



CLYDE&Co

Subsidiaritätsklauseln in der D&O-Versicherung

8. Hamburger Forum Haftpflichtversicherung

Dr. Henning Schaloske

Einleitung

- Produktvielfalt: in einem Schadensfall können verschiedene Versicherungsverträge angesprochen sein
- Konflikt: es stellt sich dann die Frage, ob sämtliche Versicherer, gegebenenfalls in welcher Reihenfolge, oder keiner der Versicherer eintrittspflichtig ist
- D&O: diese Fragen sind im D&O-Kontext aufgrund der vielfältigen Absicherungsmöglichkeiten sowie Wettbewerbsintensität und damit verbundener Wechsel der am Risiko beteiligten Versicherer besonders akut

Agenda

- Grundlagen:
Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln
- Das D&O-Puzzle:
Besonderheiten bei der D&O-Versicherung
- Ein Blick über den Tellerrand:
Double insurance and Other insurance clauses
- Fazit und Ausblick:
Folgen für die Vertragspraxis

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln



Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Mehrfachversicherung i.w.S.

- Versicherung desselben Interesses gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherern
- Unterfälle:
 - Nebenversicherung
 - Mitversicherung
 - Exzedentenversicherung
 - Mehrfachversicherung i.e.S. (Doppelversicherung)

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Rechtsrahmen

- § 77 VVG: Mitteilungspflicht
- § 78 VVG: Haftung bei Mehrfachversicherung
- § 79 VVG: Beseitigung der Mehrfachversicherung
- Abgrenzung zu § 86 VVG (Übergang von Ersatzansprüchen)
 - Bsp.:
 - Rechtsanwalt haftet gegenüber Geschäftsführer
 - Wirtschaftsprüfer haftet gegenüber Gesellschaft neben Vorstandsmitglied
 - VSV-Versicherer haftet gegenüber Gesellschaft neben Vorstandsmitglied
 - Sekundär eintrittspflichtiger D&O-Versicherer leistet vor

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

§ 78 VVG: Haftung bei Mehrfachversicherung

- (1) Ist bei mehreren Versicherern ein Interesse gegen dieselbe Gefahr versichert und (...) übersteigt aus anderen Gründen die Summe der Entschädigungen, die von jedem Versicherer ohne Bestehen der anderen Versicherung zu zahlen wären, den Gesamtschaden (Mehrfachversicherung), haften die Versicherer in der Weise als Gesamtschuldner, dass jeder Versicherer den von ihm nach dem Vertrag zu leistenden Betrag zu zahlen hat, der Versicherungsnehmer aber insgesamt nicht mehr als den Betrag des Schadens verlangen kann.**
- (2) Die Versicherer sind im Verhältnis zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, die sie dem Versicherungsnehmer nach dem jeweiligen Vertrag zu zahlen haben. Ist auf eine der Versicherungen ausländisches Recht anzuwenden, kann der Versicherer, für den das ausländische Recht gilt, gegen den anderen Versicherer einen Anspruch auf Ausgleichung nur geltend machen, wenn er selbst nach dem für ihn maßgeblichen Recht zur Ausgleichung verpflichtet ist.**
- (3) Hat der Versicherungsnehmer eine Mehrfachversicherung in der Absicht vereinbart, sich dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist jeder in dieser Absicht geschlossene Vertrag nichtig; dem Versicherer steht die Prämie bis zu dem Zeitpunkt zu, zu dem er von den die Nichtigkeit begründenden Umständen Kenntnis erlangt.**

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Folgen der Mehrfachversicherung nach § 78 VVG

- Haftung der Versicherer als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB, teils modifiziert)
- Begrenzung des Anspruchs des Versicherten auf Schaden
- Wahlrecht bei Inanspruchnahme der Versicherer
- Ausgleichsanspruch des in Anspruch genommenen Versicherer nach § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG und § 426 Abs. 2 BGB
 - bei Haftpflichtversicherung: Abwehrkosten und Freistellung
 - Ausgleich entsprechend Verhältnis der Außenhaftung im Rahmen der Gesamtschuld (bei zwei VR i.d.R. hälftig)

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Abdingbarkeit der Mehrfachversicherung nach § 78 VVG

- Vorrangige Haftung, z.B. typische Klauseln in der Cyber-Versicherung

A1-12 AVB Cyber – Vorrangige Versicherung

Besteht Versicherungsschutz nach den Bedingungen dieses Vertrages auch in einem anderen Versicherungsvertrag, so geht die Cyberrisiko-Versicherung vor.

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Abdingbarkeit der Mehrfachversicherung nach § 78 VVG

- Sekundäre Haftung: Subsidiaritätsklauseln
 - Arten und Abgrenzung:
 - einfache Subsidiaritätsklauseln: anderer Versicherer gewährt Deckung
 - qualifizierte Subsidiaritätsklauseln: anderweitiger Versicherungsschutz
 - sonstige Klauseln
 - Auslegung: allgemeine Grundsätze, im Zweifel enge Auslegung
 - Wirksamkeit (§ 307 BGB)
 - einfache Subsidiaritätsklauseln: unabhängig von Vorleistungspflicht
 - qualifizierte Subsidiaritätsklauseln: str., aber grundsätzlich zu bejahen, da in der Regel auch gänzlicher Risikoausschluss möglich

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

Kollision von Subsidiaritätsklauseln: ergänzende Vertragsauslegung

- Vorrang qualifizierter vor einfacher Subsidiaritätsklausel
- Zwei qualifizierte Klauseln, str.
 - Vorrang der später vereinbarten Klausel
 - kein Versicherer eintrittspflichtig (h.M.)
- Zwei einfache Subsidiaritätsklauseln
 - Vorrang der später vereinbarten Klausel
 - Anteilige Haftung im Außenverhältnis
 - Gegenseitige Aufhebung: so jetzt für den Regelfall durch den Bundesgerichtshof (Urt. v. 19.02.2014 – IV ZR 389/12) entschieden

Mehrfachversicherung und Subsidiaritätsklauseln

BGH, Urt. v. 19.02.2014 – IV ZR 389/12, VersR 2014, 450

- In dem entschiedenen Fall ging es um die Kollision zweier Reiseversicherungen. Beide Verträge enthielten einfache Subsidiaritätsklauseln.
- Bundesgerichtshof hat entschieden, dass beide Versicherer eintrittspflichtig sind, eine Mehrfachversicherung vorliegt und der in Anspruch genommene Versicherer im Innenverhältnis von dem anderen Versicherer anteilig Regress nehmen kann (vgl § 78 VVG).
- Nach Auffassung des Bundesgerichtshof ergibt die Auslegung der Versicherungsbedingungen aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers, dass sich kollidierende einfache Subsidiaritätsklauseln wechselseitig aufheben.



Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Versicherungsverträge im Schadensfall

- Aktuelle D&O-Versicherung
- Vorversicherung(en)
- D&O-Versicherung anderer VN bei Fremdmandaten
- Selbstbehaltpolice
- Individualpolice
- TTT-Police
- Rechtsschutzversicherungen
- Vertrauensschadensversicherung
- Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen
- IPO-Deckung
- Industriehaftpflichtversicherung
- Kreditversicherungen
- etc.

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Typische Konfliktfälle

- Aktuelle D&O-Versicherung vs. Vorversicherung(en)
- D&O-Versicherung vs. Rechtsschutzversicherungen

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Subsidiaritätsklauseln

- Typischerweise einfache Subsidiaritätsklauseln
- Unterschiedliche Ausgestaltungen
 - teils Standardklauseln wie in anderen (Haftpflicht-)Versicherungen
 - teils spezielle Ausgestaltung
 - teils Vorrang aktuelle Police, teils Vorrang Vorversicherung
 - teils Ausschluss Leistungspflicht, teils Exzedentenversicherung bzw. DIC-/DIL-Deckung
 - bei Kollision teils Rangverhältnisse und im Übrigen engste sachliche Verbindung
- Wirksamkeit von Subsidiaritätsklauseln, die Claims-Made Prinzip aushebeln?

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

- Ziffer 6 AVB-AVG 2017

Besteht für einen unter diesem Versicherungsvertrag geltend gemachten Schaden auch unter einem anderen Versicherungsvertrag Versicherungsschutz, so sind Versicherungsnehmerin und versicherte Personen verpflichtet, den Schaden zunächst unter dem anderweitigen Versicherungsvertrag geltend zu machen. Die Leistungspflicht des Versicherers unter diesem Vertrag besteht nur, wenn und insoweit der anderweitige Versicherer für den Schaden nicht leistet. Kommt es zu einer Leistung aus diesem Versicherungsvertrag, weil der Versicherer des anderweitigen Versicherungsvertrages seine Leistungspflicht gegenüber der Versicherungsnehmerin oder einer versicherten Person bestreitet, so sind diese verpflichtet, etwaige Ansprüche aus dem anderweitigen Versicherungsvertrag an den Versicherer dieses Vertrages abzutreten.

Sofern die Versicherungsnehmerin oder eine versicherte Person das durch diesen Versicherungsvertrag versicherte Risiko auch anderweitig versichert (Doppelversicherung, Anschlussversicherung), ist dies dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen.

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Kollidierende Subsidiaritätsklauseln

- Allgemeine Grundsätze gelten jedenfalls im Verhältnis zwischen D&O- und anderen Versicherungen
 - einfache Subsidiaritätsklauseln heben sich gegenseitig auf
 - Anwendbarkeit von § 78 VVG
- Übertragbarkeit allgemeiner Grundsätze auch bei Konflikt zwischen aktueller D&O-Versicherung und Vorversicherung?
 - Vertrag zulasten Dritter, wenn Neuvertrag (gezielt) Subsidiaritätsklausel des Altvertrags aushebelt?
 - ergänzende Vertragsauslegung nach Maßstab des durchschnittlichen Versicherten
 - Zweck des Claims Made-Prinzips?
 - Zweck der Nachmeldefristen?

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Vorfrage: Auslösung Nachmeldefristen bei Programmänderungen

- Nachmeldefristen grundsätzlich unverfallbar ausgestaltet
- Voraussetzung für Auslösung Nachmeldefrist ist typischerweise „Vertragsende“ oder „Vertragsbeendigung“
- Teilweise (zunehmend?) explizite (individuelle) Regelungen, dass Nachmeldefristen jedenfalls bei weiterer Programmbeteiligung eines Versicherers nicht gelten
- Was gilt in anderen Fällen?

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Versicherungsprogramm (Beispiel)

2. Exzedent: Versicherer D

VS: EUR 10 Mio.

1. Exzedent: Versicherer C

VS: EUR 20 Mio.

Grunddeckung: Versicherer A und B

VS: EUR 20 Mio. (A: 15, B: 5)

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Beispielsfälle

- E und F übernehmen die Grundversicherung. A und B scheiden aus.
- E übernimmt den 1. Exzedentenlayer von C, der aus dem Programm ausscheidet.
- In der Grunddeckung übernimmt E den Anteil von B (5 von 20) neben A, der weiter als Führender beteiligt bleibt.
- C und D tauschen die Rollen: D übernimmt den 1. Exzedentenlayer und C wechselt in den 2. Exzedentenlayer.

u.v.m.

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Vertragskontinuität oder -beendigung

- Sofern keine Regelung getroffen wird, ist im Wege der Vertragsauslegung festzustellen, ob eine Vertragsbeendigung oder bloße -änderung erfolgt.
- Auch sofern zivilrechtlich eine Vertragsbeendigung vorliegt, ist zu hinterfragen, ob dies versicherungsvertraglich gleichbedeutend mit einer Vertragsbeendigung für die Zwecke der Nachmeldefristen ist. Zu berücksichtigen sind etwa
 - Zweck des Claims Made-Prinzips,
 - Zweck der Nachmeldefristen,
 - Kontinuitätsregelungen,
 - Auswirkungen auf Kumulklauseln,
 - Auswirkungen auf Trigger für Exzedentenlayer.

Besonderheiten bei der D&O-Versicherung

Beispielsfälle

- E und F übernehmen die Grundversicherung. A und B scheiden aus.
 - In der Regel Vertragsbeendigung betreffend A und B
- E übernimmt den 1. Exzedentenlayer von C, der aus dem Programm ausscheidet.
 - In der Regel Vertragsbeendigung betreffend C, aber keine Eintrittspflicht mangels Ausschöpfung?
- In der Grunddeckung übernimmt E den Anteil von B (5 von 20) neben A, der weiter als Führender beteiligt bleibt.
 - Zivilrechtlich in der Regel Vertragsbeendigung, aber versicherungsvertraglich eher Vertragsänderung
- C und D tauschen die Rollen: D übernimmt den 1. Exzedentenlayer und C wechselt in den 2. Exzedentenlayer.
 - In der Regel wohl eher Vertragsänderung

Double insurance and Other insurance clauses

Double insurance and Other insurance clauses

- Double insurance (vgl. ss. 32, 80 Marine Insurance Contract Act 1906)
 - Mehrfachversicherung ist zulässig und Wahlrecht des Versicherten, den einen oder anderen Versicherer in Anspruch zu nehmen
 - Ausgleichspflichten zwischen Versicherern
- Other insurance clauses
 - Notice clauses
 - Escape clauses
 - Excess clauses
 - Rateable proportion clauses
 - „Arms race“ cases

Double insurance and Other insurance clauses

- Klauselbeispiel (Excess clause)

If Loss is insured under any other valid policy, then this Policy shall cover such Loss, subject to its terms, only to the extent that the amount of such Loss is in excess of the amount of payment from such other insurance whether such other insurance is stated to be primary, contributory, excess, contingent or otherwise, unless such other insurance is written only as specific excess insurance over the Limit of Liability provided in this Policy.

Double insurance and Other insurance clauses

- Kollision von Other insurance clauses (Bsp.)
 - Gegenseitige Aufhebung von zwei Escape clauses (Weddell v Road Transport & General Insurance Co Ltd [1932])
 - Ebenso bei zwei Excess clauses (Austin v Zurich General Accident & Liability Insurance Co Ltd [1944])
 - Vorrang von Excess clause gegenüber Rateable proportion clause (National Farmers Union Mutual Insurance Society Ltd v HSBC Insurance (UK) [2010])
 - Vorrang eines spezielleren Excess clause gegenüber allgemeinem Excess clause (Rathbone v Novae Corporation [2013])

Double insurance and Other insurance clauses

Extended Reporting Period

- Grundversicherung (Bsp.)

The extended reported period applies only to Wrongful Acts prior to the expiry of the policy period. This extended reported period shall only be available (a) if written notice of such election, and payment of the additional premium due, are received by the Insurer within 30 days following the expiry of the policy period; and (b) if this policy is not replaced or succeeded by any other policy affording directors and officers liability cover. Any claim made during the extended reporting period shall be deemed to have been made during the policy period immediately preceding the extended reporting period.

Double insurance and Other insurance clauses

Extended Reporting Period

- Exzedentenvertrag

If the Appropriate Underlying Insurance provides coverage on a Claims Made basis and if such policies provide coverage under an Extended Reporting Period then this Policy will provide coverage on the same basis providing that:

- a. this Policy is cancelled or not renewed;*
- b. the injury or damage takes place on or after the Retroactive Date of this Policy and prior to the expiry of this Policy;*
- c. this Policy's Extended Reporting Period will NOT apply for a longer period of time than the shortest Extended Reporting Period provided by an Underlying Insurance;*
- d. if the Insured is required to submit a request to the insurer of the Appropriate Underlying Insurance to obtain an Extended Reporting Period endorsement, then:*

(1) The Insured must make to the Company a written request for such endorsement within sixty (60) days after the termination of the period of this Policy, and

(2) an additional premium will be payable in accordance with the Company rates. The Insured must pay this additional premium promptly when due.

Failure to comply with the above conditions will void the Extended Reporting Period coverage under this Policy and the Company will refund any additional premium paid for the Extended Reporting Period coverage.

Double insurance and Other insurance clauses

Extended Reporting Period

- Keine Rechtsprechung oder sonstigen Stellungnahmen zur Frage, ob bei Austausch eines Versicherers oder Wechseln von Versicherern im Programm eine Vertragsbeendigung oder -änderung vorliegt.
- Maßgeblich dürfte Zweck der ERP sein, Deckungslücken zu vermeiden.
- Es sprechen daher gute Gründe dafür, sowohl im Fall des Austausches eines Versicherers als auch des Wechsels in der Programmbeteiligung von einer Fortsetzung des Versicherungsschutzes ohne Auslösung der ERP auszugehen, sofern Versicherungsschutz im Wesentlichen unverändert und kontinuierlich fortbesteht.

Folgen für die Vertragspraxis



Folgen für die Vertragspraxis

- Kritisch zu hinterfragen aus Sicht von Versicherten, Maklern wie Versicherern ist Ansatz, Eintrittspflichten zeitlich in Vorversicherungen zurück zu verlagern – dies widerspricht dem Claims Made-Prinzip, führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen und erhöht die Komplexität im Schadensfall
- Lösungen über Subsidiaritätsklauseln und deren „Tuning“ sind Grenzen gesetzt
- Sachgerecht erscheint Rückbesinnung auf Zweck der Nachmeldefristen und der Begrenzung ihres Anwendungsbereichs auf Deckungslücken, zum Beispiel durch Begrenzung auf DIC/DIL oder Anknüpfung an Grundversicherung
- Abgrenzung von Alt- und Neuprogrammen wie auch zu anderen Versicherungsverträgen ist Underwriting-Aufgabe und möglichst konkret und individuell zu lösen

Kontakt



Dr. Henning Schaloske

Partner

T: +49 (0)211 8822 8800

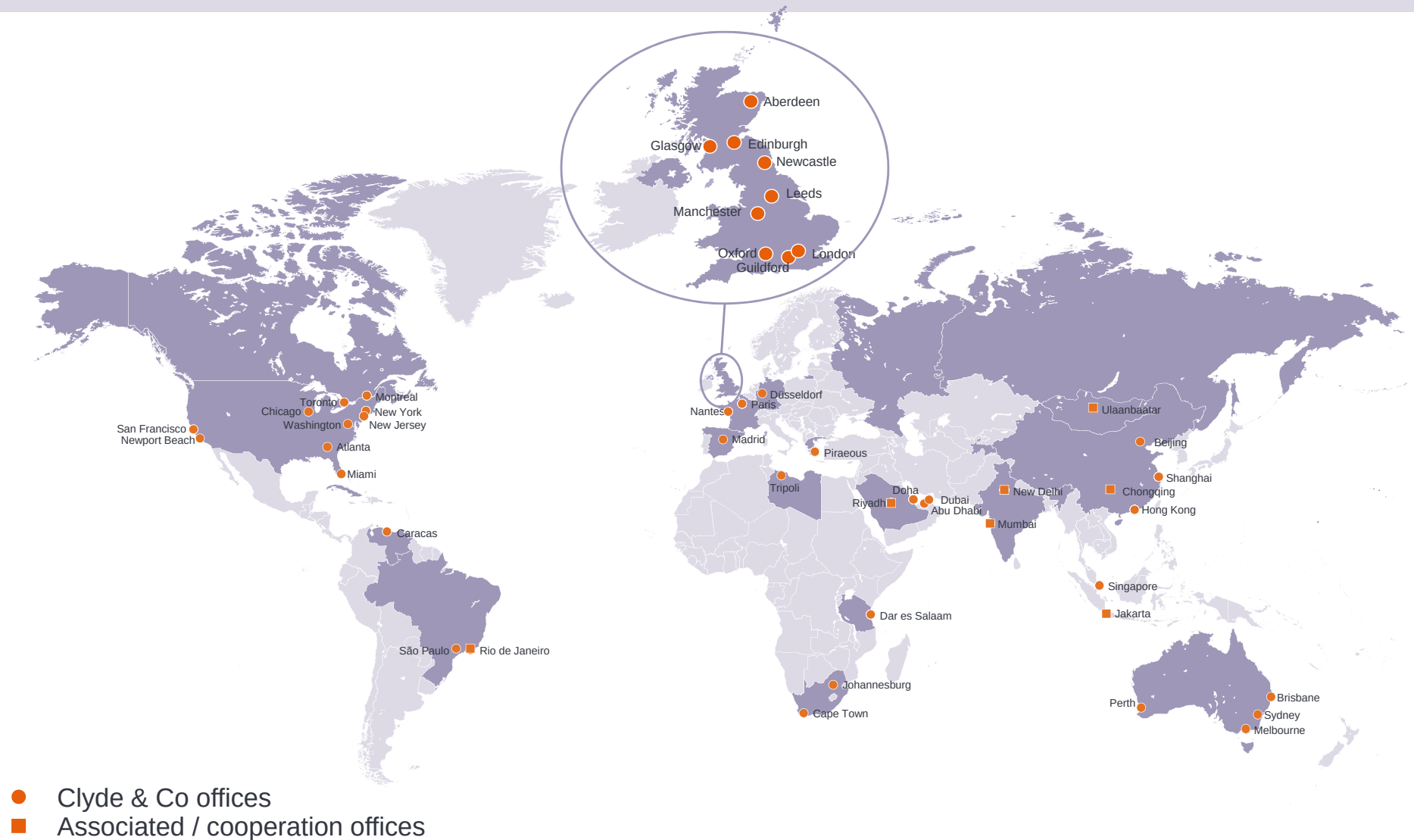
E: henning.schaloske@clydeco.com

Henning Schaloske leitet den deutschen Standort von Clyde & Co. Seine Beratungspraxis ist auf das Versicherungs- und Rückversicherungsrecht fokussiert. Ein besonderer Schwerpunkt liegt auf der Vertretung von (Rück-)Versicherern in komplexen nationalen und internationalen Schadensfällen als Monitoring, Coverage oder Defence Counsel. Er verfügt über breite Erfahrung in staatlichen Gerichts- wie auch nationalen und internationalen Schiedsverfahren. Darüber hinaus berät Henning Schaloske bei der Produktentwicklung und zu aufsichtsrechtlichen Themen.

Henning Schaloske ist Vorsitzender des Arbeitskreises Berufshaftung/Vermögensschadenhaftpflichtversicherung in der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht des Deutschen Anwaltvereins.

Er wird als führender Experte für Versicherungs-/ Rückversicherungsrecht unter anderem durch JUVE, Wirtschaftswoche, Chambers Europe, Legal 500 und Who's Who Legal empfohlen.

Clyde & Co



390

Partners

2000

Legal
professionals

3600

Total staff

47

Offices and associated
offices in 20 countries