FIEDLER CRYNS-MOLL

FCM RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFT

Managerhaftung
Versicherungsrecht
Wirtschaftsrecht

„...denn sie wissen nicht, was sie tun“ –

Probleme aktueller Exzedentenprogramme in der D&O-Versicherung und mögliche Lösungsansätze

1. Teil: Rechtliche Fragestellungen

Björn Fiedler, LL.M.

Fiedler Cryns-Moll FCM Rechtsanwälte Partnerschaft

I. Rechtsbeziehungen der an einem Programm beteiligten Versicherer

II. Pflichten der an einem Programm beteiligten Versicherer bei Eintritt eines Versicherungsfalles

III. Rechte und Pflichten der beteiligten Versicherer bei Vergleichsverhandlungen

IV. Fazit (Überleitung zu Teil 2)

I.
Rechtsbeziehungen der an einem Programm beteiligten Versicherer

Kommt zwischen den beteiligten Versicherern ein Schuldverhältnis zustande?

Knöfel, ZIP 2018, 1814, 1818:

Treue- und Rücksichtnahmepflichten (§§ 280, 241 Abs. 2 BGB) aus einem ***Näheverhältnis eigener Art****.*

Thümmel FS Schütze, 1. Auflage 2014, 639:

die ***gemeinsame Zurverfügungstellung der Gesamtdeckung*** *(führt zu) wechselseitige(n) Schutz- und Treuepflichten.*

Koch, Wechselseitige Rücksichtnahmepflichten in der Exzedentenversicherung:

nur ***in Ausnahmefällen wechselseitige Rücksichtnahmepflichten*** *(vorrangig sind in jedem Falle die Pflichten gegenüber dem VN bzw. gegenüber der vP).*

§ 241 BGB

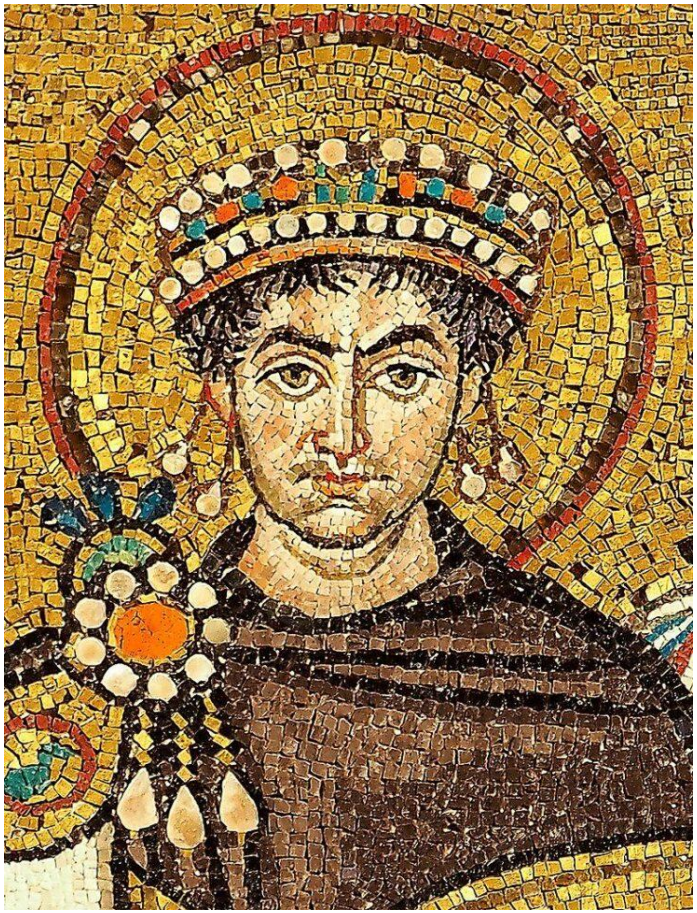
*(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine **Leistung** zu **fordern**. (…).*

*(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur **Rücksicht** auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*

§ 311 Abs. 2 BGB

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. *die **Aufnahme** von Vertragsverhandlungen,*
2. *die **Anbahnung** eines Vertrags,(…)*
3. ***ähnliche geschäftliche Kontakte.***



Justinian I. (482-565 n.Chr.)

534 n. Chr.

Historischer Ursprung des § 241 BGB

- **Obligationenlehre** des römischen Rechtes: Leistungspflicht des Schuldners gegenüber dem Gläubiger.

- Darauf basierend im BGB weit gefasst: Jedes Rechtsverhältnis, das durch eine Leistung des Schuldners an den Gläubiger gekennzeichnet ist oder dazu führen soll (deshalb Gleichstellung von Aufnahme / Anbahnung / sonstiger Kontakte) – Zu beurteilen aus der Sicht eines neutralen Beobachters.

- Es muss also eine Leistung / ein geschäftlicher Kontakt zwischen den beteiligten Versicherern beabsichtigt sein.

- Ein Vertragsabschluss innerhalb der beteiligten Versicherer ist auf Grundlage der aktuellen Ausgestaltung der Programme nicht beabsichtigt. Es gibt weder Aufnahme noch Anbahnung von Vertragsverhandlungen.

- Die unteren „Layer“ wissen teilweise nicht einmal, ob und welche weiteren Versicherer als Exzedenten fungieren sollen.

- Sie treten überhaupt nicht miteinander in („geschäftlichen“) Kontakt. Daher auch kein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ im Sinne von § 311 Nr. 3 BGB.

- Die konkrete Ausgestaltung des Programms ist ausschließlich Angelegenheit der VN respektive des beauftragen Maklers.

Folge: → Kein Schuldverhältnis nach § 241, 311 BGB.

II.

Pflichten der an dem Programm beteiligten Versicherer bei Eintritt eines Versicherungsfalls

-

Gibt es Unterschiede zwischen Grundversicherer und Exzedentenversicherern?

I.

Pflichten des Grundversicherers

1. Mit Eintritt des Versicherungsfalles entsteht die **Pflicht zu der Prüfung der Haftpflichtfrage** (grundlegend bereits: RGZ 150, 227, 229; ebenso: BGH NJW 1956, 826).

2. Entscheidungsfindung im Hinblick auf Abwehr oder Freistellung obliegt dem Ermessen des Versicherers.

3. Beendigung des Ermessens über § 106 VVG

   *Der Versicherer **hat** den Versicherungsnehmer innerhalb von zwei Wochen von dem Zeitpunkt an, zu dem der Anspruch des Dritten mit bindender Wirkung für den Versicherer durch rechtskräftiges Urteil (…) festgestellt worden ist, (…) **freizustellen**.*

Kann ausnahmsweise bereits **vor** Eintritt der Voraussetzungen des §106 VVG die **Pflicht** zu einer Freistellung statuiert werden?

Kein Rechtsfolgeermessen, d.h. ein Ermessen besteht nur, soweit Unsicherheit im Hinblick auf das Bestehen der Haftung gegeben ist, steht die Haftung dagegen aus Sicht des Versicherers fest, dann ist er bereits vor Eintritt der Voraussetzungen des § 106 VVG dazu verpflichtet, die Freistellung vorzunehmen (*Lücke*, in Prölss/Martin § 100 Rdnr. 2; *v. Rintelen* r+s 2010, 133, 136;)

§ 106 VVG ist abschließend. Der Versicherer darf auch Ansprüche abwehren, die er als begründet erachtet, alleinige Dispositionsbefugnis des Versicherers (*Lange*, D&O Versicherung § 14 Rdnr. 8; im Ergebnis wohl *Seitz/Finkel/Klimke* Ziff. 4 AVB-AVB Rdnr. 3 und 10).

(differenzierend Armbrüster, r+s 2010, 441: Freistellungsverpflichtung vor Eintritt der Voraussetzungen des § 106 VVG nur ausnahmsweise, etwa wenn drohende Insolvenz des mit dem VN in Geschäftsbeziehung stehenden Geschädigten besteht und der Versicherer den Anspruch für begründet erachtet.)

BGH, Urteil v. 13.01.1981
VersR 1981, 180

Ob der Versicherer freiwillig zahlt oder ob er die Zahlung ablehnt und es darauf ankommen läßt, (…) entscheidet er ***grundsätzlich*** *nach seinem eigenen* ***Ermessen****. Diesem Ermessen sind (…) dort Grenzen gesetzt, wo die Interessen des VN berührt werden und wo diese deshalb die* ***Rücksichtnahme des Versicherers*** *verlangen. Das gilt beispielsweise dann, wenn über die Versicherungssumme hinausgehende Ansprüche des Dritten durch das Verhalten des Versicherers präjudiziert werden könnten.*

OLG Düsseldorf r+s 2020, 271
(speziell zur D&O-Versicherung)

Der VR hat insoweit ein ***in pflichtgemäßem Ermessen auszuübendes*** *Wahlrecht, ob er Abwehrdeckung erteilt oder den Dritten durch Zahlung befriedigt (…).*

Kehrseite des Ermessens

§ 101 VVG

(2) *Ist eine Versicherungssumme bestimmt, hat der Versicherer die Kosten eines auf seine **Veranlassung** geführten Rechtsstreits (...) auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung (...) die Versicherungssumme übersteigen. Dies gilt auch für **Zinsen,** die der Versicherungsnehmer infolge einer vom Versicherer **veranlassten Verzögerung** der Befriedigung des Dritten diesem schuldet.*

Was ist „Veranlassung“?

OLG Düsseldorf Urteil v. 13.12.2019 (VersR 2020, 683)

Hat ein D&O Versicherer sein (…) Wahlrecht dahin ausgeübt, Abwehrdeckung zu gewähren, ***anstatt sogleich durch Zahlung freizustellen,*** *hat er den Rechtsstreit und den dadurch entstandenen Zinsanspruch des Geschädigten* ***veranlasst i.S.d. § 101 Abs. 2 VVG*** *mit der Folge, dass diese Zinsen nicht auf die vereinbarte Deckungssumme angerechnet werden.*

Zwischenfazit

- Der Versicherer hat die Haftpflichtfrage zu prüfen – das ist Teil seiner Hauptleistungspflicht.

- Kommt er zu dem Ergebnis, dass der Anspruch begründet ist, gibt es gute Gründe dafür, dass er bereits vor Eintritt der Voraussetzungen des § 106 VVG zu einer Freistellung **verpflichtet** ist.

- Häufig kommt es nicht darauf an, ob man eine echte Pflicht zu einer Freistellung vor Eintritt eines Versicherungsfalles annimmt, weil der Versicherer das Risiko seiner Entscheidung selbst zu tragen hat (Kosten und Zinsen „on top“ auf die Versicherungssumme).

II.

Pflichten des Exzedenten

Raphael:
Schule von Athen 1511
(Platon und Aristoteles)

Der Eintritt des Attachment Points ist als aufschiebende Bedingung im Sinne des §158 BGB zu verstehen, so dass die Leistungspflicht des Exzedenten vor Ausschöpfung des Grundvertrages bereits dem Grunde nach nicht eintritt.

(so ausdrücklich *Lange*, r+s 2025, 898; im Ergebnis wohl auch *Kosich*, Die Exzedentenversicherung 2022, 112 ff.)

Die Leistungspflicht des Exzedenten tritt dem Grunde nach mit Eintritt des Versicherungsfalles ein, die Ausschöpfung der vorangehenden Versicherungssumme ist indessen **zusätzlich zu § 106 VVG** weitere Fälligkeitsvoraussetzung für den Eintritt von Leistungspflichten des Exzedenten

(*Koch*, VersR 2021, 879, 880; *Knöfel*, VersR 2018, 1814, 1819; *Schaloske* PHi -5/2012, 166, 170)

Insolvenzverwalter I nimmt die versicherte Person auf EUR 20 Mio. in Anspruch.

Grundversicherer (EUR 10 Mio.) gewährt Abwehrdeckung.
Exzedent (10 xs10) macht nichts.

vP wird rechtskräftig auf Zahlung in Höhe von EUR 20 zuzüglich Kosten und Zinsen verurteilt.

Hauptsumme:	EUR 20 Mio.
Kosten:	EUR 1 Mio.
Zinsen:	EUR 3 Mio. (1,5 Mio. pro EUR 10 Mio.)
Gesamtbelastung:	**EUR 24 Mio.**

Wer muss die EUR 4 Mio., die über die Versicherungssummen hinausgehen, zahlen?

20 Mio. Hauptsumme + 1 Mio. Kosten + 3 Mio. Zinsen (1,5 pro EUR 10 Mio.) = EUR 24 Mio. (Versicherungssumme 2 x EUR 10 Mio.)

Grundversicherer	**13**	**11,5**	**11,5**
	Kosten: 1 Freistellung: 9 Zinsen: 3	Kosten: 1 Freistellung: 9 Zinsen: 1,5	Kosten: 1 Freistellung: 9 Zinsen: 1,5
Exzedent	**10**	**10**	**11,5**
	Freistellung: 10 Zinsen: 0	Freistellung: 10 Zinsen: 0	Freistellung: 10 Zinsen: 1,5
vP	**1**	**2,5**	**1**
	Nach EUR 23 Mio. bleibt vP wegen der Kostenanrechnungsklausel mit EUR 1 Mio. belastet.	Nach EUR 21,5 Mio. bleibt vP wegen der Kostenanrechnungsklausel mit EUR 1 Mio. belastet und muss zusätzlich 1,5 Mio. Zinsen zahlen.	Nach EUR 23 Mio. bleibt vP wegen der Kostenanrechnungsklausel mit EUR 1 Mio. belastet.

proof by contradiction
Reductio ad Absurdum

20 Mio. Hauptsumme + 1 Mio. Kosten + 3 Mio. Zinsen = EUR 24 Mio.
(Versicherungssumme 2 x EUR 10 Mio.)

<u>Argumente gegen Lösung 1 (Grundversicherer muss EUR 3 Mio. Zinsen alleine tragen)</u>:

Der Grundversicherer hat die Zinszahlung nur in Höhe von EUR 1,5 (Zinsen auf EUR 10 Mio.) veranlasst.

Er hätte nie in Höhe von EUR 20 Mio. freistellen können. Die Klage ist nur in Höhe von EUR 20 Mio. erhoben worden, weil es einen Exzedenten mit einer weiteren Versicherungssumme über EUR 10 (xs 10) gab.

Soll der Grundversicherer dafür „bestraft“ werden, dass es einen Exzedenten gibt, obwohl er das zum Zeitpunkt des Abschlusses seines Vertrages nicht einmal beeinflussen konnte?

20 Mio. Hauptsumme + 1 Mio. Kosten + 3 Mio. Zinsen = EUR 24 Mio.
(Versicherungssumme 2 x EUR 10 Mio.)

<u>Argumente gegen Lösung 2 (vP muss 50% der Zinsen, also in Höhe von 1,5 Mio. zusätzlich zu den Kosten tragen)</u>:

vP steht schlechter, als sie stehen würde, wenn eine Versicherungssumme in Höhe von EUR 20 Mio. eingekauft worden wäre. Denn dann wären die Zinsen nach § 101 Abs. 2 VVG vollständig von dem Versicherer zu tragen.

Zudem steht vP faktisch sogar schlechter, als sie stehen würde, wenn es nur den Grundvertrag geben würde, denn dann wäre es mit hoher Wahrscheinlichkeit von vornherein nicht zu einer Klage in Höhe von EUR 20 Mio. gekommen.

20 Mio. Hauptsumme + 1 Mio. Kosten + 3 Mio. Zinsen = EUR 24 Mio.
(Versicherungssumme 2 x EUR 10 Mio.)

<u>Argumente gegen Lösung 3 (Exzedent muss EUR 1,5 Zinsen zusätzlich zu seiner Versicherungssumme in Höhe von EUR 10 tragen)</u>:

Der Exzedent hatte keine Leistungspflicht / jedenfalls war sie noch nicht fällig, er kann daher den Rechtsstreit nicht „veranlasst“ haben.

Eine Freistellung durch den Exzedenten, bevor der Grundversicherer ausgezahlt hat, würde zwingend zu einer Änderung des Attachment Points führen. Denn man kann haftungsrechtlich / mathematisch nicht „nach EUR 10 Mio. freistellen“. Freistellung erfordert Zahlung und Erfüllung der Haftpflichtschuld. Das ist mathematisch nur von **unten nach oben** möglich.

Also?

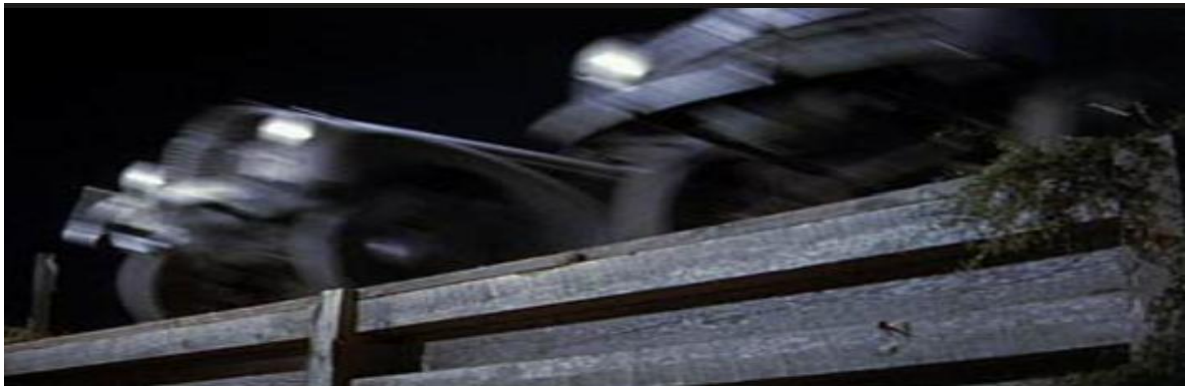
Attachment Point

III.

Rechte und Pflichten der beteiligten Versicherer bei Vergleichsverhandlungen

Beispiel:

- Insolvenzverwalter I nimmt die versicherte Person auf EUR 20 Mio. in Anspruch.
- Grundversicherer (EUR 10 Mio.), Exzedent EUR 10 Mio. (10 xs10).
- Der Insolvenzverwalter unterbreitet das Angebot, den Fall für EUR 10 Mio. zu erledigen.
- Der Grundversicherer ist nicht dazu bereit, mehr als EUR 6 Mio. zu zahlen. Der Exzedent verweigert eine Teilnahme an einem Vergleich mit dem Argument, sein Attachment Point sei noch nicht erreicht.



vP wird später rechtskräftig auf Zahlung in Höhe von EUR 20 zuzüglich Kosten und Zinsen verurteilt.

Kosten =	EUR 1 Mio.
Zinsen =	EUR 3 Mio.
Gesamtbelastung damit =	EUR 24 Mio.

Folgt man oben der Lösung 3, haben beide Versicherer nunmehr EUR 1,5 Zinsen „on top“ auf ihre Versicherungssumme zu zahlen.

Sie werden also faktisch so behandelt, als wäre ein Versicherungsvertrag mit einem Limit in Höhe von EUR 20 Mio. abgeschlossen worden.

Gibt es Ausgleichsansprüche der Versicherer untereinander?

Gab es eine rechtliche Verpflichtung des Grundversicherers, den Vergleichsvorschlag über EUR 10 Mio. anzunehmen ?

Haftet der Grundversicherer dem Exzedenten gegenüber auf Schadenersatz, weil dieser nunmehr EUR 11,5 Mio. zu zahlen hat?

Gab es eine Verpflichtung des Exzedenten, sich an dem Vergleich zu beteiligen, weil nach dem Ergebnis der Prüfung eigentlich klar war, dass eine gedeckte Haftung in Höhe von EUR 20 Mio. bestand?

Haftet der Exzedent nunmehr gar dem Grundversicherer gegenüber, weil er eine Beteiligung an dem Vergleich verweigert hat?

Wenn kein Schuldverhältnis zwischen den Versicherern besteht, wären (bis zur Grenze des § 826 BGB) beide Fragen zu verneinen.

Jeder Versicherer trägt grundsätzlich das Risiko für sein eigenes Verhalten („Chicken Run“)

Abwandlung:

- Alles wie zuvor, nur hat der Insolvenzverwalter die vP in Höhe von EUR 30 Mio. in Anspruch genommen.

- Wieder: Grundversicherer (EUR 10 Mio.), Exzedent EUR 10 Mio. (10 xs10).

- Wieder: Angebot des I, den Fall für EUR 10 Mio. zu erledigen.

- Wieder: Scheitern eines Vergleiches, da die Versicherer sich auf keine Allokation der EUR 10 Mio. einigen können.

- Abwandlung: vP wird später rechtskräftig auf Zahlung in Höhe von EUR 30 zuzüglich Kosten und Zinsen verurteilt.

Hauptsumme:	EUR 30 Mio.
Kosten:	EUR 1 Mio.
Zinsen:	EUR 9 Mio. (3 mal 1,5 Mio.)
Gesamtbelastung:	**EUR 40 Mio.**

Kann die vP hier argumentieren, die Versicherer seien schadenersatzpflichtig, weil sie ein Haftpflichturteil durch Zustimmung zu einem Vergleich hätten abwenden können?

Nochmals: BGH, Urteil v. 13.01.1981 (VersR 1981, 180)

Diesem Ermessen sind (…) dort Grenzen gesetzt, wo die Interessen des VN berührt werden und wo diese deshalb die Rücksichtnahme des Versicherers verlangen. ***Das gilt beispielsweise dann, wenn über die Versicherungssumme hinausgehende Ansprüche des Dritten durch das Verhalten des Versicherers präjudiziert werden könnten.***

IV.
Fazit

(Überleitung zu Teil 2)