

D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung?

Sara Vanetta / Dr. Bero-Alexander Lau

Agenda

- Einführung
- Struktur der D&O-Versicherung
- D&O-Versicherungen in der Krise
- D&O-Versicherungen im Insolvenzeröffnungsverfahren
- D&O-Versicherungen Insolvenzverfahren
- Ansprüche gegen Organe
- Fazit

Einführung

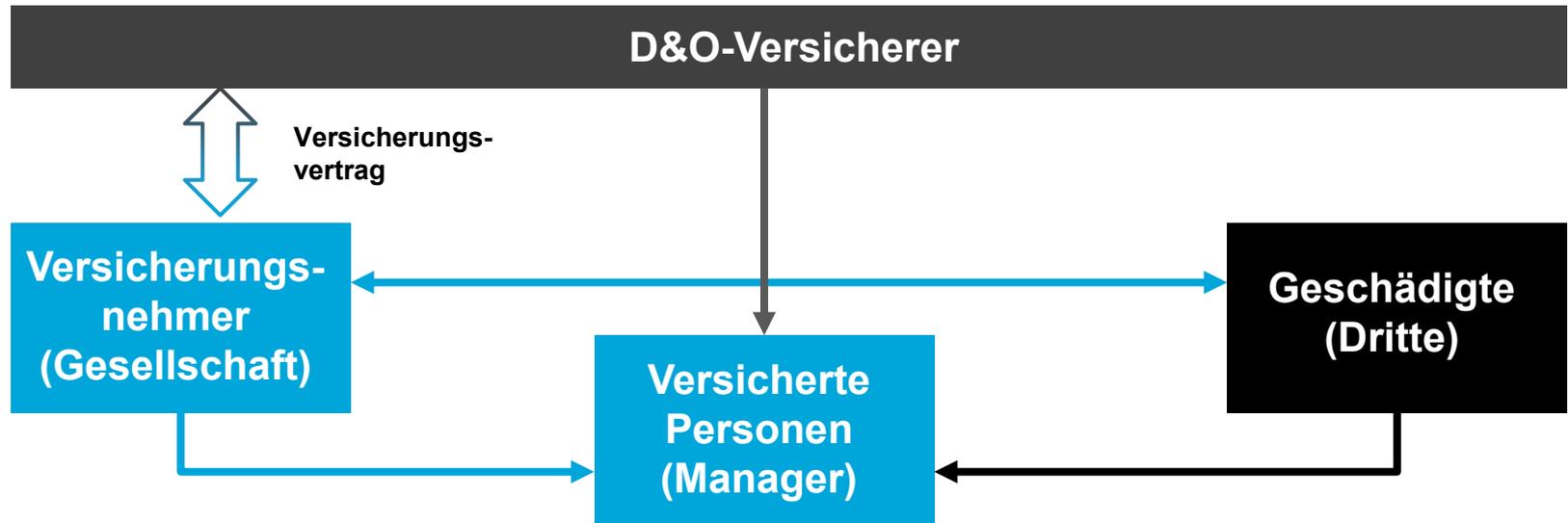
- Zunehmende Absicherung von Organen durch D&O-Versicherungen (=„Directors-and-Officers-Versicherung“), Prämienvolumen von rd. Mio. DM 20,0 (1998) auf rd. Mio. € 600,0 (2017) pro Jahr angewachsen.
- „Deckung schafft Haftung“ / § 64 GmbHG bzw. §§ 92 Abs. 3, 92 Abs. 2 AktG
- Rechtsprechung zu D&O-Versicherungen in der Insolvenz „rar“; aber OLG Düsseldorf v. 20.07.2018 (Az. I-4 U 93/16), ZIP 2018, 1542 ff.

Struktur der D&O Versicherung I

- D&O Versicherung = Vermögensschadenhaftpflichtversicherung
 - Versicherungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer (VN) und Versicherung (VS) zugunsten der versicherten Personen (vP), i.d.R. den Organmitgliedern juristischer Personen.
 - Versicherungsschutz wird für den Fall gewährt, dass vP wegen einer bei der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen wird.
- D&O Versicherung als Haftpflichtversicherung (§§ 100 ff. VVG) für fremde Rechnung (§§ 43 ff. VVG); selbst gesetzlich nicht geregelt.

Struktur der D&O Versicherung II

- Die an der D&O-Versicherung beteiligten Personen sind



Struktur der D&O Versicherung III

□ Zweck

- Absicherung der vP vor Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung) und VN (Innenhaftung). Bei Insolvenzscenario vor allem Innenhaftung gegenüber VN bzw. Insolvenzverwalter (IV) gem. § 64 GmbHG bzw. §§ 93 Abs. 2, 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG relevant.
- Dagegen nicht: Schutz der Vermögensinteressen des VN, diese ist allenfalls ein „günstiger Reflex“, vgl. auch Sieg, in Höra, MAwHdb VersR, § 17 Rz. 38, Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1855; a.A. OLG Düsseldorf v. 20.07.2018, 4 U 93/16, ZIP 2018, 1542 ff.

Struktur der D&O Versicherung IV

- Grundlage der D&O Versicherung
 - Versicherungsvertrag bestehend aus Police und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) des jeweiligen VS.
 - Die Bedingungen sind nicht einheitlich und unterscheiden sich oftmals erheblich voneinander! Zudem Änderung der Bedingungen für jedes Versicherungsjahr möglich!
- Anspruchserhebungsprinzip („Claims-Made-Policy“) im Gegensatz zum Verstoßprinzip
 - Versicherungsfall ist die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen vP, auf den Verstoß gegen vertragliche bzw. gesetzliche Pflichten oder den Eintritt des Schaden-ereignisses kommt es nicht an!

Struktur der D&O Versicherung V

□ Claims-Made-Policy

- Claims-Made-Klauseln unterliegen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB, sind aber nicht überraschend i.S. § 305c Abs. 1 BGB.
- Maßgeblich ist die Inanspruchnahme. Versicherungsschutz besteht demnach grds. nur für Inanspruchnahmen während der Dauer des Versicherungsvertrags für während der Versicherungszeit eingetretene Versicherungsfälle; Nachteilig aufgrund der langen Verjährungsfristen von 5 bzw. 10 Jahren (§§ 64 S. 3, 43 Abs. 4 GmbHG, § 93 Abs. 6 AktG).
- Hintergrund: Bessere Kalkulation des versicherungstechnischen Risikos als beim Verstoßprinzip.

Struktur der D&O Versicherung VI

- Kompensation (OLG Hamburg, Beschluss v. 08.07.2015 – 11 U 313/13; OLG München, Urt. v. 08.05.2009 – 25 U 5136/08)
 - Quasi unbegrenzte Rückwärtsdeckung betreffend Pflichtverletzungen vor Beginn des Versicherungsvertrags
 - Nachmeldefristen, d.h. nach Ablauf des Versicherungsvertrags kann dem VS der Eintritt eines Versicherungsfalls für den versicherten Zeitraum nachgemeldet werden.

Struktur der D&O Versicherung VII

- Dauer der Nachmeldefrist ist nicht einheitlich und von der Ausgestaltung der jeweiligen AVB abhängig. OLG München v. 08.05.2009, NZG 714, 716: 1 Jahr bei einjähriger Vertragsdauer mit automatischer Verlängerung mit jedem Vertragsjahr auf max. 5 Jahre.
 - Ausschluss der Nachmeldefrist für Insolvenzantragstellung bzw. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist unwirksam, vgl. OLG Hamburg v. 08.07.2015, NZI 2015, 851 ff. Ebenfalls unwirksam dürfte ein gänzlicher Verzicht auf Nachmeldefristen sein.
- Umstandsmeldungen

Struktur der D&O Versicherung VIII

- Trennungsprinzip
 - Unterscheidung zwischen Haftpflichtverhältnis (VN-vP), Deckungsverhältnis (vP-VS) und Versicherungsverhältnis (VN-VS). Aufgrund des Trennungsprinzips kein Direktanspruch von VN bzw. IV (bei Innenhaftung) bzw. eines geschädigten Dritten (bei Außenhaftung) gegen VS.
 - Abtretung des Freistellungsanspruchs im Deckungsverhältnis an VN bzw. IV und damit Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen direkten Zahlungsanspruch? Seit BGH v. 13.04.2016, NZG 2016, 745 ff., grds. möglich, für Insolvenzscenario aufgrund Nichtgeltung der Beweiserleichterungen (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG und § 64 S. 2 GmbHG) nicht empfehlenswert, vgl. auch Brinkmann, ZIP 2017, 301 ff; Armbrüster, NJW 2016, 2155 ff.

Struktur der D&O Versicherung IX

- Trennungsprinzip
 - Ergänzung des Trennungsprinzips durch Bindungswirkung der Feststellungen des Haftpflichtprozesses für das Deckungsverhältnis.

Struktur der D&O Versicherung X

- Funktionsweise:
 - Empfehlenswert, dass sowohl VN als auch VR/IV den Versicherungsfall anzeigen
 - Ersetzt werden gerichtliche und außergerichtliche Abwehrkosten sowie der Ausgleich für begründete Schadenersatzansprüche; Abwehrkosten werden im Regelfall vom VR gewährt – Prüfung des Schadenfalls erfolgt erst in einem zweiten Schritt unter (häufiger) Geltendmachung von Ausschlussstatbeständen

Struktur der D&O Versicherung XI

- Üblicherweise kein Versicherungsschutz für vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen; fahrlässige Pflichtverletzungen sind demgegenüber grundsätzlich versichert
 - Standardausschluss basierend auf dem in §§ 138, 276 II BGB abzuleitenden allgemeinen Rechtsgedanken, dass einem Schuldner die Haftung für Vorsatz nicht im Voraus erlassen werden und der VN sich in Bezug auf das versicherte Risiko nicht sorglos verhalten darf; Dilling (VersR 2018, 332) hält Risikoausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung gem. § 307 I, II BGB für unwirksam.

Struktur der D&O-Versicherung XII

D&O-Versicherungen enthalten standardmäßig Kostenanrechnungsklauseln

- Diese sehen vor, dass der Versicherer die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme anrechnet
- Kostenanrechnungsklauseln begegnen Problem der Vervielfachung der Abwehrkosten, das daraus resultiert, dass meist nicht nur das unmittelbar verantwortliche Organmitglied, sondern auch andere Mitglieder der Geschäftsleitung in Anspruch genommen werden

Wirksamkeit strittig wegen Vertragszweckgefährdung, Leitbildcharakter und unangemessener Benachteiligung (OLG Frankfurt v. 09.07.2009, r+s 2011, 509)

Struktur der D&O Versicherung XIII

Abgrenzung zur Errors and Omissions Insurance

Vermögensschadenhaftpflichtversicherung; teils kombiniert mit D&O-Deckung

Soll die Gesellschaft vor der Inanspruchnahme durch Dritte schützen, denen ein Vermögensschaden aufgrund von Fehlern bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Gesellschaft entstanden ist

Andere Schutzrichtung der E&O-Versicherung ggü. D&O-Versicherung:

- D&O Versicherung dient dem Schutz des Managements
- E&O Versicherung dient dem Schutz des Unternehmens

Krisenzeitraum I

- Zeitraum vor Stellung des Insolvenzantrags
 - Keine besonderen Auswirkungen auf den D&O-Versicherungsvertrag
 - Bei Prämienverzug des VN: Kündigung gem. § 38 Abs. 3 VVG bzw. bei Verzug mit Erstprämie Rücktritt gem. § 37 Abs. 1 VVG möglich.
 - § 38 Abs. 1 VVG: Qualifizierte Mahnung, Zahlungsfrist von „mindestens zwei Wochen“. Voraussetzungen der qualifizierten Mahnung werden in § 38 Abs. 1 S. 2 VVG genannt.

Krisenzeitraum II

- § 38 Abs. 3 S. 1 VVG: Nach Fristablauf der in der qualifizierten Mahnung aufgeführten Frist: Kündigungsmöglichkeit, sofern VN nach wie vor mit Prämienzahlung im Verzug ist. Achtung: Die Kündigung des Versicherungsvertrags kann gem. § 38 Abs. 3 S. 2 VVG bereits mit der Zahlungsfrist i.S. § 38 Abs. 1 VVG verbunden werden.
- § 38 Abs. 3 S. 3 VVG: Kündigung unwirksam, wenn der VN innerhalb eines Monats nach der Kündigung, oder, wenn diese mit der Fristbestimmung i.S. § 38 Abs. 3 S. 2 VVG verbunden wird, innerhalb eines Monats nach Fristablauf die Zahlung leistet.

Insolvenzeröffnungsverfahren

- Stellung des Insolvenzantrags (Insolvenzeröffnungsverfahren)
 - Keine besonderen Auswirkungen auf den D&O-Versicherungsvertrag
 - Versicherungsbedingungen, die eine Aufhebung des D&O Versicherungsvertrags nach Stellung eines Insolvenzantrags vorsehen, sind als „insolvenzabhängige Lösungsklauseln“ unwirksam (§ 119 InsO).
 - Sonderrechte der §§ 103 ff. InsO greifen (noch) nicht ein, sondern erst nach Verfahrenseröffnung.
 - Bei Prämienverzug des VN: § 38 Abs. 3 VVG (Folgeprämie) bzw. § 37 Abs. 1 VVG (Erstprämie); deswegen genaue Prüfung und Abwägung sinnvoll, ob Prämie bezahlt oder ggf. der Versicherungsvertrag aufgehoben wird. Ablösung durch vP gem. § 34 VVG möglich.

Insolvenzverfahren I

- Mit Verfahrenseröffnung Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den IV (§ 80 Abs. 1 InsO)
- Kein außerordentliches Kündigungsrecht des VS, Recht zur ordentlichen Kündigung wird allerdings nicht berührt.
- Keine „automatische Beendigung“ des Versicherungsvertrags. Klauseln, welche dies vorsehen, sind als „insolvenzabhängige Lösungsklauseln“ unwirksam (vgl. § 119 InsO).
- Problem: Anwendung der §§ 37, 38 VVG nach Verfahrenseröffnung?
 - Umstritten, nach h.L. werden diese Regelungen durch § 103 Abs. 1 InsO verdrängt.

Insolvenzverfahren II

- Auswirkungen der §§ 103 ff. InsO:
 - „Suspensivtheorie“: Verträge bleiben unverändert bestehen, allerdings kann keine Vertragspartei ihre noch offenen (!) Ansprüche gegenüber der anderen aufgrund der Einrede des § 320 BGB durchsetzen.
 - § 103 InsO betrifft nur gegenseitige nicht oder nicht vollständig erfüllte Verträge. D.H. keine Anwendung des § 103 InsO, wenn Versicherungsvertrag von VN oder VS bereits erfüllt ist.
 - Wahlrecht des IV bzw. Möglichkeit der Aufforderung zur Wahlrechtsausübung durch den VS.
 - Vertrag mit Versicherungsmakler endet automatisch, §§ 115 Abs. 1, 116 S. 1 InsO!

Insolvenzverfahren III

- Vertrag bei Verfahrenseröffnung vollständig durch VN erfüllt:
 - D.H. Prämie für den Zeitraum vor Verfahrenseröffnung voll bezahlt: für bezahlten Versicherungszeitraum ist die Regelung des § 103 InsO nicht einschlägig.
 - Sofern die Versicherung länger benötigt wird, sind nach Ablauf des Versicherungszeitraums Erfüllungswahl und Zahlung der Prämie durch IV sinnvoll, um sich ggf. einen „unverbrauchten Versicherungszeitraum“ oder eine längere Nachmeldefrist zu erkaufen.

Insolvenzverfahren IV

- Vertrag bei Verfahrenseröffnung nicht (vollständig) durch VN erfüllt:
 - D.H. Prämie bei Verfahrenseröffnung nicht bzw. teilweise nicht bezahlt. Zunächst Prüfung, für welchen Zeitraum die Prämie nicht bezahlt wurde und wie lange die Nachmeldefrist ist. Ferner Prüfung, ob ggf. Prämienzahlung sinnvoll ist, um einen „unverbrauchten Versicherungszeitraum“ zu erhalten. Anschließend ggf. Ausübung des Wahlrechts.

Insolvenzverfahren V

- Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Organen gem. § 60 Abs. 1 InsO bei Nichterfüllungswahl? Lt. BGH vom 14.04.2016 (IX ZR 161/15, NZI 2016, 580 ff., so auch BGH vom 10.01.2017 ,II ZR 94/15, DB 2017, 536) kein Anspruch der Organe gegenüber IV auf Aufrechterhaltung der D&O Versicherung. Den IV treffen ausschließlich Versicherungspflichten im Interesse des Schuldners und seiner Gläubiger. Wichtig aber Hinweispflicht auf § 34 VVG!

Ansprüche gegen Organe I

- Aufarbeitung von Ansprüchen gegenüber Organen
 - Schadenersatzansprüche gem. § 43 Abs. 2 GmbHG (Verjährung: 5 Jahre, § 43 Abs. 4 GmbHG) bzw. gem. § 93 Abs. 2 und 3 AktG (Verjährung: 5 bzw. bei börsennotierten Gesellschaften 10 Jahre, § 93 Abs. 6 AktG).
 - Häufig: Innenhaftungsansprüche für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) o. Überschuldung (§ 19 InsO), § 64 S. 1 GmbHG; §§ 93 Abs. 2, 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG.

Ansprüche gegen Organe II

- Aufarbeitung von Ansprüchen gegenüber Organen
 - Beachtung der Versicherungsbedingungen: ggf. sind Klauseln vorhanden, wonach für „Haftungsansprüche wegen Verletzung von insolvenzrechtlichen Pflichten“ oder für „Haftpflichtansprüche, die im Fall der Insolvenz des VN von einem IV geltend gemacht, werden“ kein Versicherungsschutz gewährt wird. AGB-Prüfung (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB) notwendig!

Ansprüche gegen Organe III

- Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Organen
 - Beachtung des Claims-Made-Prinzips und der Nachmeldefrist:
Schadenersatzanspruch ist spätestens innerhalb der Nachmeldefrist von IV gegenüber vP geltend zu machen.
 - Nach Geltendmachung des Anspruchs gegenüber vP i.d.R. umfassende und zeitaufwendige Ermittlungstätigkeit des VS sowie Einschaltung externer Anwälte.
Kosten hierfür werden von der Versicherungssumme abgezogen!

Ansprüche gegen Organe IV

- Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Organen
 - Damit korrespondierend: Umfangreiche Obliegenheitspflicht des IV, weil dieser Zugriff auf die Vertrags- und Buchhaltungsunterlagen des VN hat (§§ 80 Abs. 1, 148 InsO).

Ansprüche gegen Organe V

- Einwände des VS:
 - Vorsätzliche Pflichtverletzung, vgl. § 103 VVG. Vorsatz (bedingter Vorsatz reicht aus) betreffend Pflichtverletzung und Schaden notwendig.
 - Wissentliche Pflichtverletzung. Ausreichend ist lediglich ein wissentlich begangener Verstoß der vP gegen ihre Pflichten (bedingter Vorsatz reicht nicht aus). Eintritt des Schadens muss nicht vom Vorsatz erfasst werden.
 - Beweisbelastet für Ausschlusstatbestände ist VS.

Ansprüche gegen Organe VI

- Einwände des VS:
 - Aber Beweiserleichterungen durch Indizienbeweis betreffend wissentliche Pflichtverletzungen bei Verletzung von Kardinalpflichten, d.h. solcher Pflichten, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden könne, vgl. BGH v. 17.12.2014, VersR 2015, 181 f.

Ansprüche gegen Organe VII

- OLG Düsseldorf v. 20.07.2018, Az.: 4 U 93/16, ZIP 2018, 1542
 - Kein D&O-Versicherungsschutz für die Rückforderungsansprüche des Insolvenzverwalters gem. § 64 GmbHG
 - § 64 S. 1 GmbHG = „Ersatzanspruch eigener Art“ und damit kein „Schadenersatzanspruch“ i.S. der AVB

Ansprüche gegen Organe VIII

- Inhalt der Entscheidung bzgl. § 64 GmbHG
 - Versicherungsschutz wurde „für den Fall“, gewährt, „dass vP [...] wegen einer [...] Pflichtverletzung [...] für einen Vermögensschaden von VN oder einem Dritten (hierzu zählt auch der IV) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird [...]“.
 - Für den versicherten – kaufmännisch tätigen Personenkreis – sei bei angemessenem Studium der Bedingungen erkennbar, dass eine Ersatzpflicht nach § 64 S.1 GmbHG nicht vom Versicherungsschutz der D&O-Versicherung umfasst sei.

Ansprüche gegen Organe IX

- Inhalt der Entscheidung bzgl. § 64 GmbHG – Fortsetzung
 - § 64 S. 1 GmbHG sei keinem Schadensersatzanspruch i.S. der AVB gleichzustellen, weil es an einem schadensersatzähnlichen Charakter der Norm fehle. § 64 GmbHG diene allein dem Interesse der Gläubigergesamtheit und schädige nicht die Gesellschaft. Gegen eine Vergleichbarkeit mit einem Schadensersatzanspruch spreche auch die Tatsache, dass einem Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG keine Einwendungen entgegengehalten werden könnten.

Ansprüche gegen Organe X

□ Stellungnahme:

- Die Entscheidung des OLG Düsseldorf überzeugt nicht:
 - AVB sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher VN sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Es kommt auf die Verständnismöglichkeit und Interessen eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse an.
 - Die Anforderungen des OLG an die Erkennbarkeit für den fiktiven VN bzw. die vP sind überspannt und höhlen den Auslegungsmaßstab bis zur Bedeutungslosigkeit aus.

Ansprüche gegen Organe XI

- Stellungnahme:
 - Bei verständiger Würdigung des Maßstabes des „fiktiven Versicherungsnehmers“ ist vielmehr davon auszugehen, dass dieser Bedingungen insoweit im Hinblick auf den Ausschluss von Insolvenzrisiken durchsehen wird (und auch durchsehen muss).

Ansprüche gegen Organe XII

- Wenn der Versicherer derartige Risiken nicht eindeutig ausschließt, müssen fiktiver VN und besonders die fiktiven vP davon ausgehen dürfen, dass diese auch mitumfasst sind.
- Die vom OLG zitierte Grundsatzentscheidung des BGH (Urteil v. 15. März 2011, II ZR 204/09, NZI 2011, 542) ist nicht im Zusammenhang mit versicherungsrechtlichen Fragen ergangen. Von daher ist sie im Hinblick auf Auslegungsfragen zu Versicherungsbedingungen unergiebig.

Ansprüche gegen Organe XIII

- Auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 04.07.2018 (IV ZR 121/17, NJW 2018, 2958) bezüglich der unzulässigen Überforderung von VN bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen erscheint die Ansicht des OLG nicht haltbar.
- Versicherer haben jahrelang Ansprüche aus § 64 GmbHG reguliert
- Es ist auch vor diesem Hintergrund nicht begründbar, wie Ausschluss für VN und vP erkennbar gewesen sein soll.

Ansprüche gegen Organe XIV

- Im Ergebnis verlangt das OLG Düsseldorf vertiefte rechtliche Spezialkenntnisse von VN bzw. den vP.
- Das ist in der Konsequenz tatsächlich eine Aufgabe der gefestigten höchstrichterlichen Auslegungsgrundsätze von Versicherungsbedingungen.
- Die Nichtzulassung der Revision ist deshalb fragwürdig und erscheint unverständlich.

Fazit

- D&O Versicherungen können ein taugliches Mittel zur Masse-generierung darstellen.
- Wichtig hierzu: Zahlung der Prämien, Beachtung der Nachmeldefristen und Obliegenheitspflichten sowie konstruktiver Kontakt zu den Vertretern der D&O Versicherungen
- I.d.R. Abschluss eines Vergleichs zur Vermeidung hoher Gerichts- und Anwaltskosten

Contact



Dr. Bero-Alexander Lau

Local Partner, Bielefeld

T +49 521 92279 100

E bero-alexander.lau@whitecase.com



Sara Vanetta

Local Partner, Berlin

T +49 30 880911 888

E sara.vanetta@whitecase.com

White & Case

Marktstraße 5
33602 Bielefeld
Germany

T +49 521 92279 100

F +49 521 92279 129

In this presentation, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

This presentation is prepared for the general information of our clients and other interested persons. It is not, and does not attempt to be, comprehensive in nature. Due to the general nature of its content, it should not be regarded as legal advice.

Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.