

§ 1396a ABGB ist daher auch nach der hier vertretenen Ansicht auf Abtretungsverbote in der Haftpflichtversicherung nicht anzuwenden. Wenn der Gesetzgeber Zessionsverbote im Rahmen der Haftpflichtversicherung für unzulässig erklären wollen würde, müsste er eine dem deutschen § 108 Abs 2 VVG entsprechende Bestimmung erlassen.⁴⁶

3.3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass in Österreich kein gesetzliches Verfügungsverbot über versicherungsrechtliche Ansprüche besteht; in der Haftpflichtversicherung sind Verfügungen über die Entschädigungsforderung aus dem Versicherungsverhältnis jedoch nur zugunsten des geschädigten Dritten zulässig.

Die Vereinbarung eines Abtretungsverbots in AVB sowie die Bindung einer wirksamen Abtretung an die Zustimmung des Versicherers ist in Österreich – auch zum Nachteil des geschädigten Dritten – möglich. Im Einzelfall ist die Berufung darauf aber rechtsmissbräuchlich. So kann sich der Versicherer bspw nicht (mehr) auf ein vertragliches Abtretungsverbot zulasten des geschädigten Dritten berufen, nachdem die Haftpflichtverbindlichkeit des Versicherten bereits im Sinne des § 154 Abs 1 Satz 1 Fall 2 VersVG – durch rechtskräftiges Urteil, Anerkennung oder Vergleich – festgestellt ist.

4. Abtretung des Befreiungsanspruchs an den geschädigten Dritten – Fallvarianten

Die Rechtsfolgen einer Abtretung des Befreiungsanspruchs an den geschädigten Dritten sind unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem ob der Befreiungsanspruch vor oder nach (rechtskräftiger) Klärung der Haftpflichtfrage erfolgt.

4.1. Variante 1: Abtretung des Befreiungsanspruchs nach Feststellung der Haftpflicht

4.1.1. Zulässigkeit der Abtretung

Wie bereits unter Kap 3.2.2. angeführt, ist eine Abtretung des Befreiungsanspruchs an den geschädigten Dritten – unabhängig von einem in AVB enthaltenen Abtretungsverbot – jedenfalls dann zulässig, wenn die Haftpflichtverbindlichkeit des Versicherungsnehmers bzw Versicherten bereits iSd § 154 Abs 1 S 1 Fall 2 VersVG festgestellt ist.

⁴⁶ Ebd 182.

die geschädigte Gesellschaft trotz Abtretung weiterhin dem Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme durch die geschädigte Gesellschaft ausgesetzt ist, sollte diese mit der Durchsetzung ihrer Klage gegen den Versicherer scheitern. Einer Abtretung an Erfüllung statt wird die Gesellschaft zumeist nicht zustimmen, weil dies eine Rückgriffsmöglichkeit gegen das Organ auch dann ausschließen würde, wenn die Leistungsklage gegenüber dem Versicherer aus deckungsrechtlichen Gründen scheitert.¹⁴² All dies trägt wohl dazu bei, dass in der Praxis eine Abtretung des Befreiungsanspruchs durch das versicherte Organ nur sehr selten erfolgt.

6.3.2. Folgen einer Klagsabweisung im (Quasi-)Direktprozess

6.3.2.1. Verhältnis Gesellschaft – Organ

Die materielle Rechtskraft eines Zivilurteils ist gemäß § 411 ZPO in subjektiver Hinsicht auf die Parteien des rechtskräftig entschiedenen Prozesses beschränkt. Sie tritt nur bei Identität der Parteien ein, außer das Gesetz sieht ausnahmsweise eine Rechtskrafterstreckung auch auf andere Parteien vor.¹⁴³

Verliert die Gesellschaft daher den (Quasi-)Direktprozess gegen den Versicherer (aus haftungsrechtlichen oder deckungsrechtlichen Gründen), kann sie bei einer Abtretung des Befreiungsanspruchs bloß erfüllungshalber, das Organ in weiterer Folge direkt auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.

Selbst eine Streitverkündung gegenüber dem versicherten Organ im (Quasi-)Direktprozess (diese reicht für den Eintritt der Bindungswirkung grundsätzlich bereits aus, ein tatsächlicher Streitbeitritt des Organs, der ja gerade durch die Wahl der Abtretungskonstellation nicht gewünscht ist, ist nicht erforderlich) führt nicht zu dem – aus Sicht des Organs – gewünschten Ergebnis, dass bei Abweisung der Leistungsklage der Gesellschaft eine anschließende Klage gegen das Organ aufgrund eingetretener Bindungswirkung ausgeschlossen ist.

Nach stRsp erstrecken sich die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils insoweit auf die einfache Nebenintervenientin und diejenigen, die sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligten, als diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses im Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind sie daher an die ihre Rechtsposition belastenden Tatsachenfeststellungen im Urteil des Vorprozesses gebunden, sofern ihnen in jenem Verfahren rechtliches Gehör zustand.¹⁴⁴

¹⁴² Brinkmann, ZIP 2017, 3083.

¹⁴³ Brenn in Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO_Praxiskommentar (2019) § 411 ZPO, Rn 12.

¹⁴⁴ RIS-Justiz RS0107338.

vertrag zu regeln, dass der Rechtsschutzanspruch des Versicherten nach Abtretung des Freistellungsanspruchs und erfolglos geführtem (Quasi-)Direktprozess nach wie vor besteht bzw. „wiederauflebt“.¹⁴⁹

Wird im (Quasi-)Direktprozess die Klage allerdings bereits (zumindest auch) aus deckungsrechtlichen Gründen abgewiesen und gelingt im nachfolgend geführten Haftpflichtprozess zwischen geschädigter Gesellschaft und Organ die Abwehr des Haftpflichtanspruchs nicht, so besteht nach der hier vertretenen Ansicht kein Freistellungsanspruch des Organs. Über diesen (abgetretenen) Anspruch wurde nämlich bereits im (Quasi-)Direktprozess ablehnend entschieden. Selbst wenn der Anspruch in weitere Folge an das Organ zurückabgetreten werden würde, ändert dies am Ergebnis nichts, weil die materielle Rechtskraft des (Quasi-)Direktprozesses auf den Rechtsnachfolger erstreckt wird. Die in Österreich – vor allem wegen des Fehlens einer Parallelbestimmung zu § 325 dZPO – ursprünglich kontrovers diskutierte Frage, ob auch der nach Streitanhängigkeit in das Recht eingetretene Einzelrechtsnachfolger (und nicht bloß der Gesamtrechtsnachfolger) durch die Rechtskraftwirkung eines Urteils getroffen wird, ist mittlerweile höchstgerichtlich eindeutig im bejahenden Sinn geklärt.¹⁵⁰

Wird das Bestehen des Befreiungsanspruchs aus deckungsrechtlichen Gründen bereits im (Quasi-)Direktprozess verneint, so gilt dies folglich auch im Verhältnis Organ – Versicherer. Unterliegt das Organ daher im anschließend geführten Haftpflichtprozess, so trifft den Versicherer keine Freistellungsverpflichtung.

6.4. Zusammenfassung

Zusammengefasst hat das Ergebnis des (Quasi-)Direktprozesses auf das Verhältnis geschädigte Gesellschaft zu versichertem Organ bzw. versichertes Organ zum Versicherer daher folgende Auswirkungen:

1. Die geschädigte Gesellschaft verliert den (Quasi-)Direktprozess gegen den Versicherer aus haftungsrechtlichen Gründen

Die Gesellschaft kann nun das Organ auf Schadenersatz in Anspruch nehmen; eine Bindungswirkung bzw. Rechtskrafterstreckung des rechtskräftigen Urteils im (Quasi-)Direktprozess gegenüber dem versicherten Organ ist nicht eingetreten. Die Haftpflichtfrage wird im Haftpflichtprozess neu geprüft. Das Organ hat nach der hier vertretenen Ansicht weiterhin einen Anspruch auf Rechtsschutzdeckung. Obsiegt die geschädigte Gesellschaft im Haftpflichtprozess, muss der Versicherer das Organ freistellen.

¹⁴⁹ Siehe dazu auch *Lange*, D&O und Managerhaftung § 21 Rn 85; aA, wenn die Klage aus deckungsrechtlichen Gründen abgewiesen wird, bspw. *Armbrüster*, r+s 2010, 144, 451; *Baumann*, VersR 2010, 984, 990; *Brinkmann*, ZIP 2017, 30, 305.

¹⁵⁰ *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO (Stand 1.11.2017, rdb.at) Rn 112; bspw. 1 Ob 245/08y; 7 Ob 44/02z; 1 Ob 256/98y.

zu stellen. Die Klärung dieses Rechtsverhältnisses ist stets auch vorgreiflich,⁶³ weil das Bestehen eines Haftpflichtanspruchs Voraussetzung für das Bestehen des geltend gemachten Freistellungs- bzw Zahlungsanspruchs ist. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn der geltend gemachte Zahlungsanspruch wegen eines offensichtlichen Deckungsausschlusses nicht besteht, wobei hier bereits unwahrscheinlich ist, dass sich der Geschädigte dann auf eine Abtretung eingelassen hätte.⁶⁴ Das ebenso erforderliche Rechtsschutzbedürfnis folgt aus der immanenten Gefahr der Inanspruchnahme des Versicherten nach Scheitern des Direktprozesses auf Grundlage des Haftpflicht- bzw Gewährleistungsanspruchs.

Die Ermächtigung zur prozessstandschaftlichen Widerklageerhebung, dh zur Geltendmachung fremder Rechte in eigenen Namen, ist bereits auf Grundlage der AVB AHB 2016 in den Versicherungsverträgen enthalten. Zwar sehen die Musterbedingungen sowohl in Ziff 5.2 als auch in Ziff 25.5 AVB AHB 2016 ausdrücklich nur ein Tätigwerden „*im Namen des Versicherungsnehmers*“ vor. Aus der Auslegung dieser Bestimmungen unter Berücksichtigung des Parteiwillens folgt jedoch *a maiore ad minus*, dass eine Ermächtigung zum Tätigwerden in eigenem Namen erst recht enthalten sein soll. Denn der Versicherte überlässt mit den Ziff 5.2 und 25.5 AVB AHB 2016 dem Versicherer sogar die Prozessführung in einem Verfahren, in dem er selbst Beklagter ist. Dann würde er aber erst recht den Versicherer ermächtigen wollen, die Schadensregulierung zu betreiben, ohne selbst die Beklagtenposition einnehmen zu müssen.⁶⁵ Ein darüber hinaus zur prozessstandschaftlichen Geltendmachung erforderliches schutzwürdiges Interesse aufseiten des Versicherers besteht mit Blick auf die ohne Widerklage drohende Inanspruchnahme des Versicherten nach Abschluss des Direktprozesses.⁶⁶

3.2.5. Beibehaltung der haftungsrechtlichen Beweislastregeln im Direktprozess

Die durch die Abtretung partielle Durchbrechung des Trennungsprinzips sowie die Fokussierung auf die Haftpflichtfrage mittels der Widerklage bringen auch für den Ablauf des Direktprozesses einige Besonderheiten mit sich.

Besondere Aufmerksamkeit erfuhr dabei die Frage, ob Beweislastregeln aus dem spezifischen Haftungsrecht auch im Rahmen der Inzidentprüfung des Haftpflichtanspruchs zu beachten sind oder ob hier lediglich die allgemeine Beweis-

63 Zur Vorgreiflichkeit: BGH-Urteil v 2.7.2007 – II ZR 111/05 = NJW 2008, 69, 71; BGH-Urteil v 16.7.2004 – V ZR 222/03 = NJW 2004, 3330, 3332; Geisler in Prütting/Gehrlein (Hrsg), ZPO¹⁴ (2022) § 256 Rz 37.

64 Zu den innewohnenden Ausschlüssen und äußeren Ausschlüssen vgl Glimpel, Die Abtretung (2022) 153 ff.

65 Glimpel, Die Abtretung (2022) 144 f; im Ergebnis auch Finkel/Seitz in Seitz/Finkel/Klimke (Hrsg), D&O-Versicherung (2016) Ziff 4 Rz 152; aA: Koch in Bruck/Möller (Hrsg), VVG¹⁰ (2023) AHB Ziff 5 Rz 199; Baumann, VersR 2010, 984, 991.

66 Glimpel, Die Abtretung (2022) 152 f.

3.5.1. Widerklage erhoben

Ist der Versicherer seiner Abwehrverpflichtung nachgekommen, hängt die Rechtslage maßgeblich davon ab, aus welchem Grund der Direktprozess gescheitert ist.

Wurde nach Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber aus deckungsrechtlichen Gründen ein Zahlungsanspruch gegen den Versicherer im Direktprozess abgelehnt, aber dennoch über die Widerklage entschieden,¹⁰¹ steht nunmehr fest, dass ein Versicherungsschutz für den konkreten Haftpflichtanspruch nicht besteht. Hat der Versicherer die nicht bestehende Deckung zutreffend prognostiziert und aus dem Grunde Abwehr nur unter Vorbehalt gewährt,¹⁰² steht dem Versicherer ein Anspruch auf Herausgabe bzw Wertersatz der rechtsgrundlos erlangten Abwehrdeckung aus §§ 812 Abs 1 Satz 1 Alt 1, 818 Abs 2 BGB zu. Weitere Ansprüche des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer bestehen nicht, weil über die Deckung endgültig entschieden wurde. Da das Unterliegen in Bezug auf den Widerklageantrag zugleich aber das kontradiktorische Gegenteil feststellt,¹⁰³ besteht auch hinsichtlich des Haftpflichtanspruchs zumindest dem Grunde nach kein Zweifel mehr. Der Geschädigte wäre in die Lage versetzt, den Versicherungsnehmer nun direkt in Anspruch zu nehmen, wobei allenfalls die Höhe des Anspruchs noch streitig wäre.

Ist der Direktprozess nach Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber dagegen aus haftungsrechtlichen Gründen gescheitert, gilt Abweichendes. Zwar stünde durch die abweisende Entscheidung auch hier fest, dass kein Zahlungsanspruch gegen den Versicherer besteht. Allerdings würde das Zwischenfeststellungsurteil auch das Bestehen eines Haftpflichtanspruchs mit Wirkung zwischen Versicherungsnehmer und „Geschädigtem“ rechtskräftig ablehnen. Der Prozess der Schadensregulierung wäre damit insgesamt abgeschlossen.

Wurde hingegen der Freistellungsanspruch an Erfüllung statt abgetreten und scheitert der Direktprozess aufgrund deckungsrechtlicher Einwände, während die Widerklage ebenfalls erfolglos bleibt und damit das Bestehen eines Haftpflichtanspruchs im Zeitpunkt der Abtretung bejaht wurde, kommt ein Anspruch gegen den Versicherungsnehmer aus §§ 437 Nr 3, 280 Abs 1 und 3, 283 Satz 1 bzw §§ 311a Abs 2 Satz 1, 365, 453 Abs 1 Alt 1, 435 Satz 1 BGB in Betracht. Ein Verschulden durch den Versicherungsnehmer vorausgesetzt, haftet dieser für

101 Zur Frage, wann in dieser Konstellation ein Haftpflichtanspruch dennoch das Merkmal der Vorgreiflichkeit erfüllt ist, siehe: *Glimpel*, Die Abtretung (2022) 153 ff.

102 Zur Zulässigkeit der Gewährung von (Abwehr-)Deckung unter Vorbehalt vgl nur *Langheid* in *Langheid/Rixecker* (Hrsg), VVG⁷ (2022) § 100 Rz 6; *Lücke* in *Prölss/Martin* (Hrsg), VVG³¹ (2021) § 100 Rz 16.

103 BGH-Urteil v 17.2.1983 – III ZR 184/81 = NJW 1983, 2032 f.; BGH-Urteil v 9.4.1986 – IV b ZR 14/85 = NJW 1986, 2508, 2509; *Bacher* in *Vorwerk/Wolf* (Hrsg), BeckOK-ZPO (Stand 1.7.2023) § 256 Rz 37; *Musielak* in *Musielak/Voit* (Hrsg), ZPO²⁰ (2023) § 322 Rz 62; einschränkend *Becker-Eberhard* in *Rauscher/Krüger* (Hrsg), MüKo-ZPO⁶ (2020) § 256 Rz 76 (der diesem Ergebnis nur folgt, wenn die negative Feststellungsklage gerade abgewiesen wurde, weil das festzustellende Rechtsverhältnis besteht).

*Pflichtverstöße herbeiführen. [Der VN] wird den Leistungsausschluss deshalb dahin verstehen, dass er schon dann Versicherungsleistungen ausschließt, wenn ein Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung mitverursacht ist.*¹³

Andernfalls bestünde für den Versicherten mittels einer weiteren diesmal „nur“ fahrlässig begangenen Pflichtverletzung die Möglichkeit – ungeachtet der auch schadenursächlichen wissentlichen Pflichtverletzung –, Versicherungsschutz zu erlangen. Deshalb stellt der BGH fest: *„[Den Versicherten] wegen einer solchen gesteigerten Sorglosigkeit [mehrere pflichtwidrige Handlungen] gegenüber demjenigen VN besser zu stellen, der sich lediglich eine wissentliche Pflichtverletzung zuschulden kommen lässt, wäre erkennbar sinnwidrig.*“¹⁴

Der BGH bezieht sich folglich ausdrücklich auf den zugrunde liegenden Sachverhalt, in dem ein Versicherter wissentlich und fahrlässig handelte und durch beide Pflichtverletzungen denselben Schaden verursachte. Bei einer solchen Ausgangslage würde die Gewährung von Versicherungsschutz denjenigen Versicherten besserstellen, der zusätzlich zu einer wissentlichen Pflichtverletzung auch noch aufgrund einer weiteren – nun „bloß“ fahrlässigen – Pflichtverletzung haftet. Eine solche Besserstellung widerspreche nach Ansicht des BGH aber dem Sinn und Zweck des Risikoausschlusses.

1.3.3. Folgen der BGH-Entscheidung

Die BGH-Entscheidung führte zu einer regen Diskussion in der Rechtswissenschaft. Erörtert wurden dabei die Fragen, (1) ob die BGH-Entscheidung auf die D&O-Versicherung übertragbar ist und (2) ob auch die wissentliche Pflichtverletzung einer versicherten Person den Versicherungsschutz für eine andere fahrlässig handelnde versicherte Person entfallen lässt.¹⁵

Trotz der regen Diskussion kam es zu keiner Beantwortung dieser Rechtsfragen durch den BGH. Soweit ersichtlich, führte das *Obiter Dictum* des BGH auch zu keiner Anpassung der am Markt verwendeten Versicherungsbedingungen.¹⁶

2. Eine versicherte Person handelt mehrfach pflichtwidrig

Höchststrichterlich ist daher bisher unbeantwortet, ob auch in der D&O-Versicherung der Versicherungsschutz entfällt, wenn eine versicherte Person den Schaden durch eine fahrlässige und durch eine wissentliche Pflichtverletzung herbeiführt.

13 BGH, VersR 2015, 1156, 1157.

14 BGH, VersR 2015, 1156, 1157.

15 Langheid, VersR 2017, 1365; Looschelders, VersR 2018, 1413; Kordes, r+s 2019, 307; de Lippe, VersR 2021, 69; Ihlas in Münchener Kommentar² VVG 320 D&O-Versicherung, Ziff 625, 894; Armbrüster, VP 9/2023, 6.

16 Ihlas in Münchener Kommentar² (Bd 3) 320, Rn 894.

Leistungsfreiheit beim Aufeinandertreffen von vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtverletzungen

Felix Hörlsberger

1. Einleitung
2. Vorsatz-/Wissentlichkeitsausschluss
 - 2.1. Wissenszurechnung
3. Vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung/BGH-Beschluss
 - 3.1. Schuldhaftige Verletzungen während aufrechem Versicherungsvertrag
 - 3.2. Aufeinandertreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit
 - 3.3. Lösungsvorschlag Langheid (VersR 2017, 1365)
4. Nachwort

1. Einleitung¹

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Leistungsfreiheit beim Aufeinandertreffen von vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtverletzungen. Dafür muss zuerst definiert werden, wann Fahrlässigkeit, Vorsatz oder Wissentlichkeit vorliegt. Im Folgenden wird auf den Ausschluss von Vorsatz in der Haftpflichtversicherung eingegangen, wobei dabei zwischen vorvertraglicher Anzeigepflicht und Wissenszurechnung einerseits und vorsätzlicher/wissentlicher Herbeiführung andererseits unterschieden wird. In der Folge wird der BGH-Beschluss zum Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit analysiert und der Lösungsvorschlag von *Langheid* zur D&O-Versicherung dargelegt. Anschließend wird die Kritik in Deutschland zu dem Lösungsvorschlag referiert, bevor abschließend der Vorschlag nach österreichischem Recht untersucht und der Beitrag am Ende in Thesen zusammengefasst wird.

2. Vorsatz-/Wissentlichkeitsausschluss

§ 152 VersVG lautet: „Der Versicherer haftet nicht, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat.“

¹ RA MMag Dr Felix Hörlsberger ist Rechtsanwalt und Partner bei DORDA Rechtsanwälte GmbH. Er leitet dort die Insurance Practice Group und die Restructuring Practice Group.

Wenn im Folgenden die eigene Auffassung des Verfassers entwickelt und dargestellt wird, soll diese natürlich primär auf die österreichische Rechtslage fokussieren, wenngleich – wenig überraschend – in zentralen haftpflichtversicherungsrechtlichen Ordnungsfragen über weite Strecken ein durchaus vergleichbarer Rechtsnormenbestand zu verzeichnen ist, der auch zu vielen übereinstimmenden Lösungsergebnissen in der Judikatur der versicherungsrechtlichen Fachsenate der beiden nationalen Höchstgerichte führt. Gerade der letztangeführte Umstand darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der OGH zuweilen in durchaus zentralen Punkten diametral gegensätzliche Auffassungen zur Judikatur des BGH vertritt. Auch dies hat in die nachfolgende Analyse einzufließen.

Eine solche Betrachtung hat zunächst bei Zweck und Funktionsweise der Haftpflichtversicherung anzusetzen, konkret bei den beiden zentralen Aspekten des Deckungsanspruchs, nämlich der Befriedigungs- und Abwehrfunktion (anders ausgedrückt: beim Befreiungsanspruch des Versicherten einerseits, bei dessen Rechtsschutzanspruch andererseits). Im Weiteren wird auf das sog Trennungsprinzip der Haftpflichtversicherung einzugehen sein, den Umstand also, dass das Haftpflichtverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger vom Deckungsverhältnis zwischen (haftpflichtversichertem) Schädiger und dessen Versicherer zu trennen ist – in materieller wie in prozessualer Hinsicht. Daran knüpft sich die Frage, ob und inwieweit der Haftpflichtversicherer an Ergebnisse des Haftpflichtprozesses iRd Prüfung der Deckungsfrage gebunden ist (allenfalls auch die Frage, welche Bindungswirkung umgekehrt im Falle eines „vorgezogenen“ Deckungsprozesses – also einem solchen, der dem Haftpflichtprozess vorangeht – besteht). Abschließend wird das für jeden Streitbeitritt als Nebenintervenient erforderliche rechtliche Interesse (vgl § 17 ZPO) näher zu beleuchten sein.

3. Zweck, Aufgaben und Funktionsweise der Haftpflichtversicherung

§ 100 VVG als zentrale Grundsatzbestimmung der Haftpflichtversicherung in D beschreibt einerseits eine Verpflichtung des Haftpflichtversicherers, den VN von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten aufgrund der Verantwortlichkeit des VN für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden; andererseits ist der Versicherer verpflichtet, unbegründete Ansprüche abzuwehren. Damit sind die beiden grundlegenden Funktionen der Haftpflichtversicherung angesprochen: dem VN einerseits einen Anspruch auf Befreiung von (berechtigten), ihm gegenüber erhobenen Schadenersatzansprüchen einzuräumen, andererseits aber auch einen Abwehr- oder „Rechtsschutz“-Anspruch gegen unberechtigte Ansprüche zu gewähren.

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.

den Exzedentenversicherern treffen, auf den **Grundversicherer** übertragen und von diesem stellvertretend für die Versicherten wahrgenommen werden.

Eine angemessene und proaktive Information nicht nur des Grund-, sondern auch des Exzedentenversicherers ist wichtig, denn nur bei informativer Einbindung des Exzedentenversicherers und darauf aufbauend der Möglichkeit, (gemeinsam mit dem Grundversicherer) auf die Schadenregulierung Einfluss zu nehmen, ist sichergestellt, dass (auch) der Exzedentenversicherer an die rechtskräftige Feststellung einer Haftpflicht durch Gerichtsurteil gebunden ist (siehe oben Kap 2.7.2.).

Zur Klärung und Absicherung der versicherungsvertraglichen **Meldeobligationen** im Versicherungsfall könnte auch eine Regelung aufgenommen werden, die definiert, ab welcher **Anspruchshöhe** der Exzedentenversicherer zu informieren ist. Die Meldung eines behaupteten Haftpflichtanspruches, der betraglich in die Deckungsstrecke des Exzedentenversicherers reicht, ist selbstverständlich. Was gilt aber, wenn der behauptete Haftpflichtanspruch den Attachment Point des Exzedentenversicherers noch nicht erreicht und es nicht abschätzbar ist, ob es zu Haftungsweiterungen kommt, sodass die Gefahr besteht, dass der Haftpflichtanspruch zu einem späteren Zeitpunkt in die Deckungsstrecke des Exzedentenversicherers fällt? Bestehen gegenüber dem Exzedentenversicherer diesfalls auch schon Meldeobligationen, obwohl der Haftpflichtanspruch noch nicht in die Deckungsstrecke des Exzedentenversicherers reicht?¹⁸⁵ Legt eine Anzeigeklausel fest, dass Meldeobligationen im Versicherungsfall gegenüber dem anschließenden Exzedentenversicherer erst ab Erreichen einer bestimmten Betragsgrenze eintreten, präzisiert eine derartige Regelung die Pflicht hinsichtlich des geschuldeten Meldeverhaltens im Versicherungsfall. In der Schadenregulierungspraxis der Haftpflichtversicherung ist auch anerkannt, dass nicht jeder Versicherungsfall an den Versicherer gemeldet werden muss.¹⁸⁶ Gemeldet werden sollen nur Versicherungsfälle, bei denen es eine greifbare Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintrittes gibt.¹⁸⁷

4.3.2. Auslegungsfolgeklauseln

Schadenerledigungsvollmachten sind in der Mitversicherung im Sinne einer koordinierten Schadenabwicklung durch den führenden Versicherer im Namen der Mitversicherer verbreitet, echte Schadenanschlussklauseln, also Folgeklauseln

185 Bejahend Koch in FS Thümmel 423 („Zudem trifft die Versicherungsnehmerin die Obliegenheit, dem Exzedenten jeden Versicherungsfall anzuzeigen, selbst wenn die Höhe der Inanspruchnahme die Grunddeckung nicht übersteigt.“).

186 Wilhelmer, Berufshaftpflichtversicherung Rz 3940 ff.

187 So zutreffend Diller, Berufshaftpflichtversicherung³ (2023) § 5 Rz 26; diesem folgend Chab in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern⁵ (2019) § 18 Rz 122.