

CLYDE&CO

Besonderheiten im Monitoring von D&O Schäden

12. Hamburger Financial Lines Forum

Philipp Strasser
Strasser Haindl Meyer
Rechtsanwälte GmbH, Wien

Dr. Sven Förster
Clyde & Co Europe LLP,
München

Agenda

- Der Monitoring Counsel - Begriffsbestimmung
- Besonderheiten bei der Exzedentenversicherung
- Beteiligung im Deckungsstreit
- Monitoring im Haftungsstreit
- Ausblick

Der Monitoring Counsel

Begriffsbestimmung

Der Monitoring Counsel

Eine Einordnung

Monitoring Counsel im weiteren Sinne: Berater/Vertreter des Versicherers bzgl. des Haftungs- und Deckungsverhältnisses

Monitoring Counsel im engeren Sinne: Haftungsverhältnis - Überwachung der Abwehr seitens des Defence Counsels hinsichtlich der gegen die versicherte Person erhobenen Ansprüche

Coverage Counsel: Deckungsverhältnis - Prüfung der Deckung unter dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherungsnehmer/die versicherte Person

Die Rolle des Monitoring Councils

... ist abhängig vom Einzelfall, regelmäßig ...

- Unterstützung des Versicherers bei der Ermittlung des Sachverhalts (Dokumente, Interviews)
- Rechtliche Analyse der Haftung und der Deckung
- Klärung des Regresses
- Beurteilung der Schadenshöhe
- Empfehlung zur Strategie und zu weiteren Schritten
- Empfehlung zur Bildung von Reserven (Freistellung, Abwehr- und Monitoringkosten)
- Begleitung / Unterstützung der Abwehr, insbesondere Koordination (“Sockelverteidigung”), Weisung
- Kommunikation mit weiteren Monitoring Councils bei “Insurance Tower”

Die Beteiligung des Versicherers im Rechtsstreit

... als Beklagter:
im Deckungsstreit

... als Streithelfer:
im Haftungsstreit

Besonderheiten bei der Exzedentenversicherung

Die Exzedentenbeteiligung

Deutschland – Besonderheiten bei der D&O Versicherung

- Abgrenzung Exzedentenversicherung zur Mitversicherung
- Following form
- Führungsklauseln und Regulierungsvollmacht bei der Mitversicherung, dogmatische Einordnung ist bislang streitig
- Herausforderungen bei
 - Vergleichen,
 - Kosten, Zinsen,
 - Beteiligung internationaler Versicherungen oder Lloyd's Syndicates ohne lokale Schadensteams

Exzedentenversicherung als Mitversicherung

Österreich – rechtliche Rahmenbedingungen

- Die dogmatischen Darstellungen zur Mitversicherung in Ö verweisen weitgehend auf dt Lit
- Rechte, Pflichten, Aufgaben und Vollmacht innerhalb der allgemeinen Grenzen des § 879 ABGB (gute Sitten) frei vereinbar – abhängig von vertraglicher Formulierung allfälliger Führungsklausel, etc
- Verhältnis Führender Versicherer / Mit-Versicherer in der **horizontalen Mitversicherung** = Auftragsverhältnis (§§ 1002 ff ABGB) – gesetzlicher Rahmen:
 - weitgehende Weisungs- und Informationsrechte des Auftraggebers, umfassende Wissenszurechnung
 - “Loyalitätspflicht” des Auftragnehmers – Umgang mit Interessenkonflikten
- Exzedentenversicherung (**vertikale Mitversicherung**) (vgl OGH 7 Ob 60/13v; 7 Ob 17/21g)
 - Typischerweise gerade keine „vertikale Führungsklausel“
 - Faktischer Zusammenhang: Hemmung der Verjährung durch Vergleichsgespräche des Grundversicherers? (vgl 7 Ob 219/04p – „Haushaltshaftpflichtversicherung“, unter Verweis auf dt Lit)

Exzedentenversicherung – “Anschlussversicherung”

Österreich – Besonderheiten

- OGH 23.5.2013, 7 Ob 60/13v – **Exzedentenversicherung** der Kammer der Wirtschaftstreuhandler
 - Attachment Point (lt AVB): Grundversicherung “*wirkt wie ein Selbstbehalt*” zum Exzedenten
 - Abwehrkosten trägt “*stets und unabhängig von der Höhe des Streitwerts*” der Grundversicherer
 - verhältnismäßige Aufteilung von Kosten nur, wenn festgestellter Anspruch Vers-Summe übersteigt
 - kein Feststellungsinteresse der VN gegenüber Exzedenten, wenn Grunddeckung nicht ausgeschöpft
- **Kosten- und Zinsen-Einrechnung**
 - “*auf seine Veranlassung*”, “*veranlasste Verzögerung*” – § 150 Abs 2 VersVG (dispositiv)
 - Mögliche Grenze: das Risiko einer unklaren Sach- und Rechtslage soll Versicherer tragen (Ramharter, D&O-Versicherung, 2018, Rz 6/35ff mwN)

Exzedentenversicherung

Deutschland – Unterschiede in Verfahren vor Schiedsgerichten und Staatlichen Gerichten

- Mehrparteien- und Mehrvertragschiedsverfahren nach den DIS Regeln, problematisch bei unterschiedlichen Schiedsklauseln
- Streitverkündung im Verfahren nach DIS Regeln ist grundsätzlich nicht möglich
- Vereinbarungen des Grundversicherers und der Exzedentenversicherer mit dem Versicherungsnehmer möglich, aber auch notwendig zur Vermeidung einer Vielzahl einzelner Verfahren

Exzedentenversicherung – Beteiligung am Deckungsstreit

Österreich – Deckungsstreit vor ordentlichen Gerichten

- **“Streitverkündigung”** – § 21 ZPO (RGrBl. Nr. 113/1895)
 - Bindungswirkung (RIS-Justiz RS0107338); re Haftpflichtversicherer (RIS-Justiz RS0041315)
 - Andererseits: „Tatbestandswirkung“ des Hafturteils gegenüber Versicherer (7 Ob 109/07s – „Fussball“)
- **Nebenintervention** (Streitbeitritt) – §§ 17 ff ZPO
 - rechtliches Interesse, Abgrenzung zum rein wirtschaftlichen Interesse (RIS-Justiz RS0035724); kein strenger Maßstab (RIS-Justiz RS0035638)
 - Rechtliches Interesse des Haftpflicht-Vers am Obsiegen der VN im Haftungsstreit (RIS-Justiz RS0035755)
 - Rechtliches Interesse des Exzedenten am Haftungsstreit? (vgl jedoch 2 Ob 72/63 – Anspruchsverzicht)
 - Rechtliches Interesse des Exzedenten am Deckungsstreit zwischen Versichertem und Grundversicherer?

Exzedentenversicherung – Beteiligung am Deckungsstreit

Österreich – Deckungsstreit vor Schiedsgerichten

- Streitbeitritt und Nebenintervention im Schiedsverfahren in Ö grundsätzlich anerkannt
- **Bindungswirkung** einer Streitverkündung im Schiedsverfahren abzulehnen, wenn der Streitverkündungsempfänger nicht auch Partei der Schiedsvereinbarung (RIS-Justiz RS0124272)
- Zulässigkeit der **Nebenintervention** im Schiedsverfahren (vgl etwa OGH 6 Ob 170/08f) – (i) Dritter an Schiedsvereinbarung gebunden oder unterwirft sich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ad hoc*; (ii) sämtliche Parteien stimmen Nebenintervention zu; (iii) Dritte unterwirft sich Schiedsgericht, wenn bereits konstituiert; (iv) volle Parteienrechte für Dritten.
- VIAC Schieds- und Mediationsordnung 2021 (**Wiener Regeln und Wiener Mediationsregeln 2021**)
 - Sog „Einbeziehung Dritter“ (Art 14)

Monitoring im Haftungsstreit

Monitoring im Haftungsstreit

Deutschland – “Herrschaft des Versicherers über das Verfahren”

- Informations-Gefälle beseitigen – Sicherung einer angemessenen Beurteilungs- aber auch Abwehrgrundlage
- Defence Counsel – Qualität und Vertrauen
- “Sockelverteidigung” – in der Abwicklung ggf. herausfordernd
- Streitbeitritt zulässig (OLG Hamm, Beschluss vom 19.08.2019 – 8 W 6/19; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 12.05.2015 – 11 W 28/13 (Kart); LG Cottbus Urt. vom 29.4.2020 – 1 O 33/17), aber auch strategisch sinnvoll?
- Sicherung des Regresses
- Versicherer hat gegenüber Versichertem eine Interessenwahrungspflicht wie “*ein von diesem beauftragter Rechtsanwalt*“ (BGH, Urteil vom 15.09.2010 - IV ZR 107/09)
 - ähnlich Ö: Vers kann Haftungsstreit nicht beitreten, wenn er Deckung bestreitet (1 Ob 123/14s)

Monitoring im Haftungsstreit

Deutschland – Einsichts- und Informationsrechte nach Deckungsablehnung

- „Ist der Versicherer von seiner Leistungsfreiheit überzeugt und lehnt er den Deckungsschutz vorbehaltlos ab, lässt er dem VN konkludent zur Regulierung freie Hand und gibt seine umfassende Dispositionsbefugnis über das Haftpflichtverhältnis auf [...]. Nach Leistungsablehnung hat der VN auch keine Obliegenheiten mehr zu erfüllen [...].“ Vgl. BGH VersR 2007, 1116 Rn. 15
- Ausnahme: Kollusives Zusammenwirken
- Abwehrdeckung unter Vorbehalt
- Rücknahme der Deckungsablehnung

Monitoring im Haftungsstreit

Österreich – Auskunftspflichten / Belegpflichten (§ 34 VesVG) (I)

- **Auskunftsverlangen/Auskunftsbedürfnis** des Vers (weiter Ermessensspielraum) (RIS-Justiz RS0080185)
 - es zählt zum Allgemeinwissen, dass falsche Angaben gegenüber dem Versicherer Folgen nach sich ziehen (RIS-Justiz RS0080008)
 - alles Zweckdienliche zur Aufklärung des Schadensereignisses selbst dann vorzunehmen, wenn es seinen eigenen Interessen zum Nachteil gereichen sollte (vgl RIS-Justiz RS0080972)
- **Auskunftspflicht nach Deckungsablehnung**
 - differenzierende Rsp des OGH: der Versicherungsnehmer, der weiterhin die Erlangung einer Leistung des Versicherers anstrebt, ist nach Deckungsablehnung nicht schlechthin von jeglicher Obliegenheit befreit (7 Ob 60/86 VersE 1314) – insb wenn er sich selbst auf Leistungsanspruch beruft und ihm Einhaltung der Auskunftspflicht zumutbar ist
 - insb Nachforschungspflicht zu Obliegenheiten, Nachreichung bereits angefragter und Berichtigung unrichtiger Auskünfte (vgl *Ramharter* in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG 7. Lfg 2021, § 34 Rz 41)

Monitoring im Haftungsstreit

Österreich – Auskunftspflichten / Belegpflichten (§ 34 VesVG) (II)

- Auskunftspflicht der **klagenden Versicherungsnehmerin in der D&O**
 - „Die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, zur Feststellung des Sachverhalts nach Möglichkeit beizutragen, besteht selbst dann, wenn sie seinen eigenen Interessen widerstreitet. Es kommt nur darauf an, daß die begehrte Auskunft abstrakt zur Aufklärung des Schadensereignisses geeignet ist.“ (OGH 7 Ob 6/90 mwN; RIS-Justiz RS0081041)
 - daneben: gesellschaftsrechtlicher Anspruch des Organs auf **Einsicht in Geschäftsunterlagen** (J. Reich-Rohrwig; Cl. Grossmayer; K. Grossmayer; Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 462 insb unter Verweis auf 6 Ob 157/14b – „Entbindung vom Bankgeheimnis“)
- **Spontane Auskunftspflichten** in der D&O-Versicherung?
 - Thema: Vergleich / Auflösungsvereinbarung mit *“Haftungsverzicht, insoweit keine D&O-Deckung besteht”* (vgl auch Ramharter in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG 7. Lfg 2021, § 34 Rz 17 unter Verweis auf hL/Rsp in D – bei Regulierung durch anderen Versicherer)

Monitoring im Haftungsstreit

Österreich – Prozessführungsbefugnis des Haftpflichtversicherers (I)

- § 62 VersVG (halbzwingend)
 - “*(1) Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, beim Eintritt des Versicherungsfalles nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen und dabei die Weisungen des Versicherers zu befolgen; er hat, wenn die Umstände es gestatten, solche Weisungen einzuholen. [...]“*
- **weiter Schadensbegriff**
 - Sicherung von Regressansprüchen ist Teil der Schadensminderungspflicht (OGH 7 Ob 75/78 VersE 902)
- **Ende der Rettungsobliegenheit**
 - besteht grundsätzlich auch nach Leistung der Versicherungs-Entschädigung weiter (RIS-Justiz RS0080558)

Monitoring im Haftungsstreit

Österreich – Prozessführungsbefugnis des Haftpflichtversicherers (II)

- **Keine Weisungspflicht** des Versicherers (OGH 7 Ob 201/09y VersE 2325 – Kfz-Kasko)
- Ausübung des Weisungsrechts **kein Präjudiz** für Leistungspflicht (ungeklärt – vgl Vonkilch in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG, 7. Lfg 2021, zu § 62 Rz 26 mit Verweis auf dt Lit)
- außergerichtliche Schadenabwehr muss im Zweifel nicht dem Versicherer überlassen werden (RIS-Justiz RS0081133)

- D&O-AVB – zumeist **freie Anwaltswahl** der VP mit qualifiziertem Widerspruchsrecht des Versicherers
 - Widerspruchspflicht bei fehlender Eignung des Anwalts? (Koch, VersR 2019, 449, 455)

- Deckungsschädliche Obliegenheitsverletzung bei “**dolus coloratus**” (Verletzung einer Obliegenheit mit dem Vorsatz, die Beweislage nach dem Versicherungsfall zu Lasten des Versicherers zu manipulieren – vgl 7 Ob 1/07h; vgl Vonkilch in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG, 7. Lfg 2021, zu § 62 Rz 7)

Monitoring im Haftungsstreit

Sockelverteidigung – faktische Abwicklung

- Richtiges **Setting** der Defence Counsel (komplementäre Besetzung)
- **Koordination** des Prozessvorbringens / “Baustein-Lösung” vs Flut an (unterschiedlichen) Schriftsätzen (komplex: Rechtsmittelverfahren)
- Herausforderung: subjektive Verantwortung bei “kollektiver Inanspruchnahme”
- Strategische Sockelverteidigung = relevanter **Kostenfaktor**
- **Streitbeitritt des D&O-Versicherers** (rechtliches Interesse des Haftpflichtversicherers)

Monitoring im Haftungsstreit

Österreich – D&O-relevante Rsp des OGH

- 7 Ob 137/15w (D&O – Serienschadensklausel)
- 7 Ob 182/17s (Beraterhaftpflicht – *claims made*-Klausel)
- 7 Ob 127/20g (D&O – Anspruchserhebung durch Streitverkündung; „Trennungsprinzip“)
- 7 Ob 216/20w (POSI – vorvertragliche Offenlegungsobliegenheiten)



Dr. Sven Förster

Partner

Clyde & Co Europe LLP

Maximilianstraße 2
80539 München

T: +49 89 2444 20 103

E: sven.foerster@clydeco.com



Philipp Strasser

Partner

Strasser Haindl Meyer Rechtsanwälte GmbH

Schwarzenbergplatz 5
1030 Wien

T: +43 1 36 16 001

E: philipp.strasser@shm.at

Vielen Dank. Fragen?

Clyde & Co LLP accepts no responsibility for loss occasioned to any person acting or refraining from acting as a result of material contained in this summary. No part of this summary may be used, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, reading or otherwise without the prior permission of Clyde & Co LLP.
© Clyde & Co LLP 2022

Clyde & Co LLP

www.clydeco.com