

Aktuelle Rechtsprechung

Rechtsanwalt Oliver Lange, LL.M.(M&A), LL.M.(Insurance)

Vorläufiger Rechtsschutz in der D&O-Versicherung

Das OLG Frankfurt a.M. (7 U 19/21, r+s 2021, 502) hat am 7.7.2021 in einem einstweiligen Verfügungsverfahren darüber geurteilt, ob ein D&O-Versicherer dem früheren Vorstandsvorsitzenden einer versicherungsnehmenden AG vorläufig Rechtsschutz gewähren muss, obwohl die Gesellschaft ihre wirtschaftlichen Verhältnisse falsch bilanziert hat. Im Ergebnis hat das Gericht den Versicherer dazu verurteilt, dem Versicherten vorläufig (bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren) Rechtsschutz zu gewähren. Die Entscheidung ist nicht nur in vielerlei Hinsicht rechtlich bedenkenswert, sondern über den Einzelfall hinaus für D&O-Versicherer und ihre Versicherten praktisch relevant, weshalb sie im Folgenden besprochen werden soll.

I. Tatsächliches

Der entschiedene Rechtsstreit betraf einerseits den früheren Vorstandsvorsitzenden der Wirecard AG, Dr. Braun (im Folgenden: Versicherter), als Verfügungskläger und andererseits den D&O-Grundversicherer der Gesellschaft als Verfügungsbeklagten. Im erstinstanzlichen Urteil des LG Frankfurt a.M., das den Versicherer ebenfalls zur Leistung verurteilt hatte – weshalb im Folgenden gelegentlich auch hierauf eingegangen wird – hieß es zu Hintergründen, der Versicherte

„trat am 19.6.2020 von seiner Position als Vorstandsvorsitzender und Mitglied des Vorstandes zurück. Am 22.6.2020 veröffentlichte der Vorstand der [Wirecard AG] eine ad-hoc-Mitteilung, nach der die bisher zugunsten des Unternehmens ausgewiesenen Bankguthaben auf Treuhandkonten in Höhe von 1,9 Mrd. EUR mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht bestehen würden. Am 25.6.2020 stellte die [Gesellschaft] einen Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ (LG Frankfurt a.M. Ur. v. 18.1.2021, 2-08 O 320/20, BeckRS 2021, 12720, Rn 2).

Wenige Wochen nach dem Rücktritt und der ad-hoc-Mitteilung erschien eine

„Pressemitteilung 05 vom 22.07.2020“

der Staatsanwaltschaft München I, in der es in Bezug auf den Versicherten und weitere Beschuldigte u.a. hieß:

„(...) Die bisherigen intensiven Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München I haben ergeben, dass der den Beschuldigten zur Last zu legende Sachverhalt erheblich erweitert werden muss: Insbesondere die umfassenden Angaben eines Kronzeugen, aber auch weitere Beweismittel wie Zeugenaussagen und Urkunden, begründen den Verdacht, dass die Beschuldigten Dr. Braun, L., von E. und B., der Geschäftsführer der Cardsystems MiddleEast FZ-LLC mit Sitz in Dubai, unter Beteiligung von weiteren Mittätern im Jahr 2015 übereinkamen, die Bilanzsumme und das Umsatzvolumen der Wirecard AG durch das Vortäuschen von Einnahmen aus Geschäften mit sog. Third-Party-Acquirern (TPA) aufzublähen. Das Unternehmen sollte finanzkräftiger und für Investoren und Kunden attraktiver dargestellt werden, um so regelmäßig Kredite von Banken und sonstigen Investoren zu erlangen und daraus fortwährend eigene Einkünfte zu generieren. In Wirklichkeit war den Beschuldigten spätestens seit Ende 2015 klar, dass der Wirecard Konzern mit den tatsächlichen Geschäften insgesamt Verluste erzielte. Entsprechend dem gemeinsamen Plan und in dem Wissen, dass angeblich vorhandene Vermögenswerte in Höhe von zuletzt 1,9 Milliarden Euro (das entspricht ¼ der Bilanzsumme) nicht existierten, veranlassten die Beschuldigten die Verhandlung verschiedener Kredite und ähnlicher Geschäfte mit Investoren. Banken in Deutschland und Japan sowie sonstige Investoren stellten, durch die falschen Jahresabschlüsse getäuscht, Gelder in Höhe von rund 3,2 Mrd. Euro bereit, die aufgrund der Insolvenz der Wirecard AG höchstwahrscheinlich verloren sind. Die

Beschuldigten Dr. Braun, L. und von E. sollen zudem entgegen ihrer Verpflichtungen gegenüber der Wirecard AG das Vermögen des Unternehmens durch den Kauf von Unternehmen und Unternehmensanteilen zu überhöhten Preisen geschädigt haben. Nach derzeitiger rechtlicher Prüfung werden den Beschuldigten in zum Teil verschiedenem Umfang gewerbsmäßiger Bandenbetrug, Untreue, unrichtige Darstellung und Marktmanipulation in mehreren Fällen vorgeworfen. Der jeweilige Tatbeitrag der einzelnen Beschuldigten kann aus ermittlungstaktischen Gründen noch nicht offengelegt werden. In Vernehmungen wird von einem streng hierarchischen System, geprägt von Korpsgeist und Treueschwüren gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden als Führungsperson berichtet. (...)“ Quelle: [Pressemitteilung_05/2020 - Bayerisches Staatsministerium der Justiz \(bayern.de\)](https://www.bayern.de/Pressemitteilung_05/2020_-_Bayerisches_Staatsministerium_der_Justiz)

Wieder einige Wochen später wurde das am 25.6.2020 beantragte Insolvenzverfahren über das Vermögen der Wirecard AG eröffnet. Hierzu schildert das OLG Frankfurt a.M.:

„Das unter dem 20.8.2020 vorgelegte Gutachten des Insolvenzverwalters G kam zu der Empfehlung, das Insolvenzverfahren zu eröffnen; es bestanden Verbindlichkeiten von 3,2 Milliarden EUR bei einem Massebestand von 426 Millionen EUR und einer Liquiditätslücke von 99,17 %. Das AG Stadt2 eröffnete daraufhin mit Beschl. v. 25.8.2020 das Insolvenzverfahren“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 20).

Neben dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren war der Versicherte von diversen zivilrechtlichen Inanspruchnahmen auf Schadenersatz und

„mehr als hundert“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 25)

Arrest- und Pfändungsverfahren betroffen. Mit Schriftsatz vom 20.5.2021 beantragte bspw. eine Arrestklägerin

„den Erlass eines dinglichen Arrestes gegen den [Versicherten]. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Antragstellerin gegen den Arrestbeklagten eine Schadenersatzforderung in Höhe von 89.539,81 € zustehe, die darauf begründet sei, dass der Arrestbeklagte als Vorstandsvorsitzender der W. AG und zugleich als größter Einzelaktionär in den Jahren 2002 bis Juni 2020 zusammen mit zwei ehemaligen W.-Managern bandenmäßigen Betrug und Fälschung der Geschäftsbilanzen seit mindestens 2015 sowie Marktmanipulation begangen habe. Die W. AG habe dadurch finanzkräftiger und für Investoren und Kunden attraktiver dargestellt werden sollen, um so regelmäßig Kredite von Banken und sonstigen Investoren zu erlangen und daraus fortwährend eigene Einkünfte zu generieren. Tatsächlich sei dem Antragsgegner jedoch klar gewesen, dass der W. Konzern Verluste erziele. Zur Glaubhaftmachung nahm die Antragstellerin auf eine Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft München I vom 22.07.2020 Bezug. Der Antragsgegner sitzt seit dem 22.07.2020 aufgrund dieser Vorwürfe in Untersuchungshaft“ (OLG München Urte. v. 27.9.2021, 3 U 4456/21, BeckRS 2021, 29074, Rn 2).

Der Versicherte wies

„alle gegen ihn erhobenen Vorwürfe als unbegründet zurück; nicht er, sondern das flüchtige und durch internationalen Haftbefehl gesuchte weitere Vorstandsmitglied H sei für das Asiengeschäft zuständig gewesen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 23).

Angesichts der gegen ihn gerichteten Ermittlungen, Ansprüche, Klagen – darunter eine Musterfeststellungsklage (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 24) – sowie Arrest- und Pfändungsverfahren bat der Versicherte seinen Versicherer um Rechtsschutz. Dieser

„lehnte (...) mit Schreiben vom 30.9.2020 den Deckungsschutz ab und führte aus, der Versicherungsschutz sei (...) ausgeschlossen, weil der [Versicherte] jedenfalls ab 2016 gefahrerhöhende Umstände verschwiegen und [den Versicherer] arglistig getäuscht habe. Die Finanzberichte der [Wirecard] AG seien seit 2015 wegen der Einbeziehung angeblicher Umsatzerlöse aus sogenannten TPA-Geschäften unzutreffend und stellten die

wirtschaftlichen Verhältnisse der [Wirecard] AG falsch dar, was dem [Versicherten] bekannt gewesen sei, so dass die Ausschlüsse in Ziffern 7.3.1, 7.3.2 Z eingreifen würden“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 28).

Die genannten AVB-Bestimmungen bezogen sich auf eine an anderer Stelle geregelte

„Verpflichtung zur Nichtausübung eines Anfechtungs- oder Rücktrittsrechts“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 58 und 71),

wonach der Versicherer sich verpflichtete, den Versicherungsvertrag im Fall einer arglistigen Täuschung bei Vertragsschluss oder -verlängerung nicht zulasten aller Versicherter anzufechten (Anfechtungsverzicht), und sahen unter der Überschrift

„Ausschlüsse bei Nichtausübung eines Anfechtungs- oder Rücktrittsrechts, Ausschlussfrist“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 58)

im Wesentlichen vor, dass alle Versicherungsfälle

„wegen Inanspruchnahmen oder Verfahren, die auf dem Gefahrumstand beruhen, in Ansehung dessen die das [Anfechtungsrecht] begründende Täuschung (...) begangen worden“ ist (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 61),

vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sein sollen (Arglistausschluss).

Außerdem enthielten die AVB einen Wissenslichkeitsausschluss – auf den der Versicherer seine Deckungsablehnung allerdings nicht gestützt hat (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 61) – mit folgendem Wiedereinschluss (carve back):

„Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung oder vorsätzlichen Pflichtverletzung wird der Versicherer Verteidigungskosten gewähren. Dies gilt auch, wenn der Anspruch auf eine Rechtsnorm gestützt wird, deren Voraussetzungen nur bei Vorsatz erfüllt sein können. Steht das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung oder einer vorsätzlichen Pflichtverletzung fest, entfällt der Versicherungsschutz. Als Feststellung gilt eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder ein Eingeständnis der versicherten Person, aus der/dem sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche oder vorsätzliche Pflichtverletzung belegen. Der Versicherer verzichtet im Fall der Feststellung einer wissentlichen oder vorsätzlichen Pflichtverletzung gegenüber den versicherten Personen auf eine Rückforderung bereits geleisteter Verteidigungskosten“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 59).

Während die Frage, ob die seit 2015 von der Wirecard AG bilanzierten Umsätze aus Third-Party-Acquirern-Geschäften (TPA-Geschäften) tatsächlich erzielt worden waren, zwischen Versicherer und Versichertem in Streit stand, war unstrittig,

„dass im Dezember 2019 das angebliche Treuhandguthaben von zuletzt 1,9 Milliarden EUR nicht vorhanden war“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 88).

Dies wurde allerdings

„erst nach der Verlängerungsentscheidung [des Versicherers] festgestellt“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 88).

Unstrittig war ferner:

„Das von der [Wirecard AG] seit Jahren mit der Abschlussprüfung beauftragte Wirtschaftsprüfungsunternehmen C erteilte bis einschließlich 2018 regelmäßig beanstandungslos und uneingeschränkt das Testat für die Konzern- und Jahresabschlüsse. Die Wirtschaftsprüfer verweigerten – zunächst vorläufig – im Juni 2020 das Testat für den Jahresabschluss 2019, weil auf ihre Nachfrage keine ausreichenden Prüfungsnachweise für die Existenz des Bankguthabens auf den Treuhandkonten von den kontoführenden Banken auf den Philippinen vorgelegt worden seien; in der weiteren Folge haben sie das Testat für den Jahresabschluss 2019 endgültig verweigert. Hintergrund

dafür waren die Mitteilungen der philippinischen Banken Bank1 und Bank2 vom 16./17.6.2020, dass Bankguthaben iHv zusammen 1,9 Milliarden EUR für Gesellschaften der X-Gruppe auf Treuhandkonten des Treuhänders B zum 31.12.2019 nicht vorhanden seien“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 11).

Unstreitig war außerdem, dass die

„internationale Wirtschaftspresse (...) seit 2015 zunehmend kritisch über [Wirecard] und das TPA-Geschäft in Asien berichtet [hatte]. Insbesondere die D hatte wiederholt gemeldet, dass die von [Wirecard] veröffentlichten Umsätze vorgetäuscht und die den Geschäften zugrundeliegenden Verträge gefälscht seien. Im zeitlichen Zusammenhang mit diesen Meldungen fanden jeweils sogenannte short attacks statt“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 14).

Angesichts der Deckungsablehnung erhob der Versicherte Deckungsklage vor dem LG Frankfurt a. M. und beantragte zugleich – im Rahmen des hier besprochenen einstweiligen Verfügungsverfahrens – den Versicherer zur vorläufigen Rechtsschutzgewährung bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu verurteilen. Das LG Frankfurt a. M. (aaO.) gab dem Verfügungsantrag am 18.1.2021 statt. Hiergegen legte der Versicherer mit dem eingangs geschilderten Ergebnis Berufung beim OLG Frankfurt a.M. ein. Das Berufungsgericht sah, wie schon die Vorinstanz, die Voraussetzungen für den Erlass einer Leistungsverfügung als erfüllt an und bejahte insbesondere einen Verfügungsanspruch (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 49).

II. Rechtliches

Wie gesagt, ist das Urteil des OLG Frankfurt a.M. in mehrfacher Hinsicht rechtlich bedenkenswert, weshalb im Folgenden drei die Entscheidung über den Verfügungsanspruch tragende Argumente näher beleuchtet werden sollen. Hierzu gehört zunächst das Argument des Gerichts, der Versicherer sei zur (vorläufigen) Rechtsschutzleistung verpflichtet, weil er im Zusammenhang mit dem Wissentlichkeitsausschluss versicherungsvertraglich versprochen hat, „im Zweifel“ vorleisten zu wollen (dazu 1.). Anschließend wird erörtert, ob das Gericht recht hat, wenn es einen zu einem bestimmten Ausschluss – hier: dem Wissentlichkeitsausschluss – vereinbarten carve back, nämlich den Wiedereinchluss vorläufigen Rechtsschutzes bei zweifelhafter Wissentlichkeit, im Wege der Auslegung auf einen anderen Risikoausschluss überträgt, der seinem Wortlaut nach nicht mit einem carve back versehen ist (dazu 2.). Und schließlich geht es um die – vom Gericht verneinte – Frage, ob der Versicherer auf der Basis der unter I. geschilderten Tatsachen glaubhaft gemacht hat, dass der Versicherte in seiner Eigenschaft als früherer Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG den Versicherer durch arglistige Täuschung zur Verlängerung des Versicherungsvertrags veranlasst und hierdurch den versicherungsvertraglich vereinbarten Arglistausschluss verwirklicht hat (dazu 3.).

1. Die „Im Zweifel“-Rechtsschutzvorleistungspflicht

Der Wirecard-D&O-Vertrag enthielt die Bestimmung, dass der Versicherer

„Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung (...) Verteidigungskosten gewähren“

und diese selbst dann nicht zurückfordern wird, wenn sich letztlich erweisen sollte, dass der Versicherte tatsächlich wissentlich pflichtwidrig gehandelt hat (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 59). Da der Versicherte

„alle gegen ihn erhobenen Vorwürfe als unbegründet [zurückgewiesen hat]; nicht er, sondern das flüchtige und durch internationalen Haftbefehl gesuchte weitere Vorstandsmitglied H sei für das Asiengeschäft zuständig gewesen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 23),

nahm das Gericht an, dass die „Zweifelsregelung“ einschlägig sei; der Versicherer habe

„weitreichenden Versicherungsschutz in Form von vorläufigen Abwehrkosten (...) zugesagt. Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen (...) Pflichtverletzung entfällt der Versicherungsschutz erst dann, wenn eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung – oder ein Geständnis – vorliegt, aus dem sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche (...) Pflichtverletzung belegen. Beides ist nicht der Fall. (...) Dass dem [Versicherten] schwerwiegende Delikte (Bilanzfälschung, Marktmanipulation) seitens der geschädigten Dritten vorgeworfen werden, stellt – bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung, aus der sich die entsprechenden Feststellungen ergeben – den (insoweit vorläufigen) Versicherungsschutz nicht in Frage“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 50).

„Diese Konstellation „im Zweifel“ ist vorliegend gegeben. Dem [Versicherten] werden Vorsatztaten vorgeworfen; er bestreitet die erhobenen Vorwürfe. (...)“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 60).

Gegen eine derartige rechtliche Würdigung besteht das Bedenken, dass sie sich nicht mit der Frage auseinandersetzt, was die „Zweifelsregelung“ überhaupt zum Ausdruck bringen will. Das OLG hat einfach unterstellt, die Konstellation „im Zweifel“ sei gegeben, weil der Versicherte den gegen ihn erhobenen Wissenslichkeitsvorwurf bestritten hat. Infolgedessen hat es den carve back so verstanden, als ob er wie folgt formuliert wäre: „Bestreitet der Versicherte, die ihm vorgeworfene Pflichtverletzung wissentlich begangen zu haben, entfällt der Versicherungsschutz erst dann ...“. Das war aber gerade nicht der vereinbarte Wortlaut und dieses Verständnis kann auch nicht im Wege der Auslegung in den vereinbarten Wortlaut hineingelesen werden. Andernfalls würde jedes, auch ein völlig unsubstantiiertes, Bestreiten des Versicherten den Versicherer zur Rechtsschutzvorleistung zwingen. Ein um Verständnis der AVB bemühter redlicher Versicherer kann jedoch nicht erwarten, dass der Versicherer sich selbst für den Fall zur Übernahme nicht rückforderbarer Rechtsschutzkosten verpflichten will, dass der Versicherte den Wissenslichkeitsvorwurf mit einer durch Beweismittel bereits widerlegten Behauptung leugnet. Ein um Verständnis bemühter redlicher Versicherer wird auch nicht annehmen, dass der Versicherer ihm mit Abschluss des Versicherungsvertrags gewissermaßen einen „Rechtsschutzkosten-Blankoscheck“ ausstellen will, den er durch bloßes – auch erwiesen wahrheitswidriges – Bestreiten der Wissenslichkeit ziehen kann. Von daher liegt klar auf der Hand, dass sich die vom OLG Frankfurt a.M. vorgenommene Deutung der „Zweifelsregelung“ rechtlich nicht halten lässt.

Das wirft dann natürlich die Frage auf, was – aus Sicht eines um Verständnis bemühten redlichen Versicherten – denn nun unter „im Zweifel“ zu verstehen ist.

Spontan könnte man auf die Idee kommen, dass es sich um eine Zeitraumbeschreibung handeln soll, nämlich um den Zeitraum, in dem der Versicherer, nachdem ihm ein Versicherungsfall angezeigt worden ist, die Deckung prüft, also den Zeitraum des § 15 VVG:

„Ist ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag beim Versicherer angemeldet worden, ist die Verjährung bis zu dem Zeitpunkt gehemmt, zu dem die Entscheidung des Versicherers dem Anspruchsteller in Textform zugeht.“

Dieser Auslegungsansatz scheidet allerdings direkt wieder aus, weil er sich nicht mit der versicherungsvertraglichen Bestimmung verträgt, dass die Pflicht zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erst entfällt, wenn

„eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder ein Eingeständnis der versicherten Person [vorliegt], aus der/dem sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche (...) Pflichtverletzung belegen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 59).

Hieraus ergibt sich nämlich, dass Zweifel des Versicherers, die noch nach Abschluss seiner (vorläufigen) Deckungsprüfung bestehen, nicht von der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes entbinden, sondern dass es hierzu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder eines Eingeständnisses bedarf.

Ein näher liegender Auslegungsansatz ist folgender: Da der Versicherte lesen kann, dass der Versicherer einerseits wissentliche Pflichtverletzungen nicht versichern, andererseits aber vorläufigen Rechtsschutz zur Verfügung stellen will, solange die Wissentlichkeit erstens noch nicht fest- und zweitens in Zweifel steht, weiß der Versicherte, dass sein Versicherungsschutz nicht von subjektiven Einschätzungen, sondern von objektiven Tatsachen abhängen soll, nämlich dem „Nichtfeststehen“ und der „Zweifelhaftigkeit“ der Wissentlichkeit. Damit weiß er zugleich, dass bloßes Leugnen der Wissentlichkeit nicht genügen kann, um Zweifel an ihr zu begründen. Angesichts dessen muss ihm wiederum bewusst sein, dass er sein Leugnen mit tragenden Tatsachen zu unterlegen haben wird, will er erreichen, dass der Versicherer vorläufigen Rechtsschutz leistet. So gesehen ist der Satz

„Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung (...) wird der VR Verteidigungskosten gewähren“

als linguistisch sinnvolle sprachliche Vereinfachung folgender Aussage zu verstehen:

„Solange ungewiss ist, ob die Tatsachen, die der Versicherer für das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung vorträgt, außergerichtlich oder gerichtlich bewiesen werden können, wird er Verteidigungskosten gewähren.“

Daraus folgt: Sobald gewiss ist, dass die Tatsachen, die der Versicherer als Beleg der Wissentlichkeit in der Hand hält, bewiesen werden können, endet die Pflicht des Versicherers, (weiteren) vorläufigen Rechtsschutz zu leisten.

(Zu welchem Ergebnis diese Auslegung im Wirecard-Fall des *OLG Frankfurt a.M.* geführt hätte, kann dahinstehen, weil sich der Versicherer nicht auf den Wissentlichkeitsausschluss berufen hatte, so dass der hierzu vereinbarte carve back nicht entscheidungserheblich war – dazu sogleich unter 2.).

2. Die auslegungsweise Erstreckung eines carve back auf einen uneingeschränkten Risikoausschluss

Das *OLG Frankfurt a.M.* gelangte zwar zur Anwendung des Wiedereinschlusses „vorläufiger Rechtsschutz“, aber nur deshalb, weil es meinte, ihn als

„Spezialregelung für den Bereich der (vorläufigen) Verteidigungskosten“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 69)

im Wege der Auslegung auf den Arglistausschluss anwenden zu können.

„Auf den Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung (...) beruft [der Versicherer] sich zwar ausdrücklich nicht, sondern stützt sich darauf, dass der Ausschluss für Versicherungsfälle (...) eingreife wegen Inanspruchnahmen oder Verfahren, die auf dem Gefahrumstand beruhen, in Ansehung dessen die das Anfechtungs- oder Rücktrittsrecht begründende Täuschung oder Anzeigepflichtverletzung begangen worden sei. Der in den Haftpflichtverfahren erhobene Vorwurf der Bilanzfälschung wegen (angeblich) falsch ausgewiesener Umsatzzahlen (Pflichtverletzung) soll – nach Auffassung [des Versicherers] – zugleich als ein das Anfechtungsrecht bei Abschluss beziehungsweise Verlängerung des Versicherungsvertrages begründender Umstand (...) herangezogen werden (...)“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 61).

Dem Versicherten

„werden Vorsatztaten vorgeworfen; er bestreitet die erhobenen Vorwürfe. Insofern kann er sich auf das sehr weitgehende Leistungsversprechen [des Versicherers] berufen, das als spezielle Regelung [dem Arglistausschluss] vorgeht“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 60).

Die Meinung des Versicherers, dass es für den Arglistausschluss nicht auf den zum Wissentlichkeitsausschluss vereinbarten carve back ankomme, sei

„mit dem dem Klauselwerk zugrundeliegenden Haftungskonzept nicht vereinbar, das vorläufige Abwehrkosten selbst bei in Frage stehenden (reinen) Vorsatztaten zusagt“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 61).

„An die Ausgestaltung dieses Leistungsversprechens ist [der Versicherer] gebunden, und zwar unabhängig davon, ob [er] sich auf den Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung beruft oder aber (...) vertragsgemäß hiervon absieht. Erst recht kann [er] sich des insoweit zugesagten weitreichenden Deckungsschutzes nicht mit deckungsgleicher Tatsachenbehauptung unter Berufung auf den Ausschluss „arglistiger oder die Anzeigepflicht verletzender versicherter Personen“ (...) entledigen. Der Anwendungsbereich dieses Ausschlusses ist bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung (...) – oder eines entsprechenden Geständnisses – für Abwehrkosten nicht eröffnet“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 64).

All dies ist rechtlich nicht haltbar, weil das Gericht offenkundig „Äpfel mit Birnen“ verglichen hat. Denn das, was der Versicherer für einen einzelnen Versicherungsfall verspricht, solange er nicht beweisen kann, dass der Versicherte die vorgeworfene Pflichtverletzung wissentlich begangen hat, ist etwas völlig anderes als das, was er für den Fall einer arglistigen Täuschung bei Abschluss oder Verlängerung des Versicherungsvertrags durch die Versicherungsnehmerin verspricht. Außerdem hat das Wissen um eine Pflichtverletzung einen geringeren Verhaltensunwert als das Wissen um eine Pflichtverletzung nebst dem Vorsatz, dem Versicherer dieses Wissen vorzuenthalten, um ihn zum Abschluss oder zur Verlängerung des Versicherungsvertrags zu bewegen. Von daher verbietet es sich, aus der einen Regelungsmaterie – dem Wissentlichkeitsausschluss mit carve back – darauf zu schließen, dass sie teilweise auch für die andere Materie – den Arglistausschluss – gelte. Viel eher ist der umgekehrte Schluss geboten, zumal er den unterschiedlichen Wortlauten der Ausschlussklauseln entspricht. In diese Richtung hat zutreffenderweise erstinstanzlich auch das *LG Frankfurt a.M.* gedacht:

„Betrachtet man die systematische Anordnung der Regelungen, dürfte davon auszugehen sein, dass die Regelungen selbständig und unabhängig voneinander zu sehen sind. Sie sind unter der gemeinsamen Abschnittsüberschrift „Ausschlüsse“ unter verschiedenen Ziffern geregelt: Ziffer 7.1 OLA beschäftigt sich mit Wissentlichkeit und Vorsatz, Ziffer 7.3 OLA mit der Arglist. Entsprechend wird die Verpflichtung zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes auch auf die Tatbestände der Wissentlichkeit und des Vorsatzes beschränkt. Diese Trennung der beiden Ausschlussgründe dürfte auch inhaltlich nachvollziehbar sein. Während Wissentlichkeit und Vorsatz sich auf die Art der Pflichtverletzung beziehen und damit auf das Haftungsverhältnis der versicherten Person zum geschädigten Dritten, betrifft die Frage der arglistigen Täuschung ausschließlich das versicherungsrechtliche Deckungsverhältnis zur Antragsgegnerin und deren Leistungspflicht“ (LG Frankfurt a.M., aaO., Rn 39).

3. Die Glaubhaftmachung einer durch arglistige Täuschung veranlassten Vertragsverlängerung

Der Schwerpunkt der Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* – und der Vorinstanz *LG Frankfurt a. M.* – lag auf der von beiden Gerichten verneinten Frage, ob der Versicherer glaubhaft gemacht hat, dass ihn der Versicherte in seiner Eigenschaft als früherer Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG durch arglistige Täuschung zur Verlängerung des Versicherungsvertrags veranlasst und hierdurch den Arglistausschluss verwirklicht hat. Die AVB sahen, wie gesagt, insoweit vor, dass der Versicherer sich für den Fall einer arglistigen Täuschung bei Vertragsschluss oder -verlängerung verpflichtet, den Vertrag nicht zulasten aller Versicherter anzufechten (Anfechtungsverzicht) und dass – als Kehrseite

des Anfechtungsverzichts – ein Arglistausschluss gelten, also kein Versicherungsschutz für Versicherungsfälle

„wegen Inanspruchnahmen oder Verfahren, die auf dem Gefahrumstand beruhen, in Ansehung dessen die das [Anfechtungsrecht] begründende Täuschung (...) begangen worden“ ist (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 61)

bestehen soll.

Auf den Arglistausschluss hatte sich der Versicherer in seiner Deckungsablehnung mit der Behauptung berufen, der Versicherte habe wissentlich verschwiegen, dass die Wirecard AG jahrelang unrichtig bilanziert hat und dass Ende 2019 bilanzierte Guthaben aus TPA-Geschäften in Höhe von rund 1,9 Milliarden EUR nicht vorhanden waren. Das sei als arglistige Täuschung des Versicherers zwecks (wiederholter) Verlängerung des Versicherungsvertrags, insbesondere der Verlängerung zum 1.1.2020, zu werten.

Dem *LG Frankfurt a.M.* erschien es zwar überwiegend wahrscheinlich und damit glaubhaft gemacht (hierzu: *BGH NJW 2003, 3558*; *OLG München* Ur. v. 11.11.2021, 8 U 5670/21, BeckRS 2021, 34699, Rn 11), dass der Wirecard AG bilanzierte rund 1,9 Milliarden EUR letztlich fehlten:

„Auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen, namentlich der ad-hoc-Erklärung der [Wirecard AG] hat [der Versicherer] zunächst hinreichend glaubhaft gemacht, dass ein wesentlicher Vermögenswert, der von der Gesellschaft in der Vergangenheit nach außen kommuniziert wurde, in Wirklichkeit nicht vorhanden war und insoweit durch die Gesellschaft eine unzutreffende Darstellung ihrer Vermögenssituation erfolgte“ (*LG Frankfurt a. M.*, aaO., Rn 35).

Das *OLG Frankfurt a.M.* hat sogar als unstreitig (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 88) festgestellt, dass ein bilanziertes Guthaben in Höhe von rund 1,9 Milliarden EUR nach Bankauskunft vom 21.6.2020 jedenfalls

„im philippinischen Finanzsystem nicht vorhanden sei“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 12)

und bereits am 16./17.6.2020 zwei philippinische Banken mitgeteilt hatten,

„dass Bankguthaben iHv zusammen 1,9 Milliarden EUR für Gesellschaften der [Wirecard]-Gruppe (...) zum 31.12.2019 nicht vorhanden seien“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 11),

zumal die Wirecard AG am 22.6.2020 selbst eine ad-hoc-Mitteilung veröffentlicht hatte,

„nach der die bisher zugunsten des Unternehmens ausgewiesenen Bankguthaben auf Treuhandkonten iHv 1,9 Milliarden EUR mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht beständen“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 19).

Überwiegend wahrscheinlich erschien dem *LG Frankfurt a.M.* auch, dass der Versicherer den Versicherungsvertrag in Kenntnis der wahren Vermögensverhältnisse der Wirecard AG zum 1.1.2020 (und schon früher) nicht oder nicht so verlängert hätte:

„Weiter hat [der Versicherer] durch Vorlage der internal risk reports aus den Jahren 2016 bis 2019 (Anlagenkonvolut AG 13) glaubhaft gemacht, dass die kommunizierte Vermögenslage der [Wirecard AG] Prüfungsgegenstand bei der Entscheidung über die jeweilige Fortsetzung des Versicherungsverhältnisses gewesen ist“ (*LG Frankfurt a. M.*, aaO., Rn 36).

Auch dies hielt das *OLG Frankfurt a.M.* sogar für unstreitig:

„[Der Versicherer] entschied jedes Jahr erneut über die Verlängerung der Versicherung anhand eines von [ihm] erstellten aktuellen International Risk Reports. Dieser Report beruhte unter anderem auf dem veröffentlichten

unterjährigen Geschäftsbericht der [Wirecard] AG und den darin angegebenen Finanzkennzahlen sowie den jeweiligen Jahresabschlüssen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 4).

Beide Feststellungen lagen auf einer Linie mit einer Einschätzung des *OLG München* in einem Arrestverfahren gegen den Versicherten, in dem das Gericht es für glaubhaft gehalten hat, dass die Arrestklägerin – eine Aktionärin – ihre Anlageentscheidung nicht getroffen hätte, wenn die Wirecard AG wahrheitsgemäß über ihre Vermögensverhältnisse berichtet hätte:

„Dafür, dass die streitgegenständlichen Investitionen im Vertrauen auf den dargelegten Sachverhalt getätigt wurden bzw. dass die Arrestklägerin bei Kenntnis der wahren Umstände hiervon Abstand genommen hätte, spricht grundsätzlich ein sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts ergebender Erfahrungssatz. Es erscheint unwahrscheinlich, dass ein Käufer eine Aktie erwirbt, wenn dem Emittenten die Insolvenz droht und zur Zeit des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann (...). Daraus ergibt sich zumindest mit der hier ausreichenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin die Aktien in Kenntnis der oben dargelegten Machenschaften nicht gekauft hätte“ (OLG München, aaO., Rn 22).

Sowohl das *LG Frankfurt a.M.* (aaO., Rn 37 ff.) als auch das *OLG Frankfurt a.M.* meinten allerdings

„dass es [dem Versicherer] (...) nicht gelungen ist, die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung (...) glaubhaft zu machen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 79).

Weder sei überwiegend wahrscheinlich, dass der Versicherte überhaupt in die Vertragsverlängerung involviert war noch, dass er arglistig handelte, also Täuschungsvorsatz hatte:

„[Der Versicherer] hat nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht, dass der [Versicherte] sie bei Abschluss der Versicherungsverlängerung für den Zeitraum 1.1.2020 bis 1.1.2021 arglistig über die wirtschaftlichen Verhältnisse der [Wirecard] AG, die (...) Grundlage für [seine] Entscheidung waren, getäuscht hat“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 81).

Beide Aspekte, derjenige der (gerichtlich verneinten) Glaubhaftmachung einer Täuschungshandlung des Versicherten und derjenige der (ebenfalls verneinten) Glaubhaftmachung eines Täuschungsvorsatzes, sind unzutreffend beurteilt worden.

a. Täuschungshandlung

Das *LG Frankfurt a.M.* hatte erstinstanzlich dazu tendiert (dies letztlich aber dahinstehen lassen), dass es an der Glaubhaftmachung einer Täuschung des Versicherers durch den Versicherten fehle, weil nicht erkennbar sei, dass der Versicherte in die Verhandlungen der Versicherungsnehmerin mit dem Versicherer über die Verlängerung des Versicherungsvertrags einbezogen war:

„[37] Ein aktiver Beitrag des [Versicherten] bei der Kommunikation mit [dem Versicherer] betreffend die jeweiligen Vertragsverlängerungen ist aber weiter nicht dargetan. Weder ist erkennbar, dass der [Versicherte] unmittelbar an den auf eine Vertragsverlängerung zielenden Erklärungen beteiligt war, noch ergibt sich ein konkreter Anhalt dafür, dass der [Versicherte] persönlich in die von [dem Versicherer] vorgenommenen Risikoprüfungen einbezogen war. [38] Das einzige auf die Vertragsverlängerung direkt bezogene Vorbringen [des Versicherers] erschöpft sich in der Anmerkung, der [Versicherte] räume selbst ein, mit Vorstandsbeschluss vom 09.01.2019 (...) die Verlängerung des Versicherungsvertrages beschlossen zu haben, und dies sei jedenfalls in 2017 (Vorstandsbeschluss vom 27.11.) und 2018 (Vorstandsbeschluss vom 11.04.) ebenso der Fall gewesen. Weiter sei davon auszugehen, dass das entsprechende Vorgehen auch in den Vorjahren bereits stattgefunden habe. [39] Die jeweilige Beschlussfassung des [Versicherten] betreffend die Verlängerung des Versicherungsvertrages besagt indes noch nicht, dass er nach dieser Beschlussfassung diesbezüglich weitere Tätigkeiten gegenüber [dem Versicherer] betreffend die Umsetzung dieser Beschlüsse entfaltete. Wenn der [Versicherte] aber gar nicht in die

Verhandlungen mit [dem Versicherer] über die jeweilige Vertragsverlängerung direkt einbezogen war, erschließt sich auch nicht, woher er die Kenntnis gehabt haben soll, welche Umstände für [den Versicherer] für [seine] Entscheidung von Relevanz waren und wieso er sich veranlasst gesehen haben soll, sich in die Verhandlungen einzuschalten, um Nachfragen zu stellen oder aufklärende Erklärungen abzugeben. (...) [40] Als weitere potentiell relevante Handlung des [Versicherten] führt [der Versicherer] an, er habe in seiner Rolle als Vorstandsvorsitzender der [Wirecard AG] jährlich die Richtigkeit der Konzernbilanzen per Bilanzzeit bestätigt, was auch durch die Vorlage der Finanzberichte der [Wirecard AG] (...) von [dem Versicherer] glaubhaft gemacht wurde. [41] Letztlich kann dahinstehen, ob man die beschriebenen Handlungen als ausreichende Grundlage für die Annahme einer generellen Offenbarungspflicht des [Versicherten] nach § 19 VVG auch ohne konkrete persönliche Mitwirkung an der Vertragsverlängerung bzw. der in diesem Zusammenhang durchgeführten erneuten Risikoprüfung genügen lassen könnte. [42] Denn selbst wenn man dies im Ansatz annähme, setzt dies immer noch die Glaubhaftmachung einer Kenntnis des [Versicherten] von der tatsächlichen Vermögenslage der Gesellschaft bzw. der Unrichtigkeit der diesbezüglichen Außendarstellung der Gesellschaft - entweder in Form eines positiven Wissens oder zumindest des Rechnens mit der Unrichtigkeit - voraus, die weiterhin durch die Verfügungsbeklagte nicht erfolgt ist“ (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 37 ff.).

Das OLG Frankfurt a.M. hat sich mit der in den Rn 37 bis 40 geäußerten erstinstanzlichen Ansicht gar nicht befasst, sondern sie entsprechend Rn 41 dahinstehen lassen und dann wie in Rn 42 argumentiert (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 79 ff.). Damit ist ungewiss, ob die Frankfurter Gerichte bei erneutem Überdenken daran festgehalten hätten, was das LG Frankfurt a.M. in den Raum gestellt hat. Dennoch können die Ausführungen nicht unkommentiert stehen bleiben. Sie verkennen nämlich, dass ein Versicherter, der als Vorstandsvorsitzender einer AG einen Jahresabschluss unterschreibt, dies (natürlich) in dem Wissen tut, dass der unterschriebene Abschluss im Geschäftsverkehr einen guten Glauben (jedenfalls) bei denjenigen Geschäftspartnern der Gesellschaft erzeugt, die ihre Geschäftsbeziehung ganz bewusst (u.a.) auf den Abschluss stützen. Hierzu gehört typischerweise der D&O-Versicherer, was auch für den konkreten Fall festgestellt wurde (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 36; OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 4). Bereits die Veröffentlichung einer unterschriebenen unrichtigen Bilanz enthält also – bei entsprechendem Täuschungsvorsatz (dazu sogleich unter b.) – eine Täuschungshandlung gegenüber jedermann, „den es angeht“, und das ist ohne weiteres der D&O-Versicherer der Gesellschaft.

Selbst wenn man das nicht so sehen wollte: Jedenfalls das Unterlassen der Aufklärung eines konkret auf eine unterschriebene unrichtige Bilanz vertrauenden Geschäftspartners – hier: des D&O-Versicherers – durch den Versicherten in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender der versicherungsnehmenden bilanzierenden Gesellschaft ist als Täuschung durch pflichtwidriges Unterlassen zu werten. Die Pflicht zur Aufklärung ergab sich für den Versicherten aus Ingerenz (gefährdendem Vorverhalten, hierzu: BGH NJW 1992, 1246, 1247), nämlich dem Inverkehrbringen der unterschriebenen unrichtigen Bilanz(en), einem Verhalten, das bereits für sich betrachtet

„die nahe Gefahr für den Schadeneintritt in sich barg“ (BGH NJW 1992, 1246, 1247),

der sich durch Verlängerung des Versicherungsvertrags dann auch realisiert hat.

„Ein Garant aus Ingerenz ist aufgrund seines pflichtwidrigen Vorverhaltens, das die nahe Gefahr des tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht hat, zur Erfolgsabwendung verpflichtet (...). Diese Verpflichtung (...) richtet sich (...) an denjenigen, der sich vor der Tat pflichtwidrig verhalten und die Gefahr geschaffen hat. [Als] Garant trägt [er] persönlich die Verantwortung für die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs. (...)“ (BGH NJW 2021, 1767, Rn 22).

Von daher kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass der Versicherte – Bösgläubigkeit (dazu b.) unterstellt – verpflichtet war, den Versicherer vor der Verlängerung des Versicherungsvertrags mit der Wirecard AG

„auch ohne konkrete persönliche Mitwirkung an der Vertragsverlängerung bzw. der in diesem Zusammenhang durchgeführten erneuten Risikoprüfung“ (LG Frankfurt a.M., aaO., Rn 47)

über die wahren Vermögensverhältnisse der Gesellschaft aufzuklären.

b. Täuschungsvorsatz

Zu der Frage, ob der Versicherer einen Täuschungsvorsatz des Versicherten glaubhaft gemacht hat, sei vorausgeschickt, dass das Beweismaß der Glaubhaftmachung

„meint, dass die streitige Tatsache wahrscheinlicher sein muss als ihr Gegenteil“ (Huber, Jus 2016, 980, 982).

Vorausgeschickt sei ferner, was – kurz, bündig und richtig – das *OLG München* in einem Arrestverfahren gegen den Versicherten zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Täuschungsvorsatzes befunden hat:

„Es ist hinreichend wahrscheinlich, dass der Antragsgegner als Vorstandsvorsitzender der W. AG zusammen mit weiteren Vorständen und Mitarbeitern seit dem Jahr 2015 wissentlich das Unternehmen finanzkräftiger dargestellt hat, als es in Wirklichkeit war. Die Bezugnahme auf die staatsanwaltschaftliche Presseerklärung insbesondere vom 22.07.2020 reicht (...) zur Glaubhaftmachung auch des subjektiven Tatbestandes des § 826 BGB aus“ (OLG München Ur. v. 27.9.2021, 3 U 4456/21, BeckRS 2021, 29074, Rn 12).

Diese Einschätzung hat das *OLG München* in anderen Arrestverfahren wiederholt bekräftigt:

„[13] (1) Nach übereinstimmender Auffassung der Kapitalanlagesenate des OLG München hat die Arrestklägerin durch Vorlage der Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft M. vom 22.02.2020 schlüssig dargelegt und in diesem Sinne hinreichend glaubhaft gemacht, dass sie bei ihren Investitionen vom Arrestbeklagten über vermögensrelevante Tatsachen nicht aufgeklärt bzw. diesbezüglich sogar gezielt getäuscht wurde (vgl. u.a. Beschlüsse des OLG München vom 01.10.2020, 3 W 1384/20, und vom 19.05.2021, 13 W 667/21). [14] Bei Abstellen auf den Inhalt der Pressemitteilung ist es hinreichend wahrscheinlich, dass ein Schadensersatzanspruch der Arrestklägerin gegen den Arrestbeklagten insbesondere aus § 826 BGB, aber auch aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB besteht. Darin werden Verhaltensweisen des Arrestbeklagten beschrieben, welche als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zum Nachteil von Kreditgebern und Investoren der W. AG zu werten sind. Hierzu gehört insbesondere das Vortäuschen tatsächlich nicht existenter Geschäfte und die Vorspiegelung nicht existierender Vermögenswerte in Höhe von 1,9 Milliarden Euro auf der Grundlage eines im Jahr 2015 gefassten Tatentschlusses mit dem Ziel, die W. AG nach außen hin als wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen darzustellen. Aus der Pressemitteilung geht auch hervor, dass das Amtsgericht M. Haftbefehl gegen den Arrestbeklagten erlassen und somit einen dringenden Tatverdacht bejaht hat. Im Hinblick darauf ist eine vorsätzliche Schädigungsabsicht bzw. eine vorsätzliche Täuschung durch den Arrestbeklagten zu Lasten von Anlegern bereits ab 2015 ausreichend wahrscheinlich“ (OLG München Ur. v. 11.11.2021, 8 U 5670/21, BeckRS 2021, 34699, Rn 13 f.).

Demgegenüber hat im Frankfurter Eilverfahren zunächst das *LG Frankfurt a.M.* geurteilt, es sei keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür festzustellen, dass der Versicherte Kenntnis vom Nichtvorhandensein bilanzierter rund 1,9 Milliarden EUR hatte (*LG Frankfurt a. M.*, aaO., Rn 43 ff.). Genauso hat das *OLG Frankfurt a.M.* entschieden:

„Auch die weiteren von [dem Versicherer] zur Glaubhaftmachung vorgetragene Umstände stellen keine schlüssigen Indizien für eine Kenntnis oder zumindest ein Fürmöglichhalten des [Versicherten] von der

Unrichtigkeit der veröffentlichten Finanzkennzahlen in Zusammenhang mit dem fehlenden Treuhandguthaben von 1,9 Milliarden EUR dar“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 92).

Das *LG Frankfurt a.M.* argumentierte, allein die Funktion des Versicherten als (langjähriger) Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG lasse die Kenntnis einer Milliarden-Differenz zwischen bilanziertem und wahren Vermögen der Gesellschaft nicht überwiegend wahrscheinlich erscheinen:

„[43] [Der Versicherer] bezieht sich zur Glaubhaftmachung auf den Inhalt verschiedener Unterlagen, die aber weder jede für sich noch in der Gesamtschau mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Rückschluss erlauben, dass der [Versicherte] positive Kenntnis davon hatte, dass die Darstellung der Vermögenslage der [Wirecard AG] unzutreffend war. [44] Der Senat hatte (...) bereits ausgeführt, dass sich der Rückschluss auf eine positive Kenntnis des [Versicherten] von der Finanzlage nicht bereits automatisch aus seiner Stellung als Vorstandsvorsitzender der Gesellschaft ziehen lasse. Bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstand ist es gestattet, Aufgaben auf andere Mitglieder zu delegieren. Diesbezüglich führte der [Versicherte] aus, den einzelnen Vorstandsmitgliedern seien bestimmte Aufgabenbereiche zugeordnet gewesen, weshalb er nicht in alle Bereiche Einblicke gehabt habe. Eine abweichende Handhabung hat [der Versicherer] nicht greifbar dargetan. (...)“ (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 43 f.).

Ganz ähnlich hat das *OLG Frankfurt a.M.* den Vorsatz beurteilt:

„Allein die Stellung des [Versicherten] als Vorstandsvorsitzender der X AG lässt keine tragfähigen Schlüsse darauf zu, dass er im Dezember 2019 vom Nichtvorhandensein der 1,9 Milliarden EUR auf den Treuhandkonten in Asien wusste oder damit rechnete. Die Zuständigkeiten innerhalb des Vorstandes waren aufgeteilt; für das Asiengeschäft war H zusammen mit dem ehemaligen Finanzvorstand K zuständig. Dass der [Versicherte] zum damaligen Zeitpunkt begründeten Anlass gehabt hätte, H zu misstrauen, ist nicht mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 93).

Ergänzend hierzu heißt es im *OLG-Urteil*:

„[Der Versicherer] hat darüber hinaus nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass der [Versicherte] aufgrund von klaren Warnsignalen von Wirtschaftsprüfern, Medien und Aufsichtsratsmitgliedern Veranlassung hatte, die veröffentlichten Finanzkennzahlen zu hinterfragen, und aufgrund der ihm bekannten Informationen zumindest hätte damit rechnen müssen, dass die Bilanzen in Hinblick auf das Asiengeschäft nicht zutreffend sein konnten. Dass der [Versicherte] seine Augen vor der wahren Situation verschlossen und gegenüber der Öffentlichkeit und [dem Versicherer] – quasi ins Blaue hinein – an der positiven Einschätzung der Finanzkennzahlen festgehalten hat, lässt sich den vorgelegten Unterlagen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entnehmen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 87).

Dieser Ansicht kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

Zunächst einmal entspricht es ständiger Rechtsprechung des *BGH*, dass ein Geschäftsleiter über die wesentlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der von ihm geführten Gesellschaft im Bilde sein muss. Er

„hat (...) in Erfüllung seiner Pflicht, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden (...), die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten und sich bei Anzeichen einer krisenhaften Entwicklung (...) einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen“ (BGH NJW-RR 1995, 669).

Dass ein Geschäftsleiter einen derartigen Überblick hat, wird – unter der Prämisse, dass er sich typischerweise gewissenhaft pflichtmäßig verhält (§§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) – vermutet. Der *BGH* spricht insoweit schlicht davon, dass

„der Geschäftsführer mit den finanziellen Verhältnissen der (...) Gesellschaft aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist“ (BGH Urt. v. 19.12.2017, II ZR 88/16, BeckRS 2017, 140127, Rn 23).

Für den Vorstand einer AG gilt nichts anderes. Daher hätten die Frankfurter Gerichte es als überwiegend wahrscheinlich werten müssen, dass der Versicherte in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG Kenntnis von den wahren Vermögensverhältnissen der Gesellschaft und damit dem Fehlen bilanzierter rund 1,9 Milliarden EUR hatte.

Die vom Versicherten behauptete (horizontale) Delegation von Leitungsaufgaben auf andere Vorstandsmitglieder mit der Folge, dass er

„nicht in alle Bereiche Einblicke gehabt habe“ (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 44),

namentlich nicht in den Bereich des Asiengeschäfts, in dem die bilanzierten rund 1,9 Milliarden EUR gemanaged worden sein sollen, erlaubt keine andere Wertung. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH enthebt die Zuständigkeit eines anderen Vorstandsmitglieds für die Buchführung der Gesellschaft dessen Kollegen nicht von auch ihrer

„grundsätzlichen Verantwortlichkeit, für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen“ (BGH Urt. v. 6.11.2018, II ZR 11/17, BeckRS 2018, 36756, Rn 38; siehe auch LG München I NZG 2014, 345, 346, zur Compliance-Organisationspflicht der Vorstandsmitglieder im Fall Siemens ./ . Neubürger).

Vielmehr obliegt es jedem Vorstandsmitglied, sich mit Vorgängen in einem anderen Ressort zu befassen, sobald Tatsachen bekannt werden, die darauf hindeuten, dass der Ressortverantwortliche seinen Bereich nicht im Griff hat oder sich möglicherweise sogar bewusst pflichtwidrig verhält. Wenn also etwa die Buchführung

„einem Geschäftsführer als eigenes Arbeitsgebiet zugewiesen worden ist, haben die übrigen insoweit wenigstens eine Überwachungspflicht, die sie zwingt einzugreifen, wenn sich Anhaltspunkte ergeben, daß der zuständige Geschäftsführer in seinem Arbeitsbereich die Geschäfte nicht ordnungsgemäß führt“ (BGH NJW 1986, 54, 55).

Für Vorstandsmitglieder gilt das ganz genauso, wie bspw. das LG München I im Siemens/Neubürger Urteil ausgeführt hat:

„Ebenso wenig kann sich der Bekl. auf die Zuständigkeit von Vorstandskollegen berufen. Gerade das wiederholte Auftreten von Gesetzesverstößen oder zumindest gravierender Verdachtsmomente (...) zeigt, dass das bisherige [Überwachungs-]System nicht ausreicht. Dann aber ist es Aufgabe jedes einzelnen Vorstandsmitglieds (...), im Rahmen seiner Überwachungspflicht darauf hinzuwirken, dass innerhalb des Vorstands ein funktionierendes Compliance-System beschlossen wird (...)“ (LG München I NZG 2014, 345, 348).

Der Versicherte hatte in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG seit 2015 aufgrund wiederholter warnender Medienberichterstattung vielfache Anhaltspunkte dafür, dass im Asiengeschäft möglicherweise etwas nicht stimmte. Unter dem Link [Wirecard – Wikipedia](#) wird hierzu u.a. berichtet:

„Mit einer Artikelserie namens House of Wirecard (anspielend auf die Serie House of Cards und das englische Wort für Kartenhaus) im Blog FT Alphaville der Financial Times (FT) wiesen Dan McCrum und die Singapur-Korrespondentin Stefania Palma in Zusammenarbeit mit Olaf Storbeck und John Reed ab 2015 auf Unstimmigkeiten in der Wirecard-Bilanz hin.“

Im Urteil des OLG Frankfurt a.M. heißt es insoweit:

„Die internationale Wirtschaftspresse hatte seit 2015 zunehmend kritisch über [Wirecard] und das TPA-Geschäft in Asien berichtet. Insbesondere die D hatte wiederholt gemeldet, dass die von [Wirecard] veröffentlichten Umsätze vorgetäuscht und die den Geschäften zugrundeliegenden Verträge gefälscht seien. (...)“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 14).

Zwar will es dem Versicherten – nach eigenem Vortrag – bis 2020 nicht gelungen sein, die wahren Vermögensverhältnisse der Gesellschaft in Erfahrung zu bringen. Da es aber nicht überwiegend wahrscheinlich ist, dass rund fünfjährige pflichtgemäße Aufklärungsbemühungen eines Vorstandsvorsitzenden, der zugleich Gründer und größter Einzelaktionär der von ihm geführten Gesellschaft war und der die internen Strukturen – ausweislich der Ermittlungen der *Staatsanwaltschaft München I* – nach

„*einem streng hierarchischen System, geprägt von Korpsgeist und Treueschwüren gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden als Führungsperson*“ ([Pressemitteilung_05/2020 - Bayerisches Staatsministerium der Justiz \(bayern.de\)](#)),

organisiert hatte, fruchtlos im Sande verlaufen, muss es als ebenso überwiegend wahrscheinlich betrachtet werden, dass der Versicherte entweder von Anfang an Kenntnis von den Bilanzmanipulationen hatte und Aufklärungsbemühungen nur vorgetäuscht hat oder dass er zwar keine anfängliche Kenntnis hatte, die Aufklärung dann aber auch nicht pflichtgemäß vorangetrieben, sondern bewusst die Augen vor der Erkenntnis verschlossen hat, die sich bei konsequenter Aufklärung eingestellt hätte oder dass er im Laufe der Jahre infolge seiner Aufklärungsbemühungen zwar Kenntnis erlangt, das entdeckte gesetzwidrige Treiben dann aber nach Außen gedeckt hat. All dies hätte den Frankfurter Gerichten jedenfalls wahrscheinlicher erscheinen müssen als das Narrativ des Versicherten, er sei mangels Zuständigkeit für das Asiangeschäft bis 2020 gutgläubig gewesen. Folglich hätte es als überwiegend wahrscheinlich gewertet werden müssen, dass der Versicherte jedenfalls Ende 2019 in Bezug auf bilanzierte, aber unstreitig nicht vorhandene rund 1,9 Milliarden EUR bösgläubig war und er zur Zeit der Verlängerung des Versicherungsvertrags von 2019 auf 2020 Täuschungsvorsatz hatte.

Zu diesem Schluss muss man auch auf der Basis der eigenen Argumentation des *OLG Frankfurt a.M.* kommen, denkt man sie nur konsequent zu Ende. Das Gericht hat die AVB nämlich

„*ausgehend vom Leitbild des redlichen Managers*“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rnrn 70 und 76)

interpretiert und unter der Prämisse, dass

„*zugunsten des Versicherten (...) die Vermutung der Redlichkeit spricht*“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 63).

Derartige Redlichkeit des Versicherten unterstellt, wäre zugleich zu unterstellen gewesen, dass er ab Sichtbarwerden erster Verdachtsmomente im Jahr 2015 alles in seiner Macht Stehende unternommen hat, um dem Verdacht mit der gebotenen Gewissenhaftigkeit zügig nachzugehen und ihn zeitnah restlos aufzuklären. Hätte er dies getan, wäre mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits damals, jedenfalls aber viel früher, entdeckt worden, was angeblich erst 2020 herausgekommen ist oder es wäre noch nicht einmal dazu gekommen, dass nicht vorhandene rund 1,9 Milliarden EUR als vorhanden bilanziert wurden. Gerade wenn vom Leitbild des redlichen Managers ausgegangen wird, muss es also erst recht als überwiegend wahrscheinlich betrachtet werden, dass der Versicherte zum Renewal 2019 Täuschungsvorsatz hatte.

Auch die Ansicht des *OLG Frankfurt a.M.*, dass der Versicherte keine

„*Veranlassung hatte, die veröffentlichten Finanzkennzahlen zu hinterfragen*“ (*OLG Frankfurt a.M.*, aaO., Rn 87),

ist in Ansehung der eigenen Feststellungen des Gerichts widersprüchlich. Immerhin hat es in seinem Urteil selbst die Tatsachen geschildert, die dem Versicherten Anhaltspunkte für gravierende Compliance-Mängel sein mussten:

„Das Treuhandguthaben soll zuletzt im Jahr 2019 1,9 Milliarden EUR betragen haben, damit ¼ des Gesamtumsatzes der X AG, und war eine wesentliche Ursache für die ausgewiesenen erheblichen Umsatzsteigerungen des Unternehmens und die sich jährlich verbessernden Finanzkennzahlen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 8).

Wenn rund ein Viertel des Gesamtumsatzes der Gesellschaft in Frage stand, hatte der Versicherte in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender (natürlich) jede Veranlassung, die veröffentlichten Finanzkennzahlen eingehend zu hinterfragen, und zwar so lange, bis er Gewissheit über die wahre wirtschaftliche Lage der Gesellschaft erlangt hatte. Gleiches gilt im Hinblick auf die gerichtliche Feststellung, dass laut Gutachten des Insolvenzverwalters der Wirecard AG vom 20.8.2020

„Verbindlichkeiten von 3,2 Milliarden EUR bei einem Massebestand von 426 Millionen EUR und einer Liquiditätslücke von 99,17 %“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 20)

vorhanden waren. Eine derart große Liquiditätslücke lässt auf eine schon länger bestehende Insolvenzreife und damit darauf schließen, dass der Versicherte in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender bereits seit langem Anlass hatte, die veröffentlichten Finanzkennzahlen gewissenhaft zu verifizieren. Das OLG hätte den Versicherten also schon wegen der Dimension der Unterdeckung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für bösgläubig halten müssen.

An dieser Wertung ändert sich nichts durch den Umstand, dass der Wirtschaftsprüfer der Gesellschaft

„bis einschließlich 2018 regelmäßig beanstandungslos und uneingeschränkt das Testat für die Konzern- und Jahresabschlüsse“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 11)

erteilt hat. Die Prüfungshandlungen eines Wirtschaftsprüfers sind schon deshalb nicht geeignet, den Pflichtenmaßstab eines Vorstands zu relativieren, weil sie gerade auch der Kontrolle der Vorstandstätigkeit dienen. Außerdem lässt ein Testat ohnehin nur auf die Vorstellung des Testierenden schließen, nicht aber darauf, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Versicherte in seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender die Unrichtigkeit der Bilanz (und des Testats) kannte.

Die zwischenzeitlichen Ermittlungen einer vom Vorstand eingeschalteten externen Anwaltskanzlei erscheinen – entgegen der Meinung des OLG Frankfurt a.M. – ebenso ungeeignet, die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Täuschungsvorsatzes des Versicherten in Frage zu stellen. Das Gericht hat seine gegenteilige Ansicht wie folgt begründet:

„Zudem reagierten die [Wirecard] AG und der [Versicherte] als deren Vorstandsvorsitzender auf die Vorwürfe, indem sie unter anderem 2017 zur internen Aufklärung der Anschuldigungen das in Singapur ansässige Rechtsanwaltsbüro J beauftragten. Dieses hat in seinem vorläufigen Bericht vom 4.5.2018 und später auch im endgültigen Bericht vom 5.4.2019 zwar auf gefälschte Dokumente sowie Fehlbuchungen hingewiesen. Der Vorwurf des Roundtrippings durch Scheingeschäfte hat sich hingegen nicht bestätigt. Tatsächlich waren danach drei Mitarbeiter in Singapur in kriminelle Handlungen verwickelt, die strafrechtlich von den Ermittlungsbehörden in Singapur verfolgt wurden. Hiervon wurden die Aktionäre auf der Hauptversammlung der [Wirecard] AG am 18.6.2019 durch den [Versicherten] in Kenntnis gesetzt“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 97).

Diese Betrachtung lässt offenkundig unberücksichtigt, dass es eine geradezu typische Verschleierungstaktik ist, einen externen Berater mit (vorgeblicher) Aufklärung zu mandatieren und ihn so zu steuern, dass er zwar geringfügigere Fehlentwicklungen entdeckt, von der eigentlichen Haupttat aber abgelenkt wird. Allein der Befund einer externen Untersuchung und eines weitgehend unauffälligen Untersuchungsergebnisses durfte das OLG also nicht dazu veranlassen, einen Täuschungsvorsatz des Versicherten als nicht glaubhaft gemacht zu werten. Diese Einschätzung wäre

nur zulässig gewesen, wenn sich das Gericht eingehend mit den Untersuchungshandlungen des beauftragten Rechtsanwaltsbüros auseinandergesetzt hätte, wofür das Urteil keinerlei Anhaltspunkt bietet.

Angesichts des zuvor Gesagten kommt es auf die Frage, inwiefern der Versicherer einen Täuschungsvorsatz des Versicherten durch Verweis auf den gegen diesen erlassenen Haftbefehl glaubhaft machen konnte, nicht mehr an. Daher insoweit nur kurz: Das *LG Frankfurt a.M.* war diesbezüglich der Meinung, dass ein Haftbefehl zur Glaubhaftmachung schon grundsätzlich nicht geeignet sei:

„[57] Liegt eine rechtskräftige Entscheidung vor, so existiert eine gerichtliche Feststellung einer tatsächlichen Gegebenheit, die zwar in aller Regel nicht zur Beweisführung qua Urkundenbeweis ausreichend ist (...), die man jedoch als Basis einer Glaubhaftmachung für ausreichend ansehen kann. Zwar ist es durchaus denkbar, dass ein anderes Gericht auf gleicher Beurteilungsgrundlage einen Sachverhalt abweichend feststellt. Solange aber keine greifbaren Anhaltspunkte für eine abweichende Bewertungsgrundlage ersichtlich sind, kann die richterliche Überzeugungsbildung eines anderen Gerichts zunächst einmal als Grundlage für das für die Glaubhaftmachung ausreichende Wahrscheinlichkeitsurteil dienen. (...) [Ein Haftbefehl beinhaltet aber] keine gerichtliche Feststellung in dem beschriebenen Sinne. (...) [58] Eine Haftrichterin befindet, wenn auch mit einem strengen Maßstab, nur darüber, ob es generell möglich erscheint, dass ein anderes Gericht später die zu einer Verurteilung ausreichenden Feststellungen wird treffen können. Dies berücksichtigend ist es konsequent, nur eine [Anklage-]Zulassungsentscheidung, nicht aber einen Haftbefehl als Mittel zur Glaubhaftmachung anzuerkennen. (...)“ (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 57 f.).

Das *OLG Frankfurt a.M.* hat sich dem, jedenfalls im Ergebnis, angeschlossen:

„Die vorgelegten Haftbefehle des AG Stadt2 vom 21.7.2020 und ohne Datumsangabe (...) lassen keine ausreichend belastbaren Tatsachen erkennen“ (OLG Frankfurt a.M., aaO., Rn 84).

Zur Kontrastierung genügt es, auf die eingangs zitierte

„Pressemitteilung 05 vom 22.07.2020“

der *Staatsanwaltschaft München I* und die zutreffende Rechtsprechung des *OLG München* zu verweisen:

„[13] (1) Nach übereinstimmender Auffassung der Kapitalanlagesenate des OLG München hat die Arrestklägerin durch Vorlage der Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft M. vom 22.02.2020 schlüssig dargelegt und in diesem Sinne hinreichend glaubhaft gemacht, dass sie bei ihren Investitionen vom Arrestbeklagten über vermögensrelevante Tatsachen nicht aufgeklärt bzw. diesbezüglich sogar gezielt getäuscht wurde (vgl. u.a. Beschlüsse des OLG München vom 01.10.2020, 3 W 1384/20, und vom 19.05.2021, 13 W 667/21). [14] (...) Aus der Pressemitteilung geht auch hervor, dass das Amtsgericht M. Haftbefehl gegen den Arrestbeklagten erlassen und somit einen dringenden Tatverdacht bejaht hat. Im Hinblick darauf ist eine vorsätzliche Schädigungsabsicht bzw. eine vorsätzliche Täuschung durch den Arrestbeklagten zu Lasten von Anlegern bereits ab 2015 ausreichend wahrscheinlich“ (OLG München Urt. v. 11.11.2021, 8 U 5670/21, BeckRS 2021, 34699, Rn 13 f.).

Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das besprochene Urteil des *OLG Frankfurt a.M.* vom 7.7.2021 in vielfacher Hinsicht rechtlich unhaltbar ist. Weitgehend Gleiches gilt für die erstinstanzliche Entscheidung des *LG Frankfurt a.M.* vom 18.1.2021.

Wertvoll, gerade in heutiger Zeit, erscheint allerdings, was das Landgericht zum Beweiswert medialer Berichterstattung ausgeführt hat: *„Zeitungsartikel sind (...) kein Mittel zur Glaubhaftmachung, und es kann kein Wahrscheinlichkeitsurteil getroffen werden, dass alle Umstände, die in den Bericht-*

erstattungen mitgeteilt wurden, als gegeben angenommen werden können.“ (LG Frankfurt a. M., aaO., Rn 61). So ist es: Mediale Tatsachen sind nicht ohne weiteres und noch nicht einmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wahre Tatsachen.

Zitiervorschlag:

Lange, Vorläufiger Rechtsschutz in der D&O-Versicherung (10.01.2022)
<https://vov.eu/vorlaeufiger-rechtsschutz-in-der-do-versicherung/>