

## D&O-Versicherung: Kehrtwende in der Rechtsprechung – kein Versicherungsschutz bei verzögerter Insolvenzantragsstellung nach § 92 AktG / § 64 GmbHG

*Rechtsanwalt Dr. Dennis Geissler, Partner, avocado rechtsanwälte, Frankfurt am Main*

Nach dem OLG Celle hat ganz aktuell das OLG Düsseldorf (Urteil vom 20.7.2018, 4 U 93/16, BeckRS 2018, 16103 = GWR 2018, 353 [Stretz]) angenommen, dass Ansprüche nach § 64 GmbHG nicht vom Versicherungsschutz allgemeiner D&O-Versicherungspolice gedeckt sind. Für Versicherte und versicherte Personen führt das zu gefährlichen Deckungslücken.

### I. Bandbreite der Haftungsrisiken

Vom Deckungsschutz der D&O-Versicherungen umfasst ist das Risiko der Inanspruchnahme der versicherten Personen (Organmitglied) durch die Versicherte (Gesellschaft) wegen bei Ausführung des Amtes begangener Pflichtverletzungen (vgl. „Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung“, Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Stand: August 2017) (Spindler/Stilz/Fleischer, 3. Aufl. 2015, AktG § 93 Rn. 230). Einschlägig sind wegen des

Prinzips der Anspruchserhebung (Claims-made) stets die zum Zeitpunkt der erstmaligen Anzeige eines Haftpflichtanspruchs einschlägigen Bedingungen und Versicherungssummen (v. Schenck, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494, 496.).

Generell ist bei der Bestimmung des Versicherungsschutzes zwischen Innenhaftungs- (Haftungsansprüche der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin gegen die versicherten Organmitglieder) und Außenhaftungsansprüchen (Haftungsansprüche Dritter gegen die versicherten Organmitglieder) zu unterscheiden (Böttcher, NZG 2008, 645, 646).

#### 1. Innenhaftung

Innenhaftungsansprüchen ist die Gefahr des kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Versicherten und der versicherten Person zum Nachteil des Versicherers immanent (OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.1.2014 – 4 U 176/11, r + s 2014, 122, 123.). Deshalb verlangt die

Rechtsprechung als anspruchsbegründenden Umstand des Versicherungsfalls eine ernstliche Inanspruchnahme des Organmitglieds (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.7.2013 – 4 U 149/11, r+s 2013, 599, 600). Allgemeine Versicherungsbedingungen sehen regelmäßig vor, dass sich der Versicherungsschutz eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht auf den Teil des Schadensersatzanspruchs der GmbH, welcher die Quote seiner Kapitalbeteiligung ausmacht (Eigenschadenklausel), beschränkt (MüKoGmbHG/Fleischer, 2. Aufl. 2016, GmbHG § 43 Rn. 376).

## 2. Außenhaftung

Außenhaftungsansprüche liegen vor, wenn nicht die Versicherte, sondern Dritte außerhalb des Versicherungsverhältnisses, Ansprüche gegen die versicherte Person erheben (z. B. Insolvenzverwalter). Ebenfalls umfasst sind Schadensersatzansprüche von Gesellschaftern, oder Mitarbeitern (Sieg in Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Auflage 2017, § 17 Rn. 10 ff.). Die verzögerte Insolvenzantragstellung führt regelmäßig zu Außenhaftungsansprüchen (§ 64 GmbHG bzw. § 93 II, III Nr. 6 i. V. m. § 92 II AktG).

Der dogmatische Hintergrund liegt darin, dass Gläubiger Ansprüche gegen die Gesellschaft im Insolvenzfall nicht mehr vollständig durchsetzen können (Geissler, GmbHR 2016, 1130).

## II. D&O Versicherungsschutz

D&O-Versicherungen haben in der Vergangenheit nicht nur die Kosten der Rechtsverteidigung übernommen, sondern im Rahmen der Deckungssumme auch hinsichtlich der Außenhaftung eine Einstandspflicht hinsichtlich der Ersatzansprüche akzeptiert (vgl. BGH NZG 2010, 346; BGH NJW 2015, 2806; Born, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 7, 5).

## III. Entscheidung des OLG Celle

Des OLG Celle hat in einem Beschluss nach § 91 a ZPO vom 1.4.2016 angenommen, dass Ansprüche nach § 64 S. 1 GmbHG nicht vom Versicherungsvertrag erfasst seien (OLG Celle, BeckRS 2016, 125428 mit Anmerkung Geissler, GWR 2018, 285). Das OLG Celle begründete dies nicht im Detail, sondern führte vielmehr aus, dass es nach summarischer Prüfung zu dem Ergebnis gelangt sei, dass Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG systematisch nur dann erfasst sein könnten, wenn nicht nur „Schadenersatzansprüche“ versichert seien. Inwieweit Versicherer auf dieser Grundlage Ansprüche hätten zurückweisen können, blieb schon deshalb unklar, weil das OLG Celle nur über die Kostenlast zu entscheiden hatte (Cyrus, Neue Entwicklungen in der D&O-Versicherung, NZG 2018, 7, 9). Gleichwohl hat die Entscheidung einmal mehr eine Debatte ausgelöst und Unsicherheiten verursacht.

## IV. Entscheidung OLG Düsseldorf

Nun ist das OLG Düsseldorf der Linie des OLG Celle gefolgt und hat ausführlich begründet, weshalb der

Ersatzanspruch aus § 64 GmbH nur im Rahmen einer ausdrücklichen Hervorhebung versichert sei. Die Revision wurde nicht zugelassen. Auch das OLG Düsseldorf führte in seinem Urteil vom 20.7.2018 aus, dass § 64 GmbHG nicht die versicherte Gesellschaft, sondern ihre Gläubiger schütze. Schließlich komme eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers nur der Insolvenzmasse zu Gute. Deshalb begründe der Anspruch aus § 64 GmbHG keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen Anspruch eigener Art. Dies schon deshalb, weil verbotene Zahlungen regelmäßig keinen Schaden der Gesellschaft verursachten. Denn soweit ein Vermögenswert durch die Zahlung abfließe, würde die Gesellschaft gleichzeitig von einer Verbindlichkeit befreit. Nach bilanzieller Betrachtung läge kein relevanter Schaden vor. Deshalb sei § 64 GmbHG (wohl) einen Schadensersatzanspruch begründende Norm im versicherungsrechtlichen Sinne. Dem stehe nach Auffassung des OLG Düsseldorf auch nicht entgegen, dass die Versicherungsbedingungen nach ständiger Rechtsprechung des BGH extensiv und „*anhand des Interesses am unmittelbaren Leistungsgegenstand (...)* wie es in den den Versicherungsnehmer bindenden Verträgen seinen Niederschlag findet“ (BGH, NJW-RR 2012, 103) auszulegen seien. Bei D&O-Versicherungspolice seien die Bedingungen unter Berücksichtigung der im Versicherungsvertrag erfassten Personen auszulegen. Ein untermittelbares Interesse bestehe aber nur im Verhältnis des Versicherten zu der versicherten Person. Entsprechend könne sich der Versicherungsschutz nur dann auf Dritte erstrecken, wenn dies ausdrücklich vereinbart sei (OLG Celle, BeckRS 2016, 125428).

## V. Kritik

In der Praxis ist zu befürchten, dass Versicherer unter Bezugnahme auf die vorbesprochenen Entscheidungen Einstandspflichten nicht nur hinsichtlich des Erstattungsanspruchs nach § 64 GmbHG, sondern auch hinsichtlich der Ansprüche aus § 92 II iVm § 93 III Nr. 6 AktG ablehnen werden.

Die Argumentation des OLG Düsseldorf ist mit Blick auf die Perspektive der Gesellschaft sicher vertretbar. Schließlich unterscheidet § 64 GmbHG nicht zwischen berechtigten und unberechtigten Zahlungen. Zahlungen, die ein sorgsamer Geschäftsleiter nicht vorgenommen hätte, fallen bereits unter § 43 I GmbHG und ggf. unter das deliktische Haftungsregime. Berechtigte Zahlungen sind nach dem GmbHG und dem AktG nur dann „verboten“, wenn sie nach Insolvenzzureife vorgenommen wurden. Selbst in dieser Zeit kann der Gesellschaft aus bilanzieller Sicht nur dann ein Schaden entstehen, wenn die Gesellschaft nicht von einer Verbindlichkeit befreit würde (ein Fall des § 43 GmbHG) (Geissler, GmbHR 2016, 1130). Damit bezieht sich § 64 GmbHG eben nicht auf „Schadenersatzansprüche“. Entsprechend würde Versicherungsschutz nur bestehen, soweit die Police neben Schadensersatzansprüchen auch sonstige Ansprüche nach § 64 GmbHG und § 92 AktG ausdrücklich erwähne.

Berücksichtigt man hingegen den nach ständiger BGH-Rechtsprechung (BGH NJW 2007, 1205, 1208.) maßgeblichen Blickwinkel eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse (BGHZ 123, 83), bestehen Zweifel. Schließlich hat der BGH im Zusammenhang mit Kfz-Haftpflichtversicherungen entschieden, dass neben herkömmlichen Schadensersatzansprüchen auch „schadensersatzähnliche“ Ansprüche versichert seien (BGH NJW-RR 2012, 163, 164). In seiner Entscheidung führt der BGH aus, dass aus der Sicht eines Versicherungsnehmers der Begriff des Schadensersatzanspruchs nicht auf Grund einer abstrakten rechtlichen Abgrenzung gegenüber einem Aufwendungsersatzanspruch auszulegen sei. Schließlich komme es dem Versicherungsnehmer maßgeblich darauf an, dass der Haftpflichtschutz jede Inanspruchnahme erfasse.

Das OLG Düsseldorf hat in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass Beteiligte einer D&O-Versicherung regelmäßig kaufmännisch erfahrene Personen seien. Warum dies bei Haftpflichtversicherungen für Dienstfahrzeuge anders sein sollte, wurde nicht beantwortet.

Offen ist damit, in welche Richtung die Rechtsgebung einschwenken wird. Schließlich kann die Erwartungshaltung der Gesellschaft und ihrer Organe, alle mit der operativen Tätigkeit verbundenen Risiken versichern zu wollen, nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Gleichzeitig ist die dogmatische Unterscheidung zwischen den verschiedenen Schutzbereichen bei Innen- und Außenhaftungsansprüchen zu berücksichtigen. Am Ende bleibt abzuwarten, wann und wie der BGH entscheiden wird. ■