



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IV ZR 51/14

Verkündet am:  
13. April 2016  
Schick  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Richter Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, den Richter Dr. Karczewski, die Richterinnen Dr. Brockmüller und Dr. Bußmann auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2016

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Januar 2014 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, deren Muttergesellschaft, die V. H. GmbH & Co. KG, bei der Beklagten eine Versicherung für Organe und leitende Angestellte (im Folgenden: D&O-Versicherung) hält, nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht des Drittwiderbeklagten auf Versicherungsleistungen in Höhe von 1.093.237,24 € in Anspruch.
  
- 2 Dem Versicherungsvertrag liegen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen "C. OLA 2008 PrimeLine Classic für Funk" (im Folgenden OLA) zugrunde. Darin verspricht die Beklagte unter anderem allen natürlichen Personen, die bei der Versicherungsnehmerin oder einem ih-

rer Tochterunternehmen Mitglied der Geschäftsführung sind, ferner Organmitgliedern als Mitglieder der Geschäftsführung einer juristischen Person, welche "ausschließlich" Geschäftsführungsorgan der Versicherungsnehmerin oder eines Tochterunternehmens ist, Deckungsschutz in Form von Anspruchsabwehr (Prüfung der Haftpflicht und Übernahme der Verteidigungskosten) und Freistellung (Nr. 1.1.1 letzter Abs. OLA) für den Fall, dass diese versicherten Personen

"wegen einer Pflichtverletzung in Ausübung einer Tätigkeit als versicherte Person ... erstmals schriftlich für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz ... in Anspruch genommen werden (Haftpflicht-Versicherungsfall)" (Nr. 1.1.1 Absatz 1 OLA).

3 Nach Nr. 3.1 Buchst. a OLA sind Tochterunternehmen Unternehmen, bei denen der Versicherungsnehmerin die Leitung oder Kontrolle direkt oder indirekt durch die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht.

4 Die Versicherung erstreckt sich auch auf die so genannte Innenhaftung, d.h. Vermögensschäden, auf deren Ersatz versicherte Personen von der Versicherungsnehmerin oder einer ihrer Tochterunternehmen in Anspruch genommen werden (Nr. 1.1.1 Nr. 1.3 und Nr. 3 OLA).

5 In Nr. 12.4 OLA heißt es:

"Eine Abtretung des Freistellungsanspruches an den geschädigten Dritten durch die versicherte Person ist zulässig. Eine anderweitige Abtretung oder Verpfändung von Ansprüchen aus diesem Versicherungsvertrag ist vor ihrer endgültigen Feststellung unzulässig."

- 6 Die Klägerin ist ein mitversichertes Tochterunternehmen der Versicherungsnehmerin. Sie befasst sich mit Blechumformung und Aluminiumdruckguss. Die V. GmbH (im Folgenden: Komplementärin) ist als persönlich haftende Gesellschafterin der Klägerin zu deren Vertretung und Geschäftsführung berechtigt. Neben zwei weiteren Geschäftsführern, von denen einer zum 29. Oktober 2007 ausschied, ist der Drittwiderbeklagte Geschäftsführer der Komplementärin und damit - mittlerweile unstreitig - versicherte Person.
- 7 Die Klägerin belieferte die U. S.A. (im Folgenden: Kundin) mit so genannten Polringen und stellte ihr entsprechende Rechnungen aus. Sie setzte dabei nach ihrer Darstellung jeweils ein Zahlungsziel von 90 Tagen und trat ihre Ansprüche gegen die Kundin an ein Factoring-Unternehmen ab, welches seinerseits eine Kreditausfallversicherung unterhielt. Mit E-Mail vom 6. September 2007 teilte das Factoring-Unternehmen der Komplementärin unter anderem mit, dass infolge eines für die Kundin ab dem 31. November 2007 um ca. 75% auf 150.000 € reduzierten Kreditlimits weitere Forderungsverkäufe erst möglich seien, wenn der Pool bereits verkaufter Forderungen auf das neue Kreditlimit "abgeschmolzen" werde.
- 8 Vom 2. Januar 2008 bis 14. April 2008 lieferte die Klägerin dennoch Waren zu einem Rechnungswert in Höhe der Klageforderung, deren Ausfall sie - nach ihrer Behauptung - wegen der nachfolgenden Insolvenz der Kundin und unzureichender Kreditabsicherung beklagt. Die Klägerin machte daher außergerichtlich mit Anwaltsschreiben vom 26. März 2010 Schadensersatzansprüche gegen den Drittwiderbeklagten geltend, von dem sie unter Fristsetzung zum 16. April 2010 Zahlung von 1.093.237,24 € forderte. Anwaltlich beraten schlossen die Klägerin und

der Drittwiderbeklagte sodann unter dem 1. April 2010 eine Abtretungsvereinbarung, mit welcher der Drittwiderbeklagte den seiner Ansicht nach gegen die Beklagte wegen seiner Inanspruchnahme bestehenden Freistellungsanspruch an die Klägerin abtrat.

9 Die Klägerin behauptet, der Drittwiderbeklagte habe seine Pflichten verletzt, indem er weder für eine Aufstockung des Kreditversicherungslimits der Kundin gesorgt, noch das Zahlungsziel der Klägerin reduziert oder anderweitig eine Überschreitung des abgesicherten Factoring-Limits von lediglich 150.000 € verhindert habe. Eine Haftungsbeschränkung habe sie mit dem Drittwiderbeklagten nicht vereinbart.

10 Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen und - widerklagend - festzustellen, dass der Drittwiderbeklagte aus dem vorgenannten Geschehen keinen Anspruch auf Versicherungsschutz habe.

11 Die Beklagte, die eine Pflichtverletzung durch den Drittwiderbeklagten bestreitet, hilfsweise aber jedenfalls von einer - nicht versicherten - vorsätzlichen Pflichtverletzung ausgeht, meint, der Drittwiderbeklagte habe einen etwaigen Freistellungsanspruch gegen sie nicht wirksam an die Klägerin abtreten können. Überdies hafte er der Klägerin nur für grobe Fahrlässigkeit, weil sie eine derartige Haftungsbeschränkung mit allen ihren Geschäftsführern vereinbare. Den Forderungsausfall und die Insolvenz der Kundin hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten. Im Übrigen habe der Drittwiderbeklagte seine Auskunftspflicht nach dem Eintritt eines Versicherungsfalles verletzt, indem er ein persönliches Gespräch zur Klärung des Sachverhalts verweigert habe.

12            Der Drittwiderbeklagte meint, der Versicherungsfall sei eingetreten und er habe in zulässiger Weise seinen Freistellungsanspruch an die Klägerin abgetreten.

13            Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Drittwiderklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichteten Berufungen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten zurückgewiesen. Mit ihren Revisionen verfolgen die Klägerin ihr Klagebegehren und der Drittwiderbeklagte das Ziel der Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

14            Beide Rechtsmittel führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

15            I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in r+s 2014, 122 veröffentlicht ist, meint, jedenfalls eine bedingungsgemäße Inanspruchnahme des Drittwiderbeklagten durch die Klägerin im Sinne von Nr. 1.1.1 OLA und damit den Eintritt eines Versicherungsfalles nicht mit der für eine Überzeugungsbildung notwendigen Gewissheit feststellen zu können. Die lediglich "scheinbare" Inanspruchnahme des Drittwiderbeklagten mit Anwaltsschreiben vom 26. März 2010 zum alleinigen Zwecke des Zugriffs auf dessen Versicherungsschutz aus dem D&O-Versicherungsvertrag erfülle die bedingungsgemäßen Anforderungen einer "ernstlichen" Inanspruchnahme nicht. Auf alle weiteren zwischen den Parteien strittigen Rechtsfragen komme es daher im Ergebnis nicht mehr an.

- 16            Insbesondere könne letztlich dahinstehen, ob - mit Blick auf die Frage der Wirksamkeit der Abtretung des Deckungsanspruchs - der Versicherungsnehmer (bzw. eine mitversicherte Tochtergesellschaft des Versicherungsnehmers) Dritter im Sinne von § 108 VVG n.F./Nr. 12.4 OLA sei.
- 17            Zwar liege in formaler Hinsicht ein Anspruchsschreiben im Sinne der Versicherungsbedingungen vor. Auch sei die anwaltliche Inanspruchnahme des Drittwiderbeklagten durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin gedeckt. Für den Eintritt des Versicherungsfalles reiche das aber nicht, vielmehr müsse die versicherte Person tatsächlich in Anspruch genommen werden. Maßgeblich sei nicht, ob das Unternehmen, das den Vertrag abgeschlossen habe, einen Schaden erlitten habe, sondern ob die versicherte Person einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt sei.
- 18            Ungeachtet eines schriftlichen Verlangens sei die Beurteilung, ob tatsächlich eine ernstliche Inanspruchnahme vorliege, eine tatrichterliche Frage, die von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Die Darlegungs- und Beweislast für diese anspruchsbegründenden Umstände trage nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen die versicherte Person, im Falle der Abtretung des Freistellungsanspruchs der Zessionar des Anspruchs, hier die Klägerin.
- 19            Im Streitfall könne bei einer - vom Berufungsgericht im Einzelnen dargelegten - Gesamtschau des unstreitigen und des von der Klägerin unter Beweis gestellten Sachverhalts nicht festgestellt werden, dass der Drittwiderbeklagte tatsächlich persönlich in Anspruch genommen werden solle. Zahlreiche Fallumstände ließen den Rückschluss zu, dass die Klägerin den Drittwiderbeklagten "nicht ernsthaft schadensersatzpflichtig"

make und dies von ihm auch so verstanden werde. Die Gesamtumstände sprächen für ein zwischen Klägerin und Drittwiderbeklagtem herrschendes Einvernehmen darüber, dass der möglicherweise bestehende Anspruch nur der Form halber gegen ihn geltend gemacht, jedoch nicht durchgesetzt werde, vielmehr tatsächlich nur die Leistung aus dem Versicherungsvertrag ausgelöst werden solle.

20           Versichertes Risiko der D&O-Versicherung sei ein Vermögensschaden der versicherten Person. Drohe ein solcher nicht, weil das Unternehmen gar nicht bereit sei, Ansprüche gegen die versicherte Person selbst durchzusetzen, fehle es an einer ernstlichen Inanspruchnahme, denn der Versicherungsfall setze voraus, dass die versicherte Person tatsächlich einem Haftungsrisiko ausgesetzt sei. Auch § 108 Abs. 2 VVG entbinde die Versicherungsnehmerin nicht davon, ihre Ansprüche gegen die versicherte Person tatsächlich zu verfolgen.

21           Die zulässige Drittwiderklage sei nach allem begründet.

22           II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht die Klage nicht abweisen und der Widerklage nicht stattgeben dürfen.

23           1. Anders als das Landgericht in erster Instanz entschieden hat und die Revisionserwiderung weiterhin geltend macht, scheidet die Klage nicht daran, dass die Abtretung des Deckungsanspruchs an die Klägerin nach Nr. 12.4 Satz 2 OLA unwirksam ist.

24           a) Die Klägerin ist hier als Tochterunternehmen der Versicherungsnehmerin in den Versicherungsschutz einbezogen. Nr. 12.4 OLA bestimmt, dass der Freistellungsanspruch des Versicherten vor einer

endgültigen Feststellung weder abgetreten noch verpfändet werden kann; ausgenommen davon ist - wegen der zwingenden Regelung in § 108 Abs. 2 VVG - lediglich die Abtretung an den geschädigten Dritten. Ob in so genannten Innenhaftungsfällen der D&O-Versicherung der geschädigte Versicherungsnehmer Dritter im Sinne von § 108 Abs. 2 VVG und entsprechender Abtretungsklauseln der Versicherungsbedingungen sein kann, ist in der Literatur umstritten. Die Frage stellt sich in gleicher Weise, wenn der Freistellungsanspruch - wie hier - an ein in den Versicherungsvertrag einbezogenes Tochterunternehmen der Versicherungsnehmerin abgetreten wird.

25

b) Der verbreiteten Auffassung, Dritter im Sinne der Regelung zum Abtretungsverbot könne nur sein, wer außerhalb des Versicherungsverhältnisses stehe, was auf den Versicherungsnehmer als Partei des Versicherungsvertrages nicht zutrefte (Armbrüster, r+s 2010, 441, 448 f.; Ihlas, D&O 2. Aufl. 2009, 408 ff.; Ihlas in MünchKomm-VVG, D&O Rn. 253 ff.; HK-VVG/Schimikowski, 3. Aufl. § 108 Rn. 6; Schimmer, VersR 2008, 875, 878 f.), liegt im Wesentlichen die Befürchtung zugrunde, eine Vereinigung von Haftpflicht- und Freistellungsanspruch in einer Hand erhöhe die Missbrauchsgefahr, die in der Haftpflichtversicherung aus einem kollusiven Zusammenwirken ("friendly understanding") der versicherten Person und des Versicherungsnehmers ohnehin entstehen könne (vgl. schon zur früheren Rechtslage nach dem VVG a.F.: v. Westphalen, DB 2005, 431, 432). Trete der Versicherte den Deckungsanspruch an den geschädigten Versicherungsnehmer ab, habe das zur Folge, dass der Versicherungsnehmer, der - wenn auch in gewissen Grenzen - den Versicherer bei der Abwehr des Haftpflichtanspruchs unterstützen solle, selbst Inhaber dieses Anspruchs werde. Die Regelung des § 108 Abs. 2 VVG beruhe auf zwei für die D&O-Versicherung nicht zutreffenden Erwä-

gungen des Gesetzgebers. Er habe es zum einen Versicherungsnehmern ermöglichen wollen, sich aus der gesamten Schadenangelegenheit herauszuziehen und stattdessen dem Geschädigten einen Zahlungsanspruch gegen den Versicherer zu verschaffen; zum anderen habe der Geschädigte, der oft keine Kenntnis vom Innenverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer habe, vor Nachteilen bei nachlässiger Behandlung der Angelegenheit durch den Versicherungsnehmer und vor dessen Insolvenz geschützt werden sollen (vgl. BT-Drucks. 16/3945 S. 87). Diese Ziele würden aber verfehlt, wenn der Geschädigte selbst Versicherungsnehmer sei (Armbrüster, r+s 2010, 441, 448). Der Abtretbarkeit des Deckungsanspruchs stehe im Übrigen auch das Trennungsprinzip entgegen (Schimmer, VersR 2008, 875, 877).

26

c) Die herrschende Meinung nimmt demgegenüber zutreffend an, auch ein Unternehmen sei als Versicherungsnehmerin einer D&O-Versicherung in Innenhaftungsfällen geschädigter Dritter im Sinne von § 108 Abs. 2 VVG, so dass ein in Allgemeinen Versicherungsbedingungen geregeltes Verbot, den Freistellungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag vor seiner endgültigen Feststellung abzutreten, der Abtretung an die geschädigte Versicherungsnehmerin nicht entgegenstehe (Baumann, r+s 2011, 229, 230 ff.; Koch, r+s 2009, 133, 135 f.; Lange, r+s 2011, 185, 187; Langheid, NJW 2007, 3745, 3746; Römer/Langheid/Langheid, VVG 4. Aufl. § 108 Rn. 20; Langheid, VersR 2009, 1043; Langheid/Goergen, VersPrax 2007, 161, 166; Klimke, r+s 2014, 105, 114; Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter, VVG 2. Aufl. § 100 Rn. 33a; Bruck/Möller/Koch, VVG 9. Aufl. § 108 Rn. 33; Staudinger/Richters, DB 2013, 2725, 2726; Terno, SpV 2014, 2, 5 ff.; Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31, 41 ff.; Prölss/Martin/Voit, VVG 29. Aufl. Ziff. 10 AVB-AVG Rn. 2).

27            Diese weite Auslegung des Begriffs "Dritter" in § 108 VVG erscheint interessengerecht. Dafür spricht zunächst, dass die Missbrauchsgefahr, auf die sich die erstgenannte Auffassung wesentlich stützt, nicht auf die D&O-Versicherung beschränkt ist (Langheid, VersR 2009, 1043), sondern auch in anderen Sparten der Haftpflichtversicherung besteht, dass im Übrigen Missbrauch und kollusives Zusammenwirken zwischen Versicherungsnehmer oder versicherter Person und Geschädigtem auch dann möglich sind, wenn die Abtretung des Deckungsanspruchs unterbleibt (Terno, SpV 2014, 2, 5). Der Annahme, eine Vertragspartei könne nicht geschädigter "Dritter" sein, liegt ersichtlich der gesetzliche Normalfall des § 100 VVG zugrunde, dass ein Haftpflichtversicherungsvertrag für eigene Rechnung geschlossen ist. Sie berücksichtigt aber nicht, dass bei einer Versicherung für fremde Rechnung, wie sie die hier in Rede stehende D&O-Versicherung darstellt, der Begriff des Geschädigten nicht in der Weise eingegrenzt werden kann, dass alle am Vertrag beteiligten Personen von vornherein nicht geschädigte Dritte sein können (Terno aaO; Bruck/Möller/Johannsen, VVG 8. Aufl. Bd. IV Anm. B 78, H 22, 23). Denn wenn der Versicherer unter anderem Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmerin und ihrer Tochterunternehmen deckt, können diese auch die Stellung einer geschädigten Dritten einnehmen.

28            Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zu einer Direktklage nach § 3 Nr. 1 PflVG a.F., der nach seinem Wortlaut ebenfalls voraussetzte, dass der Anspruchsteller "Dritter" war, entschieden, dass der durch den Fahrer eines Kraftfahrzeuges verletzte Kraftfahrzeughalter trotz seiner Stellung als Versicherungsnehmer der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung ebenso wie ein nicht am Verträge beteiligter Dritter einen Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer auf Ersatz seines

Personenschadens erwerben könne. Soweit dem Versicherungsnehmer und Kraftfahrzeughalter ein vom Versicherungsvertrag gedeckter Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer zustehe, gebiete es die Interessenlage, ihn auch in die Verbesserung des Schutzes der Unfallgeschädigten einzubeziehen, den der Gesetzgeber mit Einführung der Direktklage nach § 3 Nr. 1 PflVG a.F. geschaffen habe (BGH, Urteil vom 10. Juni 1986 - VI ZR 113/85, r+s 1986, 222 unter II 2 a). Das lässt sich auf die ebenfalls als Versicherung für fremde Rechnung ausgestaltete D&O-Versicherung, welche auch Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmerin und ihrer Tochterunternehmen gegen versicherte Personen deckt, übertragen (Terno aaO S. 6).

29 d) Der in der Haftpflichtversicherung geltende Trennungsgrundsatz steht einer Vereinigung von Haftpflicht- und Freistellungsanspruch in einer Hand nicht entgegen (a.A. zur Rechtslage nach altem Recht noch OLG Köln r+s 2008, 468, 469 [juris Rn. 85]; OLG München VersR 2005, 540, 541 m. zust. Anm. Koch, WuB IV F § 149 VVG 1.06 und Dreher, DB 2005, 1669; LG Marburg DB 2005, 437, 438; LG München I VersR 2005, 543; LG Wiesbaden VersR 2005, 545). Der nicht gesetzlich verankerte Grundsatz tritt hier schon deshalb zurück, weil die Abtretung des Deckungsanspruchs an den geschädigten Dritten vom Gesetz in § 108 Abs. 2 VVG ausdrücklich gebilligt wird. Insoweit sind die Grundsätze, die der Senat zur früheren gesetzlichen Regelung in § 38 KVO entwickelt hat (Senatsurteil vom 12. März 1975 - IV ZR 102/74, VersR 1975, 655 unter 1 b) auf den Streitfall zu übertragen.

30 e) Mit der Abtretung des Deckungsanspruchs der versicherten Person an die geschädigte Versicherungsnehmerin oder - wie hier - das geschädigte, in den Versicherungsschutz einbezogene Tochterunternehmen wandelt sich dieser Anspruch in einen Zahlungsanspruch (vgl.

dazu BGH, Urteil vom 22. Januar 1954 - I ZR 34/53, BGHZ 12, 136 unter IV; Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2011 - IV ZR 163/10, r+s 2012, 74 Rn. 8; vgl. BT-Drucks. 16/3945 S. 87; Armbrüster, r+s 2010, 441, 448, 449; Bücken/Hartwig in van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht 6. Aufl. § 9 Rn. 123; Koch, r+s 2009, 133, 134; Langheid, VersR 2007, 865, 867; ders. VersR 2009, 1043, 1044; Lenz in van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht 6. Aufl. § 25 Rn. 199; v. Rintelen, r+s 2010, 133, 134 f.; HK-VVG/Schimikowski, 3. Aufl. § 108 Rn. 9; Prölss/Martin/Voit, VVG 29. Aufl. AVB-AVG Ziff. 1.1 Rn. 9, Ziff. 10 Rn. 3). Als Geschädigte hat die Klägerin weder ein rechtliches Interesse an einer Abwehr ihres Schadensersatzanspruchs noch ist ihr an einer Freistellung von diesem Anspruch gelegen.

31

2. Das anwaltliche Schreiben vom 26. März 2010, in welchem die Rechtsanwälte der Klägerin den Drittwiderbeklagten unter mehrseitiger Darlegung der Gründe aufforderten, an die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 1.093.237,24 € zu leisten, stellt - wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt - seinem Wortlaut nach eine bedingungsgemäße Inanspruchnahme des Versicherten im Sinne von Nr. 1.1.1 OLA dar. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dennoch einen Versicherungsfall mit der Begründung verneint, es fehle an einer ernstlichen Inanspruchnahme der versicherten Person, weil es sich aufgrund einer tatrichterlichen Würdigung des unstreitigen Sachverhalts nicht hat davon überzeugen können, dass die Klägerin beabsichtigt habe, den Drittwiderbeklagten wegen des gegen ihn erhobenen Schadensersatzanspruchs persönlich haftbar zu machen; insbesondere ist das Berufungsgericht nicht zu der Überzeugung gelangt, die Klägerin habe auch Zugriff auf dessen persönliches Vermögen nehmen wollen, möglicherweise sei es der Klägerin allein darum gegangen, den Versicherungsfall auszulösen.

32 Mit dieser Begründung kann eine bedingungsgemäße Inanspruchnahme im Sinne des claims-made-Prinzips nicht verneint werden.

33 a) Grundsätzlich steht es dem Gläubiger eines Haftpflichtanspruchs frei, ob und inwieweit er den Schädiger für einen eingetretenen Schaden in Anspruch und auf welche seiner Vermögenswerte er im Rahmen einer möglichen Zwangsvollstreckung Zugriff nimmt. Bei hohen Schäden verfügen Schädiger häufig nicht über ausreichendes privates Vermögen, um den jeweiligen Schadensersatzanspruch aus eigenen Mitteln zu erfüllen. Ist ein Schädiger in einem solchen Falle haftpflichtversichert, steht es der Eintrittspflicht des Versicherers nicht entgegen, wenn der Geschädigte den Schädiger allein mit Blick auf die Möglichkeit in Anspruch nimmt, im Vollstreckungswege Zugriff auf den Deckungsanspruch des Schädigers gegen seinen Haftpflichtversicherer zu nehmen, und anderenfalls - d.h. bei Fehlen einer Haftpflichtversicherung oder fehlender Eintrittspflicht des Haftpflichtversicherers - von einer Inanspruchnahme des Schädigers absähe. Zielt eine solche begrenzte Inanspruchnahme des Schädigers letztlich allein auf die Haftpflichtversicherungsleistung, kann dennoch keine Rede davon sein, dass der Schutzzweck der Haftpflichtversicherung nicht berührt und ein Versicherungsfall nicht eingetreten sei, weil dem Schädiger persönlich nicht die Vermögenseinbuße drohe, vor der ihn seine Haftpflichtversicherung schützen wolle. Denn zum einen setzt der Deckungsanspruch der privaten Haftpflichtversicherung eine vorrangige persönliche Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers oder dessen Vorleistung an den Geschädigten nicht voraus, zum anderen erschöpft sich der Schutzzweck einer Haftpflichtversicherung nicht in einem Ausgleich der dem Schädiger aus seiner Haftung drohenden Vermögensschäden. Vielmehr unterliegt die private Haftpflichtversicherung daneben einer Sozialbindung dergestalt, dass sie - unter ande-

rem auch in Fällen nicht ausreichender privater Mittel des Schädigers - Geschädigte schützen und deren Schadensersatz sichern soll. Das belegen die §§ 108 bis 110 VVG, welche den Zweck haben, die Versicherungsleistung für den Geschädigten zur Realisierung seines Haftpflichtanspruchs als Befriedigungs- und Vollstreckungsobjekt zu reservieren. Das Gesetz will so gewährleisten, dass die Versicherungsleistung letztlich dem Geschädigten zugutekommt (vgl. dazu Späte/Schimikowski/v. Rintelen, Haftpflichtversicherung 2. Aufl. 1 AHB Rn. 346; vgl. zur früheren Rechtslage schon Senatsurteile vom 8. April 1987 - IVa ZR 12/86, VersR 1987, 655 unter II 3; 7. Juli 1993 - IV ZR 131/92, r+s 1993, 370 unter 2 b; 15. November 2000 - IV ZR 223/99, VersR 2001, 90 unter 2 b; Bruck/Möller/Johannsen, VVG 8. Aufl. Band IV Anm. B 87).

34

Auch die in § 108 Abs. 2 VVG geschützte Möglichkeit des Geschädigten, sich den Freistellungsanspruch vom Versicherten - in der Regel erfüllungshalber - abtreten zu lassen, belegt, dass es auf den Versicherungsfall ohne Einfluss bleiben muss, wenn die Inanspruchnahme des Versicherten durch den Geschädigten von vornherein vorwiegend oder sogar ausschließlich auf diesen Freistellungsanspruch zielt. Der Gesetzgeber wollte - und zwar auch mit Blick auf denkbare Rücksichtnahmen zwischen Schädiger und Geschädigten - dem Versicherungsnehmer ausdrücklich die Möglichkeit eröffnen, den Geschädigten in die Lage zu versetzen, den Versicherer direkt in Anspruch zu nehmen (BT-Drucks. 16/3945 S. 87). Dann aber verbietet eine interessengerechte Auslegung sowohl des § 108 Abs. 2 VVG als auch der Vertragsbedingungen, es dem Geschädigten zum Nachteil gereichen zu lassen, wenn er mit der Erhebung seines Schadensersatzanspruchs gerade - oder sogar ausschließlich - diesen vom Gesetz eröffneten Zugriff auf die Leistung des Haftpflichtversicherers bezweckt. Mit der Erwägung, der Geschädigte

wolle den Schädiger nicht persönlich durch Zugriff auf dessen privates Vermögen in Anspruch nehmen, sondern erstrebe lediglich einen Zugriff auf die Leistung des Haftpflichtversicherers, kann mithin aus Rechtsgründen die Ernsthaftigkeit seines Schadensersatzverlangens nicht verneint werden.

35            b) Es besteht kein Anlass, von diesen Grundsätzen für Fälle der Innenhaftung im Rahmen der hier in Rede stehenden D&O-Versicherung abzuweichen.

36            aa) Zwar unterscheidet sich diese Versicherung von der allgemeinen Haftpflichtversicherung dadurch, dass sie den Eintritt des Versicherungsfalles - auch zeitlich - nicht an den die Haftung der versicherten Person begründenden Rechts- oder Pflichtenverstoß, sondern nach dem so genannten claims-made-Prinzip an die Erhebung des Schadensersatzanspruchs gegen die versicherte Person durch den Geschädigten anknüpft und mithin in dessen Ermessen stellt. Daraus lassen sich aber keine gegenüber der allgemeinen Haftpflichtversicherung erhöhten Anforderungen an die von den Versicherungsbedingungen vorausgesetzte Inanspruchnahme ableiten. Dass die Inanspruchnahme als einseitige Willenserklärung ernsthaft darauf gerichtet sein muss, Ersatz für einen nach der Behauptung des Geschädigten vom Versicherten zu verantwortenden Schaden zu erhalten, ergibt sich bereits aus den §§ 116 bis 118 BGB. Will der D&O-Versicherer eine solche Ernsthaftigkeit der Erklärung in Zweifel ziehen, muss er darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen der genannten Vorschriften erfüllt sind.

37            Darum geht es hier aber nicht, denn das Berufungsgericht hat über die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 116 bis 118 BGB hinaus angenommen, Nr. 1.1.1 Abs. 1 OLA setze als ungeschriebenes Tatbestands-

merkmal ein weitergehendes und eigenständiges Erfordernis der Ernsthaftigkeit des Vorsatzes voraus, den Schädiger auch persönlich in Anspruch nehmen zu wollen, für welches der Versicherte oder - im Falle der Abtretung des Freistellungsanspruchs an diesen - der Geschädigte darlegungs- und beweispflichtig sei.

38                   bb) Dem kann nicht gefolgt werden.

39                   (1) Der Bedingungswortlaut der Nr. 1.1.1 Abs. 1 OLA, von dem der durchschnittliche Versicherungsnehmer einer D&O-Versicherung, auf dessen Verständnis es insoweit maßgeblich ankommt, bei Auslegung der Klausel ausgehen wird, verlangt, dass versicherte Personen wegen einer Pflichtverletzung in Ausübung einer Tätigkeit als versicherte Person erstmals schriftlich für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dabei wird er zwar aufgrund allgemeiner rechtlicher und geschäftlicher Erfahrung ohne weiteres erkennen, dass Schein- oder Scherzerklärungen, die in Wahrheit nicht den Ersatz eines Schadens bezwecken, den Versicherungsfall nicht auslösen können. Weiter ist den Bedingungen zu entnehmen, dass die Ernsthaftigkeit des Verlangens durch dessen schriftliche Abfassung zu untermauern ist. Er wird aber vor dem oben dargelegten rechtlichen Hintergrund und der von § 108 Abs. 2 VVG eröffneten Möglichkeit, sich den Freistellungsanspruch des Schädigers abtreten zu lassen, nicht erkennen, dass der Versicherungsfall nur eintreten soll, wenn er mit der Inanspruchnahme des Schädigers einen Zugriff auf dessen persönliches Vermögen bezweckt. Denn nichts deutet in Nr. 1.1.1 OLA oder dem übrigen Bedingungswerk darauf hin, dass nur eine vorrangige persönliche Inanspruchnahme des Schädigers unter Zugriff auf dessen privates Vermögen den Versicherungsfall auslöst. Der Versicherungsvertrag enthält keine Klauseln, die den Eintritt des Versicherungsfalles von weiteren Umständen, wie etwa der Vorleis-

tung des versicherten Schädigers, seiner vorrangigen gerichtlichen Inanspruchnahme oder seiner persönlichen Anspruchsabwehr in irgendeiner Weise abhängig machen (vgl. dazu Schimikowski in der Anm. zum Berufungsurteil r+s 2014, 122, 126).

40           (2) Soweit die Auffassung des Berufungsgerichts in der Literatur dennoch auf Zustimmung gestoßen ist, weil die einschränkende Auslegung der Nr. 1.1.1 OLA im Ergebnis geeignet sei, kollusive Absprachen oder so genannte freundliche Inanspruchnahmen zwischen Versicherungsnehmer und versichertem Manager einzudämmen (u.a. Gärtner, BB 2013, 2898; Lenz/Weitzel, PHi 2013, 170, 173; Sieg, ZWH 2014, 123, 125; Staudinger/Richters, DB 2013, 2725, 2727), kann dies zu keiner anderen Bedingungslegung führen. Der in der Regel geschäftserfahrene Versicherungsnehmer einer D&O-Versicherung wird zwar erkennen, dass das claims-made-Prinzip gerade in Kombination mit der so genannten Innenhaftung Versicherungsnehmern bzw. in den Versicherungsschutz einbezogenen Unternehmen und versicherten Personen solche Manipulationsmöglichkeiten eröffnet, er wird dies aber auf die Besonderheit des Leistungsversprechens zurückführen und der Risikosphäre des Versicherers zurechnen, ohne auf den Gedanken zu kommen, dass sich daraus im Bedingungswerk ergänzende, ungeschriebene Verschärfungen bei den Voraussetzungen des Versicherungsfalles ergeben.

41           cc) Anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung meinen, lässt sich seine Auffassung auch nicht auf frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und insbesondere des Senats zur Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers in der allgemeinen Haftpflichtversicherung stützen. Die betreffenden Entscheidungen verhalten sich allein zum äußeren Erklärungstatbestand einer Inanspruchnahme des Schädigers. Über Fragen einer fehlenden Ernstlichkeit solcher Inan-

spruchnahmen infolge möglicher innerer Vorbehalte des Geschädigten hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden.

42 (1) In dem vom Berufungsgericht herangezogenen Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 1966 (II ZR 233/63, VersR 1966, 229 unter I 2 [juris Rn. 18] war mit Blick auf den Beginn der Verjährungsfrist eines Deckungsanspruchs zu entscheiden, ob ein von der Geschädigten an die Versicherungsnehmerin versandtes Schreiben als Anspruchserhebung genügte oder lediglich die Ankündigung einer späteren Inanspruchnahme darstellte. Das Berufungsgericht hatte - vom Bundesgerichtshof unbeanstandet - schon den Wortlaut des Schreibens ("Vorsorglich machen wir die genannten Baumängel gegen Sie geltend") für eine ernsthafte Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers ausreichen lassen. Die Entscheidung befasst sich allein mit der erwähnten Abgrenzung und gibt keine Hinweise darauf, dass ergänzend zum Wortlaut einer solchen schriftlichen Anspruchserhebung der innere Wille der erklärenden Geschädigten gesondert zu hinterfragen sei.

43 (2) Im Senatsurteil vom 9. Juni 2004 (IV ZR 115/03, r+s 2004, 411 unter II 1 b) war - nachdem die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gegen den Schädiger regelmäßig dessen Inanspruchnahme bedeutet und den Beginn der Verjährungsfrist auslöst - lediglich darüber zu entscheiden, ob und ggfs. inwieweit auch die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens eine gerichtliche Geltendmachung in diesem Sinne darstellt. Der Senat hat die Beantwortung dieser Frage davon abhängig gemacht, welchen Zweck der Geschädigte mit dem selbständigen Beweisverfahren verfolgt. Besondere Maßstäbe für eine neben dem Wortlaut einer Erklärung der Inanspruchnahme gesondert zu prüfende Ernstlichkeit hat er dabei nicht aufgestellt, weil ein Streit der damaligen Parteien darüber nicht bestand. Soweit er (aaO) gefordert hat, der Haft-

pflichtgläubiger müsse seinen Entschluss zur Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers in einer Art und Weise zu erkennen geben, die als ernstliche Erklärung der Inanspruchnahme verstanden werden könne, ist das vor dem Hintergrund eines Streites darüber zu sehen, welche von mehreren Personen in Anspruch genommen werden sollte, weshalb sich die damaligen Erwägungen des Senats allein auf den äußeren Erklärungstatbestand und nicht auf die Prüfung davon abweichender innerer Vorbehalte des Erklärenden bezogen haben.

44                   (3) Auch aus der Entscheidung vom 21. Mai 2003 (IV ZR 209/02, BGHZ 155, 69), in welcher der Senat ausgesprochen hat, eine Inanspruchnahme des Schädigers könne auch mittels einer Streitverkündungsschrift des Geschädigten erfolgen, ergibt sich nichts anderes.

45                   3. Bezweckt der geschädigte Haftpflichtgläubiger mit der Inanspruchnahme des Schädigers vorwiegend oder sogar ausschließlich den Zugriff auf dessen Deckungsanspruch, um damit am Ende direkt gegen den Versicherer vorgehen zu können, liegt darin nach allem auch kein treuwidriges oder sittenwidriges Vorgehen im Sinne der §§ 242, 138 BGB. Ein kollusives, die Versicherungsleistung ausschließendes Zusammenwirken der Klägerin und des Drittwiderbeklagten zum Nachteil der Beklagten läge erst dann vor, wenn der Schadensersatzanspruch, dessen sich die Klägerin berühmt, in Wahrheit nicht oder nicht in der behaupteten Höhe entstanden und dies der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten bewusst wäre. Dazu hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht konsequent - bisher keine Feststellung getroffen, sondern das Bestehen eines solchen Schadensersatzanspruchs für möglich erachtet. Insofern wird in der neuen Berufungsverhandlung zunächst der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, das Vorliegen der Voraussetzungen ihres geltend

gemachten Schadensersatzanspruchs darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

46 Über die weiteren Einwände der Beklagten hat das Berufungsgericht bisher nicht entschieden. Auch deshalb muss die Sache neu verhandelt werden.

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Dr. Brockmüller

Dr. Bußmann

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.08.2011 - 9 O 352/10 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 31.01.2014 - I-4 U 176/11 und I-4 W 36/11 -