

Aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung

Splinter

2021

ISBN 978-3-406-78001-1

C.H.BECK

prozesses für den Deckungsprozess bindend sind.³³⁵ Im Gegenteil zeigt der Vergleich mit den nur formal getrennten, aber aufgrund der Bindungswirkung des Haftungsprozesses inhaltlich dennoch konnexen Verfahren im Rahmen der konventionellen Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen, dass sich aus der Abtretung keine erheblichen Unterschiede für den materiellen Prozessausgang ergeben können.³³⁶ In dieselbe Richtung weist eine Analyse der Kalkulation der Versicherungsprämien: Der Versicherer legt bei der Übernahme des versicherten Risikos die Annahme zugrunde, dass er ggf. auch nach einer Beweislastentscheidung Deckung zu gewähren hat. Würde er im Direktprozess von dieser Verpflichtung enthoben, läge darin ein ungerechtfertigtes Zufalls Geschenk.³³⁷ Insoweit vermag auch nicht das Argument zu überzeugen, dass die Gesellschaft wegen der im Zweifel nur erfüllungshalber erfolgten Abtretung des Deckungsanspruchs (vgl. § 364 Abs. 2 BGB)³³⁸ nach abgewiesener Direktklage immer noch einen Haftungsprozess gegen das verantwortliche Organmitglied anstrengen und so den Versicherer entsprechend der ursprünglichen *non liquet*-Risikostruktur in Anspruch nehmen könne,³³⁹ da diese Möglichkeit angesichts des mit Organhaftungsklagen typischerweise verbundenen Aufwands als theoretisch eingestuft werden muss.

3. Rechtslage i. R. d. § 115 VVG

Weitere Unterstützung für die Übertragung der Beweislast aus dem Haftungsverhältnis auf den Direktprozess bietet die Rechtslage i. R. d. Direktanspruchs gegen den Pflicht-Versicherer nach § 115 Abs. 1 Satz 1 VVG, der nach der weitgehend unbestrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs derselben Beweislastverteilung unterliegt wie der gegen den Schädiger geltend zu machende Haftungsanspruch.³⁴⁰ Der Bundesgerichtshof begründet diese Konvergenz der Beweislastregeln zu Recht nicht vordringlich mit der sehr formellen Erwägung, dass § 115 Abs. 1 Satz 1 VVG statt einer Erstreckung des Deckungsanspruchs auf den Geschädigten eine Vervielfältigung des Haftungsanspruchs auch gegen den Versicherer vorsieht. Er stützt sich vielmehr zutreffend entsprechend zu den vorstehenden Ausführungen darauf, dass es

³³⁵ Vgl. zur Präjudizialität des Haftungsprozesses BGH, Urt. v. 18.2.2004 – IV ZR 126/02, NJW-RR 2004, 676; Langheid/Rixecker-Langheid, § 100 Rn. 33. AA hinsichtlich der Bedeutung der Bindungswirkung für die Beweislastverteilung im Direktprozess Brinkmann, ZIP 2017, 301, 307.

³³⁶ Vgl. insofern auch Baur/Holle, AG 2017, 141, 143 f., die zu Recht darauf hinweisen, dass § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG als Regelung des materiellen Rechts die Gesellschaft unabhängig von der prozessualen Einkleidung des *non liquet*-Risikos enthebt. In diese Richtung auch Höbne (2020), S. 167 f.

³³⁷ Ähnl. Baur/Holle, AG 2017, 141, 147.

³³⁸ Vgl. Lange, r + s 2007, 401, 403; Staudinger/Richters, DB 2013, 2725, 2726; Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215, 217; Armbrüster, NJW 2016, 2155, 2157; Baur/Holle, AG 2017, 141, 146; Brinkmann, ZIP 2017, 301, 303; ähnlich auch Böttcher, NZG 2008, 645, 649 f., der es mit Blick auf die Durchsetzbarkeit des Organhaftungsanspruchs allerdings offen lässt, ob sich um eine Abtretung erfüllungshalber oder um ein *pactum de non petendo* handelt. Richtigerweise besteht hier keine gegenseitige Ausschließlichkeit, da eine Abtretung erfüllungshalber typischerweise mit einem *pactum de non petendo* verbunden ist, vgl. spezifisch zur hier diskutierten Fallkonstellation Schumacher, NZG 2016, 969, 973.

³³⁹ So aber Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31, 44; Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215, 217; Armbrüster, NJW 2016, 2155, 2157; Brinkmann, ZIP 2017, 301, 305.

³⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.12.1977 – VI ZR 206/75, NJW 1978, 2154, 2155 f. = BGHZ 71, 339; dem folgend z. B. Prölss/Martin-Klimke, § 115 Rn. 42; MüKoVVG-W.-T. Schneider, § 115 Rn. 49.

angesichts der Bindungswirkung des Haftungsprozesses keinen Unterschied machen kann, ob sich die (wirtschaftliche) Beweisbelastetheit des Versicherers aus der prozessrechtlichen Konstruktion der Anspruchsverfolgung oder aus einer Anwendung der haftungsrechtlichen Beweislastregel im Direktprozess ergibt. Wegen dieser sich aus materiellen Erwägungen ergebenden Erstreckung der Beweislastverteilung auf den Direktanspruch spielt es daher auch keine entscheidende Rolle, dass diese Rechtsprechung für den zedierten Anspruch nicht „unmittelbar einschlägig“ ist,³⁴¹ weil sich die zugrundeliegende Interessenkonstellationen weitgehend gleichen und daher der Unterscheidung zwischen gesetzlichem bzw. durch Zession begründetem Direktanspruch kein sinnvoller Differenzierungsgehalt zukommt.

IV. Materiell- und prozessrechtliche Auswirkungen der Abtretung des Deckungsanspruchs und von Entscheidungen im Direktprozess

Bei der D&O-Direktklage stellt sich wie generell bei Mehrpersonenverhältnissen regelmäßig die Frage, ob und inwieweit die Ergebnisse eines Rechtsstreits zwischen zwei Parteien (hier: Gesellschaft und Versicherer) für die nicht am Prozess beteiligten Personen bindend sind. Hinzu tritt für die Direktklage die Besonderheit, dass der Direktanspruch mit seinen spezifischen Voraussetzungen erst durch die Abtretung entsteht, weil er sich aus Haftungs- und Freistellungsanspruch zusammensetzt. Dies führt dazu, dass insbesondere auch inhaltliche Änderungen der abgetretenen Ansprüche eintreten können, so dass insgesamt eine komplexe Gemengelage aus materiellrechtlichen Wechselwirkungen einerseits und prozessualen Bindungsfragen andererseits entsteht.

1. Materielle Auswirkungen der Abtretung auf die Einzelansprüche

Zunächst stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Einzelansprüche durch die Abtretung des Deckungsanspruchs bzw. durch dessen Verfolgung Veränderungen erfahren.

a) Organhaftungsanspruch – *pactum de non petendo* und Verjährung

Der Haftungsanspruch ist nicht Gegenstand der Abtretung und wird von ihr daher nicht unmittelbar berührt. Gleichwohl bestehen einige Interdependenzen. Da der Deckungsanspruch typischerweise erfüllungshalber abgetreten wird,³⁴² kann der Organhaftungsanspruch zwar grundsätzlich weiterverfolgt werden. Seiner Geltendmachung steht aber ein *pactum de non petendo* entgegen, das im Idealfall explizit vereinbart wird, im Übrigen aber der Abtretung im Wege der Auslegung zu entnehmen ist.³⁴³ Den Selbstbehalt und Beträge jenseits der Versicherungssumme erfasst dieses *pactum de non petendo* ohne ausdrückliche Regelung aber nicht, weil die Gesellschaft diese grundsätzlich nicht von dem Versicherer erlangen kann.³⁴⁴ Gleichwohl werden Selbstbehalt

³⁴¹ So formuliert von *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 306.

³⁴² Vgl. oben Teil 4 § 5 III.2.

³⁴³ Vgl. oben Teil 5 § 5 III.2 Fn. 338 a.E. Ein solches *pactum de non petendo* ist zulässig und wird insbesondere nicht durch § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG eingeschränkt, weil in einem nur dilatorischen *pactum de non petendo* kein Verzicht oder Vergleich liegt, die durch ihre peremptorische Wirkung gekennzeichnet werden. Vgl. u. a. *Spindler/Stilz-Fleischer*, 2019, § 93 Rn. 303g; *Werner*, VersR 2016, 1352, 1353.

³⁴⁴ Beim Selbstbehalt kann allerdings ein Anspruch gegen den Versicherer bestehen, wenn die Selbstbehaltsversicherung im Regressmodell ausgestaltet ist, vgl. oben Teil 4 § 4 III.2b)bb).

und Beträge über der Versicherungssumme in Direktklagefällen in der Praxis erst verlangt werden, wenn der Rechtsstreit über den Deckungsanspruch beendet ist. Denn die Direktklage gegen den Versicherer dient maßgeblich dazu, die Hemmschwelle zur Verfolgung von Ansprüchen herabzusetzen, indem sie eine Klage gegen die persönlich verantwortlichen (ehemaligen) Organmitglieder verzichtbar macht. Dies wird häufig dem Interesse der für die Verfolgung zuständigen Organmitglieder entsprechen, die nicht selten mit den Personen persönlich verbunden sind, deren Verhalten Grundlage des Anspruchs gegen den Versicherer ist. Mit diesem Ziel wäre es kaum vereinbar, schon während des Rechtsstreits mit dem Versicherer Ansprüche gegen die Organmitglieder zu verfolgen.

Wegen der typischen vorläufigen Klärung des versicherten Teils des Organhaftungsanspruchs ist es insbesondere relevant, inwieweit der Organhaftungsanspruch während der Verfolgung des Direktanspruchs der Verjährung nach § 93 Abs. 6 AktG unterliegt. Hinsichtlich des durch die Versicherungssumme gedeckten Teils des Anspruchs tritt nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ein Neubeginn der Verjährung ein, weil sich in der Abtretung durch das Organmitglied ein Bewusstsein für die potenzielle Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft äußert und daher in der Abtretung ein Anerkenntnis i. S. d. Verjährungsrechts liegt.³⁴⁵ Richtigerweise trifft dies aber auch auf Teilbeträge des Haftungsanspruchs zu, die nicht durch den abgetretenen Deckungsanspruch gedeckt sind. Denn ein Teil-Anerkenntnis führt zwar im Ausgangspunkt auch nur zu einem teilweisen Neubeginn der Verjährung.³⁴⁶ Dies gilt aber nicht, wenn es sich um ein unbeschränktes Anerkenntnis dem Grunde nach handelt, das nur summenmäßig beschränkt ist. In der Rechtsprechung hat sich insoweit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis des Inhalts herauskristallisiert, dass ein Anerkenntnis hinsichtlich eines Teils der Verbindlichkeit als unbeschränktes Anerkenntnis dem Grunde nach wirkt, wenn nicht aus dem Anerkenntnis hervorgeht, dass der Anerkennende die Verbindlichkeit mit dem anerkannten Teilbetrag endgültig für befriedigt hält.³⁴⁷ Nach diesen Grundsätzen wird in der Abtretung des Deckungsanspruchs so gut wie immer ein unbeschränktes Anerkenntnis dem Grunde nach (i. S. d. Verjährungsrechts) zu sehen sein, weil der nicht gedeckte Teil des Organhaftungsanspruchs auch nach erfolgreicher Direktklage noch offen stehen muss. Daher kann in der Abtretung kaum die Auffassung zum Ausdruck kommen, mit dem Deckungsanspruch habe es sein Bewenden. Freilich sollte i. R. d. Abtretungsvereinbarung ein Verjährungsverzicht über den Organhaftungsanspruch im Ganzen vereinbart werden, um Streitigkeiten über die verjährungsrechtlichen Auswirkungen der Abtretung zu vermeiden.³⁴⁸

³⁴⁵ Vgl. Staudinger-Habermann, § 212 Rn. 22.

³⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1960 – VI ZR 163/59, VersR 1960, 831, 832; Palandt-Ellenberger, § 212 Rn. 5; MüKoBGB-Grothe, § 212 Rn. 9.

³⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1960 – VI ZR 163/59, VersR 1960, 831, 832; vgl. ferner MüKoBGB-Grothe, § 212 Rn. 9; Staudinger-Habermann, § 212 Rn. 22.

³⁴⁸ Vgl. Harzenetter, NZG 2016, 728, 730; zur Zulässigkeit des Verjährungsverzichts Spindler/Stilz-Fleischer, § 93 Rn. 303g; GK-Hopt/Roth, § 93 Rn. 586; Hüffer/Koch, § 93 Rn. 88; Schmidt/Lutter-Krieger/Sailer-Coceani, § 93 Rn. 77; Harbarth/Jaspers, NZG 2011, 368, 370; Reichert, ZIP 2016, 1189, 1196; Werner, VersR 2016, 1352, 1353; aA Hölters-Hölters, § 93 Rn. 336; KK-Mertens/Cahn, § 93 Rn. 199; zweifelnd Bachmann (2014), S. 56.

b) Deckungsanspruch – Schicksal des Abwehrenspruchs und Anrechnung von Abwehraufwand

Hinsichtlich des Deckungsanspruchs zeigt sich (noch) größeres Komplexitätspotenzial als mit Blick auf den Haftungsanspruch. Dies ist schon deshalb der Fall, weil der Deckungsanspruch sowohl einen Abwehr- als auch einen Freistellungsanspruch beinhaltet und nach der Abtretung nur der Freistellungsanspruch gegenüber dem Versicherer verfolgt werden kann.³⁴⁹ Insoweit entstehen vor allem Fragen darüber, in welcher Form der Abwehrenspruch nach Abtretung des Deckungsanspruchs noch Fortbestand haben kann. Insoweit wird – mit unterschiedlichen Begründungen – einerseits vertreten, der Abwehrenspruch bleibe durch die Abtretung unberührt,³⁵⁰ während andererseits davon ausgegangen wird, dass nach Abtretung des Deckungsanspruchs auch kein Abwehrenspruch mehr bestehe.³⁵¹ Letzteres ist zutreffend. Es wäre dem Versicherer kaum zuzumuten und kann deshalb auch nicht von den Organmitgliedern erwartet werden, sich zunächst gegen die Gesellschaft verteidigen zu müssen und in einem Haftungsprozess gegen das Organmitglied den Anspruch erneut abzuwehren, weil dies im Ergebnis auf eine Verdoppelung des Abwehrenspruchs gegen den Versicherer hinausliefe.³⁵²

Ein weiteres, vor allem praktisch nicht einfaches Problem besteht in der Anrechnung der Abwehrkosten auf die Versicherungssumme, die die D&O-Bedingungswerke standardmäßig vorsehen.³⁵³ Während bei der üblichen Klagesequenz ohne Weiteres feststeht, welcher Aufwand für die Verteidigung gegen den Haftungsanspruch angefallen ist, ist im Direktprozess dessen Quantifizierung wesentlich schwieriger. Denn im Direktprozess besteht der Aufwand des Versicherers sowohl im Aufwand für die eigene Verteidigung – der nicht angerechnet wird – als auch im Abwehraufwand, der auch in einem getrennten Haftungsprozess anfallen würde und der deshalb auf die Versicherungssumme anzurechnen ist.

Im ersten Zugriff ist zwischen Anwalts honoraren und Gerichtskosten zu differenzieren. Für die Anwalts honorare wird typischerweise eine Abrechnung auf Stundenbasis vereinbart. Deshalb kann der Versicherer zumindest theoretisch anhand der Anwaltsrechnungen darlegen, welcher Aufwand für die Abwehr des Anspruchs aus haftungsrechtlichen Gründen und welcher Aufwand für die deckungsrechtliche Seite erforderlich war. In der Rechtspraxis dürfte dies allerdings nicht ganz trivial sein. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass sich die anwaltliche Tätigkeit nicht immer klar zwischen Haftungs- und Deckungsseite aufteilen lassen wird. Im Ausgangspunkt ist es hier zwar naheliegend, den nicht klar zuordenbaren Aufwand je zur Hälfte den

³⁴⁹ Vgl. hierzu bereits oben Teil 4 § 5 I.

³⁵⁰ So Prölss/Martin-Lücke, § 108 Rn. 28; Lange, r + s 2011, 185, 196 f.; in diese Richtung auch Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215, 220.

³⁵¹ So Grote/Schneider, BB 2007, 2698 (der wohl von einem konkludenten Verzicht des Zedenten auf den Abwehrenspruch ausgeht); Staudinger/Richters, DB 2013, 2725, 2727 f. (Erlöschen des Abwehrenspruchs mit Abtretung wegen Funktionslosigkeit); Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215, 649 (ohne nähere Begründung); Harzenetter, NZG 2016, 728, 733 (Abtretung nur einheitlich möglich).

³⁵² Allerdings stellt auch hier der Selbstbehalt einen Sonderfall dar, da er sich nur auf den Freistellungs- und nicht auf den Abwehrenspruch bezieht, so dass auch nach einer Direktklage theoretisch noch ein Anspruch des Organmitglieds gegen den Versicherer auf Anspruchsabwehr bestehen dürfte.

³⁵³ Vgl. u. a. AVB D&O 05/2019 Ziff. A-6.4 Satz 2.

beiden Elementen des Direktprozesses zuzuweisen. Insoweit handelt es sich aber im Wesentlichen um eine Tatfrage, die im Einzelfall auch anders zu beantworten sein kann (beispielsweise dann, wenn ein Aspekt des Direktanspruchs im Prozess erhebliches Übergewicht hat). Darlegungs- und beweisbelastet ist der Versicherer, weil es sich bei dem Verbrauch der Versicherungssumme für Abwehraufwand um einen leistungsbeschränkenden Umstand handelt.³⁵⁴ Eine Erleichterung der beweisrechtlichen Anforderungen ist nicht angezeigt, weil dem Versicherer der Umfang der Tätigkeit der selbst beauftragten Prozessbevollmächtigten vollständig bekannt ist.

Weitere Handhabungsprobleme entstehen außerdem dadurch, dass die Höhe des Aufwands zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht bekannt sein wird und daher keine betragsmäßig bezifferte Anrechnung auf die Versicherungssumme möglich ist. Dem Versicherer bleibt deshalb in Bezug auf den nachgelagerten Aufwand regelmäßig nur die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO.

Hinsichtlich der Gerichtskosten ist die Situation in der Handhabung einfacher, aber materiellrechtlich komplexer. Die Gebühren werden nach § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, §§ 3 ff. ZPO pauschal wertabhängig bestimmt, so dass anders als bei nach Zeithonoraren abgerechneten Anwaltsleistungen kein aufwendiger Postenstreit entstehen kann. Dafür verschärft sich das Problem der Aufteilung der Gerichtsgebühren, weil die Wertgebühr keinen Anhaltspunkt für die Aufteilung in Abwehr- und Deckungsaufwand bietet. Denn der Haftungsanspruch wird nicht als eigener Anspruch im prozessrechtlichen Sinn, sondern als Bestandteil des Deckungsanspruchs geltend gemacht. Damit kommt es nicht zu einer werterhöhenden Klagehäufung nach § 5 ZPO, so dass gegenüber einem reinen Deckungsprozess keine Mehrkosten verursacht werden, sondern vielmehr gegenüber der Geltendmachung von Haftungs- und Deckungsanspruch in getrennten Verfahren Kosten gespart werden.

Diese Ersparnis könnte man voll dem Versicherer zuweisen, indem man die Gerichtsgebühren zur Gänze auf den Anspruch anrechnet. Dafür ließe sich anführen, dass sie im Regelfall³⁵⁵ mit den Gebühren identisch sind, die bei Geltendmachung des Anspruchs in einem Haftungsprozess entstanden wären und daher in einer nur partiellen Anrechnung eine unbillige Benachteiligung des Versicherers läge. Umgekehrt ließe sich aber auch vertreten, dass gar keine Anrechnung erfolge, weil der Versicherer einen Deckungsprozess stets auf eigene Kosten zu führen habe und er hiervon nicht entlastet werden dürfe.

Es sollte indessen ersichtlich sein, dass diese Varianten jeweils Extremlösungen darstellen, die zu unausgewogenen Ergebnissen führen. Vorzugswürdig ist es daher, die Gebühren analog der Grundregel beim nicht näher zuordenbaren anwaltlichen Aufwand jeweils hälftig der Haftungs- und der Deckungsfrage zuzuweisen und sie in dem so ermittelten Umfang von fünfzig Prozent auf die Versicherungssumme anzurechnen. Auf diese Weise wird das unbillige Ergebnis vermieden, entweder allein den Versicherer oder die versicherte Person von der Ersparnis profitieren zu lassen, die sich aus der Verfahrensvereinfachung ergibt. Auch unter dem Gesichtspunkt der dem Vertrag zugrunde liegenden Risikokalkulation dürfte die hier vorgeschlagene Lösung am wenigsten zu ungerechtfertigten Eingriffen in den Parteiwillen führen. Denn der Versicherer trägt bei einem Direktprozess zwar gegenüber getrennten Prozessen das zusätzliche

³⁵⁴ Zur Darlegungs- und Beweislast des Versicherers für leistungsbeschränkende Umstände vgl. z. B. Beckmann/Matusche-Beckmann-v. Rintelen, § 23 Rn. 81.

³⁵⁵ Eine Ausnahme kann z. B. vorliegen, wenn der Selbstbehalt nicht geltend gemacht wird und dadurch ein Gebührensprung ausbleibt.

Risiko, bei Unterliegen in der Haftungsfrage die Hälfte der Gerichtsgebühren nicht auf die Versicherungssumme anrechnen zu können. Dafür wird ihm aber das Risiko abgenommen, womöglich zusätzlich zum Haftungsprozess einen Deckungsprozess auf vollständig eigene Kosten führen zu müssen, so dass im Ergebnis der Kalkulation des Versicherers auch im Direktprozess nicht die Basis entzogen sein dürfte.

Auf der Grundlage dieses Ergebnisses stellt sich sodann die Frage, ob auch andere Aufteilungen als eine jeweils hälftige möglich sind. Hier könnte man ähnlich wie bei den Kosten für anwaltliche Leistungen von einer Tatfrage ausgehen und den anzurechnenden Anteil anders bemessen, wenn entweder die Deckungs- oder die Haftungsfrage deutliches Übergewicht haben. Dies ist im Ergebnis aber abzulehnen, da eine quantitative Aufteilung kaum zu handhaben ist³⁵⁶ und auch dem Grundgedanken der pauschalen Wertgebühr widerspräche, die ohnehin nur in einem losen Zusammenhang mit dem durch einen Rechtsstreit erzeugten Aufwand steht.³⁵⁷ Anders als bei den Anwaltskosten können hierdurch auch keine grob unbilligen Ergebnisse entstehen, weil die Gerichtsgebühren wegen der Begrenzung des Gebührenstreitwerts auf dreißig Millionen Euro (§ 39 Abs. 2 GKG) selbst bei Ausschöpfung des Instanzenzugs nicht deutlich über einer Million Euro liegen können, während Anwaltshonorare in komplexen Organhaftungsstreitigkeiten nicht selten den zweistelligen Millionenbereich erreichen.³⁵⁸

2. Bindungswirkung

Das verfahrensmäßige Korrelat zur materiellrechtlichen Wechselwirkung von Deckungs- und Haftungsanspruch ist die Bindungswirkung des Direktprozesses im Verhältnis zu nachfolgenden Haftungsstreitigkeiten.

a) Prozessrecht

Als prozessrechtliche Bindungsinstrumente kommen grundsätzlich Rechtskrafterstreckung und Streitverkündung in Betracht. Die denkbaren Prozessausgänge (Obsiegen der Gesellschaft, Klageabweisung aus haftungsrechtlichen Gründen sowie Klageabweisung aus deckungsrechtlichen Gründen, jeweils entweder vollumfänglich oder teilweise) und die verschiedenen Richtungen, in denen eine Bindungswirkung im Interesse der Parteien liegen kann (Gesellschaft gegenüber Organmitglied und umgekehrt sowie Versicherer gegenüber Organmitglied), sind vielgestaltig und deshalb jeweils unterschiedlich zu beurteilen.

aa) Stattgebende Entscheidung. Bei einer stattgebenden Entscheidung hat die Gesellschaft ein Interesse an der Bindung des Organmitglieds an das Ergebnis des Direktprozesses, um die versicherte Person wegen eines etwaigen die Versicherungssumme

³⁵⁶ Etwas anderes gilt nur für die Teile der Kostenrechnung, die sich eindeutig einem Aspekt des Rechtsstreits zuordnen lassen. Dies kann vor allem bei den Auslagen der Fall sein, die für Zeugen und Sachverständige anfallen. In Betracht kommen daneben auch die zusätzlichen Gebühren, die durch eine Zwischenfeststellungsklage der Gesellschaft über die Haftungsfrage verursacht werden können. Bei solchen Posten ist eine gesonderte Anrechnung auf die Versicherungssumme möglich und auch durchzuführen, weil dies dem Zweck einer Anrechnungsregelung entspricht und keine durchgreifenden Gesichtspunkte gegeben sind, die gegen eine Anrechnung sprechen.

³⁵⁷ Vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89, NJW 1992, 1673 = BVerfGE 85, 337, wonach ein noch plausibler Zusammenhang mit dem „Wert“ der staatlichen Leistung genügt.

³⁵⁸ Vgl. oben Teil 2 § 1 II.3.a) Fn. 39.

übersteigenden Schadens in Anspruch zu nehmen – insbesondere auch als Zwischenschritt zur Inanspruchnahme des Selbstbehalts-Versicherers oder von Exzedenten-Versicherern, die ganz typischerweise nicht an die Regulierung des Grundversicherers gebunden sind.³⁵⁹ Eine subjektive Rechtskrafterstreckung eines Prozesses zwischen Gesellschaft und Versicherer auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organmitglied scheidet allerdings regelhaft aus, da die versicherten Organmitglieder weder Partei des Direktprozesses noch Rechtsnachfolger des Versicherers sind und es daher an den Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 ZPO fehlt. Auch eine Streitverkündung der Gesellschaft gegenüber dem Organmitglied ist grundsätzlich nicht möglich, weil die Streitverkündung nur für den Fall des Unterliegens zulässig ist, § 72 Abs. 1 ZPO.³⁶⁰ Im Ergebnis steht der Gesellschaft bei vollständigem Obsiegen daher keine Möglichkeit offen, eine Bindung des Organmitglieds an das Prozessergebnis zu erzeugen. In Situationen, in denen ein Interesse an einer Bindungswirkung besteht, dürfte allerdings ein vollständiges Obsiegen eher selten sein, weil insbesondere der Verbrauch der Versicherungssumme häufig zu einer Teilabweisung aus deckungsrechtlichen Gründen führen wird, die ein ungünstiger Ausgang i. S. d. § 72 Abs. 1 ZPO ist und deshalb Grundlage einer Streitverkündung sein kann.³⁶¹

bb) Klageabweisung aus haftungsrechtlichen Gründen. Bei einer Klageabweisung aus haftungsrechtlichen Gründen ist grundsätzlich eine erneute Klage der Gesellschaft gegen das Organmitglied möglich, weil das Urteil zwischen Gesellschaft und Organmitglied keine Rechtskraftwirkung nach § 325 Abs. 1 ZPO entfaltet. Das Organmitglied kann sich vor einer solchen Klage auch nicht schützen.³⁶² Insbesondere ein Beitritt als Nebenintervenient ist nicht zweckmäßig, weil die Interventionswirkung aus § 68 HS. 1 ZPO nur zuungunsten und nicht zugunsten des Nebenintervenienten eintritt.³⁶³

Bei einer Zweitklage ist es zudem nicht ausgeschlossen, dass auch den Versicherer Nachteile treffen, indem er erneut Deckung gewähren muss. Zwar erlischt nach hier vertretener Auffassung auch der Abwehranspruch mit der Abweisung der Klage im Direktprozess,³⁶⁴ doch ist diese Ansicht nicht höchstrichterlich abgesichert und deshalb für den Versicherer nicht verlässlich. Auch die Rechtskrafterstreckung nach § 325 Abs. 1 Var. 2 ZPO aufgrund der für die Deckung erforderlichen Rückabtretung bietet dem Versicherer keinen hinreichenden Schutz, weil eine Abweisung der Klage aus dem Direktprozess aus haftungsrechtlichen Gründen auf einem anderen Lebenssachverhalt basiert als eine Deckungsklage der versicherten Person allein auf versicherungsrechtlicher Grundlage und deshalb die Rechtskraft des Urteils aus dem ersten Prozess für

³⁵⁹ Vgl. dazu oben Teil 4 § 4 II.2.b).

³⁶⁰ Anders kann es sich allerdings bei teilweise Obsiegen bei gleichzeitigem teilweise Unterliegen aus deckungsrechtlichen Gründen verhalten, vgl. dazu unten Teil 5 § 5 IV.2.a)cc).

³⁶¹ Vgl. dazu unten Teil 5 § 5 IV.2.a)cc).

³⁶² Dies gilt zumindest für Abwehrmechanismen, die ohne Kooperation des Versicherers zur Verfügung stehen. Zu letzteren – insbesondere einer negativen Zwischenfeststellungsklage in Verbindung mit einer gewillkürten Prozessstandschaft des Versicherers für die versicherte Person – sogleich.

³⁶³ RG, Urt. v. 5.2.1937 – V 223/36, RGZ 153, 271, 274; BGH, Urt. v. 6.3.1987 – VII ZR 122/86, NJW 1987, 1894, 1895; BeckOK-ZPO-Dressler, § 68 Rn.7; MüKoZPO-Schultes, § 68 Rn.12; Musielak/Voit-Weth, § 68 Rn.5; Zöller-Althammer, § 68 Rn.6.

³⁶⁴ Vgl. oben Teil 4 § 5 I und IV.1.b).

die Entscheidung im zweiten Rechtsstreit mangels Identität des Streitgegenstands nicht vorgreiflich ist.³⁶⁵

Deshalb soll der Versicherer nach einer verbreiteten Empfehlung in solchen Fällen gegenüber der Gesellschaft Zwischenfeststellungswiderklage mit dem Ziel erheben, das Nichtbestehen des Haftungsanspruchs der Gesellschaft gegenüber dem Organmitglied feststellen zu lassen.³⁶⁶ Eine solche Zwischenfeststellungsklage über ein Drittrechtsverhältnis ist zulässig, wenn das Drittrechtsverhältnis – wie es beim Haftungsverhältnis in D&O-Direktklagefällen der Fall ist – dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis vorgreift.³⁶⁷ Auch insoweit kommt allerdings keine Erstreckung der Rechtskraft einer Entscheidung auf das Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft einerseits und zwischen Organmitglied und Versicherer andererseits in Betracht, da es für eine solche Rechtskrafterstreckung an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Ein möglicher Ausweg besteht darin, dass der Versicherer im Rahmen der Zwischenfeststellungsklage als gewillkürter Prozessstandschafter für die versicherte Person auftritt, was grundsätzlich möglich ist³⁶⁸ und – sowohl zugunsten als auch zuungunsten der versicherten Person – zum Eintritt der Bindungswirkung nach § 325 Abs. 1 ZPO führt.³⁶⁹

cc) Klageabweisung aus deckungsrechtlichen Gründen. Bei einer Klageabweisung aus deckungsrechtlichen Gründen liegt das Interesse an einer bindenden Feststellung gegenüber dem Organmitglied dominant beim Versicherer, der bei einem eventuell nachfolgenden Haftungsstreit weder Abwehrdeckung noch Freistellung gewähren will. Da entsprechende Ansprüche (soweit man – anders als hier vertreten – überhaupt von einem Fortbestand des Abwehranspruchs nach abgewiesener Direktklage ausgeht) zwingend eine Rückabtretung des Deckungsanspruchs an die versicherte Person voraussetzen, wirkt das Urteil gemäß § 325 Abs. 1 Var. 2 ZPO auch gegen diese, so dass im Ergebnis eine entsprechende Bindungswirkung weitgehend gewährleistet ist.³⁷⁰

Neben dem Versicherer kann auch die Gesellschaft ein Interesse daran haben, dass das Organmitglied am Prozessergebnis einer (auch teilweise) aus deckungsrechtlichen Gründen abgewiesenen Direktklage festgehalten wird, wenn die Feststellungen für

³⁶⁵ Vgl. zur Maßgeblichkeit des Streitgegenstands für die Rechtskraftwirkung u.a. BGH, Urt. v. 24.11.1982 – VIII ZR 263/81, NJW 1983, 390, 391 = BGHZ 85, 367; Zöller-Vollkommer, Vor § 322 Rn.35. Zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus Klageantrag und Lebenssachverhalt BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, NJW 1992, 1172, 1173 = BGHZ 117, 1; Zöller-Vollkommer, Einleitung Rn.83; BeckOK-ZPO-Wendtland, § 2 Rn.3 f, jeweils m.w.N. AA Brinkmann, ZIP 2017, 301, 305, der allerdings nicht zwischen einer Abweisung aus haftungsrechtlichen und aus deckungsrechtlichen Gründen differenziert.

³⁶⁶ Vgl. u.a. Armbrüster, r + s 2010, 441, 451; Lange, r + s 2011, 185, 197; Harzenetter, NZG 2016, 728, 733.

³⁶⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 14.5.1990 – II ZR 125/89, NJW 1990, 2627, 2628; Urt. v. 16.6.1993 – VIII ZR 222/92, NJW 1993, 2539, 2540 = BGHZ 123, 44; Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, NJW 2011, 1667 Tz. 11; BeckOK-ZPO-Bacher, § 256 Rn.5; Musielak/Voit-Foerste, § 256 Rn.5; Saenger-Saenger, § 256 Rn.6.

³⁶⁸ Zur Zulässigkeit der Prozessstandschaft im Rahmen der negativen Feststellungsklage vgl. RG, Urt. v. 3.2.1936 – IV 139/35, RGZ 150, 189, 190f.; MüKoBGB-Gergen, § 2039 Rn.22 (jeweils zur gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 2039 BGB).

³⁶⁹ BGH, Urteil vom 30.3.1953 – IV ZR 241/52, LM § 325 ZPO Nr.4; Urt. v. v. 3.7.1980 – IV a ZR 38/80, NJW 1980, 2461, 2463 = BGHZ 78, 1; MüKoZPO-Gottwald, § 325 Rn.57; BeckOK-ZPO-Gruber, § 325 Rn.41; Musielak/Voit-Musielak, § 325 Rn.22.

³⁷⁰ Ebenso Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31, 46; Armbrüster, r + s 2010, 441, 451; Lange, r + s 2011, 185, 196f.; Brinkmann, ZIP 2017, 301, 305.