

Tamara Zehentbauer

# Die Versicherung von Risiken der Organhaftung in der Unternehmenskrise



**Nomos**

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und  
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 77

Tamara Zehentbauer

# Die Versicherung von Risiken der Organhaftung in der Unternehmenskrise



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6531-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0617-9 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2019 berücksichtigt.

Ich danke an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Michael Kort, dass er die Betreuung der Arbeit übernommen und durch seine Ratschläge und Anregungen zu ihrem Gelingen beigetragen hat. Insbesondere möchte ich mich auch für die sehr schnelle Begutachtung bedanken.

Herrn Prof. Dr. Christoph Becker danke ich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Ganz besonderen Dank schulde ich meinen Eltern Renate und Walter Zehentbauer, die durch ihre vielseitige und immerwährende Unterstützung einen Großteil dazu beigetragen haben, dass ich meinen bisherigen Lebens- und Ausbildungsweg nach meinen Wünschen gestalten konnte. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Augsburg, im November 2019

*Tamara Zehentbauer*





## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	31
I. Veranschaulichung der Haftungsrisiken anhand ausgewählter Beispiele aus der Praxis	32
II. Dimension und Relevanz von Unternehmensinsolvenzen	34
III. Bedürfnis nach versicherungsmäßiger Absicherung	36
IV. Gang der Darstellung	36
B. Grundlagen der D&O-Versicherung	38
I. GDV-Musterbedingungen	38
II. Wesen und Deckungskonzept der D&O-Versicherung	39
1. Fremdversicherung der Organmitglieder (Side A)	39
a) Sachliche Reichweite des Versicherungsschutzes	39
b) Persönliche Reichweite des Versicherungsschutzes	40
2. Eigenversicherung der Gesellschaft (Side B und Side C)	40
a) Side B	40
b) Side C	41
III. Rechtlicher Rahmen der D&O-Versicherung	42
1. Freiwillige Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (Side A und Side C)	42
2. Inhalt der Leistungspflicht des Versicherers	42
3. Fremdversicherung (Side A)	43
IV. Wirkungsweise der D&O-Versicherung	44
1. Anspruchserhebungsprinzip (sog. Claims-made-Prinzip)	44
a) Versicherungsfall bei der D&O-Versicherung	44
b) Rückwärtsdeckung für vorvertragliche Pflichtverletzungen	46
c) Nachhaftung und Nachmeldefrist	47
2. Trennungsprinzip und Bindungswirkung	47
a) Haftpflichtverhältnis	48
b) Deckungsverhältnis	48
c) Bindungswirkung	49

*Inhaltsverzeichnis*

C. Auswirkungen der Unternehmensinsolvenz auf das D&O-Versicherungsverhältnis	50
I. Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das D&O-Versicherungsverhältnis	50
1. Grundsätzlicher Übergang auf den Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO	50
2. Ansprüche aus der Side A	51
a) Gesetzliche Ausgangslage: materielle Rechtsinhaberschaft des Organmitglieds, aber formelle Verfügungsbefugnis der Gesellschaft	51
aa) Materielle Rechtsinhaberschaft des Organmitglieds gem. § 44 Abs. 1 S. 1 VVG	51
bb) Formelle Verfügungsbefugnis der Gesellschaft gem. § 45 Abs. 1 VVG	52
cc) Zwischenergebnis	53
b) Abweichende Vertragsgestaltung in der Versicherungspraxis	54
II. (Ersatz-)Aussonderungsrecht des Organmitglieds	55
1. Aussonderung gem. § 47 InsO	55
2. Vorinsolvenzliche Einziehung durch die Gesellschaft	55
a) Unterscheidbarkeit der Versicherungssumme	56
b) Keine Unterscheidbarkeit der Versicherungssumme	56
3. Einziehung durch den Insolvenzverwalter	57
a) Unterscheidbarkeit der Versicherungssumme	57
b) Keine Unterscheidbarkeit der Versicherungssumme	58
III. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den D&O-Versicherungsvertrag und die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche	59
1. Beidseitig vollständige Erfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	60
a) Praktische Konstellationen	60
b) Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen	61
2. Einseitig vollständige Erfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	62
a) Einseitig vollständige Erfüllung durch die Gesellschaft	62
b) Einseitig vollständige Erfüllung durch den Versicherer	63
aa) Praktische Konstellationen	63
bb) Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen	64

3. Beidseitig vollständige Nichterfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	64
a) Praktische Konstellationen	64
b) Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen: Undurchsetzbarkeit der gegenseitigen Erfüllungsansprüche	64
c) Keine generelle Modifikation durch §§ 37 ff. VVG	65
d) Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf das Rücktrittsrecht des Versicherers aus § 37 Abs. 1 VVG	67
4. Teilweise Erfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	68
a) Einseitig teilweise Erfüllung durch den Versicherer	68
aa) Praktische Konstellation	68
bb) Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen: Teilung des D&O-Versicherungsvertrags nach § 105 S. 1 InsO	69
cc) Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf die Leistungsfreiheit und verzugsbedingte Gestaltungsrechte des Versicherers aus §§ 37 f. VVG	70
(1) Kein Rücktrittsrecht nach § 37 Abs. 1 VVG	70
i. Kein Einfluss des Verstoßes gegen die Behrungspflicht aus § 37 Abs. 2 S. 2 VVG	70
ii. Vorrang des Insolvenzrechts	71
(2) Keine Leistungsfreiheit oder Kündigungsmöglichkeit nach § 38 VVG	72
(3) Zwischenergebnis	73
b) Einseitig teilweise Erfüllung durch die Gesellschaft	73
aa) Praktische Konstellationen	73
bb) Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen: Teilung des D&O-Versicherungsvertrags	73
cc) Kein Rücktrittsrecht nach § 37 Abs. 1 VVG	74
c) Beidseitige teilweise Erfüllung des D&O- Versicherungsvertrags	74
aa) Praktische Bedeutung	74
bb) Gleichwertige Teilleistungen	74
cc) Überschießende Teilleistung	75
5. Zwischenergebnis	75

*Inhaltsverzeichnis*

IV. Auswirkungen des Erfüllungsverlangens gem. § 103 Abs. 1 InsO auf den D&O-Versicherungsvertrag und die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche	75
1. Erklärung des Eintritts in den D&O-Versicherungsvertrag	75
2. Keine Auswirkung einer vertraglichen Abbedingung von §§ 44 Abs. 2, 45 Abs. 1 VVG auf das Wahlrecht des Insolvenzverwalters	76
3. Beidseitig vollständige Nichterfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	78
a) Insolvenzrechtliche Rechtsfolgen	78
b) Auswirkungen des Erfüllungsverlangens auf Leistungsfreiheit und Rücktrittsrecht des Versicherers aus § 37 VVG	79
4. Teilweise Erfüllung des D&O-Versicherungsvertrags	80
a) Einseitig teilweise Erfüllung durch den Versicherer	80
aa) Keine Pflicht des Insolvenzverwalters zur Begleichung der Prämienrückstände	81
(1) Regelungsgehalt des § 38 VVG	81
(2) Rechtsqualität der Prämienforderung des Versicherers für den Zeitraum bis zur Verfahrenseröffnung	82
i. Insolvenzrechtliche Betrachtung: einfache Insolvenzforderung gem. §§ 105 S. 1, 38 InsO	83
a. Systematik der Insolvenzordnung	83
b. Sinn und Zweck des § 105 S. 1 InsO	83
c. Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	84
d. Unwirksamkeit der Vorabbefriedigung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit	85
e. Zwischenergebnis	86
ii. Versicherungsrechtliche Betrachtung	86
(3) Zwischenergebnis	87
bb) Keine Kündigungsmöglichkeit des Versicherers wegen vorinsolvenzlicher Prämienrückständen gem. § 38 Abs. 3 S. 1 VVG	87
(1) Ohne Reaktivierungsmöglichkeit keine Kündigungsbefugnis	87

(2) Streichung des § 14 Abs. 1 VVG a.F.	88
(3) Vereitelung des Erfüllungswahlrechts aus § 103 InsO	88
(4) Zwischenergebnis	89
cc) Keine Leistungsfreiheit des Versicherers wegen des vorinsolvenzlichen Prämienrückstands gem. § 38 Abs. 2 VVG	89
dd) Zwischenergebnis	90
b) Einseitig teilweise Erfüllung durch die Gesellschaft	90
c) Beidseitig teilweise Erfüllung	90
V. Ablehnung der Erfüllung des D&O-Versicherungsvertrags nach § 103 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO	91
1. Auswirkungen der Ablehnung der Erfüllung nach § 103 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO auf den D&O- Versicherungsvertrag und die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche	92
2. Auswirkungen einer Geltendmachung der Forderung wegen der Nichterfüllung gem. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO auf den D&O-Versicherungsvertrag und die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche	92
a) Forderung wegen der Nichterfüllung des D&O- Versicherungsvertrags aus § 103 Abs. 2 S. 1 InsO	92
b) Saldo zugunsten des Versicherers	93
c) Saldo zugunsten der Gesellschaft	93
3. Auswirkungen der Erfüllungsablehnung und der Geltendmachung der Nichterfüllungsforderung auf den Prämienverzug der Gesellschaft	94
4. Ergebnis für das Organmitglied	94
VI. Kein außerordentliches Kündigungsrecht aus Anlass der Insolvenz	95
1. Kein außerordentliches Kündigungsrecht zugunsten des Versicherers wegen Gefahrerhöhung gem. § 24 Abs. 1 VVG oder § 24 Abs. 2 VVG	95
a) Gefahrerhöhung im Sinne des § 23 VVG	95
b) Unternehmenskrise als subjektive Gefahrerhöhung im Sinne des § 23 Abs. 1 VVG	96
c) Unternehmenskrise als qualitativ unerhebliche Gefahrerhöhung nach § 27 Alt. 2 VVG	97
d) Erst-recht-Schluss aus der Streichung von § 14 Abs. 1 VVG a.F.	97

*Inhaltsverzeichnis*

e) Abschließende Vereinbarungen in der Versicherungspraxis	97
2. Kein außerordentliches Kündigungsrecht der Gesellschaft nach § 314 Abs. 1 BGB	98
a) Maßstäbe für die außerordentliche Kündigung eines D&O-Versicherungsvertrags nach § 314 Abs. 1 BGB	99
b) Kein außerordentliches Kündigungsrecht wegen Insolvenzgefahr	99
c) Kein außerordentliches Kündigungsrecht wegen des Vorliegens eines materiellen Insolvenzgrundes oder der Stellung eines Insolvenzantrags	100
3. Kein außerordentliches Kündigungsrecht des Versicherers nach § 314 Abs. 1 BGB	100
a) Kein außerordentliches Kündigungsrecht wegen einer drohenden oder materiellen Insolvenz	101
aa) Keine Unzumutbarkeit im Sinne des § 314 Abs. 1 S. 2 BGB	101
bb) Kein Unterlaufen der Wertungen von §§ 23, 27 VVG und der Streichung des § 14 Abs. 1 VVG a.F.	102
cc) Ausreichender Schutz durch § 321 BGB und das Insolvenzrecht	102
dd) Zwischenergebnis	102
b) Kein außerordentliches Kündigungsrecht wegen der Stellung eines Insolvenzantrags oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	103
c) Kein außerordentliches Kündigungsrecht aus Anlass der Wahlrechtsausübung durch den Insolvenzverwalter nach § 103 InsO	103
aa) Erfüllungsverlangen gem. § 103 Abs. 1 InsO	103
bb) Ablehnung der Erfüllung nach § 103 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO	104
D. Unwirksamkeit sog. insolvenzabhängiger Lösungsklauseln in einem D&O-Versicherungsvertrag	106
I. Festlegung des Untersuchungsgegenstands	107
1. Begriff der insolvenzabhängigen Lösungsklausel	107
2. Diskussion über die Wirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln in Rechtsprechung und Schrifttum	108
a) Grundsatzurteil des BGH im Jahr 2012	108

b) Streitstand im Schrifttum	109
II. Unwirksamkeit bei Anknüpfung an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens	110
1. Grammatikalische Auslegung des § 119 InsO	110
a) Wirksamkeit nach der engen Lesart des § 119 InsO	110
b) Unwirksamkeit nach der weiten Lesart des § 119 InsO	110
c) Ergebnis der grammatikalischen Auslegung des § 119 InsO	111
2. Historische Auslegung des § 119 InsO	111
a) Entwicklungsgeschichte des § 137 InsO-RegE (§ 119 InsO)	111
b) Konsequenzen der Streichung von § 137 Abs. 2 S. 1 InsO-RegE	113
c) Ergebnis der historischen Auslegung des § 119 InsO	114
3. Systematische Auslegung des § 119 InsO	114
a) § 112 Nr. 2 InsO	115
aa) Sinnlosigkeit einer Kündigungssperre nach § 112 Nr. 2 InsO bei Unwirksamkeit nach § 119 InsO	115
bb) Erst-recht-Schluss von § 112 Nr. 2 InsO auf die Unwirksamkeit nach § 119 InsO	115
cc) Entstehungsgeschichte des § 112 InsO als Argument gegen die Wirksamkeit eröffnungsabhängiger Lösungsklauseln	117
dd) Zwischenergebnis	118
b) §§ 104, 109, 113, 115–117 InsO	118
aa) Punktuelle gesetzliche Regelungen	118
bb) Kein Umkehrschluss auf die Unwirksamkeit nach § 119 InsO	118
(1) § 104 Abs. 1 S. 1 u. 2 InsO, § 115 Abs. 1 InsO, § 116 S. 1 InsO und § 117 Abs. 1 InsO	119
(2) § 109 Abs. 2 S. 1 InsO und § 113 S. 1 InsO	119
cc) Zwischenergebnis	120
c) Vergleich mit dem insolvenzrechtlichen Anfechtungsrecht, §§ 129 ff. InsO	120
aa) Vergleich der Wortlaute	121
bb) Durchsetzung derselben Zwecke	121
cc) Zwischenergebnis	121
d) Ergebnis der systematischen Auslegung des § 119 InsO	122

*Inhaltsverzeichnis*

4. Historische und systematische Auslegung des § 119 InsO anhand des Versicherungsrechts	122
a) Auslegung des § 119 InsO anhand des § 14 Abs. 1 VVG a.F.	122
aa) Entwicklung des § 14 Abs. 1 VVG a.F.	122
bb) Eröffnungsabhängige Lösungsklauseln nach der alten Rechtslage	123
cc) Eröffnungsabhängige Lösungsklauseln nach der VVG-Reform	125
(1) Konsequenzen der Streichung von § 14 Abs. 1 VVG a.F. für eröffnungsabhängige Lösungsrechte	125
(2) Frühe historische Intention zum Schutz der Insolvenzmasse und der Gläubigergemeinschaft	125
dd) Ergebnis der Auslegung des § 119 InsO anhand der Historie von § 14 Abs. 1 VVG a.F.	126
b) Umkehrschluss zu § 16 Abs. 1 Hs. 1 VVG	126
c) Keine gesetzliche Entsprechung des vertraglichen Lösungsrechts in § 24 VVG	127
d) Keine gesetzliche Entsprechung des vertraglichen Lösungsrechts in § 80 Abs. 2 VVG	128
5. Teleologische Auslegung des § 119 InsO	129
a) Bestimmung der Zwecke von § 103 InsO, § 105 S. 1 InsO und § 119 InsO	129
aa) Sinn und Zweck des § 103 InsO: Schutz und Mehrung der Insolvenzmasse	129
bb) Sinn und Zweck des § 105 S. 1 InsO: Schutz und Mehrung der Insolvenzmasse sowie Erhaltung der vorinsolvenzlichen Vertragskonditionen	130
cc) Sinn und Zweck des § 119 InsO	131
b) Konsequenzen bei Wirksamkeit einer eröffnungsabhängigen Lösungsklausel: Entzug der Grundlage für Erfüllungswahl und Sanierung	131
aa) Allgemeine Konsequenzen	131
(1) Unterlaufen des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO	131
(2) Verringerung der Befriedigungschancen der Insolvenzgläubiger	132



(3) Sanierungsfeindlichkeit von eröffnungsabhängigen Lösungsklauseln	133
i. Fehlen der Möglichkeit einer Massegenerierung	133
ii. Vertragsschluss mit einem Konkurrenten	134
iii. Gefährliche Beendigungswelle	134
iv. Zwischenergebnis	134
(4) Erpressungspotential von eröffnungsabhängigen Lösungsklauseln und Verlust der kalkulatorischen Vergünstigung	134
(5) Zwischenergebnis	135
bb) Besonderheiten bei einem D&O- Versicherungsvertrag	136
(1) Bedeutender Stellenwert eines D&O- Versicherungsvertrags im Insolvenzverfahren	136
i. Innenhaftungsfälle (Side A)	136
a. Wirtschaftliche Wertlosigkeit eines Innenhaftungsanspruchs bei Wirksamkeit der eröffnungsabhängigen Lösungsklausel	137
b. Generierung von Insolvenzmasse bei Unwirksamkeit der eröffnungsabhängigen Lösungsklausel	138
c. Praktische Relevanz	139
ii. Außenhaftungsfälle (Side A und Side B)	139
a. Side A	139
b. Side B	139
iii. Side C	140
iv. Zwischenergebnis	141
(2) Negative Auswirkungen eines Neuabschlusses nach Vertragsbeendigung	141
i. Reduzierter Versicherungsschutz	142
ii. Deckungslücke bis zum Neuabschluss	142
c) Bindung des Insolvenzverwalters an vertragliche Absprachen und Schutz des „Ob“ des Leistungsaustausches	143
aa) Unzulässige Bindung des Insolvenzverwalters	144

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Verbot von obligatorischen Verträgen zulasten Dritter	145
cc) Schutz des „Ob“ eines Leistungsaustausches	146
(1) Erst-recht-Schluss zur Unwirksamkeit von unmittelbaren Beschränkungen der §§ 103 ff. InsO	146
(2) § 103 InsO als Haftungsregel	147
(3) § 137 Abs. 3 InsO-RegE	147
(4) Zwischenergebnis	147
dd) Vertragsabwicklung nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO	148
ee) Zwischenergebnis	148
d) Ergebnis der teleologischen Auslegung des § 119 InsO	148
6. Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	149
a) Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	149
aa) § 1 S. 1 InsO	149
bb) Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO	150
cc) Teilung des Vertrags nach § 105 S. 1 InsO	151
b) Auswirkungen der eröffnungsabhängigen Lösungsklausel auf die Gläubigergesamtheit	151
c) Ergebnis zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	152
7. Verhinderung der Stellung eines früh- oder rechtzeitigen Insolvenzantrags	153
a) Rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags, § 15a Abs. 1 InsO	153
b) Frühzeitige Stellung eines Insolvenzantrags	153
c) Auswirkungen einer eröffnungsabhängigen Lösungsklausel: Verzögerung der Antragstellung oder Mandatsniederlegung	154
d) Unwirksamkeit nach § 119 InsO	155
8. Verfassungsrechtliche Kontrolle	156
a) Betroffenheit des Art. 2 Abs. 1 GG und seine Schranken	156
b) Abwägung der entgegenstehenden Interessen	156
aa) Interesse an einer eröffnungsabhängigen Lösungsklausel: Insolvenzvorsorge	157

bb) Insolvenzspezifische Belange: Durchsetzung des Kollektivinteresses der Gläubigergemeinschaft	157
cc) Generelle Abwägung der Privatautonomie des Versicherers und der insolvenzspezifischen Belange	158
dd) Keine unzumutbare Belastung des Versicherers	159
(1) Rechtsstellung des Versicherers bei Wirksamkeit der eröffnungsabhängigen Lösungsklausel	160
(2) Erfüllungsverlangen nach § 103 Abs. 1 InsO	160
(3) Ablehnung der Erfüllung nach § 103 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO	161
(4) Unterlassen der Wahlrechtsausübung	162
(5) Zwischenergebnis	162
ee) Zwischenergebnis	163
c) Ergebnis der verfassungsrechtlichen Kontrolle	163
9. Zeitliche Reichweite der Unwirksamkeit einer eröffnungsabhängigen Lösungsklausel in einem D&O-Versicherungsvertrag	163
10. Ergebnis zu eröffnungsabhängigen Lösungsklauseln in Thesen	164
III. Unwirksamkeit bei Anknüpfung an die Stellung eines Insolvenzantrags	164
1. Begriff der „Vorwirkung“ von § 119 InsO	164
2. Tatbestandsseite der Lösungsklausel	165
a) Grammatikalische Auslegung des § 119 InsO	165
b) Historische Auslegung des § 119 InsO	166
c) Systematische Auslegung des § 119 InsO	168
aa) Wortlaut der Überschrift des Dritten Teils der Insolvenzordnung und des § 103 Abs. 1 InsO	168
bb) Wortlaut des § 112 InsO	168
cc) Umkehrschluss zu § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 InsO	169
dd) § 14 Abs. 1 VVG a.F. und dessen Streichung	170
ee) Ergebnis der systematischen Auslegung des § 119 InsO	170
d) Teleologische Auslegung des § 119 InsO	171
aa) Keine Realisierung des im Vertragsbestand liegenden Vermögenswerts im Eröffnungsverfahren	171

*Inhaltsverzeichnis*

bb)	Schutz von Sanierungschancen	171
	(1) Sinn und Zweck der §§ 21, 22 InsO	172
	(2) Auswirkungen einer antragsabhängigen Lösungsklausel: Vereitelung der Betriebsfortführung und der Unternehmenssanierung	173
cc)	Ergebnis der teleologischen Auslegung des § 119 InsO	173
e)	Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	174
	aa) Geltung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung bereits im Eröffnungsverfahren	174
	bb) Verstoß einer antragsabhängigen Lösungsklausel gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	175
	cc) Unwirksamkeit einer antragsabhängigen Lösungsklausel	176
f)	Unwirksamkeit aufgrund des zwingenden Eröffnungsantrags nach § 13 Abs. 1 S. 1 InsO	176
	aa) „Mechanismus“ nach einer Antragstellung	177
	bb) Konsequenzen für die (Un-)Wirksamkeit einer antragsabhängigen Lösungsklausel	177
g)	Ergebnis zur ersten Frage auf Tatbestandsseite der Lösungsklausel	178
3.	Zeitliche Reichweite der Unwirksamkeit auf Rechtsfolgenseite der Norm	178
	a) Grammatikalische Auslegung des § 119 InsO	178
	b) Historische Auslegung des § 119 InsO	179
	c) Systematische Auslegung des § 119 InsO	179
	aa) Wortlaut und Normzweck des § 112 InsO	179
	(1) Regelungsgehalt des § 112 InsO	179
	(2) Vergleich des Wortlauts von § 112 InsO und § 119 InsO	180
	(3) Sinn und Zweck von § 112 InsO	180
	i. Sinn und Zweck des § 112 InsO	180
	ii. Konsequenzen für die Unwirksamkeitsfolge aus § 119 InsO	181
	(4) Zwischenergebnis	181
	bb) Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB	181
d)	Teleologische Auslegung des § 119 InsO	182

e)	Kein zusätzliches subjektives Element erforderlich	183
4.	Verfassungsrechtliche Kontrolle	184
a)	Eingriff in den Schutzbereich und Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG sowie generelle Interessenabwägung	185
b)	Interessenabwägung im konkreten Stadium des Insolvenzeröffnungsverfahrens	185
aa)	Rechtliche Konsequenzen der Unwirksamkeit nach § 119 InsO für den Versicherer im Vergleich zur Wirksamkeit der antragsabhängigen Lösungsklausel	185
bb)	Ausreichender Schutz des Versicherers	186
(1)	Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Einzelermächtigung	187
(2)	Sog. halbstarker vorläufiger Insolvenzverwalter nach § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 22 Abs. 2 S. 1 InsO	187
c)	Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Kontrolle	188
5.	Keine weiteren Anforderungen an den Insolvenzantrag	188
a)	Tatbestandsseite der antragsabhängigen Lösungsklausel	189
b)	Keine einschränkende Auslegung der Rechtsfolge von § 119 InsO	189
6.	Ergebnis zu antragsabhängigen Lösungsklauseln in Thesen	190
IV.	Unwirksamkeit bei Anknüpfung an Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	191
1.	Noch keine höchstrichterliche Klärung	191
2.	„Vorwirkung“ von § 119 InsO auf Tatbestandsseite der Lösungsklausel	192
a)	Übertragbarkeit der bisher ermittelten Erkenntnisse	192
aa)	Enge Verbindung der Verfahrensstadien	192
bb)	Konkrete Übertragbarkeit der bisherigen Erkenntnisse	193
cc)	Zwischenergebnis	194
b)	Systematische Auslegung des § 119 InsO anhand von § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 InsO	194
c)	Teleologische Auslegung des § 119 InsO	194
aa)	Parallele zu § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO	195
bb)	Organhaftung für Zahlungen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	196

*Inhaltsverzeichnis*

cc) Ergebnis der teleologischen Auslegung des § 119 InsO	196
3. Verfassungsrechtliche Kontrolle	197
4. Ergebnis zu Lösungsklauseln, die an die Insolvenzreife anknüpfen, in Thesen	197
V. Wirksamkeit bei Insolvenzgefahr im weitesten Sinne	198
1. Wirksamkeit von Lösungsklauseln, die auf eine Zahlungseinstellung abstellen	198
a) Kein eigenständiger materieller Insolvenzgrund	198
b) Keine zwangsläufige Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 InsO	199
aa) Vorliegen einer insolvenzunabhängigen Lösungsklausel	199
bb) Keine „Vorwirkung“ des § 119 InsO	200
(1) Unwirksamkeit nach § 119 InsO bereits mit Vertragsschluss	200
(2) Rein objektive Betrachtung	201
cc) Keine Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO	201
dd) Zwischenergebnis	201
c) Rechtslage bei sonstigen Zahlungseinstellungen	201
d) Ergebnis zu Lösungsklauseln, die auf eine Zahlungseinstellung abstellen, in Thesen	202
2. Wirksamkeit von Lösungsklauseln, die auf eine drohende Überschuldung abstellen	202
3. Wirksamkeit von Lösungsklauseln, die auf eine wesentliche Vermögensverschlechterung abstellen	203
a) Vorliegen einer insolvenzunabhängigen Lösungsklausel	203
b) Umkehr- und Erst-recht-Schluss zu § 112 Nr. 2 InsO	204
c) Ergebnis zu Lösungsklauseln, die auf eine wesentliche Vermögensverschlechterung abstellen, in Thesen	204
4. Wirksamkeit von Lösungsklauseln, die auf einen Zahlungsverzug abstellen	205
a) Vorliegen einer insolvenzunabhängigen Lösungsklausel	205
b) Besonderheiten bei einem D&O-Versicherungsvertrag aufgrund der Vorschriften zum Prämienverzug in §§ 37 f. VVG	205

VI. Ordentliches Kündigungsrecht im Renewal	206
1. Versicherungsvertragliche Gestaltung	206
2. Insolvenzzrechtliche Wirksamkeit	207
3. Vereinbarung einer automatischen Beendigung des D&O-Versicherungsvertrags mit Ablauf der Versicherungsperiode	207
VII. Ergebnis zu insolvenzabhängigen Lösungsklauseln in einem D&O-Versicherungsvertrag	208
E. Deckung von Organhaftungsansprüchen für masseschmälernde Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife	210
I. Rechtliche Grundlagen der Organhaftungsansprüche für masseschmälernde Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife	210
II. Außerordentliche Haftungsrisiken für den Geschäftsführer	212
1. Herausragende praktische Bedeutung des Anspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG	212
2. Haftungsrisiken für den Geschäftsführer aus § 64 S. 1 GmbHG	213
a) Weite Auslegung der Zahlung im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG	213
b) Veranlassung der Zahlung	213
c) Restriktive Auslegung der Verbotsausnahme in § 64 S. 2 GmbHG	214
d) Ungünstige Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt der Insolvenzzreife	214
e) Tatsächliche Schwierigkeiten, die Insolvenzzreife festzustellen	216
f) Ungünstiger Verschuldensmaßstab	216
g) Gefahr der Privatinsolvenz	217
h) Zwischenergebnis	218
3. Attraktivität für den Insolvenzverwalter	218
4. Gefahren aus den Besonderheiten der D&O-Versicherung	219
III. Grundsatzurteil des OLG Düsseldorf zur Frage einer Deckung der Haftung für masseschmälernde Zahlungen durch eine D&O-Versicherung	220
1. Zugrunde liegender Sachverhalt	221

*Inhaltsverzeichnis*

2. Entscheidung des OLG Düsseldorf	221
a) Fehlen eines Anspruchs auf „Schadensersatz wegen eines Vermögensschadens“	222
b) Keine Vergleichbarkeit mit einem Schadensersatzanspruch	222
c) Gänzlich anderes Risiko für den Versicherer	223
IV. Kontroverse Diskussion in der Literatur	223
1. Ablehnung eines D&O-Versicherungsschutzes	224
2. Bejahung eines D&O-Versicherungsschutzes	224
V. Deckung der Organhaftung für masseschmälernde Zahlungen durch eine D&O-Versicherung	224
1. AVB-AVG 2019	225
2. Schluss aus dem versicherten Interesse auf den Deckungsumfang der D&O-Versicherung	226
a) Durch die Side A versichertes Interesse	226
aa) Allgemeine Interessenlage bezüglich der Side A: Schutz der Organmitglieder	226
bb) Kein Einfluss der besonderen Interessenlage bei Innenhaftungsfällen	227
b) Vergleich mit sonstigen Innen- und mit Außenhaftungsfällen	228
aa) Rechtstechnische Schadensersatzansprüche der Gesellschaft	228
bb) Außenhaftungsfälle	228
c) Folgerungen für den Umfang des Deckungsschutzes: Kein Erfordernis eines eigenen Schadens der Gesellschaft	229
d) Keine Ausweitung des Leistungsversprechens	229
3. Ermittlung der allgemeinen Parameter zur Auslegung von D&O-Versicherungsbedingungen	230
a) Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen	230
b) Maßgebliche Sichtweise bei der Auslegung von D&O-Versicherungsbedingungen, insbesondere bei Innenhaftungsfällen	231
aa) Allgemeine Auslegung von Versicherungsbedingungen einer Fremd- oder Gruppenversicherung	231
bb) Besondere Konstellation bei Innenhaftungsfällen	232



cc)	Auslegung von D&O-Versicherungsbedingungen bei Innenhaftungsfällen	233
	(1) Lösungsvorschläge im Schrifttum	233
	(2) Sichtweise des Geschäftsführers	233
c)	Ergebnis: Festlegung der allgemeinen Auslegungsparameter	234
4.	Ermittlung der konkreten Auslegungsparameter für Ziff. A-1 AVB-AVG 2019	234
a)	Auslegung des Begriffs „Schadensersatz“ in der allgemeinen Rechtsprechung des BGH	234
b)	Auslegung des Begriffs „Schadensersatz“ in der Rechtsprechung des BGH zur Haftpflichtversicherung	235
aa)	Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB	235
bb)	Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB	236
cc)	Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	236
dd)	Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB	236
c)	Heranziehung nicht einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung durch das OLG Düsseldorf	237
aa)	Keine Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des BGH zur Auslegung von werkvertraglichen Begriffen in Versicherungsbedingungen	237
bb)	Keine Maßgeblichkeit des HEROS-Urteils des BGH	238
	(1) HEROS-Urteil des BGH	238
	(2) Keine Übertragbarkeit auf eine D&O-Versicherung	239
	i. Kein fest umrissener, bestimmter Personenkreis	239
	ii. Keine Relevanz der konkreten Tätigkeit der Versicherungsnehmerin und der Klägerin vor dem OLG Düsseldorf	240
	iii. Unterschiedliche Problemstellungen	241
	(3) Zwischenergebnis	241
d)	Ergebnis: Festlegung der konkreten Auslegungsparameter für Ziff. A-1 AVB-AVG 2019	241

*Inhaltsverzeichnis*

5. Keine Relevanz der technisch-juristischen Rechtsnatur von § 64 S. 1 GmbHG	242
a) Keine juristischen Vorkenntnisse erforderlich	243
b) Dogmatische Feinheiten bezüglich des Anspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG nicht rechtssicher festzustellen	243
c) Kein anderes Auslegungsergebnis selbst nach den Maßstäben des HEROS-Urteils	245
d) Ergebnis	246
6. Wortlaut der Ziff. A-1 AVB-AVG 2019	246
a) „Auf Schadensersatz in Anspruch genommen“, Ziff. A-1 Abs. 1 AVB-AVG 2019	246
b) Für einen „Vermögensschaden“ auf Schadensersatz in Anspruch genommen, Ziff. A-1 Abs. 1 u. 2 AVB-AVG 2019	247
c) Zwischenergebnis	248
7. Widerlegung der vermeintlichen Unterschiede zu und Darlegung von Gemeinsamkeiten mit formaljuristischen Schadensersatzansprüchen	248
a) Tatbestandliches Erfordernis einer Vermögensminderung	248
aa) Bürgerlich-rechtliche Betrachtung der Zahlung: kein Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB	248
bb) Gesellschaftsrechtliche Betrachtung der Zahlung: Erfordernis einer Vermögensminderung	249
cc) Versicherungsrechtliche Einordnung des § 64 S. 1 GmbHG: Schadensersatzanspruch im Sinne der Ziff. A-1 AVB-AVG 2019	249
b) Korrektive zur Anspruchshöhe	250
aa) Wirtschaftliche Korrektive zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 S. 1 GmbHG	250
(1) Aktivtausch	250
i. Praktische Beispiele	250
ii. Bilanzielle Betrachtung	251
iii. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	251
(2) Bilanzverlängerung	252
(3) Bilanzverkürzung	253
i. Praktische Beispiele und bilanzielle Betrachtung	253
ii. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	254

a.	Vorliegen einer Zahlung im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG	254
b.	Entfallen des Ersatzanspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG	254
(4)	Auswirkung der wirtschaftlichen Korrektive auf die versicherungsrechtliche Qualifizierung des § 64 S. 1 GmbHG	255
bb)	Notwendigkeit einer Verringerung der Aktivmasse	256
(1)	Passivtausch	256
i.	Praktische Beispiele	256
ii.	Bilanzielle Betrachtung	257
iii.	Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	257
iv.	Versicherungsrechtliche Betrachtung	257
(2)	Zahlung zur Ablösung von Absonderungsrechten gem. §§ 49 ff. InsO	258
i.	Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	258
ii.	Versicherungsrechtliche Betrachtung	260
(3)	Weggabe wertloser oder wertausschöpfend belasteter Gegenstände sowie Weggabe von Gegenständen, an denen ein insolvenzrechtliches Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO besteht	261
i.	Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	261
ii.	Versicherungsrechtliche Betrachtung	262
(4)	Zwischenergebnis	262
cc)	Berücksichtigung der hypothetischen Insolvenzquote	262
dd)	Erfolgreich durchgeführte Insolvenzanfechtung	264
(1)	Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	264
(2)	Versicherungsrechtliche Betrachtung	264
c)	Gleichstellung des Drittschadens der Insolvenzgläubiger mit einem Schaden der Gesellschaft	265
d)	Weitere schadensersatzähnliche Elemente des § 64 S. 1 GmbHG	266
aa)	Wiederherstellende Wirkung des § 64 S. 1 GmbHG und Vergleichbarkeit mit § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	266

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Ausgleich eines unfreiwilligen Vermögensopfers	267
(1) Kein allgemeines Erfordernis nach der Rechtsprechung des BGH zur Haftpflichtversicherung	267
(2) Gesetzliche Haftpflichtbestimmung im Sinne der Ziff. A-1 AVB-AVG 2019	267
(3) Keine freiwillige Vermögensverfügung der Gesellschaft	268
(4) Zwischenergebnis	269
cc) Zwischenergebnis	269
e) Erlaubte Zahlungen gem. § 64 S. 2 GmbHG	269
f) Einwand einer gesamtschuldnerischen Haftung nach §§ 421 ff. BGB	270
g) Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB	271
aa) Unbeachtlichkeit eines Mitverschuldens bei der Innenhaftung	272
bb) Keine Auswirkung der Unbeachtlichkeit eines Mitverschuldens auf die Qualität des § 64 S. 1 GmbHG als versicherungsrechtlicher Schadensersatzanspruch	272
cc) Zwischenergebnis	273
h) Zwischenergebnis	273
8. Parallele zum sozialrechtlichen Regressanspruch aus § 110 SGB VII	273
a) Sozialrechtlicher Regressanspruch aus § 110 SGB VII	274
b) Übertragung der versicherungsrechtlichen Handhabung von § 110 SGB VII auf den Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG	274
9. Widerlegung nicht zielführender Argumente des Schrifttums für einen Deckungsschutz von § 64 S. 1 GmbHG durch eine D&O-Versicherung	275
a) Explizite Erwähnung der Außenhaftung in bestimmten Versicherungsbedingungen	275
b) Sichtweise des Versicherers und der Vorinstanz	276
10. Ergebnis der Auslegung und Zusammenfassung in Thesen	276

VI. Folgen für die Praxis und eigene Lösungsvorschläge	277
1. Pflicht des Versicherers zur Prüfung der Haftpflichtfrage und zur Gewährung von Rechtsschutz	277
a) Berechtigte Erwartung an den Versicherungsschutz bei der Kfz-Haftpflichtversicherung	278
b) Übertragung der Rechtsprechung des BGH zur Kfz-Haftpflichtversicherung auf die D&O- Versicherung	278
aa) Schadensersatzanspruch eines Gesellschaftsgläubigers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO	279
bb) Schadensersatzanspruch der Gesellschaft aus § 43 Abs. 2 GmbHG	280
2. Abstrakte Grundsätze für eine rechtssichere Bestimmung der sachlichen Reichweite des D&O-Versicherungsschutzes	281
3. Erhebliche Risiken für die Organmitglieder	282
a) Weit verbreitete Verweigerung des Versicherungsschutzes	282
b) Unwägbarkeiten eines Deckungsprozesses	283
4. Aufnahme eines klarstellenden Passus in die Versicherungsbedingungen	284
5. Unverändert fortbestehende praktische Bedeutung der Untersuchung	285
a) Harter Versicherungsmarkt	285
b) Unternehmen in einer wirtschaftlichen Krise	286
c) Zusammenfassung	288
 F. Fazit	 289
 Literaturverzeichnis	 291

