

Dr. Carola Olbrich, Rechtsanwältin und Dr. Daniel Kassing, Rechtsanwalt, Wilhelm Rechtsanwälte, Düsseldorf, www.wilhelm-rae.de

Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung: Gesetzliche Neuregelung lässt viele Fragen offen

1. EINLEITUNG

Am 5. August 2009 trat das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)¹ in Kraft. Der Gesetzgeber reagierte damit auf die derzeitige Schieflage vieler Unternehmen infolge der Finanzkrise. Neben Vorschriften über die Vergütung des Vorstands einer Aktiengesellschaft und dessen Wechsel in den Aufsichtsrat verpflichtet das VorstAG durch Einfügung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG Aktiengesellschaften, einen Selbstbehalt in D&O-Versicherungen zu vereinbaren. Der Abschluss einer D&O-Versicherung bleibt weiterhin freiwillig.² Mit Hilfe des Selbstbehalts will der Gesetzgeber Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegenwirken und damit eine verhaltenssteuernde Wirkung erzielen.³

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG erstreckt sich auf alle ab dem 5. August 2009 abgeschlossenen D&O-Versicherungsverträge und kraft § 23 Abs. 1 EG AktG mit Stichtag 1. Juli 2010 grundsätzlich auch auf alle Altverträge. § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG lautet:

„Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.“

Wie der Selbstbehalt im Detail ausgestaltet ist, lässt der Gesetzeswortlaut offen. Dieser Beitrag beleuchtet den auslegungsbedürftigen § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, der sich sinngemäß auch in Ziffer 3.8 des Neuentwurfs des Corporate Governance Kodex vom 18. Juni 2009 findet.

¹ BGBl. I, S. 2509 ff.

² BT-Drucks. 16/13433, S. 17.

³ BT-Drucks. 16/13433, S. 17.

2. SELBSTBEHALT NUR BEI VORSTÄNDEN VON AKTIENGESELLSCHAFTEN

Der Gesetzgeber normierte den Selbstbehalt für D&O-Versicherungen in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG und damit nur für Aktiengesellschaften. Zwar finden Vorschriften des AktG auf die GmbH zum Teil entsprechende Anwendung, wie etwa die sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Der Gesetzgeber stellt mit Anpassung des § 52 Abs. 1 GmbH, der für die Haftung des Aufsichtsrats einer GmbH auf § 93 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG, aber nicht auf § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG verweist, klar, dass die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts über Aktiengesellschaften hinaus nicht direkt anwendbar ist. Eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf Organe anderer Gesellschaften kommt mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht. Dieses Ergebnis wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, in welcher der Gesetzgeber nur auf die D&O-Versicherung zugunsten von Vorständen einer Aktiengesellschaft als „unter Haftungsgesichtspunkten wichtigsten Fall“ Bezug nimmt.⁴

Für die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft sowie für Leitungsorgane anderer Gesellschaftsformen gilt § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht. Die Neufassung des Corporate Governance Kodex sieht indes einen Selbstbehalt auch für den Aufsichtsrat vor.

3. SELBSTBEHALT NUR BEI INNENHAFTUNG

Die D&O-Versicherung deckt Vermögensschäden ab, die dem Unternehmen (Innenhaftung) oder Dritten (Außenhaftung) durch eine Pflichtverletzung ihres Managers entstehen. Die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts ist in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG normiert. § 93 AktG regelt die Haftung des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft und damit (nur) die Innenhaftung. Folglich dürfte der Selbstbehalt nur für die Innenhaftung gelten.

4. SCHWELLENWERTE

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nennt für den Selbstbehalt die beiden Schwellenwerte von „mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung“. Wie diese Regelung im Detail zu verstehen ist, erschließt sich nach einer Lektüre des Gesetzestextes nicht. Auf den ersten Blick scheint die Vereinbarung von zwei Mindestgrenzen überflüssig. Der Rechtsanwender muss zur Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf die Gesetzesbegründung⁵ zurückgreifen:

⁴ BT-Drucks. 16/13433, S. 2, 17.

⁵ BT-Drucks. 16/13433, S. 17.

„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. [...] Je nach Änderung der Festvergütung ist die Versicherung jährlich anzupassen.“

Unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung bezieht sich die 10-Prozent-Grenze auf den Mindestanteil, mit dem sich das Vorstandsmitglied an jedem von ihm schuldhaft verursachten Schaden beteiligen muss. Das Eineinhalbfache der jährlichen Festvergütung markiert die mindestens zu vereinbarende Obergrenze, die für alle Schäden pro Jahr gilt.

Beide Schwellen sind als Mindestanforderungen ausgestaltet, d.h. die Parteien des Versicherungsvertrags können sowohl eine über 10 Prozent hinausgehende Beteiligung des Vorstandsmitglieds pro Schaden und/oder eine höhere Obergrenze als das Eineinhalbfache der jährlichen Festvergütung des Vorstandsmitglieds pro Jahr vereinbaren.

Die Gesetzesbegründung steht im Widerspruch zum Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, nach dem sich das Vorstandsmitglied mindestens mit dem Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung am Schaden beteiligen muss. Wortlautgemäß haftet das Vorstandsmitglied pro Schaden jeweils bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen seines Jahres-Festgehalts. Aus der Gesetzesbegründung⁶ geht hervor, dass das Eineinhalbfache des Jahres-Festgehalts die mindestens zu vereinbarende Obergrenze für alle Schadensfälle im Jahr zusammen bilden soll. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung diesen Konflikt zwischen Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung lösen wird.

5. BEZUGSJAHR FÜR DEN SELBSTBEHALT

Der D&O-Versicherung liegt das Claims-Made-Prinzip zugrunde, d.h. der Versicherungsfall tritt mit Erhebung eines Anspruchs gegen die versicherte Person ein.⁷ Mit Blick auf den Selbstbehalt stellt sich die Frage, ob es für dessen Bemessung auf das Jahr der Anspruchserhebung oder der

⁶ BT-Drucks. 16/13433, S. 17.

⁷ Eine solche Definitionsklausel ist nicht überraschend, aber inhaltstrollfähig, so jüngst OLG München, NZG 2009, 714; zur Auslegung der Begriffe Anspruchs- und Klageerhebung vgl. *Steinkühler/Kassing*, VersR 2009, 607 ff.

Pflichtverletzung ankommt. Der Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG gibt keinen Aufschluss darüber. In der Gesetzesbegründung⁸ führt der Gesetzgeber aus:

„Das Bezugsjahr für den anzuwendenden Selbstbehalt ist das Jahr des Pflichtverstoßes.“

Für die Bemessung der jährlichen Obergrenze des Selbstbehalts kommt es also auf die Festvergütung im Jahr des Pflichtverstoßes an. Offen bleibt, ob der Gesetzgeber das Kalenderjahr, das Versicherungsjahr oder das Geschäftsjahr der Aktiengesellschaft gemeint hat. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist unter dem Begriff „Jahr“ das Kalenderjahr zu verstehen. Mangels Anhaltspunkten, die dieser Auslegung entgegenstehen, dürfte es für die Bemessung des Selbstbehalts auf das Kalenderjahr des Pflichtverstoßes ankommen.

6. SELBSTBEHALT BEI ABWEHRKOSTEN

Wegen der regelmäßig hohen Streitwerte und der Komplexität der Sachverhalte kommt der Kostenübernahme durch den D&O-Versicherer eine gegenüber der Befriedigung der Schadenersatzansprüche stärkere Bedeutung zu.⁹ § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG regelt nicht, ob der Selbstbehalt über die Beteiligung am Schaden hinaus auch auf Abwehrkosten Anwendung findet.

Mit dem Begriff „Schaden“ ist die Vermögenseinbuße gemeint, die dem Unternehmen durch die Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds entstanden ist. Abwehrkosten entstehen dem Vorstandsmitglied und stellen daher keinen Schaden des Unternehmens dar. Daher spricht der Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG dafür, dass sich der Selbstbehalt nicht auf Abwehrkosten erstreckt.

Die Parteien des Versicherungsvertrags können Abwehrkosten jedoch per Vereinbarung zum Gegenstand des Selbstbehalts machen.¹⁰ Das hat zur Folge, dass ein in Anspruch genommenes Vorstandsmitglied einen Teil, wenn nicht sogar die gesamten Kosten seiner Verteidigung selbst tragen muss. Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der D&O-Versicherung enthalten im Regelfall keine Bestimmung zur Geltung des Selbstbehalts für die Abwehrkosten.¹¹ Mangels entgegenstehender vertraglicher Abreden dürfte auch unterhalb der Selbstbehaltsgrenze ein Anspruch des Vorstandsmitglieds auf Abwehrkostendeckung bestehen. Es bleibt abzuwarten, ob diese Praxis nach Inkrafttreten des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG beibehalten wird.

⁸ BT-Drucks. 16/13433, S. 17.

⁹ Olbrich, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2007, S. 168; Thümmel/Sparberg, DB 1995, 1013 (1017).

¹⁰ Schimikowski in: Ruffer/Haffelbach/Schimikowski, VVG, 2008, Ziff. 6 AHB Rn. 3.

¹¹ Olbrich, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2007, S. 170 m.w.N.

7. ANPASSUNG VON ALTVERTRÄGEN

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG gilt nicht nur für neue D&O-Versicherungsverträge, die nach Inkrafttreten des VorstAG am 5. August 2009 geschlossen werden, sondern greift nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 EGActG auch in Altverträge ein. § 23 Abs. 1 EGActG lautet auszugsweise:

„§ 93 Absatz 2 Satz 3 des Aktiengesetzes in der ab 5. August 2009 geltenden Fassung ist ab dem 1. Juli 2010 auch auf Versicherungsverträge anzuwenden, die vor dem 5. August 2009 geschlossen wurden. Ist die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand aus einer vor dem 5. August 2009 geschlossenen Vereinbarung zur Gewährung einer Versicherung ohne Selbstbehalt im Sinne des § 93 Absatz 2 Satz 3 AktG verpflichtet, so darf sie diese Verpflichtung erfüllen.“

Eine zwischen Aktiengesellschaft und Vorstand vereinbarte Verpflichtung zur Gewährung einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt bleibt laut Gesetzesbegründung bis zum Auslaufen des Vorstandsvertrags bestehen.¹² Da Vorstandsverträge gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG eine maximale Laufzeit von fünf Jahren haben, läuft die Ausnahmeregelung spätestens am 5. August 2014 aus. Verlängerungen des Vorstandsvertrags bleiben außer Betracht.¹³

Das VorstAG trifft keine Aussage darüber, welche Rechtsfolgen eine unterbliebene Anpassung eines Altvertrags oder eine unterlassene Vereinbarung des Selbstbehalts im Neuvertrag auslöst. Entgegen einer Einzelstimme im Schrifttum¹⁴ geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor, dass ein Versicherungsvertrag, der die Vorgaben des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht erfüllt, unwirksam sein soll. Weder Gesetzeswortlaut noch Gesetzesbegründung geben Aufschluss über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Selbstbehalt.

Zweifelhaft ist, ob ein Verstoß gegen § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nach Maßgabe des § 134 BGB zur (Teil-)Nichtigkeit des D&O-Versicherungsvertrags führt. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit braucht im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, sondern kann sich auch aus dem Regelungszusammenhang ergeben.¹⁵ Ob aus dem Regelungszusammenhang des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG die Rechtsfolge der Nichtigkeit folgt, ist zweifelhaft. Denkbar erscheint eine Teilnichtigkeit des D&O-Versicherungsvertrags, der dann durch den gesetzlich normierten Selbstbehalt ergänzt wird.

¹² BT-Drucks. 16/13433, S. 19.

¹³ BT-Drucks. 16/13433, S. 19.

¹⁴ Lange, VW 2009, 918 (919).

¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1969, 750 (751).

Jedenfalls normiert § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG eine Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts. Der Vorstand vertritt die Aktiengesellschaft bei Abschluss des D&O-Versicherungsvertrags.¹⁶ Folglich begeht der Vorstand eine Pflichtverletzung, wenn er keinen gesetzeskonformen Selbstbehalt vereinbart.

In der Praxis dürften Probleme vor allem bei der Weiterführung von alten D&O-Policen über den 1. Juli 2010 hinaus entstehen, wenn die Versicherungsverträge keinen Selbstbehalt gemäß § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG beinhalten. Im Übrigen wird es sich bei der Nichtvereinbarung eines Selbstbehalts um ein theoretisches Problem handeln, denn die D&O-Versicherer werden für Aktiengesellschaften künftig nur Policen mit Selbstbehalt anbieten.

8. ZWEIFELSFÄLLE DER ANWENDBARKEIT DES § 93 ABS. 2 SATZ 3 AKTG

Die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts für die versicherten Vorstandsmitglieder gilt zunächst nur für D&O-Versicherungsverträge, welche die Aktiengesellschaft nach Inkrafttreten des VorstAG abschließt. Erfolgt Pflichtverletzung und Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds nach dem 5. August 2009 und liegt ein Neuvertrag vor, ist § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG anwendbar. Es sind jedoch verschiedene Konstellationen vorstellbar, in denen die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht auf der Hand liegt.

8.1 Vertragsänderungen von Altverträgen vor dem 1. Juli 2010

D&O-Versicherungsverträge, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 93 Abs. 3 Satz 2 AktG am 5. August 2009 bereits laufen (Altverträge), müssen nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 EGAktG zum 1. Juli 2010 einen Selbstbehalt beinhalten.¹⁷ Bis zum 1. Juli 2010 müssen also sämtliche Altverträge an die gesetzliche Neuregelung angepasst sein, sofern die nicht bereits erläuterte Ausnahme¹⁸ eingreift.

Fraglich ist, ob der Selbstbehalt auch bei Vertragsänderungen von Altverträgen vereinbart werden muss. Ändern die Vertragsparteien etwa zum 1. Januar 2010 wesentliche Vertragsdetails, könnte dies zu einer Qualifikation des Altvertrags als Neuvertrag mit der Folge führen, dass zwingend be-

¹⁶ *Habersack* in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 112 Rn. 8; *Hopt/Roth* in: Großkommentar zum AktG, Stand: 1. Oktober 2005, § 112 Rn. 65; *Kästner*, AG 2000, 113 (121); *Olbrich*, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2007, S. 209 f.; *Vätter*, AG 2000, 453 (457); a.A. wohl *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 84 Rn. 16.

¹⁷ Vgl. dazu oben 7.

¹⁸ Vgl. dazu oben 7.

reits zum 1. Januar 2010 ein Selbstbehalt vereinbart werden muss. Bleibt es hingegen trotz Vertragsänderung bei der Einstufung als Altvertrag, muss eine Vertragsanpassung gemäß § 23 Abs. 1 EGAktG erst zum 1. Juli 2010 erfolgen.

Bei der Unterscheidung zwischen Alt- und Neuvertrag dürfte es entsprechend der Differenzierung zwischen Erst- und Folgeprämie bei Vertragsänderungen darauf ankommen, ob nach dem Willen der Parteien ein neuer Versicherungsvertrag begründet oder der alte unter Wahrung seiner Identität lediglich geändert werden soll.¹⁹ Bei der Ermittlung des Parteiwillens kommt formalen Anknüpfungspunkten wie einem Antrag auf Neuabschluss oder einem neuen Versicherungsschein statt eines Nachtrags nur eine untergeordnete Bedeutung zu.²⁰ Die Bezeichnung als Nachtrag oder Zusatzvereinbarung sowie die Beibehaltung der Versicherungsnummer liefern nur ein Indiz für den Fortbestand des Altvertrags.²¹

Entscheidend für die Qualifikation des Versicherungsvertrags als Alt- oder Neuvertrag ist eine Gesamtbetrachtung.²² In deren Rahmen kommt es darauf an, ob die Parteien wesentliche Vertragsbestandteile wie das versicherte Interesse, die Prämienzahlung, die Versicherungssumme oder die Vertragsdauer ändern.²³ Die Umgestaltung einzelner, wenngleich wesentlicher Abreden indiziert nicht zwingend die Annahme eines Neuvertrags. Daher dürfte die Änderung der Versicherungsbedingungen ohne sonstige Veränderungen des Vertragsinhalts nicht zur Qualifikation des Altvertrags als Neuvertrag führen.²⁴

Im Ergebnis ist die Unterscheidung zwischen Alt- und Neuvertrag nach einer Vertragsänderung problematisch. Bei einer Vertragsänderung vor dem 1. Juli 2010 muss die Qualifikation eines vor dem 5. August 2009 bereits laufenden D&O-Versicherungsvertrags als Altvertrag (dann Vertragsanpassung an § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG zum 1. Juli 2010) oder Neuvertrag (dann Vertragsanpassung

¹⁹ Vgl. OLG Hamm, VersR 1979, 413; LG Würzburg, VersR 1969, 52; LG München I, r+s 1989, 172.

²⁰ OLG Köln, VersR 1990, 1004; vgl. OGH, VersR, 1986, 1248.

²¹ OLG Hamm, VersR 1979, 413; *Hahn* in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 11.

²² *Karczewski* in: Ruffer/Haffelbach/Schimikowski, VVG, 2008, § 37 Rn. 5; *Michaelis* in: Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxis-kommentar zum VVG, 2008, § 37 Rn. 5; vgl. BGH r+s 1989, 22; OLG Hamm r+s 1987, 166.

²³ So ausdrücklich OGH, VersR 1986, 271; VersR 1986, 1248; vgl. auch OLG Hamm, VersR 1976, 1032 und VersR 1979, 413; LG Würzburg, VersR 1969, 52; LG München I, r+s 1989, 172.

²⁴ *Karczewski* in: Ruffer/Haffelbach/Schimikowski, VVG, 2008, § 37 Rn. 5.

an § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG mit Vertragsänderung) anhand einer Gesamtbetrachtung der geänderten Vertragsbestandteile erfolgen.

8.2 Pflichtverstoß vor und Inanspruchnahme nach Inkrafttreten des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG

Fraglich ist, ob es für die Anwendbarkeit des Selbstbehalts auf den Pflichtverstoß oder die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ankommt.

Fanden Pflichtverstoß und Inanspruchnahme der versicherten Person vor dem Inkrafttreten des VorstAG am 5. August 2009 statt, gelangt § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht zur Anwendung. Erfolgen Pflichtverstoß und Inanspruchnahme ab dem 5. August 2009 ist § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf ab diesem Zeitpunkt geschlossene D&O-Versicherungsverträge (Neuverträge) anwendbar.

Problematisch scheint der Fall, in dem die Pflichtverletzung bei Neuverträgen vor dem Inkrafttreten des VorstAG (bei Altverträgen vor der Vertragsanpassung) und die Inanspruchnahme danach erfolgt. Denn für die Bemessung des Selbstbehalts kommt es auf den Zeitpunkt des Pflichtverstoßes,²⁵ für den Eintritt des Versicherungsfalls hingegen auf den Zeitpunkt der Anspruchserhebung an.

Da ein Versicherungsfall Voraussetzung für das Eingreifen des Selbstbehalts ist, wird der Selbstbehalt auf jeden Versicherungsfall Anwendung finden, der nach Inkrafttreten der Neuregelung eintritt. Die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG dürfte damit vom Zeitpunkt der Inanspruchnahme der versicherten Person und nicht vom Zeitpunkt des Pflichtverstoßes abhängen. Erfolgt die Anspruchserhebung ab 5. August 2009, greift der Selbstbehalt ein.

Dass es für die Bemessung des Selbstbehalts der Höhe nach auf das Jahr des Pflichtverstoßes ankommt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Denn das Jahr des Pflichtverstoßes als Grundlage für die Bemessung des Selbstbehalts ist von der Frage zu trennen, ob und wann ein Versicherungsfall eingetreten ist. Allein der Eintritt des Versicherungsfalls kann jedoch für die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG maßgeblich sein.

Im Übrigen ist hinsichtlich der Höhe des Selbstbehalts die Bezugnahme auf das Jahr des Pflichtverstoßes und nicht der Anspruchserhebung notwendig. Anderenfalls könnten Aktiengesellschaften gemeinsam mit ihren Vorstandsmitgliedern durch eine Reduzierung der Festvergütung (bei Erhöhung der variablen Vergütung) vor einer Inanspruchnahme, die in der Hand der Aktiengesellschaft

²⁵ Vgl. dazu oben 5.

liegt, die Höhe des Selbstbehalts beeinflussen. Die ohnehin fragwürdige Verhaltenssteuerungsfunktion des Selbstbehalts wäre dann aufgehoben.

8.3 Selbstbehalt bei Tochterunternehmen

Fraglich ist, ob der Selbstbehalt zur Anwendung kommt, wenn Vorstände von Tochterunternehmen im Rahmen des D&O-Versicherungsvertrags der Konzernmutter versichert sind.

Nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ist ein Selbstbehalt zu vereinbaren, wenn „die Gesellschaft“ eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschließt. Schließt die Konzernmutter einen D&O-Versicherungsvertrag ab, in dessen Rahmen auch die Vorstände einer Tochter-Aktiengesellschaft versichert sind, ist die Tochter nicht Vertragspartei des D&O-Versicherungsvertrags. Damit richtet sich das Gebot zur Vereinbarung eines Selbstbehalts allein an die versicherungsnehmende Muttergesellschaft als „die Gesellschaft“ im Sinne von § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG. Aus dem Gesetzeswortlaut geht nicht eindeutig hervor, ob die Konzernmutter auch für die Vorstände einer Tochter-Aktiengesellschaft einen Selbstbehalt vereinbaren muss. In der Gesetzesbegründung heißt es:

„Die Anfügung des Satzes 3 an § 93 Abs. 2 AktG begründet nunmehr ausdrücklich eine Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts für den Fall des Abschlusses einer D&O-Versicherung für Vorstände.“

Im Fall einer Konzernpolice, in dessen Rahmen Vorstände einer Tochter-Aktiengesellschaft mitversichert sind, handelt es sich um eine „D&O-Versicherung für Vorstände“ im Sinne der Gesetzesbegründung. Eine Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung spricht daher dafür, dass im Rahmen einer D&O-Versicherung auch für mitversicherte Vorstände von Tochter-Aktiengesellschaften ein Selbstbehalt vereinbart werden muss.

Die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf mitversicherte Vorstände von Tochter-Aktiengesellschaften ist in dem Fall zweifelhaft, wenn die vertragsschließende Konzernmutter selbst keine Aktiengesellschaft ist. Schließt etwa eine Mutter-GmbH einen D&O-Versicherungsvertrag ab, in dessen Rahmen die Vorstände ihrer Tochter-Aktiengesellschaft mitversichert sind, richtet sich das gesetzliche Gebot aus § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht unmittelbar an die versicherungsnehmende Mutter-GmbH (weil § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf eine GmbH nicht anwendbar ist) und auch nicht an die Tochter-Aktiengesellschaft (da diese selbst keinen D&O-Versicherungsvertrag abschließt). Da die Mutter-GmbH mit Blick auf ihre Tochter-Aktiengesellschaft aktienrechtliche Vorschriften beachten muss, spricht jedoch Einiges dafür, dass die Mutter-GmbH in der Konzernpolice einen Selbstbehalt für die Vorstände ihrer Tochter-Gesellschaft vereinbaren muss.

Ist die Tätigkeit des Vorstands einer Tochter-Aktiengesellschaft durch die Vergütung seiner gleichzeitigen Tätigkeit bei der Konzernmutter abgegolten, stellt sich die Frage, in welcher Höhe der Selbstbehalt hinsichtlich Schäden bei der Tochter-Aktiengesellschaft eingreift. Gesetzeswortlaut und -begründung liefern keine Anhaltspunkte zur Beantwortung dieser Frage. Denkbar sind ein Selbstbehalt von Null, ein Selbstbehalt auf Basis der Vergütung bei der Konzernmutter und ein Selbstbehalt auf Grundlage eines fiktiven Vergütungsanteils für die Tätigkeit bei der Tochter-Aktiengesellschaft. Praktikabilitätsgründe sprechen für die beiden ersten Varianten, wobei ein Selbstbehalt von Null der gesetzgeberischen Intention einer verhaltenssteuernden Wirkung des Selbsthalts widerspricht.

8.4 Kumulation der Selbstbehalte und gesamtschuldnerische Haftung

Nach Maßgabe von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG haften Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner. Haben Pflichtverletzungen mehrerer Vorstandsmitglieder einen Schaden der Aktiengesellschaft verursacht, sind die Selbstbehalte der haftenden Vorstandsmitglieder möglicherweise zu kumulieren. Die Inanspruchnahme mehrerer Vorstandsmitglieder entlastete mithin den Versicherer.

Tragen die gesamtschuldnerisch haftenden Vorstandsmitglieder im Außenverhältnis jeweils 10 Prozent des Schadens als Selbstbehalt, ist im Verhältnis untereinander jedoch ein Vorstandsmitglied überwiegend verantwortlich (vgl. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann es im Innenverhältnis der Gesamtschuldner untereinander zu einer über den Selbstbehalt hinausgehenden Haftung des überwiegend verantwortlichen Vorstandsmitglieds kommen. Denn die weniger verantwortlichen Vorstandsmitglieder oder deren Selbstbehaltversicherer (vgl. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG) könnten in Höhe des Selbsthalts möglicherweise Regress beim überwiegend verantwortlichen Vorstandsmitglied nehmen. Dies führte dazu, dass der überwiegend Verantwortliche bei einer Inanspruchnahme mehrerer Vorstandsmitglieder schlechter stünde, als wenn er alleine in Anspruch genommen würde. Dieses Ergebnis ist nicht überzeugend.

Eine Kumulation der Selbstbehalte birgt mit Blick auf den Gesamtschuldnerausgleich nach Maßgabe des § 426 BGB Risiken für die haftenden Vorstandsmitglieder.

9. VERSICHERUNG DES SELBSTBEHALTS

Für die Vorstandsmitglieder stellt sich die Frage, ob sie ihren Selbstbehalt durch eine gesonderte Police versichern können. Gesetzeswortlaut und -begründung stehen dem nicht entgegen.²⁶ Die ei-

²⁶ So auch *Lange*, VW 2009, 918 (919).

genständige Versicherung des Selbstbehalts durch die Vorstände begegnet jedenfalls dann keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Vorstände die Selbstbehalts-Versicherung auf eigene Kosten abschließen.²⁷ Zur Zeit entwickeln einzelne Versicherer und Makler entsprechende Produkte.

Die Versicherung des Selbstbehalts kann die Schadensregulierung verkomplizieren, denn die Deckungsfrage ist ggf. gegenüber zwei verschiedenen Versicherern zu klären. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass Selbstbehalts- und Hauptpolice unterschiedliche Ausschlüsse enthalten und damit Deckungslücken entstehen können. Es ist daher für die Vorstandsmitglieder ratsam, die Selbstbehaltsversicherung nach Möglichkeit bei dem Versicherer der D&O-Hauptpolice abzuschließen.

10. FAZIT

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ist kein gutes Beispiel für eine transparente Gesetzesformulierung. Der Inhalt der Regelung erschließt sich nur nach einer Lektüre der Gesetzesbegründung. Auch danach bleiben Detailfragen offen, die letztlich von der Rechtsprechung beantwortet werden müssen.

Dr. Daniel Kassing
Rechtsanwalt

Dr. Carola Olbrich
Rechtsanwältin

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

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

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 28
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 17
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de
daniel.kassing@wilhelm-rae.de

www.wilhelm-rae.de
carola.olbrich@wilhelm-rae.de

²⁷ So auch die Stellungnahmen der Sachverständigen *Hirte* und *Goette* im Rechtsausschuss des Bundestages am 25. Mai 2009, abrufbar unter: www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/55_Vorstandsverg_tung/04_Stellungnahmen/index.html