

SCHRIFTEN DES
DEUTSCHEN VEREINS FÜR INTERNATIONALES SEERECHT
REIHE A: BERICHTE UND VORTRÄGE

HEFT 100

Thomas Nintemann

**DIE HAFTUNG VON FREIGHT,
DEMURRAGE & DEFENSE (FD&D) –
VERSICHERUNGEN NACH DEUTSCHEM RECHT**

HAMBURG 2005

**DIE HAFTUNG VON FREIGHT,
DEMURRAGE & DEFENCE (FD&D) –
VERSICHERUNGEN NACH DEUTSCHEM RECHT**

Vortrag

von

Thomas Nintemann

gehalten vor dem
Deutschen Verein für Internationales Seerecht
am 12. Mai 2005

HAMBURG 2005

THOMAS NINTEMANN

RECHTSANWALT

Die Haftung von Freight, Demurrage & Defence (FD&D) – Versicherungen nach deutschem Recht¹

0. Einleitung

Fleet in being... Die Schifffahrt als solche ändert sich. Reedereien gründen Vertriebe; Vertriebe gründen Reedereien. Fakt ist, Shareholder-Value hat in der Schifffahrt Konsequenzen: Die Finanzdienstleistung durch das Schiff bedingt, dass sämtliche Forderungen der Reederei realisiert werden. Hierbei werden selbst traditionelle, in Vergangenheit wertvolle, Geld schwere Geschäftsbeziehungen geopfert, sofern diese nicht noch weiter (kommerziell) von höherem Wert sind.

Auch in der Seeschifffahrt findet seit längerem ein Prozess der Verrechtlichung statt: Auch die jeweilige Haftung von Dienstleistern, so auch (FD&D-) Versicherern, richtet sich nach Vertrag und Gesetz. Von daher können sich Dienstleister wie (FD&D-) Versicherer nicht mehr darauf verlassen, dass sie in Vergangenheit nicht für ihnen zuzurechnende Fehler in Regress genommen worden sind, sondern müssen sich dieser Tage derart aufstellen, dass sie einem Prozessrisiko begegnen müssen und damit letztlich in Haftung genommen werden.

1. Das Problem

Im Bereich des Seeversicherungsrechts stellt sich die Frage der Haftung des FD&D-Versicherers, wenn infolge einer falschen Einschätzung einer Rechtslage durch den FD&D-Versicherer bei der Prüfung der Erfolgsaussicht der von einem Reeder angestrebten Arbitrage bzw. Gerichtsverfahren ihm die Deckungszusage für dieses Verfahren verweigert wird, und er deshalb von der Einleitung eines – im Zweifel auf eigene Kosten zu finanzierenden – Verfahrens gegen den Charterer absieht. Dies hat dann regelmäßig zur Konsequenz, dass der Anspruch gegen den Charterer verjährt, und der Reeder die im Streit stehende Forderung als Schaden abschreiben muss. Es sei denn, die FD&D-Versicherung haftet dem Reeder für den entstandenen Schaden, weil sie die Rechtslage falsch eingeschätzt hat und hierin eine positive Forderungs- bzw. Vertragsverletzung des zwischen ihr dem Reeder bestehenden Versicherungsvertrages bedingt ist.

¹ Der Verfasser, Rechtsanwalt in Aschendorf/Ems und Unternehmensjurist einer Reederei in Haren/Ems, dankt unter anderem sehr herzlich Frau Maître und Rechtsanwältin Ulrike Balk-Bazot, Paris, für intensive Diskussionen und wertvolle Unterstützung, Uneingeschränkter und besonderer Dank gebührt Herrn Hermann Schöning, der mit seiner unnachahmlichen Kampfbereitschaft dem Verfasser die Dringlichkeit verdeutlicht hat, sich mit diesem Thema intensiv zu beschäftigen. Diese Veröffentlichung basiert auf einen erheblich überarbeiteten Vortrag, den der Verfasser am 12.5.5 in Hamburg vor dem Deutschen Verein für Internationales Seerecht gehalten hat.

1.1. Das Fallbeispiel

Auf Grundlage des Synacomex-90-C/P-Standards wurde per Fixture's Recap vom 6.4.2000 eine Kornladung (Weizen/Mais) von 4.178 t auf das MS "E." für eine Reise von La Pallice nach Aveiro geschlossen. Hinsichtlich der Beladung/Löschung ist fiot vereinbart worden. Bezüglich des Überliegegelds sind sich die Parteien wie folgt einig gewesen:

"... 24 hours load / 1500 mts disch - satshex fri 5pm/mon 8am

ntc uu bends chabe

demurrage dem 6.000 pdpr/free despatch

syna c/p ..."

Weil die Synacomex-90 standardmäßig die Amended Centrocon Strike Clause (Clause 25) vorsieht, ist diese als vereinbart anzusehen. Ebenso sieht die Synacomex-90 standardmäßig die Anwendung französischen Rechts und die Chambre d'Arbitrale Maritime de Paris als zuständiges Schiedsgericht vor (Clause 17, Zeilen 92 + 93).

Am 14.4.2000 um 6.00 h (Freitag) kam das Schiff in Aveiro an. Die Löscharbeiten begannen am 17.4.2000, 11.50 h, und endeten am 26.4.2000, 15.50 h. In dieser Zeit war nach der von den Charterern nicht bestrittenen Berechnung des Reeders 144 hrs 59 min an Demurrage angefallen. Dementsprechend stellte der Reeder den Charterern mit Schreiben vom 8.5.2000 DM 34.886,- (= Euro 17.837,26) Demurrage in Rechnung.

Nachdem die Charterer auf diese Rechnung auch infolge mehrerer Mahnungen nicht reagiert hatten, informierte der Reeder seine FD&D-Versicherung am 31.8.2000.

Ursache für diesen Umfang an Liegezeit war ein Gewerkschaftsbann auf Überstunden. Dies bestätigten die Recherchen der FD&D-Versicherung.

Mit Schreiben vom 15.1.2001 mit Zahlungsziel zum 19.1.2001 forderte die FD&D-Versicherung die Charterer letztmalig zur Zahlung auf und drohte gleichzeitig andernfalls die Arbitrage an.

Als diese eingeleitet werden sollte, berief sich die FD&D-Versicherung auf Streikzeiten, die nach der Amended Centrocon Strike Clause von der Berechnung der Liegezeit ausgenommen wären.

Im weiteren Verlauf der Recherchen wurde festgestellt, dass die (Hafen-) Gewerkschaften ihren Bann auf Überstunden den zuständigen Ministerien gemeldet hatten.

Der Sachverhalt ist zwischen Reeder und seiner FD&D-Versicherung unstrittig.

Nach nur einmaliger Verlängerung der Verjährungsfrist sind sämtliche Ansprüche gegen die Charterer seit dem 2.7.2001 verjährt.

1.2. Das erhebliche Rechtsproblem

Erheblich für die Beurteilung der Erfolgsaussicht der vom Reeder beabsichtigten Arbitrage ist die Frage, was Streik im Sinne der Synacomex-90-Charter Party darstellt.

Grundsätzlich bedingt ein legitimer Streik nach französischem Recht unter anderem eine komplette Arbeitsniederlegung². Da ein Gewerkschaftsbann auf Überstunden keine komplette Arbeitsniederlegung bedingt, sondern nur die Weigerung der Arbeiter und Angestellten, Überstunden zu leisten, darstellt, ist demzufolge ein solcher Gewerkschaftsbann auf Überstunden kein Streik im französischen Rechtssinne³. Folglich beruft sich die BIMCO auf ein Urteil der Chambre Arbitrale Maritime de Paris vom 04.09.1970⁴, nach dem im Sinne des

² Urteil der Chambre sociale de la Cour de cassation vom 23.01.1969; siehe auch das Internetportal: « Les grèves en France – www.lesgreves.com ». Siehe auch Tiberg, *The Law of Demurrage*, London 1995, S.467 f.

³ Sollte im Löschhafen vor Ankunft des Schiffes bereits ein Stauereistreik herrschen, wäre die eigenmächtige Deviation des Verfrachters zu einem nicht bestreikten Hafen nach französischem Recht gerechtfertigt; siehe von Ziegler, *Schadensersatz im internationalen Seefrachtrecht*, Baden-Baden 1990, S.209.

⁴ BIMCO Bulletin VI 1970, S.507.

Standards der Synacomex-Charter Party die Weigerung, Überstunden zu leisten, kein Streik im Sinne der Charter Party darstellt.

Dieses Ergebnis deckt sich mit der systematischen Auslegung der Charter Party: Was als Streik im Sinne des Standards der Synacomex-90-Charter Party gilt, beurteilt sich nach dem Recht, das zwischen Charterer und Eigner vereinbart ist (standardmäßig: französisches Recht), und nach der Spruchpraxis des als zuständig vereinbarten (Schieds-) Gerichts (standardmäßig: *Chambre d'Arbitrage Maritime de Paris*).

Nur eine solche Auslegung ist funktional. Schließlich wollen die Parteien durch die Vereinbarung einer Rechtswahl- bzw. Gerichtsstands Klausel bei einem Sachverhalt die Einheitlichkeit der rechtlichen Terminologie und deren Auslegung gewährleisten. Mithin ist es unerheblich, ob im Löschhafen der Gewerkschaftsbann auf Überstunden dem Streikbegriff des dortigen nationalen Rechts, im Fallbeispiel dem portugiesischen Recht, genügt.

Sofern der Sachverhalt feststeht, es in dem anvisierten Schiedsverfahren um die Bestimmungen von rechtlichen Kategorien geht, erfolgt dies ausschließlich anhand des Maßstabes normativer Kriterien, die für das anzuwendende Recht verbindlich sind.

2. Die allgemeine Haftungstendenz

Insbesondere in der englischen Schiedsgerichtsbarkeit herrscht die Tendenz vor, die Verantwortlichkeit für Risiken, deren Realisierung sich zwar in der Risikosphäre des Charterers vollzieht, an der er aber nicht, und wenn, nur mittelbar beteiligt ist, dem Charterer mit dem Hinweis, die Realisierung eines solchen (Streik-) Risikos sei ein Unterfall der *force majeure*⁵, zu nehmen⁶. Das hat dann zur Folge, dass der Schiffseigner sich die Forderung, die er infolge des die Überliegezeit auslösenden Ereignisses dem Charterer in Rechnung gestellt hat, anrechnen lassen muss⁷.

Vertraglich kann der Schiffseigner dieser Tendenz nur dadurch begegnen, indem er für diese betreffende Reise das Schiff „free in and out stowed (fios)“ bzw. „free in and out trimmed (fiot)“ schließt, sofern dieses nicht nur als Kostentragungsgrundsatz für Ladungsoperationen, sondern ebenfalls als Definition der jeweiligen Haftungssphären ausgelegt werden muss. Damit ist der Gefahrenübergang eindeutig definiert: Die Verantwortlichkeit des Schiffes beginnt ab dem Moment, indem entweder die Ladung fertig gestaut ist oder sich im Ladungsraum befindet. Deshalb ist klargestellt, dass sich Verzögerungen vor und/oder während der Beladung des Schiffes ausschließlich in der Risikosphäre des Charterers vollziehen⁸. Dies gilt umso mehr, wenn die Ladungsarbeiten sich „free of risk for the vessel“ nach der C/P vollziehen sollen. Demzufolge muss der Charterer sich das Verhalten der Stauer als seiner Erfüllungshelfen⁹

⁵ Im romanischen Rechtskreis müsste diese *force majeure* einen *vis major*-Charakter aufweisen; siehe Tiberg (Fußnote 2), S.469, 473 mit weiteren Nachweisen, 498 f..

⁶ Dies gilt umso mehr, als dass haftungsrechtlich viele gesetzliche Normen dispositiv sind und mithin vertraglich jedenfalls in Zeiten eines Überangebots von Tonnage im Markt zu Lasten des Schiffseigners geregelt werden; siehe zum Beispiel Rundschreiben des Schutzvereins Deutscher Rheder V.a.G. Februar 2005, II.Urteile, Nr.2; es sei angemerkt, dass sich hier der Reeder mit seiner Liegegeldforderung dennoch gegenüber dem Befrachter durchsetzen konnte.

⁷ In diesem Zusammenhang ist die Frage, ob es sich bei der Boykottaktion der Arbeitnehmer hinsichtlich der Ableistung von Überstunden um einen legitimen Streik handelt, zu vernachlässigen. Im Sinne einer solchen Rechtsprechung können „wilde“ Streiks ein Hindernis darstellen, das dann vom Charterer nicht zu vertreten wäre, weil dieses Hindernis sich nicht in der Kontrolle des Charterers realisiert hat.

Eine Stütze findet diese Rechtsprechung vertraglich in der *Centrocon Strike Clause*, die im Gegensatz zu der *Amended Centrocon Strike Clause* von der Verantwortlichkeit für Risiken bzw. für daraus entstehende Schäden, die der Charterer nicht unmittelbar zu vertreten hat, freizeichnet und keine Streikklausel im engeren Sinne darstellt.

⁸ Siehe auch New Yorker Schiedsspruch in HSR 2005, S.86/88.

⁹ § 278 Satz 1 BGB. Erfüllungshelfer ist demnach, wer nach den rein tatsächlichen Umständen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig werden;

zurechnen lassen. Wenn die Stauer einem gewerkschaftlichen Bann auf Überstunden Folge leisten, so hat sich der Charterer dies zurechnen zu lassen und für die daraus resultierenden Konsequenzen einzustehen. Das hat zur Folge, dass der Charterer zu seinen Lasten sich um Alternativen bemühen muss, um seinen vertraglichen Pflichten trotz des arbeitskämpferischen Verhaltens der Stauer nachkommen zu können. Im Zweifel muss er auf seine Kosten von außerhalb Stauer engagieren, die zum Beispiel die durch einen Gewerkschaftsbann auf Überstunden bedingten Verzögerungen kompensieren und dem Charterer es ermöglichen, sich entsprechend vertragskonform zu verhalten¹⁰.

Grundsätzlich sollte der Eigner aber davon ausgehen, dass vor der aktuellen Haftungstendenz zumindest im common-law geprägten Rechtsraum der Charterer für einen schadensbedingten Umstand nur haftet, wenn dieser Umstand sich nicht nur in seiner Risikosphäre vollzieht, sondern sich auch in seiner Kontrolle realisiert hat. Insofern steht die allgemeine Haftungstendenz auf den ersten Blick im Gegensatz zu den normativen Kategorien und deren Verbindlichkeit im anzuwendenden Recht, zumindest wenn es sich um Rechtskreise des common-law handelt.

Bei der allgemeinen Haftungstendenz darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Zivilgerichte zuweilen dazu neigen, die zivilrechtliche Verantwortung für das hierfür kausale Verhalten so weit wie nur irgendwie möglich wider jeglicher (normativer) Logik abzulehnen¹¹.

3. Schaden und Kausalität

Grundsätzlich dürfte von den FD&D-Versicherern (bzw. ihren Anwälten) eingewandt werden, dass eine Falschbeurteilung einer Rechtsfrage durch die FD&D-Versicherung hinsichtlich des Schadens, im Fallbeispiel der Verjährung eines Anspruchs gegen den Charterer, nicht kausal ist. Schließlich hätte der Eigner auf eigene Kosten diesen Anspruch in einer Arbitrage geltend machen und im Obsiegensfalle einen Kostenerstattungsantrag bei der FD&D-Versicherung stellen können.

Kausalität ist nach der Theorie der *condicio sine qua non* gegeben, wenn die betreffende Ursache nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Geschehensablauf ein anderer, das Ereignis nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre¹².

vergleiche BGHZ 13, 111/113; 98, 330/334; 100, 122; auch BGH in MDR 1998, S.1427. Voraussetzung ist jedenfalls, dass keine Stauererei-Klausel Bestandteil der einschlägigen Charterparty geworden ist, nach der Konflikte zwischen Schiff und Stauererei von der Reederei mit der Stauererei direkt aufzunehmen sind. Daran zeigt sich bereits, wie strittig die Auslegung der *fios/flot*-Terms tatsächlich ist. Ob diese Gefahrtragungs- und/oder Kostentragungsregel darstellt, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen.

¹⁰New Yorker Schiedsspruch vom 28.April 1999 in Hamburger Seerechtsreport 2000, S.55/56; vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit dürfte diese Aussage sicherlich zumindest für das deutsche Recht ebenfalls zutreffen.

¹¹Vergleiche Huber in Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2002, zu § 16 Rdnr.89 für das Beispiel von Sachverständigen, die auch in der Schifffahrt eine große Rolle bei der Beweisfeststellung spielen.

Hiermit soll nicht behauptet werden, dass Sachverständige nicht dem Risiko der Eigenhaftung ausgesetzt sind. Nicht vermittelbar ist aber, weshalb es strittig sein soll, ob Sachverständige nach § 311 Abs.2 S.3 BGB für unrichtige Auskünfte bzw. Gutachten haften sollen (dagegen Heinrichs in Palandt (Begr.), 64.Auflage, München 2005, zu § 311 Rdnr. 60, der gegebenenfalls eine Eigenhaftung des Sachverständigen nach dem Grundsatz des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht zieht). Der Gesetzgeber hat dieses überzeugend und ausdrücklich in seiner Gesetzesbegründung klargestellt (BT-Drs. 14/6040, S.163), dass derartige Fälle der Sachverständigen-Eigenhaftung von § 311 Abs.3 S.2 BGB erfasst sind; so auch Schulze in Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 4.Auflage, Baden-Baden 2005, zu § 311 Rdnr.21.

¹²Teichmann in Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 11.Auflage, München 2004, zu § 823 Rdnr.22; Schulze in Schulze u.a. (Fußnote 11), Vor §§ 249-253, Rdnr.14; Wagner in Rebmann, Säcker, Rixecker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Auflage, München 2004 (im folgenden MüKo), zu § 823 Rdnr. 301, der darauf hinweist, dass für das Haftungsrecht in der Ursachenanalyse ein pragmatischer Kausalitätsbegriff

Nach der Rechtsprechung des BGH¹³ ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht kausal und hat als hinzugedachter Umstand außer Betracht zu bleiben.

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Wenn die Kausalität über die Relevanz eines retropektiv zu untersuchenden Sachverhalts im Verhältnis zu einer bestimmten Norm Auskunft geben soll, so kann der zu untersuchende Sachverhalt ausschließlich an integrativen Bedingungen auf seine Relevanz im Verhältnis zu einer Norm geprüft werden. Hinzugedachte Bedingungen beinhalten in diesem Zusammenhang eine ausschließend wertende, keine normative, also auf die inhaltliche Tragweite einer Norm zurückführende Relevanz¹⁴. Somit haben hinzugedachte Bedingungen keinen normativen Aussagewert und wären allenfalls von einem ökonomischen Interesse. Ein solches ökonomisches Interesse ist indes vom Versicherungsvertrag zwischen dem FD&D-Versicherer und der Reederei als Versicherungsnehmer nicht gedeckt.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls gelangen, wenn das rechtmäßige Alternativverhalten (hier die Einleitung der Arbitrage durch den Versicherungsnehmer) beim Abschluss des Versicherungsvertrages als konkrete Verhaltensalternative vereinbart worden wäre. Das hätte dergestalt geschehen können, dass in die Police eine Vereinbarung aufgenommen worden wäre, dass der Versicherungsnehmer bei Deckungsverweigerung durch den Versicherer (aus welchem Grund auch immer) das angestrebte Verfahren selbst und auf eigene Kosten durchführen muss, um im Obsiegensfalle sich die Kosten des Rechtsstreits (selbst bei einer erfolglosen Zwangsvollstreckung) erstatten zu lassen. Schließlich hat der BGH¹⁵ entschieden, dass (hypothetische) Reserveursachen dann beachtlich sind, wenn diese als Schadensanlage schon beim Eintritt der realen Ursache vorgelegen haben. Das wäre bei einer Klausel, wie soeben beschrieben, der Fall.

Sollten der FD&D-Versicherung keine konkreten Anhaltspunkte für Liquiditätsprobleme der Charterer im Zeitpunkt vorlegen haben, zu dem die Deckungszusage der Reederei endgültig verweigert wird, so ist das sich im Laufe der Zeit unter Umständen einstellende Argument, den Charterer drohe die Insolvenz bzw. sie seien insolvent, und demzufolge wäre selbst bei einer Arbitrage im Zweifelsfall beim Charterer an Vermögenswerten nichts zwangszuvollstrecken gewesen, unbeachtlich. Diese potentielle Einwendung, die indes auch ökonomisch, nicht juristisch zu kennzeichnen wäre, hätte als ebenfalls hinzugedachter Umstand außer Betracht zu bleiben.

Dem entsprechend ist die Unterlassung einer Arbitrage auf eigene Kosten kein Verstoß gegen die dem Reeder in diesem Zusammenhang obliegende Schadensminderungspflicht.

Nach der – im deutschen Recht gesetzlich in § 254 Abs.2 S.1 BGB normierten – Schadensminderungspflicht hat der Geschädigte alles zu unternehmen, um den Schaden so gering wie möglich zu halten. Danach verringert sich der Schadensersatzanspruch des Geschädigten, wenn es ihm zumutbar gewesen ist, durch geeignete Maßnahmen einen Schaden zu verhindern bzw. ihn in engen Grenzen zu halten. Notwendig ist eine Interessenabwägung im Einzelfall¹⁶.

In diesem Fall ist zu beachten, dass es sich bei der FD&D-Versicherung um ein im Seehandelsbereich klassisches bzw. übliches Versicherungsvertragsverhältnis handelt. Das bedeutet, dass das Versicherungsvertragsverhältnis zwischen FD&D-Versicherer und Reederei für

maßgeblich ist; siehe auch Oetker, ebenda, zu § 249 Rdnr.98 f., der zutreffend ausführt, dass die Äquivalenztheorie lediglich die Funktion eines Negativfilters haben kann.

¹³Vergleiche BGHZ 96, 157/172, BGH in MDR 1995, S.268.

¹⁴Oetker in MüKo (Fußnote 12) zu § 249 Rdnr.202 ist aber insoweit zuzustimmen, dass die Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten nicht ein Problem der Kausalität, sondern eines der Schadenszurechnung ist.

¹⁵BGHZ 29, 207/215; ihm folgend Oetker in MüKo (Fußnote 12) zu § 249 Rdnr.204.

¹⁶Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) zu § 254 Rdnr.10.

sich eigenständig beurteilt werden muss, da der FD&D-Versicherer nicht in die vertraglichen Beziehungen zwischen Reederei und Charterer einbezogen ist¹⁷.

Im Vertragsverhältnis zum FD&D-Versicherer hat die Reederei die Obliegenheit, einen sogenannten „sauberen Claim“ zu präsentieren. Also hat die Reederei, soweit ihr bekannt, dem FD&D-Versicherer sämtliche Tatsachen vorzutragen, nach denen sich ein Versicherungsfall und damit die Notwendigkeit einer Deckungszusage bezüglich der der Reederei entstehenden Kosten für die Rechtsverfolgung ergeben. Hierfür reichen im Zweifel Behauptungen der Reederei aus, die somit geeignet sind, einen Versicherungsfall auszulösen und mithin eine Deckung des FD&D-Versicherers zu bewirken¹⁸.

Damit der FD&D-Versicherer auf Basis des ihm präsentierten sauberen Claims die Erfolgsaussicht und damit die Frage der Deckung hinreichend beantworten kann, obliegt dem Versicherungsnehmer die Obliegenheit zur unverzüglichen und umfassenden Information des FD&D-Versicherers¹⁹. Der FD&D-Versicherer verliert aber das Recht, die Deckung wegen fehlender Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit abzulehnen, wenn er dieses dem Versicherungsnehmer nicht unverzüglich schriftlich mitteilt. Er kann sich dieses Recht auch dann nicht wirksam vorbehalten, wenn er die Leistung aus anderen Gründen ablehnt²⁰.

Der Reederei obliegt es nicht, den Sachverhalt rechtlich zu bewerten. Da die FD&D-Versicherung grundsätzlich ihre Deckungszusage von den Erfolgsaussichten in der Sache²¹ abhängig macht, ist es deren Obliegenheit, die von der Reederei vorgebrachten Tatsachen rechtlich zu beurteilen bzw. zu bewerten. Inwieweit die Reederei auf die rechtliche Bewertung des Sachverhalts durch die FD&D-Versicherung einen Einfluss ausüben kann, liegt im Ermessen der FD&D-Versicherung.

Bei der FD&D-Versicherung ist unter einem Versicherungsfall eine Situation zu verstehen, wenn der Versicherungsnehmer einerseits seinen Anspruch auf Fracht bzw. Überliegegeld nicht anders als über ein rechtliches Verfahren durchzusetzen glaubt, weil der Charterer nicht zahlt, oder andererseits in Anspruch genommen wird wegen angeblich unberechtigt erhaltener Fracht bzw. Überliegegeld²².

Der FD&D-Versicherer ist wegen der speziellen Ausgestaltung der FD&D-Versicherung nach Treu und Glauben in besonderer Weise gehalten, seine grundsätzlich wegen seines internationalen Netzwerkes von Anwälten gegebene überlegene Rechtskenntnis nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers auszunutzen²³. Für die Leistungspflicht des FD&D-

¹⁷ Entscheidung eines amerikanischen Court of Appeal in HSR 1997, S.43 bezüglich einer paid to be paid-Klausel nach amerikanischem Recht. Der Umstand, dass sich die paid to be paid-Klausel nach amerikanischem Recht in diesem Fall richtet, dürfte zu vernachlässigen sein, da eine derartige Vorauszahlungsklausel im deutschen Versicherungsrecht üblich und wirksam ist; LG Hamburg in HSR 2003, S.1/2f..

¹⁸ Hinsichtlich Rechtsschutzversicherung vergleiche OLG Frankfurt am Main in MDR 1999, S.995f.

¹⁹ Bezüglich Rechtsschutzversicherung vergleiche OLG Frankfurt am Main in MDR 2001, S.990.

²⁰ Entgegen § 17 Abs.1 S.2 ARB 75 bezüglich Rechtsschutzversicherung BGH in MDR 2003, S.871.

²¹ Es darf hinsichtlich der Deckungszusage keine Bedeutung erlangen, wenn das anzuwendende materielle Kostenrecht keine, wenn überhaupt, nur eine unwesentliche Kostenerstattung vorsieht. Ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang das normative Interesse des Versicherungsnehmers an dem FD&D-Versicherungsvertrag. Dieses ist auf die Abdeckung des Kostenrisikos der Rechtsverfolgung gerichtet. Wenn also das materielle Kostenrecht keine einseitige Kostenerstattung durch den letztlich Unterliegenden kennt, so stellt diese Situation nahezu exemplarisch das Risiko dar, weswegen das Rechtsverfolgungskostenrisiko durch den Abschluss des FD&D-Versicherungsvertrags abgedeckt werden soll.

²² In der Praxis wird der letztere Fall wohl nicht (häufig) vorkommen, da ein Charterer Fracht, von der er meint, sie stünde dem Eigner nicht zu, üblich von der fälligen Frachtrate abzieht. Damit obliegt es dann dem Eigner, seine Forderungen gegenüber dem Charterer geltend zu machen.

²³ Vergleiche BGH in MDR 2004, S.394 entsprechend zu Berufsunfähigkeitsrentenversicherer.

Versicherers hat dieses zur Konsequenz, dass die FD&D-Versicherung sich nicht im vornherein die Position der Gegenseite zueigen machen darf. Ausgehend von dem vom Versicherungsnehmer präsentierten „clean claim“ müsste die FD&D-Versicherung nachvollziehbar und mit normativen Argumenten die Ablehnung ihrer Deckungszusage begründen, um ihren Pflichten aus dem Versicherungsvertragsverhältnis zum Versicherungsnehmer zu erfüllen.

Wenn die FD&D-Versicherung eine erhebliche Rechtsfrage falsch beantwortet und infolgedessen der Reederei die Deckungszusage verweigert, verletzt sie die ihr primär obliegende Vertragspflicht aus dem Versicherungsvertragsverhältnis zur Reederei als Versicherungsnehmer. Die Unterlassung der Rechtsverfolgung bei nicht erteilter Deckungszusage stellt mithin kein allgemeines Unternehmens- bzw. Unternehmerrisiko des Versicherungsnehmers dar.

Die Ursächlichkeit einer Vertragspflichtverletzung für einen Schaden hängt von dem Vergleich ab, wie sich die reale Vermögenslage des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis gestalten würde²⁴. Diese Kausalitätsprüfung lehnt sich an die Schadensdefinition an, wonach Schaden als Differenz zwischen einer realen und einer hypothetischen Vermögenslage definiert wird, so genannter Differenzschaden²⁵.

Bei richtiger Einschätzung der erheblichen Rechtsfrage wäre die FD&D-Versicherung kaum umhin gekommen, die Deckungszusage der Reederei als Versicherungsnehmerin zu erteilen. Die Deckungszusage hätte zur Folge gehabt, dass die Reederei in die Arbitrage gegangen wäre. Bei all gebotener Vorsicht gegenüber der (prinzipiell, nicht nur französischen) Schiedsgerichtsbarkeit – in Anbetracht dessen, dass ein Gewerkschaftsbann auf Überstunden kein Streik im französischen Rechtssinne darstellt, wäre es sehr wahrscheinlich²⁶, dass sich die Reederei mit ihrer Rechtsposition gegenüber den Charterern im Rahmen einer Arbitrage durchgesetzt hätte. Mithin wäre die Vermögenslage der Reederei um die streitgegenständliche Forderung²⁷ besser gestellt gewesen.

3.1. Allgemein geltende Adäquanz

Ein Schaden muss zu einem Umstand nicht nur kausal, sondern zudem adäquat zuzurechnen sein, um eine Endlosigkeit von Kausalketten vorzubeugen²⁸. Die vom BGH²⁹ vertretene Adäquanztheorie dient hierzu, um nach juristischen Kriterien korrigierend unbillige

²⁴ Vergleiche BGH in MDR 1993, S.692/693.

²⁵ Vergleiche BGH in NJW 1997, S.2378 mit weiteren Nachweisen; Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253 Rdnr.5; diese *Lehre vom Interesse* bildet heute noch die Basis für die Schadensberechnung.

²⁶ Hinsichtlich der Erfolgsaussicht kommt es maßgeblich auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges an. Ist der Erfolg gewiss, kann die FD&D-Versicherung sehr wohl ihre Deckungszusage verweigern, da die Erfolgsaussicht als solches bereits eine Gewissheit darstellt. Bei Fällen, in denen aufgrund vorheriger Rechtsprechung keine andere als die obsiegende Entscheidung geben kann, stellt für sich keine Erfolgsaussicht, sondern eine Erfolgsgewissheit dar. Die Deckungszusage kann in solchen Fällen nur noch wegen Umständen gegeben werden, die mit dem Gegner unmittelbar zusammenhängen und einen Erfolg ungewiss erscheinen lassen. Diese – juristisch zu kennzeichnende – Pflicht zur Erteilung der Deckungszusage ist strikt unabhängig von der kommerziellen Sinnhaftigkeit hinsichtlich eines (schieds-) gerichtlichen Verfahrens zu unterscheiden.

²⁷ Die Reederei wird im (Innen-) Verhältnis zur FD&D-Versicherung sicherlich einige Kosten wie Franchise oder Steuern, sofern sie anfallen, oder Notarskosten für eine notarielle Beglaubigung tragen müssen. Derartige (Neben-) Kosten stehen nicht in einem normativen Zusammenhang mit der Frage, ob das Rechtsschutzbegehren der Reederei als Versicherungsnehmerin die von der FD&D-Versicherung zu bestätigenden Erfolgsaussichten bedingt. Hierbei handelt es sich um durch das FD&D-Versicherungsverhältnis bedingte hinzuzurechnende Kosten, die für die Vermögensanalyse der Reederei im Außenverhältnis normativ nicht relevant sind und deshalb außer Betracht zu bleiben haben.

²⁸ Vergleiche Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253, Rdnr.27.

²⁹ Vergleiche BGHZ 3, 265 ff.; 18, 288; BGH in NJW 1991, S.1110; 2002, S.2233.

Schadensersatzansprüche zu vermeiden³⁰. Hiernach muss positiv, sofern ein Schaden dem schädigenden Ereignis zurechenbar sein soll, ein Umstand nicht unerheblich objektiv die Möglichkeit eines Erfolgs generell erhöht haben³¹. Negativ formuliert ist derjenige Folgeschaden nicht zuzurechnen, der nur aufgrund einer sehr ungewöhnlichen Verkettung eintreten konnte³². Wo positiv und negativ eine Einheit bilden sollen, wird regelmäßig gemischt vertreten: Das Ereignis muss allgemein und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein, einen (Schadens- bzw. Folgeschadens-) Erfolg dieser Art herbeizuführen³³. Die demnach erforderliche Prognose soll dem maximalen Erfahrungswissen entsprechen und unter Berücksichtigung derjenigen Umstände gestellt werden, die einem erfahrenen³⁴ oder optimalen³⁵ Beobachter zum Zeitpunkt des schadensstiftenden Ereignisses bekannt sind. Zudem kommen alle dem Schädiger bekannten Umstände³⁶.

Danach ist eine kausale Bedingung adäquat, „wenn sie die objektive Möglichkeit des Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat.“³⁷ Nach dieser *Adäquanzttheorie* soll nicht für atypische (Schadens-) Folgen gehaftet werden³⁸, es sei denn, der Schädiger hat die Rechtsverletzung vorsätzlich herbeigeführt. In diesem Fall haftet der Schädiger für eine zwar inadäquate, aber bewussten gewollte Folge³⁹.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Adäquanz eines Umstands in Bezug auf den Schadenseintritt im Verhältnis zur einschlägigen Vertrags- bzw. Gesetznorm regelmäßig die Annahme der rechts-, oder genauer: der vertragswidrigen Tatbestandserfüllung begründet, es sei denn der Schädiger handelt vorsätzlich.

Kritik

In Anbetracht der Tatsache, dass die Haftung von FD&D-Versicherungen bisher – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand von (deutscher) Rechtsprechung gewesen ist, reichen die wertungsorientierten Kriterien der *Conditio sine qua non*- und der *Adäquanzttheorie* nicht aus, um überzeugend die Haftung der FD&D-Versicherungen für Pflichtverletzungen aus dem Versicherungsvertrag mit der Reederei als Versicherungsnehmerin zu begründen.

Insbesondere die *Adäquanzttheorie* bedingt infolge des statistischen Ansatzes Quantität, wo normativ Qualität gefordert ist⁴⁰. Hier kommt es darauf an, ob der (weitere) Schaden in einem inneren Zusammenhang mit der Schadensursache steht oder als Ausfluss des allgemeinen Lebens- bzw. Unternehmensrisikos des Geschädigten zu betrachten ist⁴¹. Stattdessen geht die ursprüngliche Begrenzungsfunktion verloren, indem auf einen optimalen, ergo nahezu alles wissenden, rundum erfahrenen Beobachter abgestellt wird. Tatsächlich kommt die *Adäquanzttheorie* dadurch der unbegrenzten Haftung nahe, die sich nach der ausschließlichen Anwendung der *conditio sine qua non*-Formel ergäbe⁴². Folgerichtig konstatiert *Huber*⁴³, dass die *Adäquanzttheorie* ungeeignet, die Probleme zu lösen, zu deren Lösung sie erfunden ist, weil sie zu

³⁰ Vergleiche Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253, Rdnr.27.

³¹ Vergleiche BGHZ 3, S.261 ff; BGH in NJW 1997, S.865; OLG München in VersR 1991, S.1391.

³² Vergleiche BGH in NJW 1998, S.140 m.w.N.

³³ Vergleiche BGHZ 7, S.204; BGH in JZ 1972, S.439; in NJW 2002, S.2233.

³⁴ Vergleiche Larenz, Schuldrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14.Auflage, München 1987, § 27 III b, S.435 ff.

³⁵ Vergleiche BGHZ 3, S.261.

³⁶ Vergleiche, auch zum Ganzen Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249–253, Rdnr.28; auch Schulze (Fußnote 11), Vor §§ 249-253, Rdnr.15.

³⁷ BGHZ 42, S.118; vergleiche auch Tempel, Materielles Recht im Zivilprozeß, Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis, 3. Auflage, München 1999, S.635 f.

³⁸ BGH in NJW 1976, S.1143; 1985, S.792; vergleiche Tempel (Fußnote 37), S.740.

³⁹ BGH in NJW 1981, S.983.

⁴⁰ Vergleiche Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253, Rdnr.29.

⁴¹ Vergleiche Tempel (Fußnote 37), S.640 mit weiteren Nachweisen.

⁴² Vergleiche Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253, Rdnr.29.

⁴³ Huber in JZ 1969, S.677.

dem Problem der Zufälligkeit des Zusammenhangs zwischen Schadensursache und Schadensfolge „keinen Zugang, geschweige denn [einen] zu seiner Lösung“ eröffnet. *Wagner*⁴⁴ meint gar, die Adäquanztheorie habe sich als überflüssig erwiesen.

3.2. Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertragsverhältnisses

Nicht nur haftungsbegründend, sondern auch haftungsausfüllend überzeugen normative Kriterien. In diesem Zusammenhang wird in Rechtsprechung⁴⁵ und Literatur⁴⁶ die *Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertragsverhältnisses*⁴⁷ vertreten. Danach wird die Haftung dadurch ausgefüllt, dass das schädigende Verhalten einen Schaden auslöst, vor dem nach ihrem/seinem jeweiligen Inhalt und Zweck die betroffene Norm bzw. der betroffene Vertrag schützen sollte⁴⁸. Hierdurch wird bewirkt, dass allgemeine Lebensrisiken nicht als spezifisch, normativ durch die jeweilige Norm bzw. durch den jeweiligen Vertrag definierte Schadensrisiko charakterisiert werden⁴⁹. Die *Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertragsverhältnisses* knüpft damit das Schadensersatz- an das Haftungsrecht an: Den Umfang des zu für den angerichteten Schaden zu leistenden Ausgleichs wird dem Haftungsgrund selbst entnommen⁵⁰.

Der Schutzzweck hinsichtlich des Abschlusses eines FD&D-Versicherungsvertrages stellt sich aus der Sicht des Readers in der Absicherung des Kostenrisikos dar, das aus der Rechtsverfolgung eigener Interessen vor allem international erwachsen kann⁵¹. Der Versicherungsnehmer will damit das Risiko, das aus den Schwierigkeiten erwachsen würde, anderweitig die Erfolgsaussicht in dieser Angelegenheit einzuschätzen bzw. einschätzen zu lassen, vermeiden. Ferner beabsichtigt er, die international ausgerichtete organisatorische Infrastruktur des FD&D-Versicherers zu nutzen. Somit ist es gerade der Schutzzweck des Versicherungsvertrages, der die vertragliche Pflicht des FD&D-Versicherers konstituiert, dafür einzutreten, dass die zugunsten des Versicherungsnehmers sprechenden, vor allem rechtlichen Kriterien so umfassend wie möglich ermittelt und bei der Entscheidung über die Erteilung der Deckungszusage berücksichtigt werden.

3.3. Stellungnahme

Der Rahmen der Prüfung, ob das schädigende Verhalten für den Schaden kausal gewesen und zuzurechnen ist, dürfte damit hinlänglich abgesteckt sein. Verwunderlich ist nicht, dass in der Literatur insbesondere das Verhältnis der *Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertrages* zu der *Adäquanztheorie* sehr strittig ist. Selbst wenn die strengeren Kriterien der Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertrages bei der Zurechnung zwischen Norm, Verhalten und Schaden zugrunde gelegt werden, so wäre die Wertung, was als haftungsausfüllend vom relevanten

⁴⁴Wagner in MüKo (Fußnote 12) zu § 823 Rdnr.302.

⁴⁵BGHZ 43, S.173; 70, S.374; BGH in NJW 1986, S.1329, OLG Zweibrücken in MDR 1997, S.549/550, OLG Hamm in MDR 1990, S.447.

⁴⁶Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Heidelberg 2003, Rdnr.1299; Wagner in MüKo (Fußnote 12) zu § 823 Rdnr.303; Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) zu § 823 Rdnr.26, der mit Berufung auf Larenz für diese Lehre einen schmalen Anwendungsbereich sieht.

⁴⁷Diese Lehre wird regelmäßig auch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang oder vom haftungsrechtlichen Zusammenhang (BGHZ 107, S.359; BGH in NJW 1991, S.3275) genannt und ist für den Fall des § 823 Abs. 2 BGB seit jeher und allgemein anerkannt. Ferner sind Normzwecküberlegungen für die Zurechnung bei Gefährdungshaftungstatbeständen relevant. Nach dem Normzweck kann beurteilt werden, ob der Schaden die besondere Sach- bzw. Betriebsgefahr realisiert hat, vor deren Folgen der Geschädigte gerade durch die Gefährdungshaftung geschützt werden sollte; siehe Huber in JZ 1969, S.677/678.

⁴⁸Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) zu § 823 Rdnr. 26; Huber in JZ 1969, S.677/678.

⁴⁹Schellhammer (Fußnote 46) Rdnr.1299.

⁵⁰Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) Vor §§ 249-253, Rdnr.31.

⁵¹Vergleiche BGH-Urteil vom 25.9.2002 zum Geschäftszeichen IV ZR 284/01.

Verhalten normativ zu berücksichtigen wäre, am Schaden und damit am Erfolg orientiert. Das Problem hieran ist, dass es bei der haftungsausfüllenden Kausalität nicht um das Verhältnis Norm & Schaden, sondern um das Verhältnis Norm und schadensauslösendes Verhalten des Schädigers im Bezug zum Geschädigten geht.

Also auch *die Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertrages* vermag nicht (vollends) zu überzeugen, weil durch die Erfolgsorientiertheit auch ihr ein billigendes Element der Wertung immanent ist, das sich nicht ausschließlich normativ herleiten lässt. Von dort her ist die seit langem strittige Frage, ob *die Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertrages* alternativ, kumulativ oder ergänzend zur Anwendung kommen soll, nicht von übermäßig wichtiger Relevanz.

Selbst eine Zurechnung über die Realisierung des „typischen Risikos“⁵², das in diesem Zusammenhang darin besteht, dass sich der/die SachbearbeiterIn menschlich über eine zuweilen komplizierte Rechtsfrage irren kann und mithin zu falschen Ergebnissen kommen könnte, dürfte für sich die Zurechnung nicht begründen. Indes wirkt die Realisierung des „typischen Risikos“ argumentativ unterstützend hinsichtlich der schuldhaften Pflichtverletzung des FD&D-Versicherers schon, wenn die Zurechnung aufgrund rechtsgeschäftlich begründeter Zuständigkeit erfolgt.

Die Lösung knüpft an den zwischen den Parteien geschlossenen Versicherungsvertrag, mithin an die Versicherungspolice (einschließlich der mit ihr vereinbarten Versicherungsbedingungen) an⁵³. Hiernach sind die Verantwortungssphären beider Parteien definiert. Es gilt – zumindest nach deutschem Recht – bei einer FD&D-Versicherung nicht das angelsächsische Claims-made-, sondern das Verstoßprinzip⁵⁴. Der Versicherungsnehmer hat vor allem seine Prämie zu zahlen und – im Falle eines Versicherungsfalles – schlüssig darzulegen, dass sich ein versichertes Risiko realisiert hat (so genannter „clean claim“). Die Versicherer haben sodann zu prüfen, ob auch ihrer Einschätzung nach der Versicherungsfall nach dem vom Versicherungsnehmer vorgetragenen Sachverhalt⁵⁵ gegeben ist und ob eine überwiegende Erfolgsaussicht besteht. Bei jeweils positiver Prognose haben dann die Versicherer – entsprechend ihren Versicherungsbedingungen – diese Angelegenheit zu managen. Sollte ihnen bei dem Management des Versicherungsfalles ein Fehler unterlaufen, so sind die Versicherer ausschließlich für diesen Fehler zuständig⁵⁶. Die aus diesem Fehler erwachsenen Konsequenzen sind ausschließlich den Versicherern zuzurechnen, weil sie durch die rechtsgeschäftlich begründete Zuständigkeit den aufgrund dieses Fehlers basierenden eigenständigen, neuen schadenstiftenden Ereignisablauf dominieren⁵⁷.

⁵² Das Kriterium des „typischen Risikos“ dient der Einbeziehung von Schäden in den Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag; siehe BGH in NJW 1993, S.2234/2285; ferner kritisch Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, Köln u.a. 2002, Rdnr.428. Es ist offensichtlich, dass dieses Kriterium wesentlich enger ist als das der Adäquanz. Es sei hier unterstellt, dass das „typische Risiko“ als Zurechnungskriterium auf das Versicherungsverhältnis zwischen FD&D-Versicherer und Versicherungsnehmer anwendbar ist.

⁵³ Für eine Begrenzung der Schadenersatzhaftung wegen Vertragsverletzungen nach dem Vertragszweck Rabel, Das Recht des Warenkaufs I 1936, S.495 ff.

⁵⁴ Grams in ARGE Versicherungsrecht im DAV (Hrsg.), Der Eintritt des Versicherungsfalles, Bonn 2003, S.51 ff. Nach dem Verstoßprinzip gilt, dass für jeden, während der Policenlaufzeit anfallenden Versicherungsfall Deckungsschutz bestehen muss, auch wenn sich der Versicherungsfall erst wesentlich später nach Ablauf der Police artikuliert; Grams ebenda, S.52. Demgegenüber stellt das angelsächsische Claims-Made-Prinzip darauf ab, dass nur für sämtliche, während der Policenlaufzeit gemeldete Versicherungsfälle Deckungsschutz besteht; Grams ebenda, S.54.

⁵⁵ Dem Versicherer steht, soweit möglich, es frei, auf eigene Kosten (weitere) Sachverhaltsaufklärung zu betreiben. Die dadurch gewonnenen Kenntnisse können sehr wohl zum Nachteil des Versicherungsnehmers genutzt werden.

⁵⁶ Neben dem Versicherungsvertrag können Gesetze die Zuständigkeit hinsichtlich des Unterlassens schädigenden Verhaltens begründen. Im Versicherungsvertragsverhältnis zwischen FD&D-Versicherer und Versicherungsnehmer kommen die Regelungen des VVG nach § 186 VVG aber nicht zur Anwendung.

⁵⁷ Vergleiche, auch wenn in anderem inhaltlichen Zusammenhang, OLG Stuttgart nach BGH in NJW 1997, S.865.

Eine derart begründete Zurechnung bedingt den Vorteil, dass die Zurechnung durch den Versicherungsvertrag selbst aufgrund der dort definierten Zuständigkeitssphären erfolgt, und mithin auf billigende Kriterien, denen stets ein willkürliches Element anheim ist, argumentativ verzichtet wird⁵⁸. Dies bedingt, dass nicht nur die haftungsbegründende, sondern auch die haftungsausfüllende Kausalität weniger naturwissenschaftlich⁵⁹, vielmehr normativ bestimmt wird. Bezweckt wird damit, dass die normative Beziehung zwischen schadensauslösendem Verhalten und Schadensumfang systematisch hergeleitet wird. Die Bestimmung des Schadensersatzes erfolgt abstrakt nach ausschließlich rechtlichen Kriterien. Eklektizistische Argumentationsstrukturen, die Wertungen in die jeweilige Analyse integrieren und mithin keine normative Verhaltensorientierung garantieren, werden vermieden. Selbst bei der *Lehre vom Schutzbereich der Norm bzw. des Vertrages* wird nicht auf billigende Elemente verzichtet, da die Entscheidung, dass das jeweilige Schadensausmaß den Zweck der Norm bzw. des Vertrages verletzt haben soll, auf eine billigende Entscheidung basieren kann, und damit einer pragmatischen, nicht unbedingten normativen Zurechnung gefolgt wird.

Jedenfalls ist dogmatisch zu differenzieren, ob es sich bei dem Verhalten wirklich um ein Kriterium der Zurechnung handelt, oder das Verhalten des FD&D-Versicherers als solches in subjektiver Hinsicht als (groß) fahrlässig oder vorsätzlich beurteilt werden muss⁶⁰.

4. Die schuldhaftige Pflichtverletzung des FD&D-Versicherers

Einer Schadensersatzpflicht ist hinsichtlich des Schädigers neben dem objektiven Vorwurf der (objektiven) Tatbestandsverwirklichung der subjektive Vorwurf der vom Schädiger nicht entsprechend erkannten Vorhersehbarkeit immanent⁶¹, sofern der Schaden nicht vorsätzlich vom Schädiger herbeigeführt worden ist⁶². Dadurch bedingt handelt der Schädiger fahrlässig, mithin schuldhaft⁶³.

Die (zunächst kommerzielle, erst im folgenden sich juristisch ausgestaltende) Mitverantwortung der FD&D-Versicherung für die Entscheidungsgrundlagen, nach denen Versicherer und Versicherungsnehmer entscheiden (können), ob (gegebenenfalls schieds-) gerichtlich gegen den Anspruchsgegner vorgegangen bzw. sich gegen diesen verteidigt werden soll, begründet im Verhältnis Versicherer und Versicherungsnehmer die Verpflichtung des FD&D-Versicherers, dafür einzutreten, dass die zugunsten des Versicherungsnehmers sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich ermittelt werden. Dies gilt umso mehr, als dass nach den marktüblichen FD&D-Versicherungsbedingungen die jeweiligen FD&D-Versicherer sich dort das Management des relevanten Claims wirksam ausbedungen haben. Verletzt der FD&D-Versicherer diese Pflicht mit der Folge, dass bei der Entscheidung, ob (gegebenenfalls schieds-) gerichtlich gegen den Anspruchsgegner vorgegangen werden soll oder nicht, zugunsten des Versicherungsnehmers sprechende Gesichtspunkte übersehen werden, so kann dies – wie sich der BGH auszudrücken pflegen würde – grundsätzlich die Verantwortung des FD&D-Versicherers gegenüber seinem Versicherungsnehmer nicht berühren, selbst dann,

⁵⁸Oetker in MüKo (Fußnote 12) weist darauf hin, dass eine normative derartige Schadensanalyse und Verantwortungszurechnung grundsätzlich im Vertragsrecht auch anerkannt ist.

⁵⁹So aber Schellhammer (Fußnote 46) Rdnr. 1284.

⁶⁰Huber in JZ 1969, S.677/680.

⁶¹Huber in JZ 1969, S.677/679.

⁶²Vergleiche BAG in MDR 1990, S.1142, wonach die Zurechnung entbehrlich ist, wenn sich der Vorsatz des Schädigers neben der Verletzungshandlung auch auf den Schadenserfolg bezieht. Dann sei der Schädiger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt schutzwürdig, mag der Erfolgseintritt noch so unwahrscheinlich sein. Mithin habe der Schädiger für den Schaden in voller Höhe einzustehen.

Eine derartige Rechtsprechung ist sehr problematisch, da sie billigend ihr Ergebnis auf subjektive Elemente stützt, nicht konsequent normativ ihr Ergebnis herleitet.

⁶³Huber in JZ 1969, S.677/680.

wenn dem Versicherungsnehmer entweder bei der Entscheidungsfindung ebenfalls ein Fehler unterlaufen ist, oder er – aus welchen Gründen auch immer – der Ansicht ist, diese betreffende Ansicht nicht weiter zu verfolgen⁶⁴.

Eine Rechtsfrage, richtig einzuschätzen, gehört zu den Kardinalpflichten des FD&D-Versicherers. Unterläuft ihm hierbei ein Fehler, so begründet dies seine Haftung gegenüber dem jeweiligen Versicherungsnehmer. Grundsätzlich gilt dies unabhängig von dem Ausgang der jeweiligen Angelegenheit. Dies hat für Versicherungsnehmer die angenehme Konsequenz, sich hinsichtlich der Schadloshaltung noch an den FD&D-Versicherer halten zu können.

Ausdrücklich sei auf das für den Versicherungsnehmer günstige rechtliche Kriterium hingewiesen, das für den FD&D-Versicherer seine Performance die haftungsrechtliche relevante Achillesferse darstellen dürfte: Es reicht für die Haftung des FD&D-Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer aus, dass seine schuldhaftige Pflichtverletzung lediglich *mitursächlich* gewesen sein muss, dass die jeweilige Schadensangelegenheit entweder nicht weiter vom Versicherungsnehmer (außergerichtlich) verfolgt wird, der Versicherungsnehmer nicht optimal (schieds-) gerichtlich das realisiert, was er bei der fehlerfreien Performance des FD&D-Versicherers hätte realisieren können, oder er sich infolge der schuldhaften Pflichtverletzung des FD&D-Versicherers – bei Meinungsverschiedenheiten zwischen FD&D-Versicherer und Versicherungsnehmer auch im Innenverhältnis – nicht so optimal verteidigen kann, wie dies ohne Pflichtverletzung des FD&D-Versicherers möglich gewesen wäre. Sobald auch aus dem fehlerhaften Claims-Management des FD&D-Versicherers dem Versicherungsnehmer ein Schaden erwächst, haftet der FD&D-Versicherer hierfür dem Versicherungsnehmer auf den gesamten Schaden.

Es sei darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass der FD&D-Versicherer es unterläßt, auch im Zusammenhang mit der Aufklärung eines Sachverhalts eine Rechtsfrage im Sinne der einschlägigen Charterparty klären zu lassen, ein grob fahrlässiges Verhalten von ihm darstellt.

Grobe Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlich hohem Maß; also das, was jedem im gegebenen Fall hätte einleuchten müssen, wird nicht beachtet. Dies ist der Fall, wenn einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden⁶⁵.

Während die „einfache“ Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 BGB sich – objektiv – an der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ orientiert, kommt es bei der groben Fahrlässigkeit auch auf die subjektiven persönlichen Verhältnisse des Handelnden an⁶⁶. Ferner gilt nach der BGH-Rechtsprechung⁶⁷, dass trotz einer fortgesetzten Geschäftsbeziehung die Berufung auf grobe Fahrlässigkeit zulässig ist.

In Anbetracht der globalisierten Verhältnisse in der Seeschifffahrt ist der Umgang mit Sachverhalten von internationaler Tragweite und gewillkürten Rechtswahlvereinbarungen infolge der Verwendung von Standardfrachtverträgen Tagesgeschäft für den FD&D-Versicherer mit seinem weltweiten Netz von Vertrauensanwälten. Deshalb ist die Unterlassung der Klärung, wie eine Rechtsfrage nach dem Recht, das nach der einschlägigen Charterparty zur Anwendung kommt, zu beurteilen ist, eine extreme Außerachtlassung dessen, was offensichtlich notwendig ist, um die Erfolgsaussicht in der jeweiligen Angelegenheit zu beurteilen. Mithin ist hierdurch grob

⁶⁴ Vergleiche BGH in MDR 1988, S.770 f.; hiernach kann einem Rechtsanwalt der durch eine fehlerhafte Gerichtsentscheidung verursachte Schaden haftungsrechtlich zugerechnet werden, wenn die gerichtliche Entscheidung durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Anwalts mitverursacht worden ist.

⁶⁵ BGHZ 77, 276; 89, 161; BGH in NJW 1994, S.2094 (ständige Rechtsprechung); Teichmann in Jauernig (Fußnote 12) zu § 276 Rdnr.33.

⁶⁶ BGH in NJW-RR 1989, S.340; in MDR 1985, S.557; Heinrichs in Palandt (Rdnr.11) zu § 277 Rdnr.3 mit weiteren Nachweisen; van Bühren in MDR 1997, S.799/800.

⁶⁷ BGH in MDR 1999, S.172.

fahrlässiges Verhalten durch den FD&D-Versicherer verwirklicht.

5. Haftungsausschlüsse

Haftungsausschlüsse sind in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), sofern der FD&D-Versicherer als Personen- oder Kapitalgesellschaft, oder in Form einer Satzungsklausel, soweit der FD&D-Versicherer als ein Verein auf Gegenseitigkeit organisiert ist, realisierbar.

Eigentlich geht es dabei um die Frage, ob die rechtliche Verfasstheit des FD&D-Versicherers einen Einfluß auf die materiell-rechtliche Beurteilung einer Rechtsposition des Versicherungsnehmers oder diese einen Einfluß auf die (zivil-) prozessuale Durchsetzung haben kann. Letzteres würde bedeuten, dass materiellrechtlich eine Position des Versicherungsnehmers zu bestätigen wäre, dieser zunächst freiwillig und im vornherein grundsätzlich darauf verzichtet, diese (vermögenswerte) Position gegen die Versicherer durchzusetzen.

5.1. Verein auf Gegenseitigkeit (V.a.G.)

Auch im Bereich der FD&D-Versicherung ist der Verein auf Gegenseitigkeit verbreitet⁶⁸. Hierbei handelt es sich vom Ursprung der Verfasstheitsform her um Personenvereinigungen in England, die sich auf Gegenseitigkeit zunächst gegen Kaskorisiken ihrer Schiffe versicherten. Derartige Personenvereinigungen zur gegenseitigen Versicherung wurden Mitte des 19. Jahrhunderts auf andere versicherbaren Interessen, so insbesondere auf die Haftpflicht, erweitert⁶⁹. Vor diesem Hintergrund basiert die durch die Mitgliedschaft bedingte Versicherung nicht nur auf einem Versicherungsprinzip, sondern ist zugleich Ausdruck branchenspezifischer Solidarität.

In Bezug auf die Absicherung von FD&D-Risiken vollziehen sich in dem Beitritt des einzelnen Mitgliedskandidaten zu einem entsprechenden Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit die Anerkennung dieses Kandidaten als Mitglied einer FD&D-Gefährdetengemeinschaft und das Zugeständnis dieses Kandidaten, dass die Absicherung in einer Gemeinschaft unter anerkannten Gleichen effektiver, zumindest kostengünstiger erfolgen kann. Damit einhergeht die Einsicht des einzelnen Mitgliedskandidaten, dass die Risiken, gegen die es sich durch den Beitritt in den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit absichert, seine individuelle Leistungsfähigkeit (sei es individuell oder fachlich) überschreiten und durch eine Gemeinschaft von Gleichen besser abgedeckt werden können.

Da sich derartige Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit häufig aus Reedern auf (relativ) lokaler bzw. regionaler Ebene generieren, stellt sich die Frage, ob ein solcher Verein durch eine entsprechende Ausgestaltung seiner Satzung entweder bestimmen kann,

- a) dass das Mitglied keinen Anspruch gegen diesen Verein auf Gegenseitigkeit haben kann, hiernach die FD&D-Versicherung als Verein als Gegenseitigkeit stets als Stellvertreter des Versicherungsnehmers handelt und dieser von jeglichen Schadensersatzansprüchen im Innenverhältnis freigestellt ist⁷⁰;

oder

- b) dass ein Anspruch eines Mitglieds gegen den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sich nicht durchsetzen lässt, das jeweilige Mitglied somit einen Rechtsbehelfsverzicht qua Beitritt zum Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit erklärt.

⁶⁸ Zum Beispiel: Schutzverein Deutscher Rheder V.a.G., Hamburg, im Internet: www.shipdefence.de. Eine solche Vereinsstruktur beurteilt sich nach §§ 15 ff. VAG.

⁶⁹ Siehe zum Ganzen Schwampe in Thume, de la Motte – Transportversicherungsrecht, München 2004, Kap.5/RdNr.65.

⁷⁰ Diese Option wird im folgenden nicht weiter beachtet, da im Ergebnis eine Schadensersatzklage als in der Sache unbegründet zurückgewiesen werden würde. Damit stellen sich beide Optionen im Ergebnis gleich.

Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, der die Deckung der FD&D-Risiken seiner Mitglieder zum Zweck hat, stellt einen wirtschaftlichen Verein im Sinne von § 15 VAG dar. Die Versicherertätigkeit des Vereins zielt auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 14 AO ab. Danach ist ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eine selbständige, nachhaltige Tätigkeit, durch die Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgehen. Nachhaltig ist die Vereinstätigkeit, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich⁷¹.

Auch bei einem Verein auf Gegenseitigkeit stellt die Satzung dessen Verfassung im Sinne von § 17 VAG dar. In der Satzung wird der Verein – als Ausfluss der Vereinsautonomie – selbst die ihn betreffenden Rechtsverhältnisse regeln. Diese Rechtssetzungskompetenz ist nur insoweit Grenzen unterworfen, wie sie durch das zwingende Vereinsrecht, das in den §§ 15 ff. VAG, 21 ff. BGB normiert ist, definiert werden. Ferner darf nach § 134 BGB nicht gegen ein gesetzliches Verbot und nach § 138 BGB nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden⁷².

Ein in der Satzung definierter und durch den Vereinsbeitritt erklärter Rechtsbehelfsverzicht, soweit er sich auf Forderungen gegen den Verein auf Gegenseitigkeit bezieht, ist mithin zulässig. Ein solcher Rechtsbehelfsverzicht verstößt weder gegen das zwingende Vereinsrecht nach §§ 15 ff. VAG, 21 ff. BGB noch gegen ein gesetzliches Verbot und ebenfalls nicht gegen die guten Sitten.

In diesem Zusammenhang muss die Absicherung von FD&D-Risiken und infolgedessen der Beitritt zu einem entsprechenden Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit als Ausdruck von Selbstverantwortung anerkannt werden. Vor diesem Hintergrund überschreitet zumindest ein mit dem Beitritt zu einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit erklärter Rechtsbehelfsverzicht nicht die rechtlichen Grenzen der (wirtschafts-) rechtlichen Selbstbestimmung des einzelnen.

Dieser Rechtsbehelfsverzicht gilt pauschal und greift im Verhältnis Mitglied – Verein selbst, sollte das Vereinsmanagement aus grober Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz zum Schaden des einzelnen Mitglieds handeln bzw. durch Angestellte handeln lassen. In einem solchen Fall müssten im Innenverhältnis arbeitsrechtliche Maßnahmen (Abmahnung, Kündigung) – indes ohne Präjudiz für Schadensersatzansprüche des Mitglieds gegen das Vereinsmanagement persönlich – in Betracht gezogen werden.

Sollte ein Rechtsbehelfsverzicht in der Satzung enthalten sein, so hat das jeweilige Mitglied keine Möglichkeit, seine, gegen den Verein auf Gegenseitigkeit gerichtete Forderung einzuklagen.

5.2. Haftungsausschluss durch AGB

Sofern nicht als Verein auf Gegenseitigkeit korporiert, dürfte der FD&D-Versicherer als GmbH⁷³ gesellschaftsrechtlich organisiert sein. Als solche wird der FD&D-Versicherer seine Allgemeinen Geschäfts- bzw. Versicherungsbedingungen wirksam in dem Versicherungsvertrag vereinbaren.

⁷¹ Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Auflage, Köln 2004, Rdnr.51; siehe auch Rdnr. 62, Erläuterung zu § 64 AO, S.64.

⁷² Stöber (Fußnote 71) Rdnr.28.

⁷³ Am Markt vertreten sind so genannte Managermodelle. Dabei übernimmt eine Managerfirma für eine Reihe von Versicherern die Administration und die Abarbeitung der einzelnen Versicherungsfälle. Als solche ist die Managerfirma für die hinter der FD&D-Versicherung stehenden Versicherer im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer Stellvertreter im Sinne von § 164 Abs.1 S.1 BGB. Die hinter der FD&D-Versicherung stehenden Versicherer haften dem jeweiligen Versicherungsnehmer als Gesamtschuldner nach §§ 421 ff. BGB. Im Innenverhältnis der Versicherer untereinander wird der Ausgleich entsprechend der jeweiligen Zeichnungsanteile vorgenommen.

Eine Risikoabwälzung mittels einer Klausel, durch die der AGB-Verwender sich von wesentlichen Vertragspflichten freizeichnet, ist auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam⁷⁴. Von daher dürfte die Wirksamkeitskontrolle eine Allgemeine Geschäftsbedingung nicht bestehen, mit der pauschal die Haftung für Folgen, die durch die mangelhafte Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten des FD&D-Versicherers eintreten, ausgeschlossen wird.

Mithin könnte eine Allgemeine Geschäftsbedingung des FD&D-Versicherers nach den Kriterien der BGH-Rechtsprechung Bestand haben, nach der sich die Haftung des FD&D-Versicherers im Einzelfall begrenzt, aber nicht im vornherein ausschliesst.

Ein Haftungsausschluss per Allgemeiner Geschäftsbedingung könnte nach BGH-Rechtsprechung⁷⁵ als zulässig erachtet werden, wenn final der Versicherungsnehmer alle Kosten zu tragen hat. Eine Unwirksamkeit einer solchen Allgemeinen Geschäftsbedingung würde eine wirtschaftlich wenig sinnvolle Lösung darstellen, zu der das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vertragsparteien nicht drängen sollte⁷⁶.

Der FD&D-Versicherer kann sich diese Rechtsprechung in seinen (Allgemeinen) Versicherungsbedingungen nicht zunutze machen. Der Schiffseigner ist gegen Schäden aus dem fehlerhaften Claims-Management des FD&D-Versicherers nicht versicherungstechnisch abgesichert. Des weiteren bedingt die Möglichkeit, Versicherungsleistungen für den Versicherungsnehmer günstiger zu kalkulieren, keine Rechtfertigung eines pauschalen Haftungsausschlusses durch eine Allgemeine Geschäfts- bzw. Versicherungsbedingung⁷⁷. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers dar, der für die beachtliche Verschlechterung seiner vertragsmäßigen Rechte und der damit verbundenen kommerziellen Nachteile nur durch einen meist nur geringfügigen Preis-, also Prämienvorteil kompensiert würde⁷⁸.

Schließlich ist die Haftung für grobe Fahrlässigkeit (und Vorsatz), somit für grobes Verschulden per Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 309 Ziffer 7 lit. b BGB nicht abdingbar. Da sein Verhalten im Fallbeispiel als grob fahrlässig zu kennzeichnen ist, ist es mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den FD&D-Versicherer nicht möglich, seine Haftung gegenüber dem Versicherungsnehmer abzubedingen.

Bei fahrlässig fehlerhaften Verhalten des FD&D-Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer, der stets auch Kaufmann ist, bemisst sich die Wirksamkeit einer Allgemeinen Geschäfts- bzw. Versicherungsbedingung, nach der eine Haftung limitiert wird, nach der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 + 2 BGB. Hiernach kommt es maßgeblich darauf an, ob diese Bedingung eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners darstellt⁷⁹.

Eine unangemessene Benachteiligung folgt aus einer überindividuellen, von den Umständen des Einzelfalls abstrahierenden Betrachtungsweise⁸⁰. Im Sinne des § 310 Abs.1 S.2 Hs.2 BGB muss

⁷⁴ BGH in MDR 1993, S.212 mit weiteren Nachweisen. Der BGH führt in diesem Urteil aus, dass die Begrenzung der Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auf einen Höchstbetrag in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch gegenüber Kaufleuten nicht wirksam ist, wenn der Höchstbetrag die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt.

⁷⁵ BGH in NJW 1988, S.1785/1787; der BGH hat einen Haftungsausschluss aufgrund einer Allgemeiner Geschäftsbedingung einer Schiffsreparaturwerft als wirksam angesehen, weil das Schiff von sich aus während der Wertzeit versicherungstechnisch auch gegen solche Schäden, die sich in der Risikosphäre der Werft realisiert haben, abgesichert ist und der Eigner über einen erhöhten Werklohn mittelbar die entsprechende Haftpflichtversicherungsprämie der Werft eh tragen müsste.

⁷⁶ Stoffels, AGB-Recht, München 2003, Rdnr.492.

⁷⁷ Vergleiche BGH in NJW 1993, S.2442/2444; 1998, S.1640/1644.

⁷⁸ Siehe auch Stoffels (Fußnote 76) Rdnr.493.

⁷⁹ Vergleiche BGH in MDR 2005, S.441/442 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

⁸⁰ Stoffels (Fußnote 76) Rdnr.552; Heinrichs in Palandt (Fußnote 11) zu § 307 Rdnr.60.

dieser Betrachtungsmaßstab dahingehend angeglichen werden, als dass vor allem in der jeweiligen Branche bestehende Handelsbräuche und die zumeist größere rechtsgeschäftliche Erfahrung der Vertragsparteien bei der Betrachtung und mithin bei Ermittlung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind⁸¹.

Hierdurch entsteht ein branchentypischer Wertungsspielraum. Danach kann es infolge von kommerziellen Interessen und Bedürfnissen hinsichtlich einer zügigen und reibungslosen Geschäftsabwicklung sein, dass eine im nichtunternehmerischen Geschäftsverkehr als unwirksam erachtete Bedingung unter Unternehmern als angemessen gilt⁸².

Ein solcher Ausnahmetatbestand wäre gegeben, wenn es für den FD&D-Versicherer zulässig wäre, seine Haftung auf Bagatellbeträge zu limitieren, die in keiner Weise geeignet sind, dem Versicherungsnehmer seinen Schaden überhaupt nennenswert zu kompensieren.

Dies ist indes nicht der Fall⁸³. Da die Haftung des FD&D-Versicherers nur insoweit limitiert werden kann, als dass vertragstypische, vorhersehbare Schäden des Versicherungsnehmers im Haftungsfall von der FD&D-Versicherung beglichen werden müssen, dürfte eine Beschränkung deren Haftung insoweit zulässig sein, dass nur Schäden, die unmittelbar aus der Police erwachsen, nicht von dem Haftungsausschluss per Allgemeiner Geschäfts- bzw. Versicherungsbedingung betroffen sind. Eine Haftungsbeschränkungsklausel dürfte eine gerichtliche Inhaltskontrolle bestehen, wenn danach Folgeschäden von der Haftung der FD&D-Versicherung ausgeschlossen wären. Als Haftungsrisiko für die FD&D-Versicherung verbleiben die Kosten, die in den jeweiligen Einzelfällen unmittelbar aus der Police erwachsen wären. Konkret anhand des Fallbeispiels heißt das, dass die FD&D-Versicherung ihrem Versicherungsnehmer in Höhe der Rechtsverfolgungskosten haftet, die entstanden wären, wenn die Arbitrage bzw. das Gerichtsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre. Für die streitgegenständliche Hauptforderung als solche bräuchte die FD&D-Versicherung nicht zu haften.

Maximal dürfte damit die potentielle Haftung des FD&D-Versicherers pro Versicherungsfall auf die Höhe der Prämie begrenzt sein. Mit Erstattung der Prämie wäre der Versicherungsnehmer so gestellt, als hätte er diesen FD&D-Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen.

6. Zusammenfassung

Der Schutzzweck der verletzten Pflicht des FD&D-Versicherers nach dem FD&D-Versicherungsvertrag rechtfertigt es, sofern nicht ein Haftungsausschluss zum Tragen kommt, dass er ungeachtet der mitwirkenden Fehler anderer für die Folgen dieser Pflichtverletzung einstehen muss⁸⁴.

Eine Möglichkeit, dem vorzubeugen, wäre zum Beispiel versicherungsvertraglich zu vereinbaren bzw. bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in der Satzung festzulegen, dass in dem Fall, in dem der Versicherer die Deckungszusage verweigert, der Versicherungsnehmer hingegen die Erfolgsaussicht in der Sache weiterhin bejaht, ein unabhängiger Schiedsrichter benannt, dessen Entscheidung als final und bindend für Versicherer und Versicherungsnehmer erachtet wird. Die Interessen des Versicherungsnehmers wären angemessen gewahrt. Gelingt es ihm nicht, den Schiedsrichter von seiner Meinung zu überzeugen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass er in dem von ihm begehrten Verfahren auch den zuständigen Spruchkörper nicht davon würde überzeugen können, dass er Recht hat.

Ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit hat überdies die Möglichkeit, einen Haftungsausschluss zugunsten des Vereins in seiner Satzung festzulegen.

⁸¹Stoffels ebenda.

⁸²Stoffels ebenda.

⁸³Etwas anderes könnte gelten, wenn dem Versicherungsnehmer im vornherein eine Versicherung zu moderaten Prämien angeboten würde, mit der die Realisierung des Haftungsrisikos des FD&D-Versicherers ausgeschlossen würde. Hierauf müsste vor Abschluss des Versicherungsvertrages seitens des Versicherers hingewiesen werden. Dies käme einem vertraglichen Haftungsausschluss zugunsten des Versicherers gleich.

⁸⁴Vergleiche BGH in MDR 1988, S.770/771; ferner BGH in MDR 1993, S.692/693 bezüglich Notarhaftung.

Die Moral aus der Geschichte: Ein FD&D-Versicherer muss sich selbst dann noch hinterfragen, wenn er meint, über hinreichend Wissen zu verfügen. Sie sitzen nicht in dem Elfenbeinturm, in dem sie sich - nach der praktischen Erfahrung des Verfassers - zu wähnen glauben; FD&D-Versicherungen sind - zumindest wenn deutsches Recht Anwendung findet - nicht schlachtunfähige Kühe, die von einem ihrer Versicherungsnehmer nicht zur Beklagtenbank gezerrt werden.

Für den FD&D-Versicherungsnehmer gilt die Entscheidung seines FD&D-Versicherers nicht als päpstliches Dogma der Unfehlbarkeit. Bisweilen lohnt die Arbeit, die Entscheidung des FD&D-Versicherers nicht zu akzeptieren, selbst wenn dies aussichtslos erscheint. Für ihn haben zuweilen neue Erkenntnisse einen profitablen Wert.

SCHRIFTEN DES
DEUTSCHEN VEREINS FÜR INTERNATIONALES SEERECHT

REIHE A: BERICHTE UND VORTRÄGE

- Heft 85 A s a r i o t i s, Regina, LL.M.
Der englische Carriage of Goods by Sea Act 1924, 1994
- Heft 86 J e n i s c h, Dr., Uwe
Das UN-Seerechtsübereinkommen tritt in Kraft, 1994
- Heft 87 E r b g u t h, Prof. Dr., Wilfried
Die Zweitregisterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, 1995
- Heft 88 G r u e n d e l, Robert J.
Maritime Arrest and Attachment Procedures in the United States, 1995
- Heft 89 S c h m i d t, Prof. Dr., Karsten
Die Partenreederei – Stiefkind des Unternehmensrechts?, 1996
- Heft 90 J a c o b s s o n, Måns
Internationales Schadenersatzrecht für Ölverschmutzungsschäden beim
Seetransport – Entwicklung in den letzten Jahren und Zukunftsperspektiven, 1998
- Heft 91 100 Jahre
Deutscher Verein für Internationales Seerecht, 1998
- Heft 92 L a g o n i, Prof. Dr., Rainer und v o n B r e v e r n, Hartmut
Folgen des SAIGA-Urteils des Internationalen Seegerichtshofs
für die Seeschifffahrt, 2000
- Heft 93 L o o k s, Dr., Volker
Rechtliche Auswirkungen des ISM Code, 2000
- Heft 94 R e m é, Dr., Thomas M.
Deutsche Rechtsprechung zum Seeversicherungsrecht 1988 bis 1999, 2000
- Heft 95 K r a f t, Dr., Holger
Mediation – Die bessere Alternative zum streitigen Gerichtsverfahren? 2001
- Heft 96 v o n B o r r i e s, Nina
Neuere englische Rechtsprechung zum
Haftungsbeschränkungsübereinkommen 1976, 2002
- Heft 97 A t a m e r, Dr., Kerim
Ursprung und historischer Normzweck
des Schiffsgläubigerrechts, 2003
- Heft 98 H a s c h e, Dr., Christoph
Neueres Bergungsrecht, 2003
- Heft 99 L o o k s, Dr., Volker
Der Internationale Code für die Gefahrenabwehr auf Schiffen und
in Hafenanlagen (ISPS Code) – Rechtliche Fragestellungen –
Die Schifffahrt im Visier des Terrors

REIHE B: DOKUMENTE UND MATERIALIEN

- Heft 14 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister
der Justiz, A r b e i t s k r e i s I, 1985
- Heft 15 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister
der Justiz, A r b e i t s k r e i s II, 1985
- Heft 16 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister
der Justiz, A r b e i t s k r e i s III, 1985
- Heft 17 Die Protokolle von 1984 zum Ölhaftungsübereinkommen von 1969 und zum
Fondsübereinkommen von 1971 mit einem Beitrag von Dr. R. G a n t e n, 1986