

D&O-Exzedentendeckungen

Prof. Dr. Oliver L. Knöfel

10. Hamburger Forum Financial Lines
18. Oktober 2019

Agenda

- I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen
- II. IPR der D&O-Versicherung
- III. Insbesondere: *follow form*
- IV. Fremdes Recht im Umgang mit Exzedenten
- V. D&O-Exzedentendeckungen - Ausblick

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (1)

- Exzedentendeckung/*excess insurance* = Anschluss- oder Ergänzungsversicherung
- Versicherungssummen für Überhänge (*excess*)
 - durch einen Versicherungsfall in einer Versicherungsperiode (*Summendifferenzdeckung*)
 - oder durch mehrere Versicherungsfälle in einer Versicherungsperiode (*Summenausschöpfungsdeckung/drop down*)

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (2)

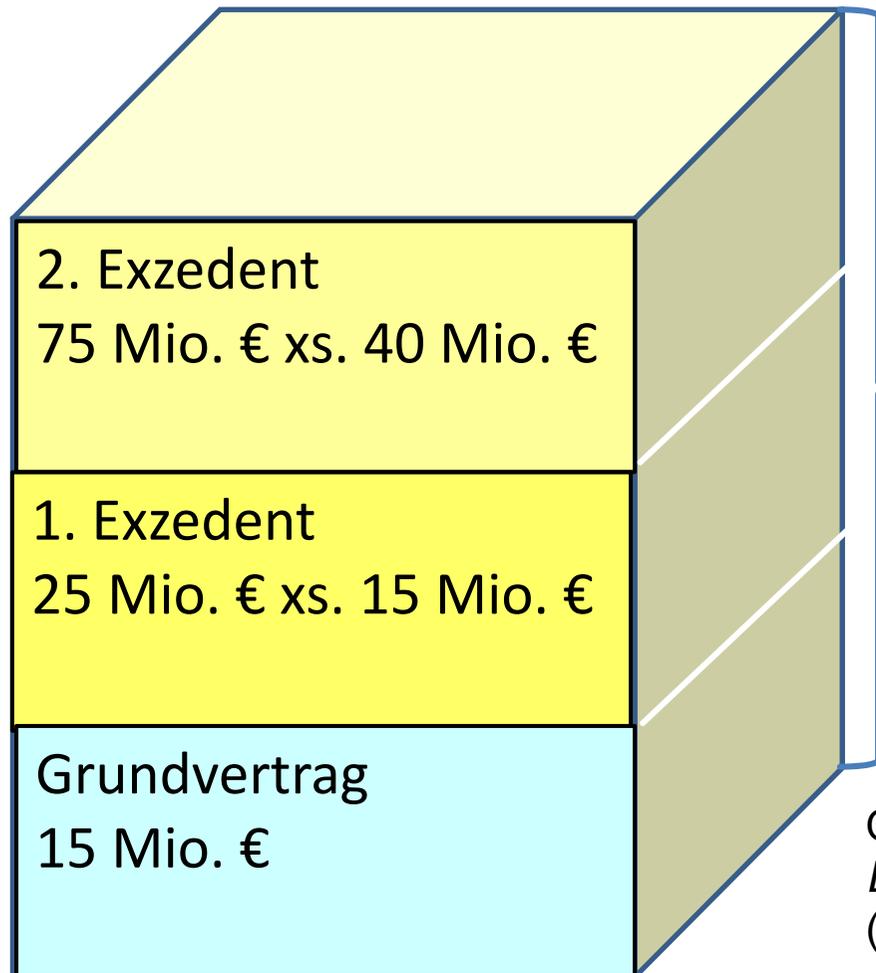
- Limits schließen an die Kapazitäten der Grunddeckung (*primary*) oder niedrigerer Layer an, und werden erst nach den unterliegenden Layern verfügbar
- Versicherungsabrede mit *attachment point* (Fälligkeitsbestimmung): Verfügbarkeit anschließender Kapazität hängt ab von Ausschöpfung/Eerschöpfung (*reduction/exhaustion*) („**50 Mio. € xs. 50 Mio. €**“)
- Ausschluss der Rechtsschutzverpflichtung

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (3)

- Layerübergreifend: Nebenversicherung → § 77 VVG
- Innerhalb jedes Layers: (Offene) Mitversicherung → Nicht nur ein VR pro Layer, sondern jeweils VR-Konsortien
- Früher nur wenige Layer, heute 10, 20 oder mehr Layer mit 10-30 VR

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (4)

D&O-Versicherungsprogramm der A-Company (...)-(...)



VR-Konsortien innerhalb der Layer, in allen Layern führend:
„B. Insurance Company“

Quelle: *Royal & Sun Alliance Insurance Plc v. Dornoch Ltd. & Others*, [2004] 2 C. L. C. 133 (Q. B. D. Comm., *Aikens J.*)

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (5)

- Jeder Exzedenten-VR schließt **einen von der Grundversicherung unabhängigen Versicherungsvertrag** mit dem VN!
- Konsequenz: Bündel gleichgerichteter, aber selbstständiger Versicherungsverträge → Vertragsrechtliche Fragen, angefangen mit dem Vertragsschluss an sich, sind **für jeden Exzedenten gesondert** zu beurteilen!

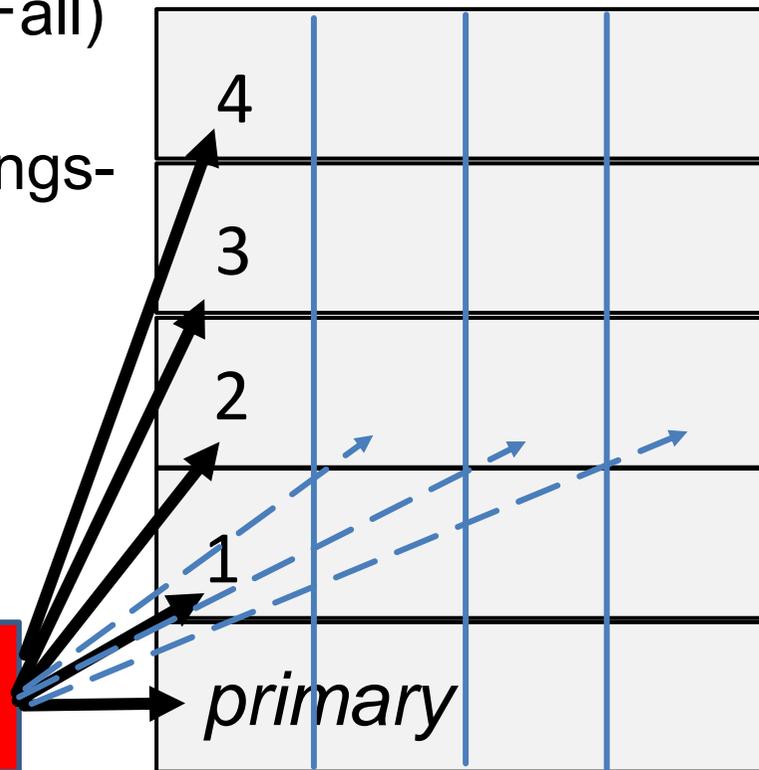
→ „**Mehrfrontenkrieg**“ (v. *Schenck*, NZG 2015, 494, 498)

I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (6)

**Obliegenheiten des VN: gegenüber jedem VR
einzeln und selbstständig zu erfüllen!**

Anzeigepflichten
(vorvertragl., VersFall)

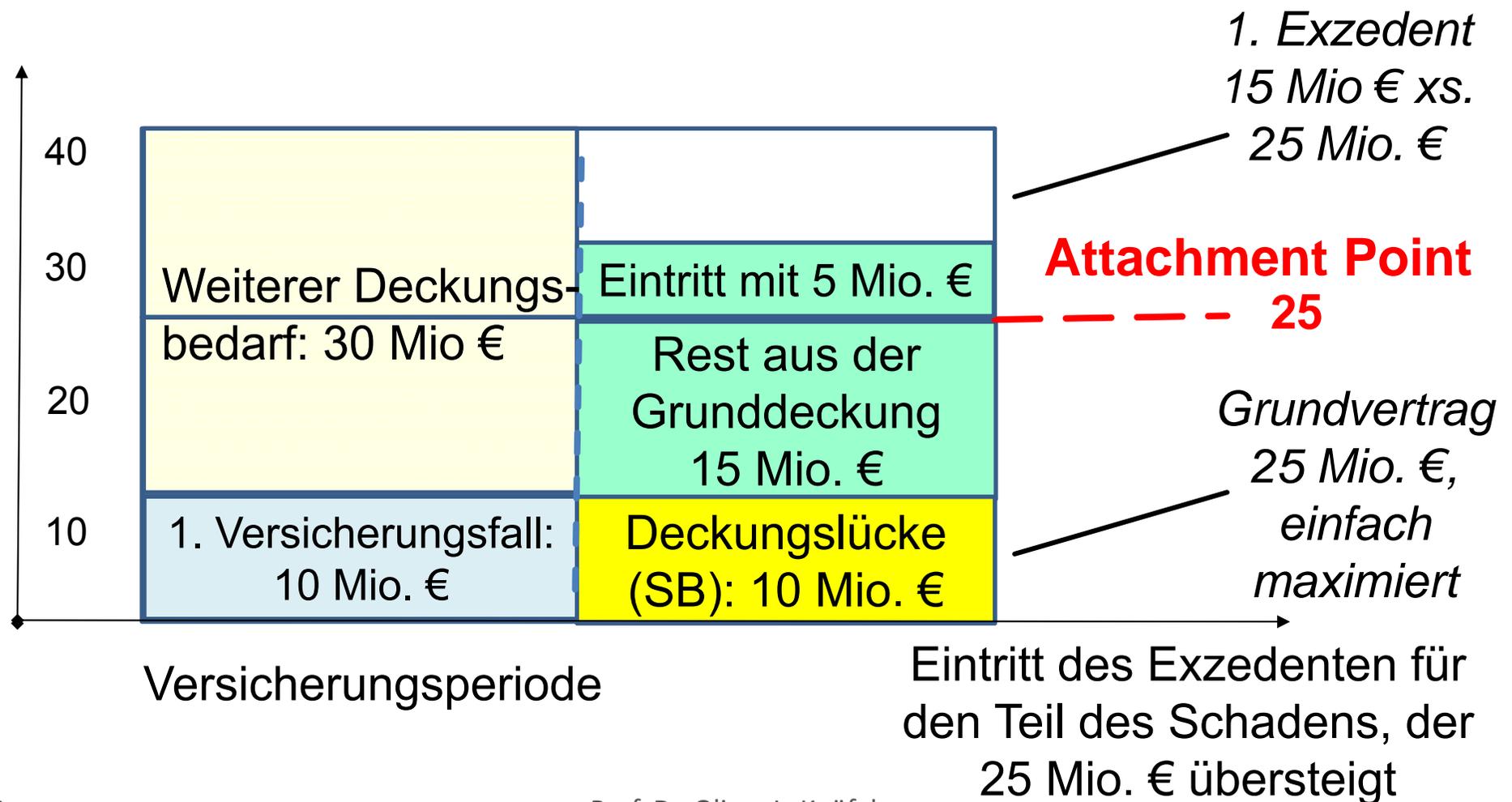
Schadensminderungs-
obligationen,
z.B.
Auskunfts- und
Belegpflichten



Führungs-
klauseln
innerhalb
der Layer,
aber **nicht**
layer-
über-
greifend

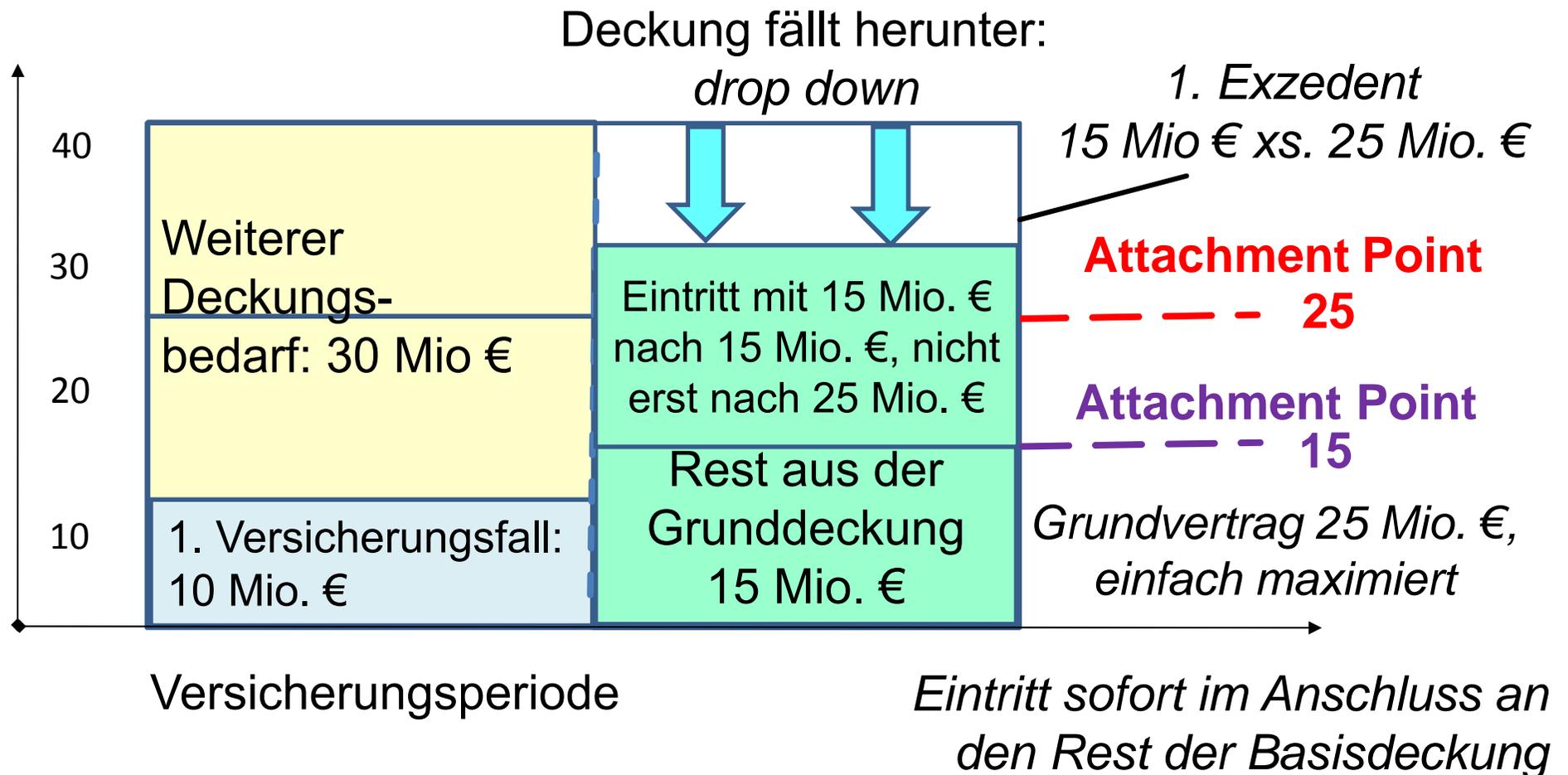
I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (7)

Variante 1: Exzedentenvertrag ohne *drop down*



I. Kurzüberblick: D&O-Exzedentendeckungen (8)

Variante 2: Exzedentenvertrag mit *drop down*



II. IPR der D&O-Versicherung (1)

D&O und Internationales Privatrecht (IPR) –
wann wird das praktisch relevant?

→ IPR und D&O: „*legal lottery*“

(*Scorey/Geddes/Harris, The Bermuda Form, Interpretation and Dispute Resolution of Excess Liability Insurance, 2nd ed. 2018, 4-02*)

II. IPR der D&O-Versicherung (2)

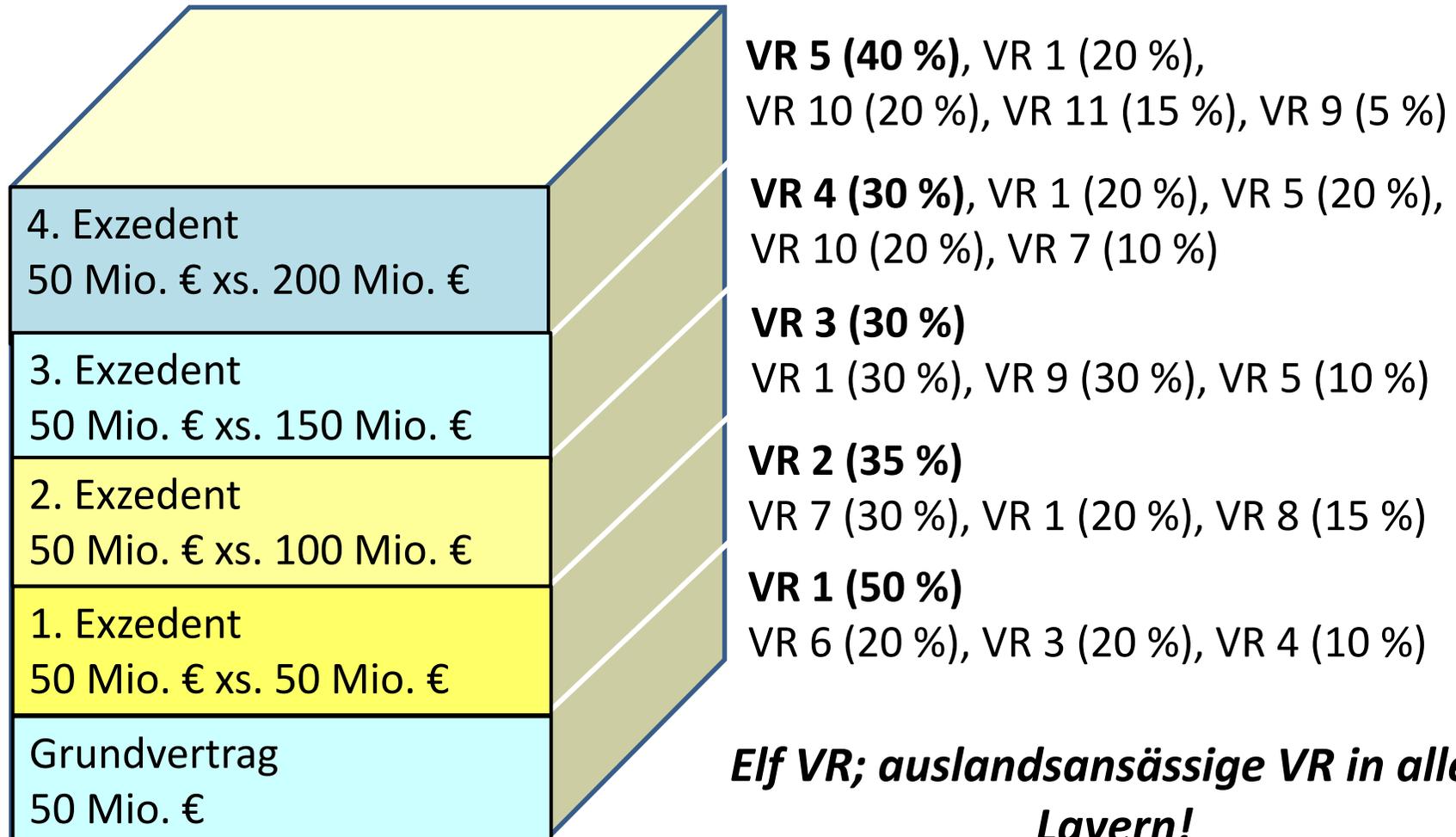
- Kollisionsrecht für D&O häufig beschränkt auf *nonadmitted*-Problematik: Wie wird mit fremden Versicherungsverboten umgegangen?
- Problemfeld geht aber weit darüber hinaus
- Fallgruppe 1: D&O-Risiko verwirklicht sich im Ausland (vP im Ausland, mitversicherte Unternehmen im Ausland)
- Fallgruppe 2: D&O-Exzedenten!

II. IPR der D&O-Versicherung (3)

- Entwicklung hin zu Großschäden und -risiken, die bei einem einzigen (inländischen) VR nicht eingedeckt werden können!
- Heute daher **häufiger Auslandsbezug** durch Eindeckung von Großrisiken (auch) bei ausländischen VR: Londoner Markt, Bermuda-VR!
- In Europa noch keine Judikatur zu grenzüberschreitenden D&O-Exzedenten, aber z.B. in Kanada (*Knöfel, VersR 2018, 513*): *Pope & Talbot Ltd. (Re) I*, 57 C. B. R. (5th) 94 (BCSC, Walker J.)

II. IPR der D&O-Versicherung (4)

D&O-Tower der X-AG für die Versicherungsjahre (...) bis (...)



***Elf VR; auslandsansässige VR in allen
Layern!***

II. IPR der D&O-Versicherung (5)

- Grunddeckungen und Exzedenten sind jeweils selbstständige Versicherungsverträge und deshalb auch **eigenständige Anknüpfungsgegenstände** des IPR (unstr.)
- Ansprüche bei D&O sind vertraglich → **Anwendbarkeit der Kollisionsnormen für Schuldverträge**
- Vertrag zugunsten Dritter = Vertragliche Qualifikation im IPR, auch bei **Versicherung für fremde Rechnung** (zur Rom I-VO KG 18.2.2019 – 22 U 138/17, VersR 2019, 748)

II. IPR der D&O-Versicherung (6)

- Aus deutscher Sicht anwendbares **IPR für Schuldverträge:**

Für D&O-Programme seit dem 17.12.2009 nicht mehr EGVVG, sondern **Rom I-Verordnung** (Rom I-VO)

- D&O = **Großrisiko (Art. 7 Abs. 2 Rom I-VO)**, daher entweder
 - **Rechtswahl** (S. 1) oder
 - **Gewöhnlicher Aufenthalt des VR** (S. 2) oder
 - **Escape clause** (S. 3 → Akzessorische Anknüpfung an das Recht der Grunddeckung? → eher nicht)

II. IPR der D&O-Versicherung (7)

- **Problemschwerpunkt: Rechtswahlklauseln**
- **Grunddeckung: z.B. B4-6 AVB-AVG (Mai 2019)**
„Anzuwendendes Recht.
Für diesen Vertrag gilt deutsches Recht.“
- **Exzedent: z.B. Art. VI. O Form XL (Bermuda Form)**
„**Law of Construction and Interpretation**
This Policy, and any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this Policy, **shall be governed by and construed in accordance with the internal laws of the State of New York [...].** To the extent that New York law is inapplicable by virtue of any exception or proviso enumerated above or otherwise, and as respects arbitration procedure pursuant to Condition N, **the internal laws of England and Wales shall apply.**“

II. IPR der D&O-Versicherung (8)

- Exzedentenverträge z.T. auch mit Rechtswahl des Sachrechts anderer Staaten/Territorien, z.B. Bermuda

„This Policy shall be interpreted under, governed by and construed in accordance with the laws of the jurisdiction of (Bermuda).“

Ghose v. CNA Reinsurance Co. Ltd., Index No. 108121/04 (N.Y. Sup. Ct., N.Y. County, 26.1.2006)

II. IPR der D&O-Versicherung (9)

- **Stillschweigende Rechtswahl** für den Exzedentenvertrag (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO)
- Ersichtliche Orientierung des Versicherungsvertrags an den Gepflogenheiten eines Marktes
- z.B. *London market clauses* (Formulare, Begriffe, Standardwortlaute, Abkürzungen, z.B. UMR, LMA) in der Vertragsdokumentation zu einem Exzedentenlayer = Wahl englischen Rechts

Faraday Reinsurance Co Ltd v. Howden North America Inc & another, [2011] 2 C. L. C. 897, 914 para 62 (Q. B. D. Comm., *Beatson J.*)
(Produkthaftpflichtversicherung)

III. Insbesondere: *follow form* (1)

- **Klauselbeispiel 1 (*follow form*):**

„Durch den vorliegenden Exzedentenvertrag besteht im Anschluss an die Versicherungssumme der vorlaufenden Versicherungen Versicherungsschutz im Rahmen der Bedingungen der Grunddeckung („following form“) und der folgenden Bedingungen des vorliegenden Exzedentenvertrages (...)“

O. Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 4 Rn. 34 (S. 253)

III. Insbesondere: *follow form* (2)

- **Klauselbeispiel 2 (*follow form*):**

„This Policy is subject to the same conditions, limitations and other terms (...) as are contained in or may be added to the Policy(ies) of the Primary Insurer(s).“

Allmerica Financial Corp. & Others v. Certain Underwriters at Lloyd's, London, 871 N. E. 2d 418, 422 = 449 Mass. 621, 622 (Mass. Supreme Judicial Court 2007)

III. Insbesondere: *follow form* (3)

- **Bewirkt *follow form*, dass die Rechtswahl (oder die Streitbeilegungsklausel) der Basisdeckung auch für die Exzedentenränge gilt?**

→ also über den ganzen Tower hinweg z.B. deutsches Recht (deutsche Gerichte)?

III. Insbesondere: *follow form* (4)

- **Textgleichheit** durch *follow form* → Textliche Identität bei vollständig gewährter rechtlicher Selbstständigkeit der Versicherungsverträge!
- *Follow form* transportiert die Rechtswahl des *primary* an sich auch in höhere Layer
- IPR: **Transfer einer Rechtswahl** durch Bezugnahme eines Vertrages auf einen anderen Vertrag möglich (entschieden vor allem im Seehandelsrecht > Konnossement nimmt Bezug auf Chartervertrag)

III. Insbesondere: *follow form* (5)

- **Problem: Kollidierende Rechtswahlklauseln/ Gerichtsstandsabreden im *primary* und in höheren Layern**
- Realität: Keine (volle) Bedingungseinheit über die Layer hinweg!
- Selbst in *follow form*-Fällen: **Bedingungsvielfalt und Widersprüche** → Vertragsinhalt muss für Layer/Positionen einzeln festgestellt werden!
- Bedeutung einer entgegenstehenden Klausel in einem anderen/höheren Layer?

III. Insbesondere: *follow form* (6)

Lösungsweg 1: Perplexität → i.E. gar keine Rechtswahl → Objektive Anknüpfung (gesetzlicher Gerichtsstand)

- *pro*: relativ einfach; z.T. vertreten für einander widersprechende Klauseln innerhalb desselben Vertragswerks
- *contra 1*: hier aber mehrere selbstständige (wenn auch verlinkte) Verträge
- *contra 2*: Welche Rechtsordnung spricht eigentlich die Rechtsfolge der Perplexität aus?
- *contra 3*: das wollten die Parteien nicht!

III. Insbesondere: *follow form* (7)

Lösungsweg 2: Bestimmung der *Reichweite der Verweisung* nach den allgemeinen Regeln des IPR

- Art. 3 Abs. 5 iVm Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO > Anwendung des in der Rechtswahlvereinbarung selbst angezogenen Rechts (→ *bootstrap principle*; → Einheitsstatut)
- „Wählt“ der Exzedent z.B. englisches Recht, ist *englisches Recht* zu befragen, ob die „Rechtswahl“ zustandegekommen und wirksam ist!

III. Insbesondere: *follow form* (8)

- **Englische Rechtsprechung zum Umgang mit Bezugnahmeklauseln** (*incorporation clauses*), entwickelt v. a. im Seehandelsrecht (Konnossement > Charterparty)
- Bezugnahmeklausel ist nicht wörtlich auszulegen, sondern kontextbezogen
- „Import“ einer Klausel *muss* nicht bewirken, dass sie im zweiten Vertrag (genau) dieselbe Bedeutung erhält wie im ersten Vertrag

III. Insbesondere: *follow form* (9)

- Globale/pauschale Bezugnahme „**importiert**“ **ohne weiteres nur die Klauseln**, die für die Rechte und Pflichten der Parteien (auch) im zweiten Vertrag **unmittelbar von Bedeutung sind** („*directly germane to the subject-matter*“, „*relevant or germane term*“)

Union Camp Chemicals Ltd. v. ACE Insurance SA-NV,
[2001] C. L. C. 1609, 1620 para 43 (Q. B. D. TCC,
Thornton J.) (bejaht für *subcontractors' condition*)

- Einzelfall- bzw. Auslegungsfrage!

III. Insbesondere: *follow form* (10)

■ Englische Rechtsprechung

Was ist „*directly germane to the subject-matter*“?

(+) Risikoabgrenzungen	(-) untergeordnete Vertragsbestandteile
(+) Ausschlüsse, alles was Leistungsfreiheit bewirken kann	Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln? wohl (-), wenn nicht ausdrücklich miteinbezogen (z.B. „ <i>including the law and arbitration clause</i> “)

III. Insbesondere: *follow form* (11)

- **Behandlung kollidierender Rechtswahl- oder Gerichtsstandsklauseln?**
- Im Ergebnis sehr wohl denkbar, dass der *primary* und jedes Layer im Ergebnis auf „seine“ jeweilige Rechtswahl oder gewählte Form der Streitbeilegung verwiesen bleibt!
- Mosaik gewählter Rechtsordnungen über die Layer und Konsortien eines Programmes hinweg!

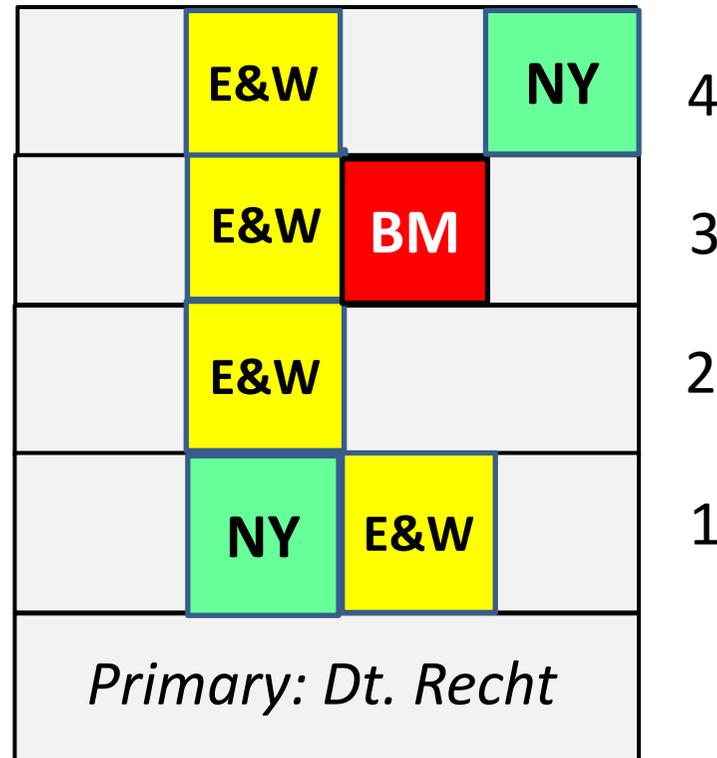
III. Insbesondere: *follow form* (12)

➤ Divergierende Rechtswahl in mehreren Layern!

Recht von England
und Wales

Recht von New York

Recht von Bermuda



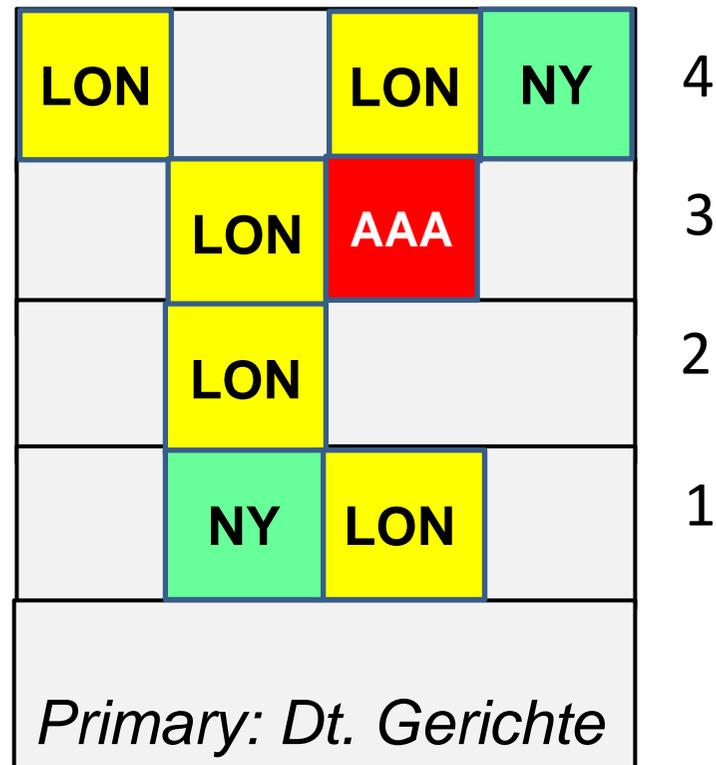
III. Insbesondere: *follow form* (13)

- **Ggf. Mosaik anwendbarer Gerichtsstands- und Schiedsklauseln!**

London Arbitration

New York, z.B. SDNY

AAA Arbitration



IV. Fremdes Recht im Umgang mit Exzedenten (1)

- Vertragsdokumentation/Policenformat für Exzedentenlayer entspricht ausländischen Gepflogenheiten und Rechtsinhalten!
- Alle schuld- und versicherungsvertragsrechtlichen Fragen unterstehen im Verhältnis zum Exzedenten-VR ausländischem Recht, soweit das IPR darauf verweist!
- Sachrechtliche Unterschiede bei D&O innerhalb und außerhalb Europas → ggf. Rechtsgutachten über fremdes Recht erforderlich!

IV. Fremdes Recht im Umgang mit Exzedenten (2)

■ **Problem: Auslegung**

- Grunddeckung und Exzedentenvertrag sind nicht immer „gleich“ bzw. einheitlich auszulegen
- *Vertragsstatut* ist auch *Auslegungsstatut* (Art. 12 Abs. 1 lit. a Rom I-VO), deshalb ggf. Auslegungsregeln fremder Rechtsordnungen anwendbar!
- Auslegung von Versicherungsverträgen nach englischem Recht (*sound commercial principles/good businesssense*)
- *Evenhanded construction* (~ englisches Recht), wenn Art. VI. O Form XL vereinbart („it covers what it covers and does not cover what it does not cover“)

IV. Fremdes Recht im Umgang mit Exzedenten (3)

■ **Problem: Verjährung**

- Art. 12 Abs. 1 lit. d) Rom I-VO: Verjährung untersteht dem jeweiligen Vertragsstatut, also ggf. ausländischem Recht
- Englisch Recht: Verjährungsfrist für Deckungsansprüche aus dem Versicherungsvertrag sechs Jahre (sec. 5 Limitation Act)
- Verjährungsverzichtserklärungen?
- Verjährungshemmung wo und wie?

→ Englisch Recht gilt traditionell als weniger VN-freundlich als das deutsche Recht. Zutreffend?

V. D&O-Exzedentendeckungen - Ausblick

- Handhabbarkeit und Steuerbarkeit gelayeter Deckungstürme als Zukunftsanforderungen
- Weiteres Problem: EU-Mitgliedstaaten (Rumänien) und Drittstaaten (Brasilien, Israel, Singapur) mit D&O-Versicherungspflicht (Art. 7 Abs. 4 lit. b Rom I-VO/Art. 46c EGBGB)
- Konsequenzen des Brexit?

Kontakt

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Oliver L. Knöfel

Europa-Universität Viadrina
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
sowie Europäisches und Internationales
Privatrecht

Große Scharrnstraße 59
15230 Frankfurt (Oder)
knoefel@europa-uni.de
+49 (0) 335 5534 -2500
+49 (0) 170-4487741