

Kosten, Zinsen, Folgepflichten: der Excedent in der D&O - Versicherung

Universität Hamburg

21.10.2022

Dr. jur. Theo Langheid

Hon.-Prof. Universität Salzburg

Agenda

- Einführung
- Ausgangsbeispiel
- Folgepflicht des Excedenten
 - Horizontale/vertikale Mitversicherung
 - Layerübergreifende Deckungsentscheidungen
 - Folgepflicht über § 106 VVG?
- Eintrittspflicht des Excedenten
 - Wegfall der Subsidiarität?
 - Erschöpfung der Versicherungssumme durch Kosten?
 - Erschöpfung der Versicherungssumme durch Zinsen?
- Konsequenzen & Ergebnisse

Ausgangsfall

- Schadenmeldung in einer D&O – Versicherung
- Grundvertrag 10. Mio EUR
- 1. Excedent 5 Mio EUR
- Jeweils drei VR pro Layer
- Schaden wird mit 9 Mio EUR gemeldet
- zzgl. Zinsen 1.5 Mio EUR
- Alternative 1: VR stellt frei, weil begründet
- Alternative 2: VR gewährt Abwehrdeckung
- Alternative 3: Schaden zu 50% begründet

Deckungspflichten

- Im Verhältnis VN/VR der Grunddeckung
 - Schaden bis zur Deckungssumme
 - Freistellung
 - Abwehr
 - zusätzlich oder inklusive
 - Kosten?
 - Zinsen?
- Im Verhältnis VN/VR der Anschlussdeckung
 - Follow Form (xs layer folgt der Grunddeckung)
 - Führungsklauseln (horizontal innerhalb des Layers)
 - Attachment Point
- Sonderproblem: Maklerklauseln (dazu neuestens Gal, Die Mitversicherung, S. 225 ff.)

Folgepflichten VR/VR

- In der horizontalen Mitversicherung
 - Verhältnis der Mitversicherer untereinander gem. §§ 77 ff. VVG
 - Getrennt nach Grunddeckung und xs – Layern
- In der vertikalen Mitversicherung
 - Innerhalb des Layers wie oben = horizontal
 - Verhältnis Grundlayer/1. xs-Layer/2. xs – Layer &c. &c.
 - §§ 77 ff. VVG greifen nicht
 - Vertragliche layerübergreifende Regelungen eher selten
 - Wer folgt wem?

Freistellung

- Haftung steht fest
- durch Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich
- Bindungswirkung für den Führenden im Grundlayer
- Bindung für horizontale Mit – VR
- über Folgepflichten/Führungsklausel
- Ohne vertragliche Regelung
- keine Bindung für vertikale Mitversicherung

Vorschlag Koch

- Koch VersR 2021, 879 (883) will § 106 S. 1 VVG auf die vertikale Mitversicherung erstrecken
- *„Der VR hat den VN innerhalb von zwei Wochen von dem Zeitpunkt an, zu dem der Anspruch des Dritten mit bindender Wirkung für den VR durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich festgestellt worden ist, vom Anspruch des Dritten freizustellen“.*
- Ergänzende Auslegung des Excedentenvertrages
- Also Bindungswirkung layerübergreifend?

Probleme

- Excedent betroffen?
 - Ist „Der Versicherer“ in § 106 VVG nur der im konkreten Fall deckungspflichtige VR...
 - ... oder auch der Excedent?
- ‚Verbindlichkeit‘ (Langheid/Rixecker § 106 Rn. 2 f.)
 - Keine automatische Bindung des Haftpflichturteils,
 - weil sonst Anerkenntnis/Vergleich auch bindend wäre
 - Neue Formulierung durch VVG – Reform 2008
 - ‚Bindende Wirkung‘ muss erst hergestellt werden
- Schaloske, FS Fürstenwerth, 2020, S. 315 ff.: Keine Belastung des xs – layers, wenn er „keine Veranlassung“ zum Rechtsstreit gegeben hat

Noch mehr Probleme

- Wortlaut § 106 S. 1 VVG....
 - spricht eher nicht für layerübergreifende Bindung, denn
 - Fälligkeit setzt Bindung voraus,
 - stellt sie aber nicht her:
 - Wenn Bindung, dann Fälligkeit
 - Nicht: wenn fällig, dann bindend
- Ergebnis
 - xs – Layer kann immer noch
 - Abwehrdeckung gewähren oder sogar
 - Deckung verweigern

Ergebnis

- Für die horizontale Mitversicherung
 - Freistellung bindet alle Mit – VR
 - Erfolglose Abwehrdeckung auch
- Anders bei der vertikalen Mitversicherung
 - Keine §§ 77 ff. VVG
 - Kein § 106 S. 1 VVG
 - Klare vertragliche Absprachen erforderlich
 - Auch und erst recht bei der Abwehrdeckung

Eintrittspflicht des Excedenten, Teil 1

- Wegfall der Subsidiarität?
- OLG Düsseldorf r+s 2020, 271 mAnm
Fortmann = VersR 2020, 683
- Themen:
 - Follow Form
 - Subsidiarität des Excedenten abdingbar?

Sachverhalt

- D&O – Versicherung 7.5 Mio
- Excedent 2.5 xs 7.5 = Follow Form
- Regelung im Grundlayer
 - Bei Deckung unter ‚früher abgeschlossenem Vertrag‘ besteht Deckung hier erst ‚im Anschluss an die Deckungssumme der anderen Versicherung‘
 - Aber: Subsidiarität hinter Primärvertrag entfällt, wenn dort Deckungspflicht ganz oder teilweise bestritten wird

Sachverhalt

- Schaden per 31.12.2016 = 8.2
- Abfindungsvergleich = 6.9 + 0.5 Kosten = 7.4
 - Endgültige Erledigung
 - Grundvertrag aufgehoben
 - Zusätzlich Leistungen der vP vereinbart
- Kläger ist der Auffassung, Excedent schuldet die Differenz von $8.2 - 6.9 = 1.3$

...aus den Gründen

- Haftung des xs – Layers über Wegfall der Subsidiaritätsabrede im Grundvertrag?
 - Nach dem Wortlaut prinzipiell möglich,
 - weil ‚follow form‘ gilt und deshalb
 - auch der Grundlayer im Verhältnis zum xs - Layer ein ‚früher abgeschlossener Vertrag‘ ist,
 - im entschiedenen Fall aber nicht (mehr) denkbar, weil Anspruch durch Vergleich erledigt



- Abrede gilt nur für externen Primär- VR
- Dem muss der Excedent sich anschließen (follow form), weil er sonst vor dem Grundlayer neben dem externen Primär – VR decken müsste
- Widerspruch zu der Abrede, dass Excedent erst ,nach Erschöpfung der VersSumme‘ des Grundlayers haften soll
- Funktionalität des ,Deckungsturms‘ wird auf den Kopf gestellt
- Der Grundlayer erhält (jedenfalls bislang) die bessere Prämie, weil seine Haftung wahrscheinlicher ist als die Haftung der Excedenten und er im Schadenfall die Arbeit macht
- Das kehrt sich um, wenn der Grundlayer die oberen Layer durch einfache Deckungsablehnung ,triggern‘ kann
- Fraglich, ob untere Layer noch decken müssen, wenn der höchste Layer gezahlt hat (Attachment Point?)

Eintrittspflicht des Exzedenten; Teil 2

- Erschöpfung der Versicherungssumme durch Kosten?
 - Ein X für ein U: Ein paar Beispiele aus dem Leben
 - Steuern, Abgaben, Gebühren, Beiträge
 - Steuerquote bei 37,5 (2020)?
 - Tatsächlich liegt die Einkommensbelastung aber bei 53,7%!
 - Ähnlich die ‚Nachhaltigkeit‘ der Bahn
 - Bei Flügen 214 Gramm Treibhausgas pro Personenkilometer
 - Bei der Bahn nur 4 Gramm
 - Aber nur auf der Basis 100 % Ökostrom; tatsächlich sind es dann schon 29 Gramm
 - Hinzu kommt der Energieverbrauch für die Infrastruktur: 50 Gramm!
- Gilt das auch für die D&O - Versicherung?
 - Geschätzt >50 % aller Schadensaufwendungen für Kosten
 - Also finanziert der VR mit der Hälfte der Schadensaufwendungen den Anwalt des Gegners
 - und nicht die Freistellung der versicherten Personen

Gesetzliche Regelung

§ 101 Abs. 2 VVG:

- 1 Ist eine Versicherungssumme bestimmt, hat der Versicherer die Kosten eines auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreits und die Kosten der Verteidigung nach Absatz 1 Satz 2 auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen.

Anders die AVB

- **Beispiel 1:**

Auf die Versicherungssumme werden neben Schadensersatzzahlungen nur externe Abwehrkosten angerechnet

- **Beispiel 2:**

Für den Umfang der Leistung des Versicherers ist die vereinbarte Versicherungssumme der Höchstbetrag für jeden Versicherungsfall und für alle während einer Versicherungsperiode eingetretenen Versicherungsfälle zusammen.

Aufwendungen des Versicherers für Kosten der gerichtlichen und außergerichtlichen Abwehr der gegenüber einer versicherten Person von einem Dritten und/oder dem Versicherungsnehmer bzw. einer Tochtergesellschaft geltend gemachten Ansprüche (insbesondere Anwalts-, Sachverständigen-, Zeugen- und Gerichtskosten) werden auf die Versicherungssumme angerechnet.

Anrechnung von Kosten wirksam?

- Also: Ist § 101 Abs. 2 Satz 1 abdingbar?
- Dafür: Fiedler PhI 2013, 95; Werber VersR 2014, 1159; Grooterhorst/Lohmann r+s 2014, 157; Koch VersR 2016, 1405; Langheid, FS Hübner, S. 137
- Dagegen: OLG Frankfurt VersR 2012, 432 (allerdings für interne Kosten der Schadenbearbeitung); Schimikowski, VVR, Rn. 408; Terno r+s 2013, 577
- Wenn die Kostentragung zusätzlich zur VersSumme wirksam abbedungen ist, ist die Versicherungssumme das Maximum

OLG München

- VersR 2020, 543 mAnm. Alexander/Böhmert
 - Grundversicherer verlangt vom Excedenten Beteiligung an den Abwehrkosten
 - bei unbegründetem SchE – Anspruch und erfolgreicher Abwehr
 - Unklar: Was ist aus dem Kostenerstattungsanspruch geworden?
- Anspruch besteht nach OLG München nicht
 - solange die Abwehrkosten die VersSumme nicht erschöpfen
 - auch wenn der geltend gemachte Anspruch höher als die VersSumme des Grundvertrages ist
 - Bei teilweise begründeten und teilweise unbegründeten Ansprüchen, die addiert höher als der Grundlayer sind, kann man
 - über eine Quotierung der Kosten nachdenken
 - Aber Quote nur im Verhältnis ‚begründete Ansprüche/VersSumme‘
 - nicht im Verhältnis ‚VersSumme/geltend gemachte Ansprüche‘

Unzählige Mutante denkbar

- Begründet/unbegründet
 - Nur begründete Ansprüche
 - Nur unbegründete Ansprüche
 - Begründete und unbegründete Ansprüche
- Versichert/unversichert
 - Nur versicherte Ansprüche
 - Nur unversicherte Ansprüche
 - Versicherte und unversicherte Ansprüche
- Begründet/versichert
 - Unbegründet/versichert
 - Begründet/unversichert
 - Unbegründet/unversichert
 - Mischformen:
 - Begründet/unversichert/unbegründet/versichert
 - Begründet/versichert/unbegründet/unversichert
 - &c., &c.
- ‚Doppelte Quote‘ (erst Kostenanteil des Gegners; danach quotale Aufteilung VN/VR) noch gar nicht berücksichtigt

Ergebnis

- Nicht der Gegner bestimme das Ergebnis (durch Geltendmachung unbegründeter Forderungen), sondern ‚die Rechtslage‘ (OLG München)
 - Also nur begründete Ansprüche ./ . VersSumme
- Anders BM/Johannsen, 8. Aufl. Bd. IV, G 29
 - verlangte Leistung ./ . VersSumme
 - Vom OLG abgelehnt: dann könne der Gegner den Deckungsanspruch verringern,
 - was angesichts der Abwehrpflicht des VR nicht hinnehmbar sei

Das ist richtig

- VersSumme 10 Mio.
- Anspruch 20 Mio.
- Davon begründet 15 Mio.
- Kosten $\frac{1}{4}$ Kläger, $\frac{3}{4}$ Beklagte
- Beim Verhältnis ‚berechtiget/VersSumme‘ trägt VR $\frac{2}{3}$ der auf die Bkl. entfallenden Kosten
- Beim Verhältnis ‚geltend gemacht/VersSumme‘ nur $\frac{1}{2}$

Eintrittspflicht des Excedenten, Teil3

- Erschöpfung der Versicherungssumme durch Zinsen
- OLG Düsseldorf, r+s 2020, 271 mAnm
Fortmann = VersR 2020, 683
- AVB: Auf die VersSumme werden nur Schaden- und Abwehrkosten angerechnet
- Erschöpfung der VersSumme des Grundvertrages...
- durch die Anrechnung von Zinsen?
- Oder Zinsen zusätzlich zu zahlen?

Gesetzliche Regelung

- § 101 Abs. 2 VVG:
- 1 Ist eine Versicherungssumme bestimmt, hat der Versicherer **die Kosten** eines auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreits und die Kosten der Verteidigung nach Absatz 1 Satz 2 auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen.
- 2 Dies gilt auch für **Zinsen**, die der Versicherungsnehmer infolge einer vom Versicherer veranlassten Verzögerung der Befriedigung des Dritten diesem schuldet.

Anrechnung von welchen Zinsen?

- Vertragszinsen
- Verzugszinsen
- Rechtshängigkeitszinsen
- Gesetzliche Regelung in Satz 1 (Kosten) abdingbar?
 - Erfasst das dann auch Satz 2 (Zinsen)?
 - Oder Zinsen immer zusätzlich?
 - Oder nur ‚veranlasste‘ Zinsen?
 - Oder Teil des Schadens = gedeckelt durch VersSumme?

Veranlasste/nicht veranlasste Zinsen

- § 101 VVG schweigt
- Mit Ausnahme von Abs. 2 Satz 2:
 - Nur ‚veranlasste‘ Zinsen zusätzlich zur VersSumme
- Was heisst das für nicht veranlasste Zinsen?
 - Gar nicht gedeckt?
 - Teil des Schadens?
 - Durch VersSumme gegrenzt?

Veranlassung

- Veranlasst, aber wodurch?
 - Prüfung der Eintrittspflicht und/oder der Haftung
 - Fälligkeit?
 - Zinsen veranlasst?
 - Bei Abwehrdeckung = Zinsen veranlasst
- Veranlasst, aber von wem?
 - Führender VR in der Grunddeckung
 - Folgepflicht der VR im Grundlayer
- Folgepflicht auch des Excedenten?

OLG Düsseldorf

- Grundversicherung sei ‚nicht ausgeschöpft‘
 - Excedent hafte nur ‚im Anschluss‘
 - Vergleich erschöpfe ziffernmäßig den Grundlayer nicht
 - denn in den Vergleichsbetrag seien Zinsen nicht einzubeziehen, sondern zusätzlich zu zahlen
 - Dies sei in den AVB nicht ‚abbedungen‘

Daraus folgt.....

- Anrechnung in AVB nur für Kosten
- Für Zinsen bleibt es also bei § 101 Abs. 2 S.2 VVG
- **Aber:** Abs. 2 S. 2 wurde ‚modifiziert‘, weil in den AVB nur Kosten erwähnt werden, Zinsen nicht
- Das Erfordernis der ‚Veranlassung‘ wurde dadurch abbedungen
- Obiter dictum: ‚veranlasst‘ ist ohnehin alles, wovon nicht freigestellt wurde
- Ergo: Zinsen sind auf die Deckungssumme nicht anzurechnen und werden zusätzlich geschuldet

Was ist anders?

- OLG Düsseldorf, aaO
- Rn. 47

§ 101 Abs. 2 VVG ist hinsichtlich Zinsen jedenfalls nicht abbedungen. (...). Bereits im Umkehrschluss zur ausdrücklichen Regelung der Anrechnung von Abwehrkosten kann das (...) nur so verstanden werden, dass es hinsichtlich der Zinsen bei der Regelung des § 101 Abs. 2 VVG bleiben soll.
- Rn. 55

Dadurch, dass die Parteien allein die Anrechnung der Kosten vereinbart haben, haben sie zugleich die Regelung des § 101 Abs. 2 S. 2 VVG dahingehend modifiziert, dass es keiner vom VR veranlassten Verzögerung der Befriedigung des Dritten als weiterer Voraussetzung für eine unterbliebene Anrechnung der Zinsansprüche bedarf.

Konsequenz?

- Bei Schweigen der AVB Zinsen immer ‚on top‘?
- OLG Düsseldorf: Die Nichterwähnung von Zinsen in AVB *modifiziert* § 101 Abs. 2 S. 2 VVG
- Also Zinsen immer ‚veranlasst‘
- Allg. Tendenz: Nicht eingeschlossene Gefahren sollen wg. größerer Transparenz trotzdem zusätzlich ausgeschlossen werden
- Aber : Fehlen in AVB – Regelung lässt Gesetz unberührt, § 306 Abs. 2 BGB
- Kontrollüberlegung: Wenn Vorsatzausschluss in AVB fehlt, gilt trotzdem § 103 VVG