insolvenzverwalter re-

gelmäßig mittels einer Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung versichern, welche bei Versicherungsfällen nach dem sogenannten Verstoßprinzip reguliert, sind Geschäftsführer fast ausschließlich über sogenannte D&O-Versicherungen versichert, in welchen die Geltung des Anspruchserhebungsprinzips (sog. claims made) vereinbart ist, wobei den Autoren in ihrer über 20-jährigen Berufspraxis bislang kein Fall bekannt wurde, in welchem sich die Geschäftsführer der doch gravierenden Unterschiede und der damit verbundenen Konsequenzen bewusst waren.

I. Einleitung

Der Haftungsanspruch nach § 64 S. 1 GmbHG (nunmehr § 15b Abs. 4 InsO) ist die häufigste Anspruchsgrundlage im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft. Hierbei werden oft Prozesse in Millionenhöhe geführt, da die Haftung des Geschäftsführers lediglich an die Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen nach Eintritt der Insolvenzzureife anknüpft und Insolvenzanträge regelmäßig erst Monate nach Eintritt der Insolvenzzureife gestellt werden. Der klagende Insolvenzverwalter genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, indem er vorträgt, dass Zahlungen auf Veranlassung des Geschäftsführers erfolgt sind und die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Zahlungen zahlungsunfähig oder überschuldet war.

Bei der erstmaligen Geltendmachung von Ansprüchen aus Geschäftsführerhaftung durch den Insolvenzverwalter, verweist der Geschäftsführer regelmäßig auf seine D&O-Versicherung in der Annahme, dass sämtliche Ansprüche durch diese gedeckt sind. Dass der angemessene Versicherungsschutz selten mit dem tatsächlich bestehenden übereinstimmt, beruht in der Regel darauf, dass die D&O-Versicherung häufig nicht „Chefsache“ ist und Geschäftsführer weder die dem Vertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen kennen, noch sich mit dem Thema D&O-Versicherung konkret auseinandergesetzt haben. Das böse Erwachen folgt, wenn der Versicherer eine vollständige Deckung der Ansprüche oder gar seine Einstandspflicht in Gänze ablehnt. Die Versicherer berufen sich in diesen Fällen darauf, dass entweder der Versicherungsfall nicht im Versicherungszeitraum eingetreten sei, oder dass ein Ausschlussgrund vorliege. Erkennen die Versicherer den Deckungsschutz zwar grundsätzlich an, ist in der Praxis regelmäßig zu beobachten, dass die bei Vertragsschluss gewählte Versicherungssumme zur Deckung der Ansprüche nicht ausreicht. Bis zur klarstellenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs im letzten Jahr¹ lehnten Versicherer unter Berufung auf obergerichtliche Rechtsprechung² ihre Leistungspflicht unter anderem mit der Begründung ab, dass Ansprüche aus § 64 S. 1 GmbHG bereits nicht vom Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung erfasst seien.

II. Deckungsschutz bei Geschäftsführerhaftung

Eine D&O-Versicherung gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass Organmitglieder oder leitende Angestellte wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden vom eigenen Unternehmen oder einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Die Haftung nach § 15b Abs. 4 InsO besteht unabhängig davon, ob der Gesellschaft ein Vermögensschaden entstanden ist.

Die Norm dient – ebenso wie vormalig die §§ 92 AktG, 64 GmbHG – dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Über das Zahlungsverbot soll die künftige Insolvenzmasse im Interesse der künftigen Insolvenzgläubiger vor einer Schmälerung bewahrt werden.³ Hieraus schlossen mehrere Oberlandesgerichte, dass der Anspruch aus § 64 GmbHG kein Schadensersatzanspruch⁴ im Sinne der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der beteiligten Versicherer sei und daher von der Deckung der D&O-Versicherung nicht erfasst werde.⁵ Dem ist der Bundesgerichtshof entgegengetreten.⁶ Nach dem maßgeblichen Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers/Versicherten – bei einer D&O-Versicherung typischerweise geschäftskundige Personen – handele es sich bei dem in § 64 S. 1 GmbHG geregelten Anspruch um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne der Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Rechtsdogmatische Überlegungen zur Einordnung des Anspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG als Schadensersatzanspruch oder Anspruch eigener Art müsse und könne der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte nicht anstellen. Im Übrigen entspreche die Einbeziehung von Ansprüchen aus § 64 S. 1 GmbHG in den Versicherungsschutz auch dem erkennbaren Zweck des Versicherungsvertrages. Die D&O-Versicherung diene als Fremdversicherung der Absicherung der versicherten Person vor Vermögenseinbußen, sodass der Versicherte nicht davon ausgehen werde, dass ausgerechnet das potentiell existenzvernichtende Haftpflichtrisiko aus § 64 S. 1 GmbHG von der Deckung der D&O-Versicherung ausgeschlossen sei.⁷

Dass diese Auslegung regelmäßig dem Verständnis aller Beteiligten bei Versicherungsabschluss entsprach, zeigt sich dadurch, dass in neueren Versicherungsverträgen der Deckungsanspruch in Bezug auf Erstattungsansprüche aus § 64 S. 1 GmbHG bzw. § 15b Abs. 4 InsO nunmehr ausdrücklich geregelt ist.

III. Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes

Nicht selten sind Geschäftsführer der Auffassung, dass die für das Versicherungsjahr vereinbarte Versicherungssumme für die in diesem Jahr begangenen Pflichtverletzungen zur Verfügung steht, bei Pflichtverletzungen in mehreren Versicherungsjahren demnach jeweils erneut, wie dies bei einer klassischen Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung, welche nach dem Verstoßprinzip reguliert, der Fall ist. Inanspruchnahmen durch den Insolvenzverwalter aus Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzureife, welche sich regelmäßig über einen Zeitraum von über einem Jahr erstrecken, stehen sie daher oftmals zunächst gelassen gegenüber – dies im Übrigen auch, wenn der Versicherungsvertrag zu diesem Zeitpunkt bereits beendet ist.

Die Geschäftsführer unterliegen hierbei der Fehlvorstellung, dass bei einer D&O-Versicherung ebenfalls das im deutschen

1 BGH, Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19, NZI 2021, 41.

2 OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.7.2018 – I-4 U 93/16, NZI 2018, 758; Urt. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, r + s 2020, 562.

3 Gesetzesbegründung zu § 15a InsO, BT-Drs. 19/24181, S. 193 mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, § 64 S. 1 GmbHG (Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550).

4 Nach dem durch das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG (BGBl. 2020, Teil I Nr. 66, S. 3256) eingeführten § 15b Abs. 4 S. 2 InsO ist die Haftung des Geschäftsführers betragsmäßig auf den der Gläubigerschaft entstandenen Schaden begrenzt. Hiernach handelt es sich wohl um eine Schadensersatzhaftung, vgl. Brinkmann, ZIP 2020, 2361.

5 OLG Celle, Beschl. v. 1.4.2016 – 8 W 20/16, BeckRS 2016, 125428; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.7.2018 – I-4 U 93/16, NZI 2018, 758; Urt. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, r + s 2020, 562; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 7.8.2019 – 3 U 6/19, BeckRS 2019, 51227.

6 BGH, Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19, NZI 2021, 41.

7 Zum Vorstehenden BGH, Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19, NZI 2021, 41.

Versicherungsvertragsrecht vorherrschende Verstoßprinzip gilt. Hiernach gewährt der Versicherer Versicherungsschutz, wenn das haftungsbegründende Ereignis im Versicherungszeitraum eintritt. Der Zeitpunkt der Inanspruchnahme ist für den Eintritt des Versicherungsfalls unerheblich.

D&O-Versicherungen basieren hingegen vorwiegend auf dem Anspruchserhebungsprinzip (claims made). Entscheidend für die Leistungspflicht des Versicherers ist nicht die haftungsbegründende Handlung sondern vielmehr die erstmalige (schriftliche) Geltendmachung des Haftungsanspruchs gegenüber dem Geschäftsführer als versicherte Person. Der Versicherungsfall wird mithin durch die Inanspruchnahme des Versicherten ausgelöst. Für den zeitlichen Umfang des Versicherungsschutzes führt dies grundsätzlich zu einer unbegrenzten Rückwärtsversicherung, da bei Abstellen lediglich auf den Inanspruchnahmezeitpunkt auch bereits vor Vertragsbeginn begangene Pflichtverletzungen vom Versicherungsschutz erfasst werden.⁸ Die Vertragsbedingungen sehen allerdings regelmäßig lediglich eine zeitlich begrenzte Rückwirkung des Versicherungsschutzes vor; im Übrigen werden Pflichtverletzungen, welche bei Vertragsschluss dem Versicherungsnehmer/Versicherten bereits bekannt waren, gewöhnlich vom Versicherungsschutz ausgenommen.

1. Folgen des Anspruchserhebungsprinzips und deren Abmilderung mittels Nachmeldefrist

Das Anspruchserhebungsprinzip weist gegenüber dem Verstoßprinzip erhebliche Nachteile für den Geschäftsführer auf. Da im Fall der Inanspruchnahme des Geschäftsführers aus Geschäftsführerhaftung nach § 15b Abs. 4 InsO der Insolvenzverwalter die Erstattung sämtlicher nach Eintritt der Insolvenzzureife geleisteter Zahlungen regelmäßig in einem Anspruchsschreiben fordert, behandelt der Versicherer dies unabhängig vom Zeitpunkt der erfolgten Zahlungen als einen Versicherungsfall mit der Folge, dass die Versicherungssumme nur einmalig zur Verfügung steht. Diese Vertragsgestaltung kann daher zu erheblichen Deckungslücken im Versicherungsschutz führen. Deckungslücken können sich ferner ergeben, indem nur solche Haftungsansprüche erfasst sind, die während der Versicherungszeit geltend gemacht werden und somit grundsätzlich alle Ansprüche ausgeschlossen sind, deren Geltendmachung erst nach der Beendigung des Versicherungsvertrags erfolgt. Der versicherte Geschäftsführer läuft Gefahr, dass zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung der Versicherungsvertrag bereits beendet ist und somit kein Versicherungsschutz mehr besteht, obwohl die zum Schadensersatzanspruch führende Pflichtverletzung während der Vertragslaufzeit begangen worden ist. Dies ist im Fall der Inanspruchnahme aus § 15b Abs. 4 InsO meist der Fall, da durch den Versicherer mit oder unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der D&O-Versicherungsvertrag regelmäßig gekündigt wird. In der Praxis sind auch öfters Klauseln vereinbart, wonach die Versicherung automatisch zum Quartalsende nach Anordnung einer Sicherungsmaßnahme nach der Insolvenzordnung endet.

Eine Abmilderung der aus dem Anspruchserhebungsprinzip resultierenden Folgen wird durch die Vereinbarung einer Nachmeldefrist erreicht.⁹ Hierdurch wird der Versicherungsschutz auf die Zeit nach Vertragsbeendigung erstreckt, wenn hinsichtlich vor Vertragsbeendigung begangener Pflichtverletzungen eine schriftliche Geltendmachung von Haftungsansprüchen erst nach Vertragsende erfolgt. Durch die Nachmeldefrist soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Pflichtverletzungen im Bereich der Organtätigkeit nicht oder

oft nicht zeitnah zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen führen.¹⁰ Den Interessen des Versicherers an einer Risikobegrenzung wird zum einen dadurch gedient, dass die Versicherungsbedingungen regelmäßig zeitliche Beschränkungen enthalten, wobei die Länge der Nachfrist oftmals in Abhängigkeit zur Vertragsdauer steht.¹¹ Zum anderen ist für die gesamte – gegebenenfalls mehrjährige – Nachhaftungszeit regelmäßig eine Beschränkung des Versicherungsschutzes auf die Höhe des unverbrauchten Teils der Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres vorgesehen. Für den Geschäftsführer verbleibt somit das Risiko des fehlenden respektive unzureichenden Versicherungsschutzes, wenn die Nachmeldefrist zu kurz bemessen und die Inanspruchnahme erst nach deren Ablauf erfolgt oder die Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres bereits teilweise „verbraucht“ ist bzw. in der Nachhaftungszeit mehrere Versicherungsfälle eintreten.

Die Nachteile des Anspruchserhebungsprinzips zeigen sich besonders deutlich bei einem Ausscheiden des Geschäftsführers. Sind nach den maßgeblichen Versicherungsbedingungen nicht auch die ehemaligen Organmitglieder vom Kreis der versicherten Personen erfasst, verliert dieser mit Ausscheiden seinen Versicherungsschutz. Da die Folgen von Pflichtverletzungen häufig erst später erkennbar sind, ist eine Inanspruchnahme erst nach Ausscheiden nicht ungewöhnlich. Der ehemalige Geschäftsführer sieht sich nun – unvorhergesehen – erheblichen Haftungsansprüchen ausgesetzt, welche er aus seinen privaten Mitteln zu befriedigen hat, obwohl zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine D&O-Versicherung bestand und diese sogar zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch besteht.

2. Vereinbarkeit des Anspruchserhebungsprinzips (claims made) mit deutschem Recht

Die aus dem anglo-amerikanischen Recht stammende D&O-Versicherung ist gesetzlich nicht geregelt, sodass die allgemeinen Regelungen insbesondere zur Haftpflichtversicherung in §§ 100 ff. VVG sowie zur Versicherung für fremde Rechnung in §§ 43 ff. VVG¹² gelten. Versicherungsvertragliche Grundlage der jeweiligen D&O-Versicherung ist die Versicherungspolice, die dort zum Gegenstand des Vertrages gemachten Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie die besonderen Vertragsbedingungen.

Zur Frage der Vereinbarkeit des einer D&O-Versicherung regelmäßig zugrundeliegenden Anspruchserhebungsprinzips mit deutschem Recht existiert bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Als eines der ersten Gerichte befasste sich mit dieser Frage das Landgericht München I¹³, hiernach folgten weitere einzelne Gerichte.¹⁴

Nach der vorliegenden Rechtsprechung steht das Anspruchserhebungsprinzip nicht im Widerspruch zu der im Gesetz für die Haftpflichtversicherung vorgesehenen Regelungen (§§ 100 ff. VVG).¹⁵ Der Gesetzgeber habe bewusst den Versicherungsfall

10 OLG München, Ur. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.
 11 In der Praxis werden auch unbegrenzte Nachmeldefristen vereinbart.
 12 Eine vom Unternehmen abgeschlossene D&O-Versicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von § 43 Abs. 1 VVG: Das Unternehmen schuldet als Versicherungsnehmer die Versicherungsprämie und kann gemäß § 45 Abs. 1 VVG über die Rechte, die dem Versicherten aus dem Versicherungsvertrag zustehen, im eigenen Namen verfügen. Versicherte Personen und Anspruchsinhaber sind die Organmitglieder und oftmals auch leitende Angestellten.
 13 LG München I, Ur. v. 25.9.2008 – 12 O 20461/07, VersR 2009, 210.
 14 OLG München, Ur. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714; LG Wiesbaden, Ur. v. 23.2.2011 – 7 O 120/10, BeckRS 2011, 143306; OLG Frankfurt, Ur. v. 5.12.2012 – 7 U 73/11, r + s 2013, 329.
 15 OLG Frankfurt, Ur. v. 5.12.2012 – 7 U 73/11, r + s 2013, 329.

8 *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2016, 143.

9 OLG München, Ur. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.

im Bereich der Haftpflichtversicherung nicht definiert, um die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten nicht einzuschränken.¹⁶ Die Verwendung des Anspruchserhebungsprinzips sei auch nicht überraschend im Sinne des § 305c BGB, wenn ausreichend deutlich darauf hingewiesen wird.¹⁷ Ein Versicherungsnehmer, der im speziellen Segment der Berufshaftpflicht für Unternehmensleiter Versicherungsschutz erlangen will, und auf dessen Empfängerhorizont abzustellen sei, könne ferner selbst bei oberflächlicher Recherche die Gepflogenheiten am Markt der D&O-Versicherungen – Versicherungsschutz nur bei Geltung des Anspruchserhebungsprinzips – feststellen.¹⁸ Ebenso halten das Anspruchserhebungsprinzip beinhaltende Klauseln einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle stand, soweit dessen Nachteile durch Vorteile anderer Vertragsbedingungen ausgeglichen werden.¹⁹ Die Kompensation der Nachteile könne hierbei insbesondere mittels Rückwärtsversicherung, der Möglichkeit einer Umstandsanzeige²⁰ sowie einer Nachhaftung erfolgen.²¹

Ob eine Kompensation der Nachteile bereits durch eine gewährte Rückwärtsversicherung eintreten kann, erscheint zumindest fraglich, denn diese ist dem Anspruchserhebungsprinzip immanent.²² Darüber hinaus werden bei Vertragsschluss dem Versicherungsnehmer/Versicherten bereits bekannte Pflichtverletzungen gemeinhin vom Versicherungsschutz ausgenommen. Der Ausschluss bekannter Pflichtverletzungen wird indes rechtlich nicht zu beanstanden sein, da dies dem versicherungsrechtlichen Prinzip entspricht, dass Risiken, die sich bereits verwirklicht haben, nicht mehr nachträglich versicherbar sind.²³ Für die Kenntnis der Pflichtverletzung dürfte darlegungs- und beweispflichtig der Versicherer sein, da der bestehende Versicherungsschutz der Rückwärtsversicherung zugunsten des Versicherers begrenzt wird und somit ein Auschlussstatbestand vorliegt.²⁴

Eine Erweiterung des Versicherungsschutzes stellt hingegen die Nachhaftung dar, da eine solche sich nicht aus dem Anspruchserhebungsprinzip ergibt. Die Ausgestaltung der Nachmeldefristen variiert in den Versicherungsbedingungen der verschiedenen Anbieter, sodass sich die Frage stellt, welche Dauer der Nachmeldefrist zur Kompensation der sich aus dem Anspruchserhebungsprinzip ergebenden Nachteile geeignet ist. Die vorliegende Rechtsprechung erachtete eine lediglich auf ein Jahr begrenzte Nachmeldefrist bei einer Vertragsdauer von einem Jahr als ausreichend²⁵, jedenfalls sei eine fünfjährige Nachhaftungsfrist nicht gefordert.²⁶ Berücksichtigt man die Erwartungen des typischen Kundenkreises einer D&O-Versicherung, dürfte festzustellen sein, dass Unternehmensleiter, die sich gegen Inanspruchnahmen aufgrund Pflichtverletzungen

im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit versichern, jedoch regelmäßig nicht damit rechnen, dass der Versicherungsschutz bereits vor der Verjährung der Ansprüche endet. Ein Rückgriff auf die Verjährungsfristen von in Betracht kommenden Haftungsansprüchen²⁷ würde hierbei ein sachliches Kriterium darstellen und überlässt die Beantwortung der Frage nach der Angemessenheit der Dauer einer Nachmeldefrist nicht dem Zufallsprinzip.²⁸

Ob der Bundesgerichtshof der unterinstanzlichen Rechtsprechung folgt und die Vereinbarung des Anspruchserhebungsprinzips ebenfalls als nicht überraschend im Sinne von § 305c BGB ansieht, bleibt abzuwarten, insbesondere da er in seiner Entscheidung vom 18.11.2020 nochmals ausdrücklich klarstellt, dass es bei Versicherungen für fremde Rechnung, wozu die meisten D&O Versicherungen zählen, entscheidend auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen ankommt. Die gravierenden Unterschiede bei Vereinbarung des Anspruchserhebungsprinzips in Abweichung vom im deutschen Haftpflichtversicherungsrecht etablierten Verstoßprinzip sind den Versicherten nur schwer vermittelbar und von diesen in der Praxis kaum verstanden.

IV. Sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes

1. Versicherungssumme

In der Praxis ist zu beobachten, dass die bei Vertragsschluss gewählte Versicherungssumme regelmäßig zur Deckung der geltend gemachten Ansprüche nicht ausreicht. Die vereinbarte Versicherungssumme ist der Höchstbetrag für jeden Versicherungsfall und für alle während eines Versicherungsjahres eingetretenen Versicherungsfälle zusammen. Die Versicherungssumme sollte sich daher an möglichen Vermögensschäden orientieren, was naturgemäß schwer kalkulierbar ist.

Im Hinblick auf die Haftung nach § 15b Abs. 4 InsO sollte sich die Versicherungssumme maßgeblich nach der Höhe der Zahlungsausgänge im Unternehmen richten. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass unter Geltung des Anspruchserhebungsprinzips eine Summierung der Versicherungssumme der jeweiligen Versicherungsjahre, in denen die Zahlungen entgegen § 15b Abs. 1 InsO erfolgten, abweichend von der verbreiteten Annahme in Anspruch genommener Geschäftsführer seitens der Versicherer ausgeschlossen wird. Die Höhe der jährlichen Zahlungsausgänge im Unternehmen dürfte insoweit regelmäßig den benötigten Versicherungsschutz nicht abdecken, die Versicherungssumme sollte vielmehr den Zahlungsausgängen von mindestens zwei Jahren entsprechen.²⁹

Aus Sicht des Versicherten kann es sich darüber hinaus als nachteilig erweisen, dass die Versicherungssumme für die Gesamtheit der versicherten Personen zur Verfügung steht. Gab es in einem Versicherungsjahr bereits mehrere Versicherungsfälle, steht für den einzelnen Versicherten in seinem Fall möglicherweise keine ausreichende Versicherungssumme mehr zur Verfügung. Insbesondere bei einer Mehrzahl an Versicherten, wie es bei Konzernpolen üblich ist, ist daher gegebenenfalls der Abschluss einer persönlichen D&O-Versicherung in Erwägung zu ziehen.

16 Gesetzesbegründung zu § 100 VVG, BT-Drs. 16/3945, S. 85, das claims-made-Prinzip wird hierbei ausdrücklich genannt.

17 LG München I, Urt. v. 25.9.2008 – 12 O 20461/07, VersR 2009, 210; nachfolgend bestätigt durch OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.

18 OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.

19 OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.12.2012 – 7 U 73/11, r + s 2013, 329.

20 Der Versicherte kann dem Versicherer vorsorglich vor einer sich bereits konkret abzeichnenden Haftungsinanspruchnahme die maßgeblichen Umstände mitteilen. Werden Haftungsansprüche nachfolgend tatsächlich geltend gemacht, wird dies so behandelt, als sei der Versicherungsfall bereits im Zeitpunkt der Anzeige eingetreten.

21 OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.

22 *Schimikowski*, r + s 2009, 331; *Heße*, NZI 2009, 790.

23 OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714, *Schimikowski*, r + s 2009, 331.

24 Offengelassen OLG Koblenz, Urt. v. 18.6.2010 – 10 U 1185/09, VersR 2011, 1042.

25 LG München I, Urt. v. 25.9.2008 – 12 O 20461/07, VersR 2009, 210; nachfolgend bestätigt durch OLG München, Urt. v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714.

26 OLG Frankfurt, Urt. v. 5.12.2012 – 7 U 73/11, r + s 2013, 329.

27 Für die Innenhaftung §§ 43 Abs. 4 GmbHG, 93 Abs. 6 AktG, 15b Abs. 7 InsO, für die Außenhaftung § 195 BGB.

28 *Heße*, NZI 2009, 790; vgl. auch *Schimikowski*, r + s 2009, 331 mit Verweis auf eine in Frankreich gesetzlich vorgeschriebene fünfjährige Nachhaftungszeit; a. A. *Schramm*, r + s 2009, 18.

29 Auf die strafrechtliche Relevanz einer Insolvenzsverschleppung (§ 15a Abs. 4 – Abs. 6 InsO) sei hier der Vollständigkeit halber hingewiesen. Die klassische D&O-Versicherung bietet hier keinen Versicherungsschutz.

2. Serienschaden

Regelmäßiger Bestandteil von D&O-Versicherungsverträgen sind sog. Serienschadenklauseln. Ein Serienschaden liegt vor, wenn ein oder mehrere Anspruchsteller Ansprüche geltend machen aufgrund einer Pflichtverletzung, welche durch eine oder mehrere versicherte Personen begangen wurde, oder aufgrund mehrerer durch eine oder mehrere versicherte Personen begangenen Pflichtverletzungen, sofern diese Pflichtverletzungen demselben Sachverhalt zuzuordnen sind und miteinander in rechtlichem, wirtschaftlichem oder zeitlichem Zusammenhang stehen. Die Serienschadenklausel fasst diese Pflichtverletzungen zu einem Versicherungsfall zusammen, indem sie unabhängig vom tatsächlichen Zeitpunkt der Geltendmachung der einzelnen Ansprüche einen einheitlichen Zeitpunkt für den Eintritt des Versicherungsfalls fingiert, konkret den Zeitpunkt der ersten Inanspruchnahme. Hierdurch beschränkt sich die Deckungssumme für die gesamte Schadenserie auf die Versicherungssumme dieses Versicherungsjahres, selbst wenn die Inanspruchnahmen der Versicherten in verschiedenen Versicherungsjahren erfolgten. Die Serienschadenklausel ist demnach in erster Linie eine Risikobegrenzung zugunsten des Versicherers. Vorteile ergeben sich allerdings auch für den Versicherten. So muss er einen gegebenenfalls vereinbarten Selbstbehalt nur einmal zahlen. Darüber hinaus kann eine Serienschadenklausel auch deckungserweiternd wirken. Die Fiktion des Eintrittszeitpunkts des Versicherungsfalls auf den Zeitpunkt der ersten Inanspruchnahme dürfte dazu führen, dass auch nach Ablauf der Nachmeldefrist geltend gemachte Ansprüche, welche als Serienschaden zu qualifizieren sind, zur Leistungspflicht des Versicherers führen.³⁰ Es könnten demnach etwa weitere Teilschäden einer Schadenserie geltend gemacht oder weitere Organmitglieder in Anspruch genommen werden. Regelmäßig enthalten Versicherungsbedingungen allerdings eine Einschränkung dahingehend, dass die Serienschadenklausel lediglich die während der Wirksamkeit des Versicherungsvertrages geltend gemachte Ansprüche erfasst.

Bei einer Inanspruchnahme des Geschäftsführers aus § 15b Abs. 4 InsO ist die Serienschadenklausel von geringer praktischer Relevanz. Zwar wird sich der Versicherer auf einen Serienschaden berufen, die Begrenzung der Deckungssumme auf das Versicherungsjahr der Inanspruchnahme ergibt sich jedoch bereits unter Geltung des Anspruchserhebungsprinzips daraus, dass der Insolvenzverwalter die sich aus § 15b Abs. 4 InsO ergebenden Ansprüche in der Regel im Gesamten einmalig geltend macht. Selbst wenn eine Geltendmachung weiterer Ansprüche erst im folgenden Versicherungsjahr erfolgt, wird eine weitergehende Deckung nicht zu erreichen sein. In der Regel ist zu diesem Zeitpunkt der Versicherungsvertrag bereits beendet, da die Versicherer üblicherweise im zeitlichen Zusammenhang mit der Verfahrenseröffnung, spätestens nach dem Eintritt des ersten Versicherungsfalls die Kündigung des Versicherungsvertrages aussprechen. Demnach läuft zu diesem Zeitpunkt bereits die Nachmeldefrist mit der Folge, dass der Versicherungsschutz auf die Höhe des unverbrauchten Teils der Versicherungssumme des letzten Versicherungsjahres beschränkt ist.

V. Ausschluss des Versicherungsschutzes

Besteht für den durch die begangene Pflichtverletzung entstandenen Schaden grundsätzlich Versicherungsschutz, ist die Versicherungsleistung noch längst nicht eingezogen. Bei Abzeichnen der Einstandspflicht berufen sich die Versicherer

häufig auf ein Freiwerden aufgrund von Ausschlussstatbeständen.

1. Wissentlichkeit

Wesentlicher Haftungsausschlussgrund in der Praxis ist der durch den Versicherer erhobene Einwand der Wissentlichkeit. In den Versicherungsbedingungen sind regelmäßig Haftpflichtansprüche, welche auf wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder auf sonstigen wissentlichen Pflichtverletzungen beruhen, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Dabei setzt der Wissentlickeitsausschluss direkten Vorsatz des Handelnden voraus. Der Versicherungsnehmer muss die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidrig zu handeln.³¹ Für die Verwirklichung der subjektiven Merkmale ist der Versicherer darlegungs- und beweispflichtig. Grundsätzlich hat dieser Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dies geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer/der versicherten Person im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, aus denen sich ergibt, dass die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen.³² Hingegen kann sich der Versicherte nicht exkulpieren, indem er darlegt, auf den Nichteintritt eines Schadens vertraut zu haben, da der Wissentlickeitsausschluss schadensunabhängig ist.³³ Ein solcher Vortrag kann sich vielmehr als Bumerang erweisen, indem hierdurch auf die Kenntnis der Pflicht und deren Verletzung geschlossen werden kann.

Vorgenannte Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast des Versicherers gelten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung allerdings dann nicht, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, sogenannte berufliche Kardinalpflichten.³⁴ In diesem Fall könne bereits vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden, sodass die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung vermutet wird. Es obliegt nun dem Versicherten, diese Vermutungswirkung zu entkräften, was sich umso schwieriger gestalten wird, je länger die streitgegenständliche Angelegenheit vergangen ist.

Bei welchen Pflichten des Geschäftsführers es sich um Kardinalpflichten handelt, ist in der Rechtsprechung bisher nicht geklärt. Bedeutung können hier insbesondere die im Rahmen von Haftungsprozessen nach § 64 GmbHG ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu den Organisationspflichten des Geschäftsführers erlangen. Hiernach muss der Geschäftsführer eine Organisation schaffen, die ihm die jederzeitige Kenntnis der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ermöglicht, bei Krisenanzeichen hat er die Insolvenzureife durch Aufstellung eines Vermögensstatus zu prüfen und schließlich muss er sich gegebenenfalls fachkundig beraten lassen, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt.³⁵ Der Verstoß gegen diese Pflichten begründet im Haftungsprozess einen Fahrlässigkeitsvorwurf.³⁶ Ein Geschäftsführer kann sich hierbei nicht mit Erfolg auf eine Verteilung der

31 BGH, Urt. v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, NJW-RR 2001, 1311.

32 Zum Vorstehenden BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13, NJW 2015, 947.

33 Lange, DStR 2002, 1626.

34 BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13, NJW 2015, 947.

35 BGH, Urt. v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NJW-RR 2012, 1122; BGH, Urt. v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, NZG 2012, 672.

36 BGH, Urt. v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NJW-RR 2012, 1122; BGH, Urt. v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, NZG 2012, 672.

30 Herdter/Czeremuga, Die VersicherungsPraxis 03/2019; entgegen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.7.2017 – I – 4 U 61/17, VersR 2018, 217.

Geschäftsführungsaufgaben und eine hieraus resultierende anderweitige Ressortzuständigkeit berufen, denn von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsführung wird er nicht entbunden.³⁷ Dass im nachfolgenden Deckungsprozess aus diesen Organisationspflichten das Vorliegen von Kardinalpflichten mit der Folge der Vermutung der wissentlichen Pflichtverletzung abgeleitet wird, erscheint zumindest nicht ausgeschlossen,³⁸ insbesondere da der Gesetzgeber nunmehr in § 1 Abs. 1 StaRUG die Pflicht des Geschäftsführers zur Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement kodifiziert hat.

2. Obliegenheitsverletzungen

Nach dem Eintritt des Versicherungsfalls kann der Versicherer vom Unternehmen als Versicherungsnehmer die Erteilung von Auskünften, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich sind, verlangen. Die Auskunftspflicht ist in § 31 Abs. 1 VVG normiert und stellt eine nach dem Gesetz zwar sanktionslose, für den Versicherungsnehmer dennoch verbindliche Obliegenheit dar.³⁹ Sofern die Allgemeinen Versicherungsbedingungen eine Leistungsfreiheit des Versicherers bei Verstoß gegen die Obliegenheit beinhalten, führt eine grob fahrlässige Verletzung der Obliegenheit zu einem Leistungskürzungsrecht (§ 28 Abs. 2 S. 2 VVG), eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung gar zur Leistungsfreiheit des Versicherers (§ 28 Abs. 2 S. 1 VVG). Voraussetzung der Leistungsfreiheit ist gemäß § 28 Abs. 3 VVG – außer im Fall der Arglist – die Kausalität der Obliegenheitsverletzung für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles oder für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers. Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer gemäß § 28 Abs. 4 VVG auf die Rechtsfolge der (teilweisen) Leistungsfreiheit gesondert hinzuweisen.

Der Umfang der Auskunftspflicht bestimmt sich nach dem Auskunftsverlangen des Versicherers. Dabei ist anerkannt, dass der Versicherungsnehmer nicht von sich aus den Versicherer über alle für Grund und Höhe des Versicherungsanspruchs wesentlichen Umstände in Kenntnis setzen muss; er darf vielmehr abwarten, bis der Versicherer an ihn herantritt und die Informationen anfordert.⁴⁰ Nur in sehr restriktiv zu handhabenden Ausnahmefällen, in denen sich selbst dem Versicherungsnehmer die Mitteilungsbedürftigkeit von Informationen aufdrängen muss, trifft diesen eine spontane Offenbarungspflicht.⁴¹

Welche Angaben zur Ermittlung des Sachverhalts erforderlich sind, entscheidet grundsätzlich der Versicherer.⁴² Dieser kann auch Auskünfte über solche mit dem Schadensereignis in Zusammenhang stehende Tatsachen verlangen, aus denen sich seine Leistungsfreiheit ergeben kann.⁴³ Der Versicherungsnehmer hat auch hier wahrheitsgemäß und vollständig Auskunft zu erteilen, lediglich objektiv für die Schadenregulierung nicht erforderliche Auskünfte kann er verweigern. Da dem Versicherer ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt und die Frage der Erforderlichkeit ex ante zu beurteilen ist,⁴⁴ sollte der Versicherungsnehmer vor einer Auskunftsverweigerung deren Berechtigung sorgfältig prüfen (lassen).

Den Geschäftsführer treffen als versicherte Person gemäß § 31 Abs. 2 VVG ebenfalls die umfangreichen Auskunftspflichten,

sodass die zur Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung entsprechend zu beachten ist.

Im Rahmen der Kommunikation zwischen den Beteiligten sind dabei Interessenkollisionen zu lösen, welche sich insbesondere im Fall der Innenhaftung aus dem Wesen einer D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung ergeben. Das Unternehmen macht gegen sein Organmitglied einen Haftungsanspruch aufgrund einer durch diesen zu Lasten des Unternehmens begangenen Pflichtverletzung geltend. Das Organmitglied wehrt sich mit Hilfe des Versicherers gegen die Inanspruchnahme durch das Unternehmen, wobei dieses die Hilfe des Versicherers zuvor durch Zahlung der Versicherungsprämie eingekauft hat. Den nachfolgenden Deckungsprozess gegen den Versicherer führt das Organmitglied als Anspruchsinhaber der Versicherungsleistung. Hierbei wiederum erlangt es Unterstützung vom Unternehmen, da die Versicherungsleistung letztendlich diesem zugutekommt.⁴⁵

Die Beteiligten finden sich in den getrennt zu führenden Haftungs- und Deckungsprozess demnach in wechselnden Rollen wieder. Der einstige Mitstreiter wird zum Gegner, der einstige Gegner zum Mitstreiter. An den einstigen Mitstreiter weitergegebene Informationen können sich nunmehr nachteilig auswirken. Insbesondere Informationen, die der Geschäftsführer im Rahmen des Haftungsprozesses an den Versicherer gibt, verwendet dieser bei Abzeichnen seiner Einstandspflicht nicht selten, um sich auf Ausschlussstatbestände zu berufen. Die Kommunikation mit dem Versicherer ist daher sowohl seitens des Unternehmens als Versicherungsnehmer als auch des Geschäftsführers als versicherte Person äußerst bedacht und bestenfalls mit fachkundiger anwaltlicher Unterstützung zu führen.

VI. Inanspruchnahme der D&O-Versicherung durch den Insolvenzverwalter/Sachwalter des Unternehmens

Zwischen Geltendmachung des Versicherungsschutzes aus einer D&O-Versicherung und endgültigem Feststehen der Zahlungspflicht des Versicherers können oft Jahre vergehen. Im Fall einer streitigen Auseinandersetzung ist zunächst über den Haftungsanspruch und hiernach über den Deckungsanspruch zu entscheiden, wobei die Verfahren regelmäßig über zwei Instanzen geführt werden. Eine Vereinfachung kann sich ergeben, wenn die versicherte Person ihren Freistellungsanspruch an den Anspruchsteller abtritt. Dieser kann dann unmittelbar gegenüber dem Versicherer vorgehen und Zahlung verlangen. Das insbesondere in früheren Versicherungsbedingungen enthaltene generelle Abtretungsverbot ist nach Einführung des § 108 Abs. 2 VVG unwirksam. Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmen daher nun regelmäßig, dass die Versicherungsansprüche vor ihrer endgültigen Feststellung nicht abgetreten werden können, aber – in Übereinstimmung mit § 108 Abs. 2 VVG – hiervon die Abtretung an den geschädigten Dritten ausgenommen ist.

Der überwiegende Teil der in Praxis gemeldeten Schadenfälle der D&O-Versicherungen betreffen die sogenannte Innenhaftung, d. h. Ansprüche des Unternehmens gegen seine Organmitglieder. Das Unternehmen ist also gleichzeitig Versicherungsnehmer und Anspruchsteller. Dass in diesem Fall der geschädigte Versicherungsnehmer Dritter im Sinne von § 108 Abs. 2 VVG und den entsprechenden Abtretungsklauseln der Versicherungsbedingungen ist, stellte der Bundesgerichtshof mit zwei Leitentscheidungen klar, in welchen er sich ausführlich mit der gegenteiligen Literaturmeinung auseinandersetzt.

⁴⁵ Zum Vorstehenden *Hoffmann-Becking*, ZHR 181 (2017), 737.

³⁷ BGH, Ur. v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, NZG 2019, 225.

³⁸ *Jüngel*, NZI 2015, 272.

³⁹ BGH, Ur. v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14, NJW 2017, 1391.

⁴⁰ BGH, Ur. v. 16.11.2005 – IV ZR 307/04, NJW-RR 2006, 460.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 19.5.2011 – IV ZR 254/10, VersR 2011, 1549.

⁴² BGH, Ur. v. 16.11.2005 – IV ZR 307/04, NJW-RR 2006, 460.

⁴³ BGH, Ur. v. 13.12.2006 – IV ZR 252/05, NJW 2007, 1126.

⁴⁴ BGH, Ur. v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14, NJW 2017, 1391.

te.⁴⁶ Gegen eine weite Auslegung des Begriffs „Dritter“ in § 108 Abs. 2 VVG spreche weder eine Missbrauchsgefahr noch der in der Haftpflichtversicherung grundsätzlich geltende Trennungsgrundsatz, da die Abtretung des Deckungsanspruchs an den geschädigten Dritten vom Gesetz in § 108 Abs. 2 VVG ausdrücklich gebilligt wird.⁴⁷

Dritter im Sinne von § 108 Abs. 2 VVG ist im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Versicherungsnehmerin der Insolvenzverwalter, sodass an diesen der Freistellungsanspruch abzutreten ist. Ist Eigenverwaltung angeordnet und ein Sachwalter bestellt, verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei der Schuldnerin. Analog § 280 InsO ist der Sachwalter zur Durchsetzung der Ansprüche nach § 15b Abs. 4 InsO berechtigt.⁴⁸ § 280 InsO ermächtigt den Sachwalter hierbei zur Verfügung über ein fremdes Recht im eigenen Namen. Er kann somit ausschließlich Leistung an den Schuldner verlangen.⁴⁹ Die Abtretung des Freistellungsanspruchs sollte daher an die Schuldnerin zur Geltendmachung durch den Sachwalter erfolgen.

Die Abtretung des Freistellungsanspruchs hat erfüllungshalber zu erfolgen, da ohne den fortbestehenden Haftungsanspruch auch der Deckungsanspruch erlischt. Durch die Abtretung erfüllungshalber wird während der Anspruchsverfolgung im Direktprozess gegen den Versicherer eine gleichzeitige Verfolgung der Ansprüche gegenüber dem Geschäftsführer ausgeschlossen. Da der Haftungsanspruch bestehen bleibt, verbleibt für den Geschäftsführer das Risiko der Inanspruchnahme, wenn die Versicherungsleistung die geltend gemachten Ansprüche nicht (vollständig) deckt. Aus Sicht des Geschäftsführers sollte die Abtretungsvereinbarung daher auch Regelungen beinhalten, dass nach Abschluss des Direktprozesses eine weitergehende Inanspruchnahme ausgeschlossen oder der Höhe nach beschränkt wird. Eine derartige Beschränkung der Durchsetzung der Haftungsansprüche auf die Haftpflichtversicherungsleistung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als deckungsschädlich anzusehen.⁵⁰ Insbesondere die §§ 108 bis 110 VVG belegen, dass die Haftpflichtversicherung auch den Geschädigten schützen soll, indem letztlich die Versicherungsleistung dem Geschädigten zugutekommt.⁵¹

VII. Fazit und Praxistipp

Die Schadenregulierung von D&O-Versicherungsfällen ist komplex und kann sich als langwierige Angelegenheit erweisen. Um etwaige Fallstricke schon im Vorfeld zu beseitigen, ist bereits bei Abschluss einer D&O-Versicherung einiges zu beachten.

Gute Versicherungsbedingungen beinhalten zunächst eine an den Verjährungsfristen von Haftungsansprüchen orientierte oder unbeschränkte sowie unverfallbare Nachmeldefrist für Inanspruchnahmen nach Vertragsbeendigung. Unverfallbar bedeutet dabei, dass die Nachhaftung auch dann nicht verfällt, wenn ein neuer Versicherungsvertrag bei einem anderen Anbieter abgeschlossen wird. Darüber hinaus sollte die Wahl der Versicherungssumme wohl bedacht sein und nicht zu gering gewählt werden. Der Kreis der versicherten Personen sollte

auch ehemalige Organmitglieder – bestenfalls ohne Einschränkungen – umfassen. Sofern für diese lediglich eine Nachmeldefrist für Inanspruchnahmen nach deren Ausscheiden vereinbart ist, sollte sich diese ebenfalls an den gesetzlichen Verjährungsfristen orientieren. Hiervon zu unterscheiden ist die Nachmeldefrist nach Beendigung des Versicherungsvertrags mit der beschriebenen Folge der Beschränkung der Versicherungssumme. Um die hierdurch begründete Gefahr von Deckungslücken zu vermeiden, ist Organmitgliedern bei deren Ausscheiden anzuraten, mit dem Unternehmen die Aufrechterhaltung des bestehenden Versicherungsschutzes für einen an den Verjährungsfristen orientierten Zeitraum vertraglich zu vereinbaren.

Jeder Geschäftsführer sollte zusätzlich die Notwendigkeit des Abschlusses einer persönlichen D&O-Versicherung prüfen.

Im Rahmen der Inanspruchnahme der Versicherungsleistung sind die sich insbesondere im Fall der Innenhaftung im Dreiecksverhältnis zwischen Unternehmen, dem Organmitglied sowie dem Versicherer aufgrund der wechselnden Rollen im Haftungs- und Deckungsprozess ergebenden Interessenkonflikte zu beachten. Ein unbedachter Sachvortrag des versicherten Organmitglieds, aber auch des Unternehmens, im Haftungsprozess kann zum Unterliegen im nachfolgenden Deckungsprozess führen. Die Beauftragung eines auf diesem Gebiet erfahrenen, von der Versicherungsgesellschaft unabhängigen Rechtsanwalts ist im Schadensfall dringend anzuraten.

Wird der Geschäftsführer vom Insolvenzverwalter/Sachwalter aus § 15b Abs. 4 InsO in Anspruch genommen, kann er seinen Freistellungsanspruch an diesen unter gleichzeitiger Beschränkung seiner persönlichen Haftung abtreten. Hierbei sollte er versuchen, dass die Anwaltskosten seiner Rechtsvertretung im Rahmen der Korrespondenz mit der Versicherung durch die Insolvenzmasse übernommen werden, da diese nicht unerheblich sind und ein vorrangiges Interesse des Insolvenzverwalters an der Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes zur Realisierung der Ansprüche besteht, welcher die Ansprüche aufgrund fehlender Leistungsfähigkeit des Geschäftsführers bei diesem unmittelbar nicht realisieren kann.

Letztendlich bleibt festzuhalten, dass zur Vereinbarkeit des Anspruchserhebungsprinzips mit dem deutschen Recht keine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, was die Tendenz der Versicherungsgesellschaften zum Vergleichsabschluss widerspiegelt. Die rechtliche Prüfung des Versicherungsvertrages empfiehlt sich daher auch bei scheinbarer Leistungsfreiheit des Versicherers.

46 BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13, NJW 2016, 2184; Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 51/14, BeckRS 2016, 7881.

47 BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13, NJW 2016, 2184; Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 51/14, BeckRS 2016, 7881.

48 Vgl. BGH, Beschl. v. 15.7.2010 – IX ZB 65/10, Rn. 19, NZI 2010, 734.

49 Kirchhoff/Kern, in: MüKo InsO, 4. Aufl. 2020, § 280, Rn. 8.

50 BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13, NJW 2016, 2184; Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 51/14, BeckRS 2016, 7881.

51 BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13, NJW 2016, 2184; Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 51/14, BeckRS 2016, 7881.