

Dr. Anja Mayer

Lars Winkler

D&O-Versicherung

# Quo vadis D&O-Versicherung – Neu-Definition des Versicherungsfalls bei Abtretung

(gleichzeitig Besprechung OLG Düsseldorf vom 12. Juli 2013, I-4 U 149/11)

## 1. EINLEITUNG

Schadenfälle in der D&O-Versicherung betreffen überwiegend Schadenersatzansprüche im Innenverhältnis. Eine Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) macht gegen ihre (ehemaligen oder gegenwärtigen) Vorstände, Geschäftsführer oder Aufsichtsräte (versicherte Personen) einen Schadenersatzanspruch geltend. Für den Fall der Inanspruchnahme steht der versicherten Person Versicherungsschutz unter der D&O-Versicherung zu. Die versicherte Person hat gegen den D&O-Versicherer einen Anspruch auf Abwehrkostendeckung für den Fall der unbegründeten Inanspruchnahme (Abwehrfunktion) oder ein Anspruch auf Freistellung vom begründeten Schadenersatzanspruch (Freistellungsfunktion). Der Versicherungsfall tritt nach den verwendeten AVB in der Regel mit der „erstmaligen schriftlichen Inanspruchnahme“ der versicherten Person ein.

Nicht immer ist die der versicherten Person vorgeworfene Pflichtverletzung derart gravierend, dass sich die Gesellschaft von der versicherten Person trennen will. Gleichwohl möchte die Gesellschaft einen Ausgleich für den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden. Die Auseinandersetzung über den Schadenersatzanspruch soll jedoch die Geschäftsbeziehung zwischen Gesellschaft und versicherter Person möglichst wenig beeinträchtigen. In anderen Fällen hat die versicherte Person die Gesellschaft verlassen, verfügt aber nicht über ein ausreichendes Vermögen, um den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft befriedigen zu können. Für die vorgenannten Konstellationen bietet § 108 Absatz 2 VVG Abhilfe.

Nach § 108 Absatz 2 VVG kann die Abtretung des Freistellungsanspruchs gegen den Versicherer an den Dritten nicht durch AVB ausgeschlossen werden. Im Umkehrschluss heißt dies: die versicherte Person kann ihren Anspruch auf Freistellung von dem erhobenen Schadenersatzanspruch an den geschädigten Dritten abtreten. Mit der Abtretung wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen direkten Zahlungsanspruch gegen den Versicherer um.

In Literatur und Praxis wird heftig darüber diskutiert, ob § 108 Absatz 2 VVG auch in der D&O-Versicherung bei Schadenersatzansprüchen im Innenverhältnis anwendbar ist.<sup>1</sup> Nunmehr hatte das OLG Düsseldorf erstmals Gelegenheit über die Zulässigkeit der Abtretung des Freistellungsanspruchs aus einer D&O-Versicherung bei einer Inanspruchnahme im Innenverhältnis zu entscheiden (Urteil vom 12. Juli 2013, Az. 1-4 U 149/11).

## 2. ENTSCHEIDUNG DES OLG DÜSSELDORF

Dem OLG Düsseldorf lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor:

### 2.1 Sachverhalt

Die Versicherungsnehmerin (eine deutsche Konzerngesellschaft) unterhält bei dem beklagten Versicherer eine D&O-Versicherung. Nach den AVB des Versicherungsvertrages gewährt der Versicherer den Vorständen, Geschäftsführern und leitenden Angestellten der Versicherungsnehmerin und ihrer Tochtergesellschaften Versicherungsschutz, wenn sie wegen einer Pflichtverletzung „erstmal schriftlich“ in Anspruch genommen werden. Des Weiteren enthalten die AVB die Regelung, dass die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den geschädigten Dritten zulässig ist. Anderweitige Abtretungen von Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag sind vor ihrer endgültigen Feststellung unzulässig.

Im Jahr 2008 tätigten der Geschäftsführer sowie der Prokurist des ausländischen Tochterunternehmens der Versicherungsnehmerin bei verschiedenen Banken Währungstermingeschäfte. Durch die besondere Ausgestaltung der Währungstermingeschäfte entstand dem polnischen Tochterunternehmen (die Klägerin) ein Schaden in sechsstelliger Höhe.

---

<sup>1</sup> Vgl. stellvertretend *Herdter*, VP 2012, S. 168 ff.

Die Klägerin beendete zunächst das Beschäftigungsverhältnis mit dem Prokuristen und nahm den Prokuristen außergerichtlich wegen diverser Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit den Währungstermingeschäften schriftlich auf Schadenersatz in Anspruch. Zeitgleich informierte sie den Versicherer über den Eintritt des Versicherungsfalls.

Der Prokurist wies den geltend gemachten Schadenersatzanspruch zurück und berief sich u.a. auf seine Haftungsbeschränkung nach dem anwendbaren Arbeitsrecht. Im Rahmen von Vergleichsverhandlungen erklärte der Versicherer, er werde für die Schäden in der entstandenen Größenordnung erst nach einer gerichtlichen Klärung der Haftungsfrage eintreten. Die Klägerin verwies darauf, dass sie wegen der wahrscheinlich bestehenden Haftungsbeschränkung kein Interesse an einem Haftungsprozess im Ausland habe. Sie kündigte gegenüber dem Versicherer an, den unbeschränkt haftenden Geschäftsführer in Anspruch zu nehmen.

Nach Scheitern der Vergleichsverhandlungen nahm die Klägerin im Februar 2010 ihren Geschäftsführer wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit den Währungstermingeschäften schriftlich auf Schadenersatz in Anspruch. Im März 2010 zeigte die Klägerin dem Versicherer den Eintritt des Versicherungsfalls in Bezug auf den Geschäftsführer an. Die Klägerin forderte den Versicherer unter Fristsetzung bis zum 1. April 2010 zur Schadenbegleichung auf. Am 1. April 2010 trat der Geschäftsführer den Freistellungsanspruch gegen den Versicherer unter der D&O-Versicherung an die Klägerin ab. Der Geschäftsführer blieb wegen seiner besonderen Bedeutung für den Vertrieb der Klägerin weiterhin bei der Klägerin beschäftigt.

Nachdem der Versicherer nach nochmaliger Zahlungsaufforderung und Anzeige der Abtretung weiterhin seine Eintrittspflicht verneinte, verklagte die Klägerin den Versicherer in Deutschland auf Zahlung. Im Verfahren berief sich der Versicherer auf die Unzulässigkeit der Abtretung nach den AVB. Die Klägerin sei nicht „Dritte“. Darüber hinaus sei die Abtretung wegen Kollusion nach § 242 BGB unwirksam. Jedenfalls liege kein Versicherungsfall vor, da es an einer „ernstlichen“ Inanspruchnahme der versicherten Person fehle.

## 2.2 Entscheidung des OLG Düsseldorf

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist § 108 Absatz 2 VVG auch auf die Abtretung des Freistellungsanspruchs in der D&O-Versicherung anwendbar und die Abtretung zulässig

(unten Ziffer 2.2.1). Das Gericht wies die Klage jedoch mit der Begründung ab, dass der Versicherungsfall nicht eingetreten sei, da es an einer ernstlichen Inanspruchnahme fehle (unten Ziffer 2.2.2). Das OLG Düsseldorf ließ die Revision zu. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

#### 2.2.1 Abtretbarkeit des Freitstellungsanspruchs

Nach Dafürhalten des Gerichts ist § 108 Absatz 2 VVG in der D&O-Versicherung anwendbar. Die D&O-Versicherung decke Versicherungsfälle, die auf einer Schädigung des Versicherungsnehmers beruhen (Innenhaftungsfälle). Bei Innenhaftungsfällen sei der Versicherungsnehmer zwangsläufig Geschädigter. Die Abtretung an den Geschädigten soll aber nach § 108 Absatz 2 VVG grundsätzlich möglich sein und darf nicht durch AVB ausgeschlossen werden.

Die Abtretung sei auch nicht wegen Kollusion unwirksam. Die Gefahr einer Kollusion zwischen versicherter Person und Versicherungsnehmer bestehe unabhängig von einer Abtretung. Versicherte Person und Versicherungsnehmer können nicht nur im Direktprozess zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer, sondern ebenso im Haftpflichtprozess gegen den Versicherten Absprachen treffen, um einen behaupteten Haftpflichtanspruch begründet erscheinen zu lassen.

#### 2.2.2 Kein Versicherungsfall

Nach Auffassung des Gerichts ist jedoch der Versicherungsfall nicht eingetreten. Voraussetzung für den Versicherungsschutz sei nach den AVB, dass die versicherte Person „erstmal schriftlich“ in Anspruch genommen wird. Hierfür sei es nicht ausreichend, wenn die Versicherungsnehmerin die versicherte Person nur der Form halber in Anspruch nehme, sie müsse dies tatsächlich (ernstlich) tun.

Aus Sicht eines objektiven Dritten (Versicherungsnehmer, versicherte Person) seien die AVB so zu verstehen, dass für die Inanspruchnahme kein bloßes Anschreiben genüge. Vielmehr müsse die versicherte Person einem Schadenersatzanspruch ausgesetzt sein. Ein objektiver Dritter erwarte keinen Versicherungsschutz für den Fall, dass Ansprüche gegen die versicherte Person nicht verfolgt werden sollen.

Es sei nach ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass der Versicherte durch den Gläubiger nur dann tatsächlich in Anspruch genommen werde, wenn der Gläubiger sich entschlossen hat, Schadenersatzansprüche gerade gegen den Versicherten geltend zu ma-

chen und er diesen Entschluss in einer Art und Weise zu erkennen gibt, die als ernstliche Erklärung der Inanspruchnahme des Versicherten verstanden werden kann. Eine nur mögliche oder wahrscheinliche Inanspruchnahme löse den Versicherungsfall hingegen nicht aus. Die gerichtliche Inanspruchnahme führe regelmäßig den Versicherungsfall herbei, sei aber nicht zwingend erforderlich. Diese Rechtsgrundsätze gelten entsprechend für die Inanspruchnahme der versicherten Person durch den Versicherungsnehmer

In der Regel stelle ein Schreiben des Gläubigers, mit dem Schadenersatz gefordert wird, eine ausreichende Inanspruchnahme dar. Dies gelte insbesondere dann, wenn die AVB über die Schriftlichkeit hinaus keinen besonderen Anforderungen an die Inanspruchnahme stellen. Ungeachtet der Schriftlichkeit sei die Beurteilung, ob eine ernstliche Inanspruchnahme vorliege, eine tatrichterliche Frage, die von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Für die Inanspruchnahme sei die Versicherungsnehmerin (Klägerin) darlegungs- und beweisbelastet.

Nach Auffassung des Gerichts sollte der Geschäftsführer vorliegend tatsächlich nicht persönlich in Anspruch genommen werden. Vielmehr sei die Inanspruchnahme der versicherten Person nur der Form halber verfolgt. Es sei von einem Einvernehmen zwischen Klägerin und versicherter Person auszugehen, dass der möglicherweise bestehende Anspruch nicht durchgesetzt werden soll. Die Inanspruchnahme sei erfolgt, um tatsächlich die Leistung aus dem Versicherungsvertrag zu generieren. Das Interesse an der Versicherungssumme reiche für die Ernstlichkeit der Inanspruchnahme nicht aus. Das versicherte Risiko in der D&O-Versicherung sei der Vermögensschaden der versicherten Person. Drohe ein solcher Vermögensschaden nicht, fehle es an einer ernstlichen Inanspruchnahme. Die Versicherungssumme sei kein eigenständiger Vermögensbestandteil, sondern diene dem Schutz der versicherten Person bei Eintritt des Versicherungsfalls.

Nach Auffassung des Gerichts widersprechen diese Anforderungen an die Inanspruchnahme nicht dem Regelungszweck des § 108 Absatz 2 VVG. Zwar habe der Gesetzgeber durch die Abtretungsmöglichkeit nach § 108 Absatz 2 VVG eine besondere Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem schützen wollen. Der geschädigte Versicherungsnehmer sollte aber nicht davon entbunden werden, Ansprüche gegen die versicherte Person tatsächlich zu verfolgen. Die Klägerin habe von vornherein kein Interesse gehabt, Ansprüche im Ausland geltend zu machen. Stehe von vornherein fest, dass An-

sprüche ausschließlich im Prozess zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer geltend gemacht werden sollen, sei die versicherte Person weder vor der Abtretung noch nach Abweisung des Deckungsprozesses einer Anspruchsverfolgung ausgesetzt. Die versicherte Person wisse, dass das Anspruchsschreiben allein dazu diene, die Versicherung unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Es fehle an einem Entschluss des Versicherungsnehmers Schadenersatzansprüche gegen die versicherte Person geltend zu machen. Ein vor diesem Hintergrund verfasstes Anspruchsschreiben solle nur den Anschein der Ernstlichkeit erwecken.

Weitere Indizien für das Fehlen einer ernsthaften Inanspruchnahme sind nach Auffassung des Gerichts der zeitliche Ablauf der Inanspruchnahme, das Verhalten der versicherten Person, die dem erhobenen Anspruch nicht entgegengetreten sei, sondern den Freistellungsanspruch abgetreten habe, und die Weiterbeschäftigung der versicherten Person.

Die Klägerin habe u.a. das Beschäftigungsverhältnis mit dem Geschäftsführer fortgesetzt. Zwar sei eine Kündigung keine Voraussetzung für den Versicherungsschutz. Dies sei aber ungewöhnlich, da die Auseinandersetzung um einen Schadenersatzanspruch das Dienstverhältnis belaste und sich besonders unternehmensschädlich auswirke. Demgegenüber habe die Klägerin das Beschäftigungsverhältnis mit dem Prokuristen aufgehoben. Schließlich habe die Klägerin nicht dargelegt, wie sie den Geschäftsführer in dem Fall habe in Anspruch nehmen wollen, wenn sie keine Versicherungsleistungen erlange.

### 3. BEWERTUNG

Das OLG Düsseldorf entschied die Frage nach der Abtretbarkeit des Freistellungsanspruchs im Sinne der Versicherungsnehmer (unten Ziffer 3.1). Die vom Gericht für die Inanspruchnahme aufgestellten Anforderungen an die „Ernstlichkeit“ sind jedoch bedenklich. Sie widersprechen dem vom Gesetzgeber mit der Abtretungsmöglichkeit verfolgten Zweck (unten Ziffer 3.2).

#### 3.1 Bestätigung der Abtretbarkeit

Die Bejahung der Abtretungsmöglichkeit in der D&O-Versicherung durch das OLG Düsseldorf entspricht dem Gesetzeszweck des § 108 Absatz 2 VVG. Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist auch der geschädigte Versicherungsnehmer. Für andere Bereiche der

Haftpflichtversicherung ist dies anerkannt. § 108 Absatz 2 VVG nicht zwischen verschiedenen Arten der Haftpflichtversicherung.

Nach der Gesetzesbegründung schützt § 108 Absatz 2 VVG sowohl die Interessen des Geschädigten als auch des Schädigers: Die Abtretung schützt das berechtigte Interesse des Schädigers daran, den Haftpflichtanspruch des Dritten (Geschädigten) nicht einfach zurückzuweisen. Vielmehr kann der Schädiger wegen seiner besonderen Beziehungen zum Geschädigten erheblich daran interessiert sein, den Geschädigten an den Versicherer zu verweisen (vgl. Gesetzesbegründung zu § 108 Absatz 2 VVG BT-Drs. 16/3945, S. 867). Des Weiteren will § 108 Absatz 2 VVG den Geschädigten in die Lage versetzen, ohne Umwege über den Schädiger den Versicherer in Anspruch zu nehmen und Ansprüche in einem Verfahren klären zu lassen, ohne das Insolvenzrisiko des Schädigers tragen zu müssen (vgl. Gesetzesbegründung zu § 108 Absatz 2 VVG BT-Drs. 16/3945, S. 86 f.).

Diese Schutzfunktionen des § 108 Absatz 2 VVG greifen auch in der D&O-Versicherung. Der Geschäftsführer möchte durch einen Rechtsstreit über das Bestehen seiner Schadenersatzpflicht das Geschäftsverhältnis mit dem geschädigten Unternehmen nicht belasten. Daneben übersteigen die geltend gemachten Haftpflichtansprüche regelmäßig das Vermögen der versicherten Personen. Das geschädigte Unternehmen ist daher daran interessiert, ohne Umwege den Versicherer in Anspruch zu nehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Bejahung der Abtretungsmöglichkeit durch das Gericht konsequent.

### 3.2 „Ernsthafte“ Inanspruchnahme

Die Ausführungen des Gerichts zur Ernsthaftigkeit der Inanspruchnahme überzeugen nicht. Die Argumentation des Gerichts widerspricht nach diesseitiger Auffassung den AVB, dem allgemeinen Haftpflichtrecht sowie dem mit § 108 Absatz 2 VVG verfolgten Zweck. Inhaltlich definiert das Gericht den Eintritt des Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung systemwidrig neu.

#### 3.2.1 „Verschriftlichung“ der Schadenersatzforderung

Nach den AVB ist die „schriftliche“ Inanspruchnahme auf Schadenersatz ausreichend. Dieser formale Zeitpunkt bestimmt allein, ab welchem Moment (a) die versicherte Person Versicherungsschutz genießt, (b) Anzeigepflichten ausgelöst werden, (c) der Rechts-

schutz- und Deckungsanspruch gegen den Versicherer fällig ist und (d) der Lauf der Verjährung des Versicherungsanspruchs beginnt.

### 3.2.2 Kein Durchsetzungs- und Vollstreckungswille erforderlich

Die Inanspruchnahme in der allgemeinen Haftpflichtversicherung ist die ernsthaftige Geltendmachung einer Schadenersatzforderung. Die Geltendmachung ist ernsthaft, wenn der Geschädigte einen Anspruch erhebt, der nicht erkennbar scherzhafter Natur ist. Nach allgemeiner Auffassung kommt es auf den Durchsetzungs- und Vollstreckungswillen des Gläubigers nicht an. Auch Ansprüche, die einer späteren gütlichen Einigung dienen sollen, oder eine Streitverkündungsschrift sind ernsthaft geltend gemacht (BGH NJW 2003, 2376 = VersR 2003, 900, *Langheid* in: Römer/Langheid, *Versicherungsvertrag*, 3. Auflage 2012, Rn. 9). Diesen Durchsetzungswillen fordert das Gericht jedoch, wenn es die Darlegung verlangt, wie der Anspruch ohne Abtretung gegen die versicherte Person hätte durchgesetzt werden sollen.

Das Gericht verkennt zudem, dass der Freistellungsanspruch ein Bestandteil des Vermögens der versicherten Person ist, wenn nicht sogar der wesentliche. Mit der Abtretung und Geltendmachung des abgetretenen Freistellungsanspruchs gegen den Versicherer setzt der geschädigte Versicherungsnehmer seinen Schadenersatzanspruch gegen die versicherte Person durch.

### 3.2.3 Widerspruch zum Zweck des § 108 Absatz 2 VVG

Die Anforderungen des Gerichts widersprechen dem von § 108 Absatz 2 VVG verfolgten Zweck.

Durch die Umfunktionierung der „Schriftlichkeit“ in eine „Ernsthaftigkeit“ suggeriert das Gericht, die Inanspruchnahme im Wege der Abtretung erwecke lediglich den Anschein eines Versicherungsfalles. Damit stellt es diesen Fall einem fingierten Versicherungsfall gleich. Dies ist irreführend. Ob die geschädigte Versicherungsnehmerin gegen die versicherte Person als Schädiger einen Schadenersatzanspruch hat, richtet sich allein danach, ob a) die versicherte Person eine Pflichtverletzung beging, b) die Pflichtverletzung schuldhaft war und c) durch die Pflichtverletzung der Versicherungsnehmerin ein Schaden entstanden ist. Der einzige Unterschied zwischen der D&O-Versicherung und der allgemeinen Haftpflichtversicherung ist, dass der Versicherungsfall nicht bereits mit der



Pflichtverletzung/Schadenerstehung oder mündlichen Geltendmachung des Schadenersatzanspruches eintritt, sondern erst mit der schriftlichen Anspruchserhebung.

Insoweit darf das Kriterium der „ernsthaften“ Inanspruchnahme nicht überdehnt werden. Denn gerade weil der Geschädigte (Versicherungsnehmer) keine Auseinandersetzung mit dem Schuldner wünscht oder etwa die versicherte Person vermögenslos ist, darf der Versicherungsnehmer mit der versicherten Person die Abtretung vereinbaren. Die „freundliche“ Inanspruchnahme ist damit der Regelfall des § 108 VVG und kein vermeintliches Gegenstück zur „ernsthaften“ Inanspruchnahme. Mit seiner Auffassung negiert des OLG Düsseldorf den Zweck des § 108 Absatz 2 VVG.

#### 3.2.4 Keine Indizwirkung der Weiterbeschäftigung

Die Weiterbeschäftigung der versicherten Person ist kein Indiz für eine fehlende „Ernsthaftigkeit“ der Inanspruchnahme. Wie das Gericht zunächst zutreffend darlegt, ist die Kündigung der versicherten Person keine Voraussetzung für den Versicherungsschutz. Der D&O-Versicherer selbst bietet der versicherten Person regelmäßig Deckungsschutz für die Verteidigung gegen Kündigungen wegen Pflichtverletzungen an.

Der geschädigte Versicherungsnehmer ist seinerseits sogar verpflichtet, bestehende Schadenersatzansprüche gegen den Schädiger geltend zu machen – unabhängig von seiner Weiterbeschäftigung. Die D&O-Versicherung bietet Deckungsschutz für fahrlässiges schädigendes Handeln. In derartigen Fällen ist die weitere Beschäftigung des Organmitglieds der Regelfall.

## 4. KONSEQUENZEN UND AUSBLICK

Geschädigte Unternehmen können sich von versicherten Personen den Freistellungsanspruch gegen den D&O-Versicherer abtreten lassen. Die Abtretung kann gemäß § 108 Absatz 2 VVG nicht durch AVB ausgeschlossen werden. Allerdings führt die Entscheidung des OLG Düsseldorf zu erheblichen Rechtsunsicherheiten im Falle der Abtretung.

Folgte man der Sichtweise des Senates konsequent ist die Abtretung in der D&O-Versicherung und der allgemeinen Haftpflichtversicherung entgegen dem Willen des Gesetzgebers faktisch kaum noch möglich. Versicherer werden im Direktprozess regelmäßig anführen, dass keine ernsthafte, d.h. eine „freundliche“ Inanspruchnahme vorliege, wenn die versicherte Person noch beim Versicherungsnehmer beschäftigt ist und/oder weil der Zahlungsanspruch wegen der Abtretung direkt gegen den Versicherer

geltend gemacht wird. Der geschädigte Versicherungsnehmer befindet sich in dem Zwiespalt zwischen (ggf. gewünschter) Weiterbeschäftigung des Schädigers und verpflichtender Geldendmachung des Schadenersatzanspruchs. Die versicherte Person ist gezwungen sich gegen den Schadenersatzanspruch zur Wehr zu setzen.

Diese Frage wird hoffentlich bald durch den BGH geklärt.

Dr. Anja Mayer  
Rechtsanwältin

Wilhelm Rechtsanwälte  
Partnerschaft von Rechtsanwälten  
Reichsstraße 43  
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 24  
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

[www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)  
[anja.mayer@wilhelm-rae.de](mailto:anja.mayer@wilhelm-rae.de)

AG Essen PR 1597

Lars Winkler  
Rechtsanwalt

Wilhelm Rechtsanwälte  
Partnerschaft von Rechtsanwälten  
Reichsstraße 43  
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 11  
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

[www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)  
[lars.winkler@wilhelm-rae.de](mailto:lars.winkler@wilhelm-rae.de)

AG Essen PR 1597