

Erschöpfung der Versicherungssumme in der Grund- und Exzedentenversicherung – Probleme der Vertragsgestaltung (Folgepflichten, Führungsklauseln)

Hermann Wilhelmer

- 1. Einleitung**
- 2. Die Leistungspflichten in der Grund- und Exzedentenversicherung**
 - 2.1. Grundlegendes
 - 2.2. Ausgangsbasis
 - 2.3. Allgemeine Fälligkeit des Haftpflichtversicherungsanspruches
 - 2.4. Ausübung des Ermessenswahlrechts
 - 2.5. Abandonrecht
 - 2.6. Kostenpflicht des Exzedentenversicherers
 - 2.6.1. Kostendeckung auf Basis § 150 VersVG/§ 101 VVG
 - 2.6.2. Additive Kostendeckung mit Aliquotierung
 - 2.6.3. Kosteneinrechnung ohne Aliquotierung
 - 2.7. Freistellungsverpflichtung des Exzedentenversicherers
 - 2.7.1. Leistungspflicht
 - 2.7.2. Bindungswirkung
 - 2.8. Zinsentragungspflicht des Exzedentenversicherers
 - 2.9. Judikatur
 - 2.9.1. OGH 7 Ob 60/13v und OLG München 25 U 2750/28
 - 2.9.2. OLG Düsseldorf 4 U 23/18
- 3. Variationen der Summendifferenzklausel**
 - 3.1. „The policy language matters“
 - 3.2. Varianten der Summendifferenzklausel
 - 3.2.1. Schadenanschlussklausel
 - 3.2.1.1. Klausel
 - 3.2.1.2. Auslegung
 - 3.2.2. Versicherungssummen-Ausschöpfungsklausel
 - 3.2.2.1. Klausel
 - 3.2.2.2. Auslegung
 - 3.2.3. Versicherungssummen-Auszahlungsklausel
 - 3.2.3.1. Klausel
 - 3.2.3.2. Auslegung

- 3.3. Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers
- 3.4. Sonderfall Haftpflichtvergleich
- 3.5. Konsequenzen für die Versicherten
- 4. **Gestaltung von Anschlussversicherungsklauseln in der Exzedentenversicherung**
 - 4.1. Grundlegendes
 - 4.2. Vereinbarungsebene
 - 4.3. Einzelne Aspekte von Anschlussversicherungsklauseln
 - 4.3.1. Informations- und Auskunftsklauseln
 - 4.3.2. Auslegungsfolgeklauseln
 - 4.3.3. Anerkennungsklauseln
 - 4.3.4. Mitwirkungsklauseln und Regelungen zu einem Einigungsverfahren
 - 4.3.5. Shaving-of-Limits-Klauseln oder Deckung auf „erstes Risiko“
- 5. **Zusammenfassung**

1. Einleitung

Die „Erschöpfung“ der Versicherungssumme in der Exzedentenversicherung benennt eine aktuell zentrale versicherungsrechtliche Fragestellung in der Grund- und Exzedentenversicherung.¹ Dieser (oft nicht immer genau oder allgemein als „**Ausschöpfung**“ benannte) AVB-rechtliche Tatbestand steht im Exzedentenversicherungsrecht nicht für sich alleine, sondern geht einher mit der Normierung eines „**Attachment Points**“, dh einer Betragsgrenze, ab der die Leistungspflicht des Exzedenten beginnt, und der Angabe einer **Versicherungssumme**, welche die betragliche Deckungsstrecke des Exzedentenversicherers in Abgrenzung zur Grund-

1 Beitrag *Schaloske/Thole* in diesem Band („Von Consorten & Türmen: Ausgewählte Praxisfragen in der Exzedentenversicherung“); Beitrag *Gal* in diesem Band („Probleme der Vertragsdurchführung von [konsortialen] Exzedentenversicherungen – zur Ausgestaltung von Führungsklauseln und Folgepflichten in der Staffelfversicherung“); *Kosich*, Die Exzedentenversicherung. Rechtsfragen gelayeter Versicherungen unter der besonderen Berücksichtigung der Beziehungen der beteiligten Versicherer untereinander (2022) 80 ff; *Langheid*, Die Erschöpfung der Versicherungssumme und die Folgepflicht des Excedenten, in *Berisha/Gisch/Koban*, Compliance – Prävention und Risikotransfer im Versicherungsrecht (2022) 43 ff; *Böhmer*, Ausgewählte Probleme bei Exzedenten(haftpflicht)versicherung – Rechtsverträgen, in FS Langheid (2022) 49 ff; *Eley*, Grundlagen der Exzedentenversicherung – Diskussionsstand, Dogmatik und Lösungsansätze, VersR 2021, 1461 ff; *Henning*, Grundlagen der Exzedentenversicherung (2020) 209 ff; *Koch*, Wechselseitige Rücksichtnahmepflichten der Versicherer in der Exzedentenversicherung, in FS Thümmel (2020) 421 ff; *Schaloske*, Exzedentenversicherung – Rechtsfragen in der Schadenpraxis, in FS von Fürstenwerth (2020) 315; *Thürmann*, Einige Gedanken zu Layerdeckungen in der Betriebshaftpflichtversicherung, in *Koch/Werber/Gerrit*, Der Forschung – der Lehre – der Bildung – 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg eV (2016) 505 ff; *Koch*, Eintrittspflicht der Exzedentenversicherung in der Haftpflichtversicherung, VersR 2021, 879 ff; *Knöfel*, Strukturprobleme der D&O-Exzedentenversicherung, ZIP 2018, 1814 ff; *Knöfel*, D&O-Exzedentendeckungen, VersR 2018, 513–521; *Schaloske*, Praxisfragen der Exzedentenversicherung, PHI 2012, 166 ff.

bzw Vorversicherung festlegt. Attachment Point und Versicherungssumme bilden das Mindestmaß an Regelung für die Festlegung der Einstiegsgrenze in der Exzedentenversicherung. Sie wird in der versicherungsrechtlichen Literatur als **Summendifferenzklausel** bezeichnet.²

Die Summendifferenzklausel ist von der **Drop-down-/Step-down-Klausel**, die „Summenausschöpfungsklausel“ genannt wird, zu unterscheiden.³ Ferner ist die Summendifferenzklausel von der **Following-Form-Klausel** abzugrenzen, die den Deckungsumfang der Exzedentenversicherung mit Verweis auf die AVB der Grunddeckung regelt.⁴

Welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die Leistungspflicht des Grundversicherers endet und jene des Exzedentenversicherers beginnt, ob die (Grund-)Versicherungssumme nicht mehr ausreicht, um den „Schaden“ zu liquidieren („**Schadenanschlussklausel**“), ob die Versicherungssumme „ausgeschöpft“ („**Versicherungssummen-Ausschöpfungsklausel**“) oder ob die (Grund-)Versicherungssumme zur Gänze „ausbezahlt“ sein muss („**Versicherungssummen-Auszahlungsklausel**“), damit die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers beginnt,⁵ richtet sich nach der konkreten AVB-rechtlichen Ausgestaltung der Summendifferenzklausel in der Exzedentenversicherung. Wie im dritten Teil des Beitrages (Kap 3.) gezeigt wird, spielt die unterschiedliche Ausgestaltung der Summendifferenzklausel eine nicht unwesentliche Rolle für die Festlegung der Leistungsgrenzen in der Exzedentenversicherung. Es gilt der Grundsatz: „**The policy language matters.**“

Bevor auf die unterschiedlichen Varianten der Summendifferenzklausel eingegangen wird, ist nach einer Einleitung (Kap 1.) im zweiten Teil dieses Beitrages (Kap 2.) die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers und damit korrespondierend die Leistungspflicht des Grund- oder Vorversicherers auf **Basis des allgemeinen Versicherungsvertragsrechtes** zu erörtern. Für die Beurteilung der Leistungspflicht des Versicherers in der Haftpflichtversicherung ist es nämlich dem Grunde nach nicht von entscheidender Relevanz, ob es sich beim betreffenden Versicherungsvertrag um eine Grund- oder um eine Exzedentenversicherung handelt. Rechtsfragen zur Fälligkeit des allgemeinen Haftpflichtversicherungsanspruches betreffend Gewährung von Rechtsschutz und/oder Freistellungsdeckung, zur Fälligkeit des Zahlungsanspruches gem § 154 VersVG/§ 106 VVG

2 S dazu etwa *Henning*, Exzedentenversicherung 60–61; *Kosich*, Exzedentenversicherung 80 ff; *Koch* in FS Thümmel 423 ff; *Eley*, VersR 2021, 1463.

3 *Henning*, Exzedentenversicherung 61 ff; *Kosich*, Exzedentenversicherung 97 ff; *Koch* in FS Thümmel 426; *Eley*, VersR 2021, 1464 f.

4 Zu aktuellen Rechtsfragen der Following-Form-Abrede siehe *Kosich*, Following-form-Vereinbarungen in Exzedentenversicherungsverträgen, VersR 2023, 752 ff; ebenso *Böhmer* in FS Langheid 54–57.

5 S dazu schon instruktiv *Thürmann*, FS 100 Jahre Hamburger Seminar 505 ff. *Thürmann* unterscheidet drei Varianten der Summendifferenzklausel, die auch in diesem Beitrag als Unterscheidungskriterium zugrunde gelegt werden, siehe dazu unten Kap 3.2.

oder zu Fragen der Kosten- und Zinsendeckung gem 150 Abs 2 Satz 2 VersVG/ § 101 Abs 2 Satz 2 VVG stellen sich in der Grundversicherung prinzipiell genauso wie in der Exzedentenversicherung.

Wenn es um die Beurteilung der Kostendeckung im Verhältnis von Grund- und Exzedentenversicherung geht, sind auch die zum Teil vom Versicherungsvertrag abweichenden **AVB-rechtlichen Kostendeckungsmodelle** (additive Kostendeckung mit Aliquotierung versus Kosteneinrechnung ohne Aliquotierung) in den Blick zu nehmen (Kap 2.6.2. und Kap 2.6.3.)

Für die zutreffende Beurteilung der Leistungspflicht des Exzedentenversicherers spielt auch die richtige Analyse und Rezeption der bisher zur Exzedentenversicherung ergangenen **Judikatur** eine wichtige Rolle. Soweit ersichtlich, werden zu einigen Urteilen, die sich mit der „Ausschöpfung“ der Grundversicherungssumme durch Gewährung von Kostendeckung befassen, überschießende Schlussfolgerungen gezogen, welche die Leistungsgrenzen zwischen Grund- und Exzedentenversicherung nicht erhellen, sondern verdunkeln, mit der Folge erheblich ausgedehnter Leistungspflichten zulasten des Grundversicherers. Unter Kap 2.9. werden drei jüngere Gerichtsentscheidungen besprochen, um sie in der Diskussion zur Leistungspflicht des Grundversicherers im Verhältnis zum Exzedentenversicherer richtig einzuordnen.

Nachdem auf Basis des allgemeinen Versicherungsvertragsrechts und der AVB-rechtlich normierten Kostendeckungsmodelle sowie auf der Grundlage der Analyse der unterschiedlichen Varianten der Summendifferenzklausel in der Exzedentenversicherung („Schadenanschluss-Klausel“, „Versicherungssummen-Ausschöpfungsklausel“, „Versicherungssummen-Zahlungsklausel“) die einzelnen Aspekte der Leistungspflicht in der Grund- und Exzedentenversicherung hinsichtlich Rechtsschutz- und Freistellungsdeckung erörtert wurden, werden im Kap 4. des Beitrages **Vertragsgestaltungsfragen** in der Exzedentenversicherung erörtert. In Anlehnung an die in der Mitversicherung verbreiteten „Führungsklauseln“ werden einzelne Regelungsinhalte in den Blick genommen, die im vertikalen Verhältnis von Grund- und Exzedentenversicherung ausdrücklich normiert werden könnten/sollten (Kap 4.1. und Kap 4.2.). In der Literatur wird immer wieder festgestellt, dass es keine „vertikalen Führungsklauseln“ in der Exzedentenversicherung gäbe,⁶ und es wird angeregt, Anschlussversicherungsfragen ausdrücklich zu regeln.⁷ Der Beitrag schließt deshalb mit Überlegungen zu Klauselvorschlägen, die in der Literatur aktuell zur Diskussion stehen (siehe dazu im Detail Kap 4.3.). Ziel ist es, einige Anschlussversicherungsklauseln zu benennen, die zum einen in der Vertragspraxis durchsetzbar sind, zum anderen für alle Vertragsbeteiligten mehr Rechtssicherheit bewirken.

6 *Kosich*, Exzedentenversicherung 174; *Henning*, Exzedentenversicherung 121–122; *Thürmann* in FS 100 Jahre Hamburger Seminar 510; *Eley*, VersR 2021, 1465; *Koch*, VersR 2021, 880; *ders* in FS Thümmel 42; vgl auch Beitrag *Gal* und Beitrag *Schaloske/Thole* in diesem Band.

7 *Thürmann*, FS 100 Jahre Hamburger Seminar 506.

2. Die Leistungspflichten in der Grund- und Exzedentenversicherung

2.1. Grundlegendes

In der Exzedentenversicherung ist der Versicherungsschutz vertikal ausgestaltet. Ausgehend von einem Grundvertrag, der das versicherte Risiko ab null abdeckt, wird das Risiko durch mehrere Versicherungsverträge vertikal nach oben gestaffelt⁸ versichert (Staffelversicherung). Es liegt eine oder es liegen mehrere Exzedentenversicherung(en) bzw Layer⁹ im Anschluss an eine Grunddeckung vor. Der Versicherungsschutz wird „in Blöcken“ bzw „Etagé“ für „Etagé“ nach oben ausgestaltet.¹⁰ Es wird ein je nach Risiko (kleinerer oder größerer) Versicherungsturm gebildet.¹¹

Das Verhältnis von Grund- und Exzedentenversicherung ist gegenwärtig einer verstärkten literarischen Diskussion ausgesetzt.¹² Ohne auf alle Einzelheiten dieser Debatte einzugehen, werden nachstehend jene **Eckpunkte zur Exzedentenversicherung** zusammengefasst, nach denen sich der Verfasser im Folgenden richten möchte:

- Grund- und Exzedentenversicherungsverträge sind jeweils **eigenständig**.¹³ Jeder Versicherer im Versicherungsturm ist in seiner Haftungs- und Deckungsbeurteilung (im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens) frei¹⁴ (Folgeklauseln [„Follow the settlement“] mit einer direkten Bindung des Exzedentenversicherers an die Haftungsentscheidungen des Grundversicherers gibt es in der Exzedentenversicherung derzeit nicht).¹⁵
- Grundsätzlich bestehen zwischen Grund- und Exzedentenversicherung **keine Sorgfalts- und Schutzpflichten**.¹⁶ Diese bestehen nur jeweils gegenüber dem

8 Zum Bild der Staffelung siehe *Eley*, VersR 2021, 1462; Beitrag *Schaloske/Thole* in diesem Band, ebenso Beitrag *Gal* in diesem Band.

9 Mit *Eley*, VersR 2021, 1462–1463 verwende ich im Folgenden den Begriff „Layer“ nur für die Exzedentenversicherungen, also für den 1., 2. oder 3. Exzedenten nach der jeweiligen Grunddeckung; siehe anders *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung (2022) Rz 3004, wo auch die Grunddeckung als 1. Layer bezeichnet wird.

10 So anschaulich statt vieler *Eley*, VersR 2021, 1462 ff; Beitrag *Gal* in diesem Band.

11 Zum Begriff des Versicherungsturms und einer entsprechenden grafischen Darstellung im Verhältnis zum Mitversicherungskonsortium siehe *Eley*, VersR 2021, 1462–1463; zum Begriff „Versicherungsturm“ siehe unter anderem auch *Knöfel*, ZIP 2018, 2018.

12 Siehe Nachweise in FN 1.

13 *Kosich*, Exzedentenversicherung 77–78.

14 *Koch*, VersR 2021, 880; *ders*, FS Thümmel 427.

15 *Koch*, VersR 2021, 880; Beitrag *Gal* in diesem Band.

16 *Henning*, Exzedentenversicherung 95 ff, 120. Anderer Ansicht jüngst *Segger/Neveling*, Abstimmungs- und Rücksichtnahmepflichten in der D&O-VR bei der Schadenregulierung, r+s 2023, 693 ff. An dem Ansatz von *Segger/Neveling* ist richtig, dass sich aus dem allgemeinen Haftpflichtversicherungsrecht Abstimmungs- und Rücksichtnahmepflichten des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer im Fall der Schadenregulierung ergeben, wenn der zu regulierende Schaden die Grundversicherungssumme übersteigt (siehe ua BGH VersR 1981, 181; BGH VersR 2001, 1151; ebenso *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung Rz 2519). In diesem Sinne wohl auch *Koch* in FS Thümmel 431 („Haftung des Grundversicherers“ nur, wenn er eine Pflichtverletzung begründet, die „zugleich (auch) eine Pflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer“ darstellt). Diese Abstimmungs- und Rücksichtnahmepflichten gegenüber den Versicherten sind auf die Exzedentenversicherung übertragbar.

Versicherungsnehmer/den Versicherten.¹⁷ Im Ausnahmefall, bei Organisation und Abstimmung im Versicherungsfall und aufgrund der damit verbundenen Gespräche und Verhandlungen, die zu einer Vertrauenshaltung führen, können sich (ohne anderweitige AVB-rechtliche Vereinbarung) zwischen den Versicherern vertragliche Nebenpflichten wie etwa Informations- und Sorgfaltspflichten sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens konstituieren.¹⁸

- Die Regelungen zur **Doppelversicherung** bzw **Mehrfachversicherung** gem §§ 56 VersVG bzw §§ 77 ff VVG sind auf das Verhältnis von Grund- und Exzedentenversicherung weder direkt noch analog anzuwenden.¹⁹ Die Regelungen zur Doppel- bzw Mehrfachversicherung zielen auf die mehrfache Versicherung desselben versicherten Interesses auf horizontaler Ebene ab, nicht auf den Fall von vertikal übereinander geschachtelten Versicherungsverträgen.²⁰ Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht.
- Die allgemeine (und hier beitragsgegenständliche) Summendifferenzklausel in Kombination mit dem Attachment Point regelt, wann die Leistungspflicht des Grundversicherers erfüllt ist und – im „Anschluss“ daran – die Leistungspflicht der Exzedentenversicherung beginnt.²¹
- Die Grundversicherung wirkt im Verhältnis zur Exzedentenversicherung wie ein **Selbstbehalt**, und zwar in der Selbstbehaltsform der „Self-Insured Retention“.²² Die Exzedentenversicherung gewährt Freistellungsdeckung nur für berechtigte Haftpflichtansprüche, welche die Höhe der Grundversicherungssumme übersteigen. Für die Gewährung von Abwehrdeckung bei Abwehr unberechtigter Haftpflichtansprüche richtet sich die Eintrittspflicht des Exzedentenversicherers nicht nach der Anspruchshöhe, sondern danach, ob der Grundversicherer in Höhe seiner Grundversicherungssumme Abwehrkosten erbracht hat (siehe dazu unten Kap 2.6.). Insofern wirkt die Grund- bzw Vorversicherung auch bei Gewährung von Abwehrschutz (zunächst) wie ein Selbstbehalt.
- Der **Attachment Point** in der Exzedentenversicherung bezeichnet jenen Schnittpunkt, der die Leistungspflicht zwischen Grund- und Exzedentenversicherer trennt. Der Attachment Point und die Benennung der jeweiligen Versicherungssumme stellen in der Grund- und Exzedentenversicherung eine objektive Risikobegrenzung dar.²³ Mit der Definition des Versicherungsfalles haben diese Rege-

17 Henning, Exzedentenversicherung 100.

18 Dazu siehe Koch in FS Thümmel 432–433 („ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ im Sinne des § 311 Abs 2 Nr 3 BGB bei gemeinsamer Festlegung der Verteidigungsstrategie bzw Verhandlungen zu einem Haftungsvergleich).

19 Henning, Exzedentenversicherung 80 ff, 85; Koch, VersR 2021, 879–880; aA Thürmann FS 100 Jahre Hamburg 508 ff; Knöfel, ZIP 2018, 1815, ders, VersR 2018, 520 f; Schaloske, PHi 2012, 167.

20 Koch, VersR 2021, 880.

21 Kosich, Exzedentenversicherung 80 ff.

22 Thürmann in FS 100 Jahre Hamburger Seminar 509 FN 9; Beitrag Schaloske/Thole in diesem Band.

23 Henning, Exzedentenversicherung 72–75; Wilhelmer, Berufshaftpflichtversicherung Rz 3010 FN 4680.