

Erster Teil. Thematische Einführung

§ 1 Einleitung, Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Einleitung

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zur Klärung der Rechtsfragen beizutragen, die sich im Zusammenhang mit der Versicherung unternehmerischer Risiken stellen¹. Das Hauptaugenmerk der Untersuchung richtet sich dabei auf die Besonderheiten einzelner Versicherungsarten, die Grenzen der Versicherbarkeit unter Berücksichtigung der für die Versicherung von Unternehmen geltenden Kontrollmaßstäbe sowie rechtspolitische Aspekte.

Es ist zunächst hervorzuheben, dass zwischen Chancen/Gewinnen auf der einen und Risiken/Verlusten auf der anderen Seite eine Interdependenz besteht, derzufolge ein Unternehmer, um Chancen nutzen bzw. Gewinne erzielen zu können, eine entsprechende Risikobereitschaft besitzen muss². Der BGH hat in seiner „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung gefordert, „dass die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen“, nicht „in unverantwortlicher Weise überspannt“ wird³. Der zulässige Umfang unternehmerischer Risikobereitschaft lässt sich möglicherweise erhöhen, indem bestimmte Risiken auf einen Dritten, im Falle der Versicherung auf den Versicherer, abgewälzt werden⁴. Eine Vielzahl von Risiken, die ein Unternehmer trägt, lassen sich bereits durch entsprechende Versicherungsprodukte zumindest partiell auf den Versicherer übertragen. Hierzu zählen beispielsweise die Betriebsshaftpflicht-, die Produkthaftpflicht-, die Umwelthaftpflicht- und die Vermögensschadenhaftpflichtversiche-

- 1 Die in der Arbeit verwendeten Bezeichnungen „unternehmerische Risiken“ und „Unternehmerrisiko“ stehen synonym für unternehmensbezogene Risiken, unabhängig davon, ob der Unternehmensträger eine natürliche Person, eine Personengesellschaft oder eine juristische Person ist.
- 2 Vgl. *Kiethe*, NZG 2003, 401 m.w.N., dem zufolge die „bewusste Eingehung unternehmerischer Risiken (ein) grundlegendes Prinzip jeder geschäftlichen Betätigung (ist)“. Vgl. *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 2, 43; *Felten*, in: *Krummacker/Schulenburg*, S. 76 f.; *Sieg*, DB 2002, 1759 (1760); *Held*, Handelsblatt Nr. 209 v. 28.10.1988, S. 18; *Jannott*, Handelsblatt Nr. 214 v. 06.11.1986, S. b24; *Hertel*, in: *Hölscher/Elfgen*, S. 395 (397), bezeichnet das Spannungsverhältnis zwischen Chancen und Risiken als „Zielkonflikt zwischen Gewinn und Sicherheit“; *Pampel/Glage*, in: *Hauschka*, Corporate Compliance, § 5, Rn. 1; *Barzen/Brachmann/Braun*, S. 24; *Kemper*, S. 43.; *R. Döring*, S. 31.
- 3 BGHZ 135, 244 (253) = BGH NJW 1997, 1926 (1928); vgl. hierzu ausführlich *Lohse*, S. 11 ff., 40 ff. m.w.N.
- 4 Vgl. hierzu *Katzenmeier*, VersR 2002, 1449; *Nottmeyer*, S. 29; *Aßhoff*, in: *Krummacker/Schulenburg*, S. 3 f.; *Felten*, in: *Krummacker/Schulenburg*, S. 76; *Jannott*, Handelsblatt Nr. 214 v. 06.11.1986, S. b24.

rung für Unternehmensleiter sowie die (Feuer-) Betriebsunterbrechungs-, die Kredit- und die Transportversicherung.

Vor dem Hintergrund bestehender Kapazitätsgrenzen auf dem Erstversicherungsmarkt erfolgt eine Versicherung unternehmerischer Risiken weiterhin im Wege des alternativen Risikotransfers, namentlich durch Rückversicherung (etwa zur Verwirklichung unternehmerischer Großprojekte).

Wer sich mit der Versicherbarkeit unternehmerischer Risiken befasst, stößt unweigerlich auf die Thesen „Pfuscharbeit ist nicht versicherbar“ und „kein Freibrief für schlechte Leistung“.

Die Aufgabe der Versicherungswirtschaft sei es nicht, alle Risiken, die mit unternehmerischer Tätigkeit verbunden sind, zu übernehmen und damit die unternehmerische Leistung zu ersetzen, sondern die Leistung sowie produktive Risikobereitschaft zu fördern⁵. Inwiefern derartige Lücken im Versicherungsangebot durch die D&O-Versicherung geschlossen worden sind⁶, und ob es sich bei der These der „Unversicherbarkeit des Unternehmerrisikos“ lediglich um ein „begrifflich unzulängliches und eher pragmatisches Schlagwort“ handelt⁷, wird insbesondere unter Berücksichtigung der typenprägenden Merkmale bzw. der Rechtsnatur des Versicherungsvertrages sowie im Hinblick auf versicherungsaufsichtsrechtliche Aspekte zu untersuchen sein.

Es ist zu hinterfragen, ob bei Eintritt des Versicherungsfalles auch eine Gewinnbeteiligung des Versicherers – über die Prämienzahlung hinaus – im Einzelfall eventuell deshalb erforderlich ist, weil der Versicherer infolge der Übernahme bestimmter unternehmerischer Risiken als stiller Gesellschafter oder (Mit-) Unternehmer zu qualifizieren ist.

Versicherungsaufsichtsrechtlich ist vor allem die Solvabilität des Versicherers ein maßgebendes Beurteilungskriterium für die Frage der Versicherbarkeit. Entscheidend ist also, inwieweit eine angemessene Eigenkapitalausstattung des Erst- bzw. Rückversicherers im Falle der Versicherung bzw. der Übernahme bestimmter Risiken überhaupt gewährleistet werden kann⁸.

Die hohe Bedeutung der Versicherung unternehmerischer Risiken wird deutlich, wenn man die wirtschaftlichen Konsequenzen bei Bestehen entsprechender Versicherungen betrachtet. Zum einen könnte der Abschluss einer Versicherung die Bereitschaft der versicherten Unternehmen steigern, trotz beste-

5 So *Jannott*, Handelsblatt Nr. 214 v. 06.11.1986, S. b24, der die versicherungstechnische Unmöglichkeit einer vollständigen Übernahme unternehmerischer Risiken anführt und auf die damit verbundene Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung hinweist.

6 So *Gräfe*, in: Veith/Gräfe, § 12, Rn. 486; *Gräfe*, in: Gräfe/Brügge, S. 339, Rn. 113; siehe § 3 I. 5.

7 *Fuhrer*, SVZ 1991, 2 (4).

8 Siehe hierzu auch *Schareck*, in: FS E. Lorenz, S. 687 (703 ff.).

hender Risikopotenziale in Zukunftsprojekte zu investieren⁹, indem die Abwälzung bereits kalkulierbarer Gefahren auf den Versicherer die Übernahme neuer produktiver Risiken ermöglicht. Die durch die Versicherung von Risiken gewonnene, produktive Risikobereitschaft der Unternehmen ist, auch im volkswirtschaftlichen Interesse, die ständig treibende Kraft für Innovation¹⁰. Zum anderen könnte aber auch das Risikobewusstsein der Unternehmer geschärft werden, sodass eine risikoaverse Wirkung ebenfalls nicht auszuschließen ist¹¹.

Die Versicherbarkeit von Unternehmensrisiken hängt weiterhin auch von der Existenz geeigneter Instrumente zur Kontrolle der jeweiligen Risikosituation ab, insbesondere von dem Einsatz eines sog. Risikomanagements. Die ständige und beschleunigte Entstehung neuer bzw. veränderter Risiken, durch technischen Fortschritt, durch die Veränderung rechtlicher Rahmenbedingungen und durch die zunehmende wirtschaftliche Vernetzung auf globaler Ebene¹², führt zu einer Risikodynamik, die für den Unternehmer nur sehr schwer zu kalkulieren ist. Die Verwirklichung von Risiken infolge risikodynamischer Prozesse kann für den einzelnen Unternehmer sogar existenzbedrohende Auswirkungen haben¹³. In Anbetracht dessen könnte insbesondere die Versicherung, also eine (partielle) Abwälzung der Risiken auf den Versicherer bzw. eine (partielle) Verlagerung der Risiken auf das Risikokollektiv der Versicherungsnehmer/Versicherten, eine situationsadäquate Lösung für den Unternehmer darstellen.

Für die Versicherer wird es auf der anderen Seite stets, auch mit Blick auf das erhebliche Kumulrisiko im Zusammenhang mit der Versicherung von Unternehmen, eine besondere und immer wieder neue Herausforderung sein, unternehmerische Risiken zu versichern¹⁴.

9 Siehe auch *Scheel*, S. 149; *Henssler*, S. 4, wonach das Streben nach „Absicherung gegen sämtliche denkbaren Unsicherheitsfaktoren (...) die innovativen Fähigkeiten und Gestaltungskräfte verkümmern (lässt)“.

10 Siehe *Henssler*, S. 5 f.; *Schareck*, in: FS E. Lorenz, S. 687 (688 ff.) m.w.N.; *Simm*, ZVersWiss 1988, 1 ff.; vgl. auch *Gas/Thomann*, ZVersWiss 2003, 697 (700) m.w.N.; *Winter*, ZVersWiss 2005, 105 (139).

11 Vgl. *Held*, Handelsblatt Nr. 209 v. 28.10.1988, S. 18.

12 Vgl. *Pampel/Glage*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 5, Rn. 1; *Göfner*, S. 5.

13 Siehe auch den Katastrophenüberblick bei *Koch*, in: Müller-Lutz/Rehnert, Große Katastrophen der Versicherungsgeschichte, S. 26 ff. und S. 45 ff.; vgl. ferner *Kussmann*, in: Krummacker/Schulenburg, S. 275. Der Göttinger Professor *Johann Beckmann* bezeichnete daher bereits 1782 die Assekuranz als „vortreffliches Mittel, wodurch ein Verlust, der einen Kaufmann völlig unglücklich machen würde, unter vielen vertheilt und dadurch erträglich, fast unmerklich gemacht wird, wodurch Unternehmungen, welche das Vermögen einzelner Personen übersteigen, möglich, und Waaren der entferntesten Gegenden wohlfeiler gemacht werden“, siehe *Beckmann*, Beyträge zur Geschichte der Erfindungen, 1. Bd. 1782, S. 204. Siehe zur dynamischen Entstehung neuer Risiken bzw. sog. Emerging Risks auch *Hohlbein*, VW 2007, 98 f.

14 Vgl. *Göfner*, S. 5, 8; *Sellschopp*, S. 441 (487 ff.).

II. Untersuchungsgegenstand und Begriffsbestimmungen

Bevor die Versicherung unternehmerischer Risiken eingehend untersucht und diskutiert werden kann, gilt es den Terminus „unternehmerische Risiken“ aufzuschlüsseln.

1. Unternehmer- und Unternehmensbegriff

Ein tatbestandlich fest konturierter, allgemein gültiger Rechtsbegriff des Unternehmers bzw. des Unternehmens existiert nicht. Die Begriffe des Unternehmers und des Unternehmens werden in den Gesetzen, der Rechtsprechung und der Wissenschaft mit differierendem Inhalt benutzt und sind im Einzelnen umstritten¹⁵. Beide Begriffe sind vor dem Hintergrund ihrer verschiedenen Funktionen terminologisch bzw. teleologisch determiniert, sodass der Begriffsinhalt bezogen auf den jeweiligen Normkontext zu interpretieren ist¹⁶. Ziel dieser Arbeit ist es nicht, eine abschließende Definition der Begriffe Unternehmer und Unternehmen zu finden. Die folgenden Ausführungen sollen lediglich einen Querschnitt durch die breit spektrierte Begriffslandschaft und die Vielzahl typusbildender Kriterien liefern und dienen somit der Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes. Dabei werden der Unternehmer bzw. der Unternehmensträger als Rechtssubjekt und das Unternehmen als Rechtsobjekt verstanden.

Der Unternehmer ist nach der Legaldefinition des BGB gem. § 14 BGB, auf den auch das UWG hinsichtlich des dort zugrunde liegenden Unternehmerbegriffs gem. § 2 Abs. 1 UWG verweist, eine natürliche oder juristische Person bzw. eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Ein ähnlicher Anknüpfungspunkt findet sich z. B. in § 4 Abs. 5 BBergG¹⁷. Keinen weiteren zivilrechtlichen Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Unternehmerbegriffs liefert dabei das Werkvertragsrecht (vgl. § 631 Abs. 1 BGB). Der dortige Unternehmerbegriff ist historisch gewachsen und kann nicht

15 Vgl. BGHZ 69, 334 (336); BGHZ 31, 105 (109), wonach das insofern divergierende Verständnis vom Unternehmensbegriff zwar zu unterschiedlichen, aber jeweils funktional richtigen Abgrenzungen führt; siehe hierzu ferner *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I; *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, Vor § 1, Rn. 5 ff., § 1, Rn. 19 f.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt/Merkt, Einl. v. § 1 HGB, Rn. 31 ff.; *Canaris*, Handelsrecht, § 1, Rn. 23 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2007, 487; *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1 ff.; *Luttermann*, S. 1 ff.; *Radbruch/Zweigert*, S. 127; *Creifelds*, Stichwort „Unternehmen“ (S. 1207).

16 Vgl. hierzu BGH NJW 1978, 104; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I unter 1. a), S. 64; *Busche*, S. 207 m.w.N.; v. *Hoyningen-Huene*, ZGR 1978, 515 (519, Fn. 13); *Tilch/Arloth*, S. 4330 f.; *Hilgers*, S. 148 ff.

17 § 4 Abs. 5 BBergG lautet: „Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder Personenhandels-gesellschaft, die eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Tätigkeiten auf eigene Rechnung durchführt oder durchführen lässt“.

mit dem Unternehmerbegriff des § 14 BGB gleichgesetzt werden, sodass auch ein Verbraucher als Unternehmer i.S.d. §§ 631 ff. BGB in Betracht kommt¹⁸.

Im Arbeitsrecht ist ein Unternehmen eine von einem Rechtssubjekt getragene organisatorische Einheit zur Verfolgung eines wirtschaftlichen oder ideellen Zwecks¹⁹. Im Gegensatz dazu kennzeichnet einen Betrieb die Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks²⁰. Dabei kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, mehrere Unternehmen können aber auch einen gemeinsamen Betrieb bilden²¹. Unternehmer ist hiernach derjenige, dem das wirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens, der Wert oder Unwert der in dem Unternehmen verrichteten Arbeiten unmittelbar zum Vor- oder Nachteil gereicht, mithin derjenige, der das Geschäftswagnis, das Unternehmerrisiko, trägt²². Dabei ist nicht jeder Arbeitgeber zwingend als Unternehmer einzuordnen²³.

Im unfallversicherungsrechtlichen Kontext wird die Unternehmereigenschaft durch § 136 Abs. 3 SGB VII bestimmt. Nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII ist u. a. derjenige Unternehmer, dem das Ergebnis des Unternehmens unmittelbar zum Vor- oder Nachteil gereicht. Entscheidend ist danach, dass das unmittelbare wirtschaftliche Wagnis bzw. Unternehmerrisiko getragen wird und eine maßgebende Einflussnahme auf die kaufmännische Unternehmensführung möglich ist²⁴. Das Unternehmen umfasst nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 SGB VII Betriebe, Verwaltungen, Einrichtungen und Tätigkeiten²⁵.

Der versicherungsaufsichtsrechtliche Unternehmensbegriff im Sinne des § 1 Abs. 1 VAG ist weit auszulegen, damit sich ein angemessener Schutz der Versicherungsnehmer gewährleisten lässt²⁶. Als Unternehmen i.S.d. VAG sei „die Zusammenfassung persönlicher und sächlicher Mittel zur Erreichung bestimmter gesellschaftlicher Zwecke“ anzusehen²⁷.

18 *Leupertz*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 631, Rn. 18.

19 Vgl. *Eisemann*, in: ErfK, BetrVG, § 1, Rn. 7; *Rolfs*, in: ErfK, SGB VII, § 104, Rn. 23; *Preis*, in: ErfK, BGB, § 611, Rn. 231, § 613 a, Rn. 12 ff.

20 *Eisemann*, in: ErfK, BetrVG, § 1, Rn. 9.

21 Siehe dazu *Eisemann*, in: ErfK, BetrVG, § 1, Rn. 14 ff.; *Preis*, in: ErfK, BGB, § 611, Rn. 231; vgl. auch *Markert*, in: van Bühren, HB-Versicherungsrecht, § 25, Rn. 42 m.w.N.

22 *Rolfs*, in: ErfK, SGB VII, § 104, Rn. 23 m.w.N.; *Kemper*, S. 41 ff.

23 *Preis*, in: ErfK, BGB, § 611, Rn. 208.

24 Siehe hierzu umfassend *Kock*, S. 10 ff. m.w.N.; *Dahm/Götsch*, in: Lauterbach, SGB VII, § 136, 29. Lfg., Rn. 19 m.w.N.; *Bigge*, in: Wannagat, SGB VII, § 136, 14. Lfg., Rn. 19 ff.; *Rolfs*, in: ErfK, SGB VII, § 104, Rn. 23 m.w.N.

25 Siehe im Einzelnen dazu *Kock*, S. 8 ff. m.w.N.

26 Siehe hierzu *Präve*, in: Prölls/Kollhossler, VAG, § 1, Rn. 6 m.w.N., mit dem Hinweis, dass der Bund kein Unternehmen im Sinne des § 1 VAG ist und dessen Ausführungsgewährleistungen (siehe zu letzteren auch § 11 II. 4.) daher nicht dem VAG unterfallen.

27 *Präve*, aaO.

Im Einkommensteuerrecht ist der Begriff des Unternehmers vor allem durch die Abgrenzung zum Arbeitnehmer und zum Kapitalgeber geprägt²⁸. Der Unternehmer erzielt gewerbliche Einkünfte oder solche aus selbständiger Tätigkeit und handelt mit Gewinnerzielungsabsicht, ohne dass es darauf ankommt, ob er im eigenen oder fremden wirtschaftlichen Interesse handelt bzw. in welcher Rechtsform die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird²⁹. Unternehmer im Sinne des § 15 EStG ist derjenige, auf dessen Rechnung und Gefahr das Unternehmen betrieben wird, dem der Gewinn daraus zusteht und der den Verlust zu tragen hat, d. h. derjenige, der das Unternehmerrisiko trägt und Unternehmerinitiative entfalten kann³⁰. Das Umsatzsteuergesetz regelt ferner, dass zum Unternehmen sämtliche Betriebe oder beruflichen Tätigkeiten desselben Unternehmers gehören (§ 2 Abs.1 S. 2 UStG). Somit hat ein Unternehmer im Sinne des § 2 UStG unabhängig von der Anzahl seiner Betriebe nur ein (einziges) Unternehmen (sog. Unternehmenseinheit). Bereits im Steuerrecht divergieren die einzelnen Unternehmensbegriffe hinsichtlich ihres Inhalts (vgl. u. a. § 2 Abs. 1 UStG und § 5 Abs. 1 S. 2 GewStG). Teilweise existieren Sonderformen des Unternehmerbegriffs, wie z. B. in § 19 UStG, der Kleinunternehmer von der Umsatzbesteuerung ausnimmt.

Im handelsrechtlichen Kontext wird als Unternehmer angesehen, wer selbständig mittels einer auf Dauer angelegten organisierten Wirtschaftseinheit anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich werthafte Leistungen anbietet³¹. Der Unternehmer ist danach als Träger eines Unternehmens zu qualifizieren³². Das Unternehmen selbst stellt sich als organisatorische Einheit sachlicher und personeller Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks dar, mittels derer der

28 *Gräfe*, in: Veith/Gräfe, § 12, Rn. 487; *Gräfe*, in: Gräfe/Brügge, S. 339, Rn. 114.

29 Vgl. BGH NJW 1981, 399 (400); *Weber-Grellet*, in: Schmidt/Orenseck, EStG, § 15, Rn. 8 ff.; *Gräfe*, in: Gräfe/Brügge, S. 339, Rn. 114.

30 Vgl. BFH BStBl II 1993, 616 (621); BFH BStBl II 2005, 168 (169 f.); *Weber-Grellet*, in: Schmidt/Orenseck, EStG, § 15, Rn. 136 m.w.N.; *Gräfe*, in: Veith/Gräfe, § 12, Rn. 487; *Gräfe*, in: Gräfe/Brügge, S. 339, Rn. 114. Zu einer vergleichbaren Abgrenzung beim Franchisevertrag siehe *Zwecker*, S. 139. Zum Begriff des Unternehmerrisikos hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen siehe *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 76 ff., 127 ff., sowie hierzu kritisch *Rommé*, ZfA 1997, 251 (258 ff.), und *Boemke*, ZfA 1998, 285 (300 f., 326) m.w.N.

31 *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 181, 193; *Köbler*, Stichwort „Unternehmer“.

32 *Schmidt-Leithoff*, S. 152, 154; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I unter 2. a), S. 65; *K. Schmidt*, BB 2005, 837 (839), der akzentuiert, dass die Rechtsfigur „Unternehmens-träger“ keine mit dem „Unternehmer“ inhaltsgleiche Vokabel sei, sondern Ausdruck eines statt auf den „Unternehmer“ auf das „Unternehmen“ verweisenden programmatischen Ansatzes.

Unternehmensträger am Markt auftritt³³. Bei dem Element der organisatorischen Einheit sachlicher Mittel handelt es sich um einen Inbegriff von Vermögensgegenständen³⁴. Zum Unternehmen zählen also (bewegliche und unbewegliche) Sachen (z. B. Grundstücke, Betriebsanlagen, Warenbestände), Rechte (z. B. Forderungen, Patente, Marken- und Urheberrechte) sowie weitere rechtlich nur schwer fassbare Beziehungen zur Außenwelt, immaterielle Werte bzw. partiell verrechtlichte Immaterialgüterpositionen (z. B. Know-how, Geschäftsbeziehungen, Kundenstamm, Image des Unternehmens und seiner Produkte, Absatzmöglichkeiten, Geschäftsgeheimnisse, Goodwill, Risiken und Chancen)³⁵. Der Unternehmensbegriff wird zudem teilweise am Gewerbebegriff angelehnt, was dazu führt, dass wissenschaftliche, künstlerische und freiberufliche Tätigkeiten vom Unternehmensbegriff ausgenommen sind³⁶.

Im Gegensatz dazu wird der Unternehmensbegriff im nationalen Kartellrecht weit gefasst, weil das GWB den Zweck hat, die Freiheit des Wettbewerbs umfassend zu schützen³⁷. Für die Annahme eines Unternehmens reicht grundsätzlich jede selbständige geschäftliche oder auch wirtschaftliche Tätigkeit³⁸, sodass die freiberufliche Tätigkeit ebenso wie die privatwirtschaftliche Betätigung des Staates unter den Unternehmensbegriff des GWB fällt³⁹. Entsprechendes gilt für den Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts, wobei sich auch im EG-Vertrag keine Legaldefinition findet, obwohl die Art. 81 bis 86 EGV mit „Vorschriften für Unternehmen“ überschrieben sind. Es handelt sich um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts, der nach überwiegender Auffassung weit und funktional ausgelegt wird (funktionaler Unternehmensbegriff)⁴⁰. Unter den Unternehmensbegriff des Art. 81 EGV sind danach alle Einheiten zu fassen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit von gewisser Dauer ausüben, unab-

33 *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I unter 2. a), S. 66; *K. Schmidt*, BB 2005, 837 (839); *Hübner*, Handelsrecht, § 3, Rn. 234; *Lieb*, in: MünchKomm HGB, Anh. § 25, Rn. 3; v. *Gierke*, ZHR 111 (1948), 1, 6 ff., 12 f.

34 BGH NJW 1968, 392 (393).

35 *Lieb*, in: MünchKomm HGB, Anh. § 25, Rn. 3; *Hübner*, Handelsrecht, § 3, Rn. 235; *Creifelds*, Stichwort „Unternehmen“ (S. 1207); *Köbler*, Stichwort „Unternehmen“.

36 Vgl. insofern *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I unter 2. b), der für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs lediglich die Funktionselemente des Gewerbebegriffs übernehmen will, d. h. die Merkmale „Selbständigkeit“, „anbietende und entgeltliche Tätigkeit am Markt“ sowie „Planmäßigkeit und Ausrichtung auf Dauer“, nicht jedoch die Ausnahmen bei wissenschaftlicher, künstlerischer und freiberuflicher Tätigkeit.

37 *Emmerich*, Kartellrecht, § 20, Rn. 6.

38 *Emmerich*, Kartellrecht, § 20, Rn. 5 m.w.N.; vgl. auch *Weigel*, in: Prölls/Kollhoser, VAG, Vor § 15, Rn. 146.

39 BGH ZIP 1997, 2166 (2170).

40 Siehe *Eilmansberger*, in: Streinz, EUV/EGV, vor Art. 81 EGV, Rn. 21 m.w.N.; *Heine-mann*, Jura 2003, S. 649 (652); *Grill*, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86 EGV, Rn. 34 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 3, Rn. 25; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 12.

hängig von ihrer Rechtsform, dem Vorliegen oder Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, dem Umfang der Tätigkeit oder der Art ihrer Finanzierung⁴¹. In einigen Urteilen stellt der EuGH auch auf das Kriterium der Risikotragung ab und begründet die Unternehmenseigenschaft mit der Übernahme der mit der fraglichen Tätigkeit verbundenen Risiken⁴².

Im konzernrechtlichen Kontext besitzt jeder Gesellschafter unabhängig von seiner Rechtsform, Unternehmensqualität soweit zu seiner Beteiligung an der Gesellschaft wirtschaftliche Interessenbindungen außerhalb der Gesellschaft hinzutreten, deren Intensität seine Einflussnahme zum Nachteil der Gesellschaft befürchten lassen⁴³, wobei zwischen den herrschenden und abhängigen Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG zu differenzieren ist.

Die Ausführungen zeigen, dass die Begriffe Unternehmer und Unternehmen im Wirtschaftsrecht einen Schlüsselbegriff darstellen, wenngleich sie dennoch nicht einheitlich verstanden werden⁴⁴.

2. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf die Versicherung solcher unternehmerischer Risiken, die einen *gewerblichen* Bezugspunkt aufweisen, wobei auch der Gewerbebegriff keinen einheitlichen Rechtsbegriff darstellt (vgl. insoweit nur Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, § 1 HGB, § 1 GewO, § 15 Abs. 2 EStG und § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG)⁴⁵ und daher teleologisch determiniert und funktional auszulegen ist⁴⁶. Die teilweise kontroverse Diskussion des Gewerbebegriffs ist für die hiesige Betrachtung nicht von Bedeutung⁴⁷. Maßgebend ist lediglich,

-
- 41 Vgl. EuGH Rs. C-41/90, „Höfner und Elser“, Slg. 1991, I-1979; *Eilmansberger*, in: Streinz, EUV/EGV, vor Art. 81 EGV, Rn. 21 ff.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 12 ff. m.w.N. auch zum institutionellen Unternehmensbegriff.
- 42 Vgl. EuGH Rs. C-309/99, „Wouters“, Slg. 2002, I-1577; EuGH Rs. C-35/96, „Kommission/Italien“, Slg. 1998, I-3851; EuG, Rs. T-513/93, „CNdSD/Kommission“, Slg. 2000, II-1807.
- 43 Vgl. BGHZ 69, 334 (336 ff.); BGHZ 95, 330 (337); BGHZ 148, 123 (125 ff.); *Oetker*, in: ErfK, AktG, § 5, Rn. 3, § 15, Rn. 3 ff.; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 23 f. m.w.N. auch zum teleologischen und zum organisationsrechtlichen Unternehmensbegriff.
- 44 Vgl. *Hübner*, Handelsrecht, § 3, Rn. 242.
- 45 Vgl. BGHZ 33, 321 (327); RefE Handelsrechtsreform ZIP 1996, 1401 (1406); *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1, 156. Lfg., Rn. 4 ff.; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl, 49. Lfg., Rn. 31.
- 46 Vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 11; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1, 49. Lfg., Rn. 3 ff.; *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1, 156. Lfg., Rn. 5, 8; *Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1, Rn. 5.
- 47 Siehe insoweit näher *Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1, Rn. 7 ff.; *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1, 156. Lfg., Rn. 20 ff.; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl, 49. Lfg., Rn. 32 ff.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 21.

dass die Risiken der freien Berufe im Sinne der handels- bzw. gewerberechtlichen Kriterien nicht Gegenstand der Untersuchung sind⁴⁸.

Die Arbeit konzentriert sich auf Unternehmer bzw. Unternehmensträger, die planmäßig eine marktbezogene, auf Dauer angelegte sowie selbständige Tätigkeit ausführen, die nicht zu den freien Berufen zählt, wobei die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen i.S.d. § 3 HGB, im Gegensatz zum gewerberechtlich geprägten Begriffsverständnis, nicht von der Untersuchung ausgenommen werden⁴⁹. Als Unternehmen gilt vorliegend jede organisierte, wirtschaftliche Einheit, die auf einer Verbindung personeller und sachlicher Mittel basiert, mittels derer ein Rechtssubjekt, als Unternehmer bzw. Unternehmensträger, am Markt auftritt.

3. Erläuterungen zum Begriff des Risikos im unternehmerischen Kontext

a) Risikobegriff und unternehmensspezifische Risikodynamik

Es existieren viele Definitionen des Begriffs „Risiko“, wobei der jeweilige Blickwinkel häufig ein anderer ist⁵⁰. Wen die Wucht eines Risikos trifft, hängt von der gesetzlichen Zuweisung, von der (Versicherungs-) Vertragsgestaltung und schließlich vom Verständnis des Risikobegriffs ab. Unter dem Begriff „Risiko“ können zunächst nur Schadensgefahren verstanden werden, bei denen ein das Vermögen unmittelbar minderndes Ereignis eintritt⁵¹.

48 Vgl. BVerwG DÖV 1995, 644; BVerwGE 78, 6 (8); *Hopt*, in: Baumbach/Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 12 ff.; *Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1, Rn. 1 ff.; *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1, 156. Lfg., Rn. 17 m.w.N.; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl, 49. Lfg., Rn. 32. Siehe zu den Versicherungspflichten einzelner freier Berufe im Zusammenhang mit der rechtspolitischen Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Pflichtversicherung für gewerblich tätige Unternehmen unter § 9 II. 2. a) bb).

49 Vgl. diesbezüglich *Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1, Rn. 42 ff.; *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1, 156. Lfg., Rn. 81 ff.; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl, 49. Lfg., Rn. 62 ff.

50 Siehe allgemein zum Risikobegriff auch *Henssler*, passim; *Danner*, S. 44 ff., 63 ff.; *Schwab*, S. 28 ff.; vgl. zur Unterscheidung unternehmensbezogener Risikoarten aus primär ökonomischer Sicht: *Koch*, Versicherbarkeit von IT-Risiken, Rn. 17; *Rosenkranz/Missler-Behr*, S. 27 ff.; *Oehler/Unser*, S. 14 f.; *Bitz*, S. 13 ff., 25 ff.; *Hölscher*, in: Hölscher/Elfgén, S. 3 (6 f.); *Hertel*, in: Hölscher/Elfgén, S. 395 (398); *Mikus*, in: Götz/Henselmann/Mikus, S. 3 (5 ff.); *Philipp*, Risiko und Risikopolitik, S. 34 ff.; *Buchner*, S. 37 ff.; *Luttermann*, S. 19 ff.; *Kless*, DStR 1998, 93; *Grossmann*, in: FS f. Braeß, S. 81 ff.; *Bonß*, in: Koch/Willingmann, Großschäden, S. 47 (49 ff.); *Lucius*, S. 277 ff.; *Hartmann*, S. 89 ff.; *Jenni*, S. 11 ff., nach dessen Auffassung Risiko die Summe aller unversicherten Schadensmöglichkeiten sei, welche sich aus den Schadensmöglichkeiten, die schon per se unversicherbar sind, und denjenigen zusammensetze, die zwar versicherbar wären, aber von der Unternehmung effektiv nicht versichert worden sind.

51 Vgl. zum sog. reinen Risiko im engeren Sinne *Kless*, DStR 1998, 93 m.w.N.; *Lück*, DB 1998, 1925; *Koch*, Versicherbarkeit von IT-Risiken, Rn. 17; *Lucius*, S. 210 ff.

Weiterhin kann der Risikobegriff sowohl eine Verlustgefahr als auch eine Ertragschance und damit negative und positive Abweichungen des tatsächlichen vom erwarteten Ergebnis umfassen⁵². Bei etymologischer Betrachtung steht „Risiko“ für eine Wagnis oder eine Gefahr⁵³. Risiko sei weiterhin die Möglichkeit, dass das tatsächliche Ergebnis einer unternehmerischen Aktivität von dem erwarteten Ergebnis negativ abweicht⁵⁴, mithin die Unsicherheit hinsichtlich leistungs- und wertrelevanter Umstände und Entwicklungen⁵⁵. Risiko sei „die Bugwelle des Erfolgs“⁵⁶, sodass in einer Marktwirtschaft auf die (unternehmerische) Risikobereitschaft nicht verzichtet werden könne⁵⁷. Im versicherungsrechtlichen Kontext sei Risiko der wirtschaftliche Gehalt der vom Versicherer zu tragenden Gefahr⁵⁸. Aufgrund der vielfältigen Begriffslandschaft ist es kaum möglich, eine allgemeingültige Definition des unternehmerischen Risikos (Unternehmerrisikos) zu entwickeln. Divergenzen der jeweiligen Begriffsbestimmungen sind dabei auch auf die unterschiedlichen Untersuchungsgegenstände zurückzuführen⁵⁹. So wird als Unternehmerrisiko das Risiko jedes Unternehmers verstanden, für die Fehlerhaftigkeit der von ihm gegenüber seinem *Vertragspartner* zu erbringenden Unternehmerleistungen selbst eintreten zu müssen, ohne sich gegen mangelhafte, zu Schäden beim Vertragspartner führende Leistungen durch den

52 Vgl. zum sog. spekulativen Risiko im weiteren Sinne *Homburg/Stephan/Haupt*, DB 2005, 1069; *Nottmeyer*, S. 27; *Kless*, DStR 1998, 93; *Lück*, DB 1998, 1925; *Lucius*, S. 210 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Berliner*, S. 149, der behauptet, „spekulative“ Unternehmerrisiken seien grundsätzlich unversicherbar. Zu den Grenzen der Versicherbarkeit siehe die Ausführungen unter § 7.

53 *Köbler*, Stichwort „Risiko“.

54 Vgl. *Kromschröder*, S. 10; *Felten*, in: *Krummaker/Schulenburg*, S. 77; *Nottmeyer*, S. 28; *Kless*, DStR 1998, 93; *Pampel/Glage*, in: *Hauschka*, Corporate Compliance, § 5, Rn. 4; *Forker*, in: FS f. Wilhelm Rieger, S. 238 f. m.w.N.; *Henssler*, S. 3, der Risiko als „die Gefahr einer planwidrigen Entwicklung“ umschreibt. Die Möglichkeit einer positiven Abweichung des tatsächlichen Ergebnisses von dem erwarteten Erfolg ist hingegen als Chance zu bezeichnen, siehe *Figge*, S. 5.

55 *Roth*, in: MünchKomm BGB, § 313, Rn. 28; *Figge*, S. 5 f., der ein Risiko darin sieht, dass der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann.

56 So die aphoristische Beschreibung von *Jean Amery*, zitiert nach *Henssler*, S. 4.

57 *Henssler*, S. 4.

58 Siehe *Bach*, in: *Tilch/Arloth*, Stichwort: „Risiko (Versicherungsrecht)“, S. 3582.

59 Siehe zum Begriff des unternehmerischen Risikos auch *Schlegelmilch*, S. 18 ff. m.w.N., sowie *Kock*, S. 11 m.w.N. (auch zu einzelnen Formen des unternehmerischen Risikos im Zusammenhang mit § 136 SGB VII). *Kock* stellt allgemein fest, dass das unternehmerische Risiko bestehe, „wenn eigenes Kapital mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird oder der Erfolg des eigenen Arbeitseinsatzes ausbleiben kann bzw. die Vergütung regelmäßig in Form einer Gewinn- und Verlustbeteiligung besteht“. Vgl. ferner *Forker*, in: FS f. Wilhelm Rieger, S. 241 ff.

Abschluss einer Haftpflichtversicherung absichern zu können⁶⁰. Weiterhin wird der Begriff des Unternehmerrisikos aber auch als die *Gesamtheit* derjenigen Gefahren definiert, denen ein Unternehmer bei Vorbereitung, Durchführung oder Nachbereitung seiner gewerblichen Tätigkeit unterliegt und die sich in materiellen und immateriellen Nachteilen beliebiger Art realisieren können⁶¹. Im Gegensatz zu den angeführten Definitionen führt eine Differenzierung zwischen Betriebsrisiken und Unternehmerrisiken bei der Bestimmung des unternehmerischen Risikos vorliegend nicht weiter⁶².

Der sukzessive Anstieg und die Veränderung solcher Risiken, zu denen sich ein Unternehmensbezug herstellen lässt, wurzeln in den verschiedenen dynamischen (Wirtschafts-) Prozessen⁶³. Das auffällige Anwachsen unternehmerischer Risiken wird u. a. auf die Rechtsprechung und die Gesetzgebung zurückgeführt, während weitere Ursachen im externen Markt- sowie im internen Betriebsbereich vermutet werden⁶⁴.

Vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen disparaten Gemengelage löst sich die hiesige Betrachtung von dem Versuch, eine einheitliche und umfassende Definition des unternehmerischen Risikos zu entwickeln. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Begriff des Unternehmerrisikos zudem für die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Versicherbarkeit kein geeignetes Beurteilungskriterium⁶⁵. Die Vielzahl unternehmerischer Risiken erfordert vielmehr eine differenzierte Betrachtungsweise, weshalb nachfolgend eine Selektion unternehmensspezifischer Risiken erfolgt.

b) Haftpflichtrisiken der Unternehmer und Unternehmen

Das Augenmerk richtet sich zunächst auf die unternehmerische Haftpflicht, die zu den wesentlichen unternehmerischen Risiken zu zählen ist, wobei von einer umfassenden Erörterung der Haftungsmöglichkeiten an dieser Stelle abgesehen wird⁶⁶. Die Ausführungen konzentrieren sich vielmehr auf allgemeine Aspekte

60 Littbarski, Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos, S. 2.

61 Nickel, VersR 1989, 873 (875, 877); Nickel, VersR 1987, 965 (966); Nickel/Teufl, VersR 1991, 1228.

62 Vgl. insoweit aber Walther, Die Unternehmung, S. 10 ff., 15; Schlegelmilch, S. 20 ff. Nach Ansicht von Forker, in: FS f. Wilhelm Rieger, S. 241, sei das Unternehmerrisiko im Vergleich zum Betriebsrisiko das umfassendere Risiko.

63 Vgl. auch Pampel/Glage, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 5, Rn. 1; Danner, S. 44 ff., 88 f.; Hohlbein, VW 2007, 98 ff., der mit Blick auf die dynamische Entstehung neuer Risiken bzw. Emerging Risks auf die innovativen Bereiche Biotechnik, Chemie, Medizin, Pharmazie, technische Produktherstellung und -verwendung sowie die Nanotechnologie hinweist.

64 Henssler, S. 8; vgl. auch Aßhoff, in: Krummacker/Schulenburg, S. 12.

65 Siehe dazu § 7 I. und II. 2.

66 Siehe hierzu z. B. die Bearbeitungen, in: Geigel, Haftpflichtprozess; vgl. ferner Kleindiek, S. 117 ff.; Kullmann, PHi-Jubiläumsausgabe 2002, 14 ff.; siehe zur Verantwortung

der vertraglichen und deliktsrechtlichen Haftung sowie auf einzelne spezialgesetzliche Besonderheiten.

Die vertragliche Haftung eines Unternehmers/Unternehmens bestimmt sich grundsätzlich nach den §§ 280 ff., 249 ff. BGB, soweit nicht speziellere, gewährleistungsrechtliche Vorschriften eingreifen (vgl. §§ 434 ff., 633 ff. BGB), welche im Ergebnis auch auf die §§ 280 ff. BGB rekurrieren (vgl. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB). Kommt der Unternehmer/das Unternehmen seiner Primärleistungspflicht nicht vertragsgemäß nach, so erwachsen dem Gläubiger Sekundäransprüche. In Betracht kommt eine Schadensersatzpflicht statt der Leistung, soweit die Primärleistung anfänglich (§ 311 a Abs. 2 BGB) oder nachträglich (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB) gem. § 275 BGB unmöglich war. Eine solche Sekundärpflicht kann auch bei Leistungsverzögerung (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) oder bei Schlechtleistung (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) sowie bei Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB (§§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB) entstehen. Eine unternehmerische Schadensersatzpflicht neben der Leistung wegen einer Leistungsverzögerung kann gem. § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB eintreten. Ansprüche des Gläubigers existieren nicht nur bei (Mangel-) Schäden, die sich auf das Äquivalenzinteresse beziehen, sondern kommen gem. § 280 Abs. 1 BGB auch im Falle der Verletzung des Integritätsinteresses in Betracht, z. B. bei Vorliegen eines (mangelbedingten) Folgeschadens. Weiterführend sind Schadensersatzansprüche gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB denkbar, soweit der Unternehmer eine vertragliche Schutzpflicht, z. B. gegenüber seinen Mitarbeitern⁶⁷, verletzt. Außerdem kommt eine Haftung des Unternehmers/des Unternehmens im Falle einer ausdrücklich vereinbarten Vertragsstrafe i.S.d. §§ 339 ff. BGB (vgl. auch § 11 Nr. 2 VOB/B) in Betracht.⁶⁸ Denkbar sind ferner eine quasivertragliche Haftung nach § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB bzw. § 670 analog i.V.m. §§ 677 ff. BGB⁶⁹ sowie Freistellungs- bzw. Regressansprüche der im Unternehmen Beschäftigten z. B. nach §§ 675, 670 (analog) i.V.m. § 257 (analog) BGB⁷⁰. Schließlich wird das unternehmerische Haftungsrisiko dadurch erhöht, dass sich der Unternehmer im Rahmen der vertraglichen Haftung gem. § 278 BGB auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, also ein Fremdverschulden, zurechnen lassen muss (zu § 31 BGB siehe sogleich).

der Unternehmensleitung, auch im haftungsrechtlichen Sinne, *Schmidt-Leithoff*, S. 369 ff.

67 Siehe in diesem Kontext auch *Koch*, *VersR* 2006, 1433 f., mit Beispielen für eine Verletzung der (arbeits-) vertraglichen, unternehmerischen Fürsorgepflicht, welche z. B. durch § 12 AGG bzw. § 109 Abs. 1 TKG konkretisiert wird.

68 Vgl. *Schmalzl/Lauer/Wurm*, Rn. 311 ff., auch zu § 11 Nr. 2 VOB/B.

69 Siehe *Schmalzl/Lauer/Wurm*, Rn. 336 ff.

70 Siehe hierzu auch *Wagner*, *VersR* 2001, 1057 (1058, 1062 f.).

Weiterhin kann eine Haftung des Unternehmers/des Unternehmens auf der deliktsrechtlichen Verschuldens- oder Gefährdungshaftung basieren, deren Umfang sich ebenfalls grundsätzlich nach den §§ 249 ff. BGB (evtl. i.V.m. §§ 842 ff. BGB) richtet. Die verschuldensabhängige Haftung kann aus einer Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgezählten Rechtsgüter oder gem. § 823 Abs. 2 BGB aus einer Schutzgesetzverletzung resultieren⁷¹. Als sonstiges (Rahmen-) Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sei hier z. B. das Recht am Unternehmen – bei Annahme eines betriebsbezogenen Eingriffs von gewisser Intensität – genannt⁷². Weiterhin ergibt sich eine Haftung aber auch aus der Verletzung einer Verkehrs- bzw. Verkehrssicherungspflicht⁷³ oder aus den §§ 824 ff. BGB. Die Verkehrspflichten sind bei Unternehmen, namentlich bei einer Verkehrseröffnung, beim Betrieb gefährlicher Anlagen oder beim Personen- bzw. Gütertransport, besonders hoch⁷⁴. Der Umgang mit gefährlichen Stoffen begründet dabei ebenso wie die deliktsrechtliche Produkthaftung besondere Verkehrspflichten des Unternehmers/Unternehmens⁷⁵, wobei bei der Begründung einer Verkehrssicherungspflicht nach jüngerer Auffassung des BGH auch auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit konkreter Sicherheitsmaßnahmen abzustellen ist⁷⁶. Es handelt sich

-
- 71 Als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind in diesem Kontext vor allem § 5 AMG (BGHZ 51, 91 [103]; BGH NJW 1991, 2351 [2352]), §§ 5, 22 BImSchG (vgl. OVG Münster NJW 1976, 2360 [2361]; BGH WM 1997, 270 [271]), §§ 3 ff. GPSG (*Riehm*, in: Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, S. 181 [204]; *Klindt*, NJW 2004, 465 ff.) zu nennen; zu weiteren Schutzgesetzen siehe *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 226 ff. m.w.N.; *Sprau*, in: Palandt, § 823, Rn. 61 ff. Siehe allgemein zu Fragen der Haftpflicht *Budewig/Gehrlein*, passim, sowie die umfassenden Bearbeitungen, in: *Geigel*, Haftpflichtprozess; zur deliktischen Produkthaftung siehe *Foerste*, in: Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, §§ 18 ff.
- 72 BGH NJW 2004, 356 (358); BGH NJW-RR 2005, 673 (675); siehe näher *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 79 ff.; *Staudinger*, in: Schulze, Hk-BGB, § 823, Rn. 115 ff.
- 73 Siehe hierzu auch *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 2 f., 104 ff. m.w.N.; *Sprau*, in: Palandt, § 823, Rn. 45 ff., 185 ff. Zu den Grenzen der Verkehrssicherungspflicht *Edenfeld*, VersR 2002, 272 ff.
- 74 Vgl. BGHZ 109, 297 (304); BGH NJW 1985, 482 (483); BGH NJW 1987, 2671 (2672 f.); BGH NJW 1986, 991 (992); *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 143, 150 ff. jeweils m.w.N.; *Schmalzl/Lauer/Wurm*, Rn. 347 ff., in Bezug auf die Verkehrssicherungspflichten des Bauunternehmers.
- 75 Siehe zu umwelthaftungsrechtlichen Verkehrspflichten: BGHZ 63, 119 (123 f.); BGH NJW 1973, 615 (616); OLG Köln NJW-RR 1990, 793, und zur Produzentenhaftung: BGH NJW 2007, 762 (763); BGHZ 104, 323 (330); 51, 91 (105); RGZ 163, 21 (26). Ausführlich hierzu *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 167, 173 ff.; vgl. ferner *Staudinger/Schmidt-Bendun*, NJW 2007, 2301 (2303 m.w.N.).
- 76 BGH NJW 2007, 762 (763); siehe hierzu, im Ergebnis zustimmend, *Rothe*, NJW 2007, 740 (743).

dabei stets um eine Verschuldenshaftung, wobei teilweise eine Beweislastumkehr (vgl. §§ 836 ff.)⁷⁷ bzw. eine Exkulpationsmöglichkeit (vgl. §§ 831 Abs. 1 S. 2, 836 Abs. 1 S. 2, 837 BGB) in Betracht kommt. Insbesondere in größeren Unternehmen werden häufig komplexe, dezentrale sowie arbeitsteilige Organisationsstrukturen geschaffen, wodurch neben einer möglichen Verantwortlichkeit gem. § 831 BGB auch Organisationspflichten des primär sicherungspflichtigen Unternehmers entstehen⁷⁸. Die Haftung des Unternehmers basiert insoweit entweder direkt auf § 823 Abs. 1 BGB oder wird, wie etwa bei der Delegation von Verkehrspflichten, durch die haftungsrechtliche Organzurechnung gem. §§ 31 (analog), 89 BGB begründet (vgl. auch §§ 428 ff., 461 f., 485 HGB, § 3 HaftPflG, § 3 BinSchG)⁷⁹. § 31 (analog) BGB rechnet schließlich auch der das Unternehmen tragenden Gesellschaft das Verschulden der Organe zu, ohne dass (wie im Rahmen des § 831 BGB) eine Exkulpationsmöglichkeit existiert⁸⁰. Die (deliktische) Organhaftung des Unternehmens bzw. der Unternehmensleitung nach § 31 BGB (analog) besteht in der Regel im Sinne einer gesamtschuldnerischen Haftung neben der Haftung der unmittelbar handelnden Organe⁸¹.

Die verschuldensabhängige Haftung wird durch die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung ergänzt, welche aus dem häufig durch europäische Richtlinien (weiter-) entwickelten Leitbild eines umfassenden Verbraucherschutzes erwächst. Die Gefährdungshaftung versteht sich dabei als Korrelat zur

77 Vgl. *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 836, Rn. 1, 9 f.; *Sprau*, in: Palandt, § 836, Rn. 177.

78 So *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 125; vgl. *Schiemann*, in: Ermann, BGB, § 823, Rn. 83; instruktiv auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 689 ff.

79 Zu Einzelheiten vgl. *Hilgers*, S. 83 ff., 190 ff. sowie S. 201 ff. zur unmittelbar auf § 823 Abs. 1 BGB gestützten Außenhaftung juristischer Personen bzw. des Unternehmens; *K. Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, S. 4 (5 ff.); *Wagner*, VersR 2001, 1057 (1058, 1060 ff.); *Kleindiek*, S. 117 ff.; *Schöpflin*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 31, Rn. 1 ff. (auch zur Haftung für Organisationsmängel), § 89, Rn. 1 ff.; *Heinrichs*, in: Palandt, § 31, Rn. 1 ff., § 89, Rn. 1 ff. Kritisch zur Haftung bei Organisationspflichtverletzungen wegen der Gefahr einer uferlosen Einstandspflicht *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823, Rn. 394 ff. m.w.N.; *Brüggemeier*, S. 148 ff., nimmt sogar eine Unternehmensgefährdungshaftung an.

80 Siehe hierzu sowie umfassend zur Unternehmenshaftung *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823, Rn. 368 ff. In diesem Zusammenhang sei ferner auf Art. 4:202 der Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law (nachzulesen unter: [www.egt1.org](http://www egtl.org) [Stand: 19.07.2009]) hingewiesen, der eine Beweislastumkehr im Verschuldensbereich zu Lasten der Unternehmen normiert und demnach eine spezielle Unternehmenshaftung vorsieht.

81 BGH ZIP 2001, 379 (380); siehe hierzu auch die kritischen Auseinandersetzungen von *Wagner* (VersR 2001, 1057 ff.) und *Foerste* (VersR 2002, 1 ff.) im Hinblick auf eine denkbare Erweiterung der Produkthaftung durch eine persönliche Haftung der Unternehmensleitung.

Ausweitung spezifischer unternehmerischer Handlungsmöglichkeiten, wobei gesetzlich häufig Haftungshöchstbeträge und entsprechende Versicherungspflichten vorgesehen sind⁸². Zur Gefährdungshaftung zählt die Produkthaftung des Unternehmers für fehlerhafte Produkte i.S.d. § 1 ProdHaftG, wobei Arzneimittel, für welche § 84 AMG eine eigenständige Haftung normiert, gem. § 15 Abs. 1 ProdHaftG ausgenommen sind⁸³. Ferner finden sich unternehmerische Gefährdungshaftungstatbestände in den §§ 1 ff. HaftPflG, §§ 7, 25 f. AtG, §§ 11, 32 GenTG, §§ 114, 115 Abs. 1 BBergG, § 22 WHG, § 1 UmweltHG⁸⁴, § 7 StVG und § 33 LuftVG sowie weitere verschuldensunabhängige Haftungstatbestände in den §§ 414 Abs. 1, 425 Abs. 1, 461 Abs. 1 HGB⁸⁵.

Daneben kann eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht z. B. aus den §§ 228, 231 und 904 BGB resultieren. In Betracht kommen außerdem noch negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gem. § 1004 (analog) sowie aufopferungsbedingte Ausgleichsansprüche gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB (analog), § 14 BImSchG⁸⁶.

Die bereits genannten Haftungstatbestände werden durch spezialgesetzliche, namentlich kartell-, lauterkeits- und immaterialgüterrechtliche Haftungstatbestände ergänzt⁸⁷, für welche teilweise die Besonderheit der dreifachen Schadensberechnung gilt⁸⁸. § 823 Abs. 1 BGB kommt, soweit ein spezialgesetzlicher

82 Vgl. *Zeuner*, in: Soergel, Vor § 823, Rn. 12; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, Vor §§ 823 ff, Rn. 11; *Tholl*, S. 9 ff., 17, dem zufolge die Gefährdungshaftung eine „Verteilung von Unglücksschäden“ unter dem Gesichtspunkt der Risikozurechnung mit dem Ziel der Risikoverlagerung ist, so aaO, S. 19 f.

83 Zur Produkt-, Arzneimittel- und auch zur Gentechnikhaftung siehe *Krause*, S. 451 ff.; umfassend zur Haftung nach dem ProdHaftG *Oechsler*, in: Staudinger, beginnend ab: Einl zum ProdHaftG; siehe zudem auch *Koch/Willingmann*, in: Koch/Willingmann, Großschäden, S. 11 (20 ff.), zu industriellen Großschäden im Zusammenhang mit der Produkt- und Herstellerhaftung im Hinblick auf Contergan, Blutpräparate und Holzschutzmittel.

84 Siehe umfassend *Schimikowski*, Umwelthaftung und -versicherung, Rn. 1 ff., 140 ff.; *Alsleben*, S. 5 ff., 35 ff.; *Kohler*, in: Staudinger, Einl zum UmweltHR und folgend, zur Haftung nach dem UmweltHG, dem HaftPflG, dem AtG, dem GenTG, dem BBergG und dem WHG sowie zu § 14 S. 2 BImSchG.

85 Siehe im Einzelnen hierzu *Koller*, § 414 HGB, Rn. 2 ff, vor § 425 ff HGB, Rn. 1 ff., § 425 HGB, Rn. 1 ff., § 461 HGB, Rn. 1 ff.

86 Siehe hierzu *Lemke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 906, Rn. 33 ff., 41 ff.; *Englert*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 1004, Rn. 1 ff.; *Bassenge*, in: Palandt, § 906, Rn. 31 ff., § 1004, Rn. 4 ff.; *Benecke*, VersR 2006, 1037 ff.; *Kohler*, in: Staudinger, § 14 S. 2 BImSchG, Rn. 1 ff.

87 Weitere Beispiele für Haftungsrisiken für Unternehmen finden sich bei *Hauschka*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 1, Rn. 8 ff. m.w.N.

88 Vgl. BGHZ 20, 345 (353); BGHZ 44, 372 (374); BGHZ 60, 206 (208); BGHZ 119, 20 (23); BGHZ 145, 366 (371 ff.); BGHZ 122, 262 (266). Siehe näher zur dreifachen

Haftungstatbestand einschlägig ist (z. B. §§ 97 UrhG, 42 Abs. 2 GeschmMG, 24 Abs. 2 GebrMG, 14, Abs. 1, 15 Abs. 5 MarkenG oder 139 Abs. 2 PatG) nur subsidiär zur Anwendung⁸⁹. Im Übrigen kann z. B. eine Haftung gem. §§ 823 Abs. 1 (Recht am Unternehmen), 824, 826 BGB oder gem. § 9 UWG in Betracht kommen⁹⁰. Lauterkeits- bzw. wettbewerbsrechtliche Haftungsrisiken können u. a. aus § 3 i.V.m. § 4 Nr. 10 und Nr. 11 UWG resultieren, wobei der einzelne Verbraucher, anders als etwa die Mitbewerber gem. § 9 S. 1 UWG bzw. gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG oder qualifizierte Einrichtungen i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (Verbraucherverbände), nicht aktivlegitimiert ist (§ 9 S. 1 UWG sowie arg. e contrario aus § 8 UWG)⁹¹.

Ein Unternehmen muss vor allem aber bei Kartellrechtsverstößen hohe Bußgelder und Gewinnabschöpfungen befürchten⁹², wobei sich das unternehmerische Haftungsrisiko wegen der erweiterten Bindungswirkung an kartellbehördliche Entscheidungen gem. § 33 Abs. 4 GWB und der insoweit erleichterten sog. follow-on-Klagen im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zukünftig noch ausweiten dürfte⁹³. Eine erhebliche Ausweitung der unternehmerischen Haftung ist ferner im Hinblick auf die §§ 15, 21 AGG zu erwarten⁹⁴, soweit der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet ist.

Eine Verurteilung zu einer Geldbuße droht zudem gem. §§ 130, 30 OWiG, wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig diejenigen Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um eine Zuwiderhandlung gegen unternehmensbezogene Pflichten zu verhindern, soweit deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist und die Zuwiderhandlung durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre⁹⁵. Die in den §§ 130, 30 OWiG ver-

Schadensberechnung auch *Köhler*, in: H/K/B, § 9 UWG, Rn. 1.36; *Teichmann*, in: Jaernig, BGB, § 249, Rn. 54.

89 BGHZ 3, 365 (368); BGHZ 26, 52 (59); BGHZ 114, 105 (109 ff.).

90 Vgl. *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 823, Rn. 67 m.w.N.; *Schaub*, JZ 2007, 548 (549 ff.).

91 Siehe hierzu auch *Weber/Dittrich*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 37, Rn. 45 ff.

92 Insoweit hat die EU-Kommission in jüngerer Vergangenheit ein Exempel statuiert, indem sie die Aufzug- und Rolltreppenhersteller Thyssen-Krupp, Otis, Schindler und Kone wegen Verstößen gegen das Kartellverbot zu einem Rekord-Bußgeld in Höhe von insgesamt 992,3 Mio. Euro verurteilt hat. Der Thyssen-Krupp-Konzern muss wegen seiner kartellrechtswidrigen Beteiligung allein 479,7 Mio. Euro zahlen, siehe dazu FAZ v. 22.02.2007, S. 9, und Süddeutsche Zeitung v. 26.02.2007, S. 17; vgl. ferner AG 2007, R121.

93 Vgl. *Dreher/Kling*, 1. Teil, § 19, Rn. 566 m.w.N., hinsichtlich der Rechtsfolgen von Kartellrechtsverstößen für Versicherungsunternehmen und deren Geschäftsleiter.

94 Siehe hierzu *Koch*, VersR 2007, 288 ff.; *Adomeit/Mohr*, NJW 2007, 2522 ff. Siehe auch die näheren Ausführungen unter § 3 I. 6. a). Vgl. ferner BVerfG NJW 2007, 137 f.

95 Siehe hierzu näher *Pelz*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 6, Rn. 1 ff., 15, dem zufolge eine Aufsichtspflicht nur gegenüber Personen besteht, die mit Unternehmensangelegenheiten betraut sind und primär im Interesse des Unternehmens handeln, grund-

ankerte Aufsichtspflicht der Unternehmen konkretisiert schließlich die bereits aufgezählten zivilrechtlichen Organisations- bzw. Verkehrspflichten⁹⁶.

Abschließend sei mit Blick auf § 25 Abs. 1 S. 1 HGB noch darauf hingewiesen, dass ein Haftungsrisiko des Unternehmers bei Erwerb eines Handelsgeschäfts und Fortführung der Gesellschaft ohne Hinweis auf die Nachfolge auch für Altverbindlichkeiten besteht.

Die Ausführungen verdeutlichen das hohe Haftungsrisiko der Unternehmen infolge ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben⁹⁷, weshalb die Konzentration im Rahmen dieser Arbeit auch einzelnen Arten der Versicherung unternehmerischer Haftpflichtrisiken gilt⁹⁸.

c) Exemplarische Aufzählung sonstiger unternehmerischer Risiken

Neben dem unternehmerischen Haftpflichtrisiko lassen sich im Wege der Risikoselektion u. a. folgende unternehmerische Risiken ermitteln: Unternehmen können Zins-, Währungs- bzw. Wechselkurs-, Kapitalanlage-, Preisänderungs- und Kaufkraftverlust- bzw. Inflationsrisiken ausgesetzt sein. Weiterhin existieren Bonitäts-, Kredit-, Insolvenz- und Gewinnverlustrisiken⁹⁹, deren Ursache in der Zahlungsunfähigkeit der Vertragspartner oder in einer schlechten Auftragslage liegen kann¹⁰⁰. Zudem bestehen Betriebsunterbrechungsrisiken, z. B. infolge von Bränden oder infolge von Arbeitsk Kampfmaßnahmen der Arbeitsnehmerseite (Streikrisiken). Weitere Großrisiken sind Umwelt- bzw. Elementarrisiken, die z. B. auf Hochwasser, Erdbeben, Wirbelstürme und Elektromog zurückzuführen sind. Zu nennen sind ebenfalls politische Risiken (Krieg, innere Unruhen und Enteignungen), Terrorrisiken sowie (informations-) technologische Risiken bzw. Risiken der neuen Medien¹⁰¹. Schließlich dürfen das Risiko von Vermögensstrafataten der Beschäftigten eines Unternehmens, die sich gegen das eigene

sätzlich also nicht gegenüber Subunternehmern. Siehe ferner *Greeve*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 24, Rn. 36 ff., im Zusammenhang mit Korruptionsstrafataten.

96 Vgl. *Pelz*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 6, Rn. 32 ff.

97 Vgl. auch *Geppert/Jörissen/Schilling*, S. 252 ff.

98 Siehe näher hierzu § 3 I.

99 Das unternehmerische Risiko, eine Gewinnchance zu verlieren, kann im Wege der sog. Gewinnversicherung abgesichert werden. Unter Gewinnversicherung ist eine Vereinbarung i.S.d. § 53 VVG zu verstehen. Danach ist der durch den Eintritt des Versicherungsfalles entgehende Gewinn des Versicherungsnehmers allerdings nur dann von einem Versicherungsvertrag erfasst, soweit dies besonders vereinbart worden ist.

100 Vgl. insoweit auch *Koch*, S. 11.

101 Umfassend zu den einzelnen IT-Risiken und deren Versicherbarkeit siehe *Buchner*, S. 33 ff., sowie *Koch*, Versicherbarkeit von IT-Risiken, Rn. 100 ff., 895 ff.; *Koch*, Software-Erstellungsverträge, passim; siehe ferner *Hümmer*, in: van Bühren, HB-Versicherungsrecht, § 24, Rn. 8 ff.

Unternehmen richten¹⁰², sowie das Risiko der Wissenszurechnung im Unternehmen gem. § 166 BGB (analog) nicht unerwähnt bleiben¹⁰³.

Neben den sog. *externen* unternehmerischen Risiken sind unternehmerische Fehlentscheidungen oder falsche Unternehmensplanungen als sog. *interne* unternehmerische Risiken (Managementrisiken) zu nennen¹⁰⁴. Während dabei die sog. *speziellen* unternehmerischen Risiken, wie z. B. Unternehmenshaftpflicht-, Produkthaftpflicht-, Betriebsunterbrechungs- und Kreditrisiken, aus abgrenzbaren Ursachensystemen folgen und der Messung und Beeinflussung durch risikopolitische Maßnahmen besser zugänglich sind, weisen die sog. *allgemeinen* unternehmerischen Risiken, die das Unternehmen als Ganzes betreffen, keine eindeutig abgrenzbaren Ursachensysteme auf. Die allgemeinen unternehmerischen Risiken, wie etwa Veränderungen auf den Märkten oder im Wirtschafts-, Gesellschafts- oder Rechtssystem¹⁰⁵, seien ein wesentliches Element der Marktwirtschaft und nicht bzw. kaum mess- und beeinflussbar¹⁰⁶.

III. Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund des dynamischen Wechselspiels zwischen Chancen und Risiken erklärt sich, dass gewerbliche Unternehmen eine Risikobereitschaft aufbringen müssen, um überhaupt die Chancen des Wettbewerbs nutzen zu können. Einzelne der insoweit existierenden Risiken lassen sich durch deren Versicherung, zumindest finanziell gesehen, kalkulierbar machen.

Wie facettenreich die thematischen Bezugspunkte zur Versicherung unternehmerischer Risiken sind, verdeutlichen bereits die verschiedenen Arten der Versicherung unternehmerischer Risiken. Bevor deren Charakteristika sowie einzelne Besonderheiten im zweiten Teil der Arbeit dargestellt werden, soll zunächst eine Typisierung des Versicherungsvertrages den Grundstein für die weitere Untersuchung legen (§ 2). Die Qualifizierung eines Vertrages als Versicherungsvertrag bzw. als Versicherungsgeschäft ist konstitutiv für die Anwendbarkeit des VVG und des VAG, welche den gesetzgeberischen Rahmen für die Kontrolle der Versicherung unternehmerischer Risiken vorgeben. Eine besonde-

102 *Hauschka*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 1, Rn. 17 f.

103 Dazu näher *Buck-Heeb*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 2, Rn. 1 ff., 10, 14 ff.

104 Vgl. *Fürstenwerth/Weiß* „Unternehmerisches Risiko“, S. 660; *Nottmeyer*, S. 27; *Farny*, S. 507; *Krause*, Versicherungskultur, S. 91, Fn. 270; siehe ferner *Rosenkranz/Missler-Behr*, S. 20 ff. Zu den sog. Managementrisiken siehe auch *Gras*, in: Nerlich/Kreplin, MAH, § 2, Rn. 15 f.

105 Hierzu zählen z. B. Geldentwertungen, Konjunkturrückgänge, Steuererhöhungen, der Abschluss nachteiliger Tarifverträge bzw. eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder der sportliche Erfolg eines Fußballvereins.

106 Vgl. *Farny*, S. 507; *Krause*, Versicherungskultur, S. 91, Fn. 270; *Schulze Schwienhorst*, S. 18; nach *Schlegelmilch*, S. 27 ff., 74, umfasst das „eigentliche unternehmerische Risiko“ die Unwirtschaftlichkeiten und das Leistungsrisiko.

re Erwähnung verdient dabei der Umstand, dass der Gesetzgeber von einer Legaldefinition des Versicherungsvertrages bisher abgesehen hat. Zudem finden sich lediglich für einzelne Versicherungsarten unternehmerischer Risiken gesetzliche Regelungen (vgl. speziell die §§ 130 ff. VVG für die Transportversicherung sowie § 102 VVG für die Betriebshaftpflichtversicherung).

Zur Typisierung des Versicherungsvertrages werden der Begriff und die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages betrachtet. Um den Versicherungsvertrag den gesetzlichen Regelungstypen „Vertrag“ und „Gesellschaft“ eindeutig zuordnen zu können, ist es angezeigt, die Interessenstrukturtypen des Interessengegensatzes (Austauschvertrag), der Interessenwahrung (Geschäftsbesorgung bzw. Treuhand) und der Interessengleichrichtung (Gesellschaft) heranzuziehen¹⁰⁷. Insbesondere das dichotomische Denken zwischen den Polen „vertragliches Schuldverhältnis“ und „Gesellschaftsvertrag“ führt zu der Frage, inwieweit der Versicherer, der unternehmerische Risiken versichert, durch die Übernahme von Risiken zum stillen Gesellschafter bzw. Mitunternehmer des Unternehmens avancieren kann. An diese Überlegung schließt sich auch die später zu erörternde versicherungsaufsichtsrechtliche Frage an, ob insoweit ein versicherungsfremdes Geschäft i.S.d. § 7 Abs. 2 VAG vorliegt oder eine derartige Risikoübernahme mit den §§ 81 ff. VAG vereinbar wäre. So wird u. a. zu untersuchen sein, ob und inwieweit das Eigenschadenrisiko des Unternehmers, das aus der Verletzung seiner vertraglichen Erfüllungspflicht bzw. Erfüllungssurrogatleistungspflicht hervorgeht (im Folgenden „Erfüllungsrisiko“ genannt), versicherbar ist.

Mit Blick auf andere Risiko- bzw. Absicherungsgeschäfte ist u. a. das Spannungsverhältnis zwischen Versicherungsvertrag auf der einen und Garantievertrag sowie Wartungsvertrag auf der anderen Seite zu untersuchen. Als Problem- aufriß für die hiermit verbundenen Rechtsfragen dienen die folgenden zwei Fälle¹⁰⁸:

Fall 1: *Die Stadt G schreibt öffentlich für mehrere Jahre einen Auftrag für die Lieferung von Streugut aus, wobei lediglich zwei Unternehmer ernsthaft in Betracht kommen. Beide vereinbaren untereinander, dass derjenige, der den Zuschlag erhält, an den anderen jährlich 5.000 Euro zahlen soll*¹⁰⁹.

Fall 2: *K betreibt eine Restaurantkette und kauft bei G mehrere Kaffèevollautomaten. G gibt K eine 3-jährige Langzeitgarantie*¹¹⁰. *Zusätzlich schließt K bei W*

107 Vgl. hierzu *Busche*, S. 63 m.w.N.; *Zwecker*, S. 22.

108 Auf die nachstehenden Fälle wird im weiteren Verlauf der Arbeit an mehreren Stellen Bezug genommen.

109 Fall in Anlehnung an den Fall 3 bei *Henssler*, S. 454.

110 Fall in Anlehnung an BVerwG NJW 1992, 2978 f.

nach Ablauf des Garantiezeitraumes für weitere zwei Jahre einen Vertrag ab, der W dazu verpflichtet, bestimmte Mängel gegen Zahlung einer Prämie fachmännisch zu beheben.

In die Darstellung einzelner Versicherungsprodukte für Unternehmen unter Berücksichtigung ihrer wesentlichen Charakteristika im Rahmen von § 3 werden u. a. die Betriebshaftpflicht-, die Produkthaftpflicht, die Rückrufkosten-, die Umwelthaftpflicht- und die D&O-Versicherung¹¹¹ sowie die Kreditversicherung einbezogen. Im Anschluss an eine Gesamtbetrachtung der Versicherungsarten wird der Fokus in § 4 auf ausgewählte Fragen zur Versicherung unternehmerischer Risiken gerichtet.

Weiterführend könnte, aus einem rein ökonomischen Blickwinkel betrachtet, die These aufgestellt werden, dass Risiken versicherbar sind, wenn sich der Versicherungsnehmer, als ursprünglicher Risikoträger, und der Versicherer über den partiellen Transfer des Risikos einigen können¹¹². Erweitert man diesen Blickwinkel und schließt auch die rechtliche Betrachtungsweise mit in die Beurteilung der Versicherbarkeit unternehmerischer Risiken ein, müsste die Einigung über einen möglichen Transfer des Risikos zudem im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit erfolgen. Im dritten Teil der Arbeit werden daher die Möglichkeiten der Judikative (§ 5) sowie der Versicherungsaufsicht (§ 6) zur Kontrolle der Versicherung unternehmerischer Risiken untersucht.

Vor allem die gerichtliche „ex-post-Kontrolle“ von AVB hat durch die Deregulierung des Versicherungsmarktes eine besondere Bedeutung erlangt¹¹³. Typischerweise stehen sich bei der Versicherung von Unternehmensrisiken als Vertragspartner stets Unternehmer gegenüber, wobei eine Disparität der Verhandlungsmacht nicht auszuschließen ist. In Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der Versicherung unternehmerischer Risiken siehe den folgenden Fall 3¹¹⁴:

Ein Versicherungsnehmer schließt bei einem Versicherer sowohl eine Maschinenversicherung als auch eine Maschinen-BU-V ab. Zunächst streiten die Parteien über die Versicherungsleistung aus der Maschinenversicherung, wobei der Versicherer wegen erheblicher Verschleißerscheinungen nur bereit ist, einen Teil des Maschinenschadens zu ersetzen. Nach jahrelangem Rechtsstreit

111 Siehe zum Begriff und zur Rechtsnatur der D&O-Versicherung unter § 3 I. 5.

112 *Goßner*, S. 6.

113 Siehe hierzu auch *Wandt*, in: H/E/K, HBVersR, 1. Kap., Rn. 54; unter dem Begriff der Deregulierung ist die Beseitigung staatlicher Eingriffe in die Freiheit des Wettbewerbs zu verstehen, vgl. *Windhagen*, S. 11.

114 Der Fall 3 ist angelehnt an eine Entscheidung des BGH zur Maschinen-Betriebsunterbrechungsversicherung (BGH VersR 2006, 215 ff.).

erkennt der Versicherer durch gerichtlichen Vergleich seine vollständige Leistungspflicht an. Infolge der Zahlungsverweigerung des Versicherers kann der Versicherungsnehmer seine Maschine indes nicht sofort reparieren lassen. Durch den Ausfall der Maschine entsteht im versicherten Unternehmen zusätzlich ein Unterbrechungsschaden. Die AVB der Maschinen-Betriebsunterbrechungsversicherung enthalten u. a. eine sog. Kapitalmangelklausel, derzufolge kein Versicherungsschutz besteht, soweit der Unterbrechungsschaden auf einen Kapitalmangel des Versicherungsnehmers zurückzuführen ist. Der Versicherer verweigert unter Berufung auf die Kapitalmangelklausel die Leistung.

Ergänzt wird die gerichtliche Kontrolle durch die versicherungsaufsichtsrechtliche Kontrolle, welche primär den Schutz des Versicherungsmarktes als Institution sowie den Schutz der Versicherungsnehmer und untergeordnet den Schutz der Wirtschaftsfunktion der Versicherung verfolgt¹¹⁵. Nicht zuletzt die Erinnerungen an den Enron-Bilanzskandal unterstreichen das Erfordernis einer – von den am Markt agierenden Unternehmen – unabhängigen (Versicherungs-) Aufsicht.

Vor dem Hintergrund der einzelnen Kontrollmaßstäbe werden im vierten Teil der Arbeit die (rechtlichen) Grenzen der Versicherbarkeit unternehmerischer Risiken thematisiert (§ 7).

Anschließend wird im fünften Teil der Arbeit die Frage aufgeworfen, ob de lege ferenda eine spezielle legislatorische Verhaltenssteuerung der Versicherung unternehmerischer Risiken angezeigt ist (§ 8). Die darauf folgenden rechtspolitischen Überlegungen zur Versicherung von Unternehmen (§ 9) konzentrieren sich zunächst auf die Einführung einer Unternehmenshaftpflichtversicherung. Weiterhin richtet sich der rechtspolitische Fokus auf den legislatorischen Gestaltungsspielraum zur Einführung weiterer Versicherungspflichten für gewerbliche Unternehmen. In diesem Kontext werden auch die de lege lata bestehenden gesetzlichen Versicherungspflichten der gewerblichen Unternehmen beleuchtet. Die unter § 9 diskutierten Kernfragen soll der folgende Fall 4 veranschaulichen:

Der Bundesgesetzgeber möchte von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 72 GG Gebrauch machen und überlegt, eine Unternehmenshaftpflichtversicherung für gewerblich tätige Unternehmen mit Ausnahme der freien Berufe gesetzlich zu regeln. Das Bundesministerium der Justiz erwägt in diesem Zusammenhang auch die Einführung einer Versiche-

115 Siehe hierzu R. Schmidt/Präve, in: Prölss/Kollhosser, VAG, Vorbem., Rn. 56, 59; Bähr, S. 85 f., 268 ff.; Dreher, S. 25 f.; 201 f.; Spindler, S. 240; Kaulbach, in: Fahr/Kaulbach, VAG, Vor § 1, Rn. 5; Barbey, VersR 1985, 101 (107).

rungspflicht verbunden mit der Regelung, dass die versicherungspflichtigen Unternehmen den Versicherungsnachweis durch Eintragung in das Unternehmensregister zu führen haben.

Im sechsten Teil der Arbeit werden das Risikomanagement in Unternehmen (§ 10) und einzelne Formen des alternativen Risikotransfers (§ 11), namentlich die Versicherung unternehmerischer Risiken im Wege der Rückversicherung, betrachtet. Die wichtigsten Untersuchungsergebnisse werden abschließend im siebten Teil der Arbeit zusammengefasst (§ 12).