r+s recht und schaden

4/2014
Seite 157–208
41. Jahrgang
15. April 2014

Unabhängige Zeitschrift für Versicherungsrecht und Schadenersatz

Herausgeber:
Prof. Dr. Christian Armbrüster, RiKG a. D. · RA Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. · Prof. Dr. Günter Hirsch, Präsident des BGH a. D., Ombudsmann für Versicherungen · Barbara Mayen, VRinBGH · RAin Monika Maria Risch, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

Schriftleitung:
Prof. Dr. Johannes Wälder (Sprecher) · RA Hermann Lemcke, VorsRiOLG a. D. (stellv..Sprecher) · Joachim Felsch, RiBGH · RA Dr. Ulf Hoenicke · Prof. Dr. Karl Maier · RAin Monika Maria Risch · Dr. Jens Rogler, RiLG · Mathis Rudy, RiLG · Prof. Dr. Peter Schimikowski · RA Wilfried Terno, VRiBGH a. D.

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

Aufsatz

Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst und Rechtsanwalt Jörg Looman, Düsseldorf*

Kostentragung des Versicherers bei (teilweiser) Erschöpfung der VersSumme in der D&O-Versicherung

Gliederung:

I. Einleitung
II. Prozesskostentragungspflicht des Versicherers
1. Fallgruppen des § 101 Abs. 2 VVG
2. Abdingbarkeit des § 101 VVG
a) Individualvertragliche Abdingbarkeit
b) Abdingbarkeit in Allgemeinen VersBedingungen
aa) Ablehnende Ansicht
aaa) Argumente der ablehnenden Ansicht
bbb) Folgen einer Nicht-Abdingbarkeit von § 101 VVG
bb) Bejahende Ansicht
aaa) Argumente der bejahenden Ansicht
bbb) Folgen einer Abdingbarkeit von § 101 VVG
3. Regelung des § 109 VVG
a) Anwendbarkeit des § 109 VVG im Rahmen der D&O-Versicherung
b) VN als „Dritter" im Sinne des § 109 VVG?
aa) VN als Dritter im Sine des § 109 VVG
aaa) Anwendbarkeit des § 109 VVG auf vorliegende Fallkonstellation
bbb) Analoge Anwendung des § 109 VVG auf vorliegende Fallkonstellation
ccc) Anwendung des § 109 VVG im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung
ddd) Zu berücksichtigende Forderungen im Rahmen des § 109 VVG
bb) VN ist kein Dritter im Sinne des § 109 VVG
4. Überschreitung der VersSumme durch mehrere Schadenfälle
III. Schlussfolgerung für Praxis

I. Einleitung

In den letzten Jahren ist zu beobachten, dass die Höhe der geltend gemachten Forderungen gegen (ehemalige) Organmitglieder vielfach stark angestiegen ist. Dies gilt vor allem dann, wenn die Gesellschaft mit ihrer Klage im Kern auf die hinter den Organmitgliedern stehende D&O-Versicherung abzielt, so dass sich die Streitwerte dann häufig im Bereich der D&O-VersSumme bewegen.

Sofern die VersSumme durch die geltend gemachten Forderungen (nahezu) ausgeschöpft werden würde, stellt sich die Frage, inwieweit der D&O-Versicherer auch für die Prozesskosten aufzukommen hat. Für die häufig verwendeten Anrechnungsklauseln in den VerVerträgen ist durch das Urteil des OLG Frankfurt/M.[1] vom 9. 1. 2011 eine erhebliche Unsicherheit bzgl. deren AGB-rechtlichen Zulässigkeit eingetreten.

II. Prozesskostentragungspflicht des Versicherers

Nach § 100 VVG ist der Haftpflichtversicherer verpflichtet, die versicherte Person von begründeten Ansprüchen Dritter (hier der geschädigten Gesellschaft als VN) freizustellen und unbegründete Ansprüche abzuwehren. Nach § 101 Abs. 1 VVG umfasst die Versicherung auch die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die durch die Abwehr der von einem Dritten geltend gemachten Ansprüche entstehen, soweit die Aufwendung dieser Kosten den Umständen nach geboten ist. Diese Kostentragungspflicht wird auf Grund der Abwehrkomponente der Haftpflichtvers. daher auch als Hauptleistungspflicht des Versicherers angesehen[2].

---

* Dr. Johannes Grooterhorst ist Partner der Kanzlei Grooterhorst& Partner, Düsseldorf, Jörg Looman ist Rechtsanwalt ebenda.

1 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 9. 6. 2011, 7 U 127/09, r+s 2011, 509.

2 Terno, r+s 2013, 577, 579; Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 3.

1. Fallgruppen des § 101 Abs. 2 VVG

a) Sofern die Schadenersatzforderung und die Prozesskosten zwar jeweils für sich unterhalb der VersSumme bleiben, aber die VersSumme bei einer Addition der beiden Kostenblöcke überschritten wird, ist der Versicherer nach der gesetzlichen Grundregel des § 101 Abs. 2 VVG, welcher auch in der D&O-Versicherung gilt,[3] zur vollen Übernahme der Prozesskosten verpflichtet.

Wenn die geltend gemachte Schadenersatzforderung unterhalb der VersSumme liegt, ist der Versicherer damit zur vollen Übernahme der Prozesskosten verpflichtet, unabhängig davon, ob durch die Prozesskosten die VersSumme überschritten wird oder nicht.

b) Sofern die begründete Schadenersatzforderung die VersSumme überschreitet, ist der Versicherer zur Übernahme der Prozesskosten nur im Verhältnis von VersSumme und Schadenersatzforderung verpflichtet. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken der §§ 83 Abs. 2, 85 Abs. 3, 75 VVG und wird daher auch außerhalb der AHB als interessengerecht angesehen, so dass die Quotierung auch dann auf diese Weise erfolgen soll, wenn es keine entsprechende AVB-Klausel gibt[4]. Im Bereich der allgemeinen Haftpflichtvers. entspricht Nr. 6.6 der GDV-Mustervertragsbedingungen (Stand: 2008; im Folgenden: „AHB 2008") dieser Rechtslage.

c) Wenn zwar die geltend gemachte Schadenersatzforderung die VersSumme überschreitet, jedoch in einem gerichtlichen Verfahren nur ein Teil dieser Schadenersatzforderung für begründet angesehen wird, hat der Versicherer die Prozesskosten für den abgewiesenen Teil der Forderung vollständig zu tragen. Dies wird damit begründet, dass die Pflicht zur Abwehr unberechtigter Schadenersatzansprüche nicht durch die Deckungssumme begrenzt sei[5]. Hinsichtlich des zugesprochenen Teils der geltend gemachten Forderung kann der Versicherer nur dann auf die anteilige Kostentragungspflicht verweisen, wenn der zugesprochene Teil der Schadenersatzforderung die VersSumme überschreitet.

2. Abdingbarkeit des § 101 VVG

Für die Fälle, in denen der Versicherer trotz Erschöpfung der VersSumme gem. § 101 Abs. 2 VVG zur vollen Übernahme der Prozesskosten der versicherten Personen verpflichtet ist, stellt sich die Frage, ob es dem Versicherer möglich ist, die Regelung des § 101 Abs. 2 VVG abzubedingen und stattdessen eine Anrechnung der Prozesskosten der beklagten versicherten Person auf die VersSumme vorzusehen.

Hierbei soll vor allem geprüft werden, ob der Versicherer eine solche Abbedingung in seinen Allgemeinen VersBedingungen vornehmen darf.

Eine solche Anrechnung der Prozesskosten ist im Bereich der D&O-Versicherung sehr verbreitet. So sehen bspw. die Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (Stand: Mai 2013) in Nr. 4.3 Abs. 1 Satz 2 AVB-AVG eine Anrechnung der Prozesskosten vor.

a) Individualvertragliche Abdingbarkeit

Die Regelung des § 101 VVG wird individualvertraglich als abdingbar angesehen, weil § 101 VVG nicht in dem Katalog der unabdingbaren Regelungen des § 112 VVG enthalten ist.[6]

Eine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage liegt – soweit bekannt – bislang nicht vor.

b) Abdingbarkeit in Allgemeinen VersBedingungen

Sehr umstritten ist allerdings, ob eine Abbedingung der Regelung in § 101 Abs. 2 VVG durch AVB erfolgen kann.

aa) Ablehnende Ansicht

Die Abdingbarkeit des § 101 VVG wird von einem Teil der Literatur und Rechtsprechung verneint.

aaa) Argumente der ablehnenden Ansicht

Begründet wird dies damit, dass die Rechtsverfolgungskosten in der Regel nur deswegen anfallen, weil der Versicherer zuvor die außergerichtliche Regulierung abgelehnt habe[7]. Wenn dann der Prozess – entgegen der Einschätzung des Versicherers – verloren gehe und der Hauptanspruch vom Gericht als begründet angesehen werde, würden die Rechtsanwaltskosten somit der Verantwortungssphäre des Versicherers entspringen[8]. Dem VN bliebe in diesem Fall nur die Möglichkeit, den restlichen Betrag der Schadensumme selbst zu begleichen. Dem VVG sei jedoch der durchgehende Grundsatz zu entnehmen, dass Kosten, die auf Weisung des Versicherers entstanden seien, auch von diesem beglichen werden müssten[9]. Eine AGB-Klausel, die die Anrechnung der Anwaltskosten auf die VersSumme vorsehe, weiche dann aber in unvereinbarer Weise von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab und sei daher nach § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.

Zudem wird in der Literatur ausgeführt, dass der Versicherer die Kosten des Rechtsstreits auch dann in voller Höhe zu tragen habe, wenn die Schadenersatzansprüche ganz oder teilweise als unbegründet abgewiesen werden, unabhängig davon, ob die ursprünglich geltend gemachte Höhe der Schadenersatzansprüche die VersSumme überschritten hätte oder nicht. Grund hierfür sei, dass die Pflicht zur Abwehr unberechtigter Schadenersatzansprüche und die Übernahme der hierfür entstehenden Abwehrkosten nicht durch die Deckungssumme begrenzt seien[10]. Diesem Rechtsgedanken entsprechend seien daher auch die entsprechenden Regelungen in den Musterbedingungen für die Haftpflichtvers. (AHB 2008) angepasst worden. Während nach Ziffer 6.5 AHB 2008 Aufwendungen des Versicherers für Kosten nicht auf die VersSumme angerechnet werden, sehe Nr. 6.6 AHB 2008 vor, dass eine verhältnismäßige Aufteilung der Prozesskosten erst dann in Betracht komme, wenn die VersSumme durch die zur Erfüllung der begründeten Schadenersatzansprüche erforderlichen Entschädigung überschritten werde[11]. Der Begriff der „Prozesskosten" wird in den AHB – und den Kommentierungen – nicht genauer definiert. Aber in der Über-

3 Voit, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Nr. 1 AVB-AVG Rn. 6.
4 Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 101 Rn. 13; Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 22.
5 Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 21; Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 101 Rn. 84; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 11. 1989, 4 U 46/89, NJW-RR 1990, 1367; a. A.: Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 101 Rn. 12, welcher auch hier eine Quotierung zwischen VersSumme und geltend gemachter Forderung vorschlägt.
6 Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 33; Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2011, § 101 Rn. 4; Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 101 Rn. 115.
7 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 9. 6. 2011, 7 U 127/09, r+s 2011, 509; Säcker, VersR 2005, 10, 14; Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2011, § 101 Rn. 4; krit. auch Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 33 sowie Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 101 Rn. 117.
8 Terno, r+s 2013, 577, 580.
9 Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2011, § 101 Rn. 4.
10 Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 21.
11 Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 21.

schrift zu § 91 ZPO wird ebenfalls der Begriff der „Prozesskosten" verwendet und umfasst auch die Anwaltskosten. Da eine abweichende Begriffsbestimmung nicht ersichtlich ist, dürften die Prozesskosten i. S. d. Nr. 6.6 AHB 2008 daher dann auch die Anwaltskosten umfassen.

In der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. wurde zwar nicht explizit zwischen den Anwaltskosten der klagenden VN und den Anwaltskosten der beklagten versicherten Personen differenziert. Da jedoch „die von der Beklagten aufgewendeten Abwehrkosten" nicht von der VersSumme abzuziehen waren, ist davon auszugehen, dass damit auch die Anwaltskosten der beklagten Vorstände und Aufsichtsräte erfasst waren.

bbb) Folgen einer Nicht-Abdingbarkeit von § 101 VVG

Wenn man dem OLG Frankfurt/M. folgt und eine Anrechnung der Anwaltskosten auf die VersSumme ablehnt, dürfte eine Klausel, wonach die Prozesskosten der beklagten versicherten Personen auf die VersSumme anzurechnen ist, unwirksam sein.

Es gelten dann die unter Ziffer II. 1. dargestellten Regelungsmechanismen.

bb) Bejahende Ansicht

Von einem nicht unerheblichen Teil der Literatur wird jedoch die Möglichkeit der Abdingbarkeit von § 101 VVG durch AVB bejaht[12].

aaa) Argumente der bejahenden Ansicht

Neben den Argumenten der Branchenüblichkeit und Prämienkalkulation wird für die Angemessenheit der Anrechnungsklausel vor allem angeführt, dass der D&O-Versicherer dem besonderen Risiko unterliege, dass häufig mehrere Organmitglieder wegen desselben Sachverhalts in Anspruch genommen werden. Denn nur in den seltensten Fällen sei ein Organmitglied allein zum Schadenersatz verpflichtet. Bei einer Aktiengesellschaft möchte der Aufsichtsrat durch die Klageerhebung gegen mehrere Vorstandsmitglieder zudem häufig verhindern, dass er einen Schuldner „übersieht" und sich damit – entsprechend der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH[13] – selbst schadenersatzpflichtig macht.

Daher sei es für den Versicherer im Vornherein kaum möglich, die Zahl der in Betracht kommenden Haftungsschuldner zu bestimmen. Aus diesem Grund komme der Kostenfrage bei der D&O-Versicherung eine besondere Bedeutung zu, so dass der Versicherer ein berechtigtes Interesse daran habe, das unkalkulierbare Risiko der Schuldnermenge durch die Anrechenbarkeit der Prozesskosten zu begrenzen[14].

bbb) Folgen einer Abdingbarkeit von § 101 VVG

Wenn man § 101 VVG für abdingbar hält und eine Anrechnung der Prozesskosten der beklagten versicherten Personen für zulässig erachtet, ist die VersSumme der maximale Betrag, den der Versicherer für den jeweiligen Schadenfall aufwenden muss. Wenn die nach Abzug der Prozesskosten übrig bleibende VersSumme für die Erfüllung der Schadenersatzansprüche der geschädigten Gesellschaft nicht ausreicht, haften die beklagten versicherten Personen mit ihrem Privatvermögen.

3. Regelung des § 109 VVG

Sofern man eine Abdingbarkeit des § 101 Abs. 2 VVG für zulässig erachtet, darf der Versicherer die Prozesskosten auf die VersSumme anrechnen. In diesem Fall stellt sich aber die Folgefrage, wie der Versicherer vorgehen darf – oder sogar muss –, wenn absehbar ist, dass die Schadenersatzansprüche und die Prozesskosten die VersSumme überschreiten werden.

Als denkbare Lösungsmöglichkeit kommt hierbei zum einen das Prioritätsprinzip in Betracht, wonach der Versicherer die Forderungen nach der Eingangsreihenfolge der Rechnungen erfüllt. Sobald die VersSumme erschöpft ist, gehen alle Gläubiger, deren Forderungen noch nicht erfüllt wurden, leer aus und müssen sich – sofern vorhanden – an den eigentlichen Schuldner ihrer Forderungen halten. Die geschädigte Gesellschaft müsste sich bzgl. der Schadenersatzforderung genauso an die versicherte Person wenden wie der Rechtsanwalt der versicherten Personen bzgl. seines Honorars. Im Zweifel dürfte die versicherte Person aber deutlich weniger solvent sein als der Versicherer.

Als zweiter Regelungsmechanismus kommt ein Kürzungs- und Verteilungsverfahren in Betracht. Bei diesem – auch in § 109 VVG geregelten – Verfahren kürzt der Versicherer alle Ansprüche um einen entsprechenden Prozentsatz, so dass alle Beteiligten in gleicher Weise von der nicht ausreichenden VersSumme betroffen wären.

a) Anwendbarkeit des § 109 VVG im Rahmen der D&O-Versicherung

Es stellt sich die Frage, ob § 109 VVG auf die vorliegende Konstellation anwendbar ist. Denn während § 109 VVG die Konstellation regelt, dass der VN gegenüber mehreren Dritten verantwortlich ist, liegt bei der D&O-Versicherung die umgekehrte Konstellation vor, da die VN (die geschädigte Gesellschaft) Schadenersatzansprüche gegen mehrere Dritte – die versicherten Personen – hat.

Sofern das Kürzungs- und Verteilungsverfahren nicht gelten sollte, dürfte das im Zwangsvollstreckungsrecht geltende und in § 804 Abs. 3 ZPO zum Ausdruck kommende Prioritätsprinzip[15] zur Anwendung kommen[16].

b) VN als „Dritter" im Sinne des § 109 VVG?

Maßgeblich für die Anwendbarkeit von § 109 VVG ist die Frage, ob der VN ein Dritter i. S. d. § 109 VVG sein kann.

Eine Definition des „Dritten" ist im VVG nicht vorhanden. In der D&O-Versicherung besteht die Besonderheit, dass der VN meistens zugleich auch Gläubiger der versicherten Person (des Organmitglied des VN) ist.

Der BGH hatte in einem Urteil aus dem Jahre 1986 entschieden, dass ein Kfz-Halter, der durch die Benutzung des versicherten Fahrzeuges von einem mitversicherten Fahrer verletzt wurde, als „Dritter" anzusehen sei[17]. Umstritten ist daher, ob diese Entscheidung auf die D&O-Versicherung übertragbar ist und der VN somit im Rahmen der D&O-Versicherung als Dritter i. S. d. § 109 VVG anzusehen ist.

12 Lenz, in: van Bühren, Handbuch VersRecht, 5. Aufl. 2012, § 26 Rn. 103; Fiedler, PHi 2013, 94, 103; Langheid/Müller-Frank, NJW 2012, 2324, 2325; Sieg, in: Münchener Handbuch zum VersRecht, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 138.
13 BGH, Urt. v. 21. April 1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244.
14 Fiedler, PHi 2013, 94, 98, 100.
15 Stöber, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 804 Rn. 5; Koch, ZVersWiss 2012, 151, 167.
16 Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 109 Rn. 4; Schneider, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersRechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 24 Rn. 153.
17 BGH, Urt. v. 10. 6. 1986, VI ZR 113/85; NJW-RR 1986, 1402.

aa) VN als Dritter im Sinne des § 109 VVG

Von einem Teil der Literatur wird der geschädigte VN als „Dritter" im Sinne des § 109 VVG angesehen[18].

aaa) Anwendbarkeit des § 109 VVG auf vorliegende Fallkonstellation

Die Frage, ob § 109 VVG auch dann eingreift, wenn nur ein Dritter vorhanden ist, aber mehrere versicherte Personen die Prozesskosten gegenüber dem Versicherer geltend machen, wird bislang kaum thematisiert. Zwar ging es in der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. vom 9. 6. 2011 um sämtliche Kosten des Rechtsstreits, so dass anzunehmen ist, dass es auch um die Anwaltskosten der beklagten Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder ging. Jedoch hat auch das OLG Frankfurt/M. keine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob die Anwaltskosten gleichmäßig verringert werden müssen oder ob die Ansprüche nach der zeitlichen Reihenfolge der Geltendmachung befriedigt werden.

In der Literatur wird die Frage nach dem Vorgehen bei nicht ausreichender VersSumme in der D&O-Versicherung – soweit bekannt – bislang nur zweimal thematisiert.

(1) *Koch* vertritt die Ansicht, dass § 109 VVG in der vorliegenden Konstellation entweder analog gelten solle oder zumindest im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in den VersVertrag hineingelesen werden müsse[19]. Er begründet seine Ansicht damit, dass ohne den Verteilungsmechanismus des § 109 VVG das Prioritätsprinzip aus der Einzelzwangsvollstreckung gelte. Bei Geltung des Prioritätsprinzips obliege dem Versicherer das Risiko der fehlerhaften Verteilung der VersSumme und das Organmitglied sei davon abhängig, wann es von der Gesellschaft in Anspruch genommen werde, ohne diesen Zeitpunkt selbst beeinflussen zu können.

(2) *Armbrüster* hingegen lehnt eine analoge Anwendung von § 109 VVG ab, da diese Norm dem sozialen Opferschutz diene und daher nicht auf die konkurrierenden Interessen mehrerer Haftpflichtiger übertragbar sei. Er lehnt ebenfalls das Prioritätsprinzip ab und befürwortet daher – ebenso wie *Koch* – die Aufteilung der nicht genügenden VersSumme auf alle Versicherten[20]. Sofern der VersVertrag keine anderweitige Regelung enthalte, sei dabei – entsprechend § 430 BGB – nach Köpfen aufzuteilen, nicht aber nach der Höhe der jeweiligen Ansprüche der versicherten Personen.

(3) Soweit ersichtlich, wird bisher nicht explizit thematisiert, ob auch die Prozesskosten der versicherten Personen unter die Verteilungsregelung des § 109 VVG fallen. Dafür könnte aber die Haftpflichtkomponente der D&O-Versicherung sprechen sowie die Tatsache, dass durch die Anrechnung der Prozesskosten die versicherten Personen einem ähnlichen Risiko wie die VN bzgl. der Erschöpfung der VersSumme ausgesetzt sind.

bbb) Analoge Anwendung des § 109 VVG auf vorliegende Fallkonstellation

Fraglich ist, ob § 109 VVG im Falle des Überschreitens der VersSumme in der D&O-Versicherung analog gilt. Für eine entsprechende Anwendung des § 109 VVG auf diese Fallkonstellation könnte sprechen, dass § 109 VVG die gleichmäßige Befriedigung der geschädigten Dritten sicherstellen soll[21]. Die Organmitglieder, die keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme haben, können daher ähnlich schutzwürdig und -bedürftig sein wie der Dritte i. S. d. § 109 VVG. Denn in aller Regel dürfte die Schadenersatzforderung der VN zuerst vollstreckbar sein. Sofern der Versicherer nicht bereit ist, die Prozesskosten der versicherten Person zu erstatten, müsste diese gegen den Versicherer noch einen Prozess über die Erstattung der Prozesskosten führen. Sofern die versicherte Person aus diesem Urteil vollstrecken möchte, wurde vermutlich bereits aus dem vormaligen Haftungsprozess vollstreckt, so dass die VersSumme größtenteils – wenn nicht sogar vollständig – aufgebraucht sein dürfte. Das Bedürfnis, dass wegen der hohen Prozesskosten alle Beteiligten gleichmäßig behandelt werden, spricht also für eine analoge Anwendung von § 109 VVG für die vorliegende Fallkonstellation.

Von *Armbrüster* wird hingegen die analoge Anwendung des § 109 VVG abgelehnt, da diese Norm dem sozialen Opferschutz diene. § 109 VVG sei daher nicht auf die konkurrierenden Interessen mehrerer Haftpflichtiger übertragbar[22].

Sofern man § 109 VVG analog anwendet, dürfte diese Norm auch nicht vertraglich abbedungen werden können, denn eine Abdingbarkeit des § 109 VVG würde seinem Wesen und Sinn sowie dem Zweck, der durch diese Norm verfolgt wird (Aufbürden des Risikos der Erschöpfung der VersSumme auf alle Beteiligten), widersprechen[23].

ccc) Anwendung des 109 VVG im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung

Wenn man die analoge Anwendung des § 109 VVG ablehnt, ist zu prüfen, ob der Regelungsgehalt des § 109 VVG im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Teil des VersVertrages wird. Denn, wenn die Fallkonstellation von der Gesetzesnorm zu stark abweicht, um die Gesetzesnorm analog anzuwenden, ist die ergänzende Vertragsauslegung der „gegebene Weg zur Ausfüllung von Vertragslücken"[24].

Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist entweder eine Regelungslücke im Vertrag oder dass Zweifel bestehen, ob eine bestimmte Frage noch von der durch die Parteien getroffenen Regelung erfasst ist oder nicht[25]. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist dabei auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich, sofern die Regelungslücke nicht gerade darauf beruht, dass die AGB nicht wirksam einbezogen wurden oder unwirksam sind[26]. Eine ergänzende Vertragsauslegung ausschließlich zugunsten des AGB-Verwenders (hier also des Versicherers) ist nur ausnahmsweise möglich[27]. Da der Fall der Überschreitung der VersSumme in den AVB in der Regel nur rudimentär geregelt ist und diese Regelung nicht nur dem Schutz des Versicherers

18 Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 100 Rn. 23; Langheid, VersR 2009, 1043; Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31, 42; Koch, r+s 2009, 133, 134.
19 Koch, ZVersWiss 2012, 151, 166.
20 Armbrüster, VersR 2014, 1, 3, 7.
21 Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 1.
22 Armbrüster, VersR 2014, 1, 3, 7.
23 Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2011, § 109 Rn. 7; Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 109 Rn. 10; Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 109 Rn. 22; Schneider, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersRechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 24 Rn. 153.
24 Larenz, Methoden der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 301; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 157 Rn. 6.
25 BGH, Urt. v. 10. 7. 1963, VIII ZR 204/61, BGHZ 40, 91, 103; BGH, Urt. v. 25. 6. 1980, VIII ZR 260/79, BGHZ 77, 301, 304; BGH, Urt. v. 13. 11. 1997, IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157; Larenz, Methoden der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 300; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 157 Rn. 4.
26 BGH, Urt. v. 8. 2. 1988, II ZR 210/87, BGHZ 103, 228, 234; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 306 Rn. 31; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 c Rn. 17.
27 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 c Rn. 17.

dienen soll, sondern Klarheit für die versicherten Personen und den geschädigten Dritten bringen soll, bestehen gegen eine ergänzende Vertragsauslegung somit keine Bedenken.

Maßgebend für die dann einsetzende ergänzende Vertragsauslegung ist, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Teil bedacht hätten. Dabei ist primär an den Vertrag selbst anzuknüpfen, so dass die dort enthaltenen Regelungen und Wertungen der Ausgangspunkt der Vertragsergänzung sind[28]. Da die ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen von AGB erfolgt, darf die Vertragsergänzung nicht nur für den konkreten VersFall eine interessensgerechte Lösung finden, sondern muss für den betroffenen Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessensgegensatzes angemessen sein[29].

(a) Zunächst müsste also eine Regelungslücke bestehen. In den D&O-VersBedingungen ist – soweit bekannt – nicht der Fall geregelt, wie bei einer Überschreitung der VersSumme vorzugehen ist. Wenn man § 109 VVG weder unmittelbar noch analog für einschlägig erachtet, besteht mangels anwendbarem dispositiven Recht auch keine gesetzliche Regelung.

(b) Es stellt sich daher die Frage, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen diese Lückenhaftigkeit des Vertrages bewusst gewesen wäre.

(aa) Maßgeblich für die ergänzende Vertragsauslegung ist der VersZweck der D&O-Versicherung. Dabei stellt sich die Frage, ob die D&O-Versicherung vorrangig dem Schutz der Gesellschaft durch Stellung eines solventen Schuldners oder ob sie vorrangig dem Schutz des Organmitglieds vor einer – ggf. existenzvernichtenden – Inanspruchnahme dient. Denkbar wäre auch, dass sie beiden Zwecken gleichrangig dient.

(aaa) Von Teilen der Literatur wird die D&O-Versicherung nicht als Haftpflichtvers., sondern als Eigenschadenversicherung angesehen[30]. Begründet wird dies damit, dass durch die Innenhaftung des Organmitglieds die Gesellschaft die eigenen Schäden ersetzt haben möchte. Nach dieser Ansicht dient die D&O-Versicherung wohl vorrangig den Interessen der Gesellschaft an einem solventen Schuldner und dem Wiederauffüllen des Gesellschaftsvermögens. Dieses vorrangige Interesse der Gesellschaft würde dann im Falle der Überschreitung der VersSumme voraussichtlich auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung durchschlagen, indem die Ansprüche der geschädigten Gesellschaft vorrangig vor den Ansprüchen der versicherten Personen zu erfüllen wären.

(bbb) Von der wohl herrschenden Meinung wird die D&O-Versicherung jedoch als Haftpflichtvers. angesehen, so dass die D&O-Versicherung vorrangig dem wirtschaftlichen Schutz des Organmitglieds vor einer Inanspruchnahme in ggf. existenzvernichtender Höhe dient[31]. Dafür spricht in Abgrenzung zur Eigenschadenversicherung, dass, wenn es der Gesellschaft vorrangig um den eigenen Schutz geht, sie wohl besser beraten wäre, eine solche Eigenschadenversicherung abzuschließen[32]. Denn in diesem Fall müsste sie zur Erlangung eines Titels gegen den Versicherer nicht den Umweg über die Inanspruchnahme ihres Organmitglieds gehen. Für den Abschluss einer Eigenschadenversicherung würde auch sprechen, dass die gerichtliche Auseinandersetzung nur mit dem Versicherer stattfinden würde und man nicht den Betriebsfrieden durch einen langwierigen Prozess gegen sein (früheres) Organmitglied gefährdet. Für die Fälle einer Außenhaftung könnten dann die Gesellschaft oder das Organmitglied eine hierauf beschränkte Versicherung abschließen.

Indem die Gesellschaft aber den vielfach mühseligeren Weg über die Inanspruchnahme des Organmitglieds geht, bringt die Gesellschaft selbst zum Ausdruck, dass die D&O-Versicherung vorrangig anderen Zielen dient, nämlich dem Schutz des Organmitglieds.

Für die Tatsache, dass die D&O-Versicherung eine Haftpflichtvers. ist, spricht im Vergleich zur Eigenschadenversicherung ferner, dass die Organmitglieder bei der Eigenschadenversicherung überhaupt keinen VersSchutz haben, sofern die Gesellschaft das Organmitglied in Anspruch nimmt. Dieser Fall könnte bspw. auftreten, wenn die VersSumme durch einen vorherigen Schadenfall bereits vollständig aufgebraucht ist. Zwar wird – soweit ersichtlich – bisher nicht erörtert, ob die D&O-Versicherung auch dann Abwehrschutz gewähren muss, wenn die VersSumme durch einen früheren Schadenfall bereits ganz oder zum größten Teil aufgebraucht ist. Jedoch ist anerkannt, dass die Abwehrkomponente der Haftpflichtvers. nicht durch die Deckungssumme begrenzt ist[33]. Daher dürfte vieles dafür sprechen, dass die D&O-Versicherung auch dann Abwehrschutz gewähren muss, wenn die VersSumme durch einen vorherigen Schadenfall aufgebraucht ist. Im Falle des Obsiegens der Gesellschaft müssten dann die Abwehrkosten von dem beklagten Organmitglied erstattet werden.

(bb) Für die Frage, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen die Regelungsbedürftigkeit der nicht ausreichenden VersSumme bereits bei Abschluss der D&O-Versicherung bekannt gewesen wäre, ist neben dem Vertragsweck der D&O-Versicherung auch die sonstige Interessenslage der an dem Abschluss des D&O-VersVertrages beteiligten Parteien von besonderer Bedeutung. Da es sich bei der D&O-Versicherung um eine Versicherung für fremde Rechnung handelt[34], sind bei der ergänzenden Vertragsauslegung auch die erkennbaren Interessen der versicherten Personen zu berücksichtigen.

Als Lösung für das Überschreiten der VersSumme käme zunächst das Prioritätsprinzip in Betracht. Die Anwendung des Prioritätsprinzips dürfte den Interessen der Beteiligten, vor allem der Organmitglieder als versicherten Personen, allerdings kaum entsprechen. Denn bei Anwendung dieses Prinzips kommt es im Zweifel zu einem „alles oder nichts". Dass sich die Organmitglieder bei solchen Haftungsrisiken bewusst dem Risiko aussetzen, dass sie komplett leer ausgehen, weil kurz vor ihnen ein anderes Organmitglied die komplette VersSumme für sich ausgeschöpft hat, dürfte fernliegend

28 BGH, Urt. v. 12. 2. 1988, V ZR 8/87, NJW 1988, 2099, 2100; BGH, Urt. v. 17. 5. 2004, II ZR 261/01, NJW 2004, 2449; Larenz, Methoden der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 300.

29 BGH, Urt. v. 14. 4. 2005, VII ZR 56/04, WM 2005, 1188; BGH, Urt. v. 7. 3. 1989, KZR 15/87, BGHZ 107, 273, 276 f.; BGH, Urt. v. 1. 2. 1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 77 ff.; BGH, Urt. v. 12. 10. 2005, IV ZR 162/03, WM 2005, 2279, 2285; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 306 Rn. 32.

30 Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtvers., S. 244; Wissmann/Adolphs, StudZR 2005, 489, 500.

31 Terno, r+s 2013, 577, 580; Lenz, PHi 2013, 101; Lenz, in: van Bühren, Handbuch VersRecht, 5. Aufl. 2012, § 26 Rn. 1; Littbarski, in: Münchener Kommentar zu VVG, 2011, § 101 Rn. 73; Voit, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Nr. AVB-AVG, Rn. 6; Koch, GmbHR 2004, 18, 19; Sieg, in: Krieger/Schneider, Managerhaftpflicht, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 1, 17.

32 So auch: Lenz, PHi 2013, 101.

33 Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 101 Rn. 21; Bücken, in: van Bühren, Handbuch VersRecht, 5. Aufl. 2012, § 9 Rn. 68.

34 Voit, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Nr. 1 AVB-AVG Rn. 6.

sein. Zwar bestände dann auch die Chance, als erster die VersSumme vollständig für sich zu vereinnahmen, aber ein vernünftig handelnder Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied dürfte hierbei wohl lieber „den Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach" haben.

Das Prioritätsprinzip entspricht auch nicht der Interessenlage der Gesellschaft. So würde auch die Gesellschaft bei der Anwendung des Prioritätsprinzips Gefahr laufen, dass die Vollstreckung ihres Anspruchs zu spät kommt und sie daher leer ausgeht. Dieses Risiko besteht insbesondere dann, wenn es mehrere geschädigte Unternehmen gibt (z. B. innerhalb eines Konzerns) und eines dieser geschädigten Unternehmen, das als erstes den Anspruch geltend macht oder vollstreckt, die Versicherung vollständig für sich ausschöpft.

Durch die Nichtanwendung des Prioritätsprinzips wird dem Versicherer zudem das Risiko der fehlerhaften Verteilung der VersSumme genommen und die Gesellschaft erhält eine zügige Befriedigung ihrer Ansprüche[35].

Daher entspricht es dem billigen Interesse aller Beteiligten, dass das Risiko des Überschreitens der VersSumme allen Beteiligten auferlegt wird.

(cc) Es stellt sich dann aber die Frage, wie diese Verteilung zu erfolgen hat. *Armbrüster* schlägt vor, dass im Zweifel – gemäß der Regel des § 430 BGB – nach Köpfen aufgeteilt werden müsse[36]. Dieser Ansatzpunkt erscheint fraglich, denn so entsteht das Risiko der erheblich unterschiedlichen Belastung. Vor allem wenn die Zahl der Beteiligten sehr hoch ist und die Beteiligten sehr unterschiedliche Kosten angemeldet haben, würde unter Umständen ein Beteiligter mit niedrigen Kosten sämtliche Beträge erstattet bekommen, während hingegen ein Beteiligter mit einem hohen Betrag überdurchschnittlich hohe Abschläge hinnehmen müsste. Darüber hinaus wäre das Verteilungsverfahren sehr kompliziert, denn es müsste zusätzlich entschieden werden, ob dem Versicherer oder den übrigen Beteiligten derjenige Betrag zusteht, der bei den anderen Beteiligten den nach Kopfteilen zustehenden Betrag unterschreitet.

Es dürfte daher dem Interesse aller Beteiligten entsprechen, dass jeder anteilig zu seinen Beträgen das Risiko der Überschreitung der VersSumme trägt. Dies entspricht grundsätzlich dem Verteilungsregime des § 109 VVG.

(dd) Auf Grund des vorrangigen Zwecks der D&O-Versicherung könnte aber die ergänzende Vertragsauslegung zu einer Modifizierung des Verteilungsmechanismus führen.

Wie oben dargestellt, soll die D&O-Versicherung primär die versicherten Personen vor der Inanspruchnahme schützen. Wenn die D&O-Versicherung aber primär dem Schutz der versicherten Personen dient, dürfte es aber auch angezeigt sein, die Kosten der versicherten Personen vorrangig bei dem Kürzungs- und Verteilungsverfahren zu berücksichtigen. Dem Vertragszweck und den Interessen der am Kürzungs- und Verteilungsverfahren Beteiligten dürfte es daher am ehesten entsprechen, wenn die Kosten der versicherten Personen vorrangig erfüllt werden und die dann noch übrige VersSumme auf die übrigen Beteiligten entsprechend dem Kürzungs- und Verteilungsverfahren verteilt wird.

Die Gesellschaft als VN hat es durch den Abschluss einer Eigenschadenversicherung in der Hand, die VersSumme vollständig für sich auszuschöpfen. Zudem handelt es sich bei der D&O-Versicherung um eine Versicherung für fremde Rechnung nach § 43 VVG. Durch den Abschluss der D&O-Versicherung hat die Gesellschaft als VN somit darin eingewilligt, dass die Interessen der versicherten Personen im Vordergrund stehen, so dass es auch sachgerecht erscheint, dass deren Kosten vorrangig befriedigt werden.

Dieser Verteilungsmechanismus dürfte auch den Interessen des Versicherers entsprechen. Zum einen ist ihm der besondere Vertragszweck der D&O-Versicherung bekannt. Zum anderen dürfte es für den Versicherer von keiner besonderen Bedeutung sein, wie die VersSumme aufgeteilt wird. Denn er ist nur daran interessiert, dass er nicht mehr als die vereinbarte VersSumme zahlen muss.

(ee) Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist daher davon auszugehen, dass durch den Vertragszweck und die Interessenslage aller Beteiligten die versicherten Personen vorrangig zu schützen sind und die Kosten, die den versicherten Personen durch den Schadenfall entstanden sind, vorrangig zu erfüllen sind. Die Regelung des § 109 VVG ist daher modifiziert anzuwenden.

ddd) Zu berücksichtigende Forderungen im Rahmen des § 109 VVG

Bei der Prüfung, ob die von den Beteiligten geltend gemachten Forderungen die VersSumme übersteigen, hat der Versicherer sämtliche Ansprüche aller Berechtigten zu berücksichtigen, insbesondere auch solche Forderungen, die zwar noch nicht geltend gemacht wurden, mit deren Geltendmachung aber zu rechnen ist[37]. Diese Forderungen hat der Versicherer mit einem angemessenen Schätzbetrag zu berücksichtigen[38].

bb) VN ist kein Dritter im Sinne des § 109 VVG

Von Teilen der Literatur wird aber auch die Ansicht vertreten, dass der VN kein Dritter im Sinne des § 109 VVG sei[39]. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der D&O-Versicherung um eine Versicherung für fremde Rechnung – und damit um eine Versicherung zugunsten Dritter – handele, so dass der VN nicht zufällig in die Position des Geschädigten gerate, wie dies in dem vom BGH entschiedenen Fall gewesen sei[40]. In dem vom BGH entschiedenen Fall wurde der Halter eines Motorrads schwer verletzt, als er als Beifahrer auf seinem Motorrad unterwegs war, da der Fahrer seines Motorrades betrunken war und keinen Führerschein hatte. Die Klage auf Schadenersatz blieb zwar erfolglos, jedoch führte der BGH aus, dass der VN auch Dritter im Sinne des (damaligen) § 3 Nr. 1 PflVG sein könne.

Wenn § 109 VVG daher nicht einschlägig ist, gilt das Prioritätsprinzip[41]. Es würde demnach derjenige die ausschließliche Befriedigung erhalten, der den Deckungsanspruch des Schädigers als Erster pfändet und sich überweisen lässt[42].

4. Überschreitung der VersSumme durch mehrere Schadenfälle

§ 109 VVG gilt nur für den Fall, dass die VersSumme durch einen Schadenfall überschritten wird[43]. Sofern mehrere verschiedene Schadenfälle innerhalb einer VersPeriode eintreten, wird ausgeführt, dass die versicherten Personen des

35 Koch, ZVersWiss 2012, 151, 167.
36 Armbrüster, VersR 2014, 1, 6.
37 Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 109 Rn. 22; Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 4.
38 Littbarski, in: Münchener Kommentar zum VVG, 2011, § 109 Rn. 22.
39 Armbrüster, NJW 2009, 187, 192; Schimmer, VersR 2008, 875, 877.
40 Schimmer, VersR 2008, 875, 877.
41 Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 1.
42 Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 1; BGH, VersR 1985, 1054.
43 Koch, ZVersWiss 2012, 151, 166; Armbrüster, VersR 2014, 1, 8.

zweiten Schadenfalles nur noch die vorhandene VersSumme für sich beanspruchen können[44].

Gesetzlich nicht geregelt ist jedoch die Frage, nach welchen Kriterien sich diese zeitliche Reihenfolge bestimmt. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn der zuerst entstandene und gemeldete Schadenfall, der die VersSumme ausschöpfen würde, von dem Versicherer als unbegründet angesehen wird, während hingegen der später geltend gemachte Schadenfall eindeutig begründet ist, so dass der Versicherer die Regulierung sofort vornehmen könnte. Kann dann der Versicherer die Regulierung des zweiten Schadenfalls unter Hinweis auf den ersten Schadenfall solange verweigern, bis über den ersten Schadenfall rechtskräftig entschieden wurde, und sich dann ggf. auf die Erschöpfung der VersSumme berufen?

Teilweise wird die strikte Anwendung des claims-made-Prinzips befürwortet, so dass der zuerst geltend gemachte VersFall durchweg Priorität genießt. Der zunächst entstandene Anspruch entfalle – außer bei entsprechender vertraglicher Regelung – nicht durch das Entstehen eines zeitlich späteren VersAnspruchs[45]. Die Fälligkeitsregelung in § 106 VVG wird danach nicht für anwendbar gehalten[46].

Für die versicherten Personen des zweiten VersFalles könnte dies unter Umständen eine erhebliche Belastung darstellen, wenn der erste VersFall durch alle Gerichtsinstanzen geht und sie daher erst nach mehreren Jahren ihren offensichtlich begründeten Anspruch reguliert bekommen. Solange der Versicherer aber den Anspruch – unter Hinweis auf die mögliche Erschöpfung der VersSumme – nicht anerkennt, dürfte der Anspruch auch nicht nach § 106 VVG fällig sein. Eine Zahlung unter Vorbehalt der Rückforderung, falls der zuerst geltend gemachte VersAnspruch begründet ist, dürfte auch kaum Planungssicherheit bedeuten.

Denkbar wäre es auch, dass auf die Erlangung eines vollstreckbaren Titels abgestellt wird. Wenn daher der zweite Anspruch zuerst tituliert wird, könnte dieser Anspruch als erstes vollstreckt werden.

Die Beteiligten aus dem ersten Schadenfall sind insoweit schützenswert, als dass sie Klarheit benötigen, ob der von ihnen geltend gemachte Anspruch einen solventen Schuldner hat. Wenn ihnen bei Klageerhebung die VersSumme noch in voller Höhe zusteht, sie aber stets befürchten müssen, dass ihnen am Ende des Verfahrens keine VersSumme mehr zur Verfügung steht, könnte die Anspruchsgeltendmachung letztlich kein wirtschaftlich sinnvoller Aufwand gewesen sein.

Wie ein solcher Fall von der Rechtsprechung entschieden würde, bleibt also abzuwarten. Eine vertragliche Regelung ist daher empfehlenswert[47].

III. Schlussfolgerung für Praxis

Sofern man – anders als das OLG Frankfurt/M. – die Regelung des § 101 Abs. 2 VVG für abdingbar hält und man eine Anrechnung der Prozesskosten auf die VersSumme für zulässig erachtet, ist bei einer Überschreitung der VersSumme das Kürzungs- und Verteilungsverfahren im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung im vorstehenden Sinne durchzuführen. Denn nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass die abwehrrechtliche Komponente der Haftpflichtvers. für die versicherten Personen auch einen tatsächlichen Schutz gewährleistet.

Selbst diejenigen, welche die Anrechnungsklauseln für zulässig erachten, erkennen an, dass die Risiken für die Vorstände und Geschäftsführer existenzielle Ausmaße annehmen können. Durch die oftmals hohen Streitwerte sind selbst die Prozesskosten für die Betroffenen kaum verkraftbar[48]. Aus diesem Grund stehen sich im Bereich der D&O-Versicherung die Schutzinteressen der Vorstände und Geschäftsführer vor existenziellen Haftungsrisiken und das Interesse der geschädigten Gesellschaft an einer „Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens" mindestens gleichwertig gegenüber[49]. Der Abschluss der D&O-Versicherung erfolgt also nicht aus dem bloßen Interesse der Gesellschaft. Würde das Interesse der Gesellschaft im Vordergrund stehen, wäre der Abschluss einer Eigenschadenversicherung für die Gesellschaft die sinnvollere Alternative[50].

Ein wirksamer Schutz für die versicherten Personen vor den Prozessrisiken ist bei Vorliegen der Anrechnungsklauseln aber nur dann gegeben, wenn sich die versicherten Personen darauf verlassen können, dass ihre Prozesskosten auf jeden Fall abgedeckt sind. Es dürfte daher vieles dafür sprechen, die Anrechnungsklauseln entsprechend zu modifizieren und einen Vorrang bzgl. der Erstattung der Prozesskosten festzuschreiben.

Ziffer 4.3 der AVB-AVG könnte daher um einen Satz 3 ergänzt werden:

„Reicht die VersSumme nicht aus, um die Ansprüche des VN aus dem Schadenfall einerseits und die Ansprüche der versicherten Personen auf Erstattung ihrer Prozesskosten andererseits zu befriedigen, hat der Versicherer vorrangig die Prozesskosten der versicherten Personen vollständig auszugleichen."

Diese Regelung modifiziert zwar das Kürzungs- und Verteilungsverfahren nach § 109 VVG. Da § 109 VVG jedoch nicht direkt gilt, sondern nur dem Rechtsgedanken nach, dürfte eine solche Abweichung rechtlich zulässig sein. Hierfür besteht infolge der erhöhten Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit der versicherten Personen auch ein sachlicher Grund.

Eine solche Regelung dürfte zudem auch mit den Interessen der Gesellschaft vereinbar sein. Zwar verringert sich dann die für die Gesellschaft noch zur Verfügung stehende VersSumme, jedoch dürfte diese Minderung der VersSumme für eine GmbH oder Aktiengesellschaft in der Regel deutlich besser verkraftbar sein als die Aufbürdung der Prozesskosten auf die versicherte Person. Zudem wird die D&O-Versicherung in den allermeisten Fällen von der Gesellschaft abgeschlossen, so dass es die Gesellschaft in der Hand hat, durch die Vereinbarung einer höheren VersSumme das Risiko zu minimieren, dass die VersSumme erschöpft ist. ■

44 Armbrüster, VersR 2014, 1, 5.
45 Armbrüster, VersR 2014, 1, 5.
46 Armbrüster, VersR 2014, 1, 5.
47 So auch: Armbrüster, VersR 2014, 1, 6 f.
48 Lenz, PHi 2013, 94, 103.
49 Lenz, PHi 2013, 94, 103.
50 Lenz, PHi 2013, 94, 103.