Münsteraner Reihe 124

Heinrich Dörner (Hrsg.)

Forum Versicherungsrecht 2012

Aus dem Münsteraner LL.M.-Studiengang „Versicherungsrecht“

JurGrad School of Tax and Business Law

vvw.de

VERSICHERUNGS RECHT

Heinrich Dörner (Hrsg.)

Forum Versicherungsrecht 2012

Aus dem Münsteraner LL.M.-Studiengang „Versicherungsrecht“

FORSCHUNGSSTELLE FÜR
VERSICHERUNGSWESEN
UNIVERSITÄT MÜNSTER

Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Versicherungswesen
– Universität Münster mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der
Forschungsstelle für Versicherungswesen – Universität Münster e. V.

Münsteraner Reihe Band 124
Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Helmut Kollhosser
Herausgeber Prof. Dr. Heinrich Dörner
Prof. Dr. Dirk Ehlers
Prof. Dr. Petra Pohlmann
Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst
Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Prof. Dr. Heinrich Dörner (Hrsg.)

Forum Versicherungsrecht 2012

Aus dem Münsteraner LL.M.-Studiengang „Versicherungsrecht“

vvw.de

JurGrad School of Tax and Business Law

VERSICHERUNGS RECHT

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© 2012 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2012 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Herstellung printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 0937-518X
ISBN 978-3-89952-678-3

Vorwort

Im Frühjahr 2012 beginnt in Münster der berufsbegleitende Studiengang „Versicherungsrecht“ zum zehnten Mal. Er schließt ab mit dem akademischen Grad des „Master of Laws“ (LL.M.) und wird in Zusammenarbeit von der Universität Münster und der JurGrad gGmbH angeboten. Diese gemeinnützige GmbH ist eine Gründung des „Freundeskreises der Rechtswissenschaftlichen Fakultät“; sie ist personell mit der juristischen Fakultät der Universität Münster eng verbunden und führt jeweils mit dem Ziel einer berufsbegleitenden Spezialisierung noch (derzeit) weitere sechs Masterstudiengänge durch (Einzelheiten unter: www.uni-muenster-llm.de).

In dem auf vier Semester angelegten Studiengang „Versicherungsrecht“ sind über dreißig Hochschullehrer und Praktiker als Dozenten tätig. Der Unterrichtsstoff deckt alle zentralen Fächer der Materie ebenso wie eine Reihe von Randbereichen ab. Da sämtliche Fachgebiete im Sinne von § 14a der Fachanwaltsordnung behandelt werden, sind mit dem erfolgreichen Besuch des Studiengangs gleichzeitig auch der Erwerb und Nachweis der „besonderen theoretischen Kenntnisse im Versicherungsrecht“ im Sinne der FAO verbunden.

Das vierte Semester eines jeden Studiengangs ist nach der Studienordnung der Anfertigung einer Masterarbeit gewidmet. Diese Abschlussarbeiten sind häufig an den Fragestellungen der Praxis ausgerichtet; sie bereichern im Idealfall den wissenschaftlichen Diskurs um eine praxisorientierte Sicht der Dinge oder thematisieren Rechtsprobleme, die in Schrifttum und Rechtsprechung noch keine oder einstweilen nur geringe Resonanz gefunden haben. Der vorliegende Sammelband vereinigt eine Auswahl der besten und reizvollsten Arbeiten aus den letzten (bereits abgeschlossenen) Kursen und erlaubt damit wiederum einen Blick auf die inhaltliche Vielfalt und Aktualität der im Studiengang behandelten Fragestellungen.

Münster, im Februar 2012

Prof. Dr. Heinrich Dörner

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XI

Susanne Fucks, LL.M. 1
Die internationale Zuständigkeit für Klagen gegen den D&O-Versicherer aus übergegangenem Recht

Johannes Paul Jacobsen, LL.M. 53
Die Umweltschadensversicherung – Darstellung und Bewertung rechtlicher Probleme

Christian Kiefer, LL.M. 87
Betriebliche Altersversorgung bei „asset deal“ oder „share deal“ – Gestaltungsmöglichkeiten für die Entpflichtung einer GmbH von den Pensionsverpflichtungen beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer

Katharina Neumayer, LL.M. 135
Die Dritthaftung des Abschlussprüfers und die Reichweite ihrer Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung

Dr. Mihael Aleksander Pohar, LL.M. 183
Auslegung der Ausschlusstatbestände der AUB unter Berücksichtigung der Verwerflichkeit des Versichertenverhaltens und am Maßstab von Treu und Glauben

Karolin Schwarz, LL.M. 225
Die Zulässigkeit der Honorarvergütung des Industrie-Versicherungsmaklers – Schicksal des Honorars bei Maklerwechsel

Ingo Weckmann, LL.M. 267
Interessenkonflikte aus Leitungs- und Aufsichtsmandaten bei D&O-Versicherer und D&O-Versicherungsnehmer – am praktischen Beispiel Siemens

Domenik Henning Wendt, LL.M. 309
Die Schweigepflichtentbindungserklärung im Versicherungsvertragsrecht – Zur Rechtslage nach der VVG-Reform

Literaturverzeichnis

Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl. München 2009

Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, hrsg. von *H. Honsell*, Berlin, Heidelberg, New York 1999 (zit.: BK/*Bearbeiter*)

Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 9. Aufl. Berlin 2008 ff.

Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Aufl. Berlin 1961 ff. (zit. *Bruck/Möller/Bearbeiter*, 8. Aufl.)

van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. Bonn 2009

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. Münster/Köln 2008

Fahr/Kaulbach, Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. München 2007

Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. München 2010 (zit.: *Geimer/Schütze/Bearbeiter*, EuZVR)

Geimer/Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 40. Ergänzungslieferung München 2011 (zit.: *Geimer/Schütze/Bearbeiter*, Int. Rechtsverkehr)

Halm/Engelbrecht/Krahe (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, 3. Aufl. Köln 2008

Hofmann, Privatversicherungsrecht, 4. Aufl. München 2004

Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. Frankfurt 2011

Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Loseblatt, München Stand 2011

Langheid/Wandt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum VVG, München 2010 ff.

Looschelders/Pohlmann, Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar, Köln 2010

Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. München 2006 ff.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. München 2011

Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. München 2010

Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz mit Europäischem Gemeinschaftsrecht und Recht der Bundesländer, 12. Aufl. München 2005

Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, München Bearbeitung 2011

Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. München 2002

Rüffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Baden-Baden, 2. Aufl. 2011

Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 4. Aufl. Baden-Baden 2011

Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl. München 2009

Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. München 2009

Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl. Münster 2010

Staudinger/Bearbeiter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung) Berlin 1998 ff.

Terbille (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl. München 2008

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. Köln 2011

Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 5 Aufl. München 2010

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AAB	Allgemeine Auftragsbedingungen
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABE	Allgemeine Bedingungen für die Elektronik-Versicherung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AERB	Allgemeine Bedingungen für die Einbruchdiebstahl- und Raub-Versicherung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AFB	Allgemeine Bedingungen für die Feuerversicherung
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGlB	Allgemeine Bedingungen für die Glasversicherung
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung
AHV	Allgemeine Haftpflichtversicherung
AktG	Aktiengesetz
ALB	Allgemeine Bedingungen für die kapitalbildende Lebensversicherung
Alt.	Alternative
AMB	Allgemeine Maschinen-Versicherungsbedingungen
Anm.	Anmerkung

AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
AStB	Allgemeine Bedingungen für die Sturmversicherung
AUB	Allgemeine Unfallversicherungsbedingungen
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB-AVG	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG)
AWB	Allgemeine Bedingungen für die Leitungswasser-versicherung
BBSchG	Bundesbodenschutzgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Der Betriebsberater
BBG	Beitragsbemessungsgrenze
BBK	Buchführung, Bilanzierung, Kostenrechnung
BC	Bilanzierung, Rechnungswesen, Controlling
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Alters-versorgung
BFH	Bundesfinanzhof

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BK	Berliner Kommentar zum VVG
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Brüssel I-VO	s. EuGVVO
BS WP/vBP	Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEA	Comité Européen des Assurances
CERCLA	Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act
CML Rev.	Common Market Law Review
CTA	Contractual Trust Arrangement
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
D&O	Directors and Officers
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt

DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGVVG	Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
EstG	Einkommensteuergesetz
EstR	Einkommensteuer-Richtlinie
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVO	s. EuGVVO
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 30. Juni 2000 über Insolvenzverfahren
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FFH-RL	Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FRUG	Finanzmarkt-Richtlinien-Umsetzungsgesetz
FS	Festschrift
GB BAV	Geschäftsbericht des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG)
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GGF	Gesellschafter-Geschäftsführer
GI	Gerling Information
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Halbs.	Halbsatz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IHR	Internationales Handelsrecht
i.d.R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.

InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.d.	im Sinne des/dieser
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
J.PIL	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
jurisPK-BGB	Juris Praxiskommentar BGB
jurisPR-VerkR	juris PraxisReport Verkehrsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KH	Kraftfahrzeughaftpflicht
KO	Konkursordnung
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, in Kraft getreten am 1. Mai 1998
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KStR	Körperschaftssteuer-Richtlinie
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand und Schiedsgerichtswesen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen

lit.	litera
LG	Landgericht
LStR	Lohnsteuer-Richtlinie
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB
n.F.	neue Fassung
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (Zivilrecht)
Nr.	Nummer
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWB	NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv – unabhängige Fachzeitschrift für das gesamte Geld-, Bank- und Börsenwesen
OFD	Oberfinanzdirektion
OGH	Oberster Gerichtshof (in Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OPA	Oil Pollution Act
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PfDeckRV	Pensionsfonds-Deckungsrückstellungsverordnung
PflVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeuge (Pflichtversicherungsgesetz)

PHi	Produkt- und Umwelthaftpflicht international
PM	Pressemitteilung
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz)
PSVaG	Pensions-Sicherungs-Verein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
R	Richtlinie (Steuerrecht)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 („Rom I“)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)
RuS	Recht und Schaden
S.	Satz, Seite(n)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SP	Schadenpraxis
StBerG	Steuerberatungsgesetz
Stbg	Die Steuerberatung
StGB	Strafgesetzbuch
StuB	Steuern und Bilanzen
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
TranspR	Transportrecht

u.a.	und andere
UHV	Umwelthaftpflichtversicherung
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
USchadG	Umweltschadensgesetz
URL	Uniform Resource Locator
US-GAAP	Generally Accepted Accounting Principles in the United States
UStG	Umsatzsteuergesetz
USV	Umweltschadensversicherung
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VAGÄndG	Gesetz zur Änderung des VAG
vBP	vereidigter Buchprüfer
VDVM	Verband Deutscher Versicherungsmakler
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen
VersR	Versicherungsrecht
VersVermG	Versicherungsvermittlergesetz
vGA	Verdeckte Gewinnausschüttung
VGB	Allgemeine Wohngebäude-Versicherungsbedingungen
vgl.	vergleiche
VHB	Allgemeine Hausrat-Versicherungsbedingungen
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VP	Die Versicherungspraxis
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
WI	Wussows Informationen
WM	Wertpapiermitteilungen
WP	Wirtschaftsprüfer

WPBHV	Verordnung über die Berufshaftpflichtversicherung der Wirtschaftsprüfer und der vereidigten Buchprüfer (Wirtschaftsprüfer-Berufshaftpflichtverordnung – WPBHV)
WPK Magazin	Mitteilungen der Wirtschaftsprüferkammer (seit 2004)
WPK-Mitt.	Wirtschaftsprüferkammer-Mitteilungen – Zeitschrift für Berufspolitik, Berufsrecht und berufliche Praxis (bis 2003)
WPO	Gesetz über die Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Registerzeichen für Entscheidungen des BGH in Zivilrechtssachen, soweit es sich handelt um Revisionen, Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, Anträge auf Zulassung der Sprungrevision oder Berufungen in Patentsachen
zust.	zustimmend
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Die internationale Zuständigkeit für Klagen gegen den D&O-Versicherer aus übergegangenem Recht

Susanne Fucks, LL.M.*

A.	**Einleitung**	3
B.	**Fälle des Direktanspruchs gegen den D&O-Versicherer**	5
I.	Gesetzliche und vertragliche Ausgestaltung der D&O-Versicherung	5
1.	Die D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung	6
2.	Die D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung	7
II.	Fallkonstellationen und Folgen des Anspruchsübergangs	8
1.	Abtretung des Freistellungsanspruchs (§ 398 S. 1 BGB)	9
a)	Zulässigkeit der Abtretung	11
aa)	Verstoß gegen ein vertragliches Abtretungsverbot	11
bb)	Verstoß gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot	14
b)	Rechtsfolge der Abtretung	14
aa)	Abtretung vor Feststellung des Haftpflichtanspruchs	14
(1)	Fälligkeit des Freistellungsanspruchs	15
(2)	Erfüllungswahlrecht des Versicherers	16
(3)	Trennungsprinzip	18
(a)	Kollusives Zusammenwirken	18
(b)	Notwendigkeit des Trennungsprinzips	19
bb)	Abtretung nach Feststellung des Haftpflichtanspruchs	21
2.	Pfändung und Überweisung des Freistellungsanspruchs (§§ 829, 835 ZPO)	21
3.	Einziehung des Freistellungsanspruchs (§ 1282 BGB analog)	22
4.	Vererbung des Freistellungsanspruchs (§ 1922 BGB)	23
5.	Sonderfall: Company Reimbursement Coverage (Ziff. 1.2 AVB-AVG)	23
III.	Zwischenergebnis	24

* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Aachen.

C. Internationale Zuständigkeit für Direktklagen gegen den D&O-Versicherer nach Art. 8 bis 14 EuGVVO 24
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 8 bis 14 EuGVVO 25
1. Temporaler und räumlicher Anwendungsbereich 26
2. Persönlicher Anwendungsbereich 27
3. Sachlicher Anwendungsbereich 28
a) Zivil- und Handelssache (Art. 1 EuGVVO) 28
b) Klage in Versicherungssachen (Art. 8 EuGVVO) 29
aa) Direktklage gegen den D&O-Versicherer 29
bb) Fälle fehlender Schutzbedürftigkeit des Klägers 31
(1) Juristische Person als Kläger 31
(2) Versicherer als Kläger 33
(3) D&O-Versicherungsvertrag über Großrisiko 34
cc) Zwischenergebnis 34
II. Gerichtsstände für die Direktklage gegen den D&O-Versicherer 34
1. Wohnsitz der versicherten Person (Art. 9 Abs. 1 lit. b EuGVVO) 35
2. Wohnsitz des Klägers 36
a) Direktklage des geschädigten Dritten 36
aa) Dritter als Begünstigter i.S. des Art. 9 Abs. 1 lit. b EuGVVO 36
bb) Dritter als Geschädigter i.S. des Art. 11 Abs. 2 EuGVVO 37
(1) Wortlaut 38
(2) Systematik 39
(3) Gesetzgebungsmaterialien 40
(4) Sinn und Zweck 42
(a) Gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflicht-versicherung als Indiz für die Schutzbedürftigkeit des Dritten 42
(b) Rechtsnatur des Direktanspruchs als Indiz für die Schutz-bedürftigkeit des Dritten 43
(c) Abwägung der Schutzbedürftigkeit des Dritten mit anderen Schutzinteressen 44
(aa) Interessen des Versicherers 44
(bb) Interessen der versicherten Person 45
(5) Zwischenergebnis 46
b) Direktklage der geschädigten Gesellschaft 46
c) Sonderfall: D&O-Versicherer mit Sitz in Drittstaat und Niederlassung in Mitgliedstaat 46

3. Wohnsitz des D&O-Versicherers (Art. 11 Abs. 2 EuGVVO i.V. mit Art. 9 Abs. 1 lit. a EuGVVO) 47
4. Sonstige Gerichtsstände für die Direktklage 47
a) Ort der Niederlassung (Art. 11 Abs. 2 EuGVVO i.V. mit Art. 8 EuGVVO und Art. 5 Nr. 5 EuGVVO bzw. Art. 9 Abs. 2 EuGVVO i.V. mit Art. 9 Abs. 1 lit. a EuGVVO) 47
b) Ort der Klage gegen den federführenden Mitversicherer (Art. 11 Abs. 2 EuGVVO i.V. mit Art. 9 Abs. 1 lit. c EuGVVO) 48
c) Ort des Schadenereignisses (Art. 11 Abs. 2 EuGVVO i.V. mit Art. 10 S. 1 EuGVVO) 49

D. Fazit 50

A. Einleitung

Mit der Schaffung des Europäischen Binnenmarkts, dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und zahlreichen Übereinkommen mit Drittstaaten ist es für Unternehmen immer leichter geworden, grenzüberschreitend tätig zu sein. Um einen Teil der bei der unternehmerischen Tätigkeit entstehenden Haftungsrisiken abzudecken, schließt das Unternehmen bzw. die Konzernmutter in der Regel für Mitglieder ihrer Organe sowie für Mitglieder der Organe sämtlicher – auch im Ausland befindlicher – Tochterunternehmen eine sogenannte D&O-Versicherung (Directors and Officers Liability Insurance) ab. Werden die versicherten Organmitglieder infolge einer Pflichtverletzung von geschädigten Dritten oder dem eigenen Unternehmen in Anspruch genommen, können sie vom D&O-Versicherer Deckung verlangen. Ob sich auch der Geschädigte unmittelbar an den D&O-Versicherer wenden kann, wird derzeit diskutiert. Denkbar sind verschiedene Fallkonstellationen, die zum Übergang des Deckungsanspruchs führen oder den Geschädigten zu dessen Einziehung berechtigen können. Verweigert der D&O-Versicherer bei unmittelbarer Inanspruchnahme durch den Geschädigten die Leistung und soll der Direktanspruch infolgedessen klageweise geltend gemacht werden, stellt sich bei global agierenden Unternehmen die Frage, welches Gericht für diese Klage international zuständig ist.

Seit dem 1. März 2002 ist die internationale Zuständigkeit für Klagen gegen einen Versicherer mit Sitz oder Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat in Art. 8 bis 14 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[1] (EuGVVO) geregelt. Eine Entscheidung, die unter Verstoß gegen die versicherungsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften ergeht, wird gemäß Art. 35 Abs. 1 EuGVVO in den anderen Mitgliedstaaten nicht anerkannt.

Mit dieser abschließenden Regelung für Klagen in Versicherungssachen bezweckte der europäische Gesetzgeber vor allem den Schutz der gegenüber dem Versicherer schwächeren Partei.[2] Versicherungsnehmern, versicherten Personen und Begünstigten soll es – abweichend vom Grundsatz des Beklagtenwohnsitzes – gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b EuGVVO möglich sein, an ihrem eigenen Sitz Klage zu erheben. Dabei erscheint es fraglich, inwieweit auch solche Kläger, die tatsächlich nicht schutzbedürftig sind, jedoch nach wortlautgetreuer Anwendung der einschlägigen Normen Klage an ihrem Wohnsitz erheben dürften, von den Regelungen über die Schutzgerichtsstände erfasst werden sollen.

Aufsehen erregte in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des EuGH[3] zu der Frage, ob der durch einen Kraftfahrzeugunfall Geschädigte einen ausländischen Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer aufgrund des in Art. 11 Abs. 2 EuGVVO enthaltenen Verweises auf Art. 9 Abs. 1 lit. b EuGVVO an seinem eigenen Wohnsitz verklagen kann.[4] Dementsprechend wurde in der literarischen Diskussion das Augenmerk auf die Bedeutung des Verweises in Art. 11 Abs. 2 EuGVVO und auf solche Fallkonstellationen gerichtet, in denen ein gesetzlicher Direktanspruch gegen einen Pflichthaftpflichtversicherer geltend gemacht wird. Die Frage, inwieweit sich auch derjenige auf die Gerichtsstände der Art. 8 bis 14 EuGVVO berufen kann, der einen (vertraglichen) Anspruch aus übergegangenem Recht

[1] ABl. EG 2001 Nr. L 12, S. 1 ff.
[2] Erwägungsgrund Nr. 13 der EuGVVO.
[3] EuGH VersR 2008, 111 f. (Odenbreit).
[4] Die Zulässigkeit der Direktklage gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer ergibt sich im deutschen Recht aus § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG i.V. mit § 1 PflVG. Dabei entspricht § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG dem § 3 Nr. 1 PflVG a.F. und ist auf die 4. KH-RL (RL 2000/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.5.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, und zur Änderung der RL 73/239/EWG und 88/357/EWG des Rates, ABl. EG 2000 Nr. L 181, S. 65 ff.) zurückzuführen.

gegen einen Haftpflichtversicherer klageweise durchsetzen will, blieb bislang weitgehend unbeantwortet. Sie soll in der vorliegenden Arbeit am Beispiel der Direktklage des Geschädigten gegen den D&O-Versicherer untersucht werden.

B. Fälle des Direktanspruchs gegen den D&O-Versicherer

Inwieweit der Geschädigte einen Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer geltend machen kann, richtet sich nach nationalem Recht, das durch das Kollisionsrecht der lex fori ermittelt wird.[5] Im deutschen Recht sind mehrere Fallkonstellationen denkbar, die zu einer Inanspruchnahme des D&O-Versicherers durch den Geschädigten aus übergegangenem Recht führen können.[6] Als Ausgangspunkt für die Begründung eines solchen Direktanspruchs[7] soll die gesetzliche und vertragliche Ausgestaltung der D&O-Versicherung dienen.

I. Gesetzliche und vertragliche Ausgestaltung der D&O-Versicherung

Eine spezialgesetzliche Regelung für die D&O-Versicherung gibt es nicht. Für sie gelten jedoch die gesetzlichen Rahmenbedingungen des VVG.[8]

---

[5] Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. (2010) Rn. 245.

[6] Daneben gibt es Ansätze zur Begründung eines eigenen Anspruchs der geschädigten Gesellschaft gegen den D&O-Versicherer, vgl. *Wissmann/Adolphs*, Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer bei der D&O Versicherung, StudZR 2005, 489 (497 ff.); *Säcker*, Streitfragen zur D&O-Versicherung, VersR 2005, 10 (11). Weitere Ansätze zur Begründung eines eigenen Anspruchs des geschädigten Dritten gegen den Haftpflichtversicherer finden sich bei BK/*Baumann* § 149 Rn. 133 ff. und *Baumann*, Zur unmittelbaren Schadensersatzpflicht des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Dritten, VersR 2004, 944 (950).

[7] In der Literatur gibt es Bestrebungen zu einer strikten terminologischen Unterscheidung zwischen dem übergegangenen Freistellungsanspruch und dem gesetzlichen Direktanspruch (§ 115 Abs. 1 S. 1 VVG), der den Geschädigten dazu berechtigt, seinen Haftpflichtanspruch gegen den Versicherer geltend zu machen, vgl. *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 171 und *Langheid/Grote*, Deckungsfragen der D&O-Versicherung, VersR 2005, 1165 (1171). In dieser Arbeit wird unter dem Direktanspruch jedoch ausschließlich der übergegangene Freistellungsanspruch verstanden.

[8] Auf Regelungen anderer Gesetze, insbesondere auf § 93 Abs. 2 S. 3 AktG, wird an dieser Stelle nicht eingegangen.

1. Die D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung

Die D&O-Versicherung ist eine Haftpflichtversicherung.[9] Als solche unterfällt sie den §§ 100 ff. VVG sowie den allgemeinen Regeln über die Schadensversicherung (§§ 74-99 VVG) und den für sämtliche Versicherungszweige geltenden Vorschriften (§§ 1-73 VVG). Obschon sie Haftungsrisiken deckt, die in Zusammenhang mit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit stehen, handelt es sich bei der D&O-Versicherung nicht um eine Berufshaftpflichtversicherung im engeren Sinne, da keine gesetzliche Pflicht zu ihrem Abschluss besteht. Demzufolge finden die Vorschriften über die Pflichtversicherung (§§ 113-124 VVG) keine Anwendung.[10] Dem Geschädigten steht somit kein gesetzlicher Direktanspruch gegen den Versicherer nach § 115 Abs. 1 S. 1 VVG zu.[11] Im Übrigen wird der D&O-Versicherungsvertrag dank des großen Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber den Vertragsparteien im Haftpflichtversicherungsrecht zugesteht, maßgeblich durch individualvertragliche Vereinbarungen in der Police und formularmäßige Vertragsbedingungen ausgestaltet. Aus diesen Bedingungen ergibt sich insbesondere die Definition des Versicherungsfalls und der gedeckten Schäden.[12]

---

[9] Auch im Hinblick auf die Deckung von Innenhaftungsansprüchen handelt es sich bei der D&O-Versicherung nach h.M. nicht um eine Eigenschadenversicherung, sondern um eine Haftpflichtversicherung, vgl. OLG Köln VersR 2008, 1673 (1674); OLG Dresden BeckRS 2008, 06200; OLG München VersR 2005, 540 (541); LG Köln BeckRS 2007, 11278; LG Marburg DB 2005, 437 (438); *Prölss/Martin/Voit* Nr. 1 AVB-AVG Rn. 6; *Looschelders/Pohlmann/Haehling von Lanzenauer* Anhang C Rn. 45; *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 2; *Beckmann/Matusche-Beckmann/Beckmann* § 28 Rn. 18; *Olbrich*, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl. (2007) 57 f.; *Peltzer*, Konstruktions- und Handhabungsschwierigkeiten bei der D&O-Versicherung, NZG 2009, 970 (971); *Böttcher*, Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer – Neue Spielregeln im Managerhaftpflichtprozess?, NZG 2008, 645; *Koch*, Der Direktanspruch in der Haftpflichtversicherung, RuS 2009, 133 (135); *ders.*, Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung (I), GmbHR 2004, 18 (23); *Kammerer-Galahn*, Compliance – Herausforderung für Unternehmensleiter und deren Rechtsberater, AnwBl 2009, 77 (81); *Dreher/Thomas*, Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 2009, 31 (35, 38 ff.); *Schimmer*, Die D&O-Versicherung und §§ 105 und 108 Abs. 2 VVG 2008 – kann die Versicherungsnehmerin „geschädigte" Dritte sein?, VersR 2008, 875 (876); *Dreher*, Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669 (1670); *Langheid/Grote* (Fn. 7) 1171; *Graf von Westphalen*, D&O-Versicherung und Direktanspruch der Gesellschaft gegenüber der Versicherung?, DB 2005, 431 (434). A.A.: *Wissmann/Adolphs* (Fn. 6) 500; *Säcker* (Fn. 6) 11.

[10] *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 3.

[11] *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability, 2. Aufl. (2009) 406; *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 37; *Kammerer-Galahn* (Fn. 9) 83; *Graf von Westphalen* (Fn. 9) 432 zu § 3 Nr. 1 PflVG a.F.

[12] Vgl. Ziff. 1.1 Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG). Die Muster-Bedingungen des GDV (Stand: Mai 2011) können unter http://www.gdv.de/Downloads/Bedingungen/Bedingungen_Haftpflichtversicherung /09_ DandO_1105.pdf (Stand: 1.9.2011) abgerufen werden.

2. Die D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung

Dem D&O-Versicherer steht im Regelfall die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin gegenüber.[13] Allerdings gewährt der Versicherer nach Ziff. 1.1 AVB-AVG nicht der Gesellschaft selbst, sondern ausschließlich ihren Organen und den Organen ihrer Tochtergesellschaften Versicherungsschutz. Dies gilt auch dann, wenn sich die Tochtergesellschaften im Ausland befinden.[14] Zahlreiche Bedingungswerke sehen darüber hinaus die Versicherung leitender Angestellter vor, die zwar keine Organstellung einnehmen, aber aufgrund ihrer weitreichenden Entscheidungsbefugnisse ebenfalls besonderen Haftungsrisiken ausgesetzt sind.[15] Bei der D&O-Versicherung handelt es sich demzufolge um eine Versicherung für fremde Rechnung i.S. des § 43 Abs. 1 VVG.[16]

Charakteristisch für die Versicherung für fremde Rechnung ist, dass allein die versicherte Person Inhaberin des Anspruchs auf die Versicherungsleistung ist (§ 44 Abs. 1 S. 1 VVG). Wird sie wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts auf Schadensersatz in Anspruch genommen[17], gewährt der D&O-Versicherer ihr gemäß Ziff. 1.1 AVB-AVG Versicherungsschutz, indem er sie von berechtigten Haftpflichtansprüchen

[13] Möglich ist auch der Abschluss von Einzelpolicen, was allerdings mit höheren Prämien verbunden ist.

[14] Nach Ziff. 1.1 AVB-AVG (abrufbar unter der in Fn. 12 angegebenen URL) sind solche Mitglieder aufsichts- und geschäftsführender Organe versichert, die nach den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten förmlich bestellt wurden. Die meisten Bedingungswerke auf dem Markt sehen einen noch weitergehenden Versicherungsschutz vor, so zum Beispiel die Bedingungen der VOV und der Chartis, die weltweiten Versicherungsschutz mit Einschränkungen für die USA gewähren (§§ 1 Ziff. 1., 3 Ziff. 4.3. AVB-VOV 2008, abrufbar unter http://www.vovgmbh.de/upload/7_654.pdf, Stand: 1.9.2011, Ziff. I. 1., III. 3. BusinessGuard D&O 2009 MM, abrufbar unter http://www.directors-officers.de/downloads/B_BusinessGuard%20D&O%20%28AIG%29.pdf, Stand: 1.9.2011), die Bedingungen der Hiscox, die Versicherungsschutz mit Einschränkungen für die USA und Kanada bieten (vgl. Ziff. I. 2., I. 6., I. 8., II. 3. D&O by Hiscox 06/2011, abrufbar unter http://www.hiscox.de/Portals/6/Resources/neu_bed/Wording_DuO_A.pdf, Stand: 1.9.2011) und die Bedingungen der R+V, die weltweiten Versicherungsschutz mit Ausnahme der Common Law-Länder gewähren (A Ziff. 5 ULLA, abrufbar unter https://online.ruv.de/uportal/content/portal/makler/produkte/komposit/haftpflicht/Vermoegensschaden/Bedingungen/ULLA.pdf, Stand: 1.9.2011).

[15] So beispielsweise die Bedingungen der VOV (§ 5 Ziff. 1.2. AVB-VOV 2008), der Hiscox (Ziff. I. 3. D&O by Hiscox 06/2011), der Chartis (Ziff. I. 2. BusinessGuard D&O 2009 MM) und der R+V (A Ziff. 1.1 ULLA). Die Bedingungen können unter den in Fn. 14 angegebenen URLs abgerufen werden.

[16] OLG Köln VersR 2008, 1673 (1674 f.); OLG Dresden BeckRS 2008, 06200; OLG Düsseldorf NJOZ 2007, 1242; OLG München VersR 2005, 540 (541); LG Marburg DB 2005, 437 (438); *Prölss/Martin/Voit* Nr. 1 AVB-AVG Rn. 6; *Looschelders/Pohlmann/Haehling von Lanzenauer* Anhang C Rn. 45; *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 61; *Beckmann/Matusche-Beckmann/Beckmann* § 28 Rn. 48; *van Bühren/Lenz* § 26 Rn. 40; *Olbrich* (Fn. 9) 53; *Kammerer-Galahn* (Fn. 9) 81; *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 35; *Schimmer* (Fn. 9) 876; *Dreher* (Fn. 9) 1670.

[17] Sog. Claims-Made-Prinzip.

freistellt und unberechtigte Haftpflichtansprüche abwehrt (Ziff. 4.1 AVB-AVG).[18] Diese Regelung entspricht § 100 VVG. Freistellungs- und Abwehranspruch sind dabei Ausprägungen eines einheitlichen Deckungsanspruchs.[19]

Anspruchsteller kann das eigene Unternehmen, ein Tochterunternehmen oder ein Dritter sein. Macht das Unternehmen bzw. ein Tochterunternehmen Ansprüche gegen das Organmitglied geltend, handelt es sich um einen Fall der Innenhaftung.[20] Ist der Anspruchsteller ein geschädigter Dritter, liegt ein Fall der Außenhaftung vor.[21] D&O-Versicherungsfälle zeichnen sich demzufolge durch ein Dreiecks- bzw. Viereckverhältnis zwischen den beteiligten Personen aus.

II. Fallkonstellationen und Folgen des Anspruchsübergangs

Vor dem Übergang des Freistellungsanspruchs ist der geschädigte Dritte lediglich dazu berechtigt, Feststellungsklage gegen den Versicherer zu erheben, wenn die Gefahr des Verlusts des pfändbaren Deckungsanspruchs besteht, weil beispielsweise Verjährung droht oder der Versicherer die Deckung ablehnt bzw. keine Auskunft über den Deckungsschutz gibt und der Inhaber des Deckungsanspruchs untätig bleibt.[22] Sofern die gerichtliche Geltendmachung des Deckungsanspruchs nicht der versicherten Person obliegt, ergibt sich für die geschädigte Gesellschaft aus ihrer Stellung als

[18] Einige Bedingungswerke sehen darüber hinaus Deckung bei Inanspruchnahme aus vertraglichen Haftpflichtbestimmungen vor und solchen Haftpflichtbestimmungen, die nicht privatrechtlicher Natur sind, so beispielsweise die Bedingungen der VOV (§ 1 Ziff. 1. AVB-VOV 2008), der Chartis (Ziff. I. 1. BusinessGuard D&O 2009 MM) und der R+V (A Ziff. 1.1 ULLA). Die Bedingungen können unter den in Fn. 14 angegebenen URLs abgerufen werden.

[19] BGH VersR 2004, 1043 (1044); BGH VersR 2003, 900 (901); BGH VersR 1971, 333. Vgl. auch *H. Baumann*, Die Überwindung des Trennungsprinzips durch das Verbot des Abtretungsverbots in der Haftpflichtversicherung, VersR 2010, 984 (985), der vom „Freistellungsanspruch im weiteren Sinn" spricht.

[20] *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 10. Im Gegensatz zu den Musterbedingungen des GDV, die Innenhaftungsansprüche gemäß Ziff. 1.3 AVB-AVG (abrufbar unter der in Fn. 12 angegebenen URL) nur bei besonderer Vereinbarung decken, sehen die auf dem Markt erhältlichen Produkte eine solche Deckung standardmäßig vor.

[21] *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 11. – Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht ist die Zahl der Außenhaftungsfälle in Deutschland gering, da die Haftung im deutschen Gesellschaftsrecht als Innenhaftung ausgestaltet ist und im Außenverhältnis grundsätzlich die Gesellschaft, der das Verschulden des Organmitglieds zugerechnet wird, in Anspruch genommen werden soll. Geschädigte Dritte können beispielsweise Gesellschafter bzw. Aktionäre, Mitarbeiter oder Vertragspartner des Unternehmens, der Fiskus und Sozialversicherungsträger sein.

[22] BGH VersR 2009, 1485; BGH VersR 2001, 90 (91); OLG Köln VersR 2002, 730 (731); *Prölss/Martin/Lücke* § 108 Rn. 3; *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 100 Rn. 71.

Versicherungsnehmerin die Möglichkeit der Erhebung einer Deckungsklage, mit der sie die Rechte des Versicherten im Wege der Prozessstandschaft geltend machen kann, vgl. § 44 Abs. 2 VVG.[23]

Wird der Geschädigte Inhaber des Freistellungsanspruchs, hat er die Möglichkeit, diesen gegen den Versicherer geltend zu machen und den Deckungsprozess anstelle der versicherten Person zu führen. Da er zugleich Inhaber des Haftpflichtanspruchs ist, kann der Versicherer den Freistellungsanspruch nur durch Zahlung an ihn erfüllen. Der Freistellungsanspruch wandelt sich deshalb durch den Übergang auf den Gläubiger des Haftpflichtanspruchs in einen Zahlungsanspruch um. Infolgedessen kann der Geschädigte nach dem Übergang des Freistellungsanspruchs eine auf Zahlung gerichtete Leistungsklage gegen den Versicherer erheben. Vom Übergang betroffen ist lediglich der Freistellungsanspruch im engeren Sinne; der Abwehranspruch verbleibt bei der versicherten Person.[24]

Für den Übergang des Freistellungsanspruchs kommen verschiedene Gründe in Betracht.

1. Abtretung des Freistellungsanspruchs (§ 398 S. 1 BGB)

Die Abtretung des Freistellungsanspruchs kann insbesondere vor Feststellung des Haftpflichtanspruchs Vorteile für den Geschädigten und die versicherte Person bieten, sofern man davon ausgeht, dass nach der Abtretung in einem einheitlichen Prozess sowohl über den Deckungsanspruch als auch den Haftpflichtanspruch entschieden wird.

Auseinandersetzungen über Bestehen und Umfang des Haftpflichtanspruchs können das Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem belasten. Durch die Abtretung erlangt der Geschädigte die Möglichkeit, aktiv

[23] Näheres hierzu unter 1. a).

[24] Der Abwehranspruch ist gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abtretbar und infolgedessen nach § 851 Abs. 1 ZPO auch nicht pfändbar. Zur Abtretung: *Looschelders/Pohlmann/Haehling von Lanzenauer* Anhang C Rn. 53; *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 108 Rn. 22 ff.; *Ihlas* (Fn. 11) 405; *Koch*, VVG-Reform: Zu den Folgen der Untersagung des Anerkenntnis- und Abtretungsverbots in der Haftpflichtversicherung, FS Gerrit Winter (2007) 345 (351); *ders.* (Fn. 9) 135; *Lange*, Das Zusammenspiel von Anerkenntnis und Abtretung in der Haftpflichtversicherung nach der VVG-Reform, RuS 2007, 401 (403). Nach *Baumann* (Fn. 19) 985 f. soll jedenfalls die Ausübung des Abwehranspruchs unzulässig sein, solange der Geschädigte gegen den Versicherer vorgeht. Zur Pfändung: *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 179.

auf den Deckungsprozess gegen den Versicherer als solventen Schuldner Einfluss zu nehmen, ohne sich mit dem Organmitglied auseinandersetzen zu müssen. Führt die Pflichtverletzung des Organmitglieds nicht zu seiner Abberufung bzw. zur Kündigung des Anstellungsvertrags, können so Belastungen des zwischen ihm und der Gesellschaft bestehenden Verhältnisses vermieden werden.[25] Wurde ein Dritter geschädigt, der zu dem Unternehmen, für das die versicherte Person tätig ist, geschäftliche Beziehungen unterhält, kann eine Abtretung zur Entschärfung von Konflikten in der Geschäftsbeziehung beitragen. Entsprechendes gilt, wenn es sich bei dem geschädigten Dritten um einen Arbeitnehmer oder einen Gesellschafter bzw. Aktionär handelt.[26]

Auch prozessökonomische Gründe können ein Motiv für die Abtretung sein. Die Führung eines Haftpflichtprozesses und anschließenden Deckungsprozesses benötigt oftmals Jahre. Der Ausgang dieser Prozesse ist dabei ungewiss. Die Direktklage beschleunigt die Regulierung des Schadens, was existenzielle Bedeutung für den Geschädigten haben und der Gefahr des Reputationsverlusts der versicherten Person entgegenwirken kann.[27] Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Führung des Haftpflichtprozesses meist zur Schmälerung der Versicherungssumme führt, da die Kosten für die Abwehr des Haftpflichtanspruchs gemäß Ziff. 4.3 AVB-AVG i.V. mit Ziff. 4.4 AVB-AVG auf die Deckungssumme angerechnet werden können.[28] Diese Umstände führen in der Regel dazu, dass die Parteien auf Vorschlag des Versicherers einen Vergleich schließen, der oftmals hinter den tatsächlich bestehenden Ansprüchen zurückbleibt.[29] So ist es auch zu verstehen, dass sich vor allem Interessensvertreter der Versicherungswirtschaft gegen die Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme des Versicherers aussprechen und Zulässigkeit und Rechtsfolgen der Abtretung des Freistellungsanspruchs stark umstritten sind.[30]

---

[25] *Böttcher* (Fn. 9) 647.
[26] Diese Interessenlage hatte auch der Reformgesetzgeber bei der Abschaffung des Abtretungsverbots im Blick, vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 87.
[27] Vgl. *Peltzer* (Fn. 9) 972; *Wissmann/Adolphs* (Fn. 6) 497.
[28] *Ihlas* (Fn. 11) 403; *Wissmann/Adolphs* (Fn. 6) 499.
[29] Vgl. *Peltzer* (Fn. 9) 971.
[30] Untersucht werden in dieser Arbeit ausschließlich die Rechtsfolgen, die mit der Möglichkeit der unmittelbaren Inanspruchnahme des Versicherers durch den Geschädigten zusammenhängen. Zu weitergehenden Rechtsfolgen, insbesondere zur Bindungswirkung und zu beweisrechtlichen Fragen: *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 108 Rn. 43 ff.; *Baumann* (Fn. 19) 989 ff.; *Langheid*, Nach der Reform: Neue Entwicklungen in der Haftpflichtversicherung, VersR 2009, 1043 (1045 f.); *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 43 ff.; *Böttcher* (Fn. 9) 648 ff.; *Lange* (Fn. 24) 404f.

a) Zulässigkeit der Abtretung

Wenngleich die versicherte Person Anspruchsinhaberin ist, verbleibt der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin gemäß § 45 Abs. 1 VVG grundsätzlich die Befugnis, über den Deckungsanspruch zu verfügen. Ferner obliegt ihr die gerichtliche Geltendmachung, vgl. § 44 Abs. 2 VVG. Zur Verfügung und gerichtlichen Geltendmachung ist die versicherte Person nach § 44 Abs. 2 VVG nur dann befugt, wenn sie im Besitz des Versicherungsscheins ist oder die Versicherungsnehmerin gemäß § 185 BGB ihre Zustimmung hierzu erteilt. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die dispositiven Regelungen der §§ 44 Abs. 2, 45 Abs. 1 VVG abzubedingen.[31] Hiervon haben zahlreiche Versicherer Gebrauch gemacht.[32] Auch die Musterbedingungen des GDV enthalten mit Ziff. 10.1 und 10.2 AVB-AVG entsprechende Klauseln. Somit ist die versicherte Person in der Regel nicht nur Inhaberin des Deckungsanspruchs, sondern auch zu seiner gerichtlichen Geltendmachung und Abtretung an den geschädigten Dritten befugt.

aa) Verstoß gegen ein vertragliches Abtretungsverbot

Das Recht zur Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Geschädigten entspricht der durch die VVG-Reform neu eingeführten Regelung des § 108 Abs. 2 VVG. Danach kann die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Dritten nicht mehr – wie vor der VVG-Reform üblich – durch Allgemeine Versicherungsbedingungen ausgeschlossen werden. Zulässig bleibt die individualvertragliche Vereinbarung eines Abtretungsverbots.[33] Auch Verträge über Großrisiken i.S. des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG werden gemäß § 210 VVG nicht von § 108 Abs. 2 VVG erfasst.[34]

Für den Bereich der Innenhaftung wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob die geschädigte Gesellschaft als Versicherungsnehmerin zugleich geschädigte Dritte i.S. des § 108 Abs. 2 VVG sein kann. Würde ihr die Stellung als geschädigte Dritte abgesprochen werden, könnte die Abtretung des

---

[31] LG München I VersR 2005, 543 (544); *Prölss/Martin/Prölss/Klimke* § 44 Rn. 21.

[32] So beispielsweise die VOV (§ 14 Ziff. 1. und 2. AVB-VOV 2008), die Chartis (Ziff. II. 9. BusinessGuard D&O 2009 MM) und die R+V (A Ziff. 9.1 und 9.2 ULLA). Die Bedingungen können unter den in Fn. 14 angegebenen URLs abgerufen werden.

[33] BT-Drucks. 16/3945, S. 87.

[34] Zur Wirksamkeit eines formularmäßigen Abtretungsverbots bei der Versicherung von Großrisiken: *Koch* (Fn. 9) 136 f.

Freistellungsanspruchs an die Gesellschaft weiterhin formularmäßig ausgeschlossen werden.[35] Für die Zulässigkeit eines solchen Abtretungsverbots soll zunächst das fehlende Schutzbedürfnis der geschädigten Versicherungsnehmerin sprechen. Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung den Schutz des Geschädigten bezweckt, der häufig keine Kenntnis vom Innenverhältnis zwischen Schädiger und Versicherer habe.[36] Gerade diese Intention sei aber nicht einschlägig, wenn die Versicherungsnehmerin selbst geschädigt wurde.[37]

Die mangelnde Kenntnis des Geschädigten vom Versicherungsverhältnis begründete jedoch nicht das einzige Motiv des Reformgesetzgebers für die Abschaffung des Abtretungsverbots. Ausweislich der Gesetzesbegründung ergingen unter Geltung der alten Rechtslage zahlreiche Entscheidungen, denen zufolge dem Versicherer die Berufung auf das Abtretungsverbot nach Treu und Glauben verwehrt war. Auch diese Entscheidungen veranlassten den Gesetzgeber zur Abschaffung des Abtretungsverbots. Darüber hinaus sah er in der Abtretung die Möglichkeit der Vermeidung von Konflikten im Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten.[38] Die Gesetzgebungsmaterialien geben insoweit nicht eindeutig Aufschluss darüber, ob die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin zugleich Dritte i.S. von § 108 Abs. 2 VVG sein kann. Es ist davon auszugehen, dass der Reformgesetzgeber den Fall der Versicherung für fremde Rechung bei der Abschaffung des Abtretungsverbots nicht bedacht hat. Das bedeutet aber zugleich, dass der Wille des Reformgesetzgebers jedenfalls nicht gegen die Stellung der Gesellschaft als Dritte i.S. des § 108 Abs. 2 VVG spricht.

Weiterhin wird angeführt, dass die direkte Inanspruchnahme die Gefahr des kollusiven Zusammenwirkens von versicherter Person und Gesellschaft berge und gegen das Trennungsprinzip verstoße.[39]

Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu erklären, warum die Gesellschaft nicht Dritte i.S. von § 108 Abs. 2 VVG sein kann. Die Abtretung

[35] So könnte Ziff. 10.2 AVB-AVG (abrufbar unter der in Fn. 12 angegebenen URL) dahingehend ausgelegt werden, dass eine Abtretung an die geschädigte Gesellschaft nicht zulässig ist.
[36] *Schimmer* (Fn. 9) 878 unter Berufung auf die BT-Drucks. 16/3945, S. 87.
[37] *Schimmer* ebda.
[38] BT-Drucks. 16/3945, S. 87. Hierzu bereits unter 1.
[39] *Ihlas* (Fn. 11) 411 f.; *Armbrüster*, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, NJW 2009, 187 (192); *Schimmer* (Fn. 9) 878 f.

selbst verstößt nicht gegen das Trennungsprinzip. Von einem solchen Verstoß kann erst dann die Rede sein, wenn es zwischen dem Geschädigten und dem Versicherer zu einem Deckungsprozess kommt, in dem der Haftpflichtanspruch geprüft wird.[40] Dies ist jedoch eine Frage der Rechtsfolge der Abtretung und getrennt zu beurteilen von der Frage, ob die Versicherungsnehmerin Dritte i.S. des § 108 Abs. 2 VVG sein und der Freistellungsanspruch an sie abgetreten oder weiterhin ein Abtretungsverbot vereinbart werden kann. Auch der Hinweis auf die vermeintliche Gefahr des kollusiven Zusammenwirkens betrifft die möglichen Rechtsfolgen der Abtretung und entbindet nicht von dem Erfordernis einer dogmatischen Begründung dafür, dass die Versicherungsnehmerin keine Dritte i.S. des § 108 Abs. 2 VVG sein soll.

Der Wortlaut des § 108 Abs. 2 VVG schließt nicht aus, die Versicherungsnehmerin als geschädigte Dritte anzusehen. Dritter muss nicht zwingend derjenige sein, der außerhalb des Versicherungsverhältnisses steht,[41] sondern kann auch sein, wer zwar am Versicherungsvertrag beteiligt ist, sich aber außerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen dem Inhaber des Anspruchs auf die Versicherungsleistung und dem Versicherer befindet.

Im Kapitel über die Haftpflichtversicherung wird der Begriff des Dritten zunächst in § 100 VVG verwendet. Hier ist von „einem“ Dritten die Rede, der den Versicherten in Anspruch nimmt. Es ist völlig unstrittig, dass die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin Dritte i.S. der Vorschrift sein kann. Der § 108 Abs. 2 VVG bestimmt nun, dass die Abtretung des Freistellungsanspruchs an „den“ Dritten nicht ausgeschlossen werden kann. Systematisch betrachtet kann mit dieser Formulierung nur der Dritte gemeint sein, der bereits in § 100 VVG erwähnt wird; damit nimmt § 108 Abs. 2 VVG insoweit Bezug auf § 100 VVG. Die systematische Auslegung ergibt damit, dass die Gesellschaft durchaus geschädigte Dritte i.S. des § 108 Abs. 2 VVG sein kann.[42]

---

[40] Näheres zum Trennungsprinzip unter b) aa) (3).
[41] So aber *Rüffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski* § 108 Rn. 6.
[42] So auch LG Marburg DB 2005, 437 (438) zu § 149 VVG a.F.; *Prölss/Martin/Voit* Nr. 8-10 AVB-AVG Rn. 2; *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 182; *Langheid* (Fn. 30) 1043; *Koch* (Fn. 9) 135; *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 42; *Langheid/Grote* (Fn. 7) 1171. A.A.: *Rüffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski* § 108 Rn. 6; *Ihlas* (Fn. 11) 408 ff.; *Armbrüster* (Fn. 39) 192; *Schimmer* (Fn. 9) 879.

bb) Verstoß gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot

Die Abtretung des Freistellungsanspruchs verstößt auch nicht gegen das Abtretungsverbot des § 399 Alt. 1 BGB, da der Geschädigte zugleich Gläubiger des Anspruchs ist, von dem die Freistellung erfolgen soll.[43]

b) Rechtsfolge der Abtretung

Durch die Abtretung wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch um.[44] Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Versicherer auch hinsichtlich des Haftpflichtanspruchs passivlegitimiert ist. Andernfalls würde die Abtretung einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen.[45] Der Haftpflichtanspruch richtet sich weiterhin gegen die versicherte Person. Dennoch muss das Gericht im Direktprozess auch den Haftpflichtanspruch inzidenter prüfen. Denn der – hier ausnahmsweise auf Zahlung gerichtete – Freistellungsanspruch, den der Geschädigte gegen den Versicherer aus abgetretenem Recht geltend macht, ist nur dann begründet, wenn feststeht, dass der Haftpflichtanspruch begründet ist und keine deckungsrechtlichen Einwendungen bestehen. Hiergegen werden Bedenken erhoben.

aa) Abtretung vor Feststellung des Haftpflichtanspruchs

Wenngleich nicht alle Autoren eindeutig differenzieren, beziehen sich die Bedenken ausschließlich auf solche Fälle, in denen der Freistellungsanspruch vor Feststellung des Haftpflichtanspruchs abgetreten wird. Im Wesentlichen werden drei Argumente vorgebracht:

---

[43] *Von Rintelen*, Die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des abgetretenen Freistellungsanspruchs in der Haftpflichtversicherung, RuS 2010, 133 (135); *Böttcher* (Fn. 9) 646. Vgl. auch BGH VersR 1975, 655 (656). Zwar sind Freistellungsansprüche grundsätzlich nicht abtretbar, da die Freistellungspflicht immer nur gegenüber dem Schuldner der Verbindlichkeit bestehen kann. Eine Abtretung an den Gläubiger der Verbindlichkeit wirkt jedoch nicht inhaltsändernd, vgl. *Palandt/Grüneberg* § 399 Rn. 4 und BGH NJW 1993, 2232 (2233).

[44] BGH VersR 1975, 655 (657); OLGR Saarbrücken 2003, 272 (277); LG Köln VersR 1978, 411; *Prölss/Martin/Lücke* § 108 Rn. 8; *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 108 Rn. 26; *Rüffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski* § 108 Rn. 9; *Beckmann/Matusche-Beckmann/Beckmann* § 28 Rn. 7c; *van Bühren/Lenz* § 26 Rn. 53 und 142; *Meixner/Steinbeck*, Das neue Versicherungsvertragsrecht (2008) § 3 Rn. 16; *Koch* (Fn. 24) 346 und (Fn. 9) 134; *von Rintelen* (Fn. 43) 137; *Langheid* (Fn. 30) 1044; *ders.*, Tücken in den §§ 100 ff VVG-RegE, VersR 2007, 865 (867); *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 42; *Böttcher* (Fn. 9) 646 f.; *Lange* (Fn. 24) 403. Allgemein zur Abtretung von Befreiungsansprüchen: *Palandt/Grüneberg* § 399 Rn. 4.

[45] *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 108 Rn. 27 ff.; *Lange* (Fn. 24) 403; *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 42. A.A.: *Langheid* (Fn. 30) 1045.

(1) Fälligkeit des Freistellungsanspruchs

Zunächst wird eingewendet, dass ein Zahlungsanspruch im Falle der Abtretung vor Feststellung des Haftpflichtanspruchs mangels Fälligkeit gar nicht bestehen könne.[46]

Die Fälligkeit des abgetretenen Freistellungsanspruchs richtet sich nach § 106 S. 1 VVG. Zwar regelt § 14 Abs. 1 VVG die Fälligkeit von Geldleistungen; § 106 VVG ist jedoch lex specialis zu § 14 VVG.[47] Der abgetretene Freistellungsanspruch wird demnach innerhalb von zwei Wochen fällig, wenn der Haftpflichtanspruch mit bindender Wirkung für den Versicherer durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich festgestellt wurde.[48] Dass sich der Freistellungsanspruch durch die Abtretung in einen Zahlungsanspruch umwandelt, ändert hieran nichts. Dies zeigt die Regelung des § 106 S. 2 VVG, der die Fälligkeit eines Zahlungsanspruchs betrifft, der durch Umwandlung des Freistellungsanspruchs entsteht, wenn der versicherte Schädiger den Geschädigten mit bindender Wirkung für den Versicherer befriedigt.[49]

Der Freistellungsanspruch wird also nicht fällig, solange der Haftpflichtanspruch noch nicht festgestellt wurde. Die fehlende Fälligkeit hindert die Entstehung des Zahlungsanspruchs aber nicht. Denn der Zahlungsanspruch entsteht allein durch die Konfusion des Freistellungsanspruchs mit dem Haftpflichtanspruch. Trotz fehlender Fälligkeit kann der Geschädigte den Versicherer in Anspruch nehmen. Freilich kann der Versicherer in diesem Fall nicht in Verzug gesetzt werden. Er muss nicht leisten. Allerdings steht die noch nicht eingetretene Fälligkeit der Erhebung einer Leistungsklage nicht entgegen, da gemäß § 259 ZPO auch künftig fällig werdende Ansprüche mit der Leistungsklage eingeklagt werden können.[50] Der Zahlungsanspruch wird dann mit der Feststellung des Haftpflichtanspruchs im Deckungsprozess fällig. Der § 106 S. 1 VVG erfordert seinem Wortlaut nach

---

[46] *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 185; *van Bühren/Lenz* § 26 Rn. 142; *Schramm/Wolf*, Das Abtretungsverbot nach der VVG-Reform, RuS 2009, 358 (360); *Lange*, Die Rechtsstellung des Haftpflichtversicherers nach der Abtretung des Freistellungsanspruchs vom Versicherungsnehmer an den geschädigten Dritten, VersR 2008, 713 (715).
[47] *Schwintowski/Brömmelmeyer/Retter* § 106 Rn. 1.
[48] So auch *Schramm/Wolf* (Fn. 46) 360; a.A: *Koch* (Fn. 9) 135. Nach *Baumann* (Fn. 19) 987 soll § 106 S. 1 VVG entsprechende Anwendung finden.
[49] *Baumann* ebda.
[50] *Baumann* (Fn. 19) 988; *von Rintelen* (Fn. 43) 137.

nicht, dass der Haftpflichtanspruch im Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten festgestellt wird. Demnach kann auch einer rechtskräftigen Entscheidung des Direktprozesses, in dem der Haftpflichtanspruch inzidenter festgestellt wurde, fälligkeitsauslösende Wirkung zukommen.[51] Der anderen Auffassung ist lediglich zuzugeben, dass der Versicherer die zweiwöchige Regulierungsfrist, die ihm § 106 S. 1 VVG einräumt, nicht mehr benötigt, wenn im Direktprozess sowohl über die Deckungsfrage als auch über die Haftpflichtfrage rechtskräftig entschieden wurde.[52] Im Übrigen kann der Versicherte die Fälligkeit auch selbst herbeiführen, indem er den Haftpflichtanspruch anerkennt bzw. einen Vergleich mit dem Geschädigten schließt.[53]

(2) Erfüllungswahlrecht des Versicherers

Gegen den Direktanspruch des Geschädigten wird ferner vorgebracht, dass der Versicherer gemäß § 404 BGB den deckungsrechtlichen Einwand des Erfüllungswahlrechts geltend machen könne und die Klage infolgedessen als unbegründet abgewiesen werden müsse.[54] Teilweise wird auch vertreten, dass das Erfüllungswahlrecht bereits zur Unteilbarkeit des Deckungsanspruchs führe und damit der isolierten Abtretung des Freistellungsanspruchs entgegenstehe.[55]

Beide Thesen vermögen nicht zu überzeugen. Ein Wahlrecht i.S. von § 262 BGB hat der Versicherer nicht.[56] Denn der Wahlschuld ist immanent, dass alle in Betracht kommenden Leistungsarten erfüllungstauglichen Charakter besitzen. Das trifft aber auf die Schuld des Haftpflichtversicherers gerade nicht zu. Wird im Haftpflichtprozess festgestellt, dass der geltend gemachte Haftpflichtanspruch begründet ist, hat der Versicherer seine Schuld nicht

---

[51] A.A.: *Schramm/Wolf* (Fn. 46) 360; *Lange* (Fn. 46) 715.
[52] Vgl. auch *Baumann* (Fn. 19) 988.
[53] Vgl. *Looschelders/Pohlmann/Haehling von Lanzenauer* Anhang C Rn. 55. A.A.: *Looschelders/Pohlmann/Schulze Schwienhorst* § 106 Rn. 3, wonach der Freistellungsanspruch nicht im Zeitpunkt des Anerkenntnisses bzw. des Vergleichs fällig wird, sondern erst mit Feststellung des Haftpflichtanspruchs durch den Versicherer bzw. das Gericht im Deckungsprozess.
[54] *Looschelders/Pohlmann/Haehling von Lanzenauer* Anhang C Rn. 49; *Terbille/Sieg* § 17 Rn. 185; *Schramm/Wolf* (Fn. 46) 361; *Lange* (Fn. 46) 715 und (Fn. 24) 403; *Graf von Westphalen* (Fn. 9) 436 unter Betonung der Abwehrfunktion der D&O-Versicherung. Vgl. auch: OLG Köln VersR 2008, 1673 (1674); OLG München VersR 2005, 540 (541 f.); LG Köln BeckRS 2007, 11278; LG Marburg DB 2005, 437 (438), wonach das Erfüllungswahlrecht einem eigenen Anspruch der Versicherungsnehmerin gegen den Versicherer entgegensteht.
[55] *Schramm/Wolf* (Fn. 46) 358.
[56] *Prölss/Martin/Lücke* § 100 Rn. 2; *von Rintelen* (Fn. 43) 135 f.

bereits dadurch erfüllt, dass er sich für die Abwehr des Anspruchs entschieden hat. Er ist vielmehr dazu verpflichtet, den Schädiger freizustellen. Der Versicherer hat somit keine echte Leistungsalternative. Die Entscheidung, ob er der versicherten Person Rechtsschutz gewähren oder sie von dem geltend gemachten Haftpflichtanspruch freistellen will, hängt davon ab, ob er den Haftpflichtanspruch für begründet oder unbegründet hält. Dem Versicherer steht insoweit lediglich eine – gerichtlich voll überprüfbare – Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Begründetheit des Haftpflichtanspruchs zu. Teilweise wird auch von einem Regulierungsermessen gesprochen.[57] Dieses Recht verliert der Versicherer erst mit der Feststellung des Haftpflichtanspruchs.[58] In diesem Moment verdichtet sich der Deckungsanspruch zum Freistellungsanspruch.

Der Einschätzungsprärogative des Versicherers wird dadurch Rechnung getragen, dass der Versicherte vor der Feststellung des Haftpflichtanspruchs nicht auf Freistellung, sondern nur auf Gewährung des vertraglich vereinbarten Versicherungsschutzes klagen kann.[59] Lässt man jedoch die Abtretung des Freistellungsanspruchs zu, muss der Geschädigte auf Zahlung klagen können. Hierdurch wird er nicht besser gestellt als der Versicherte. Der anders lautende Klageantrag ist lediglich die Konsequenz des Auseinanderfallens von Freistellungs- und Abwehranspruch. Die Einschätzungsprärogative des Versicherers wird gleichwohl nicht beeinträchtigt. Kommt dieser nach Prüfung der Haftpflichtfrage zu dem Ergebnis, dass der Haftpflichtanspruch seines Erachtens unbegründet ist, hat er die Möglichkeit, den Haftpflichtanspruch im Direktprozess zu bestreiten,[60] wodurch er den bei der versicherten Person verbliebenen Abwehranspruch erfüllt; er kann den Geschädigten nicht zur Führung eines Haftpflichtprozesses gegen den Versicherten zwingen. Ist der Haftpflichtanspruch seiner Meinung nach begründet, kann er ihn durch Zahlung an den Geschädigten befriedi-

[57] OLG Frankfurt VersR 2003, 588; *van Bühren/Bücken* § 9 Rn. 52; *Halm/Engelbrecht/Krahe/Halm* Kap. 23 Rn. 25; *Kramer*, Das Beurteilungsermessen des Betriebshaftpflichtversicherers und die geschäftsschädigende Festlegung auf Abwehrschutz, RuS 2008, 1 (2). Auch der Begriff des Ermessens ist zweifelhaft, denn dies würde bedeuten, dass die Entscheidung des Versicherers lediglich im Hinblick auf einen Ermessensfehlgebrauch bzw. Ermessensnichtgebrauch überprüft werden dürfte. Vgl. hierzu auch *Prölss/Martin/Lücke* § 100 Rn. 2; *von Rintelen* (Fn. 43) 136.

[58] *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 42. A.A.: *Koch* (Fn. 9) 135, dem zufolge das Erfüllungswahlrecht mit der Abtretung erlischt.

[59] BGH VersR 1981, 173.

[60] *Prölss/Martin/Lücke* § 108 Rn. 9; *von Rintelen* (Fn. 43) 135; *Dreher/Thomas* (Fn. 9) 42.