

D&O-Versicherung

mit internationalen Bezügen

Bearbeitet von

Von Dr. Hermann Mitterlechner, MBA, Dr. Thomas Wax, MBA, Rechtsanwalt, und Hendrik Witsch

2. Auflage 2019. Buch. XXXIV, 462 S. Softcover

ISBN 978 3 406 69591 9

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

pflicht des SB-Versicherers entfällt. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot führt allerdings nach dem Konzept des § 307 BGB an sich nur dann zur Unwirksamkeit von AVB, wenn die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des anderen Teils besteht. Bereits die bloße Unklarheit genügt, da sie in aller Regel den Vertragspartner durch Einschränkung seiner Verhandlungsoptionen auch benachteiligt.¹³⁷ Vorliegend wird man aber wohl zu differenzieren haben: Da die strikte Akzessorietät der SB-Police zur D&O-Police des Unternehmens nach der hier vertretenen Auffassung keine inhaltliche Benachteiligung des Vorstandsmitglieds mit sich bringt (→ Rn. 68), sollte die Nichtbeifügung der D&O-Police auch keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot darstellen.¹³⁸

Grundsätzlich stellen sich bei Gruppen- oder Pool-Lösungen dieselben Zulässigkeitsbedenken wie bei den Individuallösungen, sodass wiederum auf das hierzu Gesagte verwiesen werden kann. 76

(d) Rechtsfolgen. Rechtsfolge des Verstoßes einer AVB-Regelung gegen § 307 BGB ist grundsätzlich die Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel. Im Gegensatz zu § 134 Hs. 2 BGB ist eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel auf den noch zulässigen Teil im Rahmen von § 307 BGB unzulässig.¹³⁹ Allerdings kann die Unwirksamkeit durch Neuvernahme nach § 141 BGB geheilt werden, sofern die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Klausel eine entsprechende Individualabrede treffen.¹⁴⁰ 77

Sind einzelne Klauseln einer SB-Police (Anrechnung, Akzessorietät) gemäß den §§ 305 ff. BGB nicht Vertragsbestandteil geworden, führt dies nach § 306 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt in Ermangelung dispositiven Rechts im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Regelung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel be- 78

¹³⁷ Palandt/Grüneberg § 307 BGB Rn. 24.

¹³⁸ Gädtke/Wax AG 2010, 851, 863; i.E. auch Lange r+s 2010, 92, 100: „Ob die Bedingungen der D&O-Versicherung eng oder weit gefasst sind [...] ist für den VN einer SB-Versicherung irrelevant. Selbst wenn die D&O-Versicherung nicht viel Schutz gewähren und damit – wegen des Grundsatzes der Akzessorietät – auch die SB-Versicherung selten greifen sollte, würde diese doch vollauf ihren Zweck erfüllen, eine etwaige ‚Selbstbehaltslücke‘ zu schließen.“ Allerdings widerspricht Lange damit seiner im selben Beitrag vertretenen Auffassung, wonach eine so geartete „strenge Akzessorietät“ eine zur Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel führende unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB darstelle.

¹³⁹ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer § 307 BGB Rn. 344.

¹⁴⁰ Erman/Roloff Vor § 307 BGB Rn. 16.

wusst gewesen wäre.¹⁴¹ Unterstellt man die Vereinbarung eines separaten Policenlimits als den dergestalt ermittelten hypothetischen Parteiwillen, so kann es wiederum zu einer Gesamtnunwirksamkeit des Vertrages kommen, falls der SB-Versicherer kein separates Limit anbieten will oder dazu nicht in der Lage ist (→ Rn. 43).

- 79 d) Serienschadenklausel.** In den am Markt befindlichen D&O-Versicherungsverträgen ist die Serienschadenklausel jeweils sehr unterschiedlich ausgestaltet, woraus große Unterschiede im Deckungskonzept entstehen können.¹⁴² Die Serienschadenklausel ist auch in den Musterbedingungen des GDV enthalten (A-6.6 AVB D&O 2019).¹⁴³
- 80** Die Serienschadenklausel bestimmt die Voraussetzungen dafür, wann mehrere geltend gemachte Ansprüche eines oder mehrerer Anspruchsteller als ein einziger Versicherungsfall anzusehen sind. Von Bedeutung ist hier, dass es sich um Ansprüche handelt, die unabhängig von den einzelnen Versicherungsjahren geltend gemacht werden. Die Serienschadenklausel ist somit eine Fiktion, die aus zwei Teilen besteht:¹⁴⁴ Erstens aus der Fiktion eines Versicherungsfalles, die unter bestimmten Voraussetzungen mehrere schadens- oder kostenauslösende Ereignisse zu einem einzigen Versicherungsfall zusammenfasst. Zweitens aus der Fiktion eines Eintrittszeitpunkts, wonach der eine mehrere Versicherungsfälle umfassende Versicherungsfall zu dem Zeitpunkt als eingetreten gilt, zu dem der erste dieser Versicherungsfälle oder der kostenauslösenden Ereignisse tatsächlich eingetreten ist. Manche Serienschadenklauseln beschränken sich auf die erste Fiktion.¹⁴⁵
- 81** Die Serienschadenklausel hat den Zweck mehrere Versicherungsfälle bzw. kostenauslösende Ereignisse aus einer Serie so zu verklammern, dass die Deckungssumme nur einmal für alle Schäden zusammen fällig wird. Dies ist dann von Bedeutung, wenn diese in verschiedenen Versicherungsjahren eingetreten sind. Ohne diese Fiktion müsste der Versicherer die volle Deckungssumme für jedes Versicherungsjahr gesondert zur Verfügung stellen.¹⁴⁶ Die Serienschadenklausel ist also eine Risikobegrenzungsklausel.¹⁴⁷

¹⁴¹ Palandt/Grüneberg § 306 BGB Rn. 13 f.

¹⁴² Vgl. Olbrich S. 175; Langheid/Grote VersR 2005, 1165, 1173.

¹⁴³ Weiterführend Olbrich S. 174 ff.; Nickel VW 2006, 404; Langheid/Grote VersR 2005, 1165, 1173 ff.; Säcker VersR 2005, 10, 13 f.

¹⁴⁴ Olbrich S. 174; Langheid/Grote VersR 2005, 1165, 1174; Lange VersR 2004, 563, 565.

¹⁴⁵ Lange VersR 2004, 563, 565.

¹⁴⁶ Olbrich S. 174; Langheid/Grote VersR 2005, 1165, 1174; Lange VersR 2004, 563, 566.

¹⁴⁷ BGH NJW 2003, 3705 = r+s 2003, 500 = VersR 2003, 1389 = WM 2003, 2385; Olbrich S. 175; Langheid/Grote VersR 2005, 1165, 1174.

A-6.6 AVB D&O 2019 erlaubt die Annahme eines Versicherungsfalles, wenn mehrere Ansprüche eines oder mehrerer Anspruchsteller aus ein und derselben Pflichtverletzung stammen (Buchst. a). Unter bestimmten Voraussetzungen ist es auch möglich, mehrere Ansprüche aus mehreren Pflichtverletzungen zu einem Versicherungsfall zusammenzufassen (Buchst. b). Sie müssen allerdings demselben Sachverhalt zuzuordnen sein und gleichzeitig miteinander in rechtlichem, wirtschaftlichem oder zeitlichem Zusammenhang stehen. 82

e) Subsidiaritätsklausel. aa) Einführung und Grundlagen. Subsidiaritätsklauseln stellen vertragliche Regelungen dar, die vorsehen, dass den Versicherer keine oder eine nur eingeschränkte Leistungspflicht trifft, wenn und soweit durch den Eintritt des Versicherungsfalles auch ein anderer Versicherer leistungspflichtig wird. Dabei können nicht nur verschiedene D&O-Policen aufeinandertreffen, sondern eine D&O-Versicherung auch mit einer allgemeinen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung oder einer Rechtsschutzversicherung kollidieren.¹⁴⁸ Regelmäßig treffen eigenständige D&O-Policen von (neu erworbenen) Tochterunternehmen mit der Konzernpolice der Muttergesellschaft aufeinander, die (auch neu erworbene) Tochtergesellschaften als mitversicherte Unternehmen einschließt. Auch ist eine Deckung sowohl unter der Nachmeldefrist einer gekündigten D&O-Police als auch unter einer neu abgeschlossenen, aktuellen Police denkbar (hierzu → Rn. 97 ff.). 83

Zweck von Subsidiaritätsklauseln ist in erster Linie die Verhinderung einer Mehrfachversicherung für dasselbe versicherte Interesse. Die Folgen einer Mehrfachversicherung sind in §§ 77 ff. VVG geregelt. Insbesondere sieht der abdingbare § 78 Abs. 1 VVG eine Haftung der Versicherer als Gesamtschuldner (i.S.d. §§ 421 ff. BGB) vor. § 78 Abs. 2 VVG des Weiteren eine Ausgleichspflicht der Versicherer untereinander, für den Fall einer vorrangigen Inanspruchnahme eines der Versicherer. 84

Für einen solchen Fall der Mehrfachversicherung sehen Subsidiaritätsklauseln vor, dass, abweichend vom gesetzlichen Ausgangsfall, keine gesamtschuldnerische Haftung der Versicherer bestehen soll, sondern entweder keine oder nur eine nachrangige Haftung im Verhältnis zu den anderen Versicherern.¹⁴⁹ Je nach Inhalt der konkreten Vereinbarung sind dabei eingeschränkte („einfache“) und uneingeschränkte („qualifizierte“) Subsidiaritätsklauseln zu unterscheiden.¹⁵⁰ Treffen unterschiedliche Subsidiaritätsklauseln aufeinander, stellt sich die Frage, welche Klausel sich 85

¹⁴⁸ Bruck/Möller/Gädtker Ziff. 6 AVB-AVG 2011/2013 Rn. 2; vgl. Langheid/Wandt/Ihlaß D&O Rn. 560.

¹⁴⁹ Lange § 18 Rn. 89.

¹⁵⁰ Lange § 18 Rn. 91.

durchsetzt, mithin welcher Versicherer inwiefern eintrittspflichtig ist (dazu → Rn. 93 ff.).

- 86 bb) Einfache Subsidiaritätsklauseln.** Einfache (oder eingeschränkte) Subsidiaritätsklauseln sehen vor, dass den Versicherer keine Leistungspflicht trifft, soweit durch den Eintritt des Versicherungsfalles ein anderer Versicherer leistungspflichtig ist, der Versicherte also wegen desselben Interesses Entschädigung auch von einem anderen Versicherer verlangen kann.¹⁵¹ Derjenige Versicherer, der eine einfache Subsidiaritätsklausel verwendet, haftet demnach erst im Anschluss an einen vorrangig haftenden Versicherer. Das gilt selbst dann, wenn der primär zuständige Versicherer wegen einer Obliegenheitsverletzung oder wegen Prämienzahlungsverzugs leistungsfrei ist. Ausschlaggebend für die Leistungspflicht des anderen Versicherers ist der Zeitpunkt, zu dem der Versicherungsfall eintritt, weshalb **nachträgliche** Obliegenheitsverletzungen gegenüber dem anderen Versicherer keine Eintrittspflicht des subsidiären Versicherers auslösen.¹⁵² AGB-rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit einfacher Subsidiaritätsklauseln bestehen dennoch nicht.¹⁵³
- 87** Für den Fall, dass der vorrangig eintrittspflichtige Versicherer trotz eigentlich bestehender Leistungspflicht nicht leistet, sehen einfache Subsidiaritätsklauseln teilweise zumindest eine Rechtsschutzfunktion des subsidiär haftenden Versicherers (mit der Folge einer Regressmöglichkeit) vor. Damit sollen die für den Versicherten mit der unberechtigten Deckungsablehnung des primär haftenden Versicherers einhergehenden Härten zumindest abgemildert werden.¹⁵⁴ B4-1.1 Satz 3 AVB D&O 2019 sieht darüber hinaus eine vorläufige Leistungspflicht (nicht nur hinsichtlich der Rechtsschutzkomponente) vor, verbunden mit der Verpflichtung zur Zession etwaiger Ansprüche gegen den Primär-Versicherer,¹⁵⁵ für den Fall, dass dieser seine Leistungspflicht bestreitet.
- 88** In D&O-Policen sind häufig einfache Subsidiaritätsklauseln anzutreffen.¹⁵⁶ Verbreitet sind dabei Varianten einfacher Subsidiaritätsklauseln, die ähnlich einer Exzedentenversicherung vorsehen, dass der subsidiär haftende Versicherer auch insoweit eintrittspflichtig ist, als der primär haftende Versicherer einen schlechteren Bedingungsumfang („*Difference in Conditions*“ – DIC, Konditionendifferenzdeckung) oder eine geringere

¹⁵¹ VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 84.

¹⁵² VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 84.

¹⁵³ Vgl. BGH, VersR 2004, 994, 995.

¹⁵⁴ Lange § 18 Rn. 95 f.

¹⁵⁵ Siehe auch zur Wirksamkeit von „Zessionsklauseln“ Prölss/Martin/Armbrüster § 78 VVG Rn. 37.

¹⁵⁶ So auch B4-1.1 AVB D&O 2019.

Versicherungssumme („*Difference in Limits*“ – DIL, Summendifferenzdeckung) aufweist.¹⁵⁷ Auch zeitliche Abgrenzungen sind verbreitet, wobei teils der aktuellen, teils der zeitlich früher abgeschlossenen Versicherung (Vorversicherung) der Vorrang eingeräumt wird. Neben zeitlichen Rangverhältnissen existieren ferner Regelungen, die der Versicherung mit dem engsten sachlichen Zusammenhang mit dem geltend gemachten Schadensfall den Vorrang einräumen.¹⁵⁸

cc) Qualifizierte Subsidiaritätsklauseln. Eine qualifizierte Subsidiaritätsklausel bestimmt die Leistungsfreiheit des Versicherers bereits dann, wenn durch den Schadensfall ein anderer Versicherungsvertrag auch nur berührt wird, ohne dass es darauf ankommt, ob der andere Versicherer tatsächlich leistungspflichtig ist.¹⁵⁹ Nicht entscheidend ist mithin, ob der Primär-Versicherer wegen einer Obliegenheitsverletzung durch den VN oder den Versicherten oder wegen Verzug der Prämienzahlung nach Eintritt des Versicherungsfalles doch leistungsfrei ist.¹⁶⁰ Die Leistungspflicht des Sekundär-Versicherers soll bereits dann entfallen, wenn ein anderer Versicherungsvertrag für das versicherte Risiko auch nur existiert.

Dies begegnet in Teilen der Literatur AGB-rechtlichen Bedenken. Insbesondere sei dies nur schwerlich mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 78 VVG zu vereinbaren, der den Verlust des Versicherungsschutzes insgesamt nur bei betrügerischer Mehrfachversicherung vorsehe.¹⁶¹ Deshalb liege im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung des VN i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vor mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer AGB-rechtlich vereinbarten qualifizierten Subsidiaritätsklausel und einer Geltung der gesetzlichen Regeln über die Mehrfachversicherung nach den §§ 77 ff. VVG.¹⁶²

Die herrschende Auffassung betont jedoch zutreffend, dass eine qualifizierte Subsidiaritätsklausel wertungsmäßig eine weniger einschneidende Maßnahme ist als das jeweilige Interesse bzw. die Gefahr aus dem Versicherungsvertrag auszuschließen.¹⁶³ Auch ist zu berücksichtigen, dass für eine Wirksamkeitskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB jeder Vertrag für sich und nicht zwei Verträge zusammengekommen zu betrachten sind,

¹⁵⁷ Vgl. Klauselbeispiele bei Lange § 18 Rn. 97; ausführlich zu komplexen Fragen bei Beteiligung von Exzedentenversicherern Bruck/Möller/Gädtkke Ziff. 6 AVB-AVG 2011/2013 Rn. 18 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Klauselbeispiel bei Lange § 18 Rn. 102.

¹⁵⁹ Lange § 18 Rn. 99; Winter VersR 1991, 527, 528.

¹⁶⁰ Bruck/Möller/Schnepp § 78 VVG Rn 179.

¹⁶¹ Winter VersR 1991, 527, 529 zu § 59 VVG a.F.

¹⁶² Lange § 18 Rn. 106.

¹⁶³ Bruck/Möller/Schnepp § 78 VVG Rn. 180; zweifelnd Bruck/Möller/Gädtkke Ziff. 6 AVB-AVG 2011/2013 Rn. 7.

weshalb eine Unwirksamkeit auch unter diesem Gesichtspunkt nur schwer zu begründen ist.¹⁶⁴ Dies gilt für eine mögliche Unwirksamkeit unter dem Gesichtspunkt einer fehlender Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie einer mangelnden Einbeziehung aufgrund einer möglichen überraschenden Klausel i. S. v. § 305c Abs. 1 BGB. Drohenden Deckungslücken kann etwa über die Beratungspflicht gemäß §§ 6 Abs. 1, 61 Abs. 1 VVG entgegengewirkt werden.¹⁶⁵ Daher halten auch qualifizierte Subsidiaritätsklauseln einer AGB-Kontrolle grundsätzlich dann stand, wenn für das infrage stehende versicherte Risiko auch ein Ausschluss zulässig wäre.¹⁶⁶

- 92 Bestehen Zweifel über die Einordnung einer Subsidiaritätsabrede als einfache oder als qualifizierte Klausel, ist eine solche eng und insofern als einfache Subsidiaritätsklausel auszulegen,¹⁶⁷ selbst wenn der Wortlaut der Klausel für eine weite Auslegung spricht.¹⁶⁸

- 93 **dd) Kollision von Subsidiaritätsklauseln.** Üblicherweise vertraglich nicht geregelt sind die Rechtsfolgen für den Fall einer Kollision zweier Subsidiaritätsabreden für einen Versicherungsfall. Dabei lassen sich verschiedene Fallgestaltungen unterscheiden.

- 94 Sofern **zwei einfache Subsidiaritätsklauseln** aufeinandertreffen, könnte zunächst zu berücksichtigen sein, dass die jüngere beider Klauseln die Existenz der älteren bereits bei der Prämienkalkulation berücksichtigt haben wird.¹⁶⁹ Indessen widerspricht diese Überlegung – genau wie eine nur anteilige Haftung beider Versicherer¹⁷⁰ – dem (hypothetischen) Willen der Beteiligten.¹⁷¹ Während der VN die für ihn günstigste Lösung anstreben will, wird der Wille des Versicherers regelmäßig dahin auszulegen sein, dass er zwar grundsätzlich die Regeln über die Mehrfachversicherung vermeiden möchte, aber dann eintrittspflichtig sein will, wenn der VN sonst schutzlos dastehen würde.¹⁷² Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch der BGH angeschlossen mit der Folge, dass sich zwei einfache Subsidiaritätsklauseln im Falle ihres Aufeinandertreffens wechselseitig aufheben.¹⁷³ Demnach sind beide Versicherer eintrittspflichtig. Der in An-

¹⁶⁴ Prölss/Martin/Armbrüster § 78 VVG Rn. 35.

¹⁶⁵ Prölss/Martin/Armbrüster § 78 VVG Rn. 35.

¹⁶⁶ Prölss/Martin/Armbrüster Einl. Rn. 149.

¹⁶⁷ Bruck/Möller/Schnepp § 78 VVG Rn. 178.

¹⁶⁸ VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 82.

¹⁶⁹ Martin VersR 1973, 691, 696 f.; a. A. VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 88.

¹⁷⁰ Blanck VersR 1973, 705, 706.

¹⁷¹ VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 88; Bruck/Möller/Schnepp § 78 VVG Rn. 184.

¹⁷² Bruck/Möller/Schnepp § 78 VVG Rn. 184.

¹⁷³ BGH VersR 2014, 450 Rn. 18.

spruch genommene Versicherer kann sodann im Innenverhältnis den anderen Versicherer in Regress nehmen.

Treffen **eine einfache und eine qualifizierte Subsidiaritätsklausel** 95 aufeinander, setzt sich letztere durch,¹⁷⁴ auch ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge. Demnach ist ausschließlich der einfach subsidiär haftende Versicherer zur Leistung verpflichtet. Der Wille des einfach subsidiär haftenden Versicherers, nur dann nicht eintrittspflichtig zu sein, wenn ein anderer Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles leistet, rechtfertigt diese Auslegung.¹⁷⁵

Für den Fall der Kollision **zweier qualifizierter Subsidiaritätsklauseln** sind die Folgen umstritten. Nach einer Auffassung hafte der Versicherer des ersten Vertrages, da er kein schützenswertes Interesse daran habe, dass der VN überhaupt einen zweiten Vertrag abschließe bzw. dies ohne die Vereinbarung einer Subsidiaritätsklausel tue und so den ersten Versicherer besserstelle.¹⁷⁶ Andere haben darauf hingewiesen, dass es den VN besonders hart treffe, wenn sich beide Abreden durchsetzten und überhaupt keine Deckung besteht.¹⁷⁷ Dies könne auch überraschend sein. Letzterem kann insbesondere aus AGB-rechtlicher Sicht (→ Rn. 91) nicht gefolgt werden.¹⁷⁸ Die h.M. nimmt richtigerweise an, dass für einen solchen Kollisionsfall keiner der beiden Versicherer haftet.¹⁷⁹ Genau hier realisiert sich für den VN bzw. die Versicherten das Risiko solcher qualifizierter Subsidiaritätsklauseln, die ihre Nachrangigkeit nicht von der Eintrittspflicht eines anderen Versicherers abhängig machen.¹⁸⁰

ee) Anwendbarkeit der allgemeinen Kollisionsregeln auf D&O-Fälle. 97 Sofern verschiedene Versicherungen – z.B. eine D&O-Police sowie eine spezielle Rechtsschutzversicherung – jeweils Subsidiaritätsklauseln enthalten, spricht nichts gegen die Anwendbarkeit der aufgezeigten Kollisionsregeln im Versicherungsfall. Problematisch wird es indes, wenn ein beendeter D&O-Versicherungsvertrag eine einfache Subsidiaritätsklausel enthält und in dem sich daran anschließenden, aktuellen D&O-Versicherungsvertrag eine qualifizierte Subsidiaritätsklausel vereinbart wird und der Versicherer hierbei Kenntnis von der einfachen Subsidiaritätsklausel der vorangegangenen Police hat. Für den Zeitraum der Nach-

¹⁷⁴ VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 88.

¹⁷⁵ Bruck/Möller/Schnepf § 78 VVG Rn. 183.

¹⁷⁶ Vollmar VersR 1987, 735, 739.

¹⁷⁷ Bruck/Möller/Möller, 8. Aufl. 1961 ff., § 59 VVG Anm. 54.

¹⁷⁸ A.A. Bruck/Möller/Gädtker Ziff. 6 AVB-AVG 2011/2013 Rn. 6.

¹⁷⁹ Prölss/Martin/Armbrüster § 78 VVG Rn. 35; Bruck/Möller/Schnepf § 78 VVG Rn. 185.

¹⁸⁰ VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 88.

meldefrist des früheren Vertrages setzt sich entsprechend der Kollisionsregeln (→ Rn. 95) die qualifizierte Subsidiaritätsklausel gegenüber der einfachen durch. Insofern wäre es nicht fernliegend die Vereinbarung im nachfolgenden D&O-Versicherungsvertrag als **Vertrag zulasten Dritter** einzuordnen, namentlich zulasten des früheren D&O-Versicherers. Gleichwohl ist es dem früheren D&O-Versicherer unbenommen, gleichfalls qualifizierte Subsidiaritätsklauseln zu vereinbaren. Darüber hinaus ist ja gerade das Leistungsversprechen über den versicherten Zeitraum hinaus für einen gewissen Zeitraum einer Nachmeldefrist von seinem Willen, grundsätzlich zu leisten, getragen. Dass sich ein neuer D&O-Versicherungsvertrag unmittelbar an die Beendigung des früheren anschließt und insofern für den Zeitraum der Nachmeldefrist möglicherweise eine Mehrfachversicherung besteht, ist keineswegs gesichert. Jedenfalls bestünde für den früheren D&O-Versicherer die zulässige Möglichkeit das versicherte Risiko in der infrage stehenden zeitlichen Hinsicht der Nachmeldefrist auszuschließen, diese also kürzer zu fassen oder überhaupt keine Nachmeldefrist zu gewähren (→ Rn. 91).¹⁸¹

- 98 Besonders problematisch für die VN wird es indes, wenn in einer solchen Situation der Versicherer aufgrund etwaiger deckungsrechtlicher Einwendungen die Leistung verweigert. Aufgrund der qualifizierten Subsidiaritätsklausel wird sich der VN an den aktuellen Versicherer nicht mehr wenden können und steht somit schutzlos da. Hierbei gilt folgendes: Mit Blick auf die Vereinbarung einer qualifizierten Subsidiaritätsklausel unterliegt der Versicherer der Beratungspflicht aus § 6 VVG (für den Versicherungsmakler gilt § 61 Abs. 1 VVG). Er muss die VN insofern auch auf die Rechtsfolgen, die mit einer solchen Klausel einhergehen, beraten. Das umfasst auch die Kollision mit etwaigen anderen, auch früheren Versicherungsverträgen. Aufgrund der Tatsache, dass im Industriebereich D&O-Versicherungen üblich sind, trifft den Versicherer eine Nachfragepflicht, wenn die VN hierzu keine Angaben macht. Verletzt der Versicherer seine Beratungspflicht dahingehend besteht eine Schadensersatzpflicht gemäß § 6 Abs. 5 VVG. Sofern der Versicherer jedoch pflichtgemäß berät realisiert sich in der hier interessierenden Konstellation genau das Risiko, dass die VN mit der Vereinbarung der qualifizierten Subsidiaritätsklausel und einer geringeren Prämie eingegangen ist.¹⁸² Gemäß § 6 Abs. 6 VVG (und entsprechend für den Versicherungsmakler gemäß § 65 VVG) gilt die Beratungspflicht freilich nicht bei Großrisiken i. S. v. § 210 VVG, zu welchen die versicherten Risiken in D&O-Versicherungsverträgen regelmäßig zählen.

¹⁸¹ Vgl. auch Prölss/Martin/Armbrüster Einl. Rn. 149.

¹⁸² VersR-Hdb/Armbrüster § 6 Rn. 88.