

Haftung des Geschäftsführers: Keine Deckung verbotener Zahlungen nach Insolvenzreife von D&O-Versicherung

GmbHG § 64; AktG § 92; WG § 100, § 106

Aus verbotenen Zahlungen nach Insolvenzreife resultieren keine vom Versicherungsvertrag einer D&O-Versicherung erfassten Haftpflichtansprüche; dafür haftet der betroffene Geschäftsleiter persönlich.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Celle, Beschl. v. 1.4.2016 – 8 W 20/16

Aus den Gründen:

A.

Die Parteien streiten über die Verteilung der Kosten eines in der Hauptsache durch Vergleich beendeten Rechtsstreits über vom Kläger (Kl.) geltend gemachte Ansprüche aus einer bei der Beklagten (Bekl.) bestehenden D-Versicherung.

Der Kl. war spätestens seit 2008 Geschäftsführer der CA-GmbH in H. Alleiniger Gesellschafter der GmbH und weiterer Geschäftsführer war AMF. Nach der internen Geschäftsverteilung unter den Geschäftsführern oblag dem Kl. die technische Leitung des Betriebs. Die CA-GmbH war Teil einer von A1M-Fund A2MF geführten Firmengruppe. Sie hatte mit der CH-GmbH einen Betriebsführungsvertrag geschlossen (...), wonach die betriebliche Leitung durch die CH-GmbH erfolgen sollte. Im Sommer 2009 fiel die C-Firmengruppe in Insolvenz. Die CA-GmbH stellte am ... Juli 2009 Insolvenzantrag. Das Insolvenzverfahren wurde am ... Oktober 2009 vom AmtsG Hameln eröffnet. Insolvenzverwalter sowohl der CA-GmbH als auch der übrigen Gesellschaften der Firmengruppe war seit Ende 2009 der Nebenintervenient.

Bei der Bekl. bestand seit Februar 2005 eine D-Versicherung. Versicherungsnehmer war ursprünglich die CA-GmbH (Versicherungsschein v. 18.2.2005, ...). Nach einer beabsichtigten Neuordnung der Versicherungsverhältnisse der C-Firmengruppe wurde unter dem 27.7.2006 mit gleicher Versicherungsnummer wie zuvor ein neuer Versicherungsschein ausgestellt (...), der als Versicherungsnehmerin die CH-GmbH auswies. Nach dem Versicherungsschein sollte sich der Versicherungsschutz darüber hinaus u.a. auf die Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin sowie die Geschäftsführer weiterer „Tochtergesellschaften (i.S.v. § 1 Ziff. 1 AVB-O) der Versicherungsnehmerin“ erstrecken; zu den dabei namentlich aufgeführten Gesellschaften gehörte auch die CA-GmbH H. Vertragsbestandteil waren u.a. die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe juristischer Personen (AVB-O) i.d.F. HV 40107 (...; im Folgenden: AVB-O). Unter dem 23.9.2009 wurde – wiederum unter gleicher Versicherungsnummer – ein Nachtragsversicherungsschein ausgestellt, wonach die Versicherungssumme pro Versicherungsfall und die Höchstleistung pro Versicherungsjahr von zuvor 5 Mio. € auf 10 Mio. € erhöht wur-

den (...). Nach § 1.2 AVB-O bietet die Bekl. aus dem Vertrag als Versicherer „*Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer Pflichtverletzung bei Ausübung der versicherten Tätigkeit aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden haftpflichtig gemacht werden*“. Gemäß § 1.1 i.V.m. § 1.2 S. 1 AVB-O erstreckt sich der Versicherungsschutz auf die Tätigkeit von natürlichen Personen als Mitglied der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin und deren Tochtergesellschaften als versicherte Personen. In § 1.2 S. 2 AVB-O werden „Tochtergesellschaften“ i.S. des Vertrags als solche Gesellschaften definiert, an denen die Versicherungsnehmerin direkt oder indirekt mehr als 50 % der Stimmrechte hält oder sie nachweislich beherrscht. Nach § 8.1 AVB-O kann der Anspruch auf Versicherungsschutz nur von den versicherten Personen geltend gemacht werden. Der Versicherungsschutz umfasst gemäß § 3.1 u. § 3.2 a) AVB-O sowohl die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter als auch die Befriedigung begründeter Schadensersatzansprüche, die während der Dauer des Vertrags gegen die versicherten Personen geltend gemacht werden. ...

Mit Schreiben v. 8.10.2012 (...) machte der Nebenintervenient gegenüber dem Kl. unter Fristsetzung bis 23.10.2012 einen Zahlungsanspruch aus § 64 S. 1 GmbHG i.H.v. 24.678.682,88 € geltend. Zur Begründung führte er aus, es handele sich dabei um die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der CA-GmbH am ... 1.2009 von deren Geschäftskonten bis zur Insolvenzantragstellung am ... Juli 2009 abgeflossenen Beträge. In gleicher Weise nahm der Nebenintervenient auch weitere Organe der Versicherungsnehmerin und anderer Gesellschaften der Firmengruppe in Anspruch, die im Versicherungsschein als Mitversicherte aufgeführt waren. Die Gesamtsumme der erhobenen Forderungen belief sich auf rund 73,44 Mio. €

Mit Anwaltsschreiben v. 19.10.2012 (...) wies der Kl. die Zahlungsaufforderung zurück und erklärte, er gehe derzeit davon aus, dass der Anspruch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht bestehe. Nachdem der Nebenintervenient unter dem 29.10.2012 seine Zahlungsaufforderung wiederholt hatte, zeigte der Kl. mit Anwaltsschreiben v. 15.11.2012 (...) gegenüber der Bekl. die Inanspruchnahme an und bat um Zusage von Deckungs- und Abwehrrechtsschutz. Die Bekl. vertrat zunächst mit Schreiben v. 6. u. 27.12.2012 (...) unter Bezugnahme auf § 3.2 c) AVB-O die Auffassung, Versicherungsschutz werde wegen einer gegenüber dem Nebenintervenienten am 21.11.2012 aufgrund Prämienverzugs erklärten Kündigung des Versicherungsvertrags (...) nicht mehr geschuldet. Dem trat der Kl. u.a. mit Anwaltsschreiben v. 7.1.2013 (...) entgegen. Nachdem zwischenzeitlich auch der Nebenintervenient die insgesamt erhobenen Ansprüche bei der Bekl. angemeldet hatte, teilte diese durch Anwaltsschreiben v. 19.2.2013 (...) gegenüber dem Kl. und dem Nebenintervenienten mit, dass nach interner Überprüfung nunmehr davon ausgegangen werde, dass der geltend gemachte Ersatzanspruch dem Grunde nach bedingungsgemäß unter den bestehenden Versicherungsvertrag falle, und kündigte die weitere inhaltliche Aufarbeitung der Sache an. Es schlossen sich Schriftverkehr und Ge-

sprache der Bekl.-Vertreter mit dem Kl.-Vertreter einerseits und dem Nebenintervenienten andererseits an.

Der Kl.-Vertreter forderte von der Bekl. Übernahme der durch seine Tätigkeiten gegenüber dem Nebenintervenienten und der Bekl. angefallenen außergerichtlichen Anwaltskosten, was die Bekl. unter Verweis auf § 3.7 a) und § 6.5 AVB-O ablehnte. Der Bevollmächtigte des Kl. erstellte sodann unter dem 29.4.2013 (...) eine anwaltliche Kostenrechnung über 56.244,16 € für die außergerichtliche Interessenvertretung bei der Klärung der Einstandspflicht der Bekl. (1,5-Gebühr aus 10 Mio. € zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer) sowie unter dem 8.7.2013 (...) eine Kostenrechnung über 161.950,43 € für die außergerichtliche Anspruchsabwehr gegenüber dem Nebenintervenienten (1,8-Gebühr aus 24,678 Mio. € zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer).

Mit der unter dem 8.7.2013 eingereichten Klage hat der Kl. Freistellung von der Zahlungsverpflichtung aus der Rechnung über 161.950,43 € und Zahlung der 56.244,16 € an seinen Rechtsschutzversicherer verlangt (Klageanträge zu 1] u. 3] der Klageschrift, ...), ferner Zahlung weiterer 2.990,47 € und 2.028,36 € an den Rechtsschutzversicherer aufgrund entsprechender anwaltlicher Kostenrechnungen des Kl.-Vertreters für die jeweiligen Aufforderungen zur Gewährung von Rechtsschutz aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag (Klageanträge zu 2] u. 4] der Klageschrift).

Die Bekl. hat im Rechtsstreit zunächst u.a. eingewandt, nach dem Versicherungsvertrag seien angefallene außergerichtliche Anwaltskosten nicht zu ersetzen. Außerdem hat sie verschiedene gebühren rechtliche Einwendungen erhoben und Leistungsfreiheit wegen Verletzung der vertraglichen Anzeigepflicht geltend gemacht.

Mit Schriftsatz v. 13.3.2014 (...) hat die Bekl. ergänzend erklärt, sie vertrete nunmehr auch die Auffassung, dass die gegen den Kl. erhobene Forderung aus § 64 S. 1 GmbHG schon dem Grunde nach nicht vom Versicherungsschutz umfasst sei, weil es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen nicht versicherten Ersatzanspruch eigener Art handele. Der Kl. hat daraufhin mit Schriftsatz v. 3.7.2014 (...) seine Klage dahingehend erweitert, dass festgestellt werden möge, dass der durch den Nebenintervenienten mit Schreiben v. 8.10.2012 geltend gemachte Anspruch bedingungsgemäß unter die bei der Bekl. bestehende Vermögensschadenhaftpflichtversicherung fällt (Klageantrag zu 7] in ursprünglicher Fassung).

In der Folge hat die Bekl. im Rechtsstreit sodann des Weiteren die Ansicht vertreten, der Kl. sei nicht Mitversicherter des Versicherungsvertrags, weil die CA-GmbH keine Tochtergesellschaft der CH-GmbH i.S.v. § 1.2 S. 2 AVB-O sei; zudem sei dem Kl. eine wissentliche Pflichtverletzung vorzuwerfen, und es liege ein Fall des § 109 WG vor.

Im Dezember 2014 brach die Bekl. die bis dahin mit dem Nebenintervenienten geführten außergerichtlichen Verhandlungen ab. Der Nebenintervenient übermittelte nunmehr den anwaltlichen Bevollmächtigten des Kl. den

Entwurf einer gegen den Kl. und die Bekl. gerichteten Klageschrift v. 9.12.2014 (...) betreffend eine Forderung von 24,184 Mio. € Dies nahm der Kl. zum Anlass, ohne Beteiligung der Bekl. mit dem Nebenintervenienten am 9.1.2015 einen Vergleich zu schließen (...) und in Erfüllung einer darin übernommenen Verpflichtung am 15.1.2015 ein notarielles Schuldanerkenntnis über 7 Mio. € abzugeben (...).

Vor diesem Hintergrund hat der Kl. mit Schriftsatz v. 20.1.2015 (...) seinen bisherigen Klageantrag zu 7) (Feststellung) dahingehend abgeändert, dass er nunmehr Freistellung von der Verbindlichkeit i.H.v. 7 Mio. € aus dem notariellen Schuldanerkenntnis (neuer Klageantrag zu 7)) verlangt und ferner Freistellung von weiteren Anwaltsgebühren i.H.v. 199.190,53 € (Verfahrens-, Termins- und Einigungsgebühr aus 24,184 Mio. € zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer) gemäß Rechnung v. 20.1.2015 (...) begehrt hat (Klageantrag zu 8)). Die weitere anwaltliche Gebührenforderung hat der Kl. damit begründet, dass er nach der Übermittlung des Entwurfs der Klageschrift seinem Bevollmächtigten ein entsprechendes Prozessführungsmandat habe erteilen müssen.

Am 21.1.2015 fand vor dem LG eine mündliche Verhandlung statt, die wegen der angekündigten Klageänderung und -erweiterung zunächst ohne Antragstellung vertagt wurde (...). Am 6.3.2015 erklärte der Nebenintervenient seinen Beitritt zum Rechtsstreit auf Seiten des Kl. (...). Unter dem 29.4. / 5.5.2015 schlossen der Nebenintervenient und die Bekl. außergerichtlich einen Gesamtvergleich über eine Zahlung der Bekl. von 3 Mio. € zur Abgeltung aller im Raum stehenden Forderungen gegen die Versicherungsnehmerin und sämtliche mögliche Mitversicherten des D-Vertrags (...). Die Zahlungspflicht wurde von der Bekl. ohne Anerkennung einer Rechtspflicht übernommen. In dem Vergleich wurden auch die im vorliegenden Rechtsstreit entstandenen Kosten des Nebenintervenienten abschließend geregelt.

Am 21.10.2015 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem LG statt (...). Nach dem Aufruf der Sache wurde dabei zunächst erfolglos über einen Vergleichsschluss zwischen dem Kl. und der Bekl. verhandelt. Sodann haben der Kl. und die Bekl. übereinstimmend den Klageantrag zu 7) i.d.F. des Schriftsatzes v. 20.1.2015 für erledigt erklärt. Der Kl. hat die Klageanträge zu 1) – 4) u. 8) gestellt und die Bekl. insoweit Klageabweisung beantragt.

Nach dem Termin nahmen der Kl. und die Bekl. erneut Vergleichsverhandlungen auf, die mit der Feststellung eines Vergleichs durch landgerichtlichen Beschluss v. 15.12.2015 (...) endeten. Darin verpflichtete sich die Bekl. zur Zahlung von 9.189,45 € brutto auf die Klageanträge zu 2), 3) u. 4) und von 25.000 € zzgl. 19 % Umsatzsteuer auf den Klageantrag zu 8), was nach einem Vermerk im Vergleichstext einem Verhältnis von 15 : 85 % der jeweiligen Forderungen entspricht; die Kostenentscheidung sollte gemäß § 91a ZPO vom LG getroffen werden.

Mit Beschl. v. 21.1.2016 (...) entschied das LG, dass der Kl. 85 % und die Bekl. 15 % der Kosten des Rechtsstreits zu tragen hätten. Den Streitwert setzte das LG mit Beschl. v. 11.2.2016 (...) für die Zeit ab 22.1.2015 auf bis

8,5 Mio. € fest [LG Hannover v. 21.1.2016 – 6 O 195/13].

Gegen den Beschl. v. 21.1.2016 wendet sich der Kl. mit seiner sofortigen Beschwerde. Er rügt, bei der Kostenverteilung müsse die von der Bekl. in dem Vergleich mit dem Nebenintervenienten übernommene Zahlung i.H.v. 3 Mio. € berücksichtigt werden. Damit habe die Bekl. ihre grundsätzliche Einstandspflicht zugestanden, weshalb der Kl. mit seinem Interesse an der Feststellung einer dahingehenden Einstandspflicht voll durchgedrungen sei.

Die Bekl. beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels und verteidigt die landgerichtliche Kostenverteilung. ...

B.

Das zulässige Rechtsmittel des Kl. ist unbegründet. Die Kostenverteilung des LG ist – jedenfalls im Ergebnis – nicht zu beanstanden.

I.

Da der von den Parteien mit gerichtlicher Bestätigung geschlossene Vergleich auf die dadurch erledigten Hauptsacheanträge zu 1) – 4) u. 8) beschränkt und eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens in Nr. 2 des Vergleichs ausdrücklich und umfassend gemäß § 91a ZPO dem Gericht vorbehalten worden ist, hatte das LG nach der genannten Bestimmung über die gesamten Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen des gerichtlichen Vergleichs zu entscheiden. Hiervon ausgenommen waren lediglich die außergerichtlichen Kosten des Nebenintervenienten, da für diese bereits in dem Vergleich v. 29.4. / 5.5.2015 eine gesonderte Regelung getroffen worden war, die nach ihrem Inhalt abschließend sein und auch zugunsten des Kl. des hiesigen Rechtsstreits wirken sollte.

II.

Für die Ermittlung der Kostenquote nach § 91a ZPO bildet grundsätzlich nicht das vergleichsweise Nachgeben der Parteien den Maßstab der Verteilung, sondern der bisherige Sach- und Streitstand, insbesondere also die danach zu beurteilende Erfolgsaussicht der Klage; lediglich im Rahmen des billigen Ermessens kann dabei auch der Umfang des wechselseitigen Nachgebens berücksichtigt werden (*Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl., § 98 Rz. 4 i.V.m. § 91a Rz. 48, jeweils m.w.N.).

1. Die Begründung der angefochtenen Entscheidung ist schon deshalb nicht tragfähig, weil das LG für die Kostenverteilung den übereinstimmend erledigten Klageantrag zu 7) völlig außer Betracht gelassen hat, ob dieser mit einem Einzelwert von 7 Mio. € den ganz überwiegenden Teil der bis zu der Teilerledigungserklärung bereits vollständig angefallenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten nach dem festgesetzten Gesamtstreitwert von bis 8,5 Mio. € ausgelöst hat.

2. Gleichwohl besteht im Ergebnis kein Anlass zu einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Denn nach dem Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt der übereinstimmenden Erledigungserklärung des geänderten Klageantrags zu 7) hätte die Klage mit dem Begehren auf Freistellung des Kl. von einer Zahlungsverpflichtung i.H.v. 7 Mio. € gegenüber der CA-GmbH voraussichtlich keinen Erfolg gehabt.

a) Für die rechtliche Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche aus dem D-Vertrag gilt das WG in der ab 1.1.2008 geltenden Fassung, weil der Versicherungsfall nicht vor dem 1.1.2009 eingetreten ist (Art. 1 Abs. 2 EGWG).

b) Der Freistellungsanspruch aus § 100 WG i.V.m. § 3 Nr. 1 AVB-O, der dem Kl. gegen die Bekl. zustehen würde, wenn er Mitversicherter der von der CH-GmbH geschlossenen Vermögensschadenhaftpflichtversicherung gewesen wäre, der vom Nebenintervenienten gegen ihn erhobene Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG gemäß § 1 Nr. 2, § 3 Nr. 7 AVB-O inhaltlich und der Versicherungsfall gemäß § 3 Nr. 2 a) u. c) S. 1 u. 2 AVB-O auch zeitlich vom Versicherungsschutz umfasst wäre und kein Leistungsausschlussgrund nach § 4 Nr. 1 AVB-O vorläge, wird erst dann fällig, wenn der Anspruch des Dritten mit bindender Wirkung für den Versicherer durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich festgestellt worden ist (§ 106 S. 1 WG). Das war hier noch nicht der Fall.

aa) Ein rechtskräftiges Urteil gegen den Kl. existiert nicht.

bb) Auch ein Vergleich oder Anerkenntnis i.S.v. § 106 S. 1 WG liegt nicht vor.

(1) Weder der zwischen dem Kl. und dem Nebenintervenienten geschlossene außergerichtliche Vergleich v. 9.1.2015 noch das darauf beruhende notarielle Schuldanerkenntnis v. 15.1.2015 binden die Bekl. Denn wenn der Versicherungsnehmer bzw. Versicherte einen vom Dritten erhobenen Anspruch ohne Abstimmung mit dem Versicherer anerkennt oder sich vergleicht, wie es hier der Kl. getan hat, darf der Versicherer die Begründetheit des Haftpflichtanspruchs eigenständig prüfen. War der Versicherungsnehmer oder Versicherte zu dem Anerkenntnis oder der vergleichsweise übernommenen Schuld haftungsrechtlich nicht verpflichtet, ist der Versicherer nur im Umfang der wahren Rechtslage gebunden; es geht zu Lasten des Versicherungsnehmers bzw. Versicherten, wenn er dem Dritten mehr versprochen hat, als diesem zusteht (vgl. *Schimikowski* in Rüffer/Halbachl Schimikowski, WG, 3. Aufl., § 105 Rz. 4; *Brügge* in Gräfe/Brügge, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, 2. Aufl., Teil A, Rz. 99). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Versicherer seiner Verpflichtung aus § 100 WG zur Gewährung von Abwehrrechtsschutz nicht nachgekommen ist (*Lücke* in Prölss/Martin, WG, 29. Aufl., § 106 Rz. 10; *Schimikowski* in Rüffer/Halbachl Schimikowski, WG, 3. Aufl., § 105 Rz. 4 u. § 106 Rz. 4; *Brügge* in Gräfe/Brügge, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, 2. Aufl., Teil A, Rz. 101, m.w.N.).

(a) Eine unberechtigte Deckungsverweigerung durch die Bekl. gegenüber dem Kl. lässt sich nicht feststellen. Die vom Kl. im Schriftsatz v. 12.10.2015 (...) zitierte telefonische Erklärung eines Mitarbeiters der Bekl. gegenüber einem Vertreter des Nebenintervenienten v. 5.12.2015, wonach eine vergleichsweise Regelung außergerichtlich nicht mehr in Betracht komme, der Versicherer die Verhandlungen abbreche und seitens des Nebenintervenienten geklagt werden solle, kann nicht als Deckungsverweigerung im versicherungsvertraglichen Verhältnis zwischen Bekl. und Kl. aufgefasst werden. Die Bekl. hat im Schriftsatz v. 16.10.2015 (...) unwidersprochen darauf hingewiesen, dass dem Kl. gegenüber zu keinem Zeitpunkt eine förmliche Deckungsverweigerung mitgeteilt worden ist. Auch der Umstand, dass die Bekl. in den im vorliegenden Rechtsstreit gewechselten Schriftsätzen schon ab März 2014 dem Kl. gegenüber auch deckungsrechtliche Einwendungen erhoben hat, ist noch nicht als Deckungsverweigerung i.S. einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung zu bewerten. Denn diese Einwände waren zunächst auf die streitgegenständlichen konkreten Zahlungsansprüche sowie das allgemeine Feststellungsbegehren des Kl. beschränkt. Zeitgleich führte die Bekl. noch bis Dezember 2014 die außergerichtlichen Verhandlungen mit dem Nebenintervenienten fort. Wie sich die Bekl. im Falle einer Klagerhebung des Nebenintervenienten gegenüber dem Kl. verhalten würde, war deshalb noch völlig offen. Dass sich die Bekl. an die vorläufige Zusage der Gewährung von Abwehrdeckung aus ihrem Schreiben v. 19.2.2013 (...) nicht länger gebunden halten wollte, kann deshalb nicht festgestellt werden.

(b) Für das Bestehen des vom Nebenintervenienten geltend gemachten Zahlungsanspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG i.H.v. mindestens 7 Mio. € ist nach allgemeinen Grundsätzen der Kl. darlegungs- und beweispflichtig, denn die Bekl. hat ausdrücklich bestritten, dass ohne den vom Kl. geschlossenen Vergleich mit dem Nebenintervenienten gegen ihn ein entsprechender Anspruch bestanden hätte (...). Der Kl. hat die Anspruchsvoraussetzungen aber nicht mit Substanz dargetan. Vielmehr hat er mit der Klageschrift sein außergerichtliches Schreiben v. 19.10.2012 (...) vorgelegt, mit dem er die Ansprüche als nach Grund und Höhe unberechtigt zurückgewiesen hatte. In den folgenden Schriftsätzen des vorliegenden Rechtsstreits hat er mehrfach ausgeführt, dies sei aufgrund ausführlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt (weshalb nämlich der angesetzte Gebührensatz von 1,8 für die betreffende außergerichtliche Tätigkeit seiner anwaltlichen Bevollmächtigten [Klageforderung zu 1]) sachlich gerechtfertigt sei). Auch in der Präambel des Vergleichs v. 9.1.2015 hat der Kl. nochmals dargelegt, er teile die Auffassung des Nebenintervenienten nicht, trotz der intern beschränkten Zuständigkeit für technische Fragen zumindest ab Anfang April 2009 als Geschäftsführer zur Überprüfung der Liquiditäts- und Überschuldungssituation der CA-GmbH verpflichtet gewesen zu sein; er hat ferner ausdrücklich ausgeführt, den Vergleich nur ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht sowie unter Aufrechterhaltung seines vorgenannten abweichenden rechtlichen Standpunkts zu schließen.

Vor diesem Hintergrund hätte der Kl. im vorliegenden Rechtsstreit mit dem Freistellungsanspruch aus dem geänderten Klageantrag zu 7) nur Erfolg haben können, wenn er im Einzelnen dargelegt hätte, ab wann die CA-GmbH zahlungsunfähig bzw. überschuldet war und er als technischer Geschäftsführer dies hätte erkennen können; ferner hätte dargetan werden müssen, welche der vom Nebenintervenienten beanspruchten Einzelbeträge als in diesen Zeitraum fallende Zahlungen bzw. Masseschmälerungen i.S.d. § 64 S. 1 GmbHG zu qualifizieren waren. Entsprechenden Vortrag hat der Kl. jedoch nicht gehalten. Ein Freistellungsanspruch im Umfang von 7 Mio. € gegen die Bekl. bestand deshalb aufgrund des notariellen Schuldanerkenntnisses und des zuvor geschlossenen Vergleichs nicht.

(2) Der von der Bekl. selbst mit dem Nebenintervenienten am 29.4. / 5.5.2015 geschlossene Vergleich über eine Abgeltungszahlung von 3 Mio. € erfüllt ebenfalls nicht die Voraussetzungen des § 106 S. 1 WG. Denn auch die Übernahme dieser Zahlungspflicht erfolgte ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und diente i.Ü. zur Gesamtabgeltung sämtlicher etwaiger Ansprüche des Nebenintervenienten gegen alle möglicherweise Mitversicherten des Vermögensschadenhaftpflichtversicherungsvertrags.

(3) Auch das vorgerichtliche Schreiben der Bekl. gegenüber dem Kl. v. 19.2.2013 (...) stellt schließlich kein Anerkenntnis der Bekl. i.S.v. § 106 S. 1 WG dar. Denn anders als im Bereich der Rechtsschutzversicherung kann bei einer Haftpflichtversicherung eine Rechtsschutzzusage des Versicherers i.d.R. nicht dahin ausgelegt werden, dass der Versicherer auch Freistellung zusagt (vgl. *Lange* in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl., Teil E, Rz. 148). Schon gar nicht ist damit ein Anerkenntnis der Haftpflichtforderung des Geschädigten in einer bestimmten Höhe verbunden.

c) Im Verhältnis zu dem vom LG festgesetzten Gesamtstreitwert von bis 8,5 Mio. € rechtfertigt aber allein das voraussichtliche Teilunterliegen des Kl. i.H. eines Teilbetrags von 7 Mio. € bereits die vom LG festgelegte Kostenverteilung von (gerundet) 85 % zum Nachteil des Kl. für die Gerichtskosten sowie die anwaltlichen Verfahrens- und Terminsgebühren.

3. Entsprechendes gilt für die anwaltlichen Vergleichsgebühren. Zwar war zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses der Klageantrag zu 7) bereits in der Hauptsache erledigt. Es spricht jedoch einiges für die Annahme der Bekl., dass der Kl. auch mit den restlichen Klageansprüchen zu 1) – 4) u. 8) keinen Erfolg gehabt hätte, weil der vom Nebenintervenienten gegen den Kl. erhobene Zahlungsanspruch aus § 64 S. 1 GmbHG kein vom Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch ist (vgl. dazu im Einzelnen und mit näherer Begründung: *Lange* in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl., Teil E, Rz. 90 – 95, m.w.N.). Eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung zu dieser Rechtsfrage liegt allerdings – soweit ersichtlich – bislang nicht vor. Bei der summarischen Prüfung für die nach § 91a ZPO zu treffende Kostenentscheidung sind aber Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht zu klären (vgl. *Hüfstege* in

Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl., § 91a Rz. 48, m.w.N.). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass das LG insoweit im Rahmen des billigen Ermessens den Umfang des gegenseitigen Nachgebens in dem gerichtlich bestätigten Vergleich der Parteien berücksichtigt hat.

Gleiches gilt i.Ü. ergänzend auch für den für erledigt erklärten Hilfsantrag zu 7), wobei hier die Bkl. in dem Vergleich mit dem Nebenintervenienten sogar im Umfang von lediglich knapp 5 % (3 Mio. €: 73,44 Mio. €) nachgegeben hat.

Anm. der Redaktion: S. hierzu den „Blickpunkt“ von [Schubert](#), GmbHR 2017, R321.