



One Team.
One Goal.

Orth Kluth Newsletter

Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer – Darlegungs-/Beweislast und Rolle des ehemaligen Organmitglieds

Es ist anerkanntermaßen zulässig, den versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruch einer versicherten Person¹ gegen den D&O-Versicherer an die Versicherungsnehmerin abzutreten. Eine solche Abtretung dürfte gemäß § 108 Abs. 2 VGG auch in Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht ausgeschlossen werden. Mit der Abtretung des versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruchs an die geschädigte Gesellschaft wandelt sich dieser Anspruch in einen Zahlungsanspruch.² Die Implikationen einer entsprechenden Abtretung für die direkte Inanspruchnahme des D&O-Versicherers durch die geschä-

digte Gesellschaft sind nicht in Gänze geklärt.

I. Die Entscheidung des OLG Köln vom 21.11.2023 (9 U 206/22)

Die zitierte, rechtskräftige Entscheidung des OLG Köln hat, jedenfalls im Zuständigkeitsbereich dieses Gerichts, in zweifacher Hinsicht für Rechtsklarheit gesorgt, soweit es um die Folgen einer Abtretung des versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruchs der versicherten Person gegen

¹ Im Folgenden wird die versicherte Person auch als (ehemaliges) Organmitglied und die Versicherungsnehmerin auch als (geschädigte) Gesellschaft bezeichnet. Das *ehemalige* Organmitglied ist der in der Praxis regelmäßige Haftungsschuldner.

² Vgl. BGH, IV ZR 304/13, NJW 2016, 2184, 2186.



den D&O-Versicherer an die geschädigte Gesellschaft geht:

1. Die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog), d.h. die dort zu Lasten des Geschäftsleiters bestimmte Beweislastumkehr hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung, sind *in Bezug auf den Haftungsanspruch*³ auch dann anwendbar, wenn nach der Abtretung des versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruchs durch ein ehemaliges Organmitglied die Gesellschaft den D&O-Versicherer direkt verklagt (Direktprozess).
2. Der eingetretene Versicherungsfall bzw. der diesem zugrunde liegende Haftungsanspruch gegen das ehemalige Organmitglied entfällt nicht infolge der Abtretung des Freistellungsanspruchs. Denn selbst wenn die

Abtretung des Freistellungsanspruchs zwecks Befriedigung des Haftungsanspruchs an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) erfolgt, erlischt dadurch der versicherungsrechtliche Zahlungsanspruch gegen den D&O-Versicherer nicht; dies ergebe sich aus einem Umkehrschluss aus § 105 VVG.⁴

II. Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber

Die geschaffene Rechtsklarheit führt zu dem nun häufigeren Ansinnen von geschädigten Gesellschaften, das in Anspruch genommene Organmitglied möge seinen Freistellungsanspruch gegen den Versicherer an die Gesellschaft abtreten, um auf diese Weise eine „direkte“ rechtliche Auseinandersetzung mit dem D&O-Versicherer unter Ausparung des Organmitglieds als Prozessgegner zu ermöglichen.⁵

Die Abtretung des Freistellungsanspruchs an Erfüllung statt (siehe oben) ist für die anspruchstellende Gesellschaft freilich rechtlich häufig nicht möglich, wenn es sich um eine Aktiengesellschaft handelt (wegen der in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG normierten Einschränkungen hinsichtlich einer Verfügung über Ersatzansprüche). Auch bei anderen Rechtsformen wird das Gesellschaftswohl einer Abtretung an Erfüllung statt häufig entgegenstehen. Denn verliert die Gesellschaft den Direktprozess gegen den D&O-Versicherer aus

³ Hiervon zu unterscheiden sind Beweislastfragen in Bezug auf den versicherungsvertraglichen Deckungsanspruch.

⁴ Nach § 105 VVG ist eine Vereinbarung in einer Haftpflichtversicherung unwirksam, nach welcher der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherungsnehmer (bzw. hier: die versicherte Person) den geschädigten Dritten befriedigt oder dessen Anspruch anerkennt. Im Umkehrschluss folge daraus, dass der Versicherer zur Leistung verpflichtet bleibe, wenn der Versicherungsnehmer den Haftpflichtanspruch durch Abtretung an Erfüllung statt befriedige, wobei der Versicherer seine Leistung infolge der Befriedigung endgültig nur noch in Form der Zahlung an die Gesellschaft erbringen kann.

⁵ Bisweilen ist damit auf Seiten der Versicherungsnehmer auch die Vorstellung verbunden, es könne eine anderen Versicherungsformen ähnliche „Regulierung“ des Schadens im direkten Austausch mit dem Versicherer erzielt werden. Allerdings kommt es in diesen Fällen schon wegen der Komplexität der zugrunde liegenden Haftungsfragen in aller Regel zum Prozess.

deckungsrechtlichen Gründen, besteht keine haftungsrechtliche Rückgriffsmöglichkeit mehr gegen das Organmitglied.

Deshalb ist aus der Sicht der anspruchstellenden Gesellschaft eine Vereinbarung mit dem Organmitglied über eine erfüllungshalber erfolgende Abtretung des Freistellungsanspruchs – gegenüber der Abtretung an Erfüllung statt – zum Teil die einzig zulässige oder zumindest zweckmäßige Variante.⁶

In diesem Kontext: Eine Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber soll nach einer erst kürzlich ergangenen Entscheidung des OLG Schleswig mit Wirkung auch für den Direktprozess gegen den D&O-Versicherer hinsichtlich des Haftungsanspruchs verjährungshemmende Wirkung haben. Dies folge aus dem im Zuge der Abtretung mit der versicherten Person bezüglichen des Haftungsanspruchs vereinbarten Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*).⁷

III. Das in Anspruch genommene Organmitglied als Auskunftsperson beider Parteien

In der Literatur wird die Sichtweise des OLG Köln auf die für D&O-Versicherer nachteilige Beibehaltung der Darlegungs- und Beweislastgrundsätze gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (siehe oben) mit beachtlichen Gründen kritisiert.

Nimmt man die Entscheidung des Gerichts für die Praxis *nolens volens* hin, steht der D&O-Versicherer vor der Aufgabe, sich selbst (und nur noch mittelbar das Organmitglied) unter Berücksichtigung dieser Grundsätze gegen den Zahlungsanspruch der Versicherungsnehmerin bestmöglich zu verteidigen.

Der D&O-Versicherer wird sich unter anderem mittels der Auskunftsobliegenheiten der Versicherungsnehmerin aber auch des Organmitglieds einen umfassenden Einblick in den Sachverhalt verschaffen müssen, um dann substantiell vortragen zu können, dass und warum das Organmitglied insbesondere objektiv und subjektiv pflichtgemäß gehandelt habe. Wie auch in (bisherigen) Fällen, in denen eine Abtretung des Freistellungsanspruchs nicht erfolgt und das Organmitglied beklagte Partei im Organhaftungsverfahren ist, ist auch in dieser Konstellation unter anderem die ausführliche Erörterung des Falles und seiner wesentlichen Facetten mit dem Organmitglied zweckmäßig.

Das Organmitglied ist aus rechtlicher Sicht andererseits auch Auskunftsperson der anspruchstellenden Gesellschaft. In dem Fall des OLG Köln hatte das Organmitglied sich in einer Vereinbarung mit der Gesellschaft verpflichtet, diese im Rahmen eines Prozesses gegen den D&O-Versicherer nach Abtretung des Freistellungsanspruchs unter anderem durch Auskunftserteilung zu unterstützen, soweit dies gesetzlich und unter der einschlägigen D&O-Police zulässig ist.

⁶ Im Fall des OLG Köln lag eine Abtretung erfüllungshalber vor, was durch Auslegung der abgegebenen Erläuterungen ermittelt wurde.

⁷ Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 26.02.2024 - 16 U 93/23, BeckRS 2024, 3308: Die Verjährung des Haftungsanspruchs sei für die Dauer der Anspruchsverfolgung gegenüber dem D&O-Versicherer gehemmt. Die Entscheidung ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht rechtskräftig.



Auch ohne eine solche spezifische Vereinbarung könnte die Gesellschaft von einem aus ihren Diensten ausgeschiedenen Organmitglied im Kontext eines Haftungsanspruchs der Gesellschaft Auskünfte von dem Organmitglied verlangen, soweit bei der Gesellschaft ein Aufklärungsbedürfnis besteht. Das hat der für Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH zuletzt im Jahr 2021 ausgesprochen.⁸ Auch dies konnte bereits in früheren Fällen, in denen eine Abtretungskonstellation nicht vorlag, sondern zunächst eine Inanspruchnahme des Geschäftsleiters vorbereitet wurde, in der Praxis relevant werden.

IV. Darlegungs- und Beweislast und die Rolle des Organmitglieds als erheblicher Nachteil für den D&O-Versicherer?

Ist zu erwarten, dass ein D&O-Versicherer in einem Direktprozess mit den vom OLG Köln vorgesehenen Darlegungs- und

Beweislastgrundsätzen strukturell gegenüber der anspruchstellenden Gesellschaft im Nachteil ist? Etwa deshalb, weil ein ehemaliges Organmitglied, das sich zu einer Abtretung seines Freistellungsanspruchs gegen den D&O-Versicherer entschlossen hat, im Zweifel „im Lager“ der Gesellschaft, und nicht des D&O-Versicherers steht, und daher eher geneigt sein könnte, die Interessen der Gesellschaft zu befördern, wenn er sich vorprozessual gegenüber den Parteien zu Haftungsaspekten erklärt?

Im Ausgangspunkt erscheint das naheliegend, zumal der D&O-Versicherer von Einzelheiten eines Versicherungsfalls möglicherweise erst Kenntnis erlangt, nachdem es bereits eine Verständigung zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Organmitglied über die Abtretung des versicherungsrechtlichen Freistellungsanspruchs gegeben hat.

Auch könnte das Organmitglied infolge der Abtretung (zumindest vorerst) nicht denselben Verteidigungseifer an den Tag legen wie im Falle einer persönlichen Beklagtenstellung vor Gericht, die erfahrungsgemäß einen erheblichen psychologischen Einfluss auf die Organmitglieder hat und mit einer unangenehmen Drucksituation verbunden ist. Insofern ist – gerade bei für Externe unbekanntem Sachverhalten – nicht zu unterschätzen, dass auch eine kohärente Darstellung der Ereignisse unter Einbeziehung von aus den Unterlagen nicht ohne Weiteres ersichtlichen Aspekten erhebliche Bedeutung hat.

Bei einer etwaigen einseitigen Ausrichtung des Organmitglieds an dem pekuniären Interesse der anspruchstellenden Gesellschaft muss es aber nicht bleiben.⁹

⁸ BGH II ZR 140/20, NZG 2021, 1356.

⁹ Im Fall des OLG Köln gab es eine solche einseitige Ausrichtung offenbar schon nicht. Unter anderem die Zeugenaussage des in Anspruch genommenen Organmitglieds führte zur Klageabweisung.

Der D&O-Versicherer wird dem Organmitglied die oben skizzierte objektive Rechtslage (erneut) vor Augen führen, wonach bei einer Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber auch eine spätere Haftungsklage der Gesellschaft gegen das Organmitglied nicht ausgeschlossen ist. Einem bereits durch (sofortige) Abberufung aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Geschäftsführer mag dieser Aspekt umso mehr einleuchten.

Überdies wird es dem betroffenen Organmitglied ggf. um seine persönliche Reputation gehen, etwa mit Blick auf die eigene berufliche Zukunft. Ein Obsiegen des Versicherers in einem Direktprozess insbesondere aufgrund einer nicht gegebenen Haftung des Organmitglieds wäre dann vorteilhaft.¹⁰

Ferner mag die für das Organmitglied absehbare Zeugenstellung vor Gericht – ggf. werden ihn sogar beide Parteien benennen – ein Umstand sein, der einem tendenziösen Auskunftsverhalten des Organmitglieds zulasten des Versicherers schon bei der Erarbeitung des Sachverhalts entgegensteht (und erst Recht bei einer Zeugenaussage im Prozess).

Schließlich: Haftungsansprüchen gegen (ehemalige) Organmitgliedern liegen in der Regel komplexe Sachverhalte zugrunde, die häufig aus mehreren Quellen (Dokumentation, Zeugen, Sachverständige) ermittelt werden müssen. In solchen Konstellationen ist die Bedeutung einer einzelnen Zeugenaussage häufig nicht alles entscheidend für die rechtliche Bewertung des Falles.

V. Weitere Implikationen des Direktprozesses für den D&O-Versicherer?

Fallen die Kosten der umfassenden Verteidigung auch gegen den Haftungsanspruch in Fällen der direkten Inanspruchnahme dem D&O-Versicherer zur Last (und zwar in Höhe der in diesen Fällen in aller Regel vereinbarten Honorargebühren), können diese Kosten, vorbehaltlich des Bestehens einer gesonderten Anspruchsgrundlage, auch bei Feststellung eines Nichtbestehens der versicherungsrechtlichen Einstandspflicht (insbesondere unter dem Aspekt eines Vorsatzausschlusses) nicht ohne Weiteres bei dem ehemaligen Organmitglied zurückgefordert werden, wie dies andernfalls bei einer vorläufigen Übernahme von Rechtsverteidigungskosten der versicherten Person der Fall wäre.

Freilich kann es bei der in diesen Fällen gegebenen Konzentration der Klärung sowohl der Haftungs- als auch der Deckungsfrage auf einen Prozess dazu kommen, dass das Gericht, das im Fall einer Klageabweisung nur den Aspekt benennen muss, der den Anspruch ausschließt, auch ohne ein „Durchdeklinieren“ des Haftungsanspruchs einen Vorsatzausschluss im deckungsrechtlichen Verhältnis bejaht, sofern es hierzu ausreichende Feststellungen getroffen hat. Auf diese Weise könnte es bisweilen zu einer schnelleren Erledigung von Versicherungsfällen kommen.

¹⁰ Wenn es sich nicht um ein ehemaliges, sondern um ein für die Gesellschaft weiterhin tätiges Organmitglied handelt, können die Interessen des Organmitglieds anders ausgerichtet sein.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Christian Meyer
Rechtsanwalt, Partner

T +49 211 60035-172
christian.meyer@orthkluth.com



Dr. Constanze Mühleisen
Rechtsanwältin, Salary Partnerin

T +49 211 60035-142
constanze.muehleisen@orthkluth.com



Dr. Julius Böckmann
Rechtsanwalt, Partner

T +49 211 60035-226
julius.boeckmann@orthkluth.com



Dr. Lars Karsten
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 211 60035-500
lars.karsten@orthkluth.com

One Team.
One Goal.