



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IV ZR 110/19

Verkündet am:  
4. März 2020  
Heinekamp  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

AVB D&O-Versicherung (hier: Ziff. 9.1 ULLA); VVG §§ 44, 45

Kann der Anspruch auf Versicherungsschutz in der D&O-Versicherung aufgrund der vereinbarten Bedingungen nur durch die versicherte Person geltend gemacht werden (hier: Ziff. 9.1 ULLA), kommt es für die Verfügungsbefugnis allein auf die Person des Versicherten an. Eine etwaige Insolvenz des Versicherungsnehmers ist insoweit ohne Belang.

BGH, Urteil vom 4. März 2020 - IV ZR 110/19 - OLG Frankfurt am Main  
LG Wiesbaden

ECLI:DE:BGH:2020:040320UIVZR110.19.0

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, den Richter Prof. Dr. Karczewski, die Richterinnen Dr. Brockmüller, Dr. Bußmann und den Richter Dr. Götz auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2020

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und der Streithelferin des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. März 2019 aufgehoben. Die Anschlussrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung geltend. Er war vom 1. Juni 2009 bis zum 6. Dezember 2010 Geschäftsführer der W. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin), über deren Vermögen am 1. Mai 2011 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Insolvenzschuldnerin unterhielt bei der Beklagten eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für ihre leitenden Organe. Dem Vertrag liegen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-

Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und leitenden Angestellten (im Folgenden: ULLA) zugrunde. Gemäß Ziffer 1.1 ULLA gewährt der Versicherer Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung der organschaftlichen Tätigkeit bei der Versicherungsnehmerin begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten (hierzu zählt auch der Insolvenzverwalter) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Versicherungsfall ist gemäß Ziffer 2 ULLA die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person. Nach Ziffer 3.2 ULLA sind, soweit keine anderweitige Vereinbarung getroffen wird, Schadensersatzansprüche versichert, die nicht später als fünf Jahre nach Vertragsende geltend gemacht und dem Versicherer gegenüber angezeigt werden für Pflichtverletzungen, die vor Vertragsende begangen wurden. Ansprüche auf Versicherungsschutz können gemäß Ziffer 9.1 ULLA nur die versicherten Personen geltend machen. Nach Ziffer 10.2 ULLA gerät der Versicherungsnehmer in Verzug, wenn er den Folgebeitrag nicht rechtzeitig zahlt. Dem Versicherungsnehmer steht nach Ablauf einer vom Versicherer gesetzten mindestens zweiwöchigen Zahlungsfrist im Falle der Nichtzahlung kein Versicherungsschutz zu. Ferner ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag in einem solchen Fall zu kündigen.

- 2 Die Beklagte macht geltend, sie habe die Insolvenzschuldnerin am 30. März 2011 und am 23. April 2011 erfolglos zur Zahlung des Folgebeitrags für den Zeitraum vom 1. März 2011 bis 1. März 2012 aufgefordert und mit an die Insolvenzschuldnerin gerichtetem Schreiben vom 18. Mai 2011 den Vertrag wegen Zahlungsverzuges gekündigt.

- 3 Die Insolvenzschuldnerin war von einer Auftraggeberin mit dem Gewerk "Erstellung einer Betonfahrbahndecke" beauftragt worden. Die Insolvenzschuldnerin rechnete ihre Leistungen mit Schlussrechnung vom 15. März 2012 ab. In der Rechnung ist als Leistungszeitraum "1.9./48. KW 2010/6./2011" angegeben. Die Auftraggeberin lehnte die Zahlung des restlichen Werklohns wegen gerügter Mängel ab.
- 4 Die Insolvenzverwalterin (im Folgenden: Streithelferin) leitete gegen die Auftraggeberin ein selbständiges Beweisverfahren ein und verkündete dem Kläger den Streit. Mit Schreiben vom 17. November 2014 machte sie gegen den Kläger Schadensersatzansprüche in Höhe von 173.938,30 € geltend. Sie erhob gegen ihn ferner vor dem Landgericht Dortmund Klage auf Zahlung dieses Betrages. Ebenfalls mit Schreiben vom 17. November 2014 forderte sie die Beklagte zur Zahlung auf, was diese ablehnte. Sie berief sich unter anderem darauf, dass die Insolvenzschuldnerin den Folgebeitrag nicht gezahlt habe, so dass der Vertrag nach § 38 Abs. 3 VVG gekündigt worden sei.
- 5 Der Kläger hat mit seiner Klage zunächst beantragt, ihm Deckungsschutz für die Abwehr von auf Geschäftsführerhaftung gestützten Schadensersatzansprüchen der Insolvenzverwalterin wegen angeblich mangelhafter Ausführung des Bauvorhabens Logistikzentrum H. zu gewähren sowie den Kläger von angeblichen auf Geschäftsführerhaftung gestützten Schadensersatzansprüchen der Insolvenzverwalterin freizustellen. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, ihn von angeblichen auf Geschäftsführerhaftung gestützten Schadensersatzansprüchen der Insolvenzverwalterin wegen angeblich mangelhafter Ausführung des

Bauvorhabens freizustellen, hilfsweise für den Fall der Abweisung dieses Antrags festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm wegen der gegen ihn geltend gemachten Schadensersatzansprüche der Insolvenzverwalterin wegen angeblich mangelhafter Ausführung des Bauvorhabens Versicherungsschutz zu gewähren. Die Beklagte hat beantragt, das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten das landgerichtliche Urteil abgeändert sowie die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen richten sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers und der Streithelferin sowie die von der Beklagten erhobene Anschlussrevision.

#### Entscheidungsgründe:

- 6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision bleibt ohne Erfolg.
- 7 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Freistellung von angeblichen, auf Geschäftsführerhaftung gestützten Schadensersatzansprüchen der Insolvenzverwalterin. Er könne allenfalls auf Feststellung klagen, dass der Versicherer wegen einer im Einzelnen zu bezeichnenden Haftpflichtforderung Versicherungsschutz zu gewähren habe. Der erstmals in der Berufung gestellte Hilfsantrag auf Feststellung der Pflicht zur Gewährung von Versicherungsschutz sei zulässig, jedoch derzeit unbegründet. Der Versicherungsfall sei eingetreten und der geltend gemachte Haftpflichtanspruch falle grundsätzlich auch in den Bereich des versicherten Risi-

kos. Es könne dahinstehen, ob sich die Versicherungsnehmerin in Verzug befunden habe und die Beklagte deshalb gemäß Ziffer 10.2 ULLA von der Leistungspflicht frei sei. Ebenso könne die Frage nach dem Verhältnis zwischen Ziffer 3.2 ULLA und Ziffer 10.2 ULLA dahinstehen. Denn die Klage sei jedenfalls derzeit aus einem anderen Grund unbegründet. Der Versicherungsfall falle nicht in einen Zeitraum, in dem die Insolvenzschildnerin als Versicherungsnehmerin die ihrerseits geschuldete Leistung bereits erbracht habe. Die erstmalige Geltendmachung des Schadens als Eintritt des Versicherungsfalles liege erst in dem Schreiben der Insolvenzverwalterin vom 17. November 2014. Die Insolvenzschildnerin habeden Folgebeitrag für den Zeitraum nach dem 1. März 2011 indessen nicht erbracht. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Mai 2011 stehe dem Vertragspartner kein durchsetzbarer Anspruch gegen die Masse auf die vertraglich mit dem Schuldner vereinbarte Leistung zu. Umgekehrt habe auch die Masse gegen den Vertragspartner des Schuldners ohne Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Gegenleistung, was sich aus § 103 Abs. 2 Satz 3 InsO ergebe. Erst das Erfüllungsverlangen mit der weiteren gesetzlichen Folge ermögliche es dem Insolvenzverwalter, die Gegenleistung aus der Masse zu erbringen. Die Voraussetzungen des § 103 Abs. 2 Satz 2 und 3 InsO lägen nicht vor. Die Beklagte habe die Insolvenzverwalterin nicht zur Ausübung ihres Wahlrechts aufgefordert. Auch auf Seiten der Streithelferin fehle es bislang an einer Erklärung, ob Erfüllung verlangt werde oder nicht. Eine Erklärung oder Handlung des Insolvenzverwalters lasse sich nur dann als Erfüllungsverlangen begreifen, wenn sie für den Empfänger erkennbar in dem Bewusstsein erfolge, im Anwendungsbereich des § 103 InsO zu handeln. Dies gelte bereits für den Antrag der Streithelferin auf Zurückweisung der Berufung. Dass der Insolvenzverwalterin in diesem Zusammenhang bewusst gewesen sei, eine Erfüllungswahl im Sinne von § 103 InsO zu treffen, lasse sich dem

prozessualen Antrag nicht entnehmen. Eine Leistungsaufforderung des Insolvenzverwalters habe nur dann den objektiven Wert eines konkludenten Erfüllungsverlangens, wenn aus ihr eindeutig und klar hervorgehe, dass er nicht nur die Forderung der Masse einziehen, sondern im Gegenzug auch die noch ausstehende Gegenleistung des Schuldners aus der Masse erbringen und damit für die gesetzliche Folge des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO eintreten wolle. Daran fehle es. Gleiches gelte für das Schreiben der Streithelferin vom 17. November 2014.

8 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 1. Die Revision hat Erfolg. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, ein etwaiger Anspruch des Klägers auf Gewährung bedingungsgemäßen Versicherungsschutzes sei derzeit aufgrund des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin nicht durchsetzbar.

10 a) Bei einer Versicherung für fremde Rechnung stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG dem Versicherten zu. Verfügungsbefugt ist demgegenüber gemäß § 44 Abs. 2, § 45 Abs. 1 VVG grundsätzlich der Versicherungsnehmer. Hierzu gehört auch die Geltendmachung der Rechte der versicherten Person aus dem Versicherungsvertrag. Es handelt sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft. Eine D&O-Versicherung - wie die hier zwischen der Insolvenzschuldnerin und der Beklagten geschlossene Vermögensschadenhaftpflichtversicherung - ist eine derartige Versicherung für fremde Rechnung im Sinne der §§ 43 ff. VVG (Senatsurteile vom 5. April 2017 - IV ZR 360/15, BGHZ 214, 314 Rn. 12 f.; vom 13. April 2016 - IV ZR 304/13, BGHZ 209, 373 Rn. 20).

11 Im Falle einer Insolvenz des Versicherungsnehmers geht das Recht, über diese Ansprüche zu verfügen, gemäß § 80 Abs. 1 InsO grundsätzlich auf den Insolvenzverwalter des Versicherungsnehmers über (Senatsurteile vom 5. April 2017 aaO Rn. 12; vom 16. Juli 2014 - IV ZR 88/13, BGHZ 202, 122 Rn. 30; Bruck/Möller/Brand, VVG 9. Aufl. § 45 Rn. 27; Schwintowski/Brömmelmeyer/Hübsch, PK-VersR 3. Aufl. § 45 Rn. 15). Allerdings steht der Versicherungsanspruch materiell-rechtlich dem Versicherten und nicht dem Versicherungsnehmer zu; er gehört nicht zur Insolvenzmasse des Versicherungsnehmers, sondern zu der des Versicherten (Senatsurteil vom 16. Juli 2014 aaO). Der Versicherte hat daher ein Recht auf Aussonderung bzw. Ersatzaussonderung gemäß §§ 47, 48 InsO (Bruck/Möller/Brand aaO; Schwintowski/Brömmelmeyer/Hübsch aaO). Dieses Recht ändert aber nichts an der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters (vgl. OLG Köln VersR 2015, 1155 [juris Rn. 36]; Schwintowski/Brömmelmeyer/Hübsch aaO). Läge ein derartiger Fall einer Versicherung für fremde Rechnung entsprechend dem gesetzlichen Leitbild der §§ 44, 45 VVG vor, stünde die Verfügungsbefugnis der Streithelferin zu und es käme, wenn die übrigen Voraussetzungen der Vorschrift vorlägen, darauf an, ob die Streithelferin von ihrem Wahlrecht gemäß § 103 InsO Gebrauch gemacht und Erfüllung gewählt hat.

12 b) Das ist hier indessen nicht entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft verkannt, dass hier keine derartige Verfügungsbefugnis der Insolvenzschuldnerin als Versicherungsnehmerin und damit der Streithelferin als deren Insolvenzverwalterin gegeben ist. In den Versicherungsbedingungen ist nämlich ausdrücklich vereinbart, dass Ansprüche auf den Versicherungsschutz nur durch die versicherten Personen geltend gemacht werden können (Ziffer 9.1 ULLA). Eine derar-

tige Regelung ist dahingehend auszulegen, dass durch sie die §§ 44 Abs. 2, 45 Abs. 1 VVG abbedungen werden sollen (vgl. für eine ähnliche Klausel Senatsurteil vom 5. April 2017 - IV ZR 360/15, BGHZ 214, 314 Rn. 1, 14 f.). Nach dem Bedingungswortlaut, von dem der durchschnittliche Versicherungsnehmer sowie der Versicherte einer D&O-Versicherung, auf deren Verständnis es bei dieser Versicherung für fremde Rechnung insoweit maßgeblich ankommt (Senatsurteil vom 16. Juli 2014 - IV ZR 88/13, BGHZ 202, 122 Rn. 16), bei Auslegung der Klausel ausgehen werden, können den Anspruch auf Versicherungsschutz nur die versicherten Personen geltend machen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer sowie der Versicherte erkennen, dass es sich trotz der teilweisen Ähnlichkeit der Formulierung nicht nur um eine deklaratorische Wiederholung des § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG handelt. Im Gegensatz zu § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG, der die materielle Inhaberschaft des Anspruchs betrifft, hat Ziffer 9.1 ULLA dessen Geltendmachung zum Gegenstand. Indem diese nur den versicherten Personen möglich sein soll, werden die Regelungen in § 44 Abs. 2, § 45 Abs. 1 VVG insoweit modifiziert (vgl. Senatsurteil vom 5. April 2017 aaO Rn. 15; Prölss/Martin/Voit, VVG 30. Aufl. Ziff. 10.1 AVB-AVG Rn. 1; Haehling von Lanzeneauer/Kreienkamp in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. Anhang C Rn. 161).

- 13 Dies hat zur Folge, dass es für die Verfügungsbefugnis allein auf die Person des Klägers, der zugleich der materiell Berechtigte gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 VVG ist, ankommt. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung wird hierdurch auch nicht das Wahlrecht des Insolvenzverwalters zulasten der Insolvenzgläubiger beschnitten, weil der Versicherungsanspruch materiell-rechtlich ohnehin dem Versicherten und nicht dem Versicherungsnehmer zusteht. Da sich der Kläger nicht in Insolvenz befindet, ist die vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner

Entscheidung gestellte Frage, ob die Streithelferin als Insolvenzverwalterin der Versicherungsnehmerin Erfüllung gemäß § 103 Abs. 1 InsO gewählt hat oder nicht, von vornherein nicht streitentscheidend.

- 14            2. Die fristgerecht eingelegte (§ 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und auch im Übrigen statthafte Anschlussrevision (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, MDR 2000, 966 f.; Zöllner/Heßler, ZPO 33. Aufl. Vor § 511 Rn. 21) ist unbegründet. Dem Senat ist eine Entscheidung zum Verhältnis von Ziffer 3.2 ULLA zu Ziffer 10.2 ULLA schon deshalb verwehrt, weil das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - die zunächst erforderlichen Feststellungen bisher nicht getroffen hat. Gegenstand des Rechtsstreits im Berufungsverfahren war die Frage nach der Erfüllungswahl der Streithelferin gemäß § 103 Abs. 1 InsO. Auf dieser Grundlage kommt es im auf die Überprüfung von Rechtsfehlern beschränkten Revisionsverfahren nicht in Betracht, in dritter Instanz tatsächliche Feststellungen zu treffen oder auf der Grundlage eines unterstellten Sachverhalts (Erhalt der Schreiben vom 30. März, 23. April und 18. Mai 2011) sowie seiner rechtlichen Einordnung Ausführungen zu dem streitigen Verhältnis von Ziffer 3.2 zu Ziffer 10.2 ULLA zu machen. Dies wird das Berufungsgericht - gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien - nachzuholen haben.

15 III. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, welches nunmehr über die wechselseitigen Berufungen der Parteien erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu befinden und die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben wird.

Mayen  
ler

Prof. Dr. Karczewski

Dr. Brockmöl-

Dr. Bußmann

Dr. Götz

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 27.10.2015 - 2 O 223/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.03.2019 - 7 U 177/15 -