



Hermann Wilhelmer • Wien

## Sonderfragen zur Kontrahierungswirkung der Serienschadenklausel in der D&O-Versicherung

Anmerkungen zu OGH 19. 11. 2015, 7 Ob 137/15w

» ZFR 2018/190

Die zu einer D&O-Versicherung ergangene OGH-E 7 Ob 137/15w<sup>1</sup> bietet Gelegenheit, die in der Lit entwickelte Lehre zur Unterscheidung von deckungsbegrenzender und deckungsverschaffender Wirkung der Serienschadenklausel in Erinnerung zu rufen und auf die AGB-Rechtskonformität von Klauseln einzugehen, die einen automatischen Nachdeckungsfristentfall ua bei Verschmelzung des VN anordnen.

### 1. Funktion der Serienschadenklausel

Liegen mehrere Verstöße vor, regelt die Serienschadenklausel, wann diese „mehreren Verstöße“ als ein Versicherungsfall gelten.<sup>2</sup> Die Serienschadenklausel verklammert „mehrere Verstöße“ im Wege der **Rechtsfiktion** zu einem Versicherungsfall.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Zur Serienschadenklausel vgl *Fenyves*, Die rechtliche Behandlung von Serienschäden in der Haftpflichtversicherung (1988); *ders*, Die Serienschadenklausel der AHVB 1986, VR 1986, 57 ff; *ders*, VR 5/2015, 31 ff; *Wilhelmer*, ZFR 6/2015, 253 ff; *Nowak-Over*, Auslegung und rechtliche Zulässigkeit von Serienschadenklauseln in der Haftpflicht- und Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (1990/1991).

<sup>3</sup> *Fenyves*, Serienschäden 69; *ders*, VR 1986, 62; *Nowak-Over*, Serienschadenklauseln 1; *Fenyves*, VR 6/2015, 39; *Wandt*, Gedanken zur Serienscha-

<sup>1</sup> VersE 2576; *ecolex* 2016/25, 578; *RdW* 2016, 187; ZFR 2016, 235.



Die Serienschadenklausel begünstigt bei hohen Schadenssummen den VR, weil die Versicherungssumme trotz Vorliegens mehrerer Verstöße nur einmal geleistet werden muss.<sup>4</sup> Für den VN ist die Serienschadenklausel bei kleineren Schadenssummen vorteilhaft, weil die Schadenssummen addiert werden und der Selbstbehalt nur einmal verrechnet wird.<sup>5</sup> Andererseits kann die Versicherungssumme bei durch die Serienschadenklausel kumulierten Schadensbeträgen zur Befriedigung von Haftpflichtansprüchen nicht (mehr) ausreichen.<sup>6</sup> Der VN sollte daher bei serienschadengeneigten Tätigkeiten auf die Vorhaltung einer ausreichend hohen Versicherungssumme achten.<sup>7</sup>

Die Zulässigkeit von Serienschadenklauseln ist grds **anerkannt**. Der VR soll seine Leistungspflicht bei seriellen Fehlerwiederholungen (seriellen Haftpflichttrisiken) durch eine Serienschadenklausel begrenzen dürfen.<sup>8</sup> Ohne Serienschadenklausel müsste der VR va bei einer Versicherungssumme mit unmaximierter Jahreshöchstleistung unbegrenzt oft pro Versicherungsfall Versicherungsschutz gewähren<sup>9</sup> (dies spielt etwa in Teilbereichen der Pflichthaftpflichtversicherung gegenüber dem geschädigten Dritten im Außenverhältnis eine erhebliche Rolle). Für den VR ist diesfalls das Leistungsrisiko schwer kalkulierbar.<sup>10</sup> Gegenstand der kontroversen Diskussionen (in Lit und Rsp) ist daher nicht die Serienschadenklausel an sich, sondern deren konkrete Ausgestaltung. Kritisch gesehen werden zum einen die jeweiligen Definitionen zu den einzelnen Serienschadenelementen sowie zum anderen die (zeitlichen) Verklammerungsbestimmungen zwischen diesen **Serienschadenelementen**.<sup>11</sup>

Neben der Frage, wann ein Serienschaden gemäß der jeweils AVB-vertraglich vereinbarten Serienschadenklausel vorliegt, stellen sich Folgefragen, wann der Serienschaden zeitlich eintritt (hierbei wird üblicherweise auf das zeitlich erste Serienschadeneignis einer Serie abgestellt)<sup>12</sup> und – dies ist im Folgenden das Thema – welche deckungsrechtliche Begrenzungswirkung (Kontrahierungswirkung) die konkrete Serienschadenklausel entfaltet.

denklausel Ziff 6.3 AHB 2008, in FS Fenyves (2013) 798; *Dallwig*, Deckungsbegrenzungen in der Pflichtversicherung (2011) 249 mwN in FN 740; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2012) D Rz 408 ua mit Bezug auf den BGH, VersR 1991, 175.

- 4 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> D Rz 410; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, AVB-RSW Kommentar<sup>2</sup> (2017) § 3 Rz 78.
- 5 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> D Rz 410; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 3 Rz 78.
- 6 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> D Rz 411.
- 7 Vgl dazu nur *Therstappen*, Serienschäden bei Anwälten – Massenverfahren und Versicherungssummen, dAnwBl 8+9/2015, 708–709.
- 8 *Fenyves*, VR 6/2015, 39; *Wandt*, FS Fenyves 798; *Dallwig*, Deckungsbegrenzungen 249 mwN in FN 740; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> D Rz 408, ua mit Bezug auf den BGH VersR 1991, 175.
- 9 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> D Rz 408.
- 10 *Nowak-Over*, Serienschadenklauseln 2.
- 11 So auch *Dallwig*, Deckungsbegrenzungen 249.
- 12 Vgl OGH 9. 7. 2014, 7 Ob 70/14i VersE 2511 = *ecolex* 1/2015, 28; vgl dazu auch *Wilhelmer*, ZFR 6/2015, 258.

## 2. Deckungsbegrenzende versus deckungsverschaffende Wirkung der Serienschadenklausel

In der Lit werden im Allgemeinen zwei Kontrahierungswirkungen der Serienschadenklausel unterschieden: die deckungsbegrenzende und die deckungsverschaffende bzw deckungsvernichtende Wirkung der Serienschadenklausel.<sup>13</sup> Diese beiden unterschiedlichen Kontrahierungswirkungen der Serienschadenklausel werden nicht immer beachtet.<sup>14</sup>

Die deckungsbegrenzende Wirkung der Serienschadenklausel führt (nur) zur betraglichen Beschränkung des Versicherungsschutzes.<sup>15</sup> Versicherungsfälle, die nicht in den zeitlichen Geltungsbereich der Deckung fallen (die also **nicht „während der Wirksamkeit“** des Versicherungsschutzes eintreten), werden durch die Versicherungsfallfiktion der Serienschadenklausel nicht erfasst und bleiben ungedeckt.<sup>16</sup> Die Kontrahierungswirkung der deckungsbegrenzenden Serienschadenklausel bezieht sich nur auf Versicherungsfälle im Rahmen der Serie, die in den zeitlichen Geltungsbereich des Versicherungsschutzes fallen.

Deckungsverschaffende bzw deckungsvernichtende Wirkung entfaltet die Serienschadenklausel dann, wenn zur allgemeinen Versicherungsfallfiktion der Serienschadenklausel (Verklammerung mehrerer Verstöße zu einem Versicherungsfall) eine deckungsverschaffende bzw deckungsvernichtende Kontrahierungswirkung des Serienschadens angeordnet wird.<sup>17</sup> Der Serienschaden wird diesfalls (zeitlich) **ausschließlich** einem bestimmten Versicherungsvertrag zugeordnet. Der erste Versicherungsfall im Rahmen der Serie und damit der gesamte Serienschaden sind zu decken, auch wenn einzelne Versicherungsfälle der Serie nicht oder nicht ausschließlich in die zeitliche Geltung eines Versicherungsvertrages fallen. Umgekehrt ist der Serienschaden vom nachfolgenden Versicherungsvertrag zur Gänze

13 Vgl dazu *Fenyves*, VR 1986, 62–67, insb 63; *Nowak-Over*, Serienschadenklauseln 94–96 und 124–127; *Völk/Völk*, Beraterhaftung<sup>2</sup> (2014) Rz 6/49 und 6/50.

14 *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, AVB-RSW Kommentar<sup>2</sup> (2017) § 3 Rz 76 ff, *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2012) D Rz 407 ff, *Kaufmann*, Die Berufshaftpflichtversicherung des Steuerberaters (1996) 143 ff, *Schlie*, Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe (1994) 94 ff, *E. Hartmann*, Grenzen des Versicherungsschutzes in der Haftpflichtversicherung – Serienschaden, Stbg 1988, 242 ff, und zuletzt auch *Wandt*, FS Fenyves 781 ff, gehen zB auf diese Fragestellung nicht ein.

15 *Fenyves*, VR 1986, 63, *ders*, Serienschäden 15 ff.

16 *Fenyves*, VR 1986, 63.

17 *Fenyves*, VR 1986, 64. Diese Variante der deckungsverschaffenden bzw deckungsvernichtenden Serienschadenklausel lag der „alternativen“ Serienschadenklausel zur deutschen Produkthaftpflichtversicherung in Z 8.1 PHB zugrunde. Diese Klausel lautet (zitiert nach *Fenyves*, Serienschäden 16): „Mehrere Schadenereignisse aus der gleichen Ursache (...) gelten unabhängig von ihrem tatsächlichem Eintritt als ein Schadenereignis und in dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem das erste dieser Schadenereignisse eingetreten ist. Teilweise abweichend von § 1 Ziff 1 AHB bezieht sich die zeitliche Geltung des Versicherungsschutzes **ausschließlich auf Schadenereignisse solcher Serien, deren erstes Schadenereignis während der Wirksamkeit der Versicherung eingetreten ist, aber auch auf alle Schadenereignisse dieser Serie**“ (Hervorhebung durch den Autor).



nicht zu decken, wenn spätere Versicherungsfälle im Rahmen einer Serie in die (zeitliche) Wirksamkeit dieses Versicherungsvertrages fallen.

Je nach Ausprägung der konkret vereinbarten Serienschadenklausel unterscheidet sich das Deckungsschicksal der Serienschäden. Bei der bloß deckungsbegrenzenden Ausprägung der Serienschadenklausel kommt es – anders als bei der deckungsverschaffenden bzw deckungsvernichtenden Wirkung der Serienschadenklausel – im Ergebnis zu **keinem einheitlichen Deckungsschicksal**. Mehrere zeitlich aneinander anschließende Versicherungsdeckungen können eintrittspflichtig sein. In diesem Zusammenhang besteht die Gefahr des „Herauskündigens aus einer Serie“ (vgl dazu Punkt 3.).<sup>18</sup>

Bei der deckungsverschaffenden bzw deckungsvernichtenden Wirkung der Serienschadenklausel werden entweder **alle Versicherungsfälle** im Rahmen des Serienschadens im Versicherungsvertrag gedeckt oder sie werden zur Gänze aus der Versicherungsdeckung ausgeschlossen.<sup>19</sup>



#### Beispiel:

Ein RA/Notar wickelt ein großes Bauträgerprojekt ab, in dessen Rahmen 30 Kaufverträge errichtet werden. Bei jedem Kaufvertrag wird ein gleicher oder gleichartiger Verstoß begangen (zB jeweils ein Fehler zu gleichen Gebühren- bzw Steuerrechtsfragen). Insgesamt liegen somit 30 Verstöße vor. Das Projekt beginnt am 1. 1. 2010 und endet am 1. 1. 2013. Im Jahr 2010 werden zehn Verträge abgewickelt, im Jahr 2011 weitere zehn Verträge und im Jahr 2012 weitere zehn Verträge. Der RA/Notar ist vom 1. 1. 2010 bis 1. 1. 2011 bei VR A versichert, wechselt per 1. 1. 2011 zum VR B und per 1. 1. 2012 zum VR C.

Entfaltet die vereinbarte Serienschadenklausel nur deckungsbegrenzende Wirkung, tritt nach dem Verstoßprinzip in allen drei zeitlich aufeinanderfolgenden Versicherungsverträgen jeweils mit dem ersten Verstoß der Serie der Serienschaden ein. Der VR A hat alle Verstöße im Jahr 2010, der VR B alle Verstöße im Jahr 2011 sowie der VR C alle Verstöße im Jahr 2012 zu decken. Liegt in allen Versicherungsverträgen eine deckungsverschaffende bzw deckungsvernichtende Serienschadenklausel vor, bezieht sich die Kontrahierungswirkung der Serienschadenklausel idR ausschließlich auf den ersten Verstoß der Serie, also auf das Jahr 2010. Der VR A hat diesfalls für die gesamte Serie, also auch für die Serienverstöße in den Jahren 2011 sowie 2012, Deckung zu gewähren (deckungsverschaffende Wirkung). Die VR B und C sind für die Serienschäden im Jahr 2011 und 2012 gänzlich nicht eintrittspflichtig (deckungsvernichtende Wirkung).

<sup>18</sup> Fenyves, Serienschäden 15–18. Die Gefahr eines Herauskündigens aus einer Serie war auch Anlass der deutschen VR, die alternative Serienschadenklausel in der Produkthaftpflichtversicherung einzuführen, ders, Serienschäden 20 ff; Lange, Die Serienschadenklausel in der D&O-Versicherung, VersR 13/2004, 569 FN 53.

<sup>19</sup> Fenyves, VR 1986, 65.

### 3. Risiko des Herauskündigens aus der Serie

IZm der Unterscheidung von deckungsbegrenzender und deckungsverschaffender bzw deckungsvernichtender Wirkung der Serienschadenklausel wird in der Lit die Gefahr des „Herauskündigens“ einzelner Versicherungsfälle „aus einer Serie“ durch den VR diskutiert. Dieses Herauskündigen droht, sobald der VR von einem Serienschaden frühzeitig Kenntnis erlangt.<sup>20</sup>

Die Gefahr des Herauskündigens besteht nur bei einer **deckungsbegrenzenden Wirkung** der Serienschadenklausel. Kündigt der VR den Versicherungsvertrag, hat er bei deckungsbegrenzender Wirkung der Serienschadenklausel einen bereits eingetretenen Serienschaden nicht (oder nicht zur Gänze) zu decken.<sup>21</sup> Zu den zeitlich noch nicht (oder nicht mehr) in den Deckungszeitraum fallenden Versicherungsfällen im Rahmen einer Serie kann sich der VR durch (vorzeitige) Vertragskündigung von der Deckung befreien.<sup>22</sup>

Bei einer deckungsverschaffenden bzw deckungsvernichtenden Wirkung der Serienschadenklausel ist ein „Herauskündigen“ nicht (mehr) möglich.<sup>23</sup> Der VR hat für die gesamte Serie (also auch für die noch nicht eingetretenen Versicherungsfälle) zur Gänze Deckung zu gewähren. Die Vertragskündigung bleibt für die Deckung des Serienschadens folgenlos.

### 4. Relevanz für Versicherungssparten

#### 4.1. Berufshaftpflichtversicherung

In der Berufshaftpflichtversicherung spielt die Gefahr des Herauskündigens infolge des dort herrschenden Verstoßprinzips **kaum** eine Rolle.<sup>24</sup> Die seriellen Verstöße sind mit Bekanntwerden der Schäden (also mit Eintritt des Schadenereignisses) idR bereits gesetzt. Der VR kann auf den Serienschaden durch Vertragskündigung nicht mehr deckungsrelevant reagieren.

#### 4.2. D&O-Versicherung/Betriebshaftpflichtversicherung

Die Gefahr des Herauskündigens kann sich dagegen in der D&O-Versicherung und in der Betriebshaftpflichtversicherung realisie-

<sup>20</sup> Fenyves, VR 1986, 63; ders, Serienschäden 18 f mwN; Lange, VersR 13/2004, 569 FN 53; Abram, Die Berufshaftpflichtversicherung für Versicherungsvermittler (2000) 164.

<sup>21</sup> Fenyves, Serienschäden 15 f.

<sup>22</sup> Fenyves, VR 1986, 63. Dazu wurde in der Lit krit eingewendet, dass ein Herauskündigen aus einer Serie rechtsmissbräuchlich bzw treuwidrig sei (Teichler, Berufshaftpflichtversicherungen [1985] 52, 50; Lücke in Pröls/Martin, VVG<sup>28</sup> AHB Nr 19 Rz 5) bzw einen Verstoß gegen die berechtigten Deckungserwartungen des VN darstellen würde, so Fenyves, Serienschäden 19.

<sup>23</sup> Fenyves, VR 1986, 63; ders, Serienschäden 17.

<sup>24</sup> Zum Verstoßprinzip vgl Reisinger in Fenyves/Schauer, VersVG § 149 Rz 12; Fuchs/Grigg/Schwarzinger, AHVB/EHVB 2005, 262–265; Diller, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> Einl Rz 109, § 2 Rz 1 ff; Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 1 ff; Kaufmann, Berufshaftpflichtversicherung 110–113; Schlie, Berufshaftpflichtversicherung 63 ff; v. Rintelen in Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2015) § 1 AHB Rz 31, Rz 75 ff.



ren. Dies ergibt sich aus den dort üblichen Versicherungsfallprinzipien, nämlich aus dem Schadenereignisprinzip<sup>25</sup> bzw aus dem Claims-made-Prinzip.<sup>26</sup>

Sowohl nach dem Schadenereignisprinzip als auch nach dem Claims-made-Prinzip kann der Versicherungsfall **zeitlich verzögert** (nach Verstoßsetzung) eintreten und der VR vom Schadenereignis bzw von der Anspruchserhebung **frühzeitig Kenntnis** erlangen. Nach erfolgter Schadensmeldung kann der VR durch Vertragskündigung reagieren und sich von seiner Deckungspflicht für die noch nicht eingetretenen Schäden bzw für die noch nicht erhobenen Ansprüche befreien.<sup>27</sup>

## 5. OGH 7 Ob 137/15w

In der D&O-Serienschadenklausel-Entscheidung zu 7 Ob 137/15w hatte sich der OGH mit einem Sachverhalt zu beschäftigen, weil es zu einer zeitlichen Deckungsverkürzung durch automatische AVB-vertragliche Vertragsbeendigung, Vertragskündigung des VR und durch automatischen AVB-vertraglichen Nachdeckungsfristentfall kam. Der OGH versuchte hierbei ein Deckungsproblem zu lösen, das mit dem Problem des „Herauskündigens aus einer Serie“ vergleichbar ist. Er ging in seiner Entscheidung auf die verschiedenen Fragen der Kontrahierungswirkung der Serienschadenklausel jedoch nicht ein.

Im entscheidungsgegenständlichen Fall hatte der D&O-VR der VN nach Bekanntwerden eines Versicherungsfalles (Einleitung eines Strafverfahrens) und nach der zeitlich späteren Anzeige eines Kontrollwechsels in Form der Verschmelzung der VN mitgeteilt, dass der Versicherungsvertrag bedingungsgemäß automatisch mit Ende der Versicherungsperiode ende.<sup>28</sup> Hilfsweise erklärte der D&O-VR die ordentliche Kündigung zum Ende der Versicherungsperiode. Damit hatte der D&O-VR auf das Bekanntwerden eines Versicherungsfalles (Einleitung eines Strafverfahrens) durch Kündigung aktiv „reagiert“. Erst nach Beendigung des Versicherungsvertrages wurde die versicherte Person

schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen. Da aufgrund des Kontrollwechsels infolge Vorliegens des Verschmelzungstatbestandes aufseiten der VN sowohl der Versicherungsvertrag endete als auch die AVB-vertraglich vorgesehene Nachmeldefrist automatisch entfiel,<sup>29</sup> ereignete sich der Versicherungsfall der schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme (nicht jener der Einleitung eines Strafverfahrens) **außerhalb** der **Wirksamkeit** des D&O-Versicherungsschutzes.<sup>30</sup> Nach Ansicht des VR war der zweite Versicherungsfall daher nicht mehr zu decken.

Der OGH löste den Deckungsstreit über die Serienschadenklausel und unterstellte der streitgegenständlichen Serienschadenklausel implizit eine **deckungsverschaffende Kontrahierungswirkung**. Auf dieser Basis gewährte er nicht nur für die Einleitung des Strafverfahrens, sondern auch für die spätere schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme Deckung. Der Versicherungsfall, so der OGH, sei infolge der Serienschadenklausel bereits mit Einleitung des Strafverfahrens eingetreten, die spätere schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme sei zeitlich ebenfalls auf diesen Zeitpunkt zu beziehen.

## 6. Stellungnahme

Eine solche Kontrahierungswirkung der Serienschadenklausel lag bei genauer Betrachtung der Serienschadenklausel iVm den zeitlichen Regelungen in den AVB des entscheidungsgegenständlichen D&O-Vertrages mE nicht vor.

Die AVB im verfahrensgegenständlichen D&O-Vertrag definierten solche Versicherungsfälle als versichert, die sich während der Vertragslaufzeit, einer Nachmeldefrist oder einer Run-off-Deckung ereignen.<sup>31</sup> Die Serienschadenklausel<sup>32</sup> baute (nicht

<sup>25</sup> Zum Schadenereignisprinzip vgl *Reisinger* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG* § 149 Rz 13; *Fuchs/Grigg/Schwarzinger*, *AHVB/EHVB* 2005, 123–124; *Fenyves*, Die Behandlung der Hepatitis-C-Fälle in der Haftpflichtversicherung, *JBl* 2002, 205 ff; v. *Rintelen* in *Späte/Schimikowski*, *Haftpflichtversicherung*<sup>2</sup> § 1 AHB Rz 38 ff.

<sup>26</sup> Zum Claims-made-Prinzip *Ramharter*, D&O-Versicherung, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), *Handbuch für den Aufsichtsrat*<sup>2</sup> (2016) § 47 Rz 71 ff; *Lanner*, D&O-Versicherung unter besonderer Berücksichtigung des Claims-Made-Prinzips, in *Gisch/Koban/Ratka* (Hrsg), *Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz* (2016) 51 ff; *Schramm*, Das Anspruchserhebungsprinzip (2009); *Lange*, D&O-Versicherung § 9 Rz 1 ff; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 6 Rz 93 ff; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> Einl Rz 109–110; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 7; *Kaufmann*, Berufshaftpflichtversicherung 113–114; v. *Rintelen* in *Späte/Schimikowski*, *Haftpflichtversicherung*<sup>2</sup> § 1 AHB Rz 34.

<sup>27</sup> *Ramharter*, *Directors & Officers-Versicherung: Einheitlicher Versicherungsfall* (Glosse zu OGH 7 137/15w), *ÖJZ* 2015, 516; *Reisinger*, *RdW* 2016, 102.

<sup>28</sup> Punkt 11.2 der streitgegenständlichen OLA 2008 lautete: „Der Versicherungsvertrag endet automatisch und ohne dass es einer Kündigung bedarf, wenn a) ein Wechsel in der Kontrolle der Versicherungsnehmerin (...) eintritt (...), mit dem Ende der Versicherungsperiode, in welche das jeweilige Ereignis fällt.“

<sup>29</sup> Kommt es zur Liquidation, Verschmelzung oder Neubeherrschung der VN (*change of control*), ist in den D&O-Bedingungen ua häufig auch der automatische Entfall der Nachmeldefrist angeordnet, vgl dazu *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 8 Rz 52. In Punkt 2.3.2 der streitgegenständlichen OLA 2008 hieß es demgemäß: „Eine Nachmeldefrist entsteht nicht, wenn die Vertragslaufzeit durch automatischen Ablauf wegen Wechsels in der Kontrolle der Versicherungsnehmerin gemäß 2.2 endet.“ In diesem Zusammenhang stellt sich Frage der Vereinbarkeit der Change-of-control-Klauseln mit den Regelungen zur Gefahrenerhöhung (§§ 23 *VersVG* ff) bzw mit § 14 *VersVG*, vgl *Ramharter* in *Kunz/Kalss*, *Handbuch für den Aufsichtsrat*<sup>2</sup> § 47 Rz 70. Da in Punkt 2.3.2 der OLA 2008 für den Fall des Kontrollwechsels die Möglichkeit des Einkaufs einer Run-off-Deckung (das ist der eigenständige Abschluss eines Versicherungsvertrages zur Sicherung einer Nachdeckung) bestand, geht *Ramharter*, *ÖJZ* 2015, 516, von der Wirksamkeit derartiger Klauseln aus.

<sup>30</sup> So explizit die E-Anm *Reisingers*, *RdW* 2016, 102.

<sup>31</sup> Punkt 2.1 der streitgegenständlichen OLA 2008 regelte mit der Überschrift „Versicherter Zeitraum, Anspruchserhebungsprinzip, Rückwärtsversicherung, betroffene Versicherungsperiode“: „Versichert sind Versicherungsfälle, die während der Vertragslaufzeit gem 11.1 (Vertragslaufzeit), einer Nachmeldefrist oder einer run-off-Deckung eintreten, gleich ob die Pflichtverletzung vor oder nach Beginn der Vertragslaufzeit begangen wurde. Versicherungsfälle werden der Versicherungsperiode zugerechnet, in der sie erstmals eintreten.“

<sup>32</sup> Punkt 8.4.1 der OLA 2008 lautete: „Alle Versicherungsfälle, denen dieselbe Pflichtverletzung zugrunde liegt, gelten unabhängig von der Anzahl der Inanspruchnahmen und Verfahren als derselbe Versicherungsfall.“ Punkt 8.4.2 der OLA 2008 lautete weiters: „Ein Versicherungsfall nach 8.4.1 gilt als alleine in dem Zeitpunkt eingetreten, in dem die erste Inan-



explizit, aber systematisch) auf dieser allgemeinen Regelung zum zeitlichen Geltungsbereich des Versicherungsschutzes auf.<sup>33</sup> Nach den AVB sollten serielle Versicherungsfälle nur gedeckt sein, wenn diese während der Wirksamkeit des D&O-Versicherungsschutzes eintreten.<sup>34</sup> Versicherungsfälle, die außerhalb der Wirksamkeit des Versicherungsschutzes eintreten, sollten nicht mehr unter die Verklammerungswirkung der Serienschadenklausel fallen und daher auch nicht auf den Zeitpunkt des ersten Einzelschadens (Einleitung des Strafverfahrens) projiziert werden. Da im konkreten Fall weder der Vertrag aufrecht war, noch eine Nachmeldefrist bestand oder eine Run-off-Frist eingekauft wurde, trat das zweite serielle Versicherungsfallereignis nicht mehr innerhalb der Wirksamkeit des Versicherungsschutzes ein. Die Serienschadenklausel sollte nach den streitgegenständlichen AVB und zufolge der allgemeinen Unterscheidung zwischen deckungsbegrenzender und deckungsverschaffender bzw deckungsvernichtender Wirkung der Serienschadenklausel ihre Verklammerungswirkung gar nicht mehr entfalten. Der OGH hätte bei zutreffender Betrachtung der Zusammenhänge den streitgegenständlichen Fall nicht über die Serienschadenklausel lösen dürfen,<sup>35</sup> weil – wie ausgeführt – nach Analyse der verfahrensgegenständlichen Serienschadenklausel mE nur eine deckungsbegrenzende Serienschadenklausel vorlag.

Dem Ergebnis der OGH-Entscheidung (Bejahung der Deckung für das versicherte Organ) ist aus einem anderen Grund zuzustimmen. Durch automatischen Nachmeldefristentfall infolge Verschmelzung der VN mit einem anderen Unternehmen lag im entscheidungsgegenständlichen Fall ein AVB-rechtlich angeordneter automatischer Nachmeldefristentfall vor.<sup>36</sup> Der Entfall jeglicher **Nachmeldefrist** bei Verschmelzung oder Neubeherrschung des versicherten Unternehmens ist im Lichte der deutschen Rsp zur Zulässigkeit des Claims-made-Prinzips **AGB-rechtlich nicht haltbar**:

Dem BGH<sup>37</sup> zufolge ist ua für die AGB-rechtliche Zulässigkeit des Claims-made-Prinzips<sup>38</sup> die Vereinbarung einer ausreichenden Nachmeldefrist erforderlich. Erst durch das Vorliegen einer (auch) angemessenen Nachmeldefrist werden Deckungs-

erwartungen der Versicherten<sup>39</sup> ausreichend gewahrt und nicht unangemessen (aus österr Sicht: nicht gröblich benachteiligend; § 879 Abs 3 ABGB) verkürzt. Wenngleich der OGH in einer jüngst ergangenen Entscheidung<sup>40</sup> zu einer auf Claims-made-Basis beruhenden Berufshaftpflichtversicherung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung gem § 879 Abs 3 ABGB verneinte, obwohl diese Deckung nach Vertragsbeendigung keine Nachdeckung (Nachmeldefrist) vorsah, sodass Versicherungsschutz bedingungsgemäß nur bestand, sofern der Verstoß, das Schadenergebnis und die Anspruchserhebung während des aufrechten Versicherungsvertrages erfolgt,<sup>41</sup> ist mit dem BGH weiterhin daran festzuhalten, dass bei Fehlen jeglicher Nachmeldefrist die berechtigten Deckungserwartungen der versicherten Person verletzt werden, weil gerade serielle Versicherungsfallereignisse in der D&O-Versicherung dazu führen können, dass die versicherte Person nicht für alle zeitnahen Ereignisse eines Serienschadens D&O-Versicherungsschutz erhält. Dieses Risiko entsteht, wenn der bestehende VR den D&O-Vertrag kündigt, die Nachmeldefrist automatisch entfällt und der Nachfolge-VR den bereits eingetretenen Versicherungsfall (über den Kenntnisausschluss)<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Zum Prüfmaßstab der berechtigten Deckungserwartungen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB eine wichtige Rolle spielen, *Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG (2014) Vor § 1 Rz 71*.

<sup>40</sup> OGH 24. 5. 2018, 7 Ob 182/17s.

<sup>41</sup> In Punkt 5.1. der Besonderen Bedingungen des streitgegenständlichen Versicherungsvertrages zu 7 Ob 182/17s wurde bei der Definition des Versicherungsfalles der kleinste denkbare gemeinsame „Nenner“ gewählt, indem Verstoßprinzip, Schadenereignisprinzip und Claims-made-Prinzip als Voraussetzung für den zeitlichen Versicherungsschutz kumuliert wurden. Durch diesen Ansatz wurden die mit den unterschiedlichen Versicherungsfallprinzipien verbundenen zeitlichen Deckungswirkungen (vgl hierzu nur *Fenyves, Die Behandlung der Hepatitis-C-Fälle in der Haftpflichtversicherung, JBl 2002, 205 ff*) ausschließlich zulasten des VN geregelt. Durch diesen minimalsten Ansatz bei der Gestaltung des zeitlichen Versicherungsschutzes liegt mE eine erhebliche Vertragszweckgefährdung vor und Punkt 5.1 der Bedingungen wäre als gröblich benachteiligend zu qualifizieren gewesen. Die der E 7 Ob 182/17s zugrunde liegenden Besonderheiten im Sachverhalt, die zur Anwendung eines individuellen Prüfungsmaßstabes mit Bezugnahme auf die konkrete Vertragssituation führten (zur begrenzten Zulässigkeit des individuellen Prüfungsmaßstabes im Zuge der Inhaltskontrolle von AGB vgl *Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 78*), können an dieser generalisierenden Betrachtungsweise nichts ändern. Aus mehreren Aspekten, die sich iZm dieser OGH-Entscheidung stellen, zwei Punkte: Dass der streitgegenständliche Deckungsschutz bei Vertragsabschluss nur von einem einzigen Versicherer angeboten wurde, rechtfertigt die massive Ungünstigkeit der Versicherungsfalldefinition nicht (vgl krit zum verwandten Tarifwahlargument *Fenyves in Fenyves/Schauer, VersVG Vor § 1 Rz 81*, wonach dieses nicht zieht, wenn keine Wahlmöglichkeit besteht). Dass der VN auch erhebliche Versicherungsleistungen aus dem Versicherungsvertrag erhalten hat, kann die gewählte Versicherungsfalldefinition ebenfalls nicht legitimieren, weil Leistungsaspekte für die Beurteilung einer benachteiligenden Klausel, die jedenfalls den Vertragszweck gefährdet (nämlich die Gewährung eines Mindeststandards an zeitlichem Versicherungsschutz), nicht maßgeblich sein dürfen (vgl zur Kritik am Leistungs- bzw spiegelbildlich am Preisargument iZm der Inhaltskontrolle von AVB *Kath, Rechtsfragen bei Verwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen [2007] 371–372*; vgl auch *Fenyves, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle von AVB als methodisches und praktisches Problem, in FS Bydlinki [2001] 121 [132]*).

<sup>42</sup> Zum Kenntnisausschluss in der D&O-Versicherung vgl *Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O-Versicherung § 6 Rz 130 ff*.

sprachnahme, das erste Verfahren eingeleitet wird (...), je nachdem, welcher der früheste dieser Zeitpunkte ist.“

<sup>33</sup> Die Punkte 8.4.1 und 8.4.2 waren wiederum systematisch iZm Punkt 2.1 zu lesen. Ivm Punkt 2.1 OLA 2008 sollten nur serielle Versicherungsfälle gedeckt sein, die während der Wirksamkeit des D&O-Versicherungsschutzes eintreten.

<sup>34</sup> Für die Serienschadenklausel, die eine Zurechnungsklausel auf den ersten Versicherungsfall bei Eintritt mehrerer Versicherungsfälle enthielt, kann (ohne ausdrückliche gegenteilige Anordnung) nichts anders gelten; idS zur Serienschadenklausel in der D&O-Versicherung auch *Lange, VersR 13/2004, 569 FN 53*.

<sup>35</sup> AA dagegen *Ramharter, ÖJZ 2015, 516*, sowie *Reisinger in RdW 2016, 102*, die dem OGH – allerdings ohne Erörterung der Sachthematik – zustimmen.

<sup>36</sup> Vgl oben FN 29.

<sup>37</sup> Vgl LG München I VersR 2009, 210 (213 ff); OLG München VersR 2009, 1066, 1068; im Detail dazu *Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 9 Rz 34 (Rz 52–54)*.

<sup>38</sup> Nach der in Deutschland erforderlichen Inhaltskontrolle gem den §§ 305 ff BGB; in Österreich va auf Basis der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB.



ausschließt. Dieses Deckungsschutzdefizit kann nicht zulasten der versicherten Person gehen. Eine sachliche Rechtfertigung für den automatischen Nachdeckungsfristentfall wegen der Neubeherrschung des VN ist nicht ersichtlich. Die Gefahr einer erhöhten Inanspruchnahme wegen Neubeherrschung kann insofern nicht entscheidend sein, als die streitgegenständlichen AVB nur bei Neubeherrschung, nicht aber bei Insolvenz der VN einen automatischen Nachdeckungsfristentfall vorsahen. Ein erhöhtes Risiko der Inanspruchnahme für Organe besteht iZm der Insolvenz des versicherungsnehmenden Unternehmens jedoch genauso wie bei Neubeherrschung der VN. Die Deckungsdifferenzierung je nachdem, ob Neubeherrschung und Insolvenz vorliegt, erscheint willkürlich.

ME wäre es daher überzeugender (und auch sachlich zutreffender) gewesen, wenn der OGH die Nachmeldefristentfallsklausel wegen gröblicher Benachteiligung für unwirksam erklärt hätte. Infolge ergänzender Vertragsauslegung<sup>43</sup> wäre auf eine übliche Nachmeldefrist abzustellen gewesen, die ohnehin im D&O-Vertrag iZm der Nachmeldefristenregelung bei Vertragskündigung geregelt war. Die Option auf Einkauf einer Run-off-Deckung in den AVB ändert (aus Sicht der versicherten Person) im entscheidungsgegenständlichen Fall an der Unwirksamkeit der Nachmeldefristentfallsklausel wegen gröblicher Benachteiligung nichts.<sup>44</sup> Die Möglichkeit des Einkaufes einer Run-off-Frist ist nur dem vertragsschließenden Unternehmen als VN eingeräumt, nicht der versicherten Person. Zudem weiß die versicherte Person idR ohne Kenntnis der D&O-Polize nichts über die Möglichkeit des Einkaufes einer Run-off-Deckung. Handelnder Akteur beim Einkauf einer Run-off-Deckung ist sowohl von der Rechtsstellung als auch von der praktischen Durchführung der Optionswahrung der VN und dessen Legal- bzw Risikomanage-

mentabteilung; die beim Einkauf einer Run-off-Deckung zu bezahlende Prämie ist bei gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherungen vom VN zu tragen. Weiters sind bei Run-off-Deckungen kurze Fristen zur Ausübung der Einkaufsoption vorgesehen, die versäumt werden können. Die Option auf Einkauf einer Run-off-Deckung sichert daher mE die Interessen der versicherten Personen nicht ausreichend ab und kann den automatischen Nachmeldefristentfall bei Verschmelzung/Neubeherrschung nicht kompensieren.

## 7. Zusammenfassung

Der OGH hat unter Berufung auf die im streitgegenständlichen D&O-Versicherungsvertrag vereinbarte Serienschadenklausel Deckung für einen Serientatbestand bejaht, der sich außerhalb der Wirksamkeit des Versicherungsschutzes des D&O-Vertrages ereignete. Er unterstellte der vereinbarten Serienschadenklausel nicht überzeugend eine deckungsveranschaffende Kontrahierungswirkung, obwohl die Klausel nach der hier vertretenen Auffassung eine bloß deckungsbegrenzende Wirkung normierte. Das Ergebnis der Entscheidung (Bejahung der Deckung für das versicherte Organ) ist gleichwohl richtig. Der in der streitgegenständlichen D&O-Versicherung enthaltene automatische Nachmeldefristentfall bei Verschmelzung des VN verstößt gegen die berechtigten Deckungserwartungen der versicherten Personen und wäre im Rahmen der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB als unwirksam zu beurteilen gewesen. Zur Deckungsbejahung hätte der OGH durch ergänzende Vertragsauslegung auf die im D&O-Vertrag ansonsten übliche Nachmeldefrist abstellen können.

**43** Zur ergänzenden Vertragsauslegung nach Durchführung einer Inhaltskontrolle – konkret zur D&O-Versicherung – auch *Ramharter*, Die Versicherungsfalldefinition nach dem Anspruchserhebungsprinzip in der Haftpflichtversicherung, ZFR 2017, 433.

**44** Zu einer positiven AGB-rechtlichen Beurteilung der OGH-E 7 Ob 137/15w wegen der Option auf Einkauf einer Run-off-Deckung dagegen *Ramharter*, ÖJZ 2015, 615.



### Der Autor:

Dr. **Hermann Wilhelmer** ist Haftpflicht- und Versicherungsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH.

✉ [h.wilhelmer@vonlauffundbolz.at](mailto:h.wilhelmer@vonlauffundbolz.at)

🌐 [lesen.lexisnexus.at/autor/Wilhelmer/Hermann](http://lesen.lexisnexus.at/autor/Wilhelmer/Hermann)

Foto: David Pichler

## KODEX Versicherungsrecht Band II 2017

21. Auflage | Stand 1. 4. 2017

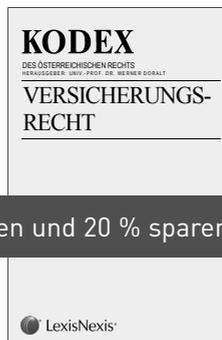
Preis im Abo € 44,- | Einzelpreis € 55,-

Best.-Nr. 19082221

ISBN 978-3-7007-6791-6

Bestellen Sie jetzt Ihren KODEX:

Tel. +43-1-534 52-0 | E-Mail: [kundenservice@lexisnexus.at](mailto:kundenservice@lexisnexus.at) | Web: [shop.lexisnexus.at](http://shop.lexisnexus.at)



Jetzt abonnieren und 20 % sparen!

