

*Dr. Carola Olbrich, Rechtsanwältin, Wilhelm Rechtsanwälte, Düsseldorf, [www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)*

### **Gesetzliche Neuregelung zum Selbstbehalt in der D&O-Versicherung**

#### **1. EINLEITUNG**

In diesen Tagen tritt das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung“ (VorstAG) in Kraft. Neben Vorschriften zur Vergütung des Vorstands sowie zur Zusammensetzung und Haftung des Aufsichtsrats verpflichtet das VorstAG Aktiengesellschaften, die eine D&O-Versicherung abschließen, einen Selbstbehalt der versicherten Vorstandsmitglieder zu vereinbaren.

Nachfolgend stellen wir die für die Unternehmenspraxis wichtigen Änderungen hinsichtlich der D&O-Versicherung vor.

#### **2. HAFTUNG DES VORSTANDS / SELBSTBEHALT IN DER D&O-VERSICHERUNG**

Das VorstAG sieht eine Verschärfung der persönlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen einer Verletzung ihrer Pflichten vor, indem sich die Vorstandsmitglieder künftig bei Abschluss einer D&O-Versicherung zwingend in Höhe eines Selbstbehaltes an etwaigen Schadenersatzleistungen beteiligen müssen.

##### **2.1 Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehaltes**

Gemäß des neu eingefügten § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG müssen Aktiengesellschaften bei Abschluss einer „Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflichen Tätigkeit für die Gesellschaft“ zwingend einen Selbstbehalt der versicherten Vorstandsmitglieder vereinbaren. Nach der Gesetzesbegründung<sup>1</sup> bezieht sich diese Pflicht (nur) auf D&O-Versicherungen. Andere Versicherungen, die zur Absicherung von Vorstandsmitgliedern abgeschlossen werden (z.B. Strafrechtsschutz), erwähnt der Gesetzgeber nicht.

Eine generelle Pflicht zum Abschluss einer D&O-Versicherung besteht weiterhin nicht. Dies stellt der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung klar.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 17.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 17.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist ein Selbstbehalt

*„von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.“*

Wie diese Regelung im Detail zu verstehen ist, lässt der Gesetzeswortlaut offen. Eine Auslegungshilfe gibt die Gesetzesbegründung<sup>3</sup>; etliche Fragen bleiben jedoch unbeantwortet:

*„Bei der Vereinbarung des Selbstbehalts sind zwei Werte festzusetzen: Eine prozentuale Quote, die sich auf jeden einzelnen Schadensfall bezieht, und eine absolute Obergrenze, die für alle Schadensfälle in einem Jahr zusammen gilt, jedoch bei großen Schäden auch schon bei einem einzigen Schadensfall erreicht werden kann. Die Höhe der Werte gibt das Gesetz nicht abschließend vor, geregelt wird lediglich, wie hoch die Werte mindestens sein müssen. Bei jedem Schadensfall hat sich das Vorstandsmitglied mit einem vertraglich festzulegenden Prozentsatz an dem Schaden zu beteiligen, der mindestens 10 Prozent betragen muss. Absolute Obergrenze ist ein Betrag, der mindestens dem Eineinhalbfachen der jährlichen Festvergütung entsprechen muss.“*

Das Unternehmen und der Versicherer müssen sich also einerseits einigen, wie hoch die prozentuale Beteiligung des Vorstandsmitglied an einem einzelnen Schadenfall sein soll (mindestens 10 %), und andererseits, welcher absolute Betrag für alle Schadenfälle (wohl) in einem Jahr vom Vorstandsmitglied zu tragen ist (mindestens das Eineinhalbfache der jährlichen Festvergütung).

Wie die Gesetzesbegründung<sup>4</sup> weiter klarstellt, erfordert der Versicherungsvertrag bei einer Änderung der Festvergütung jährlich eine Anpassung. Der Gesetzgeber geht also offenbar davon aus, dass die Höhe der Festvergütung dem Versicherer mitgeteilt wird. Ob das Jahresfestgehalt der Vorstände in die Policen aufzunehmen ist, regelt der Gesetzgeber nicht. Für die Höhe des Selbstbehalts soll das Bezugsjahr relevant sein, in dem der Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds liegt.<sup>5</sup>

## 2.2 Unklarheiten

Offen bleibt, ob auch die Rechtsverteidigungskosten als Teil des Schadens für die Höhe des Selbstbehalts maßgeblich sind. Ferner ist unklar, ob der Selbstbehalt auch dann eingreift, wenn eine unberechtigte Inanspruchnahme vorliegt und lediglich Abwehrkosten anfallen.

---

<sup>3</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 17.

<sup>4</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 17.

<sup>5</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 17.

Der Wortlaut des Gesetzes („10 Prozent des Schadens“) spricht eher dafür, dass sich der „Schaden“ lediglich auf die – tatsächlich eingetretene – Vermögenseinbuße des Unternehmens, nicht aber auf die vom Vorstandsmitglied zu tragenden Abwehrkosten beziehen soll.

Auch ist nach dem Gesetzeswortlaut bereits fraglich, ob die absolute Obergrenze des Selbstbehaltes jährlich gelten soll, denn der Wortlaut sieht keine zeitliche Einschränkung vor. Nach der Gesetzesbegründung, die diesbezüglich auf „alle Schadenfälle in einem Jahr“ abstellt, bleibt weiterhin unklar, ob für die jährliche Obergrenze des Selbstbehaltes auf das Kalenderjahr, das Versicherungsjahr oder auf das Anstellungsjahr abzustellen sein soll.

Schließlich bleibt offen, ob der Selbstbehalt auch für Schadenersatzansprüche von Dritten, die außerhalb des versicherungsnehmenden Unternehmens stehen, gelten soll (hier kann das Unternehmen und/oder der Vorstand Anspruchsgegner sein). § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, der die Pflicht zur Vereinbarung des Selbstbehalts regelt, bezieht sich lediglich auf die Haftung des Vorstands gegenüber dem eigenen Unternehmen, nicht aber auf die Außenhaftung. Wie diese Details in der Praxis gehandhabt werden, bleibt abzuwarten.

### 2.3 Zeitlicher Geltungsbereich der Neuregelung

Die zeitliche Geltung der gesetzlichen Neuregelung ergibt sich nur teilweise aus dem Gesetzestext.

#### 2.3.1 Zwingender Selbstbehalt bei Neuverträgen

Die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehaltes für die versicherten Vorstandsmitglieder gilt zunächst nur für D&O-Versicherungsverträge, die die Aktiengesellschaft nach Inkrafttreten des Gesetzes abschließt.

#### 2.3.2 Anpassung laufender Verträge

Versicherungsverträge, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits laufen, sind grundsätzlich bis zum 30. Juni 2010 an die Neuregelung anzupassen (§ 23 Absatz 1 EGAktG).

Eine Ausnahme gilt für solche Fälle, in denen Vorstandsmitglieder aus einer vor dem Inkrafttreten des VorstAG geschlossenen Vereinbarung mit dem Unternehmen einen Anspruch auf eine D&O-Versicherung ohne den vom Gesetz geforderten Selbstbehalt haben. Besteht eine solche vertragliche Regelung, kann das Unternehmen auf die Vereinbarung eines Selbstbehalts bis zum Ablauf des (ursprünglichen) Vorstandsvertrags, also in der Praxis maximal fünf Jahre (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG),

verzichten (§ 23 Abs. 1 Satz 2 EGAktG). Nach der Gesetzesbegründung gilt dies nicht für Verlängerungen des Vorstandsvertrages.<sup>6</sup>

### 2.3.3 Zeitliche Geltung für Pflichtverstöße/Inanspruchnahmen vor Inkrafttreten der Neuregelung

Fraglich ist, ob der Selbstbehalt zwingend auch in solchen Fällen eingreift, in denen die Pflichtverletzung und/oder die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds zeitlich vor Inkrafttreten der Neuregelung beziehungsweise vor Umstellung des Versicherungsvertrags liegen.

Liegen die Pflichtverletzung des Vorstands und dessen Inanspruchnahme zeitlich *vor* Inkrafttreten der Neuregelung, spricht einiges dafür, dass auf den – zum Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht regulierten – Schaden der Selbstbehalt keine Anwendung findet. Sämtliche Merkmale des Schadensfalls liegen in diesem Fall zeitlich vor der Neuregelung.

Sollte nur die Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds zeitlich *vor* Inkrafttreten der Neuregelung eintreten, jedoch die Inanspruchnahme des Vorstands und die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Versicherer *nach* Inkrafttreten der Neuregelung erfolgen, dürfte der Selbstbehalt für diesen Schaden eingreifen. In diesem Fall liegt der Versicherungsfall (Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs gegen den Vorstand) in der Zeit nach Inkrafttreten der Neuregelung.

Da ein Versicherungsfall Voraussetzung für das Eingreifen des Selbstbehaltes ist, wird der Selbstbehalt auf jeden Versicherungsfall Anwendung finden, der nach Inkrafttreten der Neuregelung eintritt.

### 2.3.4 Rechtsfolgen bei fehlender oder verspäteter Vereinbarung eines Selbstbehaltes

Welche Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur (rechtzeitigen) Vereinbarung eines Selbstbehaltes eintreten, regelt der Gesetzgeber nicht. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, der Versicherungsvertrag sei in diesem Fall unwirksam.<sup>7</sup> Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Verstößt das Organ, das den D&O-Versicherungsvertrag abschließt, gegen die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehaltes, setzt es sich selbst einem Haftungsrisiko aus, sofern dem Unternehmen ein Schaden entsteht (z.B. entgangener Prämienvorteil).

---

<sup>6</sup> BT-Drucksache 16/13433, S. 19.

<sup>7</sup> Lange, VW 2009, 918/919.

## 2.4 Versicherbarkeit des Selbstbehaltes

Für die Vorstandsmitglieder stellt sich die Frage, ob sie ihren Selbstbehalt durch eine gesonderte Police auf eigene Kosten versichern können. Der Gesetzeswortlaut spricht dafür, dass eine solche Selbstbehaltsversicherung möglich ist. Dies gilt jedenfalls, wenn das Vorstandsmitglied die Prämien für diese Police privat zahlt. Gegen ein Verbot einer privaten Selbstbehaltsversicherung des Vorstands bestehen im Übrigen verfassungsrechtliche Bedenken.

## 2.5 Keine entsprechende Anwendung auf andere Leitungsorgane

Nach der Gesetzesbegründung<sup>8</sup> schränkt der Gesetzgeber die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehaltes ausdrücklich auf die Versicherung zugunsten von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft als „unter Haftungsgesichtspunkten wichtigsten Fall“ ein. Betroffen sein dürften sämtliche Vorstände im Konzern, unabhängig davon, ob sie für das Mutterunternehmen oder ein Tochterunternehmen tätig sind. Für die normalerweise mitversicherten Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft gilt die Regelung indes nicht.

Auch ist die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehaltes nicht auf Organe anderer Gesellschaftsformen, insbesondere etwa der GmbH, übertragbar. Dies stellt der Gesetzgeber für den GmbH-Aufsichtsrat durch Anpassung von § 52 Abs. 1 GmbHG ausdrücklich klar. Für die Leitungsorgane anderer Gesellschaftsformen sieht der Gesetzesentwurf keine Regelungen vor.

## 3. FAZIT

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG lässt etliche Detailfragen offen. Möglicherweise wird die Schadenregulierung komplizierter, wenn neben dem D&O-Versicherer noch ein Selbstbehaltsversicherer involviert ist.

Dr. Carola Olbrich  
Rechtsanwältin

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 17

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

[carola.olbrich@wilhelm-rae.de](mailto:carola.olbrich@wilhelm-rae.de)

Wilhelm  
Partnerschaft von Rechtsanwälten  
Sitz: Düsseldorf - AG Essen: PR 1597  
Fürstenwall 63  
40219 Düsseldorf

[www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)

---

<sup>8</sup> BT-Drucksache16/13433, S. 17.