

Quotierung bei Obliegenheitsverletzungen und Regressfragen in gelayerten Programmen – am Beispiel der Cyber-Versicherung –¹

Christian Schneider

Zusammenfassung

Bei Schadenfällen in Cyber-Versicherungen sind häufig Verletzungen von Obliegenheiten festzustellen, die den Schadenseintritt verhindern oder diesen mindern sollen. Die Frage, wie sich die versicherungsrechtlichen Sanktionen für Obliegenheitsverletzungen auswirken, wenn das Risiko in einem Versicherungsprogramm mit mehreren Layern abgedeckt wird, ist bislang kaum erörtert. Dieser Beitrag untersucht, wie die Quotierung von Deckungsleistungen in solchen Versicherungsprogrammen zu erfolgen hat und geht der Frage nach, welchem der Versicherer des Programms Regressansprüche gegen Dritte zu stehen.

Abstract

Claims in cyber insurance often involve breaches of contractual obligations to prevent or minimize losses. The question of how the sanctions under insurance law for breaches of obligations apply if the risk is covered in an insurance program with several layers has hardly been discussed to date. This article examines how the quotation of coverage claims works in such insurance programs and which of the program insurers is entitled to recourse claims against third parties.

JEL classification: K39

Keywords: Cyber Insurance, breach of obligations in layered insurance programs, insurers' recourse in layered programs, deduction of insurance benefits where loss exceeds coverage limit

Dr. Christian Schneider, FAVersR
Rechtsanwalt im Kölner Büro der Kanzlei DLA Piper
E-Mail: christian.schneider@dlapiper.com

¹ Vortrag auf dem 6. Berliner Cyberversicherungstag am 11. Oktober 2024 an der FU Berlin; die Vortragsform wurde beibehalten, der Text unter 5. IV. und V. im Lichte der Diskussion in der Veranstaltung ergänzt.

1. Einleitung

In der Cyber-Versicherung sind Vorsorge- und Schutzmechanismen für die IT-Systeme der Versicherungsnehmerin unentbehrlich, um das Schadensrisiko zu begrenzen und versicherbar zu halten. Dabei geht es insbesondere um Sicherheitsmaßnahmen, also Obliegenheiten vor Eintritt eines Schadensfalls. Aber auch nach Eintritt des Schadensfalls haben Obliegenheiten große Bedeutung, um durch eine schnelle Einbindung des Versicherers und seiner Dienstleister die richtige Strategie der Schadenbehebung zu bestimmen und umzusetzen.

Die Regelungen in marktüblichen Policien zu den Obliegenheiten der Versicherten variieren. Teils sind nur wenige Obliegenheiten in den AVB enthalten, so dass im Schadenfall allenfalls die gesetzlichen Regelungen eingreifen (§§ 81 ff. VVG). Teils enthalten Cyber-Wordings sehr ausführliche Vorgaben an die IT-Sicherheit der Versicherten und Maßnahmen, die zur Schadenverhütung oder -eindämmung zu ergreifen sind (so auch die neuen AVB Cyber des GDV²). In anderen Verträgen finden sich generalklauselartige Regelungen, etwa die Anforderung, sämtliche gesetzliche oder behördliche Sicherheitsvorgaben einzuhalten. Mit einer solchen Bezugnahme kann ein großer Katalog an Maßnahmen als Obliegenheiten in die Police eingebunden sein. Zuletzt hat der BGH im Kontext einer Sachversicherung entschieden, dass derartige Verweise in vertraglichen Obliegenheiten wirksam sind.³ Angesichts der stetig zunehmenden Regulierung in diesem Bereich – bspw. DORA oder NIS-2⁴ – werden hier u. U. hohe Anforderungen an die Versicherten gestellt. Schließlich finden sich in den Cyber-Policien häufig auch individuelle Vereinbarungen zu Sicherheitsmaßnahmen, die die Versicherten umzusetzen haben. Erfolgt dies nicht oder nicht fristgemäß, können höhere Selbstbehälte oder Eigenanteile des Versicherten eingreifen oder es wird für den Fall von Verstößen vereinbart, dass die üblichen Regelungen für die Verletzung von Obliegenheiten gelten.

Ich möchte mit Ihnen nicht auf die Inhalte solcher vertraglichen Obliegenheiten in der Cyber-Versicherung schauen. Es soll vielmehr um Fragen gehen, die sich in diesem Kontext bei gelayerten Programmen stellen – also bei Schäden, die die Deckungssumme eines einzelnen Versicherers übersteigen.

² Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Cyberrisiko-Versicherung (AVB Cyber), Musterbedingungen des GDV, Stand: Februar 2024.

³ BGH, Urt. v. 25.09.2024 – IV ZR 350/22, BeckRS 2024, 27326.

⁴ Verordnung (EU) 2022/2554 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor (Digital Operational Resilience Act); Richtlinie (EU) 2022/2555 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union (NIS-2-Richtlinie).

2. Layer-Programme

In der Cyber-Versicherung wird das Risiko der Versicherungsnehmerin häufig durch ein Versicherungsprogramm abgedeckt. Das erfolgt oftmals mit vergleichsweise niedrigen Deckungssummen in den einzelnen Layern, wohl da die Versicherer zurückhaltend sind, größere Kapazitäten für einzelne Kunden zur Verfügung zu stellen. So kommt es zu Programmen mit Layern von EUR 5 Mio. oder EUR 10 Mio. In Schadensfällen ist dann recht schnell ein ganzes Versicherungsprogramm betroffen oder jedenfalls nicht nur der Grundversicherer. Steht dann die Verletzung von Obliegenheiten durch die Versicherungsnehmerin in Rede, stellen sich in der Schadenpraxis Fragen, die bisher kaum behandelt sind.

Für die weiteren Überlegungen soll uns ein Programm als Beispiel dienen, das aus einer Grundversicherung besteht und drei sich daran anschließenden Exzedentenverträgen, die alle eine Deckungslimit von jeweils EUR 10 Mio. bieten (Abb. 1). Alle drei Exzedentenversicherungen folgen den Versicherungsbedingungen der Grundversicherung und bestehen jeweils nur aus einem kurzen Exzedentenwording. Es stehen also EUR 40 Mio. pro Schadenfall als Deckungssumme zur Verfügung. Weitere Abreden, die die einzelnen Verträge miteinander verbinden würden, existieren – wie zumeist – nicht.

Zu diesem Programm wird ein Schadenfall gemeldet, der sich – bestehend aus Kosten und Betriebsunterbrechungsschaden – auf EUR 40 Mio. beläuft. Im Zuge der Prüfung des Vorgangs werden Verstöße gegen Obliegenheiten vor dem Versicherungsfall festgestellt, also z. B. die Nichteinhaltung von Sicherheitsmaßnahmen, die grob fahrlässig begangen wurden. Dann erfolgt eine quotale Kürzung bei der Zahlung des Versicherers, die der Schwere des Verschuldens des Versicherten beim Obliegenheitsverstoß entspricht (§ 28 Abs. 2 VVG).

Wir unterstellen der Einfachheit halber, dass die in Rede stehende Obliegenheitsverletzungen insgesamt einen Abzug von 50 % rechtfertigen (Abb. 1). Die

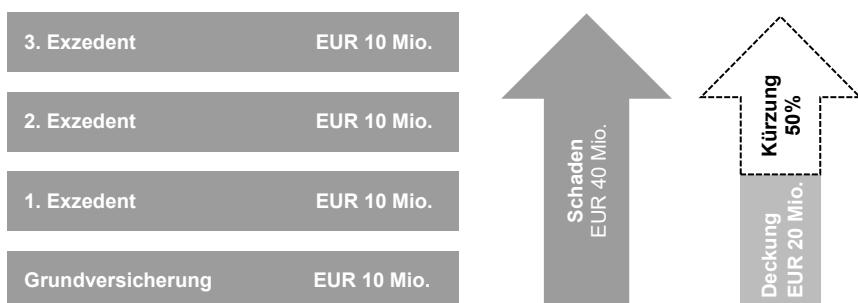


Abb. 1

Einzelheiten der Obliegenheitsverletzungen, die in diesem Schadenfall versichererseitig eingewandt wurden, sollen in unserem Beispiel nicht im Streit stehen. Da der Schaden EUR 40 Mio. beträgt, kommen bei einer quotalen Kürzung um 50 % also maximal EUR 20 Mio. als Zahlung auf den Schaden der Versicherungsnehmerin in Betracht.

3. Ausgangspunkt der Quotelung?

Für die Behandlung dieser Konstellation in dem oben erwähnten Layerprogramm stellt sich zunächst eine Vorfrage – die auch ohne das Vorhandensein von Exzedentendeckungen (wie in unserem Beispiel) relevant wäre: Was ist der Ausgangspunkt für die Quotelung nach § 28 Abs. 2 VVG? Zwei Varianten sind denkbar: zum einen der Schaden der Versicherungsnehmerin und zum anderen die Deckungssumme des betroffenen Versicherers.

Diese Frage spielt keine Rolle, wenn der Schaden geringer ist als die Deckungssumme. Dann kann nur der Schadenbetrag Ausgangspunkt für die Quotelung sein. Relevant wird sie jedoch, wenn der Schaden die Deckungssumme übersteigt. Das ist in unserem Beispielsfall – jedenfalls bezogen auf die Grundversicherung – der Fall. Diese Grundversicherung hat ein Deckungslimit von EUR 10 Mio., der Schaden beträgt EUR 40 Mio.

Bei einer Quotelung um 50 % ausgehend von der Schadensumme – also von EUR 40 Mio. auf EUR 20 Mio. – wäre die Grundversicherung bis zur Deckungssumme von EUR 10 Mio. einstandspflichtig. Setzt die Quotelung an der Deckungssumme an, wäre das anders. Dann hätte der Grundversicherer nur die Hälfte seiner Deckungssumme zu leisten, also EUR 5 Mio. von EUR 10 Mio.

In den Kommentaren finden sich zur Quotelung nach § 28 Abs. 2 VVG regelmäßig Hinweise der folgenden Art:

- „Für die Ermittlung der geschuldeten Leistung sind drei Prüfungsschritte erforderlich:
- Zunächst muss festgestellt werden, *wie schwer* die grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung im konkreten Einzelfall wiegt;
- sodann ist zu ermitteln, *wie viel Leistungsfreiheit* diese so qualifizierte grobe Fahrlässigkeit begründet und zuletzt
- wie hoch der *Gesamtschaden* ist, von dem danach zu kürzen ist.“⁵

Dies deutet auf die Schadenhöhe als Ausgangspunkt hin.

Wenn wir hierzu in das Gesetz schauen, dann lautet die maßgebliche Formulierung in § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG allerdings wie folgt:

⁵ Marlow, in: BeckOK VVG, 24. Ed. Stand 01.08.2024, § 28 Rn. 137 (Hervorhebungen im Original).

„Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen (...).“

Anknüpfungspunkt für die Kürzung ist danach die „*Leistung*“ des Versicherers. Interessanterweise finden in den Kommentaren zum VVG keine Ausführungen dazu, was mit der „*Leistung des Versicherers*“ als eigentlichem Ausgangspunkt der Quotelung gemeint ist. Stattdessen wird ausgeführt, welche Abzüge vom Schaden in welchen Konstellationen gerechtfertigt sind. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass keine der Kommentierungen die Frage anspricht, was gilt, wenn der in Rede stehende Schaden über der Deckungssumme liegt. Dabei ist das eine keinesfalls seltene Konstellation. Die implizite Annahme scheint stets zu sein, dass ausreichend Deckungssumme für den Schaden vorhanden ist.

I. Richtigerweise muss in solchen Konstellationen das Deckungslimit der Ausgangspunkt für die Quotelung sein.

1. Die vereinbarte Deckungssumme stellt die Höchstgrenze der „*Leistung*“ des Versicherers für einen Schadenfall dar. Schon der Wortlaut legt also dieses Ergebnis nahe. Es entspricht auch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Vereinbarte Obliegenheiten – insbesondere solche zur Schadenverhütung wie in unserem Beispieldfall – sollen Schadenereignisse verhindern oder erschweren oder den Schaden geringhalten und damit auch eine Einstandspflicht (die Leistung) des Versicherers verhindern oder mindern. Werden Obliegenheiten verletzt, soll der Versicherungsnehmer als Sanktion weniger Leistung erhalten, als wenn er sich vertragsgemäß verhalten oder seine Obliegenheiten nur leicht fahrlässig verletzt hätte.⁶ Das ist Konsens. Diese Effekte erreicht man nur, wenn die Deckungssumme der Ausgangspunkt für die Quotelung ist, sofern der Schaden darüber liegt.

2. Freilich wären hier auch Gegenargumente denkbar. Einwenden ließe sich etwa, dass die Versicherungsnehmerin auch bei einer Quotelung vom Schaden – egal ob oder in welchem Umfang sich die Quote auf die Versicherungsleistung auswirkt – eine erhebliche Belastung trifft, da sie dann einen Großteil des Schadens – in unserem Beispiel die Hälfte – selbst zu tragen hat.

Eine Quotelung vom Schaden würde allerdings dazu führen, dass derjenige Versicherte, der einen hohen Schaden verursacht, eine Sanktion für Obliegenheitsverletzungen nicht spürt, die Versicherungsnehmerin mit einem geringeren Schaden hingegen doch – und das bei derselben Deckungssumme. Das wäre höchst widersprüchlich und kann nicht die richtige Lösung sein. Für den Einkauf eines ausreichenden Versicherungsschutzes und einer hinreichenden Deckungssumme ist die Versicherungsnehmerin selbst verantwortlich, weshalb sich hieraus nichts für sie Günstiges herleiten lässt.

⁶ BGH Urt. v. 16. 9. 2009, IV ZR 246/08, r+s 2009, 497, 500 (Rz. 27).

Wenn der Schaden die Versicherungssumme übersteigt, ist die nach § 28 Abs. 2 VVG ermittelte Kürzungsquote daher auf das Deckungslimit anzuwenden.

II. Fragen ließe sich, ob die Quotierung von der Deckungssumme richtig ist, wenn die fragliche Obliegenheitsverletzung sich nur auf einen Teil des Schadens ausgewirkt hat und das nur weit oberhalb der Deckungssumme des Grundversicherers (oder des einzigen Versicherer) (Abb. 2).

Unterstellen wir im Beispielsfall, die Versicherungsnehmerin habe Backups ihrer Systeme nicht in den vertraglich vereinbarten Intervallen erstellt, sondern deutlich seltener, wodurch sich die Wiederherstellung der Daten und Systeme um einen gewissen Zeitraum verzögert hat. Angenommen von den EUR 40 Mio. Gesamtschaden wäre ein Anteil von EUR 10 Mio. nicht angefallen, wenn aktuellere Backups zur Verfügung gestanden hätten (Abb. 2).



Abb. 2

Ein Schaden von EUR 30 Mio. wäre auch ohne die Obliegenheitsverletzungen eingetreten. Dieser Sowieso-Schaden läge dann weit über der Deckungssumme des Grundversicherers von EUR 10 Mio. Man könnte also einwenden, dass eine solche, die Leistungspflicht des Grundversicherers überhaupt nicht beeinflussende Obliegenheitsverletzung für seine Zahlungspflicht irrelevant sein muss.

Eine solche Argumentation widerspräche indes der gesetzlichen Regelung zur Quotierung in § 28 Abs. 2 VVG. Dort heißt es, der Versicherer sei berechtigt, „seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen.“ Zu Recht weist die herrschende Meinung darauf hin, dass Kausalitätsfragen für die Quotenbildung nach § 28 Abs. 2 VVG keine Rolle spielen.⁷ Diese orientiert sich allein am Verschulden der Versicherungsnehmerin. In unserem Beispielsfall würde es daher bei einer hälftigen Kürzung der Versicherungsleistung – von der Deckungssumme – verbleiben.

⁷ Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 32. Aufl. 2024, § 28 Rn. 127 f.; Pohlmann, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 4. Aufl. 2023, § 28 Rn. 125.

III. Der Versicherungsnehmerin könnte aber der in § 28 Abs. 3 VVG geregelte Kausalitätsgegenbeweis helfen.

Wenn sich die begrenzte Auswirkung der Obliegenheitsverletzung auf eine bloße Schadenvertiefung von EUR 10 Mio. nachweisen lässt – die Beweislast trifft die Versicherungsnehmerin (§ 28 Abs. 2 Satz 2, 2. HS VVG) –, dann ist die Leistungsfreiheit des Versicherers nach herrschender Auffassung auf den kausalen Schaden beschränkt.⁸ In unserem Beispielsfall können die insgesamt zur Verfügung stehenden EUR 40 Mio. also nicht um 50% (EUR 20 Mio.) gekürzt werden, sondern lediglich um EUR 10 Mio. (da sich nur in dieser Höhe die Obliegenheitsverletzung ausgewirkt hat).

Abermals stellt sich die Frage, ob diese Leistungskürzung dem Grundversicherer – oder dem einzigen Versicherer – zugutekommt, da bereits der *nicht* kausal durch die Obliegenheitsverletzung verursachte Schaden *dessen* Deckungslimit weit übersteigt. Schauen wir zunächst wieder in das Gesetz. § 28 Abs. 3 VVG lautet:

„Abweichend von Absatz 2 ist der Versicherer zur Leistung verpflichtet, soweit die Verletzung der Obliegenheit weder für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles noch für die Feststellung oder *den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers* ursächlich ist.“

Hier springt die wieder Anknüpfung an die Leistung des Versicherers ins Auge („*Leistungspflicht*“). Zuvor hatten wir festgestellt, dass die „*Leistung*“ des Versicherers durch die Deckungssumme begrenzt ist – und daher *diese* den Ausgangspunkt für die Quotelung bildet, wenn der Schaden über der Deckungssumme liegt. Das spricht dafür, im Rahmen von § 28 Abs. 3 VVG ebenfalls das Deckungslimit als Bezugspunkt für die Frage zu wählen, ob die Obliegenheitsverletzung eine kausale Auswirkung auf die *Leistungspflicht* des Versicherers hatte.

Wenn das richtig wäre, würde dies Folgendes bedeuten (Abb. 3):

Der Grundversicherer (oder ggf. einzige Versicherer) müsste seine Deckungssumme von EUR 10 Mio. voll auszahlen. Dasselbe würde für die Versicherer des 1. und 2. Exzedenten gelten. Auch für Schäden in Höhe von deren Deckungssummen wäre die Obliegenheitsverletzung nicht kausal gewesen. Damit wären aus den ersten drei Layern bereits EUR 30 Mio. aufgebracht.

Fraglich ist, was dann für den 3. Exzedenten gilt. Zur Erinnerung: Die Obliegenheitsverletzung rechtfertigte an sich eine Kürzung um 50% der Leistung, also auf EUR 20 Mio. Kausal waren die Obliegenheitsverletzungen aber lediglich

⁸ Vgl. Armbrüster, in: Prölss/Martin, a.a.O., § 28 Rn. 244; Wandt, in: MünchKomm-VVG, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 299.

für EUR 10 Mio. Schaden, weshalb der Versicherte EUR 30 Mio. erhalten kann. Muss der 3. Exzedent also gar nichts leisten (Var. 1)?

Das ließe sich mit der Dogmatik eines gelayerten Versicherungsprogramms kaum erklären. Es handelt sich bei den Layern jeweils um separate Versicherungsverträge.⁹ Die in Rede stehende Obliegenheitsverletzung rechtfertigt – wie erwähnt – nur eine Kürzung der Leistungspflicht des Versicherers um maximal 50%. Muss der 3. Exzedent dann also weitere EUR 5 Mio. zahlen, weil er seine Leistungspflicht nur maximal um die Hälfte kürzen darf? Der Versicherungsnehmer erhielte dann insgesamt EUR 35 Mio. (Var. 2). Die Aufteilung der Deckungssumme von EUR 40 Mio. auf vier Versicherungslayer hätte – im Vergleich zu einer einzelnen Police über EUR 40 Mio. – zur Folge, dass der Versicherungsnehmer EUR 5 Mio. mehr erhält.

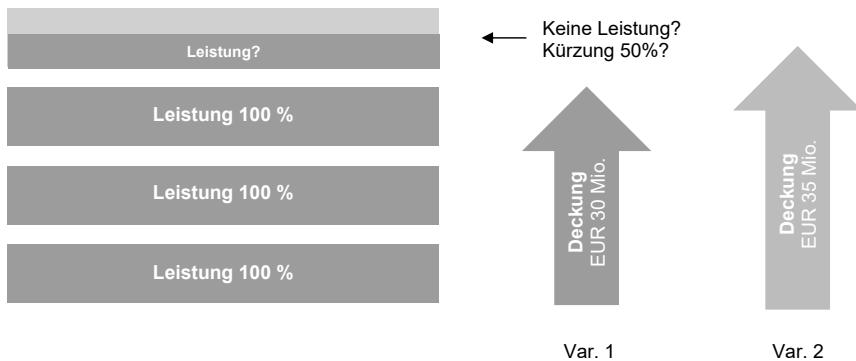


Abb. 3

Das kann nicht richtig sein. Gegen diese Lösung spricht auch, dass die Obliegenheitsverletzung dann völlig sanktionsfrei bliebe, wenn der übrige Schaden nur hoch genug ist. Wir hatten bereits festgestellt, dass dies nicht dem Sinn des Gesetzes entspräche.

Übersteigen die Schäden die verfügbare Deckungssumme, kann daher zur Berücksichtigung des Kausalitätsgegenbeweises nur eine andere Methode richtig sein: Es muss eine neue Quote ermittelt werden, die sich an der kausalen Schadenvertiefung durch die Obliegenheitsverletzung orientiert. In unserem Fall hieße dies: Die Versicherer sind nicht zu 50% (ursprüngliche Quote) leistungsfrei, sondern es tritt – da die Schadenvertiefung nachweislich nur EUR 10 Mio. betrug – eine Leistungsfreiheit nur in Höhe von 25% ein (EUR 10 Mio. von EUR 40 Mio. Schaden).

⁹ Allg., s. nur Kosich, Die Exzedentenversicherung, 2022, S. 3 m. w. N.

Für Schäden unterhalb des Deckungslimits wirken sich die unterschiedlichen Berechnungsweisen nicht aus. Bei Schäden oberhalb der Deckungssumme oder in Versicherungsprogrammen ist der Unterschied indes erheblich.

Angewendet auf unseren Beispielsfall bedeutet dies, dass jeder Versicherer seine Leistung um 25 % kürzen kann (Abb. 4).

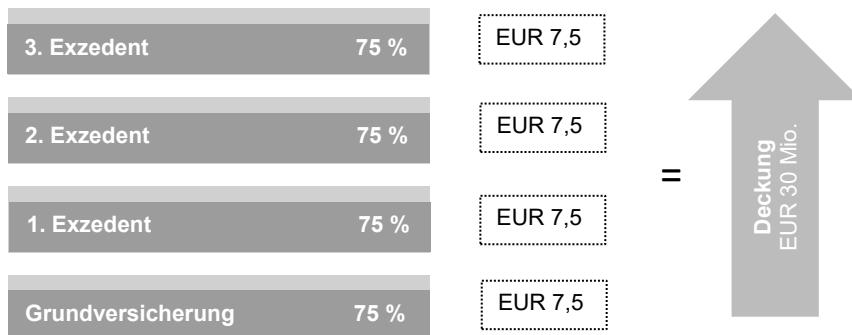


Abb. 4

Auch der Grundversicherer – oder ggf. der einzige Versicherer – wird dann also bereits anteilig leistungsfrei, selbst wenn ein Schaden in Höhe seiner Deckungssumme auch ohne die Obliegenheitsverletzung eingetreten wäre.

Zwar wird stets betont, dass für eine Kausalität im Sinne von § 28 Abs. 3 VVG eine konkrete Kausalität erforderlich ist, also eine bloß abstrakte Gefährdung von Interessen des Versicherers (im Sinne der früheren Relevanzrechtsprechung) nicht genügt.¹⁰ Eine konkrete Kausalität ist aber auch hier in Bezug auf den Schaden, für den der Grunde nach Deckungsschutz besteht – also für den „*kongruenten*“ Schaden¹¹ – gegeben.

Dass die Obliegenheitsverletzung wegen der begrenzten Deckungssumme folgenlos für die Versicherungsnehmerin sein soll – insgesamt folgenlos war die Obliegenheitsverletzung nicht – kann nicht gewollt sein. Zudem soll die Höhe des Gesamtschadens – das hatten wir bereits erörtert – keine Auswirkung auf die Frage haben, ob die Versicherungsnehmerin für eine kausale Obliegenheitsverletzung Sanktionen treffen.

¹⁰ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, a. a. O., § 28 Rn. 243; *Rixecker*, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 28 Rn. 91; *Heiss*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 28 Rn. 183.

¹¹ Zum Grundsatz der Kongruenz im Rahmen von § 86 Abs. 1 VVG, der hier mutatis mutandis herangezogen werden könnte, *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, a. a. O., § 86 Rn. 13; *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, a. a. O., § 86 Rn. 8 ff.

IV. Anders dürfte die Sache liegen, wenn die Obliegenheitsverletzung nur einen separaten und abtrennbaren Teil des Schadens betrifft.

Zur Veranschaulichung soll der folgende Fall dienen: Die Versicherungsnehmerin erleidet einen typischen Hackerangriff, mit Datenexfiltration und Verschlüsselung ihrer Systeme sowie einer Lösegeldforderung der Hacker. Nachdem klar ist, dass der Betrieb und alle Daten wiederhergestellt werden können, zahlt die Versicherungsnehmerin an die Hacker ein Lösegeld, um schlechte Presse zu vermeiden (also z.B. damit der Angriff und ihre Sicherheitslücken nicht im Darknet-Forum der Hacker veröffentlicht werden). Hierbei stimmt sie sich – anders als die AVB dies verlangen – nicht mit dem Versicherer ab.

Nehmen wir an, die übrigen Schäden (Kosten, BU) betragen EUR 35 Mio., das zusätzlich gezahlte Lösegeld EUR 5 Mio. (Abb. 5).

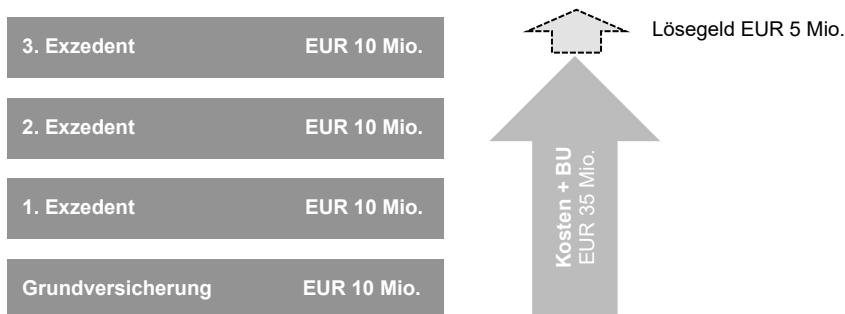


Abb. 5

Hier wird der Versicherer einwenden, er hätte einer Lösegeldzahlung nicht zugestimmt, da diese angesichts des Schadensverlaufs keinen legitimen Zweck mehr verfolgte. Die Verletzung der Abstimmungsobligation war grob fahrlässig und rechtfertigt eine Quotenbildung.

Fraglich ist, ob dies ebenfalls bereits für den Grundversicherer gilt. Bei der in den Cyber-Policen vorgesehenen Erstattung von Lösegeld handelt es sich um ein separates Deckungselement. Man wird hier nicht dazu kommen, dass auch der Grundversicherer aus der Obliegenheitsverletzung in Bezug auf die Lösegeldzahlung stets eine anteilige Leistungsfreiheit für sich herleiten kann. Es steht der Versicherungsnehmerin frei, für welche Schäden sie Deckung bei dem Versicherer verlangt. Sie könnte also vom Grundversicherer zunächst nur Zahlung von Kosten und Betriebsunterbrechungsschaden verlangen. Die Lösegeldzahlung ist kein mit diesen Positionen kongruenter Schaden.¹² Die Auseinandersetzung

¹² S. dazu oben C. III. bei Fn. 11.

zung über die Lösegeldzahlung und eine etwaige anteilige Erstattungspflicht müsste die VN dann erst mit dem letzten Exzedentenversicherer führen.

4. Obliegenheitsverletzung im Programm

Kommen wir zurück zu unserem Grundfall. Dabei gehen wir der Einfachheit halber davon aus, dass die Versicherungsnehmerin eine Obliegenheit verletzt hat, die den Eintritt des Schadensfalls überhaupt erst ermöglichte, also etwa ihre Sicherungsmaßnahmen unzureichend waren. Die Obliegenheitsverletzung war mithin kausal für den gesamten Schaden von EUR 40 Mio. Die Kürzungsquote beträgt 50 %. Dann würde – nach dem was wir eingangs herausgearbeitet haben – die Kürzung in jedem Fall von der Deckungssumme erfolgen.

Über das Versicherungsprogramm verteilt müsste die Deckungsleistung dann aus allen Layern anteilig aufgebracht werden (Abb. 6, Var. 1):

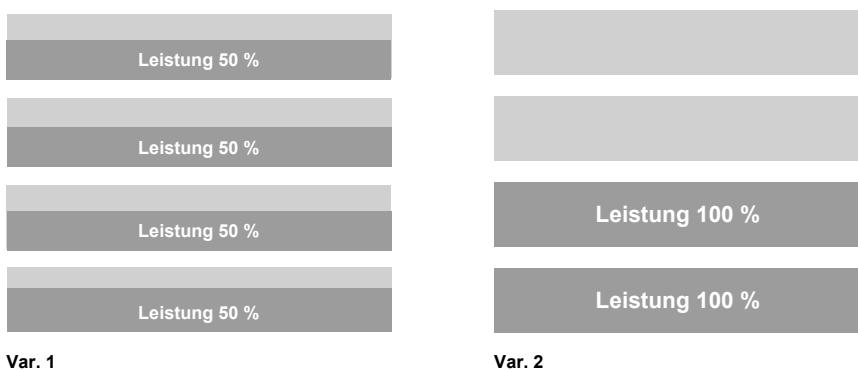


Abb. 6

Eine alternative Lösung wäre die Auffüllung von Grund auf (Var. 2). Für die zweite Lösung spricht – aus den zuvor erörterten Gründen – nichts, zumal die Versicherer untereinander auch keinerlei Absprachen verbindet. Der Grundversicherer weiß im Zweifel nicht einmal, dass oder wie viele Exzedentenpolizzen über ihm noch existieren. Es bleibt also bei der erstgenannten Verteilung (Var. 1): Alle Layer zahlen 50 % ihrer Deckungssumme, um die Versicherungsleistung aufzubringen, die nach der Quotelung noch geschuldet ist (d.h. EUR 20 Mio.).

Die sich aufdrängende Frage ist allerdings: Funktioniert das im Programm? Die Eintrittspflicht eines Exzedentenversicherers setzt üblicherweise voraus, dass die vorgehende Police ausgeschöpft ist. Es erscheint zweifelhaft, ob man von einer Ausschöpfung ausgehen darf, wenn auf Grund von Obliegenheitsverletzungen nur 50 % der Deckungssumme ausgezahlt wurden.

Dies lässt sich nur anhand der Regelungen in den Exzedentenwordings beantworten. Teilweise haben Exzedentenpolicen diesen Fall ausdrücklich geregelt. Eine Klausel aus der Praxis lautet z.B. wie folgt:

„Sofern vorangehende Versicherer ganz oder teilweise, beispielsweise wegen Prämienzahlungsverzug, Obliegenheitsverletzungen, der eigenen Insolvenz etc. leistungsfrei sind, erweitert dies nicht die Leistungspflicht des Versicherers aus diesem Vertrag.“

Die vorangehenden Versicherungen gelten in diesen Fällen als ausgeschöpft und es gilt ein Selbstbehalt in Höhe dieser Versicherungssummen je Versicherungsfall und Versicherungsperiode als vereinbart.“¹³

Wenn eine solche Regelung – in allen Exzedentenverträgen – vorhanden ist, lässt sich unser Beispieldfall problemlos in der gerade erwähnten Weise lösen (Abb. 6 Var. 1).

Viele herkömmliche Exzedentenwordings verhalten sich allerdings nicht explizit zu dieser Frage. Häufig heißt es dort lediglich, der Exzedentenversicherer erbringe seine Leistung „nach Verbrauch der Deckungssumme“ der vorangehenden Police, nach deren „Ausschöpfung“ oder – noch deutlicher – deren „Ausschöpfung durch Zahlung“. Es kommt dann darauf an, ob die Deckungssumme eines vorangehenden Layers als „verbraucht“ oder „ausgeschöpft“ gelten kann, auch wenn diese – wegen einer Quotelung auf Grund von Obliegenheitsverletzungen – eben nur teilweise ausgezahlt wurde.¹⁴

Schauen wir auch hierzu ins Gesetz. Dies spricht in § 109 VVG (beim Verteilungsverfahren in der Haftpflichtversicherung) von dem Fall, dass die „Versicherungssumme erschöpft“ ist. Nach wohl einhelliger Auffassung meint dies tatsächliche Zahlungen des Versicherers in Höhe der Deckungssumme.¹⁵ Das ist hier gerade nicht der Fall. Dann wären die Exzedenten nach erfolgter Quotelung in der Grundversicherung nicht leistungspflichtig.

Eine andere Auslegung – gegen den klaren Wortlaut der Regelungen – wird sich allenfalls vertreten lassen, wenn man von einer Regelungslücke in den Exzedentenpolicen ausgeht, also davon, dass die Parteien eine mögliche Kürzung der Deckungsleistung wegen Obliegenheitsverletzungen nicht bedacht haben. Ob man das wirklich annehmen kann, erscheint fraglich.¹⁶

Wenn es sich um Exzedentenverträge handelt, die vom Makler der Versicherungsnehmerin bereitgestellt wurden, hilft dem Versicherten auch das AGB-Recht nicht weiter; Unklarheiten im Wording gehen dann zu seinen Lasten (§ 305c Abs. 2 BGB).¹⁷

¹³ Hervorhebungen nur hier.

¹⁴ Bejahend Kosich, Die Exzedentenversicherung, 2022, S. 90 f. (allerdings ohne Auseinandersetzung mit konkreten Ausschöpfungsregelungen).

¹⁵ Langheid, in: Langheid/Rixecker, a.a.O., § 109 Rn. 10; Littbarski, in: MünchKomm-VVG, 3. Aufl. 2024, § 109 Rn. 41 f.; Lücke, in: Prölss/Martin, a.a.O., § 109 Rn. 12.

¹⁶ S. Knöfel, ZIP 2018, 1814, 1819.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 22.07.2009, IV ZR 74/08, VersR 2009, 1477.

Wir wollen an dieser Stelle die Diskussion über die Frage nicht vertiefen, unter welchen Umständen von einer Ausschöpfung vorangehender Deckungen in einem Versicherungsprogramm auszugehen ist. Bei Layer-Deckungen in der Cyber-Versicherung sollte die Behandlung von Obliegenheitsverletzungen ausdrücklich geregelt werden. Die Bedeutung von Obliegenheiten in dieser Sparte rechtfertigt das. Sinnvoll erscheint eine Klausel wie die oben zitierte, um eine Berücksichtigung der Quotelung über das Programm hinweg zu ermöglichen.

5. Regress

Abschließend möchte ich mit Ihnen noch einen kurzen Blick auf Regressfragen in einem solchen Layer-Programm werfen. Auch dies ist eine keinesfalls seltene Konstellation.

Hierfür schauen wir wieder auf unser Versicherungsprogramm mit vier Layern zu je EUR 10 Mio. Um die Sache nicht zu kompliziert zu machen, soll unser Versicherter in diesem Fall keine Obliegenheitsverletzung begangen haben. Der Schaden betrug EUR 40 Mio. Die Versicherer des Turms haben diesen Schaden vollständig reguliert, also insgesamt EUR 40 Mio. ausgezahlt.

Nehmen wir nun an, einen IT-Dienstleister der Versicherungsnehmerin trifft ein Verschulden an dem Schadenereignis. Der Dienstleister war verpflichtet, Sicherheitsupdates für die Systeme der Versicherungsnehmerin stets unverzüglich durchzuführen. Er hatte aber über mehrere Monate versäumt, ein wesentliches Update einzuspielen. Dies ermöglichte oder erleichterte den Hackerangriff. Der Servicevertrag des Dienstleisters sieht allerdings eine Haftungsbeschränkung vor, die hier einschlägig ist. Er haftet daher nur auf EUR 10 Mio.

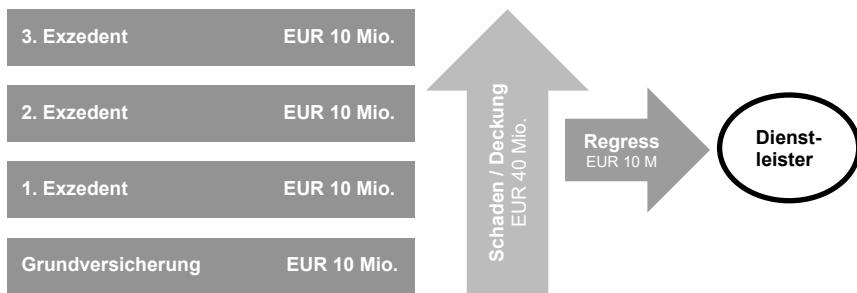


Abb. 7

I. Nachdem der Schaden vollständig reguliert wurde, regelt sich das Schicksal des Regressanspruchs gegen den Dienstleister nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG. Dort heißt es:

„Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt.“

Die Frage in unserer Konstellation ist allerdings: auf welchen Versicherer? Alle haben einen Teil des Schadens ersetzt.

II. Es erscheint zunächst naheliegend, dass der Grundversicherer uneingeschränkt Regress nehmen kann. Er hat im Zweifel auch als erster geleistet und wäre der Schnellste beim Zugriff auf den Regressschuldner.

Über das Rangverhältnis beim Regress unter verschiedenen Versicherern sagt das Gesetz allerdings nichts. Daher spricht zunächst einiges dafür, dass der Grundversicherer (voll) auf den Dienstleister zugreifen kann. Auch erfolgt der gesetzliche Forderungsübergang gemäß § 86 Abs. 1 VVG mit Zahlung durch den Versicherer,¹⁸ so dass der Grundversicherer dann als erster und umfänglich zugriffsberechtigt wäre.

Das Ergebnis erscheint gleichwohl nicht richtig. Der Grundversicherer stünde schadlos, wohingegen die Exzedenten einen Verlust in Höhe ihres Limits verzeichnen und keinen Regress nehmen könnten. Man ist hier geneigt, die Frage zu stellen, ob bei bestehenden Exzedenten ein erfolgreicher Regress das Limit des Grundversicherers wieder auffüllt (dazu noch sogleich). Dann käme es zum Einwand der fehlenden Ausschöpfung durch die nachgehenden Versicherer mit dem Ergebnis, dass der Regresserlös (irgendwann) beim letzten Exzedenten ankommt.

III. Dieses Ergebnis – der letzte Exzedent darf zuerst Regress nehmen – ließe sich stimmig mit einer entsprechenden Anwendung des § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG begründen. Die Regelung lautet:

„Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. *Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.*“

Aus diesem zweiten Satz wird hergeleitet, dass die Versicherungsnehmerin für einen ungedeckten gebliebenen Teil des Schadens vor dem Versicherer Regress nehmen darf. Viele Details sind hier umstritten. Aber jedenfalls sofern der ungedeckte Teil des Schadens „*kongruent*“ ist mit dem Schaden, den der Versicherer reguliert hat, darf der Versicherte sich vorrangig bei dem Dritten befriedigen. So liegt es in unserem Fall, die gesamten 40 Mio. EUR bestehen aus IT-Kosten und BU-Schaden, die unter den Policien grundsätzlich gedeckt sind.¹⁹

¹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.1993, 18 U 331/92, BeckRS 1994, 6197 = VersR 1995, 401; *Langheid*, in: Langheid/Rixecker, a.a.O., § 86 Rn. 13; *Ehrenzweig*, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, 1952, S. 286.

¹⁹ Vgl. dazu bereits oben unter C. III.

Zwar ist die Versicherungsnehmerin vollumfänglich für ihren Schaden befriedigt worden. Das ansonsten der Versicherungsnehmerin zustehende Regressvorrecht könnte aber entsprechend auch für die Exzedentenversicherer gelten. Gäbe es die Exzedentenverträge nicht, wäre der über die EUR 10 Mio. in der Grundversicherung hinausgehende Schaden ungedeckt geblieben. Fraglos hätte dann allein die Versicherungsnehmerin das Recht, bei dem Dritten Regress zu nehmen. Der Grundversicherer käme nicht zum Zuge. Es macht für den Grundversicherer keinen Unterschied, ob der Schaden oberhalb seines Deckungslimits versichert ist oder die Versicherungsnehmerin diesen selbst zu tragen hat. Er wird häufig nicht einmal wissen, ob über ihm Exzedentenverträge existieren (jedenfalls nicht vor einem Schadenfall).

Wendet man § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG entsprechend auf die Exzedentenversicherer an, sperrt diese Regelung einen Regress der Versicherer weiter unten im Turm. Das Regressvorrecht stünde in unserem Fall also zunächst dem 3. Exzedenten zu.

Wenn Unklarheiten bestehen, ob der 3. Exzedent sein Regressrecht ausüben will, wird der darunter liegende Exzedent ihn zu einer entsprechenden Erklärung auffordern können, um dann ggf. selbst (und auf eigene Kosten) Regress zu nehmen, wenn der letzte Exzedent dies nicht vorhat. Dasselbe hätte zu gelten, wenn bei der Versicherungsnehmerin noch ein ungedeckter, aber kongruenter Schaden verblieben ist, aber diese nicht plant, Regress zu nehmen.

IV. Der vorstehend skizzierten Lösung ließe sich allerdings entgegenhalten, dass die gesetzliche Regelung in § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG dem Schutz der Versicherungsnehmerin dient und nicht entsprechend auf (Exzedenten-)Versicherer Anwendung finden kann. Die Exzedentenversicherer haben – ebenso wie der Grundversicherer – eine Risikoübernahme gegen Entgelt versprochen, weshalb sie auch in Bezug auf Regressansprüche gegen Dritte ebenso wie der Grundversicherer zu behandeln sein könnten.

Folgt man dem, dürften Regressansprüche gegen Dritte auf sämtliche Versicherer des Programms gleichermaßen übergehen. Da in unserem Beispielsfall ein Regressanspruch nur in Höhe von EUR 10 Mio. besteht, wären alle Versicherer des Programms Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB und im Innerenverhältnis zu gleichen Anteilen an dem Regressanspruch berechtigt, § 430 BGB.²⁰ Im Ergebnis erhielte jeder der Versicherer einen anteiligen Regresserlös von EUR 2,5 Mio.

²⁰ Für einen nur anteiligen Übergang bei Zahlung durch mehrere Versicherer (wohl nicht bezogen auf Exzedentenprogramme): Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachdruck 1963, S. 139 f.; dagegen, aber im Ergebnis auch für Aufteilung des Regressanspruchs auf mehrere beteiligte Versicherer Ehrenzweig, a.a.O., S. 287.

Mir erscheint die Lösung über eine analoge Anwendung von § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG zugunsten der Exzedentenversicherer vorzugswürdig. Die Exzedenten erhalten regelmäßig eine deutlich geringere Prämie und treten selbstständig und meist ohne Koordination mit dem Grundversicherer für höhere Schäden ein. Dies rechtfertigt es, sie in Bezug auf die Regressrechte im Verhältnis zu den vorangehenden Versicherern wie den Versicherungsnehmer selbst zu behandeln. Zwingend ist diese Lösung aber wohl nicht.

V. Nach § 86 Abs. 2 Satz 1 VVG ist die Versicherungsnehmerin verpflichtet, Regressrechte gegen Dritte zu sichern. Verletzt sie diese Obliegenheit vorsätzlich, ist der Versicherer zur Leistung insoweit nicht verpflichtet, als er infolgedessen keinen Ersatz von dem Dritten erlangen kann. Im Falle grober Fahrlässigkeit sieht das Gesetz eine Quotierung der Leistung des Versicherers entsprechend der Schwere des Verschuldens der Versicherungsnehmerin vor (§ 86 Abs. 2 Satz 2 u. 3 VVG). Leistungsfreiheit oder Leistungskürzung setzen also voraus, dass konkrete Regressmöglichkeiten bereitstehen.²¹ Demnach hängt auch die Frage, welcher Versicherer des Versicherungsprogramms in unserem Beispielsfall aus einer Obliegenheitsverletzung Konsequenzen ziehen kann, davon ab, auf welche(n) Versicherer die Regressrechte übergehen.²² Dasselbe dürfte für die Frage gelten, welcher Versicherer für die Kosten von Maßnahmen der Versicherungsnehmerin zur Regresssicherung aufzukommen hat.²³

VI. Ich möchte abschließend noch die vorhin nur kurz angesprochene Frage aufgreifen, ob ein erfolgreicher Regress die Deckungssumme des Versicherers wieder auffüllen kann.

Nehmen wir an, in unserem Beispiel hätte nur der 3. Exzedent den Regress durchgeführt und bei dem haftpflichtigen Dienstleister EUR 10 Mio. vereinbart. Steht die Deckungssumme des 3. Exzedenten dann erneut zur Verfügung? Relevant wird dies, wenn in derselben Versicherungsperiode ein weiterer Schaden eintritt. Dieser neue Schaden wäre an sich ungedeckt, da die Deckungssumme des Turms durch den ersten Schadenfall verbraucht wurde. Würde der erfolgreiche Regress das Limit wieder auffüllen, bestünde für Schäden bis EUR 10 Mio. weiterhin Versicherungsschutz.²⁴

Es dürfte tatsächlich Fälle geben, wo die erfolgreiche Durchsetzung von Regressansprüchen das Deckungslimit des Versicherers wieder auffüllen. Das gilt allerdings nur, wenn es noch offene Deckungsansprüche aus *demselben* Scha-

²¹ Es handelt sich um ein zusätzliches Kausalitätserfordernis: vgl. *Armbriüster*, in: Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn. 81.

²² S.o. unter 5. IV. und V.

²³ Zu dieser Verpflichtung vgl. *Armbriüster*, in: Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn. 75.

²⁴ Der zeitliche Versatz bei der Regressführung sei hier ausgeblendet, er ist aber auch irrelevant.

denfall gibt. Als Beispiel hierfür stellen wir uns eine Strafrechtsschutzversicherung mit einem Deckungslimit von EUR 1 Mio. vor. Es wird ein Ermittlungsverfahren gegen fünf versicherte Personen geführt. Der Versicherer zahlt im Laufe des Verfahrens jeweils EUR 200.000 für die Strafverteidigung der fünf Versicherten. Damit ist die Deckungssumme erschöpft. Die Versicherten haben weitere Kosten, für die sie selbst aufkommen. Eine der versicherten Personen wird sodann wegen einer Vorsatztat verurteilt, die weiteren vier werden freigesprochen. Der Versicherer fordert daraufhin vom Vorsatztäter erfolgreich die geleisteten EUR 200.000 zurück.²⁵ Dieser Rückfluss dürfte die Deckungssumme in der Tat wieder auffüllen. Der Versicherer hat nur vorläufig Verteidigungskosten geleistet. Greift im späteren Verlauf ein Deckungsausschluss, steht ihm ein vertragliches Regressrecht zu. Erhält er den aufgewendeten Betrag zurück, dürfte dieser – abzüglich etwaiger Kosten – auf die anderen vier Versicherten zu verteilen sein.²⁶ Er mag hier sogar zu einer Rückforderung und Neuverteilung verpflichtet sein.²⁷

Für separate – neue – Schadensfälle dürfte es eine solche Wiederauffüllung der Deckungssumme richtigerweise nicht geben (und dies wird auch nicht diskutiert²⁸). Der Versicherer hat das Risiko getragen und seine Leistung voll erbracht. Ob und ggf. in welchem Umfang er für die Schäden Regress nehmen kann, ist sein Risiko. Ein erfolgreicher Regress bei der Abwicklung eines Schadensfalls führt nicht zu einer Besserstellung der Versicherungsnehmerin dergestalt, dass sie ein Mehr an Deckung erhält, also Versicherungsschutz für weitere Schadensfälle hat.

6. Schluss

Und damit möchte ich schließen. Vielleicht teilen Sie meine Einschätzung, dass die Cyber-Versicherung uns bei der Handhabung von Layer-Programmen eine Vielzahl von neuen Fragen aufgeben wird. Ich hoffe, ich konnte ein paar davon beantworten und danke für Ihre Aufmerksamkeit.

²⁵ Für den Fall einer Verurteilung wegen Vorsatz sehen die AVB einen Deckungsausschluss vor und das Recht des Versicherers, bereits gezahlte Verteidigungskosten zurückzufordern.

²⁶ Manelyak, Strafrechtsschutzversicherung für Unternehmen, 2024, S. 162 ff.

²⁷ Manelyak, a. a. O.; vgl. auch Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., § 86 Rn. 65.

²⁸ Wie hier Segger, in: MünchKommVVG, a. a. O., § 86 Rn. 130.

Literaturverzeichnis

- BeckOK VVG, hrsg. v. Marlow, Sven/Spuhl, Udo, 24. Ed., Stand: 01.08.2024.
- Bruck, Ernst/Möller*, Hans, VVG, hrsg. v. Beckmann, Roland Michael/Koch, Robert, Band 2, 10. Aufl. 2022.
- Ehrenzweig*, Albert, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, 1952.
- Knöfel*, Oliver L., Strukturprobleme der D&O-Exzedentenversicherung, ZIP 2018, 1814.
- Kosich*, Maximilian, Die Exzedentenversicherung, 2022.
- Langheid, Theo/Rixecker*, Roland, VVG, 7. Aufl. 2022.
- Looschelders, Dirk/Pohlmann*, Petra, VVG, 4. Aufl. 2023.
- Manelyak*, Viktoriya, Strafrechtsschutzversicherung für Unternehmen, 2024.
- Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, Neudruck Berlin 1963.
- Münchener Kommentar zum VVG, hrsg. v. Langheid, Theo/Wandt, Manfred; Band 1, 2. Aufl. 2022; Band 2, 3. Aufl. 2024.
- Prölss, Erich R./Martin, Anton*, VVG, 32. Aufl. 2024.