

Dr. Friedrich Isenbart, Rechtsanwalt sowie Maximilian Hofmann, Rechtsanwalt, Wilhelm Rechtsanwälte, Düsseldorf, www.wilhelm-rae.de

Auswirkungen des Restrukturierungsgesetzes auf D&O-Versicherungen

1. EINLEITUNG

Das Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (**RestrukturierungsG**) soll Lehren aus der Finanzmarktkrise ziehen. Primär enthält es daher Regelungen, die Kreditinstitute betreffen.

Darüber hinaus sieht der Gesetzgeber in dem mangelnden Gefühl persönlicher Verantwortlichkeit mancher Manager eine Ursache der Finanzmarktkrise¹. Dem will der Gesetzgeber durch eine Verlängerung der Verjährungsfristen für die Haftung von Organen bei börsennotierten Aktiengesellschaften entgegenwirken. Entsprechend wird die bislang fünfjährige Verjährungsfrist für die aktienrechtliche Haftung von Organen (§ 93 Abs. 6 AktG a.F.) bei börsennotierten Aktiengesellschaften auf zehn Jahre verlängert. Gleiches gilt – losgelöst von Rechtsform und Börsennotierung – für Kreditinstitute.

Nachfolgend stellen wir die Verlängerung der Verjährungsfrist bei aktienrechtlicher Organhaftung (2.) sowie die Folgen für bestehende D&O-Versicherungsverträge dar (3.).

2. VERLÄNGERUNG DER VERJÄHRUNG VON ORGANHAFTUNGSANSPRÜCHEN DURCH DAS RESTRUKTURIERUNGSGESETZ

Das RestrukturierungsG trat bezüglich der Verlängerung der Verjährungsfrist für börsennotierte Aktiengesellschaften und für Kreditinstitute am 15. Dezember 2010 in Kraft (Art. 17 RestrukturierungsG). Die Verkündung im Bundesgesetzblatt erfolgte am 14. Dezember 2010².

2.1 Darstellung der gesetzlichen Regelung

In Artikel 6 verlängert das RestrukturierungsG die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder aus § 93 AktG für börsennotierte Aktiengesellschaften. § 93 Abs. 6 AktG n.F. lautet wie folgt:

¹ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 1.

² Bundesgesetzblatt I, S. 1900 vom 14.12.2010.

„(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert sind, in zehn Jahren, bei anderen Gesellschaften in fünf Jahren.“

Über die Verweisung in § 116 Satz 1 AktG gilt die Verlängerung der Verjährung auch für Mitglieder des Aufsichtsrats von börsennotierten Gesellschaften³.

Unabhängig von Rechtsform und Börsennotierung verlängert das RestrukturierungsG ferner die Verjährung von Ansprüchen gegen Organmitglieder von Kreditinstituten (Art. 2 Nr. 16a Restrukturierungsgesetz). Der neue § 52a KWG lautet:

„Verjährung von Ansprüchen gegen Organmitglieder von Kreditinstituten

(1) Ansprüche von Kreditinstituten gegen Geschäftsleiter und Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans aus dem Organ- und Anstellungsverhältnis wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten verjähren in zehn Jahren.

(2) Absatz 1 ist auch auf die vor dem 15. Dezember 2010 entstandenen und noch nicht verjährten Ansprüche anzuwenden.“

Der neue § 52a KWG gilt sowohl für Kreditinstitute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, auch wenn diese nicht börsennotiert ist, als auch für Kreditinstitute anderer Rechtsform.

2.2 Motive des Gesetzgebers

Mit der Verlängerung der Verjährung von Organhaftungsansprüchen will der Gesetzgeber eine erhöhte Verantwortlichkeit von Vorständen und Aufsichtsräten erreichen. Einen der Gründe der Finanzmarktkrise sieht der Gesetzgeber in der Orientierung mancher Manager an lediglich kurzfristigen Unternehmenserfolgen⁴. Gleichzeitig führe der Aktienstreubesitz nicht zum erforderlichen Engagement und Interesse zur rechtzeitigen Aufdeckung von Pflichtverletzungen der Organe⁵. Schließlich seien zur entsprechenden Aufklärung häufig zeitaufwendige Prozesse vonnöten⁶. Aus diesen Gründen hielt der Gesetzgeber eine Verdoppelung der Verjährung von Organhaftungsansprüchen bei börsennotierten Aktiengesellschaften und Kreditinstituten für geboten.

³ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 82.

⁴ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 1, 81.

⁵ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 81.

⁶ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 81.

2.3 Maßgeblicher Zeitpunkt – Übergangsregelung

Anknüpfungspunkt für die verlängerte Verjährung ist die Börsennotierung der Aktiengesellschaft, d.h. die Zulassung zu einem regulierten Markt in In- oder Ausland (§ 3 Abs. 2 AktG)⁷, oder die Eigenschaft als Kreditinstitut. Maßgeblicher Zeitpunkt für Börsennotierung oder Eigenschaft als Kreditinstitut ist derjenige der Pflichtverletzung. Nur dann, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung durch das Organmitglied börsennotiert oder ein Kreditinstitut war, verlängert sich die Verjährungsfrist auf zehn Jahre. Demgegenüber bleibt es bei der fünfjährigen Verjährungsfrist, wenn die Börsennotierung erst nach der Pflichtverletzung erfolgte⁸.

Die zehnjährige Verjährungsfrist gilt damit nur für Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung durch das Organmitglied bereits börsennotiert oder Kreditinstitut waren. War die Gesellschaft hingegen zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung weder börsennotiert noch Kreditinstitut, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.

Nach § 24 EGAktG n.F. gilt die Verlängerung auch für alle bei Inkrafttreten des RestrukturierungsG bereits entstandenen, aber noch nicht verjährten Ansprüche (Art. 7 RestrukturierungsG). Für Ansprüche, die bei Inkrafttreten des RestrukturierungsG bereits verjährt waren, bleibt es hingegen bei der fünfjährigen Verjährungsfrist. Entsprechendes gilt gem. § 52a Abs. 2 KWG auch für Kreditinstitute (Art. 2 Nr. 16a RestrukturierungsG).

Damit bleibt es bei der fünfjährigen Verjährungsfrist für alle Ansprüche, die am 15. Dezember 2010 bereits verjährt waren. Für alle Ansprüche, die am 15. Dezember 2010 noch nicht verjährt waren, verlängert sich die Verjährungsfrist (Börsennotierung oder Eigenschaft als Kreditinstitut vorausgesetzt) auf zehn Jahre.

3. AUSWIRKUNG DER VERLÄNGERUNG DER VERJÄHRUNG AUF D&O-VERTRÄGE

Die Verjährung nach § 93 Abs. 6 AktG auf zehn Jahre wirkt sich auf bestehende D&O-Verträge aus.

D&O-Verträge sehen regelmäßig Nachhaftungsklauseln vor. Danach kann eine Gesellschaft Ansprüche gegen den Versicherer (**VR**) nach Beendigung der Organstellung und der damit einhergehenden Beendigung des D&O-Vertrages für einen festgelegten Zeitraum geltend machen. Die Ausgestaltung der Nachhaftung regeln die VR unterschiedlich. Teilweise ist die Nachhaftung von der Vertragslaufzeit abhängig. In diesen Fällen wird beispielsweise nach einer einjährigen Laufzeit des

⁷ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 82.

⁸ Regierungsbegründung zum RestrukturierungsG, BT-Drucks. 17/3024, S. 82.

D&O-Vertrages eine Nachhaftung von einem Jahr vereinbart. Das Höchstmaß der Nachhaftung liegt bisher bei fünf Jahren/60 Monaten.

Für eine Gesellschaft stellt sich die Frage, ob bei bestehenden D&O-Verträgen eine verlängerte Nachhaftungszeit durch Auslegung gilt (3.1.), bzw. ob gegen den VR ein Anspruch auf Anpassung der Nachhaftungszeit besteht (3.2.).

3.1 Keine (ergänzende) Vertragsauslegung

Die Nachhaftungsklauseln können gemäß § 133, 157 BGB nicht dahingehend ausgelegt werden, dass aufgrund der Gesetzesänderung eine zehnjährige Nachhaftungszeit gilt. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Klausel ausdrücklich auf den Verjährungszeitraum des bisherigen § 93 Abs. 6 AktG Bezug nimmt. Dieser Fall ist unproblematisch und nicht auslegungsbedürftig.

3.2 Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB

Die Gesellschaft kann einen Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB gegen den VR haben. Der Anspruch selbst und sein Umfang hängen vom Einzelfall ab.

Der Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB ist von den Interessen und Vorstellung der Vertragsparteien abhängig. Parteien des D&O-Vertrages sind die Gesellschaft und der VR.

3.2.1 Verjährung gemäß § 93 Abs. 6 AktG a.F. muss Geschäftsgrundlage sein

Ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB setzt eine Störung der Geschäftsgrundlage voraus. Die Geschäftsgrundlage bestimmt sich nach den Umständen des Vertrages⁹. Hierfür sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Vertragspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen einer Vertragspartei vom Fortbestand gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut, entscheidend¹⁰.

Der Gleichlauf der Nachhaftung mit der Verjährungsvorschrift des § 93 Abs. 6 AktG a.F. ist Geschäftsgrundlage, wenn die Parteien eine Nachhaftung von fünf Jahren vereinbarten. In diesem Fall bestanden auf Seiten der Gesellschaft die Vorstellung und das Interesse, einen Versicherungsschutz bis zum Ablauf der Verjährungsfrist sicherzustellen. Der VR konnte die Vorstellung der Gesellschaft auch erkennen, da die Gesellschaft in der Regel auf die fünfjährige Nachhaftung hingewirkt

⁹ Grüneberg in: Palandt, 70. Auflage 2011, § 313 Rn. 2.

¹⁰ BGH DSr 2006, 1807, 1808; BGH NJW 2005, 2069, 2071; BGH NJW 1995, 2031.

haben wird. Indem der VR die fünfjährige Nachhaftung in dem D&O-Vertrag aufnahm, beanstandete er den Gleichlauf auch nicht.

3.2.2 Kein Ausschluss des Anspruchs aufgrund der Risikoverteilung

Der Anspruch auf Vertragsanpassung ist ausgeschlossen, wenn die veränderten Umstände in den Risikobereich einer der Parteien fallen¹¹. Gesetzesänderungen sind Umstände, auf welche keine der Vertragsparteien Einfluss hat. Dieses Risiko einer der Parteien aufzubürden, ist unbillig.

3.2.3 Unvorhersehbarkeit der Verjährungsänderung

Der Anpassungsanspruch gemäß § 313 Abs. 1 BGB setzt die Unvorhersehbarkeit der Änderung voraus¹². Die Gesetzesänderung aufgrund des RestrukturierungsG war nicht vorhersehbar. Etwas anderes kann in den Fällen gelten, in welchen die Vertragsparteien bereits Kenntnis von dem RestrukturierungsG hatten.

3.2.4 Schwerwiegende Störung der Geschäftsgrundlage

Die mit der Verjährungsausweitung einhergehende Störung der Geschäftsgrundlage muss schwerwiegend sein. Schwerwiegend ist eine Störung, wenn eine oder beide Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten¹³. Gesetzesänderung gelten regelmäßig als schwerwiegend¹⁴.

Die Gesellschaft hätte im Zweifel den D&O-Vertrag mit einem anderen Inhalt, nämlich einer Nachhaftung von zehn Jahren, abgeschlossen.

Ob der VR einen D&O-Vertrag mit einer zehnjährigen Nachhaftung angeboten hätte, ist fraglich. Der VR hat regelmäßig ein Interesse daran, nur für einen überschaubaren Zeitraum in Anspruch genommen zu werden. Es ist jedoch anzunehmen, dass der VR als wirtschaftlich agierendes Unternehmen eine zehnjährige Nachhaftung gegen Zahlung einer entsprechenden Prämie angeboten hätte. Ob VR Nachhaftungen für mehr als fünf Jahre anbieten, wird sich zeigen.

¹¹ BGH NJW 2010, 1874,1877; BGH NJW 2006, 899, 902; *Stadler* in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage 2009, § 313 Rn. 20; *Grüneberg* in: Palandt, 70. Auflage 2011, § 313 Rn. 19.

¹² BGH NJW 1981, 1668, 1669; *Grüneberg* in: Palandt, 70. Auflage 2011, § 313 Rn. 23.

¹³ *Grüneberg* in: Palandt, 70 Auflage 2011, § 313 Rn. 18.

¹⁴ BGH NJW 1980, 1912, 1918; *Grüneberg* in: Palandt, 70. Auflage 2011 § 313 Rn. 34.

3.2.5 Unzumutbarkeit des unveränderten Vertrages

Das Festhalten an dem unangepassten D&O-Vertrag müsste für die Gesellschaft unzumutbar sein. Die Feststellung der Unzumutbarkeit erfolgt anhand einer umfassenden Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände¹⁵. Hierbei ist insbesondere die wirtschaftliche Betroffenheit der Parteien zu berücksichtigen¹⁶.

Für die Gesellschaft ist das Festhalten an dem unangepassten D&O-Vertrag unzumutbar. Schäden aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen der Organmitglieder können existenzbedrohlich für die Gesellschaft sein. Ansprüche gegen Organmitglieder sind regelmäßig aufgrund deren finanzieller Leistungsfähigkeit nicht durchsetzbar. Dieses Risiko wollte die Gesellschaft durch die Nachhaftung über den gesamten Verjährungszeitraum relativieren. Aufgrund der Gesetzesänderung besteht nun erneut eine Lücke.

Der VR sähe sich bei einer Anpassung des D&O-Vertrages einer möglichen Inanspruchnahme von fünf weiteren Jahren ausgesetzt. Dieser Nachteil ist jedoch durch eine Prämienzahlung seitens der Gesellschaft auszugleichen.

3.2.6 Umfang des Anspruchs

Der Umfang des Anpassungsanspruchs hängt vom Einzelfall ab. Ein Anpassungsanspruch auf eine Nachhaftung von zehn Jahren besteht bei D&O-Verträgen, die eine Nachhaftung von fünf Jahren vorsehen. In diesen Fällen kann der Gleichlauf der Nachhaftung mit der aktienrechtlichen Verjährung als Geschäftsgrundlage angesehen werden.

Ist in dem D&O-Vertrag eine gestaffelte Nachhaftung vorgesehen, kommt eine entsprechende Erweiterung der Staffelung in Betracht. Dies gilt jedoch nur, wenn die Höchstfrist der Nachhaftung nach dem bestehenden Vertrag bereits fünf Jahre beträgt.

Wenn eine Nachhaftung mit weniger als fünf Jahren vereinbart wurde, besteht hingegen kein Anspruch auf Anpassung. Der Gleichlauf der Nachhaftung mit der aktienrechtlichen Verjährung ist dann nicht Geschäftsgrundlage geworden.

¹⁵ BGH NJW 1995, 592, 594; *Grüneberg* in: Palandt, 70. Auflage 2011 § 313 Rn. 24.

¹⁶ BGH NJW 1998, 3192, 3194; *Roth* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007, § 313 Rn 70.

3.3 Pflicht der Gesellschaft auf Anpassung des Versicherungsvertrages?

Sofern die Gesellschaft einen Anspruch gegenüber dem VR auf Anpassung des Versicherungsvertrages hat, stellt sich weiterhin die Frage, ob seitens der Gesellschaft auch die Pflicht besteht, eine solche Anpassung umzusetzen.

3.3.1 Grundsatz: Keine Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages

Eine Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages wird unter zwei Gesichtspunkten diskutiert. Zum einen soll eine solche Pflicht im Interesse des zu versichernden Organmitglieds (*Ziffer 3.3.1.1*), zum anderen im Interesse der Gesellschaft selbst bestehen (*Ziffer 3.3.1.2*).

3.3.1.1 Anspruch des Organmitglieds auf Abschluss eines D&O-Vertrages?

Eine Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages im Interesse des Organmitglieds, und mithin ein korrespondierender Anspruch des Organmitglieds, besteht nicht. Für Aufsichtsratsmitglieder hat der BGH dies festgestellt, sofern keine abweichende Regelung in der Satzung besteht¹⁷. Für Vorstände gilt nichts anderes¹⁸. Auch der Wortlaut von § 93 Abs. 2 AktG und von Abschnitt 3.8 Deutscher Corporate Governance Codex („Schließt die Gesellschaft...“) deutet darauf hin, dass kein Anspruch des Organmitglieds auf Abschluss eines D&O-Vertrages besteht.

3.3.1.2 Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages im Gesellschaftsinteresse?

Ebenfalls besteht keine Pflicht, im Interesse der Gesellschaft einen D&O-Vertrag abzuschließen¹⁹. Der Wortlaut von § 93 Abs. 2 AktG und Abschnitt 3.8 Deutscher Corporate Governance Codex lässt auf eine solche Pflicht nicht schließen. Bei der Aufnahme von § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) hat der Gesetzgeber betont, dass eine Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages nicht besteht²⁰.

3.3.2 Ausnahme: Pflicht zum Abschluss einer D&O-Vertrag aus Satzung oder Anstellungsvertrag

Als Ausnahme kann sich die Pflicht zum Abschluss eines D&O-Vertrages aus der Satzung²¹ oder aus dem Anstellungsvertrag²² ergeben. In diesem Fall hat das Organmitglied einen Anspruch auf Abschluss eines entsprechend der Verpflichtung ausgestalteten D&O-Vertrages. Bei einer solchen

¹⁷ BGH NZG 2009, 550, 552.

¹⁸ So die h.M. in der Literatur, s. *Fischer* in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Auflage 2010, § 93 Rn. 237 m.w.N.

¹⁹ So die h.M. in der Literatur, s. *Fischer* in: Spindler/Stilz AktG, 2. Auflage 2010, § 93 Rn. 236 m.w.N.

²⁰ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum VorstAG, BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²¹ BGH NZG 2009, 550, 552.

²² Lange, VersR 2010, 162, 163.

Verpflichtung kann ein Anspruch des Organmitglieds auf Anpassung der bestehenden Police bestehen. Dies ist abhängig von der Formulierung der Verpflichtung. Verpflichtete sich die Gesellschaft z.B., die Nachhaftung der Verjährungsdauer anzupassen, hätte das Organmitglied einen Anspruch auf Anpassung der Police. Anders ist das, wenn die Nachhaftung eines bereits bestehenden D&O-Vertrages kürzer ist als die Verjährungsdauer. Bei der Vereinbarung einer „marktüblichen“ Versicherung ist auf die Entwicklung des Marktes abzustellen.

3.4 Eigenes Interesse der Gesellschaft auf Anpassung der D&O-Versicherung

Selbst wenn keine Pflicht zur Anpassung eines bestehenden D&O-Vertrages besteht, sollte die Gesellschaft den wirtschaftlichen Wert der Nachhaftungszeit versicherter Schadensersatzansprüche gegen ihre Organmitglieder bedenken.

4. KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Verjährungserweiterung auf zehn Jahre hat Folgen für die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen von Gesellschaften gegen ihre ehemaligen Organmitglieder. Den Gesellschaften steht nun die Möglichkeit offen, bestehende Ansprüche gegen ihre ehemaligen Organe fünf weitere Jahre durchzusetzen. Die Realisierung dieser Möglichkeit wird allerdings durch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Organmitglieder relativiert. Dieses Risiko kann die Gesellschaft durch die Anpassung des Nachhaftungszeitraums vermindern. Allerdings sollte die Gesellschaft bei der Entscheidung über die Anpassung der D&O-Police die Kosten der Prämienerrhöhung durch den VR berücksichtigen.

Dr. Friedrich Isenbart
Rechtsanwalt

Maximilian Hofmann
Rechtsanwalt

Wilhelm
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Fürstenwall 63
40219 Düsseldorf

Wilhelm
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Fürstenwall 63
40219 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 21
Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

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

www.wilhelm-rae.de
friedrich.isenbart@wilhelm-rae.de

www.wilhelm-rae.de
maximilian.hofmann@wilhelm-rae.de

Sitz: Düsseldorf - AG Essen: PR 1597

Sitz: Düsseldorf - AG Essen: PR 1597