

# D&O-Versicherung

Scholl

2022

ISBN 978-3-406-76798-2

C.H.BECK

### a) Anwendbarkeit des § 108 VVG auf Versicherungsnehmerin

In Innenhaftungsfällen liegt nahe, dass der von der eigenen Dienstherrin in Anspruch genommene Manager den ihm zustehenden Anspruch auf Versicherungsschutz an seine Dienstherrin – sei es an Erfüllung statt oder erfüllungshalber – abtritt, sodass die Dienstherrin sich unmittelbar mit dem Versicherer auseinandersetzen oder diesen gar gerichtlich in Anspruch nehmen kann. Dieser Weg wurde durch die Erkenntnis eröffnet, dass § 108 Abs. 2 VVG nicht entgegensteht, da auch die Versicherungsnehmerin in Innenhaftungsfällen als Dritte gilt.<sup>771</sup>

### b) Ausnahme Großrisiken und Individualvereinbarungen

Mit Individualvereinbarungen kann die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den dritten Geschädigten und jeden anderen ohne weiteres ausgeschlossen werden. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen – und selbstredend auch mit Individualvereinbarungen – ist das beim Vorliegen eines Großrisikos gem. § 210 VVG ebenso möglich. Obwohl derartige Abtretungsausschlüsse in der Praxis nicht bekannt sind (wahrscheinlich, weil sie die von versicherungsnehmenden Gesellschaften für attraktiv gehaltene Direktklage unmöglich machen würden und sich daher D&O-Versicherungen mit solchen Abtretungsverboten als schwer verkäuflich erweisen würden), ist es von wissenschaftlichem Interesse, ob solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Großrisiko-Verträgen an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitern. Die mit § 210 VVG eingeräumte Vertragsfreiheit bedeutet nur, von (halb-)zwingenden Bedingungen des VVG abweichen zu dürfen, es bleibt aber die AGB-Kontrolle. Für eine Unwirksamkeit müsste zumindest § 108 Abs. 2 VVG gesetzlichen Leitbildcharakter iSv §§ 310 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Dazu müsste es zum Leitbild des Haftpflichtversicherungsrechts gehören, dass der dritte Geschädigte – und sei es Kraft Abtretung des Deckungsanspruchs durch den versicherten Schädiger – die Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme des Haftpflichtversicherers haben muss. Das wird zwar vereinzelt bejaht,<sup>772</sup> ist aber mit der ganz überwiegenden Meinung zu verneinen. Grundgedanke des Haftpflichtversicherungsrechts ist vielmehr das Trennungsprinzip, wonach gesondert über Haftung und Deckung zu entscheiden ist und selbst bei festgestellter Haftung eine Bindung des Versicherers und Versicherungsnehmers an das Haftpflichturteil nur bei Voraussetzungsidentität besteht.<sup>773</sup> Dazu kommt, dass (so die hier vertretene Ansicht; → Rn. 443 ff.) eine Abtretung des Freistellungsanspruchs den geschädigten Dritten nicht davon befreit, in einem Prozess gesondert die Haftung feststellen zu lassen, sodass eine die Abtretung verbietende Klausel dem geschädigten Dritten nicht besonders schadet. Schließlich und letztlich bezieht sich jede AGB-rechtliche Kontrolle auf die Bedingungen in einem (Versicherungs-)Vertrag zwischen zwei Parteien (hier Versicherungsnehmer und Versicherer) und nicht auf die Auswirkungen der Bedingungen auf Dritte (hier den Geschädigten). Wenn man mit den BGH-Urteilen vom 13.4.2016<sup>774</sup> die Versicherungsnehmerin in ihrer Funktion als Dienstherrin und Geschädigte als „Dritte“ iSv § 108 Abs. 2 VVG ansieht, dann muss man sie konsequenterweise auch als Dritte für die AGB-rechtliche Kontrolle ansehen, somit als eine außerhalb des nach §§ 310, 307 BGB zu kontrollierenden Vertrags stehende Person. Man muss daher § 108 Abs. 2 VVG einen AGB-rechtlichen Leitbildcharakter absprechen und somit ein Abtretungsverbot in Allgemeinen

<sup>771</sup> BGH VersR 2016, 786.

<sup>772</sup> Koch VersR 2016, 765 (767); Koch in Bruck/Möller VVG § 108 Rn. 80 ff.; Baumann in Bruck/Möller AVB-AVG Ziff. 10 Rn. 27.

<sup>773</sup> Zu dieser s. hier nur Armbrüster in Prölss/Martin VVG § 100 Rn. 60f.

<sup>774</sup> BGH VersR 2016, 786.

Geschäftsbedingungen in Großrisikoverträgen für wirksam ansehen, was auch der überwiegenden Meinung entspricht.<sup>775</sup>

### c) Sonstige Rechtsfragen

- 439 Zu den sonstigen Rechtsfragen, wie Inhalt abtretbarer Ansprüche, der Rechtsstellung der Versicherungsnehmerin als Zessionarin, des direkten (Zahlungs-)Anspruchs der Versicherungsnehmerin gegen den Versicherer als ihren eigenen Vertragspartner, der Beweislast und ihrer Umkehr unter anderem wird auf den dienstvertrags- und arbeitsrechtlichen Teil verwiesen (→ Rn. 601 ff.).

## 3. Einwendungen des Versicherers gegen direkte Inanspruchnahme

- 440 Da dem Versicherer wegen § 108 VVG Abtretungsverbote in seinen Bedingungen nichts helfen, muss er sich mit anderen Einwendungen gegen seine direkte Inanspruchnahme durch die eigene Versicherungsnehmerin behelfen.

### a) Fehlende Fälligkeit und Verweisung des Zessionars auf Haftungsklage

- 441 Es fragt sich, ob der Versicherer vor einer Klage gegen ihn die Versicherungsnehmerin und Zessionarin auf eine vorrangige Haftpflichtklage gegen den Versicherten verweisen kann, damit dort die Haftung festgestellt werde. Nach § 106 S. 1 VVG muss der Versicherer erst dann freistellen, mithin wird der Freistellungsanspruch erst fällig, wenn die Haftpflicht (auch noch mit bindender Wirkung für den Versicherer) festgestellt worden ist.
- 442 Schon vor und nach der VVG-Reform war umstritten und ist es nach den Urteilen des BGH vom 13.4.2016, die quasi die Abtretung des Deckungsanspruchs – nicht nur an einen Außenstehenden dritten Anspruchsteller, was nie bestritten war<sup>776</sup> – auch an die Versicherungsnehmerin gestattete, ob in der Klage aus abgetretenem Freistellungsanspruch das Gericht sogleich auch über die bestrittene Haftung befinden darf – oder ob dem Trennungsprinzip entsprechend darüber ein gesonderter Prozess zu führen ist. Erhebt die Dienstherrin, bzw. Arbeitgeberin und Versicherungsnehmerin nach erfolgter Abtretung unmittelbar Zahlungsklage aus abgetretenem Recht gegen den Versicherer (sog. Direktklage), dann hängt die Frage, ob der Versicherer an die Zessionarin bezahlen muss, im Wesentlichen von zwei Dingen ab: Deckung (nämlich gesundes Versicherungsverhältnis im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls) und Haftung des Zedenten (als Tatbestandsmerkmal des abgetretenen Freistellungsanspruchs). Könnte das mit der „Direktklage“<sup>777</sup> befasste Gericht auch darüber entscheiden, entspräche das nicht dem Trennungsprinzip, wonach Haftung und Deckung in unterschiedlichen Prozessen zu klären sind (gegebenenfalls sogar vor funktionell unterschiedlich zuständigen Gerichten; die Frage der Haftung von Organen gehört nach § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG vor die Kammer für Handelssachen, die von Arbeitnehmern nach § 2 Abs. 1 Nr. 3a und c ArbGG vor die Arbeitsgerichte, die Frage der Deckung hingegen nach § 71 Abs. 1 GVG vor Zivilkammern bzw. nach § 72a S. 1 Nr. 4 GVG vor die mittlerweile<sup>778</sup> zu bildenden Spezialkammern für Versicherungsvertragsachen). Man kann daher mit guten Gründen vertreten, der Versicherer könne ge-

<sup>775</sup> Klimke in Prölss/Martin VVG § 210 Rn. 18; Wandt in Langheid/Wandt VVG § 108 Rn. 11; Thume VersR 2010, 849 (853); Dreher/Thomas ZGR 2009, 31 (48); Böttcher NZG 2008, 645 (646); Grote/Schneider BB 2007, 2689 (2697).

<sup>776</sup> Grundsätzlich hindert zwar § 44 Abs. 2 VVG eine solche Abtretung, der die Zustimmung der Versicherungsnehmerin voraussetzt (Ihlas in Langheid/Wandt D&O Rn. 412), aber § 44 Abs. 2 VVG ist regelmäßig in D&O-Bedingungen abbedungen.

<sup>777</sup> Zu unterscheiden vom Direktanspruch, den es nur in Ausnahmefällen gibt, zB § 3 Nr. 1 PflVG, § 115 VVG.

<sup>778</sup> Gesetz v. 28.4.2017 (BGBl. 2017 I 969).

gen eine Direktklage einwenden, dies verletze das Trennungsprinzip. So wurde es schon vor und wird es noch nach der VVG-Reform und auch noch nach den Urteilen des BGH vom 13. 4.2016<sup>779</sup> (wonach auch die Versicherungsnehmerin Dritte iSv § 108 Abs. 2 VVG ist, so dass eine Abtretung des Deckungsanspruchs an diese nicht verboten werden könne) vielfach in der Literatur vertreten.<sup>780</sup> Dies hauptsächlich mit dem Argument, solange die Haftung nicht rechtskräftig feststehe, habe der Versicherer noch immer sein Wahlrecht, ob er die Haftpflichtforderung für berechtigt hält und den Versicherten freistellt oder für unberechtigt hält und dem Versicherten Abwehrdeckung gewährt; dieses Wahlrecht wäre mit einer Direktklage der Versicherungsnehmerin unterlaufen.<sup>781</sup> Weiteres Argument ist, dass der – abgetretene und alleine Streitgegenständliche – Freistellungsanspruch nach § 106 VVG mangels Feststehens der Haftung nicht fällig sei.<sup>782</sup> Auch die Rechtsprechung vertrat jedenfalls bis zu diesen BGH-Urteilen, dass bei nicht feststehender Haftung eine Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch scheitern muss.<sup>783</sup> Dies ebenfalls mit dem Argument, dass der Freistellungsanspruch nach § 106 VVG das Bestehen der Haftpflichtforderung voraussetzt; eine Direktklage bei nicht feststehender Haftpflichtforderung daher an fehlender Fälligkeit des Freistellungsanspruchs scheitern und damit als unbegründet abgewiesen werden muss.<sup>784</sup> Zwei Urteile zur Verkehrshaftungsversicherung,<sup>785</sup> die demgegenüber eine Direktklage nach Abtretung für möglich hielten, sind für die vorliegende Frage unergiebig, denn sie beruhten auf einer gesetzlichen Abtretungspflicht (§ 38 KVO aF).<sup>786</sup> Ebenso unergiebig ist die Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 2 VVG,<sup>787</sup> wonach § 108 Abs. 2 VVG den geschädigten Dritten in die Lage versetzen soll, den Versicherer direkt in Anspruch zu nehmen, denn weder zu den Einwendungen, die dem Versicherer nach Abtretung verbleiben (§ 404 BGB; hier die Einwendung fehlender Fälligkeit nach § 106 VVG),<sup>788</sup> noch zum Trennungsprinzip ist damit irgendetwas gesagt.

Die – nach Erlass der zwei Urteile des BGH vom 13. 4. 2016 – mittlerweile überwiegende Literaturauffassung sieht das indessen anders und hält eine Direktklage auch bei streitiger Haftpflichtfrage für möglich.<sup>789</sup> Der Einwand des Versicherers, der Freistellungsanspruch sei mangels feststehender Haftung nicht fällig, sodass auch über die Haftungsfrage gestritten werden muss – und kann – bleibt ihm freilich<sup>790</sup>. Aktuelle Rechtsprechung fehlt.

443

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>779</sup> BGH VersR 2016, 786.

<sup>780</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 56 ff.; Halm in FA-VersR Kap. 23 Rn. 107; Ihlas in Langheid/Wandt D&O Rn. 417; Bank VW 2008, 730 (733); Schramm/Wolf r+s 2008, 358 (360); Schramm PHi 2008, 24.

<sup>781</sup> Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung § 2 Rn. 28 f. (allerdings nicht zur Abtretung, sondern zum „Direktanspruch“ aus §§ 44 Abs. 2, 45 Abs. 1 VVG, falls diese Bestimmungen ausnahmsweise nicht abbedungen sind und somit das Verfügungsrecht über den – dem Versicherten materiell zustehenden – Versicherungsanspruch bei der Versicherungsnehmerin verblieben ist).

<sup>782</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 59 ff.; Ihlas in Langheid/Wandt D&O Rn. 413; Schramm/Wolf r+s 2009, 358 (361); Schramm PHi 2008, 24 (25).

<sup>783</sup> KG VersR 2007, 349 (350); OLG München VersR 2005, 540 (542); OLG Stuttgart VersR 2000, 881; LG Marburg DB 2005, 437 (438); so bereits OLG Düsseldorf VersR 1957, 597 (580).

<sup>784</sup> KG VersR 2007, 349 (350); OLG Stuttgart VersR 2000, 881 (anders nur, wenn sich der Versicherer mit der Abtretung einverstanden erklärt hatte).

<sup>785</sup> BGH VersR 1975, 655 (656 f.); VersR 1980, 522 (523).

<sup>786</sup> Schramm/Wolf r+s 2009, 358 (360).

<sup>787</sup> BT-Drs. 16/3945, 87.

<sup>788</sup> Lange D&O-Versicherung § 12 Rn. 69.

<sup>789</sup> Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann VersR-HdB § 28 Rn. 7c; Wandt in Langheid/Wandt VVG § 108 Rn. 118; Schimikowski in HK-VVG VVG § 108 Rn. 11; Langheid in Langheid/Rixecker VVG § 108 Rn. 16; Retter in Schwintowski/Brömmelmeyer VVG § 108 Rn. 30 ff., 39; Koch VersR 2016, 765 (766); Klimke r+s 2014, 105 (111 f.); Hösker VersR 2013, 952 (953); Herdter VP 2012, 168 (172); von Rintelen r+s 2010, 133 (135); Armbrüster r+s 2010, 441 (449); Baumann VersR 2010, 984 (988); Baumann r+s 2011, 229 (230); Dreher/Thomas ZGR 2009, 31 (42); weitere Nachweise bei Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 51 Fn. 125.

<sup>790</sup> Wandt in Langheid/Wandt VVG § 108 Rn. 122.

444 Die Frage ist entscheidend.<sup>791</sup> Nach Einführung des § 108 Abs. 2 VVG, der durch ein Klauselverbot indirekt die Direktklage gegen den Versicherer erlaubt, und nach den Urteilen des BGH vom 13. 4.2016,<sup>792</sup> nach denen auch die Versicherungsnehmerin Dritte ist, wurde allgemein die dadurch geschaffene Möglichkeit einer Direktklage einer geschädigten Gesellschaft gegen den Versicherer ihrer Organe und Angestellten begrüßt. Schon vor diesen Urteilen hielten manche den oben (→ Rn. 442) genannten Fälligkeitseinwand und das Trennungsprinzip für ein lästiges Hindernis und sahen in der Direktklage eine willkommene Lösung zur Umgehung lästiger, zeitraubender und aufwendiger Prozesse und Abläufe.<sup>793</sup> Stellt man sich jedoch auf den oben wiedergegebenen Standpunkt der früheren Rechtsprechung und eines großen Teils der Literatur, dann wäre dieser Weg schlechterdings verbaut. Dann bliebe der Gesellschaft nur, zunächst ihr Organ bzw. ihren Angestellten in einem Haftpflichtprozess in Anspruch zu nehmen und bei Obsiegen den versicherungsvertraglichen Freistellungsanspruch des unterlegenen Beklagten zu pfänden und sich überweisen zu lassen. Einer Abtretung bedürfte es dann freilich nicht mehr (was auch hieße, das rechtspolitische Ziel des § 108 Abs. 2 VVG wäre verfehlt, ja die ganze Bestimmung unnötig: Im Falle streitiger Haftpflicht scheidet die Direktklage an der Verletzung des Trennungsprinzips und bei unstreitiger bzw. anerkannter Haftpflicht reguliert der Versicherer sowieso, soweit Deckung besteht).

445 Für diese Mindermeinung (wenn man von einer solchen überhaupt sprechen kann) und die ältere Rechtsprechung spricht viel, wonach eine Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch solange unbegründet sei, als die Haftpflichtfrage streitig und damit nicht die Haftung gem. § 106 S. 1 VVG (auch noch für den Versicherer bindend) festgestellt sei. Das stärkste Argument dafür und gegen die überwiegende Literaturmeinung ist, dass nach § 404 BGB dem Versicherer trotz Abtretung jeder Einwand gegen seine Freistellungspflicht bleibt – und Haupteinwand ist das fehlende Feststehen der Haftung und damit nach § 106 S. 1 VVG fehlende Fälligkeit des Freistellungsanspruchs. Weiteres Argument ist, dass bei einer derartigen „Einheits“-Klage, wie es die Direktklage mit ihren versicherungs- und haftungsrechtlichen Aspekten wäre, die gerichtlichen Zuständigkeiten für den Haftpflichtprozess (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GVG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a und c ArbGG – letzteres auch mit dem kleinen Nebeneffekt, dass das Kostenprivileg nach § 12a ArbGG verloren ginge) umgangen würden.<sup>794</sup> Dann müssten die nach § 72a S. 1 Nr. 4 GVG zu bildenden Spezialkammern für Versicherungsvertragsachen über arbeitsrechtliche, dienstrechtliche und gesellschaftsrechtliche Haftungsfragen befinden, was dem Zweck der Schaffung solcher Spezialkammern für Versicherungsvertragsfragen widerspricht. Weiteres Argument ist schließlich, dass bei Zubilligung einer derartigen Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch eine Art Direktanspruch gegen einen Haftpflichtversicherer begründet würde, was aber den Prinzipien des Haftpflichtversicherungsrechts widerspricht, weil dieses nur für wenige und nicht analogiefähige Sonderfälle derartige Direktansprüche kennt. Der eine ist der Fall der Kraftfahrt-Haftpflichtversicherung (§ 3 Nr. 1 PflVG), der andere bei gesetzlichen Pflichtversicherungen der Fall der Insolvenz oder unbekanntem Aufenthalts des Versicherungsnehmers (§ 115 VVG) und der dritte, im weitesten Sinne vergleichbare Fall der des § 110 VVG. Gerade letztere Bestimmung spricht dafür, dass für das Haftpflichtversicherungsrecht eine direkte Inanspruchnahme des Versicherers durch den Geschädigten systemwidrig ist und die absolute Ausnahme zu bleiben hat,<sup>795</sup> denn auch nach § 110 VVG gibt es im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers gerade keinen Direktanspruch des geschädigten Dritten; er hat nur eine Art Pfandrecht am Versi-

<sup>791</sup> Sogar dafür, ob der Rechtsanwalt der Versicherungsnehmerin die Direktklage empfehlen darf oder vor ihr warnen muss; dazu BGH VersR 2016, 783.

<sup>792</sup> BGH NJW 2016, 2184 = VersR 2016, 786.

<sup>793</sup> Koch GmbHR 2004, 18 (29); Peltzer NZG 2009, 970 (973); für die Zeit nach diesen BGH-Urteilen so zB Harzenetter NZG 2016, 728.

<sup>794</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 71.

<sup>795</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 64.

cherungsanspruch des Schädigers. Daher muss der geschädigte Dritte zuerst mit beispielsweise<sup>796</sup> Insolvenztabellefeststellungsklage die Haftpflichtforderung feststellen lassen und kann erst dann kraft Absonderungsrecht des § 110 VVG die Freistellungsforderung des Schädigers beim Versicherer analog § 1282 BGB einziehen.

Zu untersuchen ist, ob gegen diese Mindermeinung und frühere Rechtsprechung die Urteile des BGH vom 13.4.2016 (auf die sich die aktuelle und überwiegende Gegenmeinung stützt) entgegenstehen. Die Verfechter der Ansicht, aufgrund einer Abtretung des Deckungsanspruchs sei eine Direktklage möglich und die Frage der Haftung müsse nicht in einem gesonderten Haftpflichtprozess geklärt werden, stützen sich hauptsächlich auf das Argument, der Gesetzgeber habe mit § 108 Abs. 2 VVG ermöglichen wollen, direkt den Haftpflichtversicherer in Anspruch zu nehmen.<sup>797</sup> Insoweit können sich die Verfechter dieser Ansicht wiederum auf die Urteile des BGH vom 13.4.2016 stützen, deren zentrales Argument ebenfalls war, dass § 108 Abs. 2 VVG diese Möglichkeit eröffnen will.<sup>798</sup> Damit ist aber nur – zutreffend – zum Ausdruck gebracht, dass eine Abtretung auch an einen solchen Geschädigten möglich sein muss, der gleichzeitig Versicherungsnehmer ist. Um mehr ging es nicht. Der beklagte Versicherer hatte in den BGH-Fällen eingewandt, eine Abtretung sei nicht möglich, des Weiteren es fehle an einem Versicherungsfall durch ernsthafte Inanspruchnahme (nur über diese zwei Einwendungen hatte der BGH entschieden und dann zurückverwiesen), die Schadensberechnung sei nicht nachvollziehbar, die Kausalität der behaupteten Pflichtverletzung für den Schaden sei nicht belegt und – und das ist hier entscheidend – der Freistellungsanspruch sei gar nicht fällig. Aber über diese letzten drei Einwendungen hatten weder das Berufungsgericht noch der BGH entschieden. Die allerletzte Einwendung ist aber die hier entscheidende. Deshalb kann man aus den BGH-Urteilen nicht schließen,<sup>799</sup> nach der – nunmehr „erlauben“ – Abtretung könne ein Versicherer direkt auf Zahlung verklagt werden und der Versicherer könne nicht mangelnde Fälligkeit gem. §§ 404 BGB, 106 VVG einwenden, solange die Haftpflichtforderung nicht feststehe. Das heißt, aus den BGH-Urteilen vom 13.4.2016 lässt sich gegen die hier dargestellte Mindermeinung, die sich gegen eine Direktklage ausspricht, nichts ableiten.

Obwohl die besseren Gründe für die Mindermeinung sprechen und obwohl die BGH-Urteile vom 13.4.2016 dieser Mindermeinung nicht entgegenstehen, ist letztendlich doch der überwiegenden Meinung, die eine Direktklage auch bei strittiger Haftpflicht für möglich hält, zuzustimmen. Das liegt an einem in der Diskussion recht wenig beachteten weiteren Urteil des BGH,<sup>800</sup> das kurz danach erging und das auch bei strittiger Haftpflichtlage eine Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch für möglich hielt. Dieses Urteil dürfte die Diskussion beendet haben.<sup>801</sup> Diesem BGH-Urteil lag der Fall zu Grunde, dass durch – strittige – Notarfehler Grundstückserwerber einen Schaden durch doppelte Grunderwerbsteuer erlitten. Der Nachlassinsolvenzverwalter über das Vermögen des Notars bestritt, gab aber den versicherungsvertraglichen Freistellungsanspruch des Notars an die Erwerber frei. Diese nahmen dann, dann vertreten durch die später beklagten Rechtsanwälte, den Notarversicherer in Anspruch. Das Berufungsgericht wies entsprechend bisheriger obergerichtlicher Rechtsprechung darauf hin, dass der strittige Haftpflichtanspruch in einem gesonderten Prozess geklärt werden müsse und nicht in der Direktklage geklärt werden könne, worauf die Kläger ihren Antrag entsprechend beschränkten. In einem Folgeprozess nahmen die Kläger dann ihre Prozessbevollmächtigten wegen unnötiger Kosten in Anspruch, sodass vom BGH zu entscheiden war, ob das direkte Vorgehen gegen den Notarhaftpflichtversicherer wirklich aussichtslos war. Der BGH verneinte, der Notarversi-

<sup>796</sup> Es gibt weitere Wege; dazu → Rn. 456ff.

<sup>797</sup> Koch VersR 2016 765 (766); Hösker VersR 2013, 952 (953, 955).

<sup>798</sup> BGH VersR 2016, 786 (789).

<sup>799</sup> AA Koch VersR 2016, 765 (766), wonach auch der Fälligkeitseinwand vom Tisch sei, weil der BGH der Klage die Fälligkeit nicht abgesprochen habe.

<sup>800</sup> BGH VersR 2016, 783.

<sup>801</sup> Lücke in Pröls/Martin VVG § 108 Rn. 9.



cherer konnte trotz streitiger Haftpflichtforderung aus abgetretenem Freistellungsanspruch doch direkt in Anspruch genommen werden.

- 448 Damit ist der Weg dem Grunde nach frei, nach Abtretung des Freistellungsanspruchs durch das versicherte Organ an seine Dienstherrin (ebenso durch den versicherten Angestellten an seine Arbeitgeberin) und Versicherungsnehmerin den D&O-Versicherer direkt zu verklagen, selbst bei streitiger Haftpflichtforderung (und erst recht bei anerkannter Haftpflichtforderung; → Rn. 451 ff.). Solche Direktklage ist aber nur scheinbar ein einfacher Weg und führt zu einer Reihe von komplexen Problemen und Rechtsfragen, die wegen des Zusammenhangs mit dem Dienstvertrags-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht hier im dienstvertrags- und arbeitsrechtlichen Teil behandelt werden (→ Rn. 608 ff., 615 ff., 619 ff.).

### b) Abtretung erst nach begonnener Rechtsschutzgewährung durch Versicherer

- 449 In der Literatur ist problematisiert worden,<sup>802</sup> ob der Versicherte nach erfolgter Abwehrdeckungsusage durch den Versicherer überhaupt noch seinen Freistellungsanspruch abtreten kann. Es wird vertreten, mit Wahl der Abwehr und daher Nicht-Wahl der Freistellung könne der Freistellungsanspruch gar nicht fällig werden, was der Versicherer bei einer Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch einwenden könne.<sup>803</sup> Das ist allerdings kein Argument für die Wirksamkeit der Abtretung nach gewährtem Rechtsschutz, sondern ein Argument gegen die Möglichkeit einer Direktklage aus abgetretenem Freistellungsanspruch. Gegen die Abtretung nach Gewährung von Abwehrrechtsschutz könnte man einwenden, dass der Versicherer bei der Gewährung die Konstellation vor Augen hatte, dass ein Dritter, insbesondere die Versicherungsnehmerin in Innenhaftungsfällen den Versicherten in Anspruch nimmt und diesem zu helfen sei – nach Abtretung des Freistellungsanspruchs sieht sich der Versicherer dann aber seiner eigenen Versicherungsnehmerin als Gegner gegenüber, der es nicht nur haftungsrechtliche Einwendungen entgegen zu halten gibt, sondern – neu und zusätzlich aufgrund der Abtretung – deckungsrechtliche.<sup>804</sup> Damit ist der Versicherer zwar in einer anderen Verteidigungskonstellation als er es sich bei Gewährung der Abwehrdeckung gedacht hatte, verschlechtert sich dadurch aber nicht nennenswert. Über die Haftung muss ohnedies gestritten werden und beim Vorliegen von Deckungseinwendungen über die Deckung auch, wenngleich – ohne Abtretung – in einem gesonderten Deckungsrechtsstreit. Gegen eine solche Vereitelung der Abtretung durch Gewährung von Rechtsschutz spricht auch noch, dass es dann der Versicherer entgegen § 108 Abs. 2 VVG in der Hand hätte, durch rasche Rechtsschutzgewährung die Abtretung zu vereiteln.<sup>805</sup> Das aber ist die Praxis; selbst bei zweifelhafter Deckung wird zügig – unter Vorbehalt der Deckungsprüfung im Einzelnen – Abwehrschutz gewährt. Die anspruchstellende Versicherungsnehmerin und der in Anspruch genommene Versicherte müssen zudem nach § 104 Abs. 1 S. 2 VVG (S. 1 spielt in der D&O-Versicherung keine Rolle) binnen knapper Frist dem Versicherer den Versicherungsfall anzeigen; ebenso zügig gewährt der Versicherer dann Abwehrschutz. Auch deshalb kann die Gewährung von Rechtsschutz die Abtretung nicht „sperren“, denn sonst wäre sie faktisch immer gesperrt (die Freiheit abzutreten nach § 108 Abs 2 VVG würde dann mit der Anzeigeobligenheit nach § 31 VVG kollidieren). Sicher unproblematisch ist hingegen, nach abgeschlossenem – und von der versicherten Person verlorenem – Haftpflichtprozess den Freistellungsanspruch an die siegreiche Klägerin/Versicherungsnehmerin abzutreten;<sup>806</sup> das ist nur die rechtsgeschäftliche Variante der alternativ immer bestehenden Möglichkeit der Klägerin, den Freistellungsanspruch zu pfänden und sich überweisen zu lassen.

<sup>802</sup> Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung § 10 Rn. 30 ff.; Ihlas in Langheid/Wandt D&O Rn. 413; Koch FS Winter, 2007, 345 (355); vgl. auch Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 23.

<sup>803</sup> Ihlas in Langheid/Wandt D&O Rn. 413.

<sup>804</sup> Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung § 10 Rn. 31 ff.

<sup>805</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 24 f.

<sup>806</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, r+s 2020, 271.

Eine andere Frage als die Wirksamkeit der Abtretung ist indessen, ob sich der Versicherer, der seinen Freistellungsanspruch nach begonnener Rechtsschutzgewährung „zur Unzeit“ abtritt, sich wegen vergeblicher Kosten des Versicherers schadensersatzpflichtig macht.<sup>807</sup> 450

## XII. Wegfall des Anerkenntnisverbots

Der VVG-Reformgesetzgeber fügte mit § 105 VVG das Verbot einer jeden Vereinbarung (also nicht nur in Allgemeinen Versicherungsbedingungen wie in § 108 Abs. 2 VVG zum Abtretungsverbot) in das Gesetz ein, wonach dem Versicherungsnehmer (die Vorschrift gilt gleichermaßen auch für Versicherte) nicht untersagt werden kann, seine Haftung anzuerkennen oder sich mit dem Haftpflichtgläubiger zu vergleichen. Ein solches Verbot war im früheren, nicht reformierten VVG ohne weiteres möglich, was sich auch aus § 154 Abs. 2 VVG aF ergab, wonach sich der Versicherer auf ein solches vereinbartes Verbot nur dann nicht berufen konnte, wenn das Anerkenntnis durch den Versicherungsnehmer einem sittlichen Gebot (das Gesetz formulierte das umständlich so „... falls nach den Umständen der Versicherungsnehmer die Befriedigung oder Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte“) entsprach. 451

### 1. Bindung des Versicherers

Das nunmehr mit § 105 VVG erlaubte Anerkenntnis (gleichermaßen ein Vergleich) bedeutet aber nur, dass erstens die Haftung feststeht<sup>808</sup> und zweitens – anders als nach altem Recht – Anerkenntnis und Vergleich nicht deckungsschädlich sind, somit nicht zur Leistungseinschränkung oder -freiheit des Versicherers führt. Es bedeutet hingegen nicht, dass der Versicherer dann auch an die aus dem Anerkenntnis oder Vergleich resultierende Haftung gebunden wäre und daher den Versicherten von dieser Haftung freistellen und den Dritten befriedigen müsse. Das liegt daran, dass § 106 S. 1 VVG zur Fälligkeit zwischen Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich einerseits und bindender Wirkung für den Versicherer andererseits unterscheidet und so beides zu kumulativen Tatbestandsmerkmalen (für die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs) macht. Woher die Bindung des Versicherers an ein rechtskräftiges Urteil folgen soll, sagt das Gesetz nicht, so dass strittig geworden ist, ob damit die Bindungswirkung des Haftpflichturteils aufgrund hergebrachter Rechtsprechung gemeint ist<sup>809</sup> oder ob mit § 106 S. 1 VVG diese Rechtsprechung entfallen und ein gesonderter „Bindungsprozess“ zu führen ist.<sup>810</sup> Richtigerweise bleibt es bei der bisherigen Rechtsprechung, dass ein rechtskräftiges Haftpflichturteil Bindungswirkung iSv § 106 VVG hat (wobei es andere Frage ist, ob das Urteil auch zugunsten des Versicherers bindend ist, indem es zB Ausschlüsse wie typischerweise eine wissentliche Pflichtverletzung bindend zum Nachteil des Versicherten feststellt; das ist nur bei Voraussetzungsidentität der Fall<sup>811</sup>). Diese Streitfrage kann hier bei der Frage, ob und inwiefern Anerkenntnis und Vergleich Bindungswirkung haben, jedoch offen bleiben. Eine Bindung des Versicherers ergibt sich zum einen daraus, wenn er vor Vergleich und Anerkenntnis in diese einwilligt (§ 183 452

<sup>807</sup> Koch FS Winter, 2007, 345 (356); Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 26.

<sup>808</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 44; Armbrüster r+s 2010, 441 (447); aA Lücke in Prölss/Martin § 105 VVG Rn. 5, wonach nicht nur die Bindung, sondern auch die Haftung fehle.

<sup>809</sup> LG Bonn r+s 2013, 493; Lange D&O-Versicherung § 21, Rn. 50; Littbarski in Langheid/Wandt VVG § 106 Rn. 27, 50 ff.; Lücke in Prölss/Martin VVG § 106 Rn. 5; Armbrüster r+s 2010, 441 (446); aA Langheid VersR 2009, 1043 (1045).

<sup>810</sup> Langheid in Römer/Langheid VVG § 106 Rn. 3, 5; Langheid VersR 2009, 1043 (1045); vgl. auch OLG Stuttgart VersR 2010, 284.

<sup>811</sup> Finkel/Seitz in Seitz/Finkel/Klimke AVB-AVG Ziff. 1 Rn. 222; Ziff. 5 Rn. 31 f.



BGB) oder nach Abschluss bzw. Abgabe diese genehmigt (§ 184 BGB) oder schlicht irgendwie billigt.<sup>812</sup> Das ist ganz unbestritten,<sup>813</sup> auch wenn § 106 S. 1 VVG die Zustimmung (§ 182 BGB) des Versicherers nicht als Voraussetzung für die Bindung erwähnt, sondern im Unklaren lässt, woraus sich eine Bindung ergeben soll. Zum anderen – wenn der Versicherer nicht zustimmt – ergibt sich eine Bindung des Versicherers an Anerkenntnis und Vergleich jedenfalls wenn und soweit das Anerkenntnis oder der Vergleich der tatsächlichen Haftungsrechtslage entsprechen. Auch das ist ganz unstrittig.<sup>814</sup>

## 2. Reichweite der Zustimmung des Versicherers

- 453 Da es der Zustimmung (bzw. Genehmigung) des Versicherers bedarf, damit dieser iSv § 106 VVG an ein Anerkenntnis oder einen Vergleich gebunden ist, diese Voraussetzung aber im Gesetz nicht beschrieben ist und auch in aller Regel D&O-Versicherungsbedingungen dazu fehlen (anders zB Ziff. 5.1 AHB), ergibt sich das Problem, wann man von einer solchen Zustimmung ausgehen kann und welche Einwendungen dem Versicherer noch bleiben. Oftmals lauten die Erklärungen der Haftpflichtversicherer nicht so eindeutig, sondern dahingehend, sie wollten einer Einigung zwischen Versicherterem und Anspruchsteller nicht im Wege stehen oder deckungsrechtliche Einwendungen vorbehalten oder sogar, eine haftungs- und deckungsrechtliche Prüfung bleibe vorbehalten und Ähnliches.
- 454 Nach altem, nicht reformiertem Recht bedeuteten derartige Zustimmungen – auch klar formulierte – grundsätzlich nur, der Versicherer sehe im Anerkenntnis keinen Verstoß gegen das Anerkenntnisverbot gem. § 154 Abs. 2 VVG aF und daher keine Obliegenheitsverletzung; sie bedeuteten aber nicht, der Versicherer zahle dann auch (die anerkannte Forderung konnte ja aus einer nicht versicherten Tätigkeit rühren, einen Ausschluss berühren, über die Deckungssumme hinausgehen usw.). Nach altem Recht brauchte der Versicherte, um auf der sicheren Seite zu sein, eine doppelte Erklärung – Verzicht auf Obliegenheit und Bestätigung, dass die anerkannte Forderung auch versichert ist. Nach neuem Recht (§§ 105, 106 VVG) bedeutet eine Zustimmung nur, der Versicherer sei gem. § 106 VVG gebunden; mehr nicht. Dem Versicherer bleiben alle sonstigen Deckungseinwendungen. Das gilt auch dann, wenn der Versicherer keinen der vorbezeichneten beispielhaften Vorbehalte macht.

## XIII. Insolvenz des Versicherten – Direktansprüche

- 455 Während es in der Insolvenz der Versicherungsnehmerin bzw. einer mitversicherten Tochtergesellschaft D&O-versicherungsrechtliche Besonderheiten gibt (→ Rn. 23 ff.), gibt es solche Besonderheiten in der Insolvenz des Versicherten (mit einer zugleich zur behandelnden Ausnahme) nicht. Die Insolvenz des Versicherten führt zu den in Haftpflichtversicherungen üblichen Fragestellungen und Lösungen.

### 1. Die vier traditionellen Wege zum „Direktanspruch“

- 456 Durch das Verbot (nach § 105 VVG selbst in Individualvereinbarungen) von Anerkennungs- und Befriedigungsverboten und zudem durch das Verbot (nach § 108 Abs. 2 VVG, allerdings nur in Allgemeinen Versicherungsbedingungen) eines Verbots einer Abtretung an den geschädigten Dritten (zu dem in Innenhaftungsfällen auch die Versicherungsneh-

<sup>812</sup> Lücke in Prölss/Martin VVG § 106 Rn. 9.

<sup>813</sup> Lange D&O-Versicherung § 21 Rn. 45; Lücke in Prölss/Martin VVG § 106 Rn. 9.

<sup>814</sup> Lücke in Prölss/Martin VVG § 106 Rn. 3f.; LG Dortmund r+s 2013, 548.