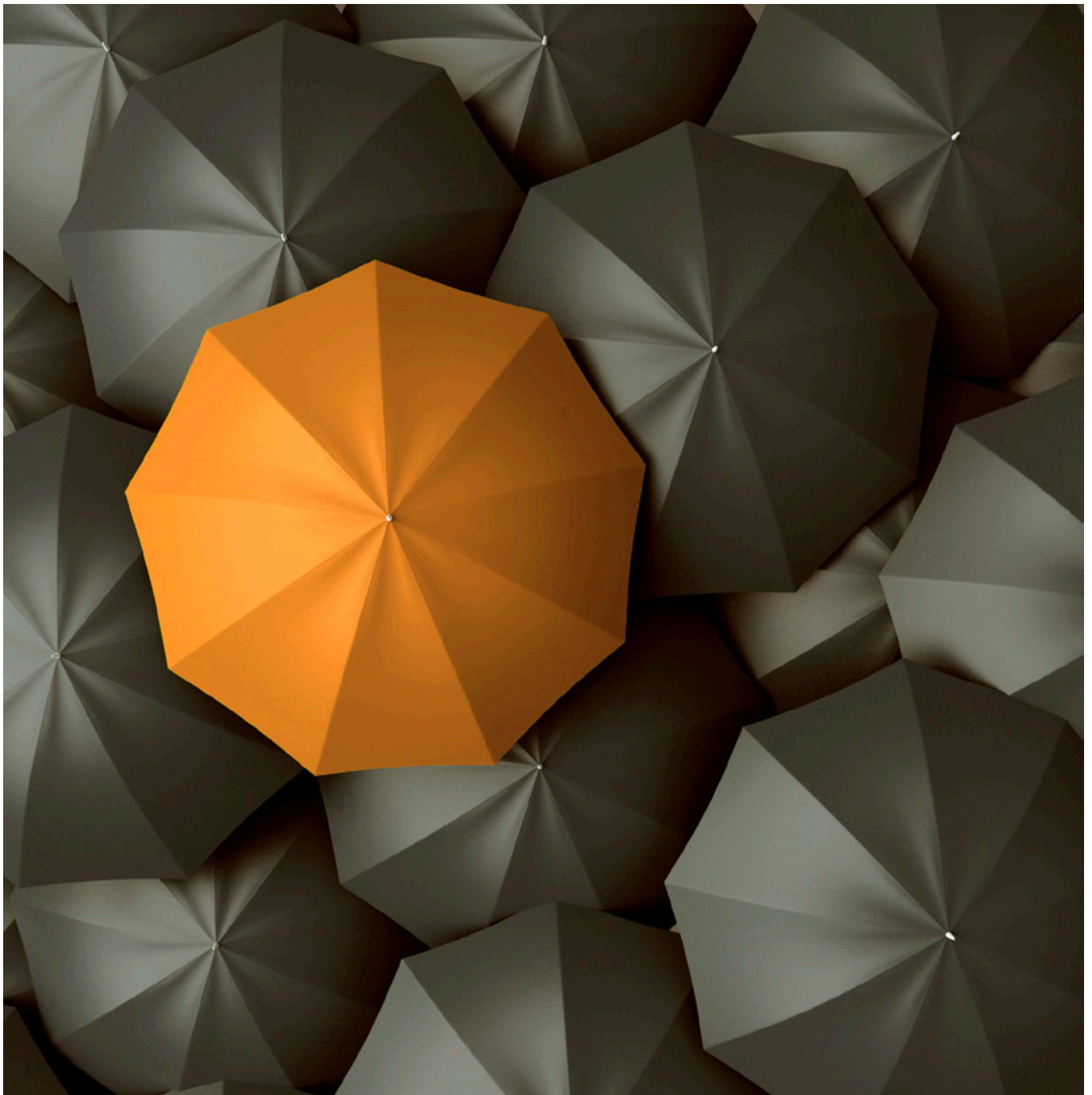

SCHADENPRAXIS

04/2014

- Abwehrkosten und Kostenanrechnung in der D&O-Versicherung
- Schadenfall: Die versicherte Sache



VORWORT



Pünktlich zum Jahresende liegt die Schadenpraxis 4/2014 vor. In den vorhergehenden Ausgaben haben wir uns ausschließlich mit Fragen und Problemstellungen zum Sachschaden und zur Schadenregulierungspraxis befasst. In der aktuellen Ausgabe greifen Dr. Mark Wilhelm und Dr. Anja Mayer zwei Fragen zur Ersatzpflicht von Abwehrkosten in der D&O Versicherung auf. Die Sozietät Wilhelm Rechtsanwälte ist anwaltlicher Kooperationspartner innerhalb von Peritos. Wilhelm Rechtsanwälte berät in Rechts- und Compliancefragen und ist dort wo dies nicht vermeidbar ist als Rechtsvertreter in Schadenfällen tätig. In welcher Höhe Kosten zu ersetzen sind wird spartenübergreifend kontrovers diskutiert und in der Regulierung ist diese Frage zunehmend ein Streitpunkt. Neben den Abwehrkosten in der Haftpflichtversicherung sind es Schadenfeststellungs-, Sachverständigen-, Planungs- und Regiekosten in der Sachversicherung und der Umfang der sogenannten fortlaufenden Kosten in der Betriebsunterbrechungsversicherung. Dieses Thema steht neben den bestehenden unterschiedlichen Auffassungen zum Umfang von notwendigen Reparaturkosten, den Voraussetzungen für den Ersatz von Mehraufwendungen durch behördliche Auflagen oder der Frage, ob versicherte Kosten einer Angemessenheitsprüfung durch den Versicherer unterliegen bzw. Anspruch auf Ersatz erst dann besteht, wenn die Kosten tatsächlich angefallen und bezahlt wurden. Selbst in den Fällen, für die inzwischen höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt wird diese häufig in der Praxis negiert oder umgedeutet bzw. ist dort noch nicht angekommen. Genügend Stoff also für die Ausgaben von Schadenpraxis in 2015.

Das Jahr 2014 neigt sich dem Ende zu und es ist an der Zeit, sich auf besinnliche Weihnachten vorzubereiten aber auch sich Gedanken über gute Vorsätze für 2015 zu machen. Die Frage, ob sich die Schadenregulierungspraxis verändert hat wird nach wie vor intensiv diskutiert. Makler und Versicherungsnehmer beklagen dies weiterhin, Versicherer und Vertreter von Großkonzernen bestreiten Änderungen vorgenommen oder Nachteile zu haben. Wir haben in den letzten beiden Jahren Dutzende von Schadenfällen analysiert und zum Teil veröffentlicht. Weitere stehen noch zur Veröffentlichung an. Wir haben uns bemüht aus unserer Sicht systemimmanente Probleme und unterschiedliche Auslegungen oder Auffassungen über den Deckungsumfang darzustellen. Wir haben eine eigene Meinung und stellen diese auch dar. Wir haben aber auch immer darauf hingewiesen, dass es nicht im Sinne eines Versicherungsnehmers sein kann, im Schadenfall langwierige Rechtsstreitigkeiten durchzufechten, mögen die Themen für die Experten auch noch so interessant sein. Wir stehen auch zu der Einschätzung, dass die Ermittlung einer Entschädigung im Großschaden immer ein Geben und Nehmen zwischen Vertragspartnern ist, die durch ein besonderes Gut mit einander verbunden sind. Versicherung ist ein Vertrauensgut, d.h. die Qualität des Produktes kann auch nach dem Kauf durch den Käufer nicht festgestellt werden. Der Versicherungsnehmer vertraut darauf, dass er im Schadenfall die Entschädigung bekommt, die er erwartet. Hieraus leitet sich auch die Frage nach der Zufriedenheit ab. Sie ist die Differenz zwischen dem was er erwartet und was er bekommt.

Die Differenz kann sich daraus ergeben, dass er zu viel erwartet hat oder aber daraus resultieren, dass er weniger bekommt als er zu Recht erwarten durfte. Der Versicherungsnehmer ist darauf angewiesen, dass er die ihm zustehende Entschädigung oder den ihm mindestens zustehenden Teil unverzüglich erhält. Neben der Entschädigungshöhe ist also auch der Zeitfaktor von besonderer Bedeutung. Kein Platz ist bei dem besonderen Produkt Versicherungen für Verhalten, dass man aus der Befriedigung von Haftpflichtansprüchen kennt: Mit allen zulässigen rechtlichen Mitteln und Argumentationen zu versuchen, den Anspruch zu bestreiten, abzuwehren und Mitverschulden zu unterstellen wo immer sich die Möglichkeit bietet. Leider gab es unter den von uns analysierten Fällen Beispiele hierfür. Es waren hoffentlich nicht-repräsentative Einzelfälle. Ein besonders auffälliges Beispiel werden wir in Schadenpraxis 1/2015 ausführlich aus Sicht des betroffenen Geschäftsführer/Geschäftsführers darstellen. Dieser fühlt sich subjektiv betrogen und durch Aufzeigen von Konsequenzen zur Annahme eines Kompromisses gedrängt, den er eigentlich nicht annehmen konnte, aber annehmen musste, weil eine Ablehnung zwangsläufig in die Insolvenz geführt hätte. Ob diese nicht immer noch droht ist noch nicht absehbar.

Aber auch die Versicherer müssen vertrauen dürfen in einem anderen Sinne des Wortes. Vertrauen darauf, dass sie die Informationen bekommen die sie benötigen, dass diese richtig und vollständig sind und dass das Risiko sich so darstellt wie es präsentiert wurde. Vertrauen darauf, dass der Versicherungsnehmer seine vereinbarten Obliegenheiten erfüllt und dass keine Forderungen über den vereinbarten Umfang hinaus geltend gemacht werden. All dies in den Grenzen der Rechtsvorschriften. Dies ist wiederum für den Versicherungsnehmer nicht immer ganz einfach, weil er mit den Anforderungen häufig schlicht weg überfordert ist. Er ist aber gut beraten sich kompetenter externer Unterstützung zu bedienen, um den Sorgfaltsanforderungen zu genügen. Ansonsten wird er die Konsequenzen, die bis zum Verlust des Entschädigungsanspruches führen können tragen müssen. Man darf dem Versicherungsnehmer keine Pflichten auferlegen, die er kaum erfüllen kann oder potientielles Fehlverhalten anrechnen, nur weil sich die rechtliche Durchsetzbarkeit möglicherweise nicht ausschließen lässt. Einer kürzlich veröffentlichten Literaturmeinung zum Thema arglistige Täuschung liegt unterschwellig wohl die Auffassung zugrunde, jeder Versicherungsnehmer wolle potentiell arglistig täuschen. Auch hierfür ist genauso wenig Platz beim Gut Versicherungen wie auf der anderen Seite für immer wieder beklagte Betrugsversuche von Versicherungsnehmern. Diese siedeln wir, so sie denn mehr sind als absolute Ausnahmen, aber nicht im Bereich der Industrieversicherung an.

Es bleibt für 2015 zu wünschen, dass die Vertragsparteien des Vertrauensgutes Versicherungen bei der Vertragsgestaltung und in der Schadenregulierungspraxis Vorgehensweisen wählen, die verhindern, dass das gegenseitige Vertrauen im Einzelfall oder in der gesamten Branche beschädigt wird. Hierzu gehört für uns auch, dass alle Branchen zu risikogerechten Prämien Versicherungsschutz finden, was für einige nicht mehr gewährleistet scheint. Erst recht nicht nach Schäden.

Wir wünschen allen unseren Lesern und Kunden sowie Ihren Familien frohe Weihnachten und ein erfolgreiches, schadenfreies Jahr 2015 und bedanken uns herzlich bei unseren Kunden für das entgegengebrachte Vertrauen.

In eigener Sache: Wir sind stets an Beispielen aus der Praxis (auch in anonymisierter Form) sowie an Fachbeiträgen interessiert. Bitte zögern Sie nicht sich diesbezüglich an uns zu wenden: beitrag@schadenpraxis.com

Wenn Sie die Schadenpraxis zukünftig per Email erhalten möchten, freuen wir uns über eine Nachricht an: anmeldung@schadenpraxis.com Befreundete Unternehmen oder Geschäftspartner könnten Interesse an der Schadenpraxis haben? Empfehlen Sie uns gerne weiter.

WILHELM

RECHTSANWÄLTE



Dr. Mark Wilhelm, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht
Wilhelm Rechtsanwälte Düsseldorf

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB Sitz: Düsseldorf · AG Essen PR 1597



Dr. Anja Mayer, lic. en droit
Rechtsanwältin
Wilhelm Rechtsanwälte Düsseldorf

Abwehrkosten – Anrechnung auf die Versicherungssumme?

In Haftpflichtfällen erreichen geltend gemachte Schadenersatzforderungen zunehmend höhere Beträge. Mit der Höhe der Schadenersatzforderungen steigen auch die Kosten der Anspruchsabwehr. Bereits nach der gesetzlichen Gebührentabelle ist das Gesamtkostenrisiko eines Rechtsstreits erheblich, bspw.

- Schadenersatzforderung EUR 750.000,00 = mindestens ca. netto EUR 80.000,00 Prozesskostenrisiko zwei Instanzen (Gewinn des Rechtsstreits in 1. Instanz; Verlust des Rechtsstreits nach Berufung des Gegners) zzgl. Kosten für Sachverständige und Zeugen
- Schadenersatzforderung EUR 12 Millionen = mindestens netto EUR 366.000 Prozesskostenrisiko einen Instanz zzgl. Kosten für Sachverständige und Zeugen; zwei Instanzen: ca. EUR 780.000,00

Qualifizierte Haftpflichtanwälte und Sachverständige arbeiten jedoch nicht auf Grundlage gesetzlicher Gebühren, sondern auf Stundensatzbasis.

Abwehrkosten sind schwer kalkulierbar und können abhängig von der Höhe des Schadenersatzes, der Art, Komplexität und Dauer der Streitigkeit (Wirtschaftsstreitigkeit, Produkt-, Managerhaftpflichtfall) leicht mittlere sechsstelligen Beträge erreichen.

Verliert der Versicherungsnehmer einen auf Veranlassung des Versicherers geführten Rechtsstreit, können die Abwehrkosten allein oder zusammen mit der begründeten Schadenersatzforderung die Versicherungssumme übersteigen. Fraglich ist dann, wer den die Versicherungssumme überschreitenden Teil zu tragen hat. Die Antwort hängt davon ab, ob Abwehrkosten auf die Versicherungssumme angerechnet werden:

Beispiel:

Versicherungssumme:	EUR 20 Mio.
Schadenersatzforderung:	EUR 30 Mio.
Begründetheit der Forderung:	EUR 19,5 Mio.
Abwehrkosten:	EUR 1,8 Mio.

Der Versicherungsnehmer gewinnt den Rechtsstreit teilweise. Die Schadenersatzforderung ist in Höhe von EUR 19,5 Mio. begründet. Werden die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme angerechnet, ist die Leistung des Versicherers insgesamt auf die Versicherungssumme beschränkt. Der Versicherer hat EUR 20 Mio. zu zahlen (EUR 1,8 Mio. [Abwehrkosten] + EUR 18,2 Mio. [Freistellung]). Den die Versicherungssumme übersteigenden Betrag in Höhe von 1,3 Mio. trägt der Versicherungsnehmer. Werden die Abwehrkosten nicht auf die Versicherungssumme angerechnet, beträgt die Gesamtleistung des Versicherers EUR 21,3 Mio. (EUR 19,5 Mio. [Freistellung] + plus EUR 1,8 Mio. [Abwehrkosten]).

Abzug von der Versicherungssumme?

Ob Abwehrkosten Teil der Versicherungssumme sind, ist streitig. Der Versicherer geht üblicherweise davon aus. Das Gesetz (§ 100 Absatz 2 VVG) sieht zwar vor, dass auf Veranlassung des Versicherers entstehende Abwehrkosten die Deckungssumme nicht reduzieren und vom Versicherer zusätzlich zu tragen sind. Von diesem Leitbild weichen die allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) in der Haftpflichtversicherung jedoch regelmäßig ab. In unterschiedlicher Formulierung sehen die AVB vor, dass die vereinbarte Versicherungssumme den Höchstbeitrag der Leistungspflicht des Versicherers darstellt und durch die Abwehr verursachte Kosten (Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen und Gerichtskosten etc.) in der Versicherungssumme inbegriffen sind (sog. Kostenanrechnungsklausel).

Damit sollten sich Versicherungsnehmer nicht zufrieden geben. Es ist zweifelhaft, ob Kostenanrechnungsklauseln in AVB wirksam sind.

Rechtslage / Literaturmeinungen

In einem zur D&O-Versicherung ergangenen Urteil aus dem Jahr 2011 entschied das OLG Frankfurt a.M. (Urteil vom 9. Juni 2011, Az. 7 U 127/09), dass die streitige Kostenanrechnungsklausel des Versicherers unwirksam war. Die Klausel sei intransparent und benachteilige den Versicherungsnehmer unangemessen. Der Versicherungsnehmer könne nicht erkennen, wann und in welcher Höhe anzurechnende Kosten entstehen können. Der Versicherer veranlasse die Verteidigungskosten durch seine Regulierungsentscheidung zur Anspruchsabwehr selbst.

Die Entscheidung verursachte erheblichen Aufruhr am Versicherungsmarkt. Zum einen sind Kostenanrechnungsklauseln national und international üblich. Für den Versicherer sind mögliche Abwehrkosten im Rahmen der Berechnung risikoangemessener Prämien schwer kalkulierbar. Zum anderen ist die Begründung des Urteils bedauernd kurz und angesichts ihrer Kürze im Einzelnen nicht nachvollziehbar. So verwundert es nicht, dass die rechtswissenschaftliche Literatur in dieser Frage gespalten ist.

Während versichererfreundliche Stimmen die Entscheidung ablehnen und von der Wirksamkeit der Kostenanrechnung in der D&O-Versicherung ausgehen (Langheid Verwirtschafft 2012, 1768, 1771), halten andere Anrechnungsklauseln mit unterschiedlicher Begründung im Ergebnis für unwirksam (z.B. Terno, r+s 2013, 577).

Unwirksamkeit von Kostenanrechnungsklauseln

Eine allgemeine Aussage dazu, ob Kostenanrechnungsklauseln wirksam sind, lässt sich nicht aufstellen. Es kommt auf die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Klausel an. Allerdings sprechen gute Gründe für die Unwirksamkeit der gegenwärtig noch verwendeten Kostenanrechnungsklauseln. Klauseln, die Verteidigungskosten (Anwalts-, Gerichts- Sachverständigen und Zeugenkosten) uneingeschränkt zum Teil der Versicherungssumme erklären, benachteiligen den Versicherungsnehmer unangemessen (§ 307 Absatz 1 BGB).

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Klausel mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (Leitbild) von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist.

Leitbild: Prozesskostentragungspflicht des Versicherers

Die Kostenanrechnungsklausel weicht von der gesetzlichen Regelung ab, nach der der Versicherer das Kostenrisiko einer erfolglosen Anspruchsabwehr trägt (§ 101 Absatz 2 VVG). Diese Prozesskostentragungspflicht des Versicherers ist ein Leitbild: Die Haftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Versicherungsnehmers. Ihr Grundgedanke ist die finanzielle Abdeckung der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers und der Folgen seiner Inanspruchnahme. Die Abwehr von unberechtigten Haftpflichtansprüchen und die Freistellung von begründeten Ansprüchen sind gleichberechtigte Hauptleistungspflichten des Versicherers. Der Versicherer hat das alleinige Wahlrecht, ob er den Schadenersatzanspruch ablehnt oder befriedigt. Dementsprechend trifft nach dem Gerechtigkeitsgedanken des § 101 Absatz 2 VVG den Versicherer das Kostenrisiko, das mit seiner Wahl verbunden ist. Der Versicherer muss die Kosten der Anspruchsabwehr gerade dann tragen, wenn die Anspruchsabwehr erfolglos war und sich seine Entscheidung (Abwehr statt sofortiger Befriedigung) als Fehlentscheidung erweist. Nach der Rechtsprechung hat der Versicherer nicht das Recht, die mit der Abwicklung der Haftpflichtverbindlichkeit verbundenen Mühen und Kosten auf den Versicherten abzuwälzen.

Da die Kostenanrechnungsklausel von diesem Leitbild abweicht, wird vermutet dass sie den Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligt. Höherrangige Interessen des Versicherers, die bei einer Interessenabwägung diese Vermutung widerlegen, liegen nicht vor.



Interessenabwägung

Kostenanrechnungsklauseln widerstreiten den Interessen des Versicherungsnehmers. Sie verlagern das Risiko einer erfolglosen Anspruchsabwehr vom Versicherer auf den Versicherten. Der Versicherer befreit sich von dem Kostenrisiko, bei Ausübung seines Wahlrechts (Abwehr oder Freistellung) eine Fehlentscheidung zu treffen. Dies kann dazu führen, dass der Versicherer mangels Kostenrisiko bei hohen Haftpflichtansprüchen an der Grenze zur Versicherungssumme generell zunächst Ansprüche versucht abzuwehren, obwohl diese mit großer Wahrscheinlichkeit begründet sind. So ist in großen Haftpflichtfällen erkennbar, dass der Versicherer keine Regulierungsentscheidung trifft, sondern pauschal Abwehrkostendeckung gewährt, ohne eine Freistellung ernsthaft in Betracht zu ziehen. Das Risiko des Versicherers bleibt in jedem Fall auf die Versicherungssumme beschränkt; gleichzeitig erhält er aber die Chance die Versicherungssumme nicht für die Freistellung des Versicherungsnehmers aufwenden zu müssen. Nach der gesetzlichen Regelung würde in einem solchen Fall der Versicherer wegen seines Kostenrisikos eher eine Freistellung des Versicherungsnehmers erwägen.

Die (Fehl-)Entscheidung des Versicherers zur Anspruchsabwehr kann des Weiteren dazu führen, dass die Versicherungssumme durch die Verteidigungskosten weitgehend oder vollständig verbraucht ist. War die Abwehr des Anspruchs erfolglos, steht fest, dass der Versicherungsnehmer den Schadenersatzanspruch befriedigen muss. Für die Freistellung des Versicherungsnehmers von diesem Anspruch durch den Versicherer stünde nicht mehr ausreichend Versicherungssumme zur Verfügung. Die Haftpflichtversicherung hätte in diesem Fall lediglich die Funktion einer reinen Rechtsschutzversicherung. Der Versicherer kann seiner Freistellungsverpflichtung (als gleichbedeutender Hauptleistungspflicht) nicht nachkommen. Der Schutz des Vermögens des Versicherten wird verfehlt. Der Versicherte kann zudem nicht erkennen, in welcher Höhe nach Abschluss des Rechtsstreits gegebenenfalls noch Versicherungssumme für seine Freistellung zur Verfügung steht und ob und in welcher Höhe er eigenes Vermögen einsetzen muss. Die Ungewissheit ist ein Nachteil für den Versicherten.

Demgegenüber hat der Versicherer ein Interesse an der Verwendung der Kostenanrechnungsklausel, weil sie sein Kostenrisiko auf die Höhe der Versicherungssumme beschränkt. Sein Risiko bleibt kalkulierbar. Der Versicherer kann – ebenso wenig wie der Versicherte – einschätzen, in welcher Höhe Verteidigungskosten anfallen werden. Allerdings ist der Versicherer wegen seiner Marktkenntnis und seines Spezialwissens eher in der Lage, das Risiko zusätzlicher Verteidigungskosten zu beherrschen und in seiner Prämienkalkulation sowie in entsprechenden angemessenen Klauseln zu berücksichtigen. Darüber hinaus trifft er die Abwehrentscheidung. Er hat damit die Entscheidung über sein Kostenrisiko in der Hand. Ein höherrangiges Interesse des Versicherers an der Verwendung der Kostenanrechnungsklausel ist daher nicht zu erkennen.

Unbeschränkte Kostenanrechnungsklauseln, die zum Verbrauch der Versicherungssumme und damit zur Aushöhlung der Freistellungsverpflichtung (wegen Verbrauchs der Versicherungssumme) des Versicherers führen können, sind wohl unwirksam.

Die Interessenabwägung könnte, abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Klausel im Einzelfall, zu einem anderen Ergebnis kommen. Die Klausel wäre dann wirksam, wenn sie trotz Kostenanrechnung eine Freistellung des Versicherungsnehmers sicherstellt. Dies könnte anzunehmen sein, wenn der Versicherer den maximalen Betrag von Abwehrkosten, die auf die Versicherungssumme anrechenbar sind, oder Sublimits für Abwehrkosten im Vertrag ausweist oder die Möglichkeit des Wiederauffüllens der Versicherungssumme für Freistellungszwecke enthielte.

Fazit

Es sprechen gute Gründe dafür, dass ein Großteil üblicher Kostenanrechnungsklauseln nicht nur in der D&O-Versicherung, sondern in der gesamten Haftpflichtversicherung unwirksam sind. Abwehrkosten sind daher gemäß § 101 Absatz 2 VVG nicht auf die Versicherungssumme anzurechnen. Der Versicherungsnehmer hat bei einer erfolglosen Abwehr des Haftpflichtanspruchs durch den Versicherer, Anspruch auf Freistellung in Höhe der vollen Versicherungssumme.

In relevanten Streitigkeiten mit dem Versicherer sollten Versicherungsnehmer die Unwirksamkeit der Kostenanrechnungsklausel prüfen und gegebenenfalls als Verhandlungspunkt aufnehmen. Allerdings fehlt eine höchstrichterliche Entscheidung zur Wirksamkeit derartiger Klauseln. Angesichts der zunehmenden Konfrontation mit dieser Frage, haben Versicherer bereits angekündigt, die Wirksamkeit der Klausel in einem geeigneten Fall höchstrichterlich klären zu lassen. Versicherungsnehmer sollten daher prüfen, ob sie sich ggf. auf einen Rechtsstreit über die Kostenanrechnung einlassen. Anzuraten wäre es jedenfalls dann, wenn der Versicherer noch aus weiteren Gründen den Deckungsschutz versagt. [Dr. Mark Wilhelm](#), [Dr. Anja Mayer](#)

WILHELM

RECHTSANWÄLTE

Abwehrkosten – Anrechnung auf die Versicherungssumme?

In Haftpflichtfällen erreichen geltend gemachte Schadenersatzforderungen zunehmend höhere Beträge. Mit der Höhe der Schadenersatzforderungen steigen auch die Kosten der Anspruchsabwehr. Bereits nach der gesetzlichen Gebührentabelle ist das Gesamtkostenrisiko eines Rechtsstreits erheblich, bspw.

Schadenersatzforderung EUR 750.000,00 = mindestens ca. netto EUR 80.000,00 Prozesskostenrisiko zwei Instanzen (Gewinn des Rechtsstreits in 1. Instanz; Verlust des Rechtsstreits nach Berufung des Gegners) zzgl. Kosten für Sachverständige und Zeugen

Schadenersatzforderung EUR 12 Millionen = mindestens netto EUR 366.000 Prozesskostenrisiko einen Instanz zzgl. Kosten für Sachverständige und Zeugen; zwei Instanzen: ca. EUR 780.000,00

Qualifizierte Haftpflichtanwälte und Sachverständige arbeiten jedoch nicht auf Grundlage gesetzlicher Gebühren, sondern auf Stundensatzbasis. Abwehrkosten sind schwer kalkulierbar und können abhängig von der Höhe des Schadenersatzes, der Art, Komplexität und Dauer der Streitigkeit (Wirtschaftsstreitigkeit, Produkt-, Managerhaftpflichtfall) leicht mittlere sechsstelligen Beträge erreichen.

Verliert der Versicherungsnehmer einen auf Veranlassung des Versicherers geführten Rechtsstreit, können die Abwehrkosten allein oder zusammen mit der begründeten Schadenersatzforderung die Versicherungssumme übersteigen. Fraglich ist dann, wer den die Versicherungssumme überschneidenden Teil zu tragen hat. Die Antwort hängt davon ab, ob Abwehrkosten auf die Versicherungssumme angerechnet werden:

Beispiel:

Versicherungssumme:	EUR 20 Mio.
Schadenersatzforderung:	EUR 30 Mio.
Begründetheit der Forderung:	EUR 19,5 Mio.
Abwehrkosten:	EUR 1,8 Mio.

Der Versicherungsnehmer gewinnt den Rechtsstreit teilweise. Die Schadenersatzforderung ist in Höhe von EUR 19,5 Mio. begründet. Werden die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme angerechnet, ist die Leistung des Versicherers insgesamt auf die Versicherungssumme beschränkt.

Der Versicherer hat EUR 20 Mio. zu zahlen (EUR 1,8 Mio. [Abwehrkosten] + EUR 18,2 Mio. [Freistellung]). Den die Versicherungssumme übersteigenden Betrag in Höhe von 1,3 Mio. trägt der Versicherungsnehmer. Werden die Abwehrkosten nicht auf die Versicherungssumme angerechnet, beträgt die Gesamtleistung des Versicherers EUR 21,3 Mio. (EUR 19,5 Mio. [Freistellung] + plus EUR 1,8 Mio. [Abwehrkosten]).

Abzug von der Versicherungssumme?

Ob Abwehrkosten Teil der Versicherungssumme sind, ist streitig. Der Versicherer geht üblicherweise davon aus. Das Gesetz (§ 100 Absatz 2 VVG) sieht zwar vor, dass auf Veranlassung des Versicherers entstehende Abwehrkosten die Deckungssumme nicht reduzieren und vom Versicherer zusätzlich zu tragen sind. Von diesem Leitbild weichen die allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) in der Haftpflichtversicherung jedoch regelmäßig ab. In unterschiedlicher Formulierung sehen die AVB vor, dass die vereinbarte Versicherungssumme den Höchstbeitrag der Leistungspflicht des Versicherers darstellt und durch die Abwehr verursachte Kosten (Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen und Gerichtskosten etc.) in der Versicherungssumme inbegriffen sind (sog. Kostenanrechnungsklausel).

Damit sollten sich Versicherungsnehmer nicht zufrieden geben. Es ist zweifelhaft, ob Kostenanrechnungsklauseln in AVB wirksam sind.

Rechtslage / Literaturmeinungen

In einem zur D&O-Versicherung ergangenen Urteil aus dem Jahr 2011 entschied das OLG Frankfurt a.M. (Urteil vom 9. Juni 2011, Az. 7 U 127/09), dass die streitige Kostenanrechnungsklausel des Versicherers unwirksam war. Die Klausel sei intransparent und benachteilige den Versicherungsnehmer unangemessen. Der Versicherungsnehmer könne nicht erkennen, wann und in welcher Höhe anzurechnende Kosten entstehen können. Der Versicherer veranlasse die Verteidigungskosten durch seine Regulierungsentscheidung zur Anspruchsabwehr selbst.

Die Entscheidung verursachte erheblichen Aufruhr am Versicherungsmarkt. Zum einen sind Kostenanrechnungsklauseln national und international üblich. Für den Versicherer sind mögliche Abwehrkosten im Rahmen der Berechnung risikooangemessener Prämien schwer kalkulierbar. Zum anderen ist die Begründung des Urteils bedauernd kurz und angesichts ihrer Kürze im Einzelnen nicht nachvollziehbar. So verwundert es nicht, dass die rechtswissenschaftliche Literatur in dieser Frage gespalten ist.



Während versichererfreundliche Stimmen die Entscheidung ablehnen und von der Wirksamkeit der Kostenanrechnung in der D&O-Versicherung ausgehen (Langheid Verswirtschaft 2012, 1768, 1771), halten andere Anrechnungsklauseln mit unterschiedlicher Begründung im Ergebnis für unwirksam (z.B. Terno, r+s 2013, 577).

Unwirksamkeit von Kostenanrechnungsklauseln

Eine allgemeine Aussage dazu, ob Kostenanrechnungsklauseln wirksam sind, lässt sich nicht aufstellen. Es kommt auf die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Klausel an. Allerdings sprechen gute Gründe für die Unwirksamkeit der gegenwärtig noch verwendeten Kostenanrechnungsklauseln. Klauseln, die Verteidigungskosten (Anwalts-, Gerichts- Sachverständigen und Zeugenkosten) uneingeschränkt zum Teil der Versicherungssumme erklären, benachteiligen den Versicherungsnehmer unangemessen (§ 307 Absatz 1 BGB).

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Klausel mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (Leitbild) von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist.

Leitbild: Prozesskostentragungspflicht des Versicherers

Die Kostenanrechnungsklausel weicht von der gesetzlichen Regelung ab, nach der der Versicherer das Kostenrisiko einer erfolglosen Anspruchsabwehr trägt (§ 101 Absatz 2 VVG). Diese Prozesskostentragungspflicht des Versicherers ist ein Leitbild: Die Haftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Versicherungsnehmers. Ihr Grundgedanke ist die finanzielle Abdeckung der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers und der Folgen seiner Inanspruchnahme. Die Abwehr von unberechtigten Haftpflichtansprüchen und die Freistellung von begründeten Ansprüchen sind gleichberechtigte Hauptleistungspflichten des Versicherers. Der Versicherer hat das alleinige Wahlrecht, ob er den Schadenersatzanspruch ablehnt oder befriedigt. Dementsprechend trifft nach dem Gerechtigkeitsgedanken des § 101 Absatz 2 VVG den Versicherer das Kostenrisiko, das mit seiner Wahl verbunden ist. Der Versicherer muss die Kosten der Anspruchsabwehr gerade dann tragen, wenn die Anspruchsabwehr erfolglos war und sich seine Entscheidung (Abwehr statt sofortiger Befriedigung) als Fehlentscheidung erweist. Nach der Rechtsprechung hat der Versicherer nicht das Recht, die mit der Abwicklung der Haftpflichtverbindlichkeit verbundenen Mühen und Kosten auf den Versicherten abzuwälzen.

Da die Kostenanrechnungsklausel von diesem Leitbild abweicht, wird vermutet dass sie den Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligt. Höherrangige Interessen des Versicherers, die bei einer Interessenabwägung diese Vermutung widerlegen, liegen nicht vor.

Interessenabwägung

Kostenanrechnungsklauseln widerstreiten den Interessen des Versicherungsnehmers. Sie verlagern das Risiko einer erfolglosen Anspruchsabwehr vom Versicherer auf den Versicherten. Der Versicherer befreit sich von dem Kostenrisiko, bei Ausübung seines Wahlrechts (Abwehr oder Freistellung) eine Fehlentscheidung zu treffen. Dies kann dazu führen, dass der Versicherer mangels Kostenrisiko bei hohen Haftpflichtansprüchen an der Grenze zur Versicherungssumme generell zunächst Ansprüche versucht abzuwehren, obwohl diese mit großer Wahrscheinlichkeit begründet sind. So ist in großen Haftpflichtfällen erkennbar, dass der Versicherer keine Regulierungsentscheidung trifft, sondern pauschal Abwehrkosten deckung gewährt, ohne eine Freistellung ernsthaft in Betracht zu ziehen. Das Risiko des Versicherers bleibt in jedem Fall auf die Versicherungssumme beschränkt; gleichzeitig erhält er aber die Chance die Versicherungssumme nicht für die Freistellung des Versicherungsnehmers aufwenden zu müssen. Nach der gesetzlichen Regelung würde in einem solchen Fall der Versicherer wegen seines Kostenrisikos eher eine Freistellung des Versicherungsnehmers erwägen.

Die (Fehl-)Entscheidung des Versicherers zur Anspruchsabwehr kann des Weiteren dazu führen, dass die Versicherungssumme durch die Verteidigungskosten weitgehend oder vollständig verbraucht ist. War die Abwehr des Anspruchs erfolglos, steht fest, dass der Versicherungsnehmer den Schadenersatzanspruch befriedigen muss. Für die Freistellung des Versicherungsnehmers von diesem Anspruch durch den Versicherer stünde nicht mehr ausreichend Versicherungssumme zur Verfügung. Die Haftpflichtversicherung hätte in diesem Fall lediglich die Funktion einer reinen Rechtsschutzversicherung. Der Versicherer kann seiner Freistellungsverpflichtung (als gleichbedeutender Hauptleistungspflicht) nicht nachkommen. Der Schutz des Vermögens des Versicherten wird verfehlt. Der Versicherte kann zudem nicht erkennen, in welcher Höhe nach Abschluss des Rechtsstreits gegebenenfalls noch Versicherungssumme für seine Freistellung zur Verfügung steht und ob und in welcher Höhe er eigenes Vermögen einsetzen muss. Die Ungewissheit ist ein Nachteil für den Versicherten.

Demgegenüber hat der Versicherer ein Interesse an der Verwendung der Kostenanrechnungsklausel, weil sie sein Kostenrisiko auf die Höhe der Versicherungssumme beschränkt. Sein Risiko bleibt kalkulierbar. Der Versicherer kann – ebenso wenig wie der Versicherte – einschätzen, in welcher Höhe Verteidigungskosten anfallen werden. Allerdings ist der Versicherer wegen seiner Marktkenntnis und seines Spezialwissens eher in der Lage, das Risiko zusätzlicher Verteidigungskosten zu beherrschen und in seiner Prämienkalkulation sowie in entsprechenden angemessenen Klauseln zu berücksichtigen. Darüber hinaus trifft er die Abwehrentscheidung. Er hat damit die Entscheidung über sein Kostenrisiko in der Hand. Ein höherrangiges Interesse des Versicherers an der Verwendung der Kostenanrechnungsklausel ist daher nicht zu erkennen.

Unbeschränkte Kostenanrechnungsklauseln, die zum Verbrauch der Versicherungssumme und damit zur Aushöhlung der Freistellungsverpflichtung (wegen Verbrauchs der Versicherungssumme) des Versicherers führen können, sind wohl unwirksam.

Die Interessenabwägung könnte, abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Klausel im Einzelfall, zu einem anderen Ergebnis kommen. Die Klausel wäre dann wirksam, wenn sie trotz Kostenanrechnung eine Freistellung des Versicherungsnehmers sicherstellt. Dies könnte anzunehmen sein, wenn der Versicherer den maximalen Betrag von Abwehrkosten, die auf die Versicherungssumme anrechenbar sind, oder Sublimits für Abwehrkosten im Vertrag ausweist oder die Möglichkeit des Wiederauffüllens der Versicherungssumme für Freistellungszwecke enthielte.

Fazit

Es sprechen gute Gründe dafür, dass ein Großteil üblicher Kostenanrechnungsklauseln nicht nur in der D&O-Versicherung, sondern in der gesamten Haftpflichtversicherung unwirksam sind. Abwehrkosten sind daher gemäß § 101 Absatz 2 VVG nicht auf die Versicherungssumme anzurechnen. Der Versicherungsnehmer hat bei einer erfolglosen Abwehr des Haftpflichtanspruchs durch den Versicherer, Anspruch auf Freistellung in Höhe der vollen Versicherungssumme.

In relevanten Streitigkeiten mit dem Versicherer sollten Versicherungsnehmer die Unwirksamkeit der Kostenanrechnungsklausel prüfen und gegebenenfalls als Verhandlungspunkt aufnehmen. Allerdings fehlt eine höchstrichterliche Entscheidung zur Wirksamkeit derartiger Klauseln. Angesichts der zunehmenden Konfrontation mit dieser Frage, haben Versicherer bereits angekündigt, die Wirksamkeit der Klausel in einem geeigneten Fall höchstrichterlich klären zu lassen. Versicherungsnehmer sollten daher prüfen, ob sie sich ggf. auf einen Rechtsstreit über die Kostenanrechnung einlassen. Anzuraten wäre es jedenfalls dann, wenn der Versicherer noch aus weiteren Gründen den Deckungsschutz versagt. [Dr. Mark Wilhelm](#), [Dr. Anja Mayer](#)

Schadenfall: Einzelsache und versicherte Sache, behördliche Auflage



In einer Härterei sind 5 Öfen an eine gemeinsame Absaugung angeschlossen. Durch ein örtlich begrenztes Feuer an einem der Öfen kommt es zu Beschädigung der über diesem Ofen befindlichen Absaugung. Das Feuer breitet sich über ca. 5-6 Meter aus und wird dann gelöscht.

Der vom Versicherer beauftragte Sachverständige begutachtet den Schaden und lässt den Versicherungsnehmer ein Angebot des Herstellers einholen.

Der Hersteller bietet die Reparatur des Ofens mit ca. 50.000,- € an. Eine Reparatur der Absaugung lehnt er ab, da diese in der vorhandenen Form nach seiner Auffassung nicht mehr dem Stand der Technik entspricht und er diese Absaugungen so nicht mehr herstellt.

Die Absaugungen werden nur noch in Edelstahl geliefert. Des Weiteren erfüllt der zur Absaugung gehörige Kondensator (zur Luftreinigung) nicht mehr die notwendigen Voraussetzungen, um aktuellen Umweltschutzvorschriften gerecht zu werden.

Die Behörde fordert den Versicherungsnehmer schriftlich auf, einen Sachverständigen zu beauftragen der eine den geltenden Vorschriften entsprechende Instandsetzung festlegen soll.

Der Versicherungsnehmer erreicht in Verhandlungen mit der Behörde, dass eine Wiederherstellung nach Maßgabe des Angebotes des Herstellers vorgenommen werden darf, da dieser die Gewähr dafür zugesagt hat, dass die Absaugung in dieser Form dem Stand der Technik entspricht. Bei der Absaugung handelt es sich nicht um eine genehmigungspflichtige Anlage im Sinne der Bestimmungen, aber um eine solche, die der behördlichen Aufsicht unterliegt.

Der Sachverständige teilt dem Versicherungsnehmer mit, er müsse zur Bezifferung der Schadenhöhe das Angebot über einen kompletten Austausch der Absaugung in den versicherten beschädigten Teil und den restlichen nicht beschädigten Teil aufteilen. Der Gesamtbetrag von 200.000,- € entfielen insofern mit ca. 40.000,- € auf die Schadenhöhe. Den Rest müsse der Versicherungsnehmer tragen, da es eine Erneuerung und Verbesserung von nicht geschädigten Sachen darstelle.

Der Sachverständige geht offensichtlich davon aus, dass beschädigte Sache, für die er die Reparaturkosten ermitteln soll, der beschädigte Teil der Absaugung sei. Die Absaugung lässt sich technisch auch auseinanderbauen, d. h. beschädigte Teile lassen sich von den nicht beschädigten Teilen trennen. Nach technischem Verständnis ist diese Einschätzung hinsichtlich einer beschädigten Sache durchaus nachvollziehbar.

Allerdings kommt es auf die technische Sicht nicht an. Sache im versicherungsrechtlichen Sinne ist, folgt man der gängigen Literaturmeinung, immer eine Gesamtheit von komplementär zusammengehörigen Gütern. Als Anhaltspunkt kann nach unserer Auffassung gelten, dass es sich um solche Sachen handelt, die alleine nicht verwendet werden können. Im vorliegenden Beispiel kann man diskutieren, ob Sache in diesem Sinne die jeweiligen Öfen einschließlich der Absaugung sind oder zumindest die gesamte Absaugung an sich. Sache ist aber sicherlich nicht ein Teil der Absaugung, die technisch getrennt werden kann.

Unterstellt man, dass die Absaugung insofern Sache ist, handelt es sich also um eine beschädigte Sache, für die die Reparaturkosten zu ersetzen sind.

In den gängigen Versicherungsbedingungen, so auch im vorliegenden Fall, ist zum einen vereinbart, dass bei zerstörten Sachen der Versicherungswert (Wiederbeschaffungswert der neuwertigen Sache) oder bei beschädigten Sachen die Reparaturkosten ersetzt werden. Spätestens seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009 ist entschieden, dass der Versicherungswert, der zu entschädigen ist, auch all diejenigen Aufwendungen enthält, die aus wirtschaftlichen, technischen oder rechtlichen Gründen notwendig sind, um eine solche Sache wiederzubeschaffen. Wenn es insofern aus technischen und rechtlichen Gründen, wie im vorliegenden Fall nach unserer Auffassung gegeben, nur möglich ist einen Komplettaustausch in der geschilderten Form vorzunehmen, handelt es sich bei den Kosten um die Reparaturkosten, um die beschädigte Sache instandzusetzen. Warum soll bei Reparaturkostenersatz etwas anderes gelten als bei zerstörten Sachen?

Üblicherweise sehen die Versicherungsbedingungen die Mitversicherung von Mehraufwendungen durch behördliche Auflagen vor. Bereits in Schadenpraxis 1/2013 haben wir uns mit der Frage beschäftigt, welche Anforderungen an eine Auflage zu stellen sind. Nach unserer Auffassung und der uns bekannten Meinung in der Literatur ist Auflage jede Willensäußerung der Behörde. Lediglich die Regulierungspraxis verlangt einen Verwaltungsakt oder es wird für die Ersatzpflicht gefordert, die Behörde müsse zu solchen Auflagen berechtigt gewesen sein. Dies wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer, auf den es ankommt, dem Wortlaut der Klausel nicht entnehmen. Die Frage im vorliegenden Fall ist, ob unter dieser Klausel auch Aufwendungen zu ersetzen sind, die der Versicherungsnehmer zu tragen hat, weil er mit der Behörde eine Einigung dahingehend findet, wie eine Reparatur erfolgen kann, ohne dass die Behörde konkret eine bestimmte Maßnahme fordert. Bei weiter Auslegung des Begriffes Auflage sollte dieses unter den Begriff erfasst sein, denn dieser Einigung geht ja eine Willensäußerung im mittelbaren Sinne voraus. Eine solche Einigung ist unter Umständen auch im Sinne des Versicherers. Die Behörde hat konkret geäußert, dass sie eine Reparatur nach dem Stand der Technik voraussetzt. Dies ist bereits eine Auflage in unserem Sinne. Empfehlenswert dürfte auf jeden Fall sein, in solchen Grenzfällen mit dem Versicherer ein einvernehmliches Vorgehen und die konkrete Deckungspflicht zu klären.

Sofern eine Einigung nicht erzielt werden kann und ein Ersatz aus der grundlegenden Entschädigungsregelung abgelehnt wird, bleibt dann nur, einen offiziellen Antrag an die Behörde zu stellen und den Entscheid abzuwarten. Sofern die Behörde sich dann konkret festlegt oder einen Sachverständigen beauftragt, die notwendige Reparaturmöglichkeit zu definieren, wäre dann, folgt man unserer Auffassung zur Auslegung des Begriffes Auflage, eine solche als Deckungsvoraussetzung vorhanden.



Schadenmanagement für Versicherungsnehmer

Ihr Spezialist im Schadenfall. Für Versicherungsnehmer. An der Seite des Maklers.

Mit unserem Netzwerk aus erfahrenen Schadenmanagern, Ingenieuren und Rechtsanwälten unterstützen wir **Versicherungsnehmer** bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche – von Anfang an.

Wir bringen das Spezialwissen und die Erfahrung aus einer Vielzahl von Schadenfällen und diskutieren auf Augenhöhe mit Regulierern, Juristen und technischen Sachverständigen des Versicherers – als Team an der Seite des Versicherungsnehmers oder seines Maklers.

Wir unterstützen Sie bei der interessenwahrenden Koordination von strategischer Wiederaufbauplanung und Wahrung vertraglicher Ansprüche.

Interessen- und vertragsgerechte Schadenregulierung erfordert besondere Fähigkeiten von Beginn an.

Rufen Sie uns an – Wir sind 24 Stunden am Tag für Sie erreichbar!

Kontakt:

Harald Vollgraf

Peritos

HKV Management GmbH

Sternstraße 7 · 59269 Beckum

Tel.: 02521 / 8 29 04 11

hvollgraf@peritos-schadenmanagement.de

