

Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Richter am KG a.D. · *Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth*, Rechtsanwalt, vormals Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. · *Prof. Dr. Christoph Karczewski*, Vorsitzender Richter am BGH · *Monika Maria Risch*, Rechtsanwältin, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein · *Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier*, Richter des BVerfG a.D., Ombudsmann für Versicherungen · *Prof. Dr. Gerhard Wagner*, LL.M. · *Christian Wirth*, Rechtsanwalt

Schriftleitung:

Joachim Felsch, Richter am BGH a.D. (*Sprecher*): Sachversicherung, technische Versicherungen, sonstige Versicherungen (felsch.rus@t-online.de) · *Dr. Jens Rogler*, Vorsitzender Richter am LG (*stellv. Sprecher*): Reiseversicherung, Krankenversicherung, Straßenverkehrshaftung (dr.jens.rogler@gmx.de) · *Dr. Carla Burmann*, Rechtsanwältin: Medizinhaftung, Schadensersatz, Sozialversicherungsrecht (carlaburmann@kanzlei-johannsen.de) · *Dr. Florian Dallwig*, Rechtsanwalt und Notar: Haftung der freien Berufe (außer Medizinhaftung) (fdallwig@grueter.de) · *Dr. Ulf Hoenicke*: Lebens-, Berufsunfähigkeits-, Unfall- und Transportversicherung, Vertriebsrecht, Verfahrens- und Kostenrecht (ulf.hoenicke@t-online.de) · *Prof. Dr. Karl Maier*: Kraftfahrtversicherung (karl.maier@th-koeln.de) · *Monika Maria Risch*, Rechtsanwältin · *Mathis Rudy*, Vorsitzender Richter am LG: Versicherungsvertragsgesetz (rus@mathisrudy.de) · *Prof. Dr. Peter Schimikowski*, Rechtsanwalt: Allgemeine Haftpflichtversicherung, Rechtsschutzversicherung (peter.schimikowski@th-koeln.de)

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

Einsendungen, insbesondere Entscheidungseinsendungen, bitte an die Schriftleitung oder an rus@beck.de.

Aufsätze

Dr. Sven Erichsen und Elke Seiz*

Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 VVG (grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles) in der Cyber-Versicherung

Gliederung

- A. Einleitung
 - I. Anwendbarkeit von § 81 Abs. 2 VVG in der Cyberversicherung
 - 1. Abgrenzung § 81 VVG zu § 103 VVG
 - 2. Konkludente Abbedingung von § 81 Abs. 2 VVG durch die Versicherungsbedingungen
 - II. Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 VVG in der Cyber-Versicherung
 - 1. Herbeiführung des Versicherungsfalles durch Verletzung von IT-Sicherheitsstandards
 - a) Sicherheitsstandards
 - b) Erhebliche Unterschreitung der Sicherheitsstandards
 - 2. Grobe Fahrlässigkeit
 - a) Objektives Element
 - b) Subjektives Element
 - 3. Kausalität
- B. Fazit

deutung. Angreifer nutzen Schwachstellen im IT-System von Unternehmen als Einfallstor, um sich Zugang zum Unternehmensnetzwerk zu verschaffen und dort Schaden anzurichten. Gerade in den letzten Monaten ist die Anzahl der Schadenmeldungen wieder deutlich gestiegen. Mit dem Abziehen von sensiblen Kundendaten, Lahmlegen von Systemen und/oder der Forderung von Lösegeldern ist die Gefahr für Unternehmen sehr hoch, sich schnell einem Schaden in Millionenhöhe ausgesetzt zu sehen. Typische Schwachstellen, die von den Angreifern ausgenutzt werden, sind beispielsweise die Verwendung von Altsystemen, das Vorhandensein von ungepatchter Software oder das Fehlen von Multi-Faktor-Authentifizierung. Die Deckungsprüfung des VR konzentriert sich in diesen Fällen häufig auf die Frage, ob der VN vertragliche Anzeigepflichten verletzt hat, wenn die Angaben im Risikofragebogen des VR im Wider-

A. Einleitung

[1] Cyberfälle häufen sich und gewinnen in der Schadenbearbeitung bei VR und Maklern immer mehr an Be-

* Dr. Sven Erichsen ist Volljurist sowie Mit-Gründer und Geschäftsführer der Erichsen GmbH, welche sich im Mai 2022 mit dem Spezialmakler Finlex GmbH zusammengeschlossen hat. Derzeit ist Dr. Erichsen Non-Executive Director bei der Finlex GmbH. Elke Seiz ist ebenfalls Volljuristin und aktuell als Claims Counsel in der Schaden- und Rechtsabteilung der Finlex GmbH tätig.

spruch stehen zu den aufgrund des Cybervorfalles und den sich daran anschließenden forensischen Untersuchungen bekannt gewordenen Schwachstellen. Doch auch der Einwand, das Vorhandensein der Schwachstelle stelle eine grob fahrlässige – wenn nicht gar vorsätzliche – Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den VN dar (§ 81 Abs. 1 und 2 VVG) wird von VR erhoben.

[2] Im Mai 2023 erging zu den Voraussetzungen, unter denen sich VR auf den Tatbestand der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles gem. § 81 Abs. 2 VVG berufen können, die erste Rspr. eines deutschen Gerichtes zur Cyberversicherung. In dem Rechtsstreit, der dem Urteil des LG Tübingen vom 26.5.2023 – 4 O 193/21¹ – zugrunde liegt, stritten sich der VN und der Cyber-VR darum, ob ein bei dem VN eingetretener Cyber-Schadenfall vom Versicherungsschutz gedeckt ist. Bei dem Cybervorfall schleusten unbekannte Angreifer mittels einer Phishing-Mail einen Verschlüsselungs-Trojaner in das IT-System des VN und legten damit fast die gesamte IT-Infrastruktur des VN lahm. Der VR berief sich unter anderem darauf, dass der VN aufgrund fehlender bzw. unzureichender Sicherheitsmaßnahmen zur Abwehr eines Cyber-Angriffs den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt habe. Das LG Tübingen lehnte die Anwendung des § 81 Abs. 2 VVG mit der Begründung ab, dass im streitgegenständlichen Fall die betreffende Gefahrenlage – und damit auch die Sicherheitslücken – bereits bei Vertragsschluss bestand und bereits Grundlage der Risikoprüfung des VR war bzw. hätte sein können.

[3] Die Häufung von Cybervorfällen, in denen Angreifer IT-Sicherheitslücken als Einfallstor in das Unternehmensnetzwerk nutzen, sowie die Entscheidung des LG Tübingen geben Anlass, sich mit den Voraussetzungen des Einwands der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles detailliert auseinanderzusetzen und dabei insbesondere zu beleuchten, wann vorhandene Sicherheitslücken im IT-System des VN den Tatbestand des § 81 Abs. 2 VVG erfüllen.

I. Anwendbarkeit von § 81 Abs. 2 VVG in der Cyberversicherung

1. Abgrenzung § 81 VVG zu § 103 VVG

[4] Die Herbeiführung des Versicherungsfalles wird im VVG sowohl in § 81 VVG als auch in § 103 VVG geregelt. Während § 103 VVG auf die Haftpflichtversicherung anzuwenden ist, findet § 81 VVG hingegen auf die Schadensversicherung Anwendung. Zunächst ist festzustellen, welchem dieser Paragraphen im Rahmen der Cyberversicherung Bedeutung zukommt.

[5] Die Cyberversicherung ist ein Mehrspartenprodukt, welches Bausteine aus verschiedenen Versicherungssparten beinhaltet (z. B. Haftpflichtbaustein, Eigenschadenbaustein, Vertrauensschadenbaustein). Auf die unterschiedlichen Deckungsbausteine sind daher auch verschiedene Normen des VVG anwendbar. Grundsätzlich ist die Cyberversicherung eine Schadenversicherung, auf welche die §§ 74 bis 87 VVG anzuwenden sind². Auf den Haftpflichtteil der Cyberversicherung sind hingegen die §§ 100 bis § 112 VVG anwendbar³.

[6] Die in diesem Beitrag behandelte Regelung zur grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles gem. § 81 Abs. 2 VVG findet somit nur auf den Eigenschadenbaustein der Cyberversicherung Anwendung. Hierunter fallen beispielsweise Kosten, die dem VN im Zusammenhang

mit der Beauftragung von IT-Dienstleistern zur Vornahme von forensischen Untersuchungen des Cybervorfalles oder Wiederherstellung von Daten entstehen. Keine Anwendung findet § 81 Abs. 2 VVG hingegen auf die Haftpflichtkomponente der Cyberversicherung, auf welche die Regelung des § 103 VVG anzuwenden ist. § 103 VVG sieht vor, dass der VR nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn der VN vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat. Ein Ausschluss- bzw. Leistungskürzungsrecht für den Fall der groben Fahrlässigkeit sieht § 103 VVG – im Gegensatz zu § 81 VVG – hingegen nicht vor.

2. Konkludente Abbedingung von § 81 Abs. 2 VVG durch die Versicherungsbedingungen

[7] Bedingungswerke der Cyberversicherung enthalten in der Regel einen Ausschluss für vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen (so auch A1-17.10 AVB Cyber). Einen Ausschluss bzw. ein Kürzungsrecht des VR für den Fall der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles sehen die Versicherungsbedingungen in der Regel hingegen nicht vor⁴. In der Literatur ist daher umstritten, ob § 81 Abs. 2 VVG neben dem Ausschluss für Vorsatz und wissentliche Pflichtverletzung überhaupt anwendbar ist.

[8] Eine Ansicht geht davon aus, dass, wenn die Allgemeinen Versicherungsbedingungen lediglich einen bausteinübergreifenden subjektiven Risikoausschluss für die vorsätzliche oder auf wissentlicher Pflichtverletzung beruhende Herbeiführung des Versicherungsfalles enthalten, der durchschnittliche VN diese Vertragsgestaltung als eine Abbedingung des § 81 Abs. 2 VVG zu seinen Gunsten verstehen kann⁵. Begründet wird dies damit, dass ein durchschnittlicher VN berechtigterweise annehmen wird, dass der VR nur im Fall vorsätzlicher oder wissentlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles leistungsfrei ist, soweit die individuellen Vertragsparteile keine Leistungskürzung bei grober Fahrlässigkeit vorsehen⁶.

[9] Die Gegenmeinung hingegen verneint, dass die Vorsatz-Ausschluss-Klausel eine abschließende Regelung für Leistungsfreiheitstatbeständen darstellt und argumentiert, dass für einen geschäftserfahrenen VN erkennbar ist, dass es sich nicht um einen abschließenden Katalog von Leistungsfreiheitstatbeständen handelt⁷. Diese Auffassung kann jedoch nicht überzeugen. Angesichts der Komplexität der Zusammenhänge zwischen der Vielzahl von Ausschlüssen und Obliegenheiten in der Cyber-Versicherung und den Regelungen des VVG ist es selbst für einen verständigen VN überraschend, wenn zusätzlich zu den umfassenden Regelungen in den Cyber-Bedingungswerken ein allgemeiner Ausschluss

1 LG Tübingen, Urt. v. 26.5.2023 – 4 O 193/21, r+s 2023, 652.

2 Klimke in: Pröls/Martin, VVG: VVG, 31. Auflage 2021, Vorbemerkung zu A1-1 AVB Cyber Rn. 5.

3 Fortmann, Cyberversicherung: ein gutes Produkt mit noch einigen offenen Fragen, r+s 2019, 429.

4 Es gibt hingegen aber Bedingungswerke, in denen VR ausdrücklich darauf verzichten, sich im Fall einer grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles auf das Leistungskürzungsrecht gemäß § 81 Abs. 2 VVG zu berufen. In diesem Fall kommt dem nachfolgend dargestellten Meinungsstreit keine Bedeutung mehr zu, da die Anwendung von § 81 Abs. 2 VVG ausdrücklich ausgeschlossen ist.

5 Schilbach, VersicherungsPraxis 2/2023, S. 11; Klimke, in: Pröls/Martin, VVG: VVG, 31. Auflage 2021, AVB Cyber Abs. A1_17 A1-17 Rn. 30; König, in: Höra/Schubach, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 5. Auflage 2022, § 36 Rn. 151.

6 Schilbach, Typische Deckungseinwendungen in der Regulierung von Cyberschäden im Spannungsfeld zwischen Cyber- und D&O-Versicherung, VersicherungsPraxis 2/2023, S. 11.

7 Höld, Grob fahrlässige Schadenherbeiführung in der Cyberversicherung, VersR 2023, 353-358.

für grobe Fahrlässigkeit greift. Die Regelungen im Versicherungsvertrag müssen daher abschließend sein und es gibt keinen Raum mehr für die Anwendung des § 81 Abs. 2 VVG. So sieht es inzwischen scheinbar auch der GDV, der bei der Überarbeitung der neuen Musterbedingungen eine Anwendbarkeit des § 81 Abs. 2 VVG in der Cyberversicherung explizit ausschließen wird⁸.

II. Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 VVG in der Cyber-Versicherung

[10] Sofern § 81 Abs. 2 VVG anwendbar ist (und nicht konkludent oder ausdrücklich im Bedingungswerk abbedungen wurde), ist das Vorliegen der Voraussetzungen zu prüfen, unter denen die Unterschreitung von IT-Sicherheitsstandards eine grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls darstellt. § 81 Abs. 2 VVG setzt die Herbeiführung des Versicherungsfalls (1. = Rn. 11 ff.), ein grob fahrlässiges Handeln des VN (2. = Rn. 24 ff.) sowie Kausalität zwischen der Herbeiführung des Versicherungsfalls und dem grob fahrlässigen Handeln des VN (3. = Rn. 38 ff.) voraus. Dabei obliegt es dem VR, den Beweis für das Vorliegen der Voraussetzungen des Risikobegrenzungstatbestands des § 81 Abs. 2 VVG zu führen⁹. Auch für die Tatsachen, die für die Schwere des Verschuldens – und damit für den Umfang der Leistungskürzung – maßgeblich sind, ist der VR beweispflichtig¹⁰.

1. Herbeiführung des Versicherungsfalls durch Verletzung von IT-Sicherheitsstandards

[11] Die Herbeiführung des Versicherungsfalls kann durch positives Tun oder durch Unterlassen erfolgen¹¹. Im Falle des Unterschreitens von IT-Sicherheitsstandards wird der Vorwurf an den VN i. d. R. lauten, dass er trotz der dringenden Gefahr eines Cyber-Angriffs die ihm möglichen, geeigneten und zumutbaren Maßnahmen zum Schutz des versicherten Gegenstandes – die Einführung von zusätzlichen IT-Sicherheitsvorkehrungen – nicht ergriffen hat. Nach der Rspr. liegt in diesen Fällen ein Herbeiführen durch Unterlassen vor¹².

[12] Die Herbeiführung des Versicherungsfalls gem. § 81 Abs. 2 VVG erfordert ein Fehlverhalten des VN, mit dem er den vertragsgemäß vorausgesetzten Standard an Sicherheit in Bezug auf das versicherte Risiko deutlich unterschreitet¹³. Als Fehlverhalten kommt grundsätzlich auch die Verletzung von IT-Sicherheitsstandards in Betracht, wenn sich im IT-System des VN Schwachstellen befinden, die von gewissen Sicherheitsstandards abweichen.

a) Sicherheitsstandards

[13] Es stellt sich zunächst die Frage, auf welche Sicherheitsstandards im Rahmen von § 81 Abs. 2 VVG abgestellt werden kann. Mangels gesetzlicher Vorschriften zu den erforderlichen IT-Sicherheitsstandards, ist in erster Linie auf vertraglich vorausgesetzte bzw. für den konkreten Versicherungsvertrag relevante Sicherheitsstandards abzustellen. Fraglich ist aber, ob darüber hinaus auch sonstige – in allgemein gültigen Sicherheitsrichtlinien enthaltene – Sicherheitsstandards für den konkreten Versicherungsvertrag von Bedeutung sein können.

aa) Vertraglich vorausgesetzte Sicherheitsstandards

[14] Versicherungsverträge können vorsehen, dass bestimmte IT-Mindestvoraussetzungen durch den VN zu erfüllen sind. Marktübliche Sicherheitsstandards, welche für viele VR grundlegende Voraussetzung für die Zeichnung eines Cyberrisikos darstellen, sind die nachfolgenden:

- Multi-Faktor-Authentifizierung bei Fernzugriffen auf das Firmennetzwerk von außen,
- der Nichtbetrieb oder die vollständige Separierung von Altsystemen (auch Legacy-Systeme genannt), bei denen das Ende der Lebensdauer oder des End-of-Support Status erreicht ist,
- ein geregelter oder automatisierter Prozess zur vollständigen Datensicherung sowie eine Regelung zur sicheren und getrennten Aufbewahrung der Sicherungsdatenträger (offline oder in der Cloud),
- ein Prozess zur Verteilung und Durchführung von Updates für Software,
- ein regelmäßig aktualisiertes und funktionsfähiges Antivirenprogramm zum Schutz gegen Schadsoftware, das mit aktuellen Virendatenbanken betrieben wird,
- eine regelmäßig aktualisierte und funktionsfähige zentrale Firewall, welche den eingehenden Datenverkehr filtert.

[15] Diese und ähnliche Sicherheitsstandards können über vertragliche Obliegenheiten Bestandteil des Cyber-Versicherungsvertrages werden (so auch A1-16 AVB Cyber). Ist dies der Fall, hat der VN die IT-Sicherheitsstandards einzuhalten. Als Rechtsfolge einer grob fahrlässigen oder fahrlässigen Obliegenheit sehen die Versicherungsbedingungen in der Regel ein Kündigungsrecht des VR sowie – bei Vorsatz – die Leistungsfreiheit bzw. – bei grober Fahrlässigkeit – ein Leistungskürzungsrecht des VR vor (so auch B3-4 AVB Cyber).

[16] Viele Versicherungsverträge enthalten solche Obliegenheiten jedoch nicht. In diesen Fällen können dennoch Sicherheitsstandards durch den VR vertraglich vorausgesetzt sein, wenn der VR im Rahmen der vorvertraglichen Risikobewertung nach dem Vorhandensein von bestimmten IT-Sicherheitsstandards in Textform fragt und der VN das Vorhandensein bejaht (§§ 19 ff. VVG).

bb) Sonstige Sicherheitsstandards

[17] Es stellt sich die Frage, ob neben den für den konkreten Vertrag relevanten Sicherheitsstandards auch weitere Sicherheitsstandards im Rahmen der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls von Bedeutung sein können. Zu denken wäre beispielsweise an die BSI-Standards. Hierbei handelt es sich um Empfehlungen des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zu Methoden, Prozessen und Verfahren sowie Vorgehensweisen und Maßnahmen zu unterschiedlichen Aspekten der Informationssicherheit.

[18] In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass ein Anknüpfen an vertragliche (oder gesetzliche) Sicherheitsstandards keine Voraussetzung des § 81 VVG darstelle und vielmehr irgendein grob schuldhaftes Verhalten ausreichend sei,

8 Die Musterbedingungen werden z. Zt. überarbeitet. Laut Vorabversion mit Stand 2.10.2023, welche jedoch noch nicht verbindlich und/oder zitierfähig ist, soll § 81 Abs. 2 VVG im Vorsatzausschluss in A1.17.10 abbedungen werden.

9 St. Rspr. des BGH, vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 128/83, NJW 1985, 2648 = r+s 1985, 80; BGH, Urt. v. 31.10.1984 – IVa ZR 33/83, NJW 1985, 917 = r+s 1985, 1; BGH, Urt. v. 13.1.1975 – VII ZR 56/72, NJW 1975, 686.

10 Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 170.

11 BGH, Urt. v. 14.4.1976 – IV ZR 29/74, VersR 76, 649; BGH, Urt. v. 5.10.1983, IVa ZR 19/82, VersR 1984, 29 = r+s 1984, 24; BGH, Urt. v. 23.6.2004 – IV ZR 219/03, NJW-RR 2004, 1476 = r+s 2004, 376; Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 35; Staudinger/Aslan, Aufwendungsersatzanspruch bei der Cyber-Versicherung, r+s 2021, 489.

12 BGH, Urt. v. 14.4.1976 – IV ZR 29/74, VersR 76, 649.

13 BGH, Urt. v. 12.10.1988 – IVa ZR 46/87, r+s 1989, 62; BGH, Urt. v. 18.12.1996 – IV ZR 259/95, r+s 1997, 123.

das den Versicherungsfall herbeiführt¹⁴. Folgt man dieser Ansicht, kommt es im Rahmen von § 81 Abs. 2 VVG nicht darauf an, ob der konkrete Vertrag bestimmte IT-Sicherheitsstandards voraussetzt. Jegliche Unterschreitung von allgemeinen IT-Sicherheitsempfehlungen könnte grundsätzlich eine grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles darstellen.

[19] Die Rspr. und ein Teil der Literatur stellen hingegen darauf ab, ob das Verhalten des VN den als vertraglich vorausgesetzten Standard an Sicherheit deutlich unterschritten hat¹⁵. Entscheidend sind demnach die IT-Sicherheitsstandards, die im konkreten Vertrag vorausgesetzt werden. Diese Ansicht ist überzeugend, da sie durch das Abstellen auf vertraglich vereinbarte Pflichten und Vorgaben Rechtssicherheit schafft. Ein VN muss erkennen können, welche IT-Sicherheitsanforderungen er zu erfüllen hat, um den Versicherungsschutz nicht zu verlieren. Es erscheint nicht akzeptabel, den VN im Ungewissen darüber zu lassen, welche Sicherheitsvorkehrungen vom VR erwartet werden, um im Schadenfall auch Versicherungsschutz zu gewähren. Der VR hat es selbst in der Hand, die für ihn relevanten Sicherheitsstandards zu definieren. Hätte der VN sämtliche denkbaren IT-Sicherheitsrichtlinien zu beachten, würde dies im Ergebnis zu einer unangemessenen Risikoverschiebung zu Lasten des VN führen.

[20] Ein Abstellen auf sonstige – nicht vertraglich vorausgesetzte – Sicherheitsstandards ist im Rahmen von § 81 Abs. 2 VVG somit grundsätzlich nicht möglich. Allenfalls für den Bereich regulierter Industrien, für die der Gesetzgeber klare IT-Sicherheitsstandards vorgibt, ließe sich vertreten, dass der VR deren Einhaltung – auch ohne danach zu fragen – als vertraglich vorausgesetzt erwarten darf¹⁶.

b) Erhebliche Unterschreitung der Sicherheitsstandards

[21] Werden Sicherheitsstandards vertraglich vorausgesetzt, ist ferner zu prüfen, ob der vertraglich vereinbarte Standard durch den VN unterschritten wurde.

[22] Eine Unterschreitung kann nur dann vorliegen, wenn sich die Gefahrenlage seit Vertragsschluss verändert hat. Denn von dem VN kann eine Veränderung der bestehenden Risikolage grundsätzlich nicht gefordert werden¹⁷. Dies hat auch das LG Tübingen bestätigt. Das Gericht führt aus, dass für die Anwendung des § 81 Abs. 2 VVG wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den VN kein Raum ist, wenn die Gefahrenlage bereits bei Vertragsschluss bestand und bereits Grundlage der Risikoprüfung des VR war bzw. hätte sein können. Denn der VR hat es selbst in der Hand, die Existenz zusätzlicher Sicherheitsmaßnahmen durch passende Risikofragen abzuklären. Verzichtet der VR hierauf, akzeptiert er den VN mit der bestehenden Risikolage und er kann sich später nicht auf ein Unterschreiten von vertraglichen Standards berufen¹⁸. Das Risiko einer unzureichenden IT-Sicherheit im versicherten Unternehmen geht somit grundsätzlich zu Lasten des VR, wenn er sich nicht vorvertraglich ausreichend informiert. Diese Wertung steht im Einklang mit dem Zweck und der Ausgestaltung der Regeln zu den Anzeigepflichten des VN gem. §§ 19 ff. VVG. Diese dienen dazu, es dem VR zu ermöglichen, das ihm angebotene Risiko zutreffend einschätzen zu können¹⁹. Als Mittel zum Erreichen dieses Zweckes gibt das Gesetz dem VR die Möglichkeit, nach den erheblichen Risikoumständen in Textform zu fragen. Macht er davon keinen Gebrauch, kann dies nicht zu Lasten des VN gehen. Denn sofern der VR nach einem Umstand nicht gefragt hat, kann dem VN

aus seinem Schweigen grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kein Nachteil erwachsen²⁰. Würde man auf diese Fallgestaltungen im Versicherungsfall aber § 81 Abs. 2 VVG anwenden, stellte dies einen Nachteil für den VN dar. Soweit dem entgegengehalten wird, dass es dem VR nicht möglich sei, nach allem und jenem zu fragen, ist zu berücksichtigen, dass es dem VR zumindest freisteht, einen vertraglich vorausgesetzten Sicherheitsstandard durch das Formulieren bestimmter Obliegenheiten oder den Ausschluss bestimmter Sachverhalte zu definieren²¹.

[23] Ferner ist im Rahmen von § 81 Abs. 2 VVG zu prüfen, ob die Unterschreitung des Sicherheitsstandards eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreicht. Eine grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles liegt nur vor, wenn der vertraglich vorausgesetzte Standard an Sicherheit deutlich unterschritten wurde²². Ob diese Schwelle erreicht ist, muss im konkreten Einzelfall festgestellt werden. Dabei sind die konkreten Umstände und deren Auswirkungen auf das versicherte Risiko zu berücksichtigen und zu bewerten. Bei Unterschreitungen von Sicherheitsstandards, die nur von kurzer zeitlicher Dauer sind, ist die Erheblichkeit beispielsweise in der Regel abzulehnen. Bei längerer Dauer wird idR eine Abweichung, die nur einen sehr kleinen Anteil der IT-Systeme betrifft – z. B. 5 % der Systeme – nicht erheblich sein.

2. Grobe Fahrlässigkeit

[24] Selbst eine erhebliche Unterschreitung des vertraglich vorausgesetzten Sicherheitsstandards führt nicht dazu, dass ein Verhalten automatisch als grob fahrlässig zu beurteilen ist. Es ist durch Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles stets individuell der Verschuldensgrad des VN zu ermitteln. Grobe Fahrlässigkeit ist nur dann zu bejahen, wenn sowohl das objektive (a = Rn. 26 ff.) als auch das subjektive Element (b = Rn. 34 ff.) der groben Fahrlässigkeit positiv festgestellt werden kann.

[25] Handelt es sich bei dem VN um eine juristische Person, stellt sich die Frage, auf wessen Handeln und insbesondere auf wessen Verschulden abzustellen ist. Juristische Personen müssen sich in ihrer Eigenschaft als VN das Verschulden ihrer Organe zurechnen lassen²³. Ferner haftet der VN auch für Verhalten seiner Repräsentanten. Das sind Personen, die in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, auf Grund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses vollständig an die Stelle des VN getreten und befugt sind, selbstständig in nicht ganz unbedeutenden Um-

14 Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 22; Langheid in: Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 7. Auflage 2022, § 81 Rn. 14.

15 BGH, Urt. v. 15.10.1997 – IV ZR 264/96, r+s 1997, 489; BGH, Urt. v. 18.12.1996 – IV ZR 259/95, r+s 1997, 123; Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 40.

16 Schilbach, Ungekürzter Cyber-Versicherungsschutz trotz fehlender Sicherheits-Updates, VersR 2023, 1086.

17 OLG Hamm v. 18.5.1988 – 20 U 232/87, r+s 1991, 30; Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021 § 81 Rn. 15.

18 LG Tübingen, Urt. v. 26.5.2023 – 4 O 193/21, r+s 2023, 652.

19 Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 19 Rn. 1.

20 Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 19 Rn. 34.

21 Schilbach, Ungekürzter Cyber-Versicherungsschutz trotz fehlender Sicherheits-Updates, VersR 2023, 1086.

22 BGH, Urt. v. 15.10.1997 – IV ZR 264/96, NJW-RR 1998, 166 = r+s 1997, 489; BGH, Urt. v. 18.12.1996 – IV ZR 259/95, r+s 1997, 123; BGH, Urt. v. 21.2.1996 – IV ZR 321/94, NJW 1996, 1411 = r+s 1996, 167.

23 OLG Koblenz, Beschl. v. 8.12.2011 – 10 U 572/11, r+s 2012, 482; Looschelders, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 111.

fang für ihn zu handeln²⁴. Das Handeln oder Unterlassen der Organe bzw. Repräsentanten müsste demnach die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 VVG und somit auch die Voraussetzungen der groben Fahrlässigkeit erfüllen. Zu beachten dabei ist allerdings, dass die Repräsentanteneigenschaft in vielen Cyber-Bedingungswerken durch entsprechende Klauseln auf die gesetzlichen Vertreter beschränkt wird. Darüber hinaus gibt es auch Klauseln, die bei mitversicherten Unternehmen ausschließlich auf die Repräsentanten der VN (und nicht der mitversicherten Unternehmen) abstellen²⁵. Einige Bedingungswerke sehen hingegen vor, dass auch IT-Leiter zu den Repräsentanten zählen, so dass auch deren Handeln bzw. Verschulden dem VN zugerechnet werden kann.

a) Objektives Element

[26] Grob fahrlässig handelt in objektiver Hinsicht derjenige, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich hohem Maß verletzt und unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen²⁶.

[27] Ob ein grob fahrlässiges Handeln vorliegt, ist stets eine Frage des Einzelfalls. Dabei spielen unterschiedliche Kriterien eine Rolle, welche dabei helfen, die Frage zu beantworten, ob im Einzelfall objektiv fahrlässig gehandelt wurde. Hierzu werden insbesondere die Kriterien der Vorhersehbarkeit (aa = Rn. 28 ff.) sowie der Vermeidbarkeit (bb = Rn. 30 ff.) des Versicherungsfalles zur Bewertung des Vorliegens eines objektiv grob fahrlässigen Verhaltens herangezogen²⁷. Es ist dabei nicht erforderlich, dass sowohl die Vorhersehbarkeit als auch die Vermeidbarkeit in gesteigerter Form vorliegen. Vielmehr kann es genügen, wenn nur eines von beiden Kriterien besonders ausgeprägt ist²⁸. Es besteht allerdings eine Wechselwirkung zwischen beiden Elementen: Mit steigender Gefährlichkeit einer Handlung ist dem VN auch mehr Aufwand zur Vermeidung des Versicherungsfalles zuzumuten. Und umgekehrt kann grobes Verschulden auch bei einer vergleichsweise geringen Eintrittswahrscheinlichkeit anzunehmen sein, wenn der Schaden durch ganz einfache Maßnahmen hätte vermieden werden können²⁹.

Auf die Kriterien zur Bestimmung, ob objektiv grob fahrlässig gehandelt wurde, soll nachfolgend – insbesondere im Lichte der IT-Sicherheitsstandards – näher eingegangen werden.

aa) Vorsehbarkeit

[28] Das Kriterium der Vorhersehbarkeit stellt auf die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts ab. Es reicht hierfür aus, wenn sich für den VN schon bei einfachen und naheliegenden Überlegungen die erhöhte Schadenwahrscheinlichkeit und die Notwendigkeit aufdrängt, ein anderes Verhalten in Betracht zu ziehen³⁰.

[29] Die Vorhersehbarkeit des Schadeneintritts wird beispielsweise in Sachverhalten zu bejahen sein, in denen in einem Unternehmen Altsysteme im Einsatz sind, die weder vor Angriffen und Einflüssen von außen gesichert sind noch innerhalb des Unternehmensnetzwerks von anderen Systemen isoliert werden. Denn der Einsatz von Altsystemen, die nicht mehr auf dem aktuellen Stand der Technik sind und nicht regelmäßig mit Sicherheitsupdates versorgt werden, erhöht die Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Cyberangriffs zu werden. Werden die Altsysteme aber hingegen nur unter bestimmten Voraussetzungen im Unternehmen eingesetzt, die das Risiko eines Cybervorfalls nicht oder nur unerheblich

steigern, kann die Abwägung der Gesamtumstände im Einzelfall dazu führen, dass keine oder eine nur unerhebliche Steigerung des Cyberrisikos vorliegt. Hierunter sind beispielsweise Sachverhalte zu subsumieren, in denen ein erweiterter Support für die Altsysteme lizenziert wurde, der auch Sicherheitsupdates zur Verfügung stellt. Auch Konstellationen, in denen das Altsystem als Stand-Alone-System ohne Netzwerkanbindung oder in einer gut segmentierten Umgebung ohne Internet-Zugang verwendet wird, dürften die Wahrscheinlichkeit eines Schadenfall nicht erheblich erhöhen.

bb) Vermeidbarkeit

[30] Das Kriterium der Vermeidbarkeit hingegen prüft, ob der Eintritt des Versicherungsfalles mit einem Aufwand an Kosten und Unbequemlichkeiten zu vermeiden gewesen wäre, den eine nicht versicherte Person angesichts der Schadensgefahr normalerweise ohne weiteres in Kauf genommen hätte³¹. Der BGH spricht von „möglichen, geeigneten und zumutbaren Maßnahmen“³².

[31] Arbeitet der VN beispielsweise mit hoch spezialisierten Produktionssystemen und erreichen diese den End-of-Support Status, wird sich berechtigterweise die Frage stellen, ob der Eintritt des Versicherungsfalles mit zumutbaren Maßnahmen vermeidbar gewesen wäre, wenn hierdurch ein Cybervorfall ermöglicht wird. Angesichts des hohen Aufwands und der erheblichen Kosten, welche für Unternehmen mit dem Austausch bzw. der Erneuerung der Produktionssysteme verbunden sind, wird die Abwägung der Umstände des Einzelfalls in einigen Fällen zu dem Ergebnis kommen, dass der Austausch der Produktionssysteme

24 BGH, Urt. v. 14.5.2003 – IV ZR 166/02, NJW-RR 2003, 1250 = r+s 2003, 367; BGH, Urt. v. 26.4.1989 – IVa ZR 242/87, NJW 1989, 1861 = r+s 1989, 262.

25 Klauselbeispiel: Der VN werden ausschließlich die Kenntnis, das Verhalten und das Verschulden folgender Personen (Repräsentanten der VN) zugerechnet: die Inhaber (bei Einzelfirmen); die Geschäftsführer (bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung); die Mitglieder des Vorstandes (bei Vereinen, Aktiengesellschaften, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit); die Komplementäre (bei Kommanditgesellschaften); die Gesellschafter (bei offenen Handelsgesellschaften sowie bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts); die vertretungsberechtigten Gesellschafter (bei Partnergesellschaften mit beschränkter Berufshaftung); bei anderen Unternehmensformen (z. B. Genossenschaften, Verbänden, Körperschaften des öffentlichen Rechts, Kommunen) die nach den gesetzlichen Vorschriften berufenen obersten Vertretungsorgane. Auf Kenntnis, Verhalten und Verschulden weiterer versicherter Personen kommt es nicht an. Den mitversicherten Unternehmen wird ausschließlich die Kenntnis, das Verhalten und das Verschulden der Repräsentanten der VN zugerechnet.

26 BGH 10.5.2011 – VI ZR 196/10, r+s 2011, 290; BGH 29.1.2003 – IV ZR 173/01, NJW 2003, 1118 = r+s 2003, 144; BGH 18.12.1996 – IV ZR 321/95, NJW 1997, 1012 = r+s 1997, 98; Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 30.

27 Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 70; Klimke, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 8.2023, § 81 Rn. 32; Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, 1. § 81 Rn. 31.

28 Klimke, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 35; Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 70.

29 Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 35; Looschelders, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 70.

30 OLG Dresden, Beschl. v. 5.7.2021 – 4 U 428/21, NJW-RR 2021, 1554; OLG Dresden Urt. v. 4.9.2018 – 4 U 427/18, BeckRS 2018, 22272 = MDR 2019, 57; OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.5.1994 – 5 U 1053/93-70, r+s 1995, 108; OLG Hamm, Urt. v. 26.4.1991 – 20 U 284/90 – r+s 1991, 331.

31 OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.5.1994 – 5 U 1053/93-70, r+s 1995, 108; Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 31; Klimke, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 34.

32 BGH, Urt. v. 5.10.1983 – IVa ZR 210/81, VersR 1984, 25 = r+s 1983, 260.

dem VN nicht zumutbar ist. Beispielsweise wenn das Mittel – der kostenintensive Austausch der Produktionssysteme – in keinem angemessenen Verhältnis zum Zweck – die leichte Erhöhung der IT-Sicherheit – steht. Insbesondere, wenn die aufgrund der Altsysteme entstehende Sicherheitslücke das Risiko eines Versicherungsfalls nur unerheblich steigert, ist das Vorliegen der objektiven Fahrlässigkeit abzulehnen.

cc) Bemühen um Vorkehrungen zur Verhinderung des Versicherungsfalls

[32] Ein weiteres Kriterium, welches zur Bewertung des Vorliegens eines objektiv grob fahrlässigen Verhaltens herangezogen werden kann, ist das Bemühen des VN um Vorkehrungen zur Verhinderung des Eintritts des Versicherungsfalls. Denn ist der VN um Vorkehrungen bemüht, die nur im Ergebnis den Eintritt des Versicherungsfalls nicht verhindert haben, so kann auch dies den Vorwurf grober Fahrlässigkeit entfallen lassen³³.

[33] Praxisrelevanz erlangt dies beispielsweise, wenn der VN einen externen IT-Dienstleister mit der Gewährleistung der Sicherheit des IT-Systems und Einhaltung der Sicherheitsstandards beauftragt hat. Dies führt grundsätzlich zum Entfallen der objektiven Fahrlässigkeit. Denn durch die Beauftragung eines Experten hat der VN sinnvolle Vorkehrungen getroffen, um den Versicherungsfall nicht eintreten zu lassen. Auch wenn im Ergebnis – trotz der Beauftragung des Dienstleisters – ein Versicherungsfall eintritt (z. B. aufgrund eines Fehlers des Dienstleisters), kann das Bemühen des VN den Vorwurf grober Fahrlässigkeit entfallen lassen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der beauftragte Dienstleister fachlich für eine entsprechende Tätigkeit qualifiziert ist und seine Tätigkeit (zumindest stichprobenweise) durch die VN überwacht wurde.

b) Subjektives Element

[34] Grobe Fahrlässigkeit setzt nach herrschender Meinung auch subjektiv ein besonders hohes Maß an Vorwerfbarkeit voraus. Bei Unterschreitung der IT-Sicherheitsstandards durch den VN – bzw. seiner Organe und Repräsentanten – muss es sich daher um eine auch subjektiv unentschuld bare Pflichtwidrigkeit handeln, die das gewöhnliche Maß erheblich überschreitet³⁴. Es sind im Rahmen des Verschuldens somit auch subjektive in der Individualität des Handelnden begründete Umstände zu berücksichtigen. Hierbei kann nach der Rspr. des BGH zwar vom äußeren Geschehensablauf und vom Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge und deren gesteigerte Vorwerfbarkeit geschlossen werden³⁵. Es folgt hieraus jedoch nicht, dass regelhaft aus einem objektiv groben Pflichtverstoß die subjektive Unentschuldbarkeit folgt oder gar den VN für die subjektive Entschuldbarkeit die Beweislast trafe³⁶.

[35] An einer gesteigerten subjektiven Vorwerfbarkeit kann es bei einem sogenannten Augenblicksversagen fehlen, bei dem ein an sich objektiv besonders schwerwiegender Sorgfaltsverstoß auf einer kurzzeitigen bzw. einmaligen und unbewussten Unaufmerksamkeit beruht³⁷. Ein häufig aufgeführtes Beispiel hierfür ist das Überfahren einer roten Ampel, weil der Fahrer durch ein optisches Signal zu der irrigen Überzeugung gelangt, die Ampel sei auf Grün umgesprungen³⁸. Auch in der Cyber-Versicherung kann Augenblicksversagen eine Rolle spielen.

[36] Nach der Rspr. ist für das Vorliegen von Augenblicksversagen Voraussetzung, dass der Handelnde nur für einen

Augenblick versagt und darüber hinaus zusätzliche Umstände hinzukommen, die das momentane Versagen in einem milderen Licht erscheinen lassen³⁹. Zusätzliche Umstände liegen nach der Rspr. regelmäßig vor, wenn es um ein Versagen im Rahmen von Dauertätigkeiten (z. B. Vergessen eines Handgriffs) geht, die sich aus typischerweise unbewusst ausgeübten Routinehandlungen zusammensetzen und ständige Konzentration erfordern⁴⁰. Auch eine besondere momentanen Ablenkung des VN kann einen solchen zusätzlichen Umstand darstellen⁴¹.

[37] Beispiele für Dauertätigkeiten, die sich aus typischerweise unbewusst ausgeübten Routinehandlungen zusammensetzen und ständige Konzentration erfordern, gibt es auch im Bereich der Aktivierung von bestimmten IT-Sicherheitsmaßnahmen. Vergisst der Geschäftsführer einer GmbH beispielsweise nach dem Hochfahren seines Laptops die Aktivierung des VPN-Netzwerks und wird die GmbH aus diesem Grund Opfer eines Hacker-Angriffs, kann das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit an der mangelnden gesteigerten subjektiven Vorwerfbarkeit scheitern. Ob das Vorliegen der Voraussetzungen des Augenblicksversagens in diesen Fällen tatsächlich zu bejahen ist, hängt – wie so oft – von den Umständen des Einzelfalls ab und kann schwerlich pauschal beantwortet werden. Gegen eine Entschuldigung spricht zum Beispiel, wenn in einer Situation erkennbar Anlass zu besonderer Aufmerksamkeit bestand, etwa wenn ein sicherheitsrelevantes Feature kurzfristig abgeschaltet wurde und im Anschluss ein Mitarbeiter vergisst, dieses wieder einzuschalten.

3. Kausalität

[38] Das grob fahrlässige Verhalten des VN muss ursächlich für den Versicherungsfall gewesen sein. Hierfür ist zunächst ein adäquater Kausalzusammenhang erforderlich⁴². Ferner muss der Versicherungsfall in seiner konkreten Gestalt gerade durch die deutliche Unterschreitung des vertraglich vorausgesetzten Sicherheitsstandards sowie durch das objektiv grob fahrlässige Handeln des VN verursacht worden sein⁴³. Das Verhalten des VN muss dabei allerdings nicht die alleinige Ursache für den Eintritt des Versicherungsfalls gewesen sein; bloße Mitursächlichkeit sowie mit-

33 Armbrüster in: Pröls/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 32; LG Oldenburg, Urt. v. 8.7.2011 – 13 O 3296/10, r+s 2012, 128.

34 BGH, Urt. v. 10.5.2011 – VI ZR 196/10, r+s 2011, 290; Looschelders, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 74.

35 BGH, Urt. v. 29.1.2003 – IV ZR 173/01, NJW 2003, 1118 = r+s 2003, 144; BGH, Urt. v. 8.7.1992 – IV ZR 223/91, NJW 1992, 2418 = r+s 1992, 292; BGH, Urt. v. 8.2.1989 – IVa ZR 57/88, NJW 1989, 1354 = r+s 1989, 209.

36 Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 74, 172.

37 Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 39.

38 BGH, Urt. v. 29.1.2003 – IV ZR 173/01, r+s 2003, 144 [zur Kasko-Versicherung].

39 BGH, Urt. v. 8.7.1992 – IV ZR 223/91, NJW 1992, 2418 = r+s 1992, 292; BGH, Urt. v. 29.1.2003 – IV ZR 173/01, r+s 2003, 144; OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.9.2003 – 4 U 15/03, r+s 2004, 494.

40 BGH, Urt. v. 8.2.1989 – IVa ZR 57/88, NJW 1989, 1354 = r+s 1989, 209; BGH, Urt. v. 8.7.1992 – IV ZR 223/91, NJW 1992, 2418 = r+s 1992, 292.

41 OLG Köln, Urt. v. 1.3.2011 – 9 U 166/10, r+s 2011, 150, OLG Stuttgart, Urt. v. 2.2.1989 – 13 U 65/88, NJW-RR 1989, 682; OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 18.8.2010 – 7 U 102/10, NJW-RR 2011, 185 = r+s 2011, 280.

42 Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 22.

43 Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 24.

telbar durch das Verhalten des VN herbeigeführten Fälle reichen aus⁴⁴.

[39] Die Frage der Kausalität und der diesbezüglichen Beweislast spielt in Cyberfällen eine bedeutende Rolle, denn die Feststellung, wie ein Cyberangriff durch die Angreifer durchgeführt wurde und insbesondere ob eine Sicherheitslücke den Angriff überhaupt erst möglich gemacht hat (und wenn ja, welche), ist in der Praxis selten eindeutig zu beantworten. Nach der Feststellung eines Cyberangriffs werden in der Regel Forensiker damit beauftragt, den Vorfall und dessen Verlauf zu analysieren. Die forensische Untersuchung hat zunächst das Ziel, den Cyberangriff abzuwehren und etwaige Sicherheitslücken zu schließen. Schwerpunkt der Untersuchungen ist in der Regel aber auch die Beantwortung der Frage, was das initiale Einfallstor der Angreifer in das IT-System des VN war. Trotz der durch die IT-Experten durchgeführten intensive Analysen des IT-Systems kommt es jedoch vor, dass diese Frage nicht mit Sicherheit beantwortet werden kann. Grund hierfür ist unter anderem, dass Angreifer bei der Durchführung des Cyberangriffs versuchen, keine Spuren zu hinterlassen und einen Großteil der Daten löschen, die Rückschlüsse auf ihr Vorgehen zulassen.

[40] Für die Feststellung, ob eine Sicherheitslücke den Vorfall überhaupt erst ermöglicht hat – und damit kausal für den Versicherungsfall war –, ist die Feststellung des initialen Einfallstors aber häufig von erheblicher Bedeutung. Gibt es keine eindeutige Antwort auf diese Frage, ist die Beweislastverteilung entscheidend für die Frage, ob ein Berufen auf § 81 Abs. 2 durch den VR möglich und aussichtsreich ist.

[41] Für die Kausalität zwischen dem Handeln des VN und dem Eintritt des Versicherungsfalles ist der VR beweispflichtig⁴⁵. Eine absolute Gewissheit ist dabei allerdings nicht zu fordern. Es genügt vielmehr, wenn Indizien einen für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit begründen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen⁴⁶. Nicht ausreichend ist allerdings der Nachweis von Tatsachen, aus denen sich die erhebliche Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der VN den Versicherungsfall (vorsätzlich) herbeigeführt hat⁴⁷.

[42] Im Rahmen der Kausalität können in Cyberfällen auch hypothetische Kausalverläufe eine Rolle spielen. Steht der notwendige Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem konkreten Versicherungsfall fest, steht dem VN der Einwand offen, dass der Versicherungsfall im Ergebnis (wenn auch auf andere Weise) auch bei Einhaltung des vertragsgemäßen Sicherheitsstandards bzw. auch dann eingetreten wäre, wenn er den Sicherheitsstandard nicht objektiv grob fahrlässig unterschritten hätte⁴⁸. Die Beweislast für ein nicht grob fahrlässiges Alternativverhalten trägt allerdings nach allgemeinen Regeln der VN⁴⁹.

B. Fazit

[43] Es ist bereits fraglich, ob § 81 Abs. 2 VVG in der Cyber-Versicherung überhaupt anwendbar ist, denn die Bedingungenwerke der Cyberversicherung enthalten bereits um-

fangreiche Pflichten des VN zur Schadenverhinderung, welche keinen Raum für einen allgemeinen Vorwurf der groben Fahrlässigkeit lassen.

[44] Selbst wenn eine Anwendbarkeit aber bejaht werden sollte, darf § 81 Abs. 2 VVG allerdings nicht als allgemeiner Auffangtatbestand behandelt werden, mit welchem dem VN jegliches Versehen entgegengehalten werden kann, um den Versicherungsschutz zu kürzen oder gar auszuschließen. § 81 VVG geht auf den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens zurück⁵⁰. Hieraus wird bereits ersichtlich, dass die Anforderungen, die an § 81 Abs. 2 VVG zu stellen sind, hoch sind. Auch die nähere Auseinandersetzung mit den konkreten Voraussetzungen des Risikobegrenzungstatbestands hat gezeigt, dass ein Berufen auf die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist.

[45] Die Rspr. des LG Tübingen ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, da diese der Reichweite des § 81 Abs. 2 VVG bereits deutliche Grenzen setzt. Dadurch wird verhindert, dass VR, welche von der Möglichkeit keinen Gebrauch machen, sich im Rahmen der Risikoprüfung ein umfassendes Bild von der Risikosituation des VN zu machen, dies im Versicherungsfall über § 81 Abs. 2 VVG zu Lasten des VN einwenden können. Für die Regulierungspraxis ist daher für die Zukunft zu erwarten, dass VR von dem Einwand der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles gem. § 81 Abs. 2 VVG restriktiver Gebrauch machen werden.

[46] Die Schadenpraxis zeigt, dass jeder Versicherungsfall einen Einzelfall darstellt, in dem verschiedene Faktoren zusammenspielen und zum Versicherungsfall geführt haben. Besondere Beachtung bei der Prüfung des § 81 Abs. 2 VVG müssen daher die jeweiligen Umstände des zu bewertenden Sachverhalts finden. Pauschale und allgemeingültige Aussagen, welche die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles unberücksichtigt lassen, verbieten sich hingegen. Aufgrund der Beweispflicht des VR ist es insbesondere dessen Aufgabe, eine umfassende Bewertung aller für den jeweiligen Fall relevanten Faktoren vorzunehmen. ■

44 Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 43; Staudinger/Aslan, Aufwendungsersatzanspruch bei der Cyber-Versicherung, r+s 2021, 489.

45 Looschelders in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 3. Auflage 2022, § 81 Rn. 169; Klimke, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 89.

46 BGH, Urt. v. 14.4.1999 – IV ZR 181/98, r+s 1999, 247; BGH, Beschl. v. 13.4.2005 – IV ZR 62/04, r+s 2005, 292; Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 88.

47 Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 88.

48 Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 50; Klimke, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 26.

49 BGH, Urt. v. 14.7.1986 – IVa ZR 22/85, NJW 1986, 2838 = r+s 1987, 63; Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 81 Rn. 68; Langheid in: Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 7. Auflage 2022, § 81 Rn. 115; Klimke in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 20. Edition Stand: 1.8.2023, § 81 Rn. 88.

50 Staudinger/Aslan, Aufwendungsersatzanspruch bei der Cyber-Versicherung, r+s 2021, 489.