

RA Andreas Gossen / RA Julius Fabian Stehl, LL.M., beide Düsseldorf

Direktprozess gegen den D&O-Versicherer: Die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG

– Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 21.11.2023 – 9 U 206/22 –

Andreas Gossen ist als Counsel bei Hogan Lovells International LLP tätig;
Julius Fabian Stehl, LL.M., ist dort als Senior Associate tätig; beide am
Standort in Düsseldorf.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Mit Urteil vom 21.11.2023 (Az. 9 U 206/22) hat sich das OLG Köln – obwohl die Frage nicht entscheidungserheblich war – zur Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG beim Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer positioniert. In einem *obiter dictum* spricht sich das Gericht in den Fällen einer Abtretung des Deckungsanspruchs des versicherten Organs gegen den D&O-Versicherer an die Gesellschaft für eine Anwendung der in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG enthaltenen Beweislastumkehr auch im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer aus. Diese Rechtsfrage ist seit Langem umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt. Das Urteil des OLG Köln ist die erste obergerichtliche Entscheidung dazu. Im Folgenden wird das Urteil in das Meinungsbild im Schrifttum eingeordnet und erörtert, welche Gründe gegen eine Anwendung der Beweislastumkehr gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG sprechen.

I. Einführung

Im sog. Direktprozess geht die vermeintlich geschädigte Gesellschaft (die Versicherungsnehmerin) direkt gegen den D&O-Versicherer vor, ohne zuvor einen Haftungsprozess gegen den potenziellen Schädiger (die versicherte Person) geführt zu haben. Hierzu tritt die versicherte Person ihren Freistellungsanspruch an die Versicherungsnehmerin ab. Folglich muss das angerufene Gericht im Prozess inzident die Haftungsfrage gem. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG beurteilen. Während die Möglichkeit des Direktprozesses der Gesellschaft gegen den D&O-Versicherer nach Abtretung des Freistellungsanspruchs der versicherten Person an die Gesellschaft mittlerweile durch den BGH anerkannt ist,¹ stellt sich weiterhin die – höchst umstrittene – Frage, wen in diesem Direktprozess die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich behaupteter Pflichtverletzung und Verschulden der versicherten Person trifft. Abweichend von den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen tragen gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Vorstandsmitglieder einer AG die Beweislast dafür, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Nach der Rspr. des BGH findet diese Beweislastumkehr entsprechende Anwendung auf die

Innenhaftung der Geschäftsführer einer GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG.²

Ob die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG allerdings auch im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer Anwendung findet, ist in der Literatur heftig umstritten und nach wie vor höchstrichterlich nicht entschieden.

Den Streit über eine Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG im Rahmen eines D&O-Direktprozesses nahm das OLG Köln zum Anlass, sich grundlegend für die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr zu positionieren.³

II. Sachverhalt

Das OLG Köln hatte über die Klage einer GmbH gegen einen Versicherer aus einem D&O-Versicherungsvertrag zu entscheiden. Der Klage liegt ein in Organhaftungsfällen geradezu typischer Sachverhalt zugrunde: Die GmbH hatte für ihren (ehemaligen) Mitgeschäftsführer eine D&O-Versicherung nach dem Claims-Made-Prinzip abgeschlossen.⁴ Aufgrund eines Brands im Betrieb erlitt die GmbH einen Schaden i.H.v. 1,35 Mio. €. Mit dem Argument der inadäquaten Versicherung gegen eben diesen Feuerschaden nahm die GmbH den zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschiedenen Geschäftsführer zunächst außergerichtlich gem. § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz in Anspruch. Dieser trat daraufhin seinen Deckungsanspruch gegen die D&O-Versicherung im Gegenzug für den Verzicht, Vollstreckungsmaßnahmen aus einem möglichen rechtskräftigen Zahlungstitel gegen ihn durchzuführen, an die GmbH ab. Aus dem abgetretenen Freistellungsanspruch nahm die GmbH sodann direkt den D&O-Versicherer in Anspruch.⁵

III. Positionierung des OLG Köln

Obwohl die Frage der Beweislastverteilung nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für die Entscheidung in der Sache unerheblich war,⁶ nutzte das Gericht die Gelegenheit, um hinsichtlich

...
Der komplette vierseitige Beitrag kann unter <https://research.owlit.de/lx-document/DB1463061> abgerufen werden (als DER BETRIEB-Abonnent kostenfrei, als Nicht-Abonnent kostenpflichtig).

1 BGH vom 13.04.2016 – IV ZR 304/13, DB 2016 S. 1127 = VersR 2016 S. 786.

2 BGH vom 04.11.2002 – II ZR 224/00, DB 2002 S. 2706; für den Fall der Haftung der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG BGH vom 18.06.2013 – II ZR 86/11, DB 2013 S. 1959.

3 Das OLG Köln setzt sich darüber hinaus u.a. auch mit der äußerst relevanten Frage der Abtretung des Deckungsanspruchs (erfüllungshalber oder an Erfüllung statt) auseinander.

4 OLG Köln vom 21.11.2023 – 9 U 206/22, VersR 2024 S. 100.

5 OLG Köln vom 21.11.2023, a.a.O. (Fn. 4), VersR 2024 S. 100 (102).

6 OLG Köln vom 21.11.2023, a.a.O. (Fn. 4), VersR 2024 S. 100 (106).