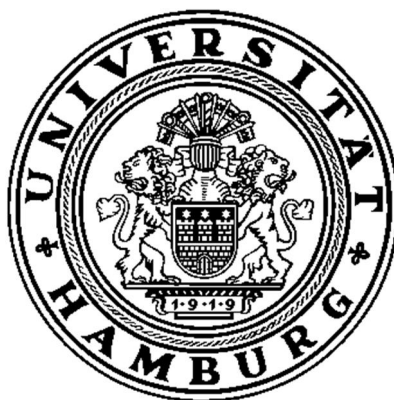


Arbeit zur Erlangung des Grades
Magister Juris (Mag. jur.)

Die D&O-Selbstbehalt-Versicherung für AG-Vorstände



Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaft

Nicolas Schüngel, LL.B.

2011

vorgelegt am 9. Mai 2011

Internetfassung: Juli 2011

Erstgutachter: Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht

Prof. Dr. Robert Koch, LL.M.

Zweitgutachter: Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Dr. h.c. Marian Paschke

Gliederung

Teil 1. Einleitung.....	1
A. Hintergrund	1
B. Methode und Gang der Erörterung	2
Teil 2. Obligatorischer Selbstbehalt und Versicherbarkeit.....	3
A. Inhalt der gesetzlichen Regelung	3
I. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.....	3
II. Ziel des Pflichtselbsthalts: verhaltenssteuernde Wirkung	4
B. Verfassungsmäßigkeit des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG.....	4
C. Anwendungsbereich.....	5
I. Personen- und gesellschaftsbezogener Anwendungsbereich.....	5
1. Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften	5
2. Andere Personen innerhalb der Aktiengesellschaft	5
a) Aufsichtsräte.....	5
aa) Ausdrücklich vom Selbstbehaltsgebot ausgenommen	5
bb) Empfehlungen des DCGK und PCGK.....	6
b) Sonstige Personen und Zwischenergebnis	7
3. Andere Körperschaften.....	7
a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).....	7
aa) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung	7
bb) Planwidrige Regelungslücke	7
(1) Wille des Gesetzgebers nach Gesetzesbegründung	8
(2) Wille des Gesetzgebers aufgrund der Änderung des GmbHG	8
cc) Grund für die Ungleichbehandlung	9
b) Genossenschaft.....	9
c) Europäische Aktiengesellschaft (SE).....	10
aa) Dualistische Societas Europaea.....	11
bb) Monistische Societas Europaea	11
cc) Bedenken.....	12
dd) Zwischenergebnis	12
d) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG).....	12
e) Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA).....	13
f) Von anderer Gesellschaft mitversicherte Vorstände.....	13
g) Gesellschaften mit Staatsbeteiligung	15
4. Zwischenergebnis.....	15

II. Sachlicher Anwendungsbereich.....	16
1. Betroffene Versicherungen.....	16
a) Gesellschaftsfinanzierte Versicherungen gegen Risiken aus der beruflichen Tätigkeit des Vorstands.....	16
b) Eigenschadenversicherungen der Gesellschaft mit Regressverzicht.....	17
2. Innen- und Außenhaftung.....	18
a) Wortlaut.....	19
b) Systematische Stellung.....	19
c) Gesetzesbegründung.....	20
d) Sinn und Zweck.....	20
e) Entscheidung und Zwischenergebnis.....	21
3. Abwehr- und Rechtsverteidigungskosten.....	22
a) Sinn und Zweck.....	22
b) Anrechnung der Abwehrkosten auf Versicherungssumme.....	23
c) Wortlaut.....	24
d) Zwischenergebnis.....	24
e) Erstreckung des Selbstbehalts durch Parteivereinbarung.....	25
4. Vergleiche.....	25
a) Vergleich als Regelfall im D&O-Bereich.....	25
b) Vergleich, wenn Pflichtverletzung offen ist.....	26
c) Vergleich, wenn Pflichtverletzung anerkannt wird.....	27
d) Zwischenergebnis.....	27
III. Zeitlicher Anwendungsbereich und Übergangsregeln.....	28
1. Grundsätzlich alle Versicherungsfälle.....	28
2. Ausnahme: vor August 2009 geschlossene Anstellungsverträge mit selbstbehaltsloser Versicherungsgewährung.....	29
3. Ausnahme: Pflichtverletzungen vor August 2009.....	29
D. Höhe des Mindestselbstbehalts.....	29
I. Allgemeines.....	29
II. Entscheidung über die Höhe des Selbstbehalts.....	30
III. Bezugsjahr.....	30
IV. Mehrere Pflichtverletzungen.....	31
1. Pflichtverletzungen aus einem Jahr.....	31
2. Pflichtverletzungen aus verschiedenen Jahren.....	32
3. Serienschäden.....	33
V. Gesamtschuldnerische Haftung.....	34
VI. Vergütung und Vergütungsänderungen.....	36
1. Keine Prognose zukünftiger Vorteile.....	36

2. Variable Vergütungsbestandteile in der Vergangenheit	37
3. Veränderungen in der Gruppe der versicherten Personen	38
4. Abstrakte Policen zulässig	38
5. Geldwerte Vorteile als Festvergütung	38
6. Gesamtvergütungen auch für andere Tätigkeiten im Konzern	39
E. Rechtsfolgen bei Nichtvereinbarung eines Selbstbehalts.....	40
I. Selbstbehaltsgebot als Regelung des Innenverhältnis	40
II. Selbstbehaltsgebot als Einschränkung der Gestaltungsmacht	42
III. Selbstbehaltsgebot als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.....	42
F. Versicherbarkeit des Selbstbehalts.....	44
I. D&O-Selbstbehalt-Versicherung widerspricht Sinn und Zweck	45
II. Keine Unwirksamkeit gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG direkt.....	45
III. Keine Unwirksamkeit gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG analog	46
IV. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB wegen Umgehungsgeschäft.....	47
1. D&O-Selbstbehalt-Versicherung als Umgehungsgeschäft.....	47
2. Grundsätzliche Wirksamkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung	48
3. Mittelbare Stellvertretung führt zu Nichtigkeit.....	48
4. Erhöhte Festvergütung für erhöhtes Risiko zulässig	49
5. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Verbot der D&O-Selbstbehalt-	
Versicherung	50
a) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	50
b) Berufsausübungs- bzw. Vertragsfreiheit.....	51
V. Zwischenergebnis	53
G. Versicherbarkeit des Ausfallrisikos.....	53
Teil 3. Versicherungskonzepte	54
A. Information und Transparenz.....	55
B. Komponenten	55
I. Individual- und Kollektiv-Schutz.....	55
1. Kollektiv-Schutz (Pooling)	55
2. Bewertung des Kollektiv-Schutzes	56
a) Kostenvorteile durch Homogenisierung	56
b) Transparenz der Bezüge höher.....	57
c) Beteiligung der Gesellschaft problematisch.....	57
II. Versicherer des Selbstbehalts	58
III. Umfang des Versicherungsschutzes.....	58
1. Grundsätzliches	58
2. Weitergehende Deckung und zusätzliche Leistungen.....	59
3. Haftpflichtmodell	60

4. Abstimmungsproblem durch Tresorpolicen	60
5. Gleichlauf der Deckung	62
a) Akzessorietät	62
b) Unangemessene Benachteiligung	62
IV. Folgepflicht ohne eigene Prüfung	63
V. Anrechnung oder Zusatzkapazitäten	64
VI. Vorleistung des Versicherers (Regressmodell)	65
VII. Prämienhöhe	67
VIII. Versicherungssumme	67
1. Kumulierungseffekte	67
2. Unangemessene Benachteiligung	68
3. Höhe der Versicherungssumme	69
4. Veränderungen in der Gruppe der versicherten Personen	69
5. Keine neuen Probleme	69
C. Individuelle D&O-Versicherungen	70
D. Zusammenfassender Modellvorschlag	70
Teil 4. Kritische Würdigung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG	72
A. Verhaltenssteuernde Wirkung des Selbstbehalts	72
I. Zusammenhang von Sorgfalt und Haftung	72
II. D&O-Versicherung mit erheblichen Unsicherheiten behaftet	73
III. Wirkungslosigkeit des versicherten Selbstbehalts	75
IV. Nachteile des Selbstbehaltsgebots	75
V. Regelung mit politischem Symbolcharakter	76
B. Alternativen zum zwingenden Selbstbehalt	77
Teil 5. Zusammenfassung der Ergebnisse	78

Literaturverzeichnis

- Albers, Joachim* Der Pflicht-Selbstbehalt im Rahmen der D&O Versicherung – Überlegungen zur Umsetzung in der Praxis, CCZ 2009, 222–226.
- Annuß, Georg/
Theusinger, Ingo* Das VorstAG - Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434–2442.
- AssCompact* Wie sich der Selbstbehalt in D&O-Versicherungen auswirkt, AssCompact 2010, 44.
- Beckmann, Roland Michael/
Matusche-Beckmann, Annemarie* Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage, München 2009.
- Bosse, Christian* Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) - Überblick und Handlungsbedarf, BB 2009, 1650–1654.
- Bruck, Ernst/
Möller, Hans (Begr.)* Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 4: Allgemeine Haftpflichtversicherung, §§ 149–158a VVG, Kommentar, 8. Auflage, Berlin 1970.
- Daftari, Bijan/Franzen, Nicole* Ex-Vorstände am Pranger - Unterschätzte Risiken in der D&O-Versicherung, VW 2011, 340.
- Dauner-Lieb, Barbara/
Tettinger, Peter W.* Vorstandshaftung, D&O-Versicherung, Selbstbehalt, Offene Fragen zum neuen § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, ZIP 2009, 1555–1557.
- Deilmann, Barbara/Otte, Sabine* D&O-Versicherung – Wer entscheidet über die Höhe des Selbsthalts?, AG 2010, 323–325.
- Delbrück, Hans-Helmuth/
Seemayer, Thomas* Führungskräfte im Visier: D&O im Versicherungskonzern - Lücken im Selbstbehalt?, VW 2010, 1512–1514.
- Dreher, Meinrad* Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, Der Fremd- und Haftpflichtversicherungscharakter der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669–1675.

<i>Ders.</i>	Die selbstbeteiligungslose D&O-Versicherung in der Aktiengesellschaft, AG 2008, 429–438.
<i>Dreher, Meinrad/Görner, André</i>	Der angemessene Selbstbehalt in der D&O-Versicherung, ZIP 2003, 2321–2329.
<i>Dreher, Meinrad/Thomas, Stefan</i>	Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 2009, 31–73.
<i>Ferck, Claus Christian</i>	Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung für Organmitglieder von Aktiengesellschaften, Diss. Münster 2006, Hamburg 2007.
<i>Fiedler, Björn</i>	Der Pflichtselbstbehalt nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG und seine Auswirkung auf Vorstandshaftung und D&O Versicherung, MDR 2009, 1077–1082.
<i>Franz, Einiko</i>	Der gesetzliche Selbstbehalt in der D&O-Versicherung nach dem VorstAG, Wie weit geht das Einschussloch in der Schutzweste der Manager?, DB 2009, 2764–2773.
<i>FTD.de</i>	Zwergenaufstand bei den Versicherungsmaklern, FTD 13.12.2010, http://www.ftd.de/unternehmen/:branche-im-wandel-zwergenaufstand-bei-den-versicherungsmaklern/50204106.html (zuletzt besucht am 22.04.2011).
<i>Gädtke, Thomas</i>	Implizites Verbot der D&O-Selbstbehaltversicherung?, VersR 2009, 1565–1572.
<i>Gädtke, Thomas/Wax, Thomas</i>	Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts, Eine kritische Bestandsaufnahme, AG 2010, 851–867.
<i>Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV)</i>	Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (Drucksache 16/12278), Überlegungen zur verpflichtenden Einführung von Selbstbehalten bei D&O-Versicherungen, Stand: 22.05.2009, http://www.gdv.de/Downloads/Themen/090522-DO-Stellungnahme-Rechtsausschuss.pdf (zuletzt besucht am 30.03.2011).

- Goette, Wulf* Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, Stand: 17.05.2009, http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Rechtspolitik/data/stellungnahme_Goette.pdf (zuletzt besucht am 13.04.2011).
- Goette, Wulf/
Habersack, Mathias* (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, München 2010 (zitiert: MüKo-AktG).
- Haller, Max* Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Diss. Zürich 2008, Zürich 2008.
- Halm, Wolfgang E./
Engelbrecht, Andreas/
Krahe, Frank* Versicherungsrecht, Handbuch des Fachanwalts, 3. Auflage, Köln 2008.
- Harzenetter, Tobias* Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung nach dem VorstAG und der Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), DStR 2010, 653–658.
- Hendricks, Michael* Neues von der D&O-Versicherungsfrent, Der Aufsichtsrat 2007, 98–100.
- Ders.* D&O-Privathaftpflichtversicherung für Manager, Der Aufsichtsrat 2010, 49.
- Hirte, Heribert* Stellungnahme zum Fraktionsentwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) für den Deutschen Bundestag, Sitzung des Rechtsausschusses am 25. Mai 2009, http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Rechtspolitik/data/stellungnahme_Hirte.pdf (zuletzt besucht am 07.05.2011).
- Hohenstatt, Klaus-Stefan* Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1349–1358.
- Hölters, Wolfgang* (Hrsg.) Aktiengesetz, Kommentar, München 2011.

- Hüffer, Uwe* (Hrsg.) Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010.
- Ihlas, Horst* D & O, Directors & officers liability, 2. Auflage, Berlin 2009.
- Ders.* Die vom Manager selbst bezahlte D&O-Police ist eine Fata Morgana, Erste AVB zum Zwangs-Selbstbehalt, VW 2009, 1360.
- Jost, Sebastian* Aus der Haftung entlassen, Die Regierung wollte Manager bei Fehlern zur Verantwortung ziehen – Doch das Gesetz ist weitgehend ausgehebelt, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10.
- van Kann, Jürgen* Zwingender Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung – Gut gemeint, aber auch gut gemacht?, NZG 2009, 1010–1013.
- Kerst, Andreas* D&O-Selbstbehalt: Klare Antworten auf bohrende Fragen, VW 2010, 102–106.
- Ders.* Haftungsmanagement durch die D&O-Versicherung nach Einführung des aktienrechtlichen Selbstbehaltes in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, WM 2010, 594–605.
- Kiethel, Kurt* Persönliche Haftung von Organen der AG und der GmbH - Risikovermeidung durch D & O-Versicherung?, BB 2003, 537–542.
- Kling, Michael* Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gemäß § 87 AktG n.F., DZWIR 2010, 221–232.
- Koch, Rebecca Julia* Der Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG in der D&O-Versicherung, in: Looschelders, Dirk/ Michael, Lothar (Hrsg.), Düsseldorfer Vorträge zum Versicherungsrecht 2009, Beratungspflichten für Versicherungsvermittler, D&O-Versicherung, Lauterkeitsrecht, Solvency II, Karlsruhe 2010, S. 97–112.

- Koch, Robert* Einführung eines obligatorischen Selbstbehalts in der D&O-Versicherung durch das VorstAG, AG 2009, 637–647.
- Ders.* Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle, VersR 2011, 295–302.
- Kretschmer, Torsten* Die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes in der allgemeinen Haftpflichtversicherung, Unter besonderer Berücksichtigung des AGB-Gesetzes und internationaler Deckungskonzepte, Diss. Berlin 2001, Frankfurt am Main 2002.
- Krieger, Gerd/
Schneider, Uwe H. (Hrsg.)* Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage, Köln 2010 (zitiert: Handbuch Managerhaftung).
- Krüger, Anja* Absicherung der Führungskräfte, FTD, 04.08.2009, <http://m.ftd.de/artikel/548641.xml> (zuletzt besucht am 14.04.2011).
- Küpper-Dirks, Monika* Managerhaftung und D&O-Versicherung, Diss. Frankfurt am Main 2001, Karlsruhe 2002.
- Lange, Oliver* Praxisfragen der D&O Versicherung (I), DStR 2002, 1626–1631.
- Ders.* Praxisfragen der D&O Versicherung (II), DStR 2002, 1674–1678.
- Ders.* D&O Versicherung: Innenhaftung und Selbstbehalt, DB 2003, 1833–1837.
- Ders.* Auswirkungen eines Kontrollwechsels (change of control) auf die D&O-Versicherung, AG 2005, 459–473.
- Ders.* Die Selbstbehaltvereinbarungspflicht gem. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG n. F., VersR 2009, 1011–1024.
- Ders.* Standpunkt: Zur Selbstbehaltvereinbarungspflicht in der D&O-Versicherung, VW 2009, 918–919.

- Ders.* Die D&O-Selbstbehalt-Versicherung, r+s 2010, 92–100.
- Ders.* Die Haftung des (versicherungsnehmenden) Unternehmens anstelle des D&O-Versicherers, VersR 2010, 162–177.
- Langheid, Theo/
Wandt, Manfred (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, §§ 100-191 VVG, Bd. 2, München im Erscheinen (zitiert: MüKo-VVG).
- Lansch, Rita* Ist der Vorstand der Societas Europaea fein raus?, Zuständigkeit des neuen Vorstandsvergütungsgesetzes in der Diskussion, VW 2009, 1592.
- Dies.* D&O-Selbstbehalt lässt Experten keine Ruhe, VW 2010, 1360.
- Dies.* Führungskräfte im Visier - Versicherer fürchten D&O-SB-Kumule, VW 2010, 1518.
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995.
- Laschet, Carsten* Vorstandsgehälter und D&O-Versicherung: Beschränkung der Freiheit, AnwBl 2009, 533.
- Ders.* Vorstandsvergütung und D&O-Versicherung, Gedanken zum neuen VorstAG, PHi 2009, 158–166.
- Lattwein, Alois/Dettler, Heike* D&O: Das Selbstbehalts-Modell des GDV, VW 2010, 1352.
- Limmer, Stefan* D & O-Versicherungen in Deutschland, Die Absicherung der Organhaftung in Unternehmen, Bremen 2006.
- Lingemann, Stefan* Angemessenheit der Vorstandsvergütung - Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1918–1924.
- Looschelders, Dirk/
Pohlmann, Petra* Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, Köln 2010.

- Lorenz, Egon* Muss die von dem Vorstand einer Aktiengesellschaft abgeschlossene D&O-Versicherung einen Selbstbehalt für die versicherten Unternehmensleiter vorsehen?, in: Recht genau, Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 177–189.
- Messmer, Daniel* Quo Vadis VorstAG?, ZfV 2009, 737–744.
- von Meyer, Robert* D&O Selbstbehaltsversicherung für Vorstände von Aktiengesellschaften, ZfV 2010, 219–221.
- Möhrle, Frauke* Gesellschaftsrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, Diss. Hamburg 2006, Köln 2007.
- Müller, Reinhold* D&O-Markt ist für Versicherer durchaus attraktiv, Allianz nimmt den Mittelstand ins Visier, VW 2010, 106.
- Nikolay, Judith C.* Die neuen Vorschriften zur Vorstandsvergütung - Detaillierte Regelungen und offene Fragen, NJW 2009, 2640–2647.
- Olbrich, Carola* Die D & O-Versicherung, Diss. Münster 2003, 2. Auflage, Karlsruhe 2007.
- Dies.* Gesetzliche Neuregelung zum Selbstbehalt in der D&O-Versicherung, VP 2009, 160–162.
- Olbrich, Carola/Kassing, Daniel* Der Selbstbehalt in der D&O Versicherung, Gesetzliche Neuregelung lässt viele Fragen offen, BB 2009, 1659–1662.
- Palandt, Otto (Begr.)* Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011.
- Palmberger, Herbert/
Honisch, Jurand* D&O-Versicherung, obligatorischer Selbstbehalt nach VorstAG – Fragen und Antworten, VP 2009, 233–238.
- Pammler, Sebastian* Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, Diss. Saarbrücken 2005, Berlin 2006.

- Prölss, Erich R. (Begr.)/
Kollhosser, Helmut (Hrsg.)* Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Auflage,
München 2005 (zitiert: Prölss/Kollhosser).
- Prölss, Erich R. (Begr.)/
Martin, Anton (Hrsg.)* Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage,
München 2010 (zitiert: Prölss/Martin).
- Ries, Gerhard/Peiniger, Gunhild* Haftung und Versicherung von Managern,
2. Auflage, Regensburg 2009.
- Ringleb, Henrik-Michael/
Kremer, Thomas/
Lutter, Marcus/
von Werder, Axel* Kommentar zum Deutschen Corporate Governance
Kodex, 4. Auflage, München 2010.
- Rudolf, Bernhard* D&O-Versicherung: Noch juristische Unklarheiten beim
Thema Selbstbehalt, VersMagazin, 16.09.2010,
[http://www.versicherungsmagazin.de/Aktuell/
Nachrichten/195/15510/D-O-Versicherung-Noch-
juristische-Unklarheiten-beim-Thema-Selbstbehalt.html](http://www.versicherungsmagazin.de/Aktuell/Nachrichten/195/15510/D-O-Versicherung-Noch-juristische-Unklarheiten-beim-Thema-Selbstbehalt.html)
(zuletzt besucht am 02.05.2011).
- Rüffer, Wilfried/
Halbach, Dirk/
Schimikowski, Peter (Hrsg.)* Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar,
Baden-Baden 2009 (zitiert: NK-VVG).
- Säcker, Franz Jürgen/
Rixecker, Roland (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 5. Auflage, Bd. 1/1,
München 2006 (zitiert: MüKo-BGB).
- Schack, Haimo* Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage,
München 2010.
- Schauber, Daniel* Im Blickfeld: Warum die SE immer mehr Unternehmen
anzieht, Börsen-Zeitung, 18.05.2010, S. 8,
[http://www.boersen-zeitung.de/index.php?li=1&
artid=2010093102](http://www.boersen-zeitung.de/index.php?li=1&artid=2010093102) (zuletzt besucht am 22.03.2011).
- Schiel, Martin* High Noon in der D&O-Versicherung:
Pflicht-Selbstbehalt versichern - Aber wie?,
AssCompact 2010, 42.

- Schmalen, Helmut/Pechtl, Hans* Grundlagen und Probleme der Betriebswirtschaft, 13. Auflage, Stuttgart 2006.
- Schmidt-Wehrmann, Claudia* Ratlose AG-Vorstände und Versicherer, Versicherungsjournal.de, 07.06.2010, <http://www.versicherungsjournal.de/versicherungen-und-finanzen/ratlose-ag-vorstaende-und-versicherer-104266.php> (zuletzt besucht am 08.03.2011).
- Schmitt, Stefan Martin* Organhaftung und D & O-Versicherung, Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung, Diss. Bremen 2006, München 2007.
- Schramm, Tanja* Das Anspruchserhebungsprinzip – ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung mit Zukunft?, ZVersWiss Supplement Jahrestagung (SJ) 2006, 285–298.
- Dies.* Das Anspruchserhebungsprinzip, Ein Deckungskonzept in der Haftpflichtversicherung zur zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes, Diss. Berlin 2008, Karlsruhe 2009.
- Schulz, Phillip K.* Der zwingende D&O-Selbstbehalt von Vorständen nach dem VorstAG, ZfV 2009, 558–562.
- Ders.* Zwangs-Selbstbehalt für Vorstände verfehlt Zweck, Neues Gesetz sorgt für Unruhe unter Managern und den D&O-Anbietern der Assekuranz, VW 2009, 1410–1415.
- Schulze, Martin/
Koch, Rebecca Julia* Die Versicherung der obligatorischen Selbstbeteiligung in der D&O-Versicherung, VW 2010, 424–425.
- Sieg, Oliver/Schramm, Tanja* D&O/Berufshaftpflicht, PHi 2009, 138–139.
- Steinkühler, Stefan/
Kassing, Daniel* Das Claims-Made-Prinzip in der D&O-Versicherung und die Auslegung der Begriffe Anspruchs- sowie Klageerhebung, VersR 2009, 607–611.
- Terbille, Michael (Hrsg.)* Münchener Anwalts-Handbuch Versicherungsrecht, 2. Auflage, München 2008.

- Thümmel, Roderich C.* Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D & O-Versicherung, 4. Auflage, Stuttgart 2008.
- Thüsing, Gregor* Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Rechtspolitik/data/stellungnahme_Th%C3%BCsing.pdf (zuletzt besucht am 11.04.2011).
- Ders.* Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517–529.
- Thüsing, Gregor/Traut, Johannes* Angemessener Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen, Ein Blick auf die Neuerungen nach dem VorstAG, NZA 2010, 140–144.
- Ulmer, Peter* Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?, in: Heldrich, Andreas/Beuthien, Volker/Prölss, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 451–472.
- Vorrath, Brigitte* D&O: Welche Risiken bergen Selbstbehaltsversicherungen?, VW 2010, 1196–1197.
- Wandt, Manfred* Versicherungsrecht, 5. Auflage, Köln 2010.
- Weise, André* Die Neuausrichtung der Vorstandsvergütung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Bachelorarbeit, Norderstedt 2010.
- Wendler, Sebastian* Mindestselbstbehalt für Vorstände in der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung, ZfV 2009, 593–601.
- Wendt, Dominik Henning* Zwangs-Selbstbehalt gilt nur für D&O-Policen: Neuregelung greift weder in Rechtsschutz noch Haftpflicht, VW 2009, 1589–1593.

Teil 1. Einleitung

A. Hintergrund

Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter (*Directors and Officers Liability Insurance*; kurz: D&O-Versicherung) ist mittlerweile in Deutschland nicht nur bei Aktiengesellschaften weit verbreitet.¹ Die Kosten der D&O-Versicherung trägt dabei fast ausnahmslos das Unternehmen.² Dies liegt darin begründet, dass es im Interesse des Unternehmens ist, bei Großschäden, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Vorstands überschreiten, mit dem Versicherer einen solventen Schuldner zu erhalten, der den Schaden (teilweise) ausgleicht. Darüber hinaus stellt der Versicherungsschutz einen Vorteil für das Unternehmen im Wettbewerb um Führungskräfte dar.

Die D&O-Versicherung war in der Vergangenheit überwiegend ohne einen persönlichen Selbstbehalt der versicherten Unternehmensleiter ausgestaltet.³ Nur vereinzelte Stimmen hielten einen Selbstbehalt nach altem Aktienrecht für zwingend.⁴ Die Auffassung wurde damit begründet, dass ohne Selbstbehalt die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung entfalle und ein eventueller Schaden auf die Gesellschaft zurückverlagert werde.⁵ Eigentlich enthielt schon der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) 2002 für börsennotierte Gesellschaften die Empfehlung, bei gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherungen einen angemessenen Selbstbehalt zu vereinbaren.⁶ Aber nur etwa die Hälfte der betroffenen Gesellschaften hat diese Empfehlung befolgt.⁷ Die vereinbarten Selbstbehalte waren zudem lediglich gering.⁸ Selten wurden die Selbstbehalte versichert.⁹

¹ Van Kann, NZG 2009, 1010, 1010.

² Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555, 1555; Olbrich, S. 5.

³ Albers, CCZ 2009, 222, 223; Limmer, S. 51 f.

⁴ Ferck, S. 126, 184 f.; Pammler, S. 82 ff., 209; Ulmer, S. 451; a. A. Dreher, AG 2008, 429, 438; Lorenz, S. 188 (jeweils mit ausführlicher Begründung).

⁵ Pammler, S. 82.

⁶ Ziff. 3.8. DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 26.02.2002, http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/DCG_K_D20020223.pdf).

⁷ Die Befoligungsquote lag bei börsennotierten Aktiengesellschaften bei ca. 48 Prozent, bei DAX-Gesellschaften 2008 bei 78 Prozent (Ihlas, S. 421, 424 f.). Vgl. schon (mit Gründen für die Nichtbefolgung) Dreher/Görner, ZIP 2003, 2321, 2321 f.

⁸ Jost, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10; Schulz, ZfV 2009, 558, 558.

⁹ Albers, CCZ 2009, 222, 225; Jost, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10.

Im Zeichen der im Frühjahr 2007 begonnenen internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise, der sogenannten *subprime crisis*, und der bevorstehenden Bundestagswahl im September 2009 hat der Gesetzgeber nach einem zügigen Gesetzgebungsverfahren einen zwingenden persönlichen Selbstbehalt für die D&O-Versicherung ins Aktiengesetz aufgenommen. Der gesetzliche Selbstbehalt wird bei jeder Schadenleistung des D&O-Versicherers abgezogen, sodass es sich um eine Abzugs-Franchise handelt.¹⁰ Das sogenannte Selbstbehaltsgebot beschränkt sich dabei auf einen Satz, der § 93 Abs. 2 AktG ergänzt.¹¹ Erklärter Wille des Gesetzgebers ist es, die Vorstandsmitglieder durch den zwingenden Selbstbehalt stärker am Schadensrisiko zu beteiligen. Dadurch will er eine „verhaltenssteuernde Wirkung“ erzielen.¹² Die Vorschrift wirft dabei zahlreiche Fragen auf, die Anwendungsbereich, Höhe des Selbstbehalts, Rechtsfolgen bei Nichtvereinbarung und grundsätzliche Versicherbarkeit des Selbstbehalts betreffen. Außerdem stellt sich die Frage, wie im Falle einer grundsätzlichen Versicherbarkeit des Selbstbehalts ein entsprechendes Versicherungsprodukt gestaltet werden könnte. Schließlich ist fraglich, ob die gesetzliche Regelung überhaupt geeignet ist, ihr Ziel zu erreichen. Die Beantwortung dieser Fragen war und ist seit 2009 ein Hauptthema in der D&O-versicherungsrechtlichen Literatur. Kaum etwas ist eindeutig und fast alles ist umstritten. Dies schafft Gestaltungsspielräume, aber auch Rechtsunsicherheit. Ganz herrschende Meinung ist aber, dass die D&O-Selbstbehalt-Versicherung grundsätzlich zulässig ist.¹³ Ziel dieser Arbeit ist die umfassende rechtliche Untersuchung der D&O-Selbstbehalt-Versicherung durch die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Fragen. Die betroffenen Unternehmen, Unternehmensleiter, Versicherer und Versicherungsmakler sollen dadurch bei der Umsetzung der gesetzlichen Regelung unterstützt werden.

B. Methode und Gang der Erörterung

Zum zwingenden Selbstbehalt und seiner Versicherbarkeit findet sich eine Vielzahl an Stellungnahmen in der Literatur. Die große Mehrheit bilden Aufsätze zu einzelnen Aspekten. Diese Arbeit will den aktuellen Meinungsstand in der Literatur strukturiert aufarbeiten und im Rahmen einer Gesamtdarstellung zu den zahlreichen Problemen Stellung beziehen.

¹⁰ Wandt, Rn. 760.

¹¹ Vgl. S. 3.

¹² BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹³ S. 53.

Um sich im Teil 3 dieser Arbeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung an sich zuwenden zu können, gilt es zunächst zu klären, in welchen Fällen überhaupt ein Selbstbehalt – als Gegenstand ebendieser Versicherung – fällig wird. Dementsprechend behandelt Teil 2 die gesetzliche Regelung des Selbstbehaltsgebots. Auch wenn der Titel der vorliegenden Arbeit plakativ und am Wortlaut der gesetzlichen Regelung orientiert von der „D&O-Selbstbehalt-Versicherung für AG-Vorstände“ spricht, gehört hierzu auch die Klärung, welche weiteren Personen möglicherweise vom Pflichtselbstbehalt betroffen sind.

Die Ergebnisse des zweiten Teils dienen vor allem der gesetzeskonformen Ausgestaltung der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung. Die Darstellung umfasst aber auch die grundsätzliche Frage, ob eine D&O-Selbstbehalt-Versicherung überhaupt gesetzlich zulässig ist. Teil 3 behandelt im Anschluss die möglichen Gestaltungen und Probleme einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung.

Unter Einbeziehung der Ergebnisse der beiden vorangegangenen Teile wird die gesetzliche Regelung in Teil 4 aus einem rechtspolitischen Blickwinkel kritisch daraufhin überprüft, ob sie ihr Ziel erreicht, welche Vor- und Nachteile die Regelung aufweist und welche alternativen Lösungswege möglich sind. Den Abschluss bildet als Teil 5 eine zusammenfassende Aufzählung der wesentlichen Ergebnisse.

Teil 2. Obligatorischer Selbstbehalt und Versicherbarkeit

A. Inhalt der gesetzlichen Regelung

I. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)¹⁴ wurde am 18. Juni 2009 vom Deutschen Bundestag in der Fassung der Beschlussempfehlung¹⁵ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17. Juni 2009 verabschiedet und ist am 5. August 2009 in Kraft getreten. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf¹⁶, der am 17. März 2009 eingebracht wurde, enthielt noch keinen zwingenden Selbstbehalt. Durch das VorstAG wird unter anderem § 93 Abs. 2 AktG durch einen dritten Satz ergänzt, der folgenden Wortlaut hat:

¹⁴ BGBl. 2009-I, S. 2509.

¹⁵ BT-Drucks. 16/13433. Im Folgenden auch als „Gesetzesbegründung“ bezeichnet. Formal handelt es sich nur um die Begründung der Beschlussempfehlung.

¹⁶ BT-Drucks. 16/12278.

„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.“

II. Ziel des Pflichtselbstbehalts: verhaltenssteuernde Wirkung

Ziel des VorstAG „ist es, die Anreize ... in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken.“¹⁷ Der zwingende Selbstbehalt soll dabei die Sorgfaltspflicht des Vorstands „flankieren“,¹⁸ also offenbar vor einer Aufweichung schützen, die nach Meinung des Gesetzgebers von der D&O-Versicherung ausgeht. Außerdem sieht der Gesetzgeber eine „verhaltenssteuernde Wirkung“ im zwingenden Selbstbehalt.¹⁹ So wirke die Haftung mit dem Privatvermögen Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.²⁰ Die Regelung soll folglich disziplinierend auf die Unternehmensleiter einwirken, um einer Vernachlässigung der Sorgfaltspflichten vorzubeugen.²¹ Die Gesellschaft soll dadurch – im Interesse aller Stakeholder²² – vor einem Schadenseintritt bewahrt werden. Ob dieses Ziel durch das Selbstbehaltsgebot erreicht werden kann, wird jedoch vielfach angezweifelt.²³

B. Verfassungsmäßigkeit des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG

Die Verfassungsmäßigkeit des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG wurde diskutiert, ist aber unstrittig gegeben.²⁴ Einerseits ging es um eine mögliche Ungleichbehandlung gegenüber anderen Berufsträgern (Art. 3 Abs. 1 GG) und andererseits um einen Verstoß gegen die unternehmerische Vertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG).²⁵

¹⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 1.

¹⁸ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁹ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²⁰ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²¹ Franz, DB 2009, 2764, 2768; R. J. Koch, S. 102.

²² Vgl. Schmalen/Pechtl, S. 11 f.

²³ Dazu Teil 4 ab S. 72.

²⁴ Kerst, WM 2010, 594, 597; Koch, AG 2009, 637, 640 ff.; offen Schulz, VW 2009, 1410; Schulz, ZfV 2009, 558, 559.

²⁵ GDV, S. 3; Kerst, WM 2010, 594, 597; Koch, AG 2009, 637, 640 ff.

C. Anwendungsbereich

I. Personen- und gesellschaftsbezogener Anwendungsbereich

1. Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften

Der Pflichtselbstbehalt gilt aufgrund seiner Stellung im AktG für Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG findet dabei unabhängig von Größe, Aktionärszusammensetzung und davon Anwendung, ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder nicht.²⁶ Das Gebot gilt auch für die Vor-AG, § 48 S. 2 AktG. Nach dem Wortlaut von Abs. 2 S. 3 („zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds“) gilt die Verpflichtung für alle Vorstandsmitglieder.

Einerseits ist fraglich, ob die Pflicht zusätzlich für andere Personen einer Aktiengesellschaft gilt. Andererseits ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber auch die Manager in anderen Körperschaften mit einer entsprechenden Selbstbehaltspflicht belegen wollte. Beide Fragen werden in den kommenden Unterabschnitten behandelt.

2. Andere Personen innerhalb der Aktiengesellschaft

a) Aufsichtsräte

aa) Ausdrücklich vom Selbstbehaltsgebot ausgenommen

Aufsichtsräte werden in 30 bis 40 Prozent der Schadensfälle neben den Vorständen belangt.²⁷ Angesichts der ähnlich gelagerten Verantwortung von Mitgliedern des Aufsichtsrats, dem Kontrollorgan der AG, erscheint es angesichts des gesetzgeberischen Zwecks der Verhaltenssteuerung auf den ersten Blick sinnvoll, wenn auch Aufsichtsräte dem zwingenden Selbstbehalt unterliegen würden.

Zwar gilt gemäß § 116 AktG für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit § 93 AktG sinngemäß für Aufsichtsratsmitglieder, jedoch ändert das VorstAG § 116 S. 1 AktG dahingehend ab, dass der zwingende Selbstbehalt ausdrücklich davon ausgenommen ist. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass die Frage der Einbeziehung der Aufsichtsratsmitglieder dem Deutschen Corporate Governance Kodex überlassen bleiben könne.²⁸ Damit bleibt eine selbstbehaltslose Versicherung der Aufsichtsratsmitglieder zulässig.²⁹

²⁶ Franz, DB 2009, 2764, 2766.

²⁷ Ihlás, VW 2009, 1360.

²⁸ BT-Drucks. 16/13433, S. 11 f.; kritisch dazu Goette, S. 8.

²⁹ So auch Koch, AG 2009, 637, 639.

bb) Empfehlungen des DCGK und PCGK

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)³⁰, der für deutsche börsennotierte Gesellschaften gilt, enthält in Ziff. 3.8 für Aufsichtsräte die Empfehlung, einen der Vorstandsregelung *entsprechenden* Selbstbehalt zu vereinbaren. Eine ähnliche Regelung bestand schon vor dem VorstAG.³¹ Wird ein solcher Selbstbehalt für Aufsichtsräte nicht vereinbart, so ist diese Abweichung vom DCGK nach § 161 AktG öffentlich zu erklären.

Für alle Unternehmen, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, gilt der Public Corporate Governance Kodex (PCGK) des Bundes³², sofern nicht der Anwendungsbereich des DCGK eröffnet ist. Ziff. 3.3.2 PCGK empfiehlt für Mitglieder von Überwachungsorganen die Vereinbarung eines *angemessenen* Selbstbehalts.³³ Diese Formulierung ist auch in der alten Fassung des DCGK enthalten gewesen. In den Anmerkungen des Bundeskabinetts zu Ziff. 3.3.2 heißt es: „Der angemessene Selbstbehalt bei Mitgliedern von Überwachungsorganen soll sich in entsprechender Weise an der Höhe der Vergütung aus der Tätigkeit im Überwachungsorgan orientieren. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass bei vielen Unternehmen über einen Aufwendersatz hinaus keine Aufsichtsratsvergütung gezahlt wird bzw. bei einem Teil der Aufsichtsratsmitglieder, etwa aufgrund beamtenrechtlicher Regelungen, ein Teil der Vergütung abgeführt wird. In letztgenannten Fällen bezieht sich die prozentuale Quote auf die Vergütung, die den Mitgliedern verbleibt.“ Dieser Verweis auf die unterschiedliche Vergütungssituation von Vorständen und Aufsichtsräten, die es nach dem PCGK zu berücksichtigen gilt, erlaubt in Bezug auf die gesetzliche Regelung die Vermutung (keinen zwingenden Rückschluss)³⁴, dass dies auch der eigent-

³⁰ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 26.05.2010, http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2010/D_CorGov_Endfassung_Mai_2010.pdf.

³¹ Fn. 6.

³² Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes, in der Fassung vom 30.06.2009, http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_39010/DE/Wirtschaft__und__Verwaltung/Bundesliegenschaften__und__Bundesbeteiligungen/Public__corporate__governance__Kodex/010709__publGov__anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

³³ Vgl. zum Begriff der Angemessenheit *Dreher/Görner*, ZIP 2003, 2321, 2326f.; *Möhrle*, S. 141 ff.

³⁴ *Koch*, AG 2009, 637, 643.

liche Grund dafür ist, dass Aufsichtsräte nach dem Willen des Gesetzgebers vom zwingenden Selbstbehalt ausgenommen bleiben.³⁵

b) Sonstige Personen und Zwischenergebnis

Nach dem Wortlaut gilt die Vorschrift auch nicht für sonstige leitende Angestellte.³⁶ Auch Beiratsmitglieder von Aktiengesellschaften sind nicht erfasst.³⁷ Ein Selbstbehalt ist damit – vorbehaltlich der folgenden Ausführungen – grundsätzlich nur für Vorstandsmitglieder zwingend.³⁸ Für Aufsichtsräte besteht nach DCGK und PCGK nur eine entsprechende Empfehlung.

3. Andere Körperschaften

a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Eine ausdrückliche Regelung für die Geschäftsführer der GmbH besteht nicht (vgl. § 43 GmbHG). Da Vorschriften des AktG oftmals auf die GmbH entsprechend angewendet werden,³⁹ stellt sich auch in diesem Fall die Frage, ob § 93 Abs. 2 S. 3 AktG auf GmbH-Geschäftsführer analog anzuwenden ist.

aa) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung

„Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“⁴⁰

bb) Planwidrige Regelungslücke

Hinsichtlich des zwingenden Selbsthalts besteht für GmbH-Geschäftsführer eine Regelungslücke. Vorliegend könnte der Gesetzgeber diese aber gewollt haben.

³⁵ Vgl. *Franz*, DB 2009, 2764, 2766.

³⁶ *Koch*, AG 2009, 637, 639; *Kerst*, VW 2010, 102; *Laschet*, PHi 2009, 158, 160.

³⁷ *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 233.

³⁸ *Franz*, DB 2009, 2764, 2766.

³⁹ *Kerst*, VW 2010, 102.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.07.1988 – IVa ZR 55/87, BGHZ 105, 140, 143; BGH, Urt. v. 31.01.1990 – VIII ZR 280/88, BGHZ 110, 183, 193; BGH, Urt. v. 20.11.1992 – V ZR 82/91, 252; BGH, Besch. v. 15.03.2007 – V ZB 145/06, BGHZ 171, 350-357; BGH, Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 290/00 (Abonnementvertrag), NJW 2003, 1932, 1933.

(1) Wille des Gesetzgebers nach Gesetzesbegründung

Einige Stimmen in der Literatur verweisen darauf, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Neuregelung auf AG-Vorstände beschränken wollte und eine Ausdehnung auf Organe anderer juristischer Personen damit nicht gewollt wäre.⁴¹ Als Nachweis führen sie folgende Passage in der Beschlussempfehlung an: „Versichert sind [bei der D&O-Versicherung] die Organe der Gesellschaft. Die Neuregelung beschränkt sich darauf, den unter Haftungsgesichtspunkten wichtigsten Fall zu regeln, nämlich die Versicherung zugunsten von Vorstandsmitgliedern.“⁴² Der Literaturmeinung ist entgegenzuhalten, dass diese Passage nur die Organe behandelt, die dem zwingenden Selbstbehalt unterliegen sollen, nicht die Gesellschaft. Der Gesetzgeber will nur Vorstände mit dem Selbstbehalt belegen und klarstellen, dass Aufsichtsratsmitglieder ausgenommen sind. Zweifelsfrei ist daher nur, dass das Gebot nach Willen des Gesetzgebers nur für das geschäftsführende Organ gilt. Ob auch Vorstände und geschäftsführende Organe anderer Gesellschaften betroffen sein sollen, kann jedenfalls aufgrund der Beschlussempfehlung nicht entschieden werden. Die Gesetzesbegründung steht damit einer analogen Anwendung auf andere Gesellschaften nicht entgegen.

(2) Wille des Gesetzgebers aufgrund der Änderung des GmbHG

Jedoch ergibt sich mittelbar aus der Regelung für GmbH-Aufsichtsräte, dass der Gesetzgeber die Regelungslücke im Falle der GmbH gewollt hat.⁴³ So nimmt das VorstAG auch eine Änderung im GmbHG vor. § 52 Abs. 1 GmbHG verweist danach nicht auf § 93 Abs. 2 S. 3 AktG. Es handelt sich nach der Gesetzesbegründung „um eine Folgeänderung zu der ... Änderung des § 116 AktG“.⁴⁴ Die Änderung an sich betrifft daher nur den GmbH-Aufsichtsrat, für den ausdrücklich kein Selbstbehalt gelten soll. Dass der Gesetzgeber allerdings bewusst eine Änderung im GmbHG vornimmt, welche das Selbstbehaltsgesetz betrifft, aber zugleich nicht berücksichtigt habe, dass für GmbH-Geschäftsführer kein zwingender Selbstbehalt gesetzlich angeordnet ist, kann nicht angenommen werden.⁴⁵ Es mangelt daher an der

⁴¹ *Schulz*, VW 2009, 1410; für VVaG und KGaA *Kerst*, VW 2010, 102.

⁴² BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

⁴³ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 234; im Ergebnis *Schulz*, VW 2009, 1410; ohne Begründung *Kerst*, VW 2010, 102; a. A. *Koch*, AG 2009, 637, 643.

⁴⁴ BT-Drucks. 16/13433, S. 13.

⁴⁵ *Franz*, DB 2009, 2764, 2766.

Planwidrigkeit der Regelungslücke. Eine Analogie darf nicht gebildet werden.⁴⁶

cc) Grund für die Ungleichbehandlung

Der Grund dafür, die wichtigste Kapitalgesellschaft vom Anwendungsbereich eines zwingenden Selbstbehalts auszunehmen, geht aus der Beschlussempfehlung nicht hervor. Der wohl entscheidende Unterschied liegt in der Ausgestaltung der Kontroll- und Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter, die bei der GmbH in der Regel umfassender sind. Die gesellschafterbezogene Struktur reduziert dabei die Prinzipal-Agenten-Probleme, die sich aus dem Auseinanderfallen von Gesellschafterposition und Geschäftsführung ergeben.⁴⁷ Die hierdurch veränderte Risikolänge mag Ursache für die Ungleichbehandlung gewesen sein. Zu nennen ist insbesondere die Beschränkung der Vertretungsbefugnis der GmbH-Geschäftsführer durch Weisungen der Gesellschafterversammlung gemäß § 37 GmbHG.⁴⁸ Aktionäre haben keine gleichwertigen Möglichkeiten. Der Bedarf an Verhaltenssteuerung ist daher bei der GmbH nicht in gleichem Maße gegeben wie bei der AG.⁴⁹

Harzenetter merkt zudem an, dass im Gegensatz zum Haftungsregime des § 93 AktG „bereits die haftungsbegründenden Elemente des § 43 Abs. 2 GmbHG selbst weitgehend zur Disposition der Gesellschafter“ stehen, sodass ein Pflichtselbstbehalt keinen Sinn macht.⁵⁰ Gesellschafter, die den Selbstbehalt zur Verhaltenssteuerung nutzen möchten, bleibt ohnehin unbenommen, eine freiwillige Selbstbehaltsregelung für ihre Geschäftsführer zu vereinbaren.

b) Genossenschaft

Auch für Genossenschaften ermangelt es an einer ausdrücklichen Regelung für deren Vorstände (vgl. § 34 GenG). Allerdings gibt es – anders als bei der GmbH – bei der Genossenschaft keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber sich dieser Regelungslücke bewusst gewesen ist. Auch die mit der Aktiengesellschaft vergleichbare Organstruktur, Kompetenzzuordnung und Entscheidungsfreiheit des Vorstands der Genossenschaft legen eine

⁴⁶ *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 234; im Ergebnis *Kerst*, WM 2010, 594, 597 f.; *Schulz*, VW 2009, 1410; ohne Begründung *Laschet*, PHI 2009, 158, 160.

⁴⁷ *Ferck*, S. 177 f.; ähnlich *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 144.

⁴⁸ *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Koch*, AG 2009, 637, 643.

⁴⁹ Vgl. *Franz*, DB 2009, 2764, 2766.

⁵⁰ *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 654.

entsprechende Behandlung nahe.⁵¹ Unbegründet ist das Argument von *Kerst*, dass der Sinn und Zweck gegen eine Analogie spräche.⁵² Mithin besteht eine planwidrige Regelungslücke, sodass § 93 Abs. 2 S. 3 AktG für die Genossenschaft analog anzuwenden ist.⁵³

c) Europäische Aktiengesellschaft (SE)

Die *Societas Europaea* (SE) erfreut sich zunehmender Beliebtheit. In Deutschland besitzen bereits über 130 Unternehmen diese Rechtsform,⁵⁴ darunter mit der Allianz, BASF, Fresenius und MAN vier DAX-30-Unternehmen, aber etwa auch Porsche und Tchibo. Art. 9 Abs. 1 VO 2157/2001/EG⁵⁵ bestimmt, welchen Bestimmungen die SE unterliegt. Primär gelten danach die Bestimmungen der VO 2157/2001/EG und, sofern ausdrücklich zugelassen, die Satzungsbestimmungen. Für die nicht (vollständig) geregelten Bereiche gelten ergänzend das spezielle nationale SE-Recht sowie „die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden“.

Für eine SE mit satzungsmäßigem Sitz in Deutschland stellt sich damit die Frage, ob der zwingende Selbstbehalt auch bei ihr zur Anwendung kommen muss. Fraglich ist zunächst, ob die VO 2157/2001/EG in diesem Bereich Bestimmungen enthält. *Palmberger/Honisch* argumentieren, die Haftung des Vorstands sei in Art. 51 geregelt; § 93 Abs. 2 S. 3 AktG sei aber keine Haftungsvorschrift, sodass S. 3 über Art. 51 nicht anzuwenden sei.⁵⁶ Dem ist inhaltlich zuzustimmen. Dem Schluss von *Palmberger/Honisch*, dass S. 3 daher von der Anwendbarkeit ausgeschlossen sei,⁵⁷ kann allerdings nicht gefolgt werden. Handelt es sich beim Selbstbehaltsgesetz *nicht* um eine Haftungsvorschrift, so ist der in S. 3 geregelte Bereich – nämlich die Versicherbarkeit der Haftung – überhaupt nicht in der Verordnung geregelt, sodass gemäß Art. 9 Abs. 1 auf das nationale Recht zurückgegriffen werden muss.

⁵¹ Vgl. *Koch*, AG 2009, 637, 643.

⁵² Vgl. *Kerst*, VW 2010, 102.

⁵³ *Koch*, AG 2009, 637, 643; a. A. *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Kerst*, VW 2010, 102; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 9.

⁵⁴ *Schauber*, Börsen-Zeitung, 18.05.2010, S. 8.

⁵⁵ Verordnung 2157/2001/EG über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 vom 10.11.2001.

⁵⁶ *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 233 f.

⁵⁷ *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 233 f.

Bei der SE ist danach zu unterscheiden, nach welchem System sie aufgebaut ist. In der Satzung kann gem. Art. 38 VO 2157/2001/EG entweder – wie bei der Aktiengesellschaft nach dem AktG – das dualistische System (ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan) gewählt werden oder das monistische System (ein einheitliches Verwaltungsorgan).

aa) Dualistische Societas Europaea

Bei der Wahl des dualistischen Systems gelten §§ 93, 116 AktG unmittelbar gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) VO 2157/2001/EG. Für das Leitungsorgan ist damit der Selbstbehalt gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zwingend, für das Aufsichtsorgan gemäß § 116 AktG nicht.⁵⁸

bb) Monistische Societas Europaea

Wird hingegen das monistische System gewählt, ist § 93 AktG gemäß § 20 SE-Ausführungsgesetz (SEAG)⁵⁹ nicht unmittelbar anwendbar. Jedoch gilt für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Mitglieder des einheitlichen Verwaltungsorgans (Verwaltungsratsmitglieder⁶⁰) und der geschäftsführenden Direktoren § 93 AktG entsprechend, §§ 39, 40 Abs. 8 SEAG. Es wird vertreten, dass die Selbstbehaltspflichtung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG damit anzuwenden sei.⁶¹ Es handelt sich bei §§ 39, 40 Abs. 8 SEAG jedoch um eine gesetzliche Analogie, sodass § 93 AktG nur insoweit anzuwenden ist, als die geregelten Sachverhalte vergleichbar sind. Der deutsche Gesetzgeber hat nur die geschäftsführenden Organmitglieder mit der Selbstbehaltspflicht belegt. Damit kann und muss der zwingende Selbstbehalt entsprechende auf die geschäftsführenden Direktoren angewendet werden. Denn diese übernehmen die Funktion des Vorstands.⁶² Für den Verwaltungsrat, der auch in §§ 20 ff. SEAG (insb. z. B. § 38 SEAG) den Vorschriften über den deutschen Aufsichtsrat angenähert ist, widerspricht eine entsprechende Anwendung aber der gesetzgeberischen Wertung. Im monistischen System gilt damit § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nur für die geschäftsführenden Direktoren.⁶³

⁵⁸ Franz, DB 2009, 2764, 2766; Kerst, WM 2010, 594, 598; Koch, AG 2009, 637, 640; Laschet, PHi 2009, 158, 160; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9.

⁵⁹ BGBl. 2004-I, S. 3675.

⁶⁰ Vgl. § 20 SEAG.

⁶¹ Franz, DB 2009, 2764, 2766; Harzenetter, DStR 2010, 653, 654; Koch, AG 2009, 637, 640; Laschet, PHi 2009, 158, 160.

⁶² Wendler, ZfV 2009, 593, 595.

⁶³ Wendler, ZfV 2009, 593, 595; a. A. Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9 (Selbstbehalt gälte für Verwaltungsräte).

cc) Bedenken

Schulz wendet sich demgegenüber trotz der gesetzlichen Verweise grundsätzlich gegen eine Anwendung auf die SE.⁶⁴ Er begründet dies damit, „dass es sich bei der SE um eine eigenständige Gesellschaftsform handelt, die der Gesetzgeber [gemäß der Gesetzesbegründung] offenbar nicht mit erfassen wollte“. Schon angesichts der soeben dargestellten klaren gesetzlichen Regelung ist dieses Argument nicht überzeugend. Hinzu kommt, dass die Gesetzesbegründung – wie festgestellt – keine klaren Aussagen über die betroffenen Gesellschaftsformen ermöglicht.⁶⁵ Es wäre im Übrigen auch nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber wichtige DAX-30 Konzerne hätte ausnehmen wollen,⁶⁶ zumal auch die SE im Kern eine Aktiengesellschaft ist. Der Einwand steht daher nicht einer Anwendung des Selbstbehalts auf die SE entgegen.

dd) Zwischenergebnis

Mit der herrschenden Meinung ist § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf Europäischen Aktiengesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz in Deutschland anwendbar.⁶⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies allerdings nur für Leitungsorgane und geschäftsführende Direktoren, nicht jedoch für nicht-geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder.⁶⁸

d) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)

Für Vorstände eines großen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG) gilt § 93 AktG entsprechend, § 34 S. 2 VAG. Damit ist von den Vorständen auch das Selbstbehaltsgebot zu beachten.⁶⁹ Gemäß § 52 Abs. 1 VAG gilt für den Vorstand kleiner Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit § 34 VAG jedoch nicht, sodass für sie auch § 93 AktG nicht entspre-

⁶⁴ *Schulz*, VW 2009, 1410, *Schulz*, ZfV 2009, 558, 561.

⁶⁵ Vgl. S. 8.

⁶⁶ *Wendler*, ZfV 2009, 593.

⁶⁷ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 851; *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2010, 49; *Ihlas*, nach: *Lansch*, VW 2009, 1592; *Koch*, AG 2009, 637, 640; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 738; *Schiel*, AssCompact 2010, 42; jedenfalls für Leitungsorgane einer dualistischen SE *Kerst*, VW 2010, 102.

⁶⁸ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 595; a. A. *Laschet*, PHi 2009, 158, 160.

⁶⁹ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 851; *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2010, 49; *Koch*, AG 2009, 637, 640; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 738; *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 234; *Schiel*, AssCompact 2010, 42; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 9; nur für großen VVaG *Kerst*, WM 2010, 594, 598 (a. A. noch *Kerst*, VW 2010, 102).

chend anzuwenden ist.⁷⁰ Aufsichtsräte sind gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 VAG in Verbindung mit § 116 S. 1 AktG nicht vom zwingenden Selbstbehalt betroffen.

e) Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Die KGaA hat keinen Vorstand. Für die persönlich haftenden Gesellschafter gelten jedoch sinngemäß die für den Vorstand der Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit, § 283 Nr. 3 AktG. Zu diesen Vorschriften zählt grundsätzlich auch § 93 AktG.⁷¹ Auch hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Analogie. Entsprechend den Ausführungen bei der monistischen SE ist § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nur auf geschäftsführende Organmitglieder anzuwenden.⁷² Das Selbstbehaltsgebot gilt daher nur für geschäftsführende persönlich haftende Gesellschafter der KGaA.⁷³

f) Von anderer Gesellschaft mitversicherte Vorstände

Während „die Gesellschaft“ – wie gezeigt – nicht notwendigerweise eine AG sein muss, so bezieht sich die Verpflichtung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG dem Wortlaut nach nur auf ihre *eigenen* Vorstandsmitglieder.⁷⁴ Problematisch ist dies bei Konzernsachverhalten. Der Gesetzeswortlaut ist auch in Ziff. 3.8 Abs. 2 DCGK eingeflossen: Konzerne sind auch hier dem Wortlaut nach nicht betroffen, da von „Gesellschaft“ und nicht „Unternehmen“ im Sinne der Präambel des DCGK die Rede ist.⁷⁵

Regelmäßig werden aber die Vorstände von Tochtergesellschaften von einer sogenannten Konzernpolice der Mutter mitversichert.⁷⁶ Die Töchter schließen dabei keine eigenen D&O-Versicherungsverträge ab und sind mithin nicht Versicherungsnehmerinnen. Für die Vorstände der versicherungsnehmenden Gesellschaft bestehen keine Besonderheiten. Für die mit-

⁷⁰ Franz, DB 2009, 2764, 2766; Kerst, WM 2010, 594, 598; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 234.

⁷¹ Hüffer, § 283 Rn. 2; Perlitt, in: MüKo-AktG, § 283 Rn. 18.

⁷² Vgl. S. 11.

⁷³ Franz, DB 2009, 2764, 2766; im Ergebnis Kerst, WM 2010, 594, 598; ohne nähere Unterscheidung Albers, CCZ 2009, 222, 223; Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 851; Koch, AG 2009, 637, 640; Messmer, ZfV 2009, 737, 738; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 234; Schiel, AssCompact 2010, 42; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9; a. A. Kerst, VW 2010, 102.

⁷⁴ Lange, VersR 2009, 1011, 1014.

⁷⁵ Lange, VersR 2009, 1011, 1014.

⁷⁶ Albers, CCZ 2009, 222, 223; Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, § 28 Rn. 51; Lange, VersR 2009, 1011, 1014, Lange, AG 2005, 459, 460.

versicherten Vorstände anderer Gesellschaften besteht jedoch dem Wortlaut nach das Selbstbehaltsgebot nicht.⁷⁷ Sie sind nicht eigene Vorstände der Versicherungsnehmerin. Dies ist dann problematisch, wenn diese (Tochter)-Gesellschaften dem zwingenden Selbstbehalt unterfallen würden, sofern sie selbst Versicherungsnehmerin wäre. Beispielsweise wäre dies der Fall, wenn eine Mutter-GmbH die Vorstände ihrer Tochter-AG mitversichert. Die Mutter-GmbH trifft in diesem Beispiel aufgrund ihrer Rechtsform keine Selbstbehaltspflicht, während die Tochter-AG nicht Versicherungsnehmerin ist und aus diesem Grund keine Selbstbehaltspflicht für sie gelten würde. Die Vorstände der Tochter-AG sind in diesem Fall vom Versicherungsumfang erfasst, ohne dass sie dem Wortlaut des Selbstbehaltsgebots unterfallen.

Es ist offensichtlich, dass dieser Wertungswiderspruch keinesfalls vom Gesetzgeber gewollt sein konnte. Es wäre eine nur allzu leichte Umgehungsmöglichkeit, wenn durch Konzernpolicen der Regelungszweck vollständig unterlaufen werden könnte. *Albers* spricht davon, dass die Muttergesellschaft insoweit für ihre Tochter handeln würde.⁷⁸ Für eine Stellvertretung mangelt es aber am Handeln der Mutter- im Namen der Tochtergesellschaft. Versicherungsnehmer soll die Mutter werden. Werden die Kosten der D&O-Versicherung der Tochter aufgebürdet, wie dies häufig vorkommt,⁷⁹ könnte es sich allenfalls um eine mittelbare Stellvertretung handeln. Dann läge aber nur wirtschaftlich, nicht rechtlich eine Versicherung der *eigenen* Vorstandsmitglieder vor. Diesen Fall direkt unter den Wortlaut zu subsumieren, ist zwar denkbar, aber nicht naheliegend. Problematischer an diesem Ansatz ist allerdings, dass solche Fälle nicht erfasst wären, in denen die Tochter nicht die Kosten der Versicherung trägt.

Als alternativer Lösungsansatz kommt eine analoge Anwendung des Selbstbehaltsgebots in Betracht. Fraglich ist daher, ob im Wege einer Analogie § 93 Abs. 2 S. 3 AktG auch gilt, wenn Organe durch eine gesellschaftsfremde D&O-Versicherung mitversichert werden und hypothetisch dem zwingenden Selbstbehalt unterfallen würden, wenn ihre eigene Gesellschaft Versicherungsnehmerin wäre. Für die Zulässigkeit einer Analogie bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und eines vergleichbaren Tatbestands.⁸⁰ In der Beschlussempfehlung heißt es nur: „Versichert sind die

⁷⁷ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1014.

⁷⁸ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223.

⁷⁹ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223.

⁸⁰ Fn. 40.

Organe der Gesellschaft.“ Schon dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber offenbar übersehen hat, dass viele Vorstände gar nicht von „ihrer“ Gesellschaft versichert werden, sondern über andere Gesellschaften mitversichert werden.⁸¹ Die Regelungslücke in der dargestellten Konstellation war daher vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Sie ist planwidrig. Der zu beurteilende Sachverhalt ist nahezu identisch. Hätte der Gesetzgeber die Regelungslücke gesehen, hätte er daher, um die angestrebte Verhaltenssteuerung zu erreichen, alle fremdfinanzierten D&O-Versicherungen in die Regelung einbezogen. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist somit in den beschriebenen Fällen analog anzuwenden.⁸²

Es kommt daher nicht darauf an, welche Rechtsform die Versicherungsnehmerin hat, sondern darauf, ob (mit)versicherte Personen dem zwingenden Selbstbehalt unterfallen (würden), wenn ihre eigene Gesellschaft (hypothetisch) Versicherungsnehmerin ist (bzw. wäre). Es ist daher möglich, dass innerhalb einer D&O-Police einzelne versicherte Personen dem zwingenden Selbstbehalt unterfallen, während andere hiervon nicht betroffen sind. Mit Blick auf mögliche Veränderungen im Konzern, sollte die Selbstbehaltsklausel vorsorglich aufgenommen werden und dabei zumindest generell die Personen betreffen, die dem Anwendungsbereich des zwingenden Selbstbehalts unterfallen.

Unterfällt die versicherungsnehmende Gesellschaft ausländischem Recht, scheidet eine (analoge) Anwendung des Selbstbehaltgebots aus, selbst wenn sie Vorstände deutscher Töchter mitversichert.⁸³ Hierin liegt ein bedeutendes Umgehungspotenzial.

g) Gesellschaften mit Staatsbeteiligung

Bei Gesellschaften jeglicher Rechtsform ist die freiwillige Empfehlung des jeweils einschlägigen PCGK zu beachten. Für Bundesbeteiligungen findet sich diese in Ziff. 3.3.2 PCGK des Bundes⁸⁴.

4. Zwischenergebnis

Der personen- und gesellschaftsbezogene Anwendungsbereich ist folglich deutlich weiter, als auf den ersten Blick zu erwarten wäre. Der zwingende

⁸¹ *Lange*, VersR 2009, 1011, 1014.

⁸² *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 654; *Kerst*, WM 2010, 594, 604; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1014; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 595; im Ergebnis *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2441.

⁸³ *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2441.

⁸⁴ Fn. 32.

Selbstbehalt gilt nicht nur für Vorstandsmitglieder einer AG, sondern auch für solche einer Genossenschaft und eines großen VVaG sowie für Mitglieder des Leitungsorgans oder geschäftsführende Direktoren einer SE und für geschäftsführende persönlich haftende Gesellschafter der KGaA. Darüber hinaus gilt das Selbstbehaltsgebot auch für andere Gesellschaften unter deutschem Recht, sofern und soweit sie die betroffenen Personen mitversichern. Mit Rücksicht auf abweichende Meinungen zum Anwendungsbereich und aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgt die Darstellung im Folgenden dennoch auch weiter aus der Perspektive des AG-Vorstands. Soweit nach der hier vertretenen Auffassung auf andere Personen anwendbar, gelten die Ausführungen aber entsprechend.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Betroffene Versicherungen

a) Gesellschaftsfinanzierte Versicherungen gegen Risiken aus der beruflichen Tätigkeit des Vorstands

Fraglich ist für welche Versicherungsarten die Selbstbehaltspflicht gilt. Der Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG spricht von Versicherungen „zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit“, die von der Gesellschaft abgeschlossen werden. Der Wortlaut ist relativ offen. Neben der D&O-Versicherung kommen als gesellschaftsfinanzierte Versicherungen „gegen Risiken aus der beruflichen Tätigkeit“ auch Betriebshaftpflichtversicherungen⁸⁵, Vermögensschaden- und Straf-Rechtsschutzversicherungen in Betracht.⁸⁶

In der Beschlussempfehlung wird allerdings nur von der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung gesprochen.⁸⁷ Die D&O-Versicherung ist – wie die meisten Berufshaftpflichtversicherungen – eine reine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Unternehmensleiter.⁸⁸ Eine Ansicht will den weiten Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG aufgrund der Gesetzesbegründung restriktiv so auslegen, dass er nur Vermögensschadenhaftpflichtversi-

⁸⁵ § 102 Abs. 1 S. 1 VVG: „Besteht die Versicherung für ein Unternehmen, erstreckt sie sich auf die Haftpflicht der zur Vertretung des Unternehmens befugten Personen sowie der Personen, die in einem Dienstverhältnis zu dem Unternehmen stehen.“

⁸⁶ Vgl. *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 654; *Kerst*, VW 2010, 102; *Olbrich*, VP 2009, 160, 160.

⁸⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

⁸⁸ *Dreher*, DB 2005, 1669, 1670; *Kieth*, BB 2003, 537, 538; *Kretschmer*, Rn. 14, 559; *Lange*, DStR 2002, 1626, 1626; *Schmitt*, S. 102; *Wandt*, Rn. 886.

cherungen betrifft.⁸⁹ Die Beschlussempfehlung erwähnt zwar nur die D&O-Versicherung, aber nicht derart, dass der gesetzgeberische Wille eindeutig nur die D&O-Versicherung erfassen möchte.⁹⁰ Es ist nur sicher, dass die D&O-Versicherung vorliegend Auslöser für das Tätigwerden des Gesetzgebers gewesen ist. Die restriktive Auslegung strapaziert jedoch den Wortlaut der Begründung über. Gegen eine restriktive Auslegung spricht auch, dass der Gesetzgeber ohne weiteres den Gesetzeswortlaut so hätte fassen können, dass das Selbstbehaltsgebot eindeutig nur für die D&O-Versicherung gilt. Es wäre auch fraglich, warum die intendierte verhaltenssteuernde Wirkung nur für Vermögensschäden gelten sollte, nicht aber für Haftpflichtansprüche im Übrigen.

Im Ergebnis gilt das Selbstbehaltsgebot jedenfalls, aber nicht nur für gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherungen zugunsten des Vorstands, sondern für alle gesellschaftsfinanzierten Versicherungen „gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit“.⁹¹ Der sachliche Anwendungsbereich des Selbstbehaltsgebots im Übrigen ist unverändert, sodass etwa Rechtsschutzversicherungen nicht betroffen sind, wenn der Selbstbehalt nicht für Abwehrkosten gilt.⁹² Die Ausführungen in dieser Arbeit erfolgen jedoch auch im Weiteren aus der Perspektive der D&O-Versicherung, als dem wichtigsten Fall.

b) Eigenschadenversicherungen der Gesellschaft mit Regressverzicht

Der Gesellschaft steht es grundsätzlich frei eine sogenannte Eigenschadenversicherung abzuschließen, die ihre eigenen Vermögensschäden abdeckt. Dies gilt auch dann, wenn die Versicherung solche Vermögensschäden deckt, die der Gesellschaft von ihren eigenen Vorständen zugefügt werden.⁹³ Denn insofern handelt es sich um keine Versicherung für die Vorstände, wie es Tatbestandsvoraussetzung für das Selbstbehaltsgebot ist. Soweit der Versicherer den Schaden reguliert, geht der Ersatzanspruch gegen den Vorstand (in Höhe des Selbstbehalts) gemäß § 86 Abs. 1 VVG

⁸⁹ *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 654; *Kerst*, VW 2010, 102; *Koch*, AG 2009, 637, 643; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 596; *Wendt*, VW 2009, 1589 (ausführlich; nur D&O-Versicherungen betroffen); vorsichtig *Olbrich*, VP 2009, 160, 160; *Schulz*, ZfV 2009, 558, 560.

⁹⁰ A. A. *Kerst*, WM 2010, 594, 598 f.; *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 654; *Wendt*, VW 2009, 1589.

⁹¹ *Franz*, DB 2009, 2764, 2764 f. (mit a. A. hinsichtlich der Anwendung des Selbstbehaltsgebots auf die Außenhaftung).

⁹² Vgl. S. 22 (Teil 2.C.II.3); *Franz*, DB 2009, 2764, 2765.

⁹³ *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Koch*, AG 2009, 637, 646; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1017 f.; im Ergebnis auch *Kerst*, VW 2010, 102.

auf den Versicherer über. Verzichtet in diesen Fällen jedoch der Versicherer auf den Regress, wirkt sich der Versicherungsschutz des Unternehmens zugunsten der Vorstände aus. Beruht der Regressverzicht auf der freien Entscheidung des Versicherers, besteht aber kein versicherungsähnlicher Schutz des Vorstands. Dies ist zulässig; selbst dann wenn es regelmäßige Übung ist. Der Versicherer kann nicht gesetzlich verpflichtet sein, Regress zu nehmen.

Vereinbaren aber Gesellschaft und Versicherer bereits vor Eintritt des Versicherungsfalls zusätzlich einen Regressverzicht, so besteht eine gesellschaftsfinanzierte Versicherung des Vorstands „gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit“. Dieser Fall unterfällt dem Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschrift.⁹⁴ Selbst wer § 93 Abs. 2 S. 3 AktG restriktiv auf die D&O-Versicherung beschränkt sieht, muss mit dem Argument der (Teil-)Nichtigkeit eines solchen Umgehungsgeschäftes zum gleichen Ergebnis kommen.⁹⁵ Der Versicherer darf damit nicht vertraglich verpflichtet sein, auf den Regress in Höhe des Pflichtselbstbehalts zu verzichten.⁹⁶

Es empfiehlt sich für die Gesellschaft eine solche Eigenschadenversicherung abzuschließen, um keinem Ausfallrisiko ausgesetzt zu sein, wenn ein Vorstand den Selbstbehalt aus der D&O-Versicherung nicht aufbringen kann.⁹⁷

2. Innen- und Außenhaftung

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft kann sowohl im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft als auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten (insb. Gläubigern und Aktionären) haften. Die D&O-Versicherung deckt in der Regel sowohl die Ansprüche der Gesellschaft – als Versicherungsnehmerin – als auch die Ansprüche Dritter gegen die versicherten Personen, d. h. sowohl Innen- als auch Außenhaftungsansprüche.⁹⁸ Fraglich ist nun, ob sich der Pflichtselbstbehalt auf Innen- und Außenhaftung gleichermaßen oder nur auf einen dieser Haftungsbereiche erstrecken muss. Beides wird vertreten.

⁹⁴ *Albers*, CCZ 2009, 222, 226; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1018; offen *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; a. A. *Kerst*, VW 2010, 102.

⁹⁵ *Koch*, AG 2009, 637, 646.

⁹⁶ Wortlautvorschlag für Vertragsklausel bei *Koch*, AG 2009, 637, 646.

⁹⁷ *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Koch*, AG 2009, 637, 646.

⁹⁸ Vgl. Ziff. 1.1, 1.3 AVB-AVG 2010 (vgl. Fn. 161); *Dreher*, DB 2005, 1669, 1670; *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1659.

a) Wortlaut

Dem Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nach ist ein Selbstbehalt immer dann vorzusehen, wenn „die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft“ abschließt. „Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft“ umfassen begrifflich sowohl die Innen- als auch die Außenhaftungsansprüche.⁹⁹ Eine Differenzierung zwischen den beiden Haftungsbereichen wird vom Wortlaut demnach nicht vorgenommen, was dafür spricht, dass der Selbstbehalt auch für beide Bereiche gelten müsste.¹⁰⁰

b) Systematische Stellung

§ 93 Abs. 2 AktG regelt die Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft, mithin nur die Innenhaftung. Die systematische Stellung des Selbstbehaltsgabots in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG stellt damit klar, dass ein Selbstbehalt jedenfalls zwingend für die Innenverhältnisdeckung vereinbart werden muss.¹⁰¹ Gleichzeitig legt diese Verortung zumindest aber auch nahe, dass die Selbstbehaltspflicht eben auch *nur* für die Innenverhältnisdeckung besteht.¹⁰²

Allerdings stellt *Gädtker* zutreffend fest, dass es im AktG keine Regelungen der Außenhaftung gibt, „denen die Regelung sinnvoll hätte angefügt werden können“.¹⁰³ Außerdem liegt das Haftungsrisiko aus der Innenhaftung in Deutschland (noch) deutlich über dem aus der Außenhaftung, sodass die Innenhaftung als typischer Fall der Inanspruchnahme des D&O-Versicherers bezeichnet werden kann.¹⁰⁴ Eine Verortung im Rahmen der Innenhaftung liegt damit nahe. Zwar wäre auch eine Regelung im VVG im

⁹⁹ *Lange*, VersR 2009, 1011, 1016; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 739; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 596

¹⁰⁰ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1011; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 9.

¹⁰¹ *Kerst*, VW 2010, 102; *Kerst*, WM 2010, 594, 599; *Koch*, AG 2009, 637, 643.

¹⁰² *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1078; *R. J. Koch*, S. 102; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1016, *Lange*, VW 2009, 918; *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 739; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1659; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Schulz*, VW 2009, 1410; *Wendt*, VW 2009, 1589.

¹⁰³ *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1567.

¹⁰⁴ *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1567; *Held*, in: *Halm/Engelbrecht/Krahe*, Kap. 33 Rn. 4; *Lange*, VersR 2010, 162, 162; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 141.

Rahmen der Haftpflichtversicherung denkbar gewesen.¹⁰⁵ Ein optimaler Standort im VVG für eine derartige Spezialregelung ist jedoch nicht zu erkennen. Nicht zwingend ist daher die Schlussfolgerung von der Verortung auf die Beschränkung der Selbstbehaltspflicht für das Innenverhältnis.¹⁰⁶

c) Gesetzesbegründung

Die Gesetzesbegründung äußert sich nicht ausdrücklich zu der vorliegenden Fragestellung. Allerdings heißt es in der Beschlussempfehlung: „Der Gefahr eines im Ergebnis zu Lasten des Gesellschaftsvermögens (und damit zu Lasten der Aktionäre und Aktionärinnen) gehenden größeren Ausfallrisikos der Gesellschaft im Haftungsfall eines Vorstandsmitglieds wird durch die höhenmäßige Beschränkung des notwendigen Selbstbehalts Rechnung getragen.“¹⁰⁷ Hier ist nur vom Ausfallrisiko „der Gesellschaft“ die Rede. Aber auch in der Außenhaftung bestände durch einen Selbstbehalt ein höheres Ausfallrisiko für den Dritten: Zwar hat der Dritte keinen Direktanspruch gegen den Versicherer, jedoch steht für den Schaden der regelmäßig solvente Versicherer bereit. Dass die Beschlussempfehlung dennoch nur vom Ausfallrisiko „der Gesellschaft“ spricht, kann dahingehend interpretiert werden, „dass der Gesetzgeber nur an die Innenhaftung gedacht haben dürfte“.¹⁰⁸ Dass ein Dritter nach dem Willen des Gesetzgebers kein Ausfallrisiko tragen solle, wie *Lattwein/Dettler* meinen,¹⁰⁹ ist hingegen nicht belegbar.

d) Sinn und Zweck

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem obligatorischen Selbstbehalt eine Steuerung des Vorstandsverhaltens hin zu mehr Sorgfältigkeit.¹¹⁰ Es gibt keinen Grund, danach zu unterscheiden, wem durch die Pflichtverletzung des Organs ein Schaden entsteht. Zwar warnt der *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)* in seiner Stellungnahme zum Entwurf des VorstAG davor, auch bei Außenhaftungsansprüchen den zwingenden Selbstbehalt vorzuschreiben.¹¹¹ Hintergrund der Warnung ist nach

¹⁰⁵ *Gädtke*, VersR 2009, 1565, 1567; *R. J. Koch*, S. 102.

¹⁰⁶ *Gädtke*, VersR 2009, 1565, 1567 f.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁰⁸ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *R. J. Koch*, S. 102; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1016, *Lange*, VW 2009, 918; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922.

¹⁰⁹ *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

¹¹⁰ S. 4 (Teil 2.A.II).

¹¹¹ *GDV*, S. 6.

dem *GDV*, dass Dritte im Rahmen des *forum shopping*¹¹² einen erheblichen Vergleichsdruck aufbauen könnten, indem sie etwa das besonders klägerfreundliche¹¹³ US-amerikanische Forum wählen und beispielsweise Sammelklagen¹¹⁴ erheben und/oder ihre Klagen auch auf Strafschadensersatz richten. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte, dass sich der Gesetzgeber diese Position des *GDV* zu Eigen gemacht hat.¹¹⁵ Vielmehr wäre eine Beschränkung der Verhaltenssteuerung auf den Bereich der Innenhaftung nicht sinnvoll, um das angestrebte Ziel bestmöglich zu erreichen.¹¹⁶ Ob die bezweckte Verhaltenssteuerung überhaupt erreicht wird, darf dabei nicht in die Auslegung einfließen, weil es sich dabei innerhalb des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums um eine politische Wertung des Gesetzgebers handelt.¹¹⁷ Nach Sinn und Zweck müsste der Pflichtselbstbehalt daher auch für die Außenhaftung gelten.¹¹⁸ Der Gesetzgeber will den Schutz der potenziell Geschädigten im Grundsatz erhöhen und nimmt dafür – sozusagen als „kleineres Übel“ – ein erhöhtes Ausfallrisiko der Geschädigten im Schadensfall bewusst in Kauf.

e) Entscheidung und Zwischenergebnis

Nach dem Wortlaut können sowohl Innen-, als auch Außenverhältnisdeckung vom Selbstbehaltsgebot umfasst sein, während die systematische Stellung der Norm dennoch relativ deutlich für eine Beschränkung dieser Pflicht auf die Innenverhältnisdeckung spricht. Da aber selbst bei Erstreckung auf die Außenhaftung eine andere Verortung nicht sinnvoll erscheint, vermag die systematische Auslegung kein eindeutiges Ergebnis zu geben. Mag der Gesetzgeber bei der Begründung nur an die Innenverhältnisdeckung als typischen Fall der D&O-Deckung gedacht haben, so schließt auch dies nicht zwingend aus, dass er durchaus auch die Außenverhältnisdeckung vom Selbstbehalt erfasst wissen möchte. Den Ausschlag gibt daher der Sinn und Zweck der Norm, der eine Erstreckung der Selbstbehaltspflicht auf die Außenverhältnisdeckung erfordert. Der herrschenden Mei-

¹¹² Dazu *Schack*, Rn. 250 ff.

¹¹³ *Schack*, Rn. 252.

¹¹⁴ So ergänzend *Albers*, CCZ 2009, 222, 223.

¹¹⁵ A. A. *Albers*, CCZ 2009, 222, 223.

¹¹⁶ *Messmer*, ZfV 2009, 737, 739; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 596.

¹¹⁷ So aber *R. J. Koch*, S. 102.

¹¹⁸ *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1567; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 141.

nung, die sich für eine Erstreckung *nur* auf die Innenhaftung ausspricht,¹¹⁹ kann daher nicht gefolgt werden. Die Mindermeinung überzeugt, die auch für die Außenhaftung eine Selbstbehaltvereinbarungspflicht sieht.¹²⁰

3. Abwehr- und Rechtsverteidigungskosten

Die D&O-Versicherung ist eine Haftpflichtversicherung im Sinne von § 100 ff. VVG.¹²¹ Der Versicherer schuldet dabei sowohl die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter Ansprüche (Abwehrfunktion/Rechtsschutzkomponente) als auch die Freistellung des Vorstands von begründeten Ansprüchen (Freistellungs-/Befriedigungsfunktion).¹²² Regelmäßig komplexe Sachverhalte mit hohen Streitwerten führen dazu, dass die Abwehrdeckung nicht nur den Regelfall darstellt, sondern die Abwehrkosten auch oft erhebliche Größenordnungen erreichen.¹²³ Die Abwehrkosten umfassen beispielsweise Rechtsanwalts-, Gerichts- und Sachverständigenkosten,¹²⁴ nicht aber Kosten des Versicherers selbst. Ob sich der Pflichtselbstbehalt nur auf die gesetzliche Haftung oder aber auch auf die Abwehrkosten beziehen muss, ist nicht hinreichend klar aus § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zu entnehmen.¹²⁵

a) Sinn und Zweck

Fraglich ist, ob eine Erstreckung des Selbsthalts auf die Abwehrkosten für die vom Gesetzgeber bezweckte Steuerung des Vorstandsverhaltens hin zu mehr Sorgfältigkeit¹²⁶ förderlich wäre. Dies kann nicht pauschal beant-

¹¹⁹ Franz, DB 2009, 2764, 2768; Hölters, in: Hölters, § 93 Rn. 409; R. J. Koch, S. 102; Lange, VersR 2009, 1011, 1016; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; Lingemann, BB 2009, 1918, 1922; von Meyer, ZfV 2010, 219, 219; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1659; Olbrich, VP 2009, 160, 161; Schulz, VW 2009, 1410; Wendt, VW 2009, 1589; vorsichtig noch Schulz, ZfV 2009, 558, 559; vorsichtig ebenso Wendler, ZfV 2009, 593, 596; differenzierend Kerst, WM 2010, 594, 599.

¹²⁰ Gädtke, VersR 2009, 1565, 1567 f.; van Kann, NZG 2009, 1010, 1011; Koch, AG 2009, 637, 643, 647; Thüsing/Traut, NZA 2010, 140, 141; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9.

¹²¹ Vgl. Lange, VersR 2009, 1011, 1019 f. m. w. N.; Wandt, Rn. 1027.

¹²² Ziff. 4.1 AVB-AVG 2010; Franz, DB 2009, 2764, 2767 f.; van Kann, NZG 2009, 1010, 1012; R. J. Koch, S. 103; Lange, VersR 2009, 1011, 1019 f.

¹²³ Daftari/Franzen, VW 2011, 340; Dreher, AG 2008, 429, 433; Franz, DB 2009, 2764, 2767 f.; van Kann, NZG 2009, 1010, 1012; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1660; Olbrich, S. 168; Sieg, in: Terbille, § 17 Rn. 128.

¹²⁴ Dreher, AG 2008, 429, 433.

¹²⁵ Nikolay, NJW 2009, 2640, 2644; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1660; Olbrich, VP 2009, 160, 161; Sieg/Schramm, PHi 2009, 138, 138.

¹²⁶ S. 4 (Teil 2.A.II).

wortet werden. Vielmehr ist danach zu unterscheiden, ob der Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand begründet ist oder aufgrund einer unbegründeten Inanspruchnahme lediglich Abwehrkosten anfallen.¹²⁷

Ein Selbstbehalt im Falle der unbegründeten Inanspruchnahme würde gesetzeskonformes Verhalten des Vorstandsmitglieds sanktionieren. Ein drohender Nachteil bei ordnungsgemäßem Verhalten kann aber das Verhalten nicht hin zu mehr Sorgfältigkeit steuern. Daher verlangt der Gesetzeszweck im Falle der unbegründeten Inanspruchnahme keinen Pflichtselbstbehalt hinsichtlich der Abwehrkosten.¹²⁸

Bei der begründeten Inanspruchnahme würde die Erstreckung des Selbsthalts auf Abwehrkosten die Höhe des Selbsthalts erhöhen, solange nicht die absolute Obergrenze erreicht ist. Die Höhe des drohenden Selbsthalts kann im Einzelfall durchaus geeignet sein, die verhaltenssteuernde Wirkung erhöhen.¹²⁹ Daher überzeugt das Argument nicht, dass die „über die Eigenbeteiligung am Schadensersatzanspruch erzielte Präventivwirkung“ ausreichend sei.¹³⁰

b) Anrechnung der Abwehrkosten auf Versicherungssumme

Ein Selbstbehalt bezieht sich bei Haftpflichtversicherungen nach herrschender Meinung grundsätzlich nicht auf die Abwehrkosten, wenn keine abweichende Vertragsvereinbarung getroffen wurde.¹³¹ Teilweise wird darauf verwiesen, dass die Abwehrkosten in der D&O-Versicherung – in Abweichung von § 101 VVG – auf die Versicherungssumme angerechnet und im Rahmen dieser Summe vom Versicherer getragen werden.¹³² Dies spräche für eine Erstreckung des Selbsthalts auf die Abwehrkosten.¹³³ Dem

¹²⁷ Kerst, VW 2010, 102; Koch, AG 2009, 637, 644; Nikolay, NJW 2009, 2640, 2644; Olbrich, VP 2009, 160, 161.

¹²⁸ Hölters, in: Hölters, § 93 Rn. 409; R. J. Koch, S. 103; Koch, AG 2009, 637, 644; Lange, VersR 2009, 1011, 1020; Laschet, PHi 2009, 158, 163; Lingemann, BB 2009, 1918, 1922; Wendler, ZfV 2009, 593, 596 f.; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 8, 9; so ohne Begründung wohl auch Kerst, WM 2010, 594, 601.

¹²⁹ Vgl. näher und differenzierend Teil 4.A.

¹³⁰ So aber Harzenetter, DStR 2010, 653, 655; ähnlich Franz, DB 2009, 2764, 2768.

¹³¹ Franz, DB 2009, 2764, 2768; Johannsen, in: Bruck/Möller, Anm. G 52; Kummer, in: Terbille, § 12 Rn. 179; Lücke, in: Prölss/Martin, § 101 VVG Rn. 19; Remé/Gercke, in: Terbille, § 11 Rn. 231.

¹³² Koch, AG 2009, 637, 644; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 236; unzutreffend daher Kerst, WM 2010, 594, 601.

¹³³ Koch, AG 2009, 637, 644; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 236.

ist entgegenzuhalten, dass eine vertragliche Gestaltung nicht Auslegungsmaßstab für eine gesetzliche Bestimmung sein kann.

c) Wortlaut

Ein starkes Argument gegen eine Erstreckung liefert der Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG. Nach ihm „ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens ... vorzusehen“. Dieser Wortlaut spricht dafür, dass hier nicht der Versicherungsschaden gemeint ist, sondern „Schaden“ hier die (tatsächlich eingetretene) Vermögenseinbuße des Geschädigten meint, die durch die Pflichtverletzung des Vorstands verursacht wurde.¹³⁴ Die Abwehrkosten trägt jedoch das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied, sodass diese Kosten keine Vermögenseinbuße des Geschädigten darstellen und somit nicht unter den Schadensbegriff des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zu subsumieren wären.¹³⁵ Daher kommt es im Gegensatz zur Ansicht *van Kanns* auch nicht mehr darauf an, ob „die Abwehrkosten zu den Risiken aus der beruflichen Tätigkeit für die Gesellschaft [gehören], die mit dem Abschluss der D&O-Versicherung abgesichert werden sollen“.¹³⁶ Folglich erstreckt sich der Selbstbehalt nach dem Wortlaut nicht auf Abwehrkosten.¹³⁷ Dies gilt für beide Arten der Inanspruchnahme.

d) Zwischenergebnis

Überhaupt in Betracht kommt eine Erstreckung des Selbstbehalts nach Sinn und Zweck der Vorschrift nur bei der begründeten Inanspruchnahme. Der Wortlaut steht dem entgegen. Im Ergebnis erstreckt sich daher der Selbstbehalt nicht zwingend auf die Abwehrkosten. Dies ist herrschende Meinung.¹³⁸ Somit besteht auch unterhalb der Selbstbehaltsgrenze ein Anspruch

¹³⁴ Franz, DB 2009, 2764, 2768; R. J. Koch, S. 103; Lange, VersR 2009, 1011, 1020; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1660; Olbrich, VP 2009, 160, 161; Sieg/Schramm, PHi 2009, 138, 138.

¹³⁵ Franz, DB 2009, 2764, 2768; Harzenetter, DSStR 2010, 653, 655; Kerst, VW 2010, 102; R. J. Koch, S. 103; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; Messmer, ZfV 2009, 737, 741; von Meyer, ZfV 2010, 219, 219; Olbrich, VP 2009, 160, 161; Wendler, ZfV 2009, 593, 596.

¹³⁶ Van Kann, NZG 2009, 1010, 1012.

¹³⁷ Franz, DB 2009, 2764, 2768; Harzenetter, DSStR 2010, 653, 655; Kerst, VW 2010, 102; Lange, VersR 2009, 1011, 1020; Laschet, PHi 2009, 158, 164; Nikolay, NJW 2009, 2640, 2644; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1660; Sieg/Schramm, PHi 2009, 138, 138; Wendler, ZfV 2009, 593, 596.

¹³⁸ Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555, 1556; Franz, DB 2009, 2764, 2768; Harzenetter, DSStR 2010, 653, 655; Kerst, VW 2010, 102; R. J. Koch, S. 103; Krieger, in: Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 57; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352;

des Vorstands auf Abwehrkostendeckung, sofern nicht abweichend vereinbart.

e) Erstreckung des Selbstbehalts durch Parteivereinbarung

Eine Erstreckung des Selbstbehalts auf die Abwehrkosten durch Parteivereinbarung ist im Rahmen ihrer Privatautonomie zwar möglich, jedoch bei der D&O-Versicherung nicht mehr Marktstandard.¹³⁹ Das Vorstandsmitglied muss dann zumindest einen Teil seiner Verteidigungskosten selbst tragen. Während einige Stimmen eine solche Vereinbarung nicht empfehlen¹⁴⁰ oder zumindest Vorsicht anmahnen¹⁴¹, verspricht sich *Lange*¹⁴² davon eine deutliche Senkung der Abwehrkostenbelastung im Interesse der Versicherungsgemeinschaft. Bei unbegründeter Inanspruchnahme bezeichnen *Palmberger/Honisch* die Erstreckung sogar als unbillig.¹⁴³

4. Vergleiche

a) Vergleich als Regelfall im D&O-Bereich

Umstritten ist, ob der Selbstbehalt auch bei einem außergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleich fällig wird. Die Beantwortung ist von herausragender praktischer Relevanz. Denn häufig handelt es sich bei D&O-Fällen um komplexe Sachverhalte, bei denen erhebliche Schwierigkeiten bestehen, die Sach- und Rechtslage *ex post* zu beurteilen. Nur in ungefähr sieben Prozent der gemeldeten Fälle bejahen die Versicherer die Haftungsfrage schon bei Schadensmeldung.¹⁴⁴ Zudem leidet das Ansehen aller Beteiligten, wenn Schadensfälle öffentlich ausprozessiert werden.¹⁴⁵ Daher werden die meisten Streitfälle (schätzungsweise 60 bis 90 Prozent) durch (außergerichtli-

Messmer, ZfV 2009, 737, 741; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Schiel*, AssCompact 2010, 42; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 141; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 596; a. A. *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1012.

¹³⁹ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1660; *Olbrich*, S. 170; *Schimikowski*, in: NK-VVG, Ziff. 6 AHB Rn. 3; für die Zeit vor dem VorstAG auch *Schiel*, AssCompact 2010, 42; unzutreffend hinsichtlich der üblichen Vertragspraxis *Koch*, AG 2009, 637, 644.

¹⁴⁰ *Dreher*, AG 2008, 429, 433; *Dreher/Görner*, ZIP 2003, 2321, 2327 f.

¹⁴¹ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 741.

¹⁴² *Lange*, VersR 2009, 1011, 1020.

¹⁴³ *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 236.

¹⁴⁴ *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2007, 98.

¹⁴⁵ *Lange*, DStR 2002, 1626, 1628.

chen) Vergleich beendet.¹⁴⁶ Dabei ist das Verhältnis von der Vergleichszahlung zur ursprünglichen Forderung (Vergleichsquote) sehr gering (im Durchschnitt weniger als 20 Prozent).¹⁴⁷

Würde der Pflichtselbstbehalt nicht auf Vergleiche anwendbar sein, wäre daher der Großteil der gemeldeten Schadensfälle nicht betroffen. Es wäre sogar zu erwarten, dass der Trend hin zum Vergleich weiter zunimmt, um den zwingenden Selbstbehalt zu vermeiden.¹⁴⁸ Die intendierte verhaltenssteuernde Wirkung würde insofern in der Regel leerlaufen.

b) Vergleich, wenn Pflichtverletzung offen ist

Andererseits wird ein Vergleich „typischerweise eine Verantwortlichkeit des betroffenen Vorstandsmitglieds gerade nicht feststellen“.¹⁴⁹ Ob der Vorstand eine Pflichtverletzung begangen hat, bleibt in diesen Fällen offen; ebenso ob und in welcher Höhe ein Schaden tatsächlich eingetreten ist. Dennoch anzunehmen, dass bei nur behaupteten Pflichtverletzungen ein Schaden in Höhe der Vergleichszahlung eingetreten ist, erscheint als unangemessen.¹⁵⁰ Damit würde die bloße Möglichkeit einer Pflichtverletzung sanktioniert. Sofern die Anspruchserhebung unbegründet ist, kann die bezweckte Verhaltenssteuerung jedoch gar nicht erreicht werden.¹⁵¹ Erfolgt die Vergleichszahlung überdies nur, „um sich eines höheren Abwehrkostenrisikos zu entledigen“, handelt es sich ohnehin um eine Rechtsschutzleistung, auf die der zwingende Selbstbehalt nicht zur Anwendung kommt.¹⁵² Besonders problematisch ist der Fall, in dem mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Pflichtverletzung vorliegt, aber es trotzdem zu einem Vergleich kommt. Geht ein solcher Vergleich zu Lasten der Gesellschaft, könnte möglicherweise ein unzulässiges Umgehungsgeschäft vorliegen. Andererseits besteht kein versicherungsähnlicher Schutz für das Vorstandsmitglied, wenn die Gesellschaft sich freiwillig vergleicht. Die intendierte verhaltenssteuernde Wirkung entfällt auch nur, wenn der Vorstand darauf vertrauen kann, dass sich die Gesellschaft immer vergleicht. Auf Vergleiche, bei de-

¹⁴⁶ *Dreher*, AG 2008, 429, 433; *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2007, 98; *Ihlas*, S. 636; *Lange*, DStR 2002, 1626, 1628, *Lange*, VersR 2009, 1011, 1021; *Lansch*, VW 2010, 1518; *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

¹⁴⁷ *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2007, 98.

¹⁴⁸ *Lansch*, VW 2010, 1518.

¹⁴⁹ *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 523a.

¹⁵⁰ *Dreher*, AG 2008, 429, 433; *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

¹⁵¹ Vgl. S. 23 (Teil 2.C.II.3.a)).

¹⁵² Vgl. S. 24; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1021; *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

nen die Verantwortlichkeit des Vorstandsmitglieds nicht feststeht, findet der zwingende Selbstbehalt im Ergebnis grundsätzlich keine Anwendung.

c) Vergleich, wenn Pflichtverletzung anerkannt wird

Wird im Vergleich die Pflichtverletzung anerkannt, so muss der Selbstbehalt nach Sinn und Zweck angewendet werden.¹⁵³ Ein Vergleich kann dem Vorstand in diesem Fall nicht von der gesetzlichen Pflicht zur Leistung des Mindestselbstbehalts nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG befreien.¹⁵⁴ An einem solchen Vergleich wird das betroffene Vorstandsmitglied daher kein Interesse haben. Es wird vielmehr versuchen, den Anspruch abzuwehren oder zu vergleichen, ohne eine Pflichtverletzung anzuerkennen.

d) Zwischenergebnis

Den Selbstbehalt aufgrund des Wortlauts¹⁵⁵ und Normzwecks¹⁵⁶ grundsätzlich auf Vergleiche anzuwenden, überzeugt nach diesen Vorüberlegungen nicht.¹⁵⁷ Es kommt auf den Inhalt des Vergleichs an, wobei nur bei Anerkennung der Pflichtverletzung der gesetzliche Selbstbehalt bezüglich des Vergleichsbetrags¹⁵⁸ fällig wird.¹⁵⁹ Dass die Mehrzahl der D&O-Fälle schon im Rechtsschutz (ohne Feststellung einer Pflichtverletzung) vergleichsweise erledigt wird und damit nicht vom Selbstbehalt betroffen ist, wird nicht dem Wunschbild des Gesetzgebers entsprechen, ist aber zulässig. Da bei der Innenhaftung für einen Vergleich über die Ersatzansprüche nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung notwendig ist, könnte hier unter öffentlichem Druck ein Selbstbehalt dennoch im Vergleich vorgesehen werden.¹⁶⁰

Nach Ziff. 4.1 und 4.3 AVB-AVG 2010¹⁶¹ wird der Selbstbehalt fällig, „wenn die versicherten Personen aufgrund ... Vergleiches zur Entschä-

¹⁵³ *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

¹⁵⁴ *Lange*, VersR 2009, 1011, 1021.

¹⁵⁵ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768.

¹⁵⁶ *Franz*, DB 2009, 2764, 2768;

Ringleb, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 523a.

¹⁵⁷ Im Ergebnis auch *Lansch*, VW 2010, 1518.

¹⁵⁸ *Hölters*, in: *Hölters*, § 93 Rn. 410.

¹⁵⁹ *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

¹⁶⁰ Vgl. *Lansch*, VW 2010, 1518.

¹⁶¹ Unverbindliche D&O-Musterbedingungen des *Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)*; Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG), Musterbedingungen des GDV, in der Fassung von März 2010,

digung verpflichtet sind“. Eine Unterscheidung danach, ob der Vergleich nur zur Abwehr erfolgt ist oder eine Anerkenntnis der Pflichtverletzung beinhaltet, wird nicht vorgenommen. Gegen diese weite Lösung des *GDV* bestehen keine rechtlichen Bedenken.

III. Zeitlicher Anwendungsbereich und Übergangsregeln

1. Grundsätzlich alle Versicherungsfälle

Sofern Altverträge nicht angepasst wurden, wird ein Verstoß gegen das Selbstbehaltsgebot regelmäßig vorliegen. Für Altverträge wurden jedoch Übergangsregelungen geschaffen. Nach § 23 Abs. 1 S. 1 EGAktG ist § 93 Abs. 2 S. 3 AktG „ab dem 1. Juli 2010 auch auf Versicherungsverträge anzuwenden, die vor dem 5. August 2009 geschlossen wurden“. Laufende D&O-Versicherungsverträge waren somit bis zum 30. Juni 2010 anzupassen. Problematisch ist hierbei, dass der Gesetzgeber ein Verbot für bisher zulässige Rechtsgeschäfte erlässt.¹⁶² Nach den „allgemeinen Grundsätzen intertemporalen Rechts, insb. im Hinblick auf Art. 14 GG“, tritt Nichtigkeit jedoch nur dann ein, wenn das Verbot schon bei Vornahme des Rechtsgeschäfts bestand (Bestandsschutz).¹⁶³ Bei wirksam begründeten Dauerschuldverhältnissen muss es aber dennoch grundsätzlich möglich sein, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Erfordert der Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes daher die Nichtigkeit der fortlaufenden Wirkungen des Rechtsgeschäfts, sind Dauerschuldverhältnisse vom Verbotsgesetz mit Wirkung *ex nunc* betroffen.¹⁶⁴ Dies ist hier der Fall. Angesichts der regelmäßig ein Jahr betragenden Laufzeit von D&O-Versicherungsverträgen führt die einjährige Übergangsregelung ohnehin dazu, dass in allen noch laufenden D&O-Versicherungsverträgen eine Vertragsverlängerung vorgenommen wurde und damit eine Möglichkeit zur Anpassung bestand. Ein Vertrauen in den weiteren Bestand des Rechtsgeschäfts ist damit nicht gerechtfertigt. Da zudem für Versicherungsfälle das Anspruchserhebungsprinzip gilt, findet der Selbstbehalt nur auf solche Versicherungsfälle Anwendung, die nach einer regulären Anpassungsmöglichkeit des Versicherungsvertrages eintreten. Bestandsschutz besteht daher grundsätzlich nicht

http://www.gdv.de/Downloads/Bedingungen/Bedingungen_Haftpflichtversicherung/09_DandO_1003.pdf.

¹⁶² Vgl. S. 42.

¹⁶³ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 12a; *Thüsing*, S. 12 f.

¹⁶⁴ BGH, Besch. v. 18.02.2003 – KVR 24/01 (Verbundnetz II), BGHZ 154, 21-32; *Armbrüster*, in: *MüKo-BGB*, § 134 Rn. 20; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 12a; wohl auch *Wendler*, *ZfV* 2009, 593, 598.

mehr. Der Selbstbehalt gilt damit heute grundsätzlich für alle Versicherungsfälle. Hiervon bestehen zwei Ausnahmen.

2. Ausnahme: vor August 2009 geschlossene Anstellungsverträge mit selbstbehaltsloser Versicherungsgewährung

In § 23 Abs. 1 S. 2 EGAktG heißt es: „Ist die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand aus einer vor dem 5. August 2009 geschlossenen Vereinbarung zur Gewährung einer Versicherung ohne [den gesetzlichen] Selbstbehalt ... verpflichtet, so darf sie diese Verpflichtung erfüllen.“ Es soll der Gesellschaft also nicht rechtlich unmöglich werden, einen Anstellungsvertrag zu erfüllen, der vor dem 5. August 2009 geschlossen wurde. Die Regelung greift auch, wenn der vereinbarte Selbstbehalt geringer als der gesetzliche ist.¹⁶⁵ Es sind damit auch heute noch ausnahmsweise D&O-Versicherungsverträge ohne Selbstbehalt zulässig. Ziff. 4.3 AVB-AVG 2010¹⁶⁶ ist dementsprechend gestaltet. Wird der Vorstandsvertrag verlängert, gilt diese Privilegierung nicht mehr.¹⁶⁷ Für AG-Vorstände, die gemäß § 84 Abs. 1 S. 1 AktG auf höchstens fünf Jahre bestellt werden, läuft die Ausnahmeregelung damit spätestens im August 2014 aus.

3. Ausnahme: Pflichtverletzungen vor August 2009

Eine zweite Ausnahme ergibt sich aus Sinn und Zweck der Regelung. Der Selbstbehalt bezweckt eine verhaltenssteuernde Wirkung. Eine solche Wirkung ist aber nicht rückwirkend, sondern nur zukunftsorientiert bei Pflichtverletzungen denkbar, die nach In-Kraft-Treten des VorstAG am 5. August 2009 begangen wurden. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist daher teleologisch zu reduzieren und findet zwingend nur Anwendung, wenn die Pflichtverletzung nach dem 4. August 2009 begangen wurde.¹⁶⁸ Ziff. 4.3 AVB-AVG 2010¹⁶⁹ enthält auch diese Ausnahme.

D. Höhe des Mindestselbstbehalts

I. Allgemeines

Nach dem Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG „ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzu-

¹⁶⁵ Koch, AG 2009, 637, 640; Hohenstatt, ZIP 2009, 1349, 1354.

¹⁶⁶ Fn. 161.

¹⁶⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 12.

¹⁶⁸ Franz, DB 2009, 2764, 2772; Koch, AG 2009, 637, 640; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; Schulz, ZfV 2009, 558, 559; im Ergebnis Wendler, ZfV 2009, 593, 595.

¹⁶⁹ Fn. 161.

sehen.“ Damit gilt zunächst je Schadensfall ein relativer Mindestselbstbehalt von 10 Prozent des gesamten – also nicht nur des versicherten – Schadens.¹⁷⁰ Die Versicherung zahlt demnach nur, wenn die Versicherungssumme höher als 10 Prozent des Schadens ist. Sofern die Versicherungssumme kleiner als der Schaden ist, trägt das Vorstandsmitglied auch den die Versicherungssumme überschießenden Teil.

Es ist zulässig, eine zusätzliche absolute Obergrenze zu vereinbaren, die aber wiederum mindestens 150 Prozent der festen Jahresvergütung betragen muss. Die Obergrenze greift schon, wenn bei einem Schadensfall der Grenzwert überschritten wird.¹⁷¹ Es steht den Vertragsparteien im Übrigen frei, einen höheren Selbstbehalt zu vereinbaren.¹⁷²

II. Entscheidung über die Höhe des Selbstbehalts

Fraglich ist insoweit, wer über die Höhe des Selbstbehalts der Vorstandsmitglieder entscheidet. Diese Frage ist unabhängig davon, wer für den Abschluss des D&O-Versicherungsvertrages zuständig ist.¹⁷³ Weil die Entscheidung über die Höhe des Selbstbehalts der Vorstandsmitglieder „unmittelbar der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ... vorgelagert“ ist, entscheidet über sie der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Kompetenz zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gemäß § 112 AktG.¹⁷⁴

III. Bezugsjahr

Hinsichtlich der Jahresvergütung ist fraglich, auf welches Vergütungsjahr abzustellen ist: auf das Jahr der Pflichtverletzung, das Jahr des Schadenseignisses, das Jahr der erstmaligen Schadensfeststellung oder das Jahr der Anspruchserhebung. Der Wortlaut lässt diese Frage offen. Nach dem Deckungskonzept der D&O-Versicherung ist der die Leistungspflicht des Versicherers begründende Versicherungsfall nicht schon die Pflichtverletzung der versicherten Person, sondern immer erst die Geltendmachung¹⁷⁵ eines

¹⁷⁰ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223; *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219.

¹⁷¹ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁷² *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 11.

¹⁷³ Vgl. zu dieser Frage *Möhrle*, S. 162 ff.; *Pammler*, S. 102 ff.

¹⁷⁴ *Deilmann/Otte*, AG 2010, 323, 324 f. (ausführlich; für die Höhe eines eventuellen Selbstbehalts des Aufsichtsrats ist der Vorstand zuständig); a. A. *Hölters*, in: *Hölters*, § 93 Rn. 409 („Vorstand nach pflichtgemäßem Ermessen“).

¹⁷⁵ Vgl. *Steinkühler/Kassing*, VersR 2009, 607.

aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadensersatzanspruchs.¹⁷⁶ Dies wird als *claims-made*-Prinzip (Anspruchserhebungsprinzip) bezeichnet. Insofern wäre es naheliegend auf das Jahr der Anspruchserhebung abzustellen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch ausweislich seiner Beschlussempfehlung anders entschieden. Dort heißt es: „Das Bezugsjahr für den anzuwendenden Selbstbehalt ist das Jahr des Pflichtverstoßes.“¹⁷⁷ Dies ist nach dem Sinn und Zweck des Selbstbehaltgebots auch verständlich. Denn nur im Jahr der Pflichtverletzung ist es denkbar, dass das Gebot seine präventive, verhaltenssteuernde Wirkung entfalten kann.¹⁷⁸ Zudem könnte andernfalls bei befürchteter Anspruchserhebung, etwa bei drohender Unternehmensinsolvenz, auch die Festvergütung vorsorglich erheblich reduziert werden, um so einen hohen Selbstbehalt zu umgehen. Bezugsjahr ist folglich das Jahr der Pflichtverletzung.

Ob mit „Jahr“ dabei das Kalenderjahr, Versicherungsjahr oder Anstellungsjahr gemeint ist, geht aus dem Gesetz und seiner Begründung jedoch nicht hervor. Dass nach dem „allgemeinen Sprachgebrauch“ zwingend das Kalenderjahr gemeint sei,¹⁷⁹ überzeugt nicht. Um zu beantworten, welches Jahr gemeint ist, sollten zunächst Sachverhalte mit mehreren Pflichtverletzungen mit in die Betrachtung einbezogen werden.

IV. Mehrere Pflichtverletzungen

1. Pflichtverletzungen aus einem Jahr

Werden in einem Jahr mehrere Ansprüche erhoben, so gilt die absolute Obergrenze nach der Gesetzesbegründung, anders als der Wortlaut vermuten lässt, „für alle Schadensfälle in einem Jahr zusammen“.¹⁸⁰ Auch hier stellt sich die im vorangegangenen Abschnitt aufgeworfene Frage, welches Jahr hier gemeint ist. Je nachdem welches Jahr maßgeblich ist, kann es zu erheblichen Unterschieden in der Selbstbehaltshöhe kommen. Wäre das Kalenderjahr oder das Versicherungsjahr maßgeblich, kann der Selbstbehalt in einem Anstellungsjahr doppelt zum Tragen kommen.¹⁸¹ Dies wäre auch in jedem Falle vertraglich zulässig, da es sich im Gesetz nur um eine Mindestobergrenze handelt. Wenn der Gesetzgeber aber auf die Jahresvergü-

¹⁷⁶ *Ihlas*, S. 365; *Lange*, DStR 2002, 1674, 1674, *Lange*, AG 2005, 459, 462; *Schramm*, S. 1; *Thümmel*, Rn. 464.

¹⁷⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁷⁸ Vgl. *Franz*, DB 2009, 2764, 2770; *Koch*, AG 2009, 637, 644.

¹⁷⁹ *Kerst*, WM 2010, 594, 605 m. w. N.

¹⁸⁰ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁸¹ Beispiel bei *Koch*, AG 2009, 637, 644.

tung abstellt, ist nur folgerichtig, dass zwingend nur das Anstellungsjahr maßgeblich ist. Eine doppelte Anwendung auf ein Jahresfestgehalt wird der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Im Ergebnis ist somit für den Mindestselbstbehalt das Anstellungsjahr der Pflichtverletzung maßgeblich.¹⁸²

2. Pflichtverletzungen aus verschiedenen Jahren

Noch problematischer wird es, wenn in einem Anstellungsjahr mehrere Ansprüche erhoben werden, die zugrundeliegenden Pflichtverletzungen allerdings in verschiedenen Anstellungsjahren begangen wurden. Hier sind zunächst die Obergrenzen für jedes Jahr gesondert zu ermitteln. In Betracht kommt, diese Obergrenzen im Jahr der Anspruchserhebung kumulativ anzuwenden sind.¹⁸³ Eine solche kumulative Anwendung führte dazu, dass unter Berücksichtigung der Verjährung gemäß § 93 Abs. 6 AktG im Versicherungsjahr der Anspruchserhebung bei Vorständen börsennotierter Gesellschaften bis zu 1.500 Prozent, für übrige Gesellschaften bis zu 750 Prozent der durchschnittlichen Bruttojahresfestvergütung an Selbstbehalt anfallen können.¹⁸⁴ Netto ergibt sich damit in etwa sogar der doppelte Prozentsatz, also bis zu 3.000 Prozent der durchschnittlichen Nettojahresvergütung.¹⁸⁵ Nach anderer Ansicht gilt bei Pflichtverletzungen aus mehreren Anstellungsjahren als Obergrenze ein gewichteter Mittelwert.¹⁸⁶ Hiernach läge die Obergrenze bei 150 Prozent der durchschnittlichen Bruttojahresfestvergütung aus den Anstellungsjahren mit Pflichtverletzungen. Ein Entscheid ist daher erforderlich.

Mit der Möglichkeit einer höhenmäßigen Beschränkung möchte der Gesetzgeber der Gesellschaft ermöglichen, ihr Ausfallrisikos zu begrenzen.¹⁸⁷ Gleichzeitig legt er typisierend die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fest.¹⁸⁸ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Maximalbelastung des Versicherers dadurch begrenzt ist, dass bei der D&O-Versicherung die Versicherungssumme nur einmal für alle im Versicherungsjahr erhobenen An-

¹⁸² So auch *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1012; *Koch*, AG 2009, 637, 644; a. A. (jeweils Kalenderjahr) *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2441; *Franz*, DB 2009, 2764, 2768; *Hölters*, in: *Hölters*, § 93 Rn. 409; *Kerst*, WM 2010, 594, 605; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 742; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 11.

¹⁸³ So wohl *Lange*, r+s 2010, 92, 97; *Koch*, AG 2009, 637, 644.

¹⁸⁴ Vgl. *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

¹⁸⁵ Vgl. *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

¹⁸⁶ *Albers*, CCZ 2009, 222, 223 f.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁸⁸ *Franz*, DB 2009, 2764, 2769.

sprüche zur Verfügung steht.¹⁸⁹ Es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Selbstbehalt von mehreren hundert Prozent der Jahresvergütung die Versicherungssumme übersteigt, sodass der Versicherungsschutz in Fällen von Anspruchshäufungen leer läuft. Da der Gesetzgeber die D&O-Versicherung grundsätzlich anerkennt, wird dies seinem Willen nicht entsprechen. Die Gefahr hoher persönlicher Haftung führt außerdem zu ganz erheblichen Risikozuschlägen bei der Vergütung, was ebenfalls nicht im Interesse der Gesellschaft ist, die der Gesetzgeber eigentlich schützen möchte.¹⁹⁰ Auch ist nicht naheliegend, dass der Gesetzgeber eine solche Selbstbehaltshöhe als typische Leistungsfähigkeit eines Vorstands ansieht. Hinzu kommt, dass die zugrundeliegenden Fälle von Anspruchshäufungen im D&O-Bereich regelmäßig vorkommen – ganz besonders in kritischen Unternehmenssituationen.¹⁹¹ Es handelt sich dabei um sogenannte „Abrechnungsfälle“ in denen „häufig die gesamte Vergangenheit auf eventuelle Pflichtverletzungen ... durchleuchtet wird“.¹⁹² Daher überwiegt das gesetzgeberische Ziel, das Ausfallrisiko der Geschädigten zu begrenzen, den Zweck der Verhaltenssteuerung, der im Übrigen auch bei 150 Prozent der durchschnittlichen Jahresfestvergütung erreicht werden kann. Im Ergebnis gilt bei Pflichtverletzungen aus mehreren Anstellungsjahren als Obergrenze ein gewichteter Mittelwert.¹⁹³

3. Serienschäden

Sind mehrere Pflichtverletzungen aus verschiedenen Anstellungsjahren demselben Sachverhalt zuzuordnen und stehen die Pflichtverletzungen in einem rechtlichen, wirtschaftlichen oder zeitlichen Zusammenhang miteinander, gilt insofern keine Besonderheit gegenüber dem vorausgegangenen Abschnitt: bei Pflichtverletzungen aus mehreren Anstellungsjahren gilt als Obergrenze ein gewichteter Mittelwert.¹⁹⁴

Sofern die hier vertretene Auffassung im Grundsatz abgelehnt wird, wird teilweise ausnahmsweise befürwortet, dass aufgrund des engen Sachzusammenhangs die absolute Obergrenze nur einmalig (und zwar bezogen auf

¹⁸⁹ *Ihlas*, S. 429.

¹⁹⁰ *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

¹⁹¹ *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

¹⁹² *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

¹⁹³ So auch *Albers*, CCZ 2009, 222, 224; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 741.

¹⁹⁴ So im Ergebnis wohl auch *Albers*, CCZ 2009, 222, 224.

das Jahr des ersten Pflichtverstoßes) zur Anwendung kommen muss.¹⁹⁵ Dass diese sogenannten Serienschäden in der D&O-Versicherung regelmäßig als ein Versicherungsfall gelten,¹⁹⁶ ist aber eine vertragliche Gestaltung und kann daher für die Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nicht von Belang sein.¹⁹⁷

V. Gesamtschuldnerische Haftung

Wie in Fällen gesamtschuldnerischer Haftung mit dem Selbstbehaltsgebot zu verfahren ist, hat der Gesetzgeber weder ausdrücklich geregelt, noch in der Gesetzesbegründung behandelt. In der Literatur werden verschiedene Lösungswege vorgeschlagen.

Nach einer ersten Ansicht sind die Selbstbehalte der Gesamtschuldner einzeln zu ermitteln und anschließend zu kumulieren.¹⁹⁸ Nach der zweiten Ansicht gelten jeweils die persönlichen Selbstbehalte samt individueller Obergrenze.¹⁹⁹ Nach einer dritten Ansicht ist der Selbstbehalt nach den Haftungsquoten im Innenverhältnis zu ermitteln;²⁰⁰ teilweise soll dabei zusätzlich die Jahresvergütung berücksichtigt werden²⁰¹. Schließlich hält es eine vierte Ansicht für ausreichend, wenn einmalig der minimale Selbstbehalt für ein Vorstandsmitglied angewendet wird.²⁰²

Das Argument, dass sich für die verhaltenssteuernde Wirkung das Risiko eines Mindestselbstbehalts nicht in jedem Fall (vollständig) verwirklichen muss,²⁰³ mag zwar stimmen, ist aber nicht mit der klaren gesetzgeberischen Forderung nach einem Mindest-Selbstbehalt zu vereinbaren. Offensichtlich wäre es auch nicht im Sinne des Gesetzgebers, wenn ein minimaler Selbstbehalt von Null gelten würde, nur weil ein Gesamtschuldner nicht dem Pflichtselbstbehalt unterfällt.²⁰⁴ Das Selbstbehaltsgebot erfordert daher ei-

¹⁹⁵ Franz, DB 2009, 2764, 2769; R. J. Koch, S. 107; Messmer, ZfV 2009, 737, 741; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 8, 11; a. A. Koch, AG 2009, 637, 644.

¹⁹⁶ Franz, DB 2009, 2764, 2769.

¹⁹⁷ Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 11; a. A. Albers, CCZ 2009, 222, 224; Messmer, ZfV 2009, 737, 741 („analoge“ Anwendung sei möglich).

¹⁹⁸ Fiedler, MDR 2009, 1077, 1078; Lange, VersR 2009, 1011, 1021; Schulz, VW 2009, 1410; Schulz, ZfV 2009, 558, 560.

¹⁹⁹ Albers, CCZ 2009, 222, 224 f.; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9.

²⁰⁰ Franz, DB 2009, 2764, 2770; Harzenetter, DStR 2010, 653, 656; Kerst, WM 2010, 594, 603; R. J. Koch, S. 103 ff.; Koch, AG 2009, 637, 645; Wendler, ZfV 2009, 593, 597 f.

²⁰¹ Kerst, WM 2010, 594, 603; Koch, AG 2009, 637, 645.

²⁰² Thüsing/Traut, NZA 2010, 140, 143.

²⁰³ Thüsing/Traut, NZA 2010, 140, 143.

²⁰⁴ Fiedler, MDR 2009, 1077, 1079; Franz, DB 2009, 2764, 2770.

nerseits, dass es bei gesamtschuldnerischer Haftung zu keiner Besserstellung des haftenden Vorstands hinsichtlich des zu tragenden Selbstbehalts kommt.²⁰⁵ Die vierte Ansicht scheidet daher von vornherein aus.

Andererseits ist eine Schlechterstellung nicht zwingend. Die individuelle Obergrenze gilt daher unverändert.²⁰⁶ Gleichzeitig erfordert das Selbstbehaltsgebot nicht, dass der individuell zu tragende Selbstbehalt höher ausfällt, als der individuelle Verursachungsanteil am Schaden. Dies verkennt die zweite Ansicht. Somit ist der haftungsrechtliche Maßstab aus §§ 426 Abs. 1 S. 1, 254 BGB analog anzuwenden, um den individuellen Selbstbehalt zu ermitteln.²⁰⁷ Der Selbstbehalt berechnet sich daher nach folgender Formel: versicherter Gesamtschaden x individueller Verursachungsanteil x 10 Prozent, höchstens aber 1,5 Jahresfestbezüge.²⁰⁸ Zusätzlich gesondert die Jahresvergütung zu berücksichtigen, erscheint nicht erforderlich,²⁰⁹ da die Jahresvergütung im Rahmen des Selbstbehaltsgebots nur die individuelle Obergrenze bestimmt und diesen Zweck auch vorliegend vollumfänglich erfüllt.

Der rein kumulierte Wert der individuellen Obergrenzen kann durchaus höher liegen als der kumulierte Wert der Selbstbehalte nach dieser Formel. Insofern schießt eine reine Zusammenrechnung der absoluten Obergrenzen, wie sie von der ersten Ansicht vertreten wird, über das Maß des gesetzlichen Mindestselbstbehalts hinaus und ist daher nicht erforderlich, wenn gleich zulässig.²¹⁰ Vorteile ergeben sich nach dem Ansatz der ersten Ansicht nur für den Versicherer, während für den Geschädigten das Ausfallrisiko steigt.²¹¹

Wird nur ein Gesamtschuldner für den Gesamtschaden in Anspruch genommen, trägt dieser zunächst die nach dieser Formel kumulierten Selbstbehalte und kann anschließend nach § 426 BGB Regress bei den übrigen Gesamtschuldnern nehmen. Der D&O-Versicherer darf aber Deckung für die übrigen Gesamtschuldner anbieten, wenn ein Gesamtschuldner aus-

²⁰⁵ *Lange*, VersR 2009, 1011, 1021.

²⁰⁶ Ein Aufsichtsrat ohne Pflichtselbstbehalt trägt folglich auch im Rahmen gesamtschuldnerischer Haftung keinen Selbstbehalt, damit er nicht schlechter gestellt ist als bei alleiniger Haftung (*Franz*, DB 2009, 2764, 2766; *Kerst*, VW 2010, 102; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922).

²⁰⁷ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 597; vgl. *Koch*, AG 2009, 637, 645 (jeweils mit Beispiel).

²⁰⁸ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 597.

²⁰⁹ A. A. *Kerst*, WM 2010, 594, 603; *Koch*, AG 2009, 637, 645.

²¹⁰ *Franz*, DB 2009, 2764, 2770.

²¹¹ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 597.

fällt.²¹² Dies deshalb, weil nach dem Selbstbehaltsgebot zwingend nur der *eigene* Selbstbehalt zu tragen ist.

Der dritten Ansicht ist damit zu folgen. Nur nach ihr wird der gesetzliche Mindestselbstbehalt weder über-, noch unterschritten. Allerdings besteht der Nachteil, dass nach diesem Ansatz „Streitigkeiten über die Verantwortlichkeit aus dem Innenverhältnis der Gesamtschuldner auf das Versicherungsverhältnis durchschlagen“.²¹³ Zu deren Vermeidung könnte es daher angezeigt sein, den Mindestselbstbehalt für Fälle gesamtschuldnerischer Haftung versicherungsvertraglich zu überschreiten.

VI. Vergütung und Vergütungsänderungen

1. Keine Prognose zukünftiger Vorteile

Maßgeblich ist nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nur die „feste jährliche Vergütung“. Gemeint ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Bruttoertrag.²¹⁴ Dass es nur auf die feste Vergütungskomponente ankommt dient dazu, dass keine „Schätzung aller zugesagten künftigen Vorteile erforderlich“ ist.²¹⁵ Außerdem heißt es in der Gesetzesbegründung: „Je nach Änderung der Festvergütung ist die Versicherung jährlich anzupassen.“²¹⁶ Mit anderen Worten will der Gesetzgeber für den Selbstbehalt nur diejenige Vergütung berücksichtigen, die zu Beginn des Versicherungsjahres der Höhe nach bestimmbar ist.

Unterjährige Vergütungsänderungen scheinen für das laufende Versicherungsjahr ohne Belang zu sein.²¹⁷ Damit wäre der Mindestselbstbehalt für das Versicherungsjahr exakt bestimmt. Dies ermöglicht dem Versicherer eine Kalkulation seines Risikos und ermöglicht es im Versicherungsfall, den Selbstbehalt ohne Prognosen der zukünftigen Vergütung in Abzug zu bringen. Unerheblich ist, ob ein Vorstand die vereinbarte Vergütung tatsächlich erhalten hat.²¹⁸ Dies gilt selbst bei vorzeitigem Ausscheiden.²¹⁹

²¹² Fiedler, MDR 2009, 1077, 1079.

²¹³ Franz, DB 2009, 2764, 2770.

²¹⁴ Franz, DB 2009, 2764, 2769.

²¹⁵ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²¹⁶ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²¹⁷ Aus Vorstandssicht wäre es daher vorteilhaft, wenn Vergütungssteigerungen nach und Vergütungssenkungen vor Beginn des Versicherungsjahres vorgenommen würden.

A. A. Bosse, BB 2009, 1650, 1652; Messmer, ZfV 2009, 737, 742.

²¹⁸ Koch, AG 2009, 637, 644.

²¹⁹ Vgl. Franz, DB 2009, 2764, 2769 f.; a. A. Messmer, ZfV 2009, 737, 742.

Auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist in diesem Zusammenhang irrelevant.²²⁰

2. Variable Vergütungsbestandteile in der Vergangenheit

Es ist fraglich, ob variable Vergütungsbestandteile und Vergütungsänderungen grundsätzlich unberücksichtigt gelassen werden können. Denn im Zeitpunkt der Leistung der variablen Vergütungsbestandteile ist keine (komplizierte) Schätzung über ihre Höhe mehr erforderlich. Die Vergütung steht mit anderen Worten „fest“, sodass der Selbstbehalt jederzeit exakt bestimmbar ist. Daher entspricht es dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die zu Beginn des Versicherungsjahres feststehenden variablen Vergütungsbestandteile der Vergangenheit als „feste Vergütung“ für das maßgebliche Anstellungsjahr der Pflichtverletzung zu berücksichtigen. Ebenso sind feststehende Vergütungsänderungen vor Beginn des Versicherungsjahres zwingend zu berücksichtigen.

Dies könnte auch eine verfassungskonforme Auslegung gebieten. Bei einer anderen Auslegung könnte eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) derjenigen Vorstände vorliegen, die über eine geringe variable Vergütung verfügen.²²¹ Denn sie trifft das Selbstbehaltsgebot deutlich härter, als solche Vorstände, deren variabler Vergütungsanteil sehr hoch ist. Zwar verfolgt die Regelung mit der Vereinfachung der Berechnung einen legitimen Zweck und die Regelung ist auch durchaus geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Jedoch ist die Ungleichbehandlung nicht erforderlich, insoweit vergangene variable Vergütungsbestandteile zu Beginn des Versicherungsjahres der Höhe nach eindeutig bekannt sind und der angestrebte Zweck folglich gleichermaßen effektiv erreicht werden kann. Eine verfassungskonforme Auslegung spricht daher für die hier vertretene Auffassung.

Ist für die Berücksichtigung nur maßgeblich, dass die Vergütungsbestandteile zu Beginn des Versicherungsjahres exakt feststehenden, ist möglich, dass im laufenden Versicherungsjahr ein anderer Selbstbehalt gilt, als für denselben Zeitraum nach Beginn des nachfolgenden Versicherungsjahres. Da aber nicht das Verstoßprinzip gilt,²²² wird das Risiko trotzdem nicht nachträglich verändert; denn mit Ende des laufenden Versicherungsjahres sind nach dem *claims-made*-Prinzip die zuvor begangenen (vorvertragli-

²²⁰ Näher *Franz*, DB 2009, 2764, 2769 f.

²²¹ Kritisch schon *Thüsing*, AG 2009, 517, 527.

²²² Dies hat der Gesetzgeber möglicherweise übersehen (vgl. *Albers*, CCZ 2009, 222, 224).

chen) Pflichtverletzungen nur noch (neu) im Rahmen der üblichen Rückwärtsdeckung der anschließenden D&O-Versicherung versichert.²²³

Als Zwischenergebnis kann folglich festgehalten werden, dass die „feste Vergütung“ alle Vergütungsbestandteile umfasst, die zu Beginn des Versicherungsjahres eindeutig feststehen.

3. Veränderungen in der Gruppe der versicherten Personen

Bei D&O-Policen ist es üblich, dass die versicherten Personen nicht individuell, sondern nur abstrakt bezeichnet werden, das heißt ohne namentliche Nennung.²²⁴ Bei Vorstandsveränderungen werden dann zusätzliche Vorstände während des laufenden Versicherungsjahres automatisch mitversichert. Für diese Fälle gilt das zuvor gesagte mit der Ausnahme, dass für diese versicherte Person im ersten Jahr für die Bestimmung der Festvergütung nicht der Beginn des Versicherungsjahres der maßgeblicher Zeitpunkt ist, sondern der Beginn der Mitversicherung.

4. Abstrakte Policen zulässig

Der Gesetzgeber spricht in der Beschlussempfehlung von einer jährlichen Anpassung der Versicherung. Hierbei hat er offensichtlich nicht die abstrakten Policen vor Augen. Eine Verpflichtung zu individuellen Policen mit Name und Vergütung des Vorstands besteht aber nach Sinn und Zweck des Selbstbehaltsgebots nicht.²²⁵ Es sind allein die Vereinbarung eines Selbstbehalts und dessen Bestimmbarkeit im Einzelfall notwendig, sodass eine Anknüpfung an die von der Gesellschaft dokumentierten Bezüge ausreichend ist.²²⁶

5. Geldwerte Vorteile als Festvergütung

Sofern nur die Festvergütung zu berücksichtigen ist, stellt sich die Frage, ob hierzu auch geldwerte Vorteile zählen. Der Gesetzgeber will nur Schätzung zukünftiger Vorteile aus Vereinfachungsgründen vermeiden. Zwar ist bei geldwerten Vorteilen eine Bewertung erforderlich, aber keine Prognose.

²²³ Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, § 28 Rn. 108; Held, in: Halm/Engelbrecht/Krahe, Kap. 33 Rn. 24; Pammler, S. 40; Schimikowski, in: NK-VVG, § 100 Rn. 12; unzutreffend Thümmel, Rn. 466.

²²⁴ Ihlas, S. 337.

²²⁵ Franz, DB 2009, 2764, 2769.

²²⁶ Franz, DB 2009, 2764, 2769.

Sind sie fest vereinbart, sind sie daher auch als Festvergütung anzurechnen.²²⁷

6. Gesamtvergütungen auch für andere Tätigkeiten im Konzern

Wird mit der Vergütung *nicht nur* Vorstandstätigkeit bei der versicherungsnehmenden Gesellschaft vergütet oder wird die Vorstandstätigkeit durch eine *anderweitige Vergütung mit abgegolten*²²⁸, bestehen Schwierigkeiten bei der Bestimmung der absoluten Obergrenze. Nach Sinn und Zweck kommt es auf die Vergütung an, die die versicherte Person für die Vorstandstätigkeit erhält, bei der die Pflichtverletzung vorgefallen ist. Eine Pauschalvergütung für mehrere Tätigkeiten kann daher nicht maßgeblich sein,²²⁹ muss aber andererseits auch weiterhin möglich sind. Unerheblich für die Frage des Selbstbehalts ist auch, wer diese Vergütung zahlt. Andernfalls müsste nur eine andere Konzerngesellschaft die Vergütung zahlen, um das Selbstbehaltsgebot zu umgehen. Tatsächlich befürwortet *Schulz* bei einer Tätigkeit „ohne zusätzliche Vergütung“ einen Selbstbehalt von Null.²³⁰ Dies ist sicher nicht gewollt.²³¹

Damit ist in diesen Fällen die anteilige Vergütung zu ermitteln.²³² Dies ist sehr problematisch, ergibt sich doch aus dem/den Anstellungsvertrag/Anstellungsverträgen gerade nicht der genaue Anteil. Insofern bilden insbesondere die zeitlichen Anteile der Tätigkeiten, aber auch deren Bedeutung Anhaltspunkte für die Ermittlung. Praktisch unmöglich, wie *Messmer* und *Schulz* meinen,²³³ ist eine solche Aufteilung jedoch nicht und eine nicht sachgerechte „Atomisierung der Festvergütung“ ist ebenso nicht zu erwarten, da für eine wenig zeitaufwändige Tätigkeit geringer Bedeutung eine hohe Vergütung nicht angemessen wäre. In jedem Fall bieten die Schwierigkeiten viel Raum für mögliche Umgehungen eines unerwünscht hohen Selbstbehalts. Ob die Versicherer ein Interesse daran haben, über die

²²⁷ Voit, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 11; a. A. *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2441; *Franz*, DB 2009, 2764, 2769.

²²⁸ Es wäre unzutreffend, hier von „nicht vergüteten Tätigkeiten“ zu sprechen.

²²⁹ *Delbrück/Seemayer*, VW 2010, 1512; a. A. *Messmer*, ZfV 2009, 737, 742; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 143 f.

²³⁰ *Schulz*, ZfV 2009, 558, 562.

²³¹ *Delbrück/Seemayer*, VW 2010, 1512; *R. J. Koch*, S. 107.

²³² *Delbrück/Seemayer*, VW 2010, 1512; *R. J. Koch*, S. 108; *Koch*, AG 2009, 637, 645; a. A. *Messmer*, ZfV 2009, 737, 742.

²³³ *Messmer*, ZfV 2009, 737, 742; *Schulz*, ZfV 2009, 558, 562.

Selbstbehaltshöhe vor Gericht zu streiten, ist im Übrigen eher unwahrscheinlich.

E. Rechtsfolgen bei Nichtvereinbarung eines Selbstbehalts

Nach dem Wortlaut der Norm „ist ein Selbstbehalt ... vorzusehen“, wenn „die Gesellschaft“ eine entsprechende Versicherung abschließt. Wird kein oder ein zu geringer Selbstbehalt vereinbart, ist fraglich, welche Rechtsfolgen ein solcher Verstoß hat. Die Norm selbst trifft hierüber keine Regelung. Die Rechtsfolge ist daher davon abhängig, als was § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zu qualifizieren ist: als Regelung des Innenverhältnisses, als Einschränkung der Gestaltungsmacht oder als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Die Antwort ist umstritten.

I. Selbstbehaltsgesetz als Regelung des Innenverhältnis

Eine Ansicht sieht das Selbstbehaltsgesetz als objektive Pflicht des Vorstands im Innenverhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft.²³⁴ Dafür spricht die systematische Stellung des Gebots in § 93 AktG, der die Innenhaftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft betrifft. Eine Nichtbeachtung des Gebots würde dann einen Pflichtverstoß darstellen, durch den sich der Vorstand nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG schadenersatzpflichtig macht.²³⁵

Der D&O-Versicherungsvertrag wäre aber uneingeschränkt wirksam, so dass sie ihren Schaden vollständig ersetzt bekäme. Soweit *van Kann* einen Haftungsausschluss eingreifen sieht,²³⁶ ist dem zu widersprechen: die (ggf. vorsätzliche) Pflichtverletzung bei Abschluss der D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt hat keine Auswirkungen auf den Versicherungsschutz für einen anderweitigen Pflichtverstoß. Ein Schaden für die Gesellschaft läge allenfalls in einem entgangenen Prämienvorteil.²³⁷ Da D&O-Versicherungen mit und ohne Selbstbehalt in der Regel zu den gleichen Prämien versichert

²³⁴ *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1556 f.; *Hölters*, in: *Hölters*, § 93 Rn. 407; *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1354; *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1079 ff.; *Kerst*, VW 2010, 102, *Kerst*, WM 2010, 594, 600 f.; *Laschet*, PHi 2009, 158, 161 f.; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Schulz*, ZfV 2009, 558, 560; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 140 f.; *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1013.

²³⁵ *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1556 f.; *Hölters*, in: *Hölters*, § 93 Rn. 407; *Kerst*, VW 2010, 102; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161.

²³⁶ *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1013.

²³⁷ *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1556 f.; *Kerst*, VW 2010, 102; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 10.

werden,²³⁸ dürfte ein solcher Prämienvorteil im Ausnahmefall allenfalls so gering ausfallen, dass die Nichtbeachtung faktisch nicht sanktioniert würde. Möglicherweise – wenn kein Vorsatz vorliegt – wäre dieser Schaden sogar über die wirksame D&O-Versicherung versichert.²³⁹ Um dennoch eine persönliche Teilhabe des Vorstands zu erreichen, konstruieren *Thüsing/Traut* gar eine Pflicht, eine zusätzliche, nicht versicherte Leistung des Vorstands vorzusehen.²⁴⁰ Dies ist mit *Voit* als „zu konstruiert“ abzulehnen.²⁴¹

Es bestände somit ein erheblicher Anreiz, das Selbstbehaltsgebot nicht zu beachten. Dies widerspricht dem gesetzgeberischen Willen, eine effektive verhaltenssteuernde Wirkung zu erzielen.²⁴² Wie *Kerst* hier über eine ergänzende Vertragsauslegung eine Kürzungspflicht des Versicherers konstruieren will,²⁴³ ist nicht nachvollziehbar. Handelt es sich um eine reine Regelung des Innenverhältnisses, so ist auch nicht zu erkennen, warum die Versicherer ihre D&O-Produkte anpassen müssten, sodass es zu einer faktischen „Ausstrahlungswirkung auf das Versicherungsvertragsrecht“ käme, wie *Kerst* meint.²⁴⁴ Die Versicherer werden gerade nicht verpflichtet und reagieren allenfalls auf die Nachfrage am Markt. Ohne wirksame Durchsetzung des Selbstbehaltsgebots wäre es aber gerade fraglich, warum sich die Nachfrage nennenswert verändern sollte. *Dauner-Lieb/Tettinger* vertrauen hingegen darauf, dass Gesellschaftsorgane auch ohne Sanktionen die Neuregelung beachten, „weil sie sich nicht dem Vorwurf offener Gesetzes- und Pflichtverletzung aussetzen wollen“.²⁴⁵

In der Gesamtschau vermag es nicht zu überzeugen, dass es dem Sinn und Zweck entsprechen würde, wenn ein Verstoß faktisch sanktionslos bliebe. Es handelt sich daher im Ergebnis nicht lediglich um eine Regelung des Innenverhältnisses.

²³⁸ *Dreher*, AG 2008, 429, 433; *Dreher/Görner*, ZIP 2003, 2321, 2325; *Hüffer*, § 93 Rn. 18b.

²³⁹ A. A. *Franz*, DB 2009, 2764, 2770, der aber nicht beachtet, dass regelmäßig eine Rückwärtsdeckung besteht.

²⁴⁰ *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 141.

²⁴¹ *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 10.

²⁴² *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 10.

²⁴³ Ohne Begründung *Kerst*, VW 2010, 102.

²⁴⁴ Vgl. *Kerst*, WM 2010, 594, 601.

²⁴⁵ *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557.

II. Selbstbehaltsgebot als Einschränkung der Gestaltungsmacht

Denkbar wäre es auch § 93 Abs. 2 S. 3 AktG als zwingende rechtliche Einschränkung der Gestaltungsmacht zu verstehen.²⁴⁶ Die Parteien *könnten* dann das Rechtsgeschäft nicht vornehmen. Die Formulierung als Gebot spricht allerdings dagegen, dass die Parteien einen D&O-Versicherungsvertrag ohne Selbstbehalt gar nicht abschließen können sollen. Vielmehr geht es um das rechtliche Dürfen.

III. Selbstbehaltsgebot als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB

Daher kommt in Betracht, dass es sich bei § 93 Abs. 2 S. 3 AktG um ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB handelt.²⁴⁷ Der Wortlaut formuliert zwar positiv ein Gebot. Durch das Wort „ist“ – und nicht etwa „soll“ – ist das Gebot jedoch zwingend und damit zugleich ein Verbot einer entsprechenden Versicherung ohne Selbstbehalt.²⁴⁸ Mithin besteht ein gesetzliches Verbot.

Die Rechtsfolge bei einem Verstoß kann nicht dem Wortlaut der Regelung entnommen werden. Insofern ist auf den Sinn und Zweck der Regelung abzustellen, wobei § 134 BGB die Vermutung der Nichtigkeit begründet, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.²⁴⁹ Für die Auslegung hat die Rechtsprechung klare Grundsätze entwickelt. Ist ein Rechtsgeschäft für beide Teile verboten, ist es in aller Regel nichtig.²⁵⁰ Das Rechtsgeschäft ist hingegen in der Regel gültig, wenn es nur für einen Teil verboten ist; insbesondere wenn der Verstoß „ein bloßes Internum in der Sphäre einer Partei bleibt“.²⁵¹ Gegenteiliges kann sich jedoch aus dem Zweck ergeben.²⁵² Soll Nichtigkeit eintreten, so erstreckt sich diese im Grundsatz auf das Rechtsgeschäft im Ganzen.²⁵³ Aber auch hier kann sich aus dem Zweck der Verbotsnorm ergeben, dass nur die verbotene Regelung nichtig ist.²⁵⁴

²⁴⁶ Vgl. *Gädke*, VersR 2009, 1565, 1566 f.

²⁴⁷ *Franz*, DB 2009, 2764, 2770 f.; *Koch*, AG 2009, 637, 639; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1661; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 10; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 598; a. A. *Albers*, CCZ 2009, 222, 225 (wegen fehlender Bestimmtheit); *Laschet*, PHi 2009, 158, 161 f. (ausführlich); ohne Begründung *Schulz*, ZfV 2009, 558, 560.

²⁴⁸ *Franz*, DB 2009, 2764, 2770; a. A. *Kerst*, WM 2010, 594, 600.

²⁴⁹ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 7.

²⁵⁰ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 8.

²⁵¹ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 9.

²⁵² *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 9.

²⁵³ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 13.

²⁵⁴ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 13.

Vertragsparteien des D&O-Versicherungsvertrages sind die versicherungsnehmende Gesellschaft und der Versicherer. Adressat des gesetzlichen Verbots ist nach Wortlaut und systematischer Stellung der Regelung nur – einseitig – „die Gesellschaft“.²⁵⁵ Als bloßes Internum zwischen der Gesellschaft und ihren Organen kann das Verbot jedoch nicht gesehen werden,²⁵⁶ da die Höhe des Selbstbehalts direkt das Rechtsprodukt „Versicherung“ betrifft. Dennoch spricht ein einseitiges Verbotsgesetz zunächst gegen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Nichtbeachtung des Selbstbehaltsgebots wäre ohne Folge. Der dadurch gesetzte Anreiz, das Gebot nicht zu beachten, widerspricht wiederum dem gesetzgeberischen Willen, eine effektive verhaltenssteuernde Wirkung zu erzielen. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber Nichtigkeit gewollt hat. Teilweise wird in der Literatur entsprechend Gesamtnichtigkeit des D&O-Versicherungsvertrages befürwortet.²⁵⁷ Andererseits führt der Gesetzgeber den Selbstbehalt im Interesse der Gesellschaft ein und will durch die Deckelung des Mindestselbstbehalts das Ausfallrisiko begrenzen. Mit dieser gesetzgeberischen Intention wäre es ebenso nicht vereinbar, wenn bei Verletzung des Selbstbehaltsgebots der D&O-Versicherungsvertrag insgesamt nichtig wäre.²⁵⁸ Der Versicherungsschutz soll im Grundsatz erhalten bleiben.²⁵⁹ In Betracht kommt daher vielmehr eine Teilnichtigkeit.²⁶⁰ Teilnichtig wären insofern diejenigen Klauseln, die einen zu weiten Deckungsumfang bestimmen.²⁶¹

Stimmen in der Literatur wollen die verbotswidrige Klausel auf das gerade noch zulässige Maß reduzieren, sodass in diesen Fällen der gesetzliche Pflichtselbstbehalt als vereinbart gilt.²⁶² Dies wäre eine geltungserhaltende Reduktion. Um den rechtsunkundigen Verwendungsgegner zu schützen, ist

²⁵⁵ Gädtke, VersR 2009, 1565, 1568; R. J. Koch, nach: Lansch, VW 2010, 1360; Koch, AG 2009, 637, 639; Laschet, PHi 2009, 158, 161; a. A. Messmer, ZfV 2009, 737, 741 (Vorstand).

²⁵⁶ A. A. Laschet, PHi 2009, 158, 161.

²⁵⁷ Lange, VW 2009, 918 (relativierend Lange, VersR 2009, 1011, 1023); zum alten Recht schon Pammler, S. 97 f.

²⁵⁸ Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 10; Wendler, ZfV 2009, 593, 599.

²⁵⁹ Nur insofern zutreffend Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555, 1556; Fiedler, MDR 2009, 1077, 1080; Kerst, WM 2010, 594, 600; Laschet, PHi 2009, 158, 161 f.

²⁶⁰ Koch, AG 2009, 637, 639; Messmer, ZfV 2009, 737, 739; von Meyer, ZfV 2010, 219, 219; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1661; Voit, in: Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 10; Wendler, ZfV 2009, 593, 599; a. A. Fiedler, MDR 2009, 1077, 1080; Laschet, PHi 2009, 158, 161; Pammler, S. 98 (Teilbarkeit verneinend).

²⁶¹ Dies übersieht Laschet, PHi 2009, 158, 161.

²⁶² Franz, DB 2009, 2764, 2771; Koch, AG 2009, 637, 639; a. A. Lange, r+s 2010, 92, 92.

im AGB-Recht eine geltungserhaltende Reduktion unzulässig.²⁶³ Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ergibt sich die Unwirksamkeit aber nicht aus AGB-rechtlichen Vorschriften, sondern aus § 134 BGB; und es müssen auch weder die Gesellschaft, noch der Versicherer geschützt werden.²⁶⁴ Es entspricht ferner der Intention des Gesetzgebers, die Gesellschaft nicht dem Risiko einer vollständigen Nichtigkeit auszusetzen. Der Fortbestand der Versicherung im Übrigen entspricht auch dem Interesse der Parteien.²⁶⁵ Auch vor dem Hintergrund der zahlreichen offenen Fragen hinsichtlich des Selbstbehaltsgebots, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass zahlreiche Verträge das Selbstbehaltsgebot (ungewollt) verletzen. Eine geltungserhaltende Reduktion mildert die Folgen dieser Rechtsunsicherheit angemessen ab.

Gegen eine solche automatische Transformation in den Versicherungsvertrag wird teilweise angeführt, dass der Gesetzgeber in der Beschlussempfehlung²⁶⁶ davon spricht, dass „laufende D&O-Versicherungsverträge ... *angepasst* werden“ müssen. Dies überzeugt nicht, da die geltungserhaltende Reduktion den verbotswidrigen Versicherungsvertrag nicht inhaltlich verändert und damit gesetzeskonform macht, sondern nur in der Anwendung die Konformität herstellt, sodass ohne Anpassung trotz geltungserhaltender Reduktion ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt.²⁶⁷ Der Gesetzgeber kann daher zu Recht eine Anpassung verlangen. Im Ergebnis ist somit bei Verstoß gegen das Selbstbehaltsgebot der Deckungsumfang um den Mindestselbstbehalt geltungserhaltend zu reduzieren.

F. Versicherbarkeit des Selbstbehalts

Vorstandsmitglieder sind berechtigt, im eigenen Namen eine D&O-Versicherung (Eigenversicherung) abzuschließen. Sofern jedoch eine unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung (Fremdversicherung) besteht, stellt sich angesichts des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG die Frage, ob es zulässig ist, dass der Pflichtselbstbehalt durch eine solche Eigenversicherung des Vorstands versichert wird. Sofern im Kern nur der Selbstbehalt versichert wird, wird eine solche Versicherung als D&O-Selbstbehalt-Versicherung bezeichnet.

²⁶³ *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306 Rn. 6.

²⁶⁴ *Franz*, DB 2009, 2764, 2771.

²⁶⁵ *Franz*, DB 2009, 2764, 2771.

²⁶⁶ BT-Drucks. 16/13433, S. 12.

²⁶⁷ Ähnlich *Franz*, DB 2009, 2764, 2771.

I. D&O-Selbstbehalt-Versicherung widerspricht Sinn und Zweck

Problematisch an einer Selbstbehalt-Versicherung ist, dass die angestrebte verhaltenssteuernde Wirkung nach Vorstellung des Gesetzgebers von der „Haftung mit dem Privatvermögen“ abhängig ist.²⁶⁸ Ist das Haftungsrisiko ohne Selbstbehalt versichert, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Haftung das Verhalten nicht angemessen zu Steuern vermag. Daher hat er den Pflichtselbstbehalt eingeführt. Ist dieser Pflichtselbstbehalt aber wiederum versichert – und dabei macht es keinen Unterschied wer Versicherungsnehmer ist –, tritt insofern keine Haftung mit dem Privatvermögen ein und die angestrebte verhaltenssteuernde Wirkung entfällt (wieder).²⁶⁹ Es wird zwar eingewendet, dass die regelmäßige Entrichtung der risikogerechten Prämie unmittelbar durch den Vorstand selbst die unregelmäßige Belastung im Schadensfall ersetzt.²⁷⁰ Eine der Haftung mit dem Privatvermögen vergleichbare Wirkung hat die Zahlung der Versicherungsprämie aber sicher nicht.²⁷¹ Ebenfalls nicht ins Gewicht fallen dürfte, dass bei einer Eigenschadensversicherung eine individuelle Prämienhöhung und Kündigungsmöglichkeit im Versicherungsfall besteht.²⁷² Daher läuft die vom Gesetzgeber intendierte Verhaltenssteuerung im Falle einer Selbstbehalt-Versicherung faktisch leer, sodass eine solche Versicherung dem Sinn und Zweck des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG widerspricht.²⁷³

II. Keine Unwirksamkeit gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG direkt

Eine entsprechende teleologische Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG mit dem Ergebnis, dass Sinn und Zweck der Norm gegen die Zulässigkeit einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung sprechen, ist jedoch nicht möglich, da eine

²⁶⁸ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

²⁶⁹ *Hirte*, S. 4; *Jost*, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10; *Koch*, AG 2009, 637, 645; *Schulz*, VW 2009, 1410; nur von einer Verminderung spricht *Kerst*, WM 2010, 594, 601.

²⁷⁰ *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 853; *Pammler*, S. 64; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 600.

²⁷¹ *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557; *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 852; *Koch*, AG 2009, 637, 645 f.; a. A. (jeweils immerhin eine Anreizwirkung bejahend) *Goette*, S. 7; *Kerst*, WM 2010, 594, 602.

²⁷² *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 852; *Koch*, AG 2009, 637, 645 f.; a. A. (jeweils mittelbare Verhaltenssteuerung über die Prämienhöhe annehmend) *Franz*, DB 2009, 2764, 2772; *Pammler*, S. 64.

²⁷³ *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 852; *Hendricks* nach *Lansch*, VW 2009, 1592; *Koch*, AG 2009, 637, 645; *PalMBERGER/HONISCH*, VP 2009, 233, 236; *Schmidt-Wehrmann*, Versicherungsjournal.de, 07.06.2010; *Schulz*, VW 2009, 1410, *Schulz*, ZfV 2009, 558, 561; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 142; *Vorrath*, VW 2010, 1196; a. A. *Goette*, S. 7; *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 658.

solche Auslegung die Grenzen des Wortlauts sprengen würde.²⁷⁴ Der Wortlaut betrifft nur unternehmensfinanzierte Versicherungen (Fremdversicherungen), die „die Gesellschaft ... zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds“ abschließt. Der Wortlaut spricht für die Zulässigkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung.²⁷⁵

III. Keine Unwirksamkeit gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG analog

Diskutiert wird daher eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG auf die Selbstbehalt-Versicherung.²⁷⁶ Für die Zulässigkeit einer Analogie bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und eines vergleichbaren Tatbestands.²⁷⁷ Eine Regelungslücke liegt dann vor, wenn das Gesetz in Bezug auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers unvollständig ist.²⁷⁸ Dies ist vorliegend deshalb zu bejahen, weil die Nichterfassung der D&O-Selbstbehalt-Versicherung den beabsichtigten Regelungserfolg untergräbt. Planwidrig ist die Regelungslücke aber nur dann, wenn der Gesetzgeber das Problem nicht gesehen oder unbewusst nicht behandelt hat. Im vorliegenden Fall war sich der Gesetzgeber der Problematik der Selbstbehalt-Versicherung bewusst, denn sie wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ausdrücklich behandelt.²⁷⁹ Eine entsprechende Verbotsregelung wurde ebenso gefordert wie eine ausdrückliche Erklärung der Zulässigkeit.²⁸⁰ Dennoch wurde der Wortlaut auf gesellschaftsfinanzierte Versicherungen beschränkt, ohne dass auf die Forderungen eingegangen wurde. Grund könnten insbesondere verfassungsrechtlichen Bedenken gewesen sein, auf die an späterer Stelle noch einzugehen ist.²⁸¹ Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber die Frage bewusst offen gelassen hat.²⁸² Daraus folgt

²⁷⁴ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 599; a. A. *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1568.

²⁷⁵ *Albers*, CCZ 2009, 222, 225; *Lange*, VW 2009, 918, 919; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1662; *Schulz*, VW 2009, 1410.

²⁷⁶ *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1568 f.

²⁷⁷ Fn. 40.

²⁷⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194.

²⁷⁹ *Goette*, S. 7; *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 657 f.; *Laschet*, PHi 2009, 158, 166; *Thüsing*, S. 13 f.; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 142 f.; *Vorrath*, VW 2010, 1196.

²⁸⁰ *Schulz*, VW 2009, 1410.

²⁸¹ S. 50; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 737; vgl. auch Stellungnahme einer Sprecherin des Bundesjustizministeriums (BMJ): „Weil ein Verbot ein sehr weitgehender Eingriff in die Privatautonomie ist, hat der Gesetzgeber diesen Punkt nicht ausdrücklich geregelt, sondern offen gelassen.“ (zit. nach: *Krüger*, FTD, 04.08.2009).

²⁸² *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 852; *Schmidt-Wehrmann*, Versicherungsjournal.de, 07.06.2010; so auch Sprecherin des Bundesjustizministeriums (vgl. Fn. 281).

aber nicht eindeutig, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen ein Verbot und für die Zulässigkeit entschieden hat.²⁸³ Der Weg zu einer Analogie ist aber trotzdem mangels Planwidrigkeit versperrt.²⁸⁴

IV. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB wegen Umgehungsgeschäft

1. D&O-Selbstbehalt-Versicherung als Umgehungsgeschäft

Bei § 93 Abs. 2 S. 3 AktG handelt es sich um ein Verbotsgesetz.²⁸⁵ Daher könnte es sich bei der Selbstbehalt-Versicherung um ein Umgehungsgeschäft handeln. Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn versucht wird, einen Erfolg durch Verwendung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu erreichen, die (scheinbar) nicht von der Verbotsnorm erfasst werden.²⁸⁶ Ein Umgehungsgeschäft ist nach allgemeinem Rechtsgrundsatz unwirksam, wenn nicht nur ein bestimmter Weg zur Erreichung eines zulässigen Erfolges, sondern ein bestimmter Erfolg selbst verboten ist.²⁸⁷ Maßgeblich für die Beurteilung sind Inhalt und Zweck der Verbotsnorm.²⁸⁸

Mittels einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung, die von der Verbotsnorm nicht erfasst ist, wird versucht, den Erfolg, nämlich die Versicherung des Selbstbehalts, zu erreichen. Ein Umgehungsgeschäft liegt somit vor.²⁸⁹ Um eine effektive verhaltenssteuernde Wirkung zu erzielen, ist – wie gezeigt wurde – nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm auch nicht nur der Weg, sondern die Versicherung des Selbstbehalts selbst verboten.²⁹⁰

²⁸³ *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 852; a. A. *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557; *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 658; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 737 f.; *Theis/Mai*, nach: *Müller*, VW 2010, 106; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 142 f.; *Thüsing*, AG 2009, 517, 527; *Vorrath*, VW 2010, 1196; sofern die damalige Bundesjustizministerin *Zypries* in der ARD-Sendung *Kontraste* vom 17.09.2009 die Versicherbarkeit ausdrücklich bejaht (nach: *Lange*, VersR 2010, 162, 173), handelt es sich um eine persönliche Meinung, die keine eindeutigen Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers zulässt.

²⁸⁴ *Wendler*, ZfV 2009, 593, 599; im Ergebnis daher zutreffend *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 142 f.; in der Schlussfolgerung daher unzutreffend *Gädtk*, VersR 2009, 1565, 1568 f.

²⁸⁵ Vgl. S. 42; a. A. (und damit folgerichtig ohne weiteres die Wirksamkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung bejahend) *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Kerst*, VW 2010, 102, *Kerst*, WM 2010, 594, 602.

²⁸⁶ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 28.

²⁸⁷ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 28.

²⁸⁸ *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 134 Rn. 28.

²⁸⁹ *Koch*, AG 2009, 637, 645.

²⁹⁰ *Koch*, AG 2009, 637, 645.

2. Grundsätzliche Wirksamkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung

Dies spricht zunächst für die Unwirksamkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung. Aber „die Rechtsfolgen der Umgehung eines gesetzlichen Verbots können nicht weiter reichen als die Rechtsfolgen eines unmittelbaren Verstoßes gegen die Verbotsnorm“.²⁹¹ Weder der Vorstand, noch der Versicherer sind aber Adressaten des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.²⁹² Insofern bleibt auch das Umgehungsgeschäft grundsätzlich ohne Rechtsfolge.

3. Mittelbare Stellvertretung führt zu Nichtigkeit

Hiervon ist eine Ausnahme zu machen: Schließt der Vorstand die D&O-Selbstbehalt-Versicherung im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung der Gesellschaft, also in mittelbarer Stellvertretung der Gesellschaft, ist die D&O-Selbstbehalt-Versicherung nichtig.²⁹³ Der Vorstand ist in dieser Konstellation nur Strohmännchen für die Gesellschaft, für die aber als Adressatin des Verbotsgesetzes bei Umgehung die Nichtigkeitsfolge eingreift.²⁹⁴

Verpflichtet sich der Vorstand gegenüber der Gesellschaft zum Abschluss einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung, so erfolgt die Versicherung im eigenen Namen des Vorstands (auch) im Interesse der Gesellschaft. Ob die Versicherung offen auf Rechnung der Gesellschaft erfolgt oder verdeckt, ist unbeachtlich, da bei der Vereinbarung einer Versicherungspflicht eine entsprechende Gegenleistung im Rahmen der Vorstandsvergütung in Höhe der Versicherungsprämie jedenfalls zu vermuten ist. Eine mittelbare Stellvertretung liegt damit vor.

Aber auch ohne Vereinbarung einer Versicherungspflicht, ist ein eigenes Interesse der Gesellschaft zu vermuten, wenn sie offen die Prämie übernimmt. Auch in diesem Fall läge mittelbare Stellvertretung vor.

In beiden Fällen ist damit die Versicherung als unzulässige Umgehung nichtig. Eine Selbstbehalt-Versicherungspflicht gegenüber der Gesellschaft oder offene Prämienzahlung für die Selbstbehalt-Versicherung durch die Gesellschaft sollte deshalb unterbleiben.²⁹⁵

²⁹¹ Koch, AG 2009, 637, 646.

²⁹² S. 43.

²⁹³ Koch, AG 2009, 637, 646; so wohl auch Olbrich, VP 2009, 160, 161; Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Rn. 525.

²⁹⁴ Koch, AG 2009, 637, 646; vgl. Ellenberger, in: Palandt, Einf v § 164 Rn. 8.

²⁹⁵ Vgl. Koch, AG 2009, 637, 646.

4. Erhöhte Festvergütung für erhöhtes Risiko zulässig

Da der Vorstand aufgrund des Selbstbehalts ein erhöhtes Risiko hat, ist es demgegenüber nur angemessen, wenn er eine erhöhte Festvergütung in (mindestens) der Höhe der Prämie für eine Selbstbehalts-Versicherung fordert.²⁹⁶ Ist der Vorstand nicht gegenüber der Gesellschaft zum Abschluss einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung verpflichtet, handelt es sich dabei nicht um eine Übernahme der Prämie durch die Gesellschaft (und sollte aus oben genannten Gründen auch nicht so bezeichnet werden), sondern um eine Vergütung des höheren Risikos. Diese Differenzierung ist geboten, auch wenn sich erhöhtes Risiko und Prämie betragsmäßig entsprechen – was in der Natur der Sache liegt.

Schließt der Vorstand mit dieser erhöhten Festvergütung eine D&O-Selbstbehalt-Versicherung, zu dessen Abschluss er nicht verpflichtet ist, erfolgt diese ausschließlich im eigenen Interesse und auf eigene Rechnung. Die Einpreisung des erhöhten Risikos in die Festvergütung ist in diesem Fall zulässig und die Versicherung ist wirksam.²⁹⁷

Regelmäßig ist mangels Aufschlüsselung der Festvergütung in einzelne Bestandteile ohnehin keine Kontrolle möglich, ob eine Einpreisung – des Risikos oder des Selbstbehalts direkt – vorgenommen wurde.²⁹⁸ Die verdeckte Einpreisung wird daher der Regelfall sein,²⁹⁹ was auch diejenigen sehen, die ohne Differenzierung die Einpreisung für unzulässig halten.³⁰⁰ Der Gesetzgeber hat keine Möglichkeit eine verdeckte Einpreisung zu verhindern oder zu sanktionieren.³⁰¹ Die Belastungen durch die Selbstbehalt-Versicherung wird damit letztlich doch die Gesellschaft tragen.

²⁹⁶ Ähnlich *Albers*, CCZ 2009, 222, 226 (zusätzliche Risiken und Kosten flößen in Vergütungsverhandlungen ein); *Bosse*, BB 2009, 1650, 1654; *Hirte*, S. 4.

²⁹⁷ *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 525; *Schmidt-Wehrmann*, Versicherungsjournal.de, 07.06.2010; *Schulz*, VW 2009, 1410, *Schulz*, ZfV 2009, 558, 561; offen *Bosse*, BB 2009, 1650, 1654; a. A. *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557; *Franz*, DB 2009, 2764, 2772 f.; *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 853; *Harzenetter*, DStR 2010, 653, 658; *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1354; *Kerst*, VW 2010, 102, *Kerst*, WM 2010, 594, 602; *Krieger*, in: Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 57; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 143; kritisch *Goette*, S. 7.

²⁹⁸ *Hirte*, S. 4.

²⁹⁹ *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2441; *Bosse*, BB 2009, 1650, 1654; *Kling*, DZWIR 2010, 221, 230 („naheliegend“).

³⁰⁰ *Franz*, DB 2009, 2764, 2772.

³⁰¹ A. A., aber ohne Nennung dieser Möglichkeit *Goette*, S. 7.

5. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Verbot der D&O-Selbstbehalt-Versicherung

Aber selbst wenn man der Ansicht ist, dass der Vorstand zu den Adressaten der Verbotsnorm zu rechnen ist,³⁰² wird man ebenfalls zum Ergebnis der Wirksamkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung gelangen. Dies ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.³⁰³ Die verfassungsrechtlichen Gründe sprechen auch *de lege ferenda* entsprechend gegen ein Verbot der vorstandsfinanzierten D&O-Selbstbehalt-Versicherung.³⁰⁴ In Betracht kommen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit³⁰⁵ nach Art. 12 GG, die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie³⁰⁶ in Art. 2 Abs. 1 GG und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz³⁰⁷ nach Art. 3 Abs. 1 GG.

a) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Hinsichtlich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird die Ungleichbehandlung einerseits mit anderen Organen – auch anderer Rechtsformen –, und andererseits mit Freiberuflern (insb. Rechtsanwälten, Notaren und Wirtschaftsprüfern) diskutiert, die jeweils Selbstbehalte ohne weiteres versichern dürfen. Es finden sich aber wohl ausreichend gewichtige Unterschiede, welche die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.³⁰⁸

³⁰² Messmer, ZfV 2009, 737, 741; vorsichtig Laschet, PHi 2009, 158, 161.

³⁰³ Gädtke, VersR 2009, 1565, 1569; Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 852; Hirte, S. 4; Lange, r+s 2010, 92, 93; Schulz, VW 2009, 1410, Schulz, ZfV 2009, 558, 561; verfassungsrechtliche Bedenken Albers, CCZ 2009, 222, 225; Olbrich, VP 2009, 160, 161.

³⁰⁴ Fiedler, MDR 2009, 1077, 1081; Hirte, S. 4; verfassungsrechtliche Bedenken Albers, CCZ 2009, 222, 225; Franz, DB 2009, 2764, 2772; Hendricks, nach: Lansch, VW 2009, 1592; Kerst, VW 2010, 102; R. J. Koch, S. 108; Lange, VersR 2009, 1011, 1022 f.; Laschet, PHi 2009, 158, 166; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1662; Olbrich, VP 2009, 160, 161; a. A. Koch, AG 2009, 637, 646; Thüsing, AG 2009, 517, 527; Thüsing/Traut, NZA 2010, 140, 143; wohl ebenso keine Bedenken Franz, DB 2009, 2764, 2772.

³⁰⁵ Gädtke, VersR 2009, 1565, 1569 ff. (ausführlich); Wendler, ZfV 2009, 593, 600.

³⁰⁶ Fiedler, MDR 2009, 1077, 1081; Franz, DB 2009, 2764, 2772; Gädtke, VersR 2009, 1565, 1569; Kerst, VW 2010, 102; Kerst, WM 2010, 594, 602; Schulz, VW 2009, 1410; Theis/Mai, nach: Müller, VW 2010, 106; Wendler, ZfV 2009, 593, 600; so auch Sprecherin des Bundesjustizministeriums (vgl. Fn. 281).

³⁰⁷ Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555, 1557; Franz, DB 2009, 2764, 2772; Gädtke, VersR 2009, 1565, 1571; GDV, S. 5; Kerst, VW 2010, 102, Kerst, WM 2010, 594, 602; Lange, VersR 2009, 1011, 1023; a. A. Koch, AG 2009, 637, 646.

³⁰⁸ Franz, DB 2009, 2764, 2772 (gegenüber anderen Organe gerechtfertigt); Gädtke, VersR 2009, 1565, 1571 (gegenüber Freiberuflern nicht gerechtfertigt, sofern strategische Empfehlungen; gegenüber GmbH-Geschäftsführern gerechtfertigt, da Vorstände höhere

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Verbot der D&O-Selbstbehalt-Versicherung wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bestehen im Ergebnis nicht.

b) Berufsausübungs- bzw. Vertragsfreiheit

Bei der Berufsausübungs- bzw. Vertragsfreiheit bestehen angesichts des erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, wenn es um wirtschaftliche Fragen geht,³⁰⁹ gewichtige Bedenken nur gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, weshalb hier auf die übrige verfassungsrechtliche Prüfung nicht eingegangen wird. In die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit sind folgende Punkte einzustellen:

1. Grundsätzlich ist es jedermann erlaubt, sich gegen die wirtschaftlichen Folgen einer Belastung mit Haftpflichtansprüchen zu versichern.
2. Die verhaltenssteuernde Wirkung ist nur eine Vermutung, für welche nicht hinreichend empirische Belege bestehen.³¹⁰
3. Eine Haftung in Höhe von bis zu anderthalb Bruttojahresfestvergütungen, was etwa drei Nettojahresfestvergütungen entspricht, kann eine existenzielle Bedrohung darstellen.³¹¹ Je nach zur Selbstbehaltskumulation vertretener Auffassung kann der Betrag sogar noch deutlich darüber liegen. Ein Versicherungsverbot wäre ein äußerst intensiver Eingriff.
4. Die D&O-Versicherung bietet ohnehin keinen umfassenden Schutz.³¹² Trotz D&O-Versicherung besteht somit für den Vorstand ein nicht unerhebliches Risiko, mit dem Privatvermögen zu haften.³¹³
5. Vorsatz ist ohnehin nicht versichert.³¹⁴ Ein Verbot träfe damit nur fahrlässige Pflichtverletzungen.

Machtfülle haben); *Koch*, AG 2009, 637, 646 (gegenüber Freiberuflern gerechtfertigt, da Vorstände besondere Vermögensbetreuungspflicht und haftungsfreie Beurteilungsspielräume haben); *Kerst*, WM 2010, 594, 602 (gegenüber Freiberuflern mit Pflichtversicherung gerechtfertigt, da D&O-Versicherung oder Selbstbeteiligung nicht gesetzlich vorgeschrieben).

³⁰⁹ BVerfG, Besch. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 (Arbeitnehmerüberlassung), BVerfGE 77, 84, 106 f.; BVerfG, Besch. v. 17.11.1992 – 1 BvR 168/89 (Nachtbackverbot III), BVerfGE 87, 363, 383.

³¹⁰ *Franz*, DB 2009, 2764, 2772; *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1570; *Ihlas*, S. 422; vgl. auch Teil 4.A.

³¹¹ *Franz*, DB 2009, 2764, 2772; *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1570; *Kerst*, WM 2010, 594, 602; *Lange*, VersR 2009, 1011, 1023.

³¹² Vgl. umfassend S. 73 (Teil 4.A.II).

³¹³ S. 74; *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1570.

³¹⁴ Vgl. S. 73.

Ein gesetzliches Verbot der D&O-Selbstbehalt-Versicherung, dass beim Vorstand zu existenziellen Bedrohungen führen kann, selbst wenn er (leicht) fahrlässig seine Pflicht verletzt, steht außer Verhältnis zum angestrebten Schutz der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter. Dass die verhaltenssteuernde Wirkung ohnehin zweifelhaft ist, erhärtet diese Wertung. Soweit die D&O-Versicherung eingreift, ist das Schutzbedürfnis der Gesellschaft und ihrer Aktionäre ohnehin gering, da der Versicherer ihren Schaden reguliert. Das durch ein Versicherungsverbot erhöhte Ausfallrisiko würde vielmehr den Schutz reduzieren.³¹⁵

Es wird argumentiert, die Versicherbarkeit des Selbsthalts könne deshalb verboten werden, weil dem Vorstandsmitglied noch die Möglichkeit bleibe, eine umfassende D&O-Eigenversicherung abzuschließen.³¹⁶ Dann hätte der Vorstand nur die Wahl zwischen einer gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung mit Selbstbehalt einerseits und einer eigenfinanzierten D&O-Versicherung andererseits. Für letztere sind aber die Prämien sehr hoch für im Vergleich zur D&O-Versicherung erheblich geringere Versicherungssummen und wohl auch die Kapazitäten der Versicherer nicht vorhanden.³¹⁷

Die eigenfinanzierte individuelle D&O-Versicherung ist daher keine echte Alternative für das Vorstandsmitglied. Auch ist sie zum Nachteil der Gesellschaft, weil sie dem Unternehmensfrieden schadet³¹⁸ und die deutlich höheren Prämien als höheres Berufsrisiko in die Vergütung eingepreist werden würden.³¹⁹

Das Verbot der D&O-Selbstbehalt-Versicherung als Eingriff in die Berufsausübungs- bzw. Vertragsfreiheit wäre daher in der Gesamtschau unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.³²⁰ Im Zweifel ist derjenigen Auslegung Vorrang einzuräumen, die mit der Verfassung in Einklang steht.³²¹ Vorliegend ist die D&O-Selbstbehalt-Versicherung folglich nicht aufgrund § 93 Abs. 2 S. 3 AktG unzulässig.

³¹⁵ *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081 f.; *Kerst*, VW 2010, 102; *Kerst*, WM 2010, 594, 602.

³¹⁶ *Koch*, AG 2009, 637, 646.

³¹⁷ S. 70 (Teil 3.C); Fn. 393.

³¹⁸ *Lange*, r+s 2010, 92, 94 f. (ausführlich).

³¹⁹ S. 49 (Teil 2.F.IV.4).

³²⁰ *Gädtker*, VersR 2009, 1565, 1570 f. (Berufsausübungsfreiheit); *Schulz*, VW 2009, 1410 (Vertragsfreiheit).

³²¹ *Larenz/Canaris*, S. 160.

V. Zwischenergebnis

Die D&O-Selbstbehalt-Versicherung ist damit zulässig, sofern sie nicht auf Rechnung der Gesellschaft erfolgt. Dies ist auch – mit unterschiedlichen Begründungen – ganz herrschende Meinung.³²² Wird eine solche Versicherung abgeschlossen, was im Regelfall zu erwarten ist, läuft die vom Gesetzgeber intendierte Verhaltenssteuerung leer. Sofern man die geringe Steuerung durch Prämienzahlung, Prämien erhöhungen und Kündigungsrechte im Versicherungsfall überhaupt als erheblich ansieht,³²³ wird auch diese durch die zulässige Möglichkeit der Erhöhung der Festvergütung um das erhöhte Risiko zunichte gemacht.

In der Gesamtschau wird das Unternehmen die Kosten der D&O-Versicherung und der Selbstbehalt-Versicherung faktisch alleine tragen – nur erhöht um die zusätzlichen Kosten, die durch zwei separate Versicherungen anfallen. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG verfehlt damit nicht nur seinen Zweck, sondern erhöht außerdem den Verwaltungsaufwand und die Kosten für die Gesellschaft.

Es bestehen keine verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten, dieses Ergebnis zu ändern. Die zum Teil geäußerte Befürchtung, „dass die Neuregelung nur ein Eckpunkt, nicht aber der Endpunkt der gesetzgeberischen Betätigung sein wird“,³²⁴ ist daher unbegründet.

G. Versicherbarkeit des Ausfallrisikos

Ein weiteres Sonderproblem ist das Ausfallrisiko. Dies kann einerseits den Geschädigten – insbesondere die Gesellschaft – treffen, wenn seine Ge-

³²² *Albers*, CCZ 2009, 222, 225; *Bosse*, BB 2009, 1650, 1652; *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557; *Fiedler*, MDR 2009, 1077, 1081; *Franz*, DB 2009, 2764, 2772 f.; *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 852; *Goette*, S. 7; *Harzenetter*, DSrR 2010, 653, 657 f.; *Hirte*, S. 4; *Hölter*, in: *Hölter*, § 93 Rn. 406; *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1354; *Ihla*, VW 2009, 1360; *Kerst*, VW 2010, 102; *R. J. Koch*, S. 108; *Koch*, AG 2009, 637, 645 f.; *Krieger*, in: *Handbuch Managerhaftung*, § 3 Rn. 57; *Lange*, r+s 2010, 92, 92 f.; *Laschet*, PHi 2009, 158, 165 f.; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 737 ff., 742; *von Meyer*, ZfV 2010, 219, 219; *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1662; *Olbrich*, VP 2009, 160, 161; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 525; *Schulz*, VW 2009, 1410; *Schulz*, ZfV 2009, 558, 560 f.; *Schulze/R. J. Koch*, VW 2010, 424; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, 142 f.; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, § 4 AVB-AVG Rn. 12; *Vorrath*, VW 2010, 1196; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 599 f.; vgl. auch *Theis/Mai*, nach: *Müller*, VW 2010, 106; *Rudolf*, *VersMagazin*, 16.09.2010; *Schmidt-Wehrmann*, *Versicherungsjournal.de*, 07.06.2010; a. A. *PalMBERGER/HONISCH*, VP 2009, 233, 236.

³²³ Vgl. S. 45.

³²⁴ *Franz*, DB 2009, 2764, 2773.

samtschuldner den Gesamtselbstbehalt nicht zahlen können. Es kann aber auch einzelne gesamtschuldnerisch Haftende treffen, wenn ein anderer Gesamtschuldner nicht zahlungsfähig ist. Dieses Ausfallrisiko ist relativ gering, sofern die Vorstandsmitglieder über eigene D&O-Selbstbehalt-Versicherungen verfügen. Außerdem ist es – wie bereits dargestellt – jeweils versicherbar:

So kann die Gesellschaft ihr Ausfallrisiko durch eine Eigenversicherung abschließen, sofern der Versicherer nicht vor dem Versicherungsfall vertraglich auf einen Regress gegen das Vorstandsmitglied verzichtet.³²⁵ Diese Versicherbarkeit übersieht der Gesetzgeber im Übrigen, wenn er mit dem Argument der Begrenzung des Ausfallrisikos den Selbstbehalt der Höhe nach beschränkt.³²⁶

Und auch das Selbstbehaltsgebot geht nicht soweit, dass die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung einen Gesamtschuldner nicht gegen den Ausfall anderer Gesamtschuldner versichern darf.³²⁷ Besteht diese Ausfalldeckung nicht über die Unternehmens-Police, kann der Vorstand dieses Risiko in seiner D&O-Selbstbehalt-Versicherung mitversichern. Voraussetzung ist, dass eine solche Deckung angeboten wird.

Teil 3. Versicherungskonzepte

Nachdem die grundsätzliche Zulässigkeit der D&O-Selbstbehalt-Versicherung (im Folgenden: SB-Police) festgestellt wurde, soll nun geklärt werden, wie ein solches Versicherungsprodukt gestaltet werden kann, damit es den gesetzlichen Anforderungen – insbesondere denen des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG – entspricht.

Ausgangspunkt der Betrachtung sind dabei die sehr vielfältigen am Markt erhältlichen Gestaltungen³²⁸ für den Fall, dass der Vorstand über eine gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung (im Folgenden: D&O-Police) abzüglich des Selbstbehalts versichert ist. Um der Vielfalt der Modelle und ihrer Kombinationen gerecht zu werden, erfolgt die Untersuchung im Folgenden getrennt nach den einzelnen kombinierbaren Komponenten, die den Charakter des Versicherungsprodukts ausmachen. Soweit die Modelle in der Darstellung namentlich bezeichnet werden, wird auf das jeweils prä-

³²⁵ S. 17.

³²⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

³²⁷ S. 36.

³²⁸ Klauselbeispiele insbesondere bei *Lange*, r+s 2010, 92.

gende Merkmal abgestellt. Korrekt wäre es eigentlich erst bei einer Komponentenkombination von einem Modell zu sprechen, rechtlich interessiert aber nur, welche einzelnen Bestandteile möglich sind.

A. Information und Transparenz

Zunächst ist festzuhalten, dass im Bereich der Selbstbehalt-Versicherung kein Großrisiko im Sinne von § 210 VVG betroffen ist. Außerdem ist ein Vorstandsmitglied als Versicherungsnehmer Verbraucher. Insoweit sind die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich Information (insbesondere Produktinformationsblätter gemäß § 7 Abs. 1 VVG in Verbindung mit § 4 VVG-InfoV), Beratung, Aufklärung und Transparenz von besonderer Bedeutung. Die §§ 305 ff. BGB finden zudem ohne Einschränkungen hinsichtlich Einbeziehung und Inhaltskontrolle Anwendung.

B. Komponenten

I. Individual- und Kollektiv-Schutz

Es kann zunächst zwischen individuellem Versicherungsschutz, bei dem nur das einzelne Vorstandsmitglied versichert wird, und kollektivem Schutz für eine Personengruppe unterschieden werden.³²⁹ Durch die Gruppenvariante kann etwa das gesamte Vorstandsgremium versichert werden. Es wird also eine Vielzahl ähnlich gelagerter Risiken bei einem einzigen Versicherer gemeinsam versichert, weshalb dies auch als *Pooling-Lösung* bezeichnet wird.³³⁰ Während beim individuellen Schutz das Vorstandsmitglied selbst Versicherungsnehmer ist, so ist dies bei kollektiven Lösungen nicht notwendigerweise der Fall.

1. Kollektiv-Schutz (Pooling)

Eine kollektive Gestaltung ist der sogenannte *Kollektivrahmenvertrag*, der zwischen D&O-Versicherer und D&O-Versicherungsnehmerin bzw. einem Versicherungsmakler abgeschlossen wird.³³¹ Dieser legt Konditionen fest, in deren Rahmen „die Vorstandsmitglieder Einzelverträge zur Absicherung des Selbstbehalts vereinbaren“ können.³³²

Weitergehend ist der *Gruppenversicherungsvertrag*, dem die Vorstände als Mitversicherte beitreten.³³³ Versicherungsnehmer kann hierbei – mit Aus-

³²⁹ Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 237.

³³⁰ FTD, 13.12.2010.

³³¹ FTD, 13.12.2010; Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 864.

³³² Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 864.

³³³ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 864 f.; grundsätzliche Bedenken Laschet, PHi 2009, 158, 166.

nahme der Gesellschaft³³⁴ – eine beliebige Person sein. In Betracht kommt neben einem bestimmten Vorstandsmitglied etwa ein Versicherungsmakler³³⁵. Die Prämie wird von den versicherten Personen getragen.

2. Bewertung des Kollektiv-Schutzes

a) Kostenvorteile durch Homogenisierung

Der entscheidende Vorteil kollektiver Versicherungslösungen liegt darin, dass Vertragsabschluss und -verwaltung vereinfacht werden.³³⁶ Die versicherten Personen können – wie zuvor in der D&O-Police – als einheitliches Ganzes behandelt werden. Angesichts der häufig großen Personenkreise, die bei D&O-Policen versichert werden, reduzieren sich dadurch die Kosten der Versicherer erheblich gegenüber einem Szenario mit zahlreichen individuellen SB-Policen. Den Kostenvorteil können die Versicherer zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils weiterreichen.

Konkrete Vorteile ergeben sich aus dem einheitlichen Wording, aber auch aus der Möglichkeit eine homogene Prämienkalkulation vorzunehmen.³³⁷

Da die Versicherer schon bei D&O-Policen in der Regel das individuelle Risikoverhalten der versicherten Personen unberücksichtigt lassen, besteht kein Grund dies bei kollektiven Versicherungslösungen zu ändern. Eine individuelle Risikobewertung verursacht auch hohe Zusatzkosten. Die vom Gesetzgeber intendierte individuelle Verhaltenssteuerung wird damit jedoch (abermals) untergraben.

Dass die versicherten Personen wie zuvor in der D&O-Police als einheitliches Ganzes behandelt werden können, wird zum Teil äußerst kritisch bewertet, da dadurch Verhältnisse geschaffen werden, die denen vor In-Kraft-Treten des VorstAG recht ähnlich sind.³³⁸ Auch das letzte Element, das eine marginale Steuerungswirkung haben könnte,³³⁹ entfällt ohne eine individuelle risikoadäquate Prämie. Die Zahlung einer Prämie an sich, die regelmäßig ohnehin in die Vergütung eingepreist wird,³⁴⁰ wird kaum noch eine

³³⁴ A. A. Lange, r+s 2010, 92, 93.

³³⁵ Vor Interessenkonflikten warnt *Ihlas*, in: MüKo-VVG, D&O, Rn. 76 (zit. nach: Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 864).

³³⁶ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 864.

³³⁷ Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 237.

³³⁸ Franz, DB 2009, 2764, 2773; Laschet, PHi 2009, 158, 166; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 237.

³³⁹ Vgl. S. 45.

³⁴⁰ Vgl. S. 49 (Teil 2.F.IV.4).

Wirkung haben – abgesehen vielleicht von einem stärkeren Bewusstsein³⁴¹ des im Ergebnis versicherten Haftungsrisikos. Das Versagen der verhaltenssteuernden Wirkung ist vorliegend aber nicht Ergebnis einer rechtswidrigen Umgehung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG, sondern Folge von zulässigen Gestaltungen.

b) Transparenz der Bezüge höher

Für Unternehmen, die ihre Vergütungsstrukturen nicht offen kommunizieren, haben kollektive Lösungen den Nachteil, dass sich durch sie die Transparenz der Bezüge notwendigerweise erhöht.³⁴² Soweit eine homogene Prämienkalkulation vorgenommen wird, besteht dieser Nachteil (noch) nicht. Spätestens aber bei der Frage nach einer ausreichenden Versicherungssumme spielen die Festbezüge (der letzten Jahre) eine Rolle.³⁴³

c) Beteiligung der Gesellschaft problematisch

Problematisch ist es, wenn die Gesellschaft an der SB-Versicherung beteiligt ist – und sei es auch nur indem sie die Bedingungen aushandelt oder das Prämieninkasso übernimmt. Zwar richtet sich das Selbstbehaltsgebot nicht gegen die Fremdversicherung an sich, sondern nur gegen die Finanzierung durch die Gesellschaft; aber die Gesellschaft macht in diesen Fällen Aufwendungen für den Versicherungsschutz ihrer Vorstandsmitglieder. Die Vorstände kommen dadurch unter Umständen in den Genuss einer niedrigeren Prämie. Hinzu kommt die Gefahr, dass günstige Bedingungen für die SB-Policen auf Kosten der Gesellschaft ausgehandelt werden, etwa durch schlechtere Bedingungen in der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung beim gleichen Versicherer. Die Vorstände als Leitungsorgan der Gesellschaft und zugleich prämienzahlende Versicherungsnehmer befinden sich insofern in einem Interessenkonflikt.³⁴⁴ Direkte finanzielle Aufwendungen der Gesellschaft auf den SB-Versicherungsschutz wären als unzulässiges Umgehungsgeschäft des Selbstbehaltsgebots zu bewerten. Die Gesellschaft sollte daher nicht an einem Kollektivrahmenvertrag oder in ähnlicher Weise an der Versicherung des Selbstbehalts beteiligt sein.³⁴⁵

³⁴¹ *Albers*, CCZ 2009, 222, 226; *AssCompact* 2010, 44; *Lansch*, VW 2010, 1518; *Lansch*, VW 2009, 1592.

³⁴² *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 237.

³⁴³ Vgl. S. 67.

³⁴⁴ *Schulze/R. J. Koch*, VW 2010, 424.

³⁴⁵ *Laschet*, PHi 2009, 158, 166; ebenso kritisch *Ihlas*, in: MüKo-VVG, D&O, Rn. 76 (zit. nach: *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 864); *Ihlas*, VW 2009, 1360; a. A. *Gädtker/Wax*, AG

II. Versicherer des Selbstbehalts

Die Versicherung kann beim Versicherer der Unternehmens-D&O-Versicherung oder einem anderen Versicherer abgeschlossen werden. Bei einem Auseinanderfallen der Versicherer drohen aber unterschiedliche Tatsachen- und Rechtsauffassungen. Außerdem werden die Harmonisierung von SB- und D&O-Police ebenso erschwert wie die strategische und tatsächliche Abstimmung über Anspruchsabwehr und Schadensregulierung. Bei erfolgloser Anspruchsabwehr oder Haftungsvergleichen könnte der SB-Versicherer rügen, dass der D&O-Versicherer fehlerhaft agiert habe oder der dem Anspruch, über den er sich verglichen hat, unbegründet gewesen ist.³⁴⁶ Je mehr Versicherer an der Schadensregulierung beteiligt sind, desto höher sind zudem die Verwaltungskosten. Auch den Anzeigepflichten müsste gegenüber jedem Versicherer separat nachgekommen werden. Daher ist es insgesamt zu empfehlen, sowohl die D&O-Police als auch die SB-Police beim gleichen Versicherer abzuschließen.³⁴⁷ Hiergegen werden allerdings pauschal Bedenken erhoben, dass dies mit Compliance-Vorschriften nicht vereinbar sei.³⁴⁸ Ist der Versicherer identisch wird dies als *integrierte Lösung* bezeichnet, sind die Versicherer verschieden als *selbstständige Lösung* (auch *stand alone-Lösung*).³⁴⁹ Die Identität des Versicherers ist am Markt ganz vorherrschend.³⁵⁰

III. Umfang des Versicherungsschutzes

1. Grundsätzliches

Aufgrund der Annahme, dass eine gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung besteht, sollte die SB-Versicherung grundsätzlich subsidiär zur D&O-Versicherung ausgestaltet sein, also eine Subsidiaritäts-Klausel enthalten. Der Umfang des Versicherungsschutzes der SB-Versicherung kann mit dem der Unternehmens-D&O-Versicherung identisch oder verschieden sein. Um Deckungslücken zu vermeiden, sollte die Deckung der SB-Versicherung jedenfalls nicht hinter der D&O-Versicherung zurück-

2010, 851, 864 (es beständen keinerlei Einwirkungen auf die Steuerungsfunktion);

Lange, r+s 2010, 92, 93.

³⁴⁶ Lange, r+s 2010, 92, 96 f.

³⁴⁷ Albers, CCZ 2009, 222, 226; Franz, DB 2009, 2764, 2773;

von Meyer, ZfV 2010, 219, 220; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659, 1662;

a. A. Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 237.

³⁴⁸ Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 237.

³⁴⁹ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 858, 862.

³⁵⁰ Lange, r+s 2010, 92, 95; Messmer, ZfV 2009, 737, 743.

bleiben (Stichwort: kongruente Vertragsgestaltung³⁵¹). Besonders sind unterschiedliche Risikoausschlüsse, aber auch der zeitliche Umfang (Rückwärtsdeckung und Nachhaftung) zu beachten. Ebenso sollte auf Unterschiede bei den Anzeigepflichten und sonstigen Obliegenheiten geachtet werden. Liegt der Selbstbehalt der D&O-Police über den gesetzlichen Mindestanforderungen, sollte sich dies in der SB-Police widerspiegeln. Bei identischer oder geringerer Deckung kann die Versicherung als reine SB-Versicherung bezeichnet werden.³⁵²

2. Weitergehende Deckung und zusätzliche Leistungen

Eine weitergehende Deckung und zusätzliche Leistungen sind aber möglich und für den Vorstand eventuell von Vorteil.³⁵³ Dies gilt vor allem bei Störungen in der D&O-Police. „Sinnvoll ist möglicherweise ein zusätzlicher (individueller) Versicherungsschutz für den Fall, dass nach einer Anfechtung oder einem Rücktritt durch den Versicherer wegen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung keine Ansprüche aus der Unternehmenspolice bestehen.“³⁵⁴ Dies deshalb, weil bei der Unternehmens-D&O-Police nach § 47 Abs. 1 VVG auch die Kenntnis und das Verhalten der Versicherten zu berücksichtigen sind, was bei einem großen Kreis versicherter Personen ein erhebliches Risiko in sich birgt: versäumt nur eine Person die Mitteilung von Umstandswissen, wird dies der Versicherungsnehmerin zugerechnet und kann den Versicherer zu Rücktritt oder Anfechtung berechtigen.³⁵⁵ Dies Risiko würde durch eine individuelle Versicherung ebenso entschärft wie das Risiko der Nichtzahlung der Versicherungsprämie durch das Unternehmen.³⁵⁶

Bei gesamtschuldnerischer Haftung wird grundsätzlich nur auf den eigenen Selbstbehalt (bzw. bei weitergehender Deckung auf den eigenen Verschuldensanteil) geleistet.³⁵⁷ Sinnvoll könnte daher aus Sicht des Vorstands sein,

³⁵¹ R. J. Koch, S. 110 f.

³⁵² Gädtke/Wax bezeichnen diese ausschließliche Versicherung des Selbsthalts – soweit auf eine eigene Abwehrkomponente verzichtet wird – als Eigenversicherung (Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 852, 858).

³⁵³ Harzenetter, DStR 2010, 653, 658.

³⁵⁴ Harzenetter, DStR 2010, 653, 658.

³⁵⁵ Dreher/Thomas, ZGR 2009, 31, 62 ff. (ausführlich).

³⁵⁶ So auch R. J. Koch, S. 109; Messmer, ZfV 2009, 737, 743.

³⁵⁷ Ihlas, S. 336; Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 866 f.

sich zusätzlich gegen den Ausfall anderer Gesamtschuldner zu versichern.³⁵⁸

3. Haftpflichtmodell

Die SB-Police kann selbstverständlich auch als eine (subsidiär eingreifende) vollwertige Individual-D&O-Police ausgestaltet werden, die nicht nur den Selbstbehalt deckt, sondern dem Vorstand umfassende Deckung bietet und gegebenenfalls selbst dann eingreift, wenn die Unternehmens-D&O-Police keine Deckung gewährt.³⁵⁹ Da diese Individual-D&O-Police in der Regel alle Bestandteile einer Haftpflichtversicherung enthalten, wird diese umfassende Lösung auch als *Haftpflichtmodell* bezeichnet.³⁶⁰ Der Versicherer trägt hier auch Abwehrkosten und hat ein eigenes Prüfungs- und Prozessführungsrecht.³⁶¹ Mit Blick auf eine rechtswidrige Bemessung des Selbsthalts könnte eine Abwehrkomponente durchaus von Vorteil sein.³⁶² Die Kosten der Anspruchsabwehr können allerdings unter Umständen auch die Versicherungssumme aufbrauchen. Insofern ist Vorsicht geboten. Die Mitversicherung der Abwehrkosten sollte sich daher in einer entsprechend höheren Deckungssumme widerspiegeln.³⁶³ Am Markt wird auch ein Abwehrschutz nach Wahl der versicherten Person im Einzelfall angeboten.³⁶⁴ Letzteres ist etwa für Fälle sinnvoll, in denen ein zu hoher Selbstbehalt berechnet und geltend gemacht wird.

4. Abstimmungsproblem durch Tresorpolice

Soll zur Vermeidung von Deckungslücken der Deckungsumfang der SB-Police auf die D&O-Police abgestimmt werden, ist problematisch, dass die Gesellschaft häufig die (genauen) Bedingungen oder sogar schon den Abschluss einer D&O-Police geheim hält. Dies deshalb weil die Police regelmäßig „Informationen enthält oder Rückschlüsse zulässt, die nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind“.³⁶⁵ Aufgrund der Geheimhaltung werden solche Police auch als „Tresorpolice“ bezeichnet.³⁶⁶ Einen Anspruch auf

³⁵⁸ Zur Zulässigkeit: S. 54.

³⁵⁹ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 866 f.; vor negativen Effekten warnend Lange, r+s 2010, 92, 95.

³⁶⁰ Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; von Meyer, ZfV 2010, 219, 220.

³⁶¹ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 866; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352.

³⁶² R. J. Koch, S. 111.

³⁶³ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 866.

³⁶⁴ Von Meyer, ZfV 2010, 219, 221.

³⁶⁵ Lange, r+s 2010, 92, 100; vgl. auch Ihlas, S. 599.

³⁶⁶ Albers, CCZ 2009, 222, 226; Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 862.

Übermittlung des Versicherungsscheins hat auch nur die Gesellschaft als D&O-Versicherungsnehmerin, § 44 Abs. 1 S. 2 VVG. Ohne Zustimmung der Gesellschaft kann der D&O-Versicherer die Police nicht herausgeben. Wird die Zustimmung verweigert, um dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft zu entsprechen, kann die SB-Police nicht auf die D&O-Police abgestimmt werden. Denn ein Verweis auf die bei Vertragsschluss unbekanntes D&O-Versicherungsbedingungen genügt nicht der AGB-rechtlichen Obliegenheit des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Möglichkeit zur Kenntnisnahme), sodass die D&O-Bedingungen nicht wirksam in den SB-Versicherungsvertrag einbezogen wären.³⁶⁷ Ein Verzicht auf die Möglichkeit zur Kenntnisnahme, was grundsätzlich durch einen ausdrücklichen Verzicht in Form einer Individualabrede nach § 305 b BGB erfolgen kann, ist bei der vorliegenden Unmöglichkeit der Kenntnisnahme abwegig.³⁶⁸ Unter Verweis auf Treu und Glauben dem Vorstandsmitglied zu verwehren, sich auf die fehlende Einbeziehung zu berufen, widerspräche der Wertung des AGB-Rechts, dass der Verwender allein das Formulierungsrisiko trägt.³⁶⁹

Sind die D&O-Bedingungen aber nicht wirksam einbezogen, würden die SB-AVB auch den aufsichtsrechtlichen Anforderungen des § 10 Abs. 1 VAG (Vollständigkeitsgebot) nicht genügen, die ein Ausfluss des AGB-rechtlichen Transparenzgebots sind.³⁷⁰ Dennoch keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot zu sehen,³⁷¹ widerspräche der klaren gesetzgeberischen Wertung im VAG. Die SB-AVB wären daher wegen unangemessener Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Ist das Vorstandsmitglied als Verbraucher Versicherungsnehmer, könnte der Versicherer im Übrigen ohnehin nicht seinen Informationspflichten ihm gegenüber nach § 7 Abs. 1 VVG in Verbindung mit § 4 VVG-InfoV (Produktinformationsblatt) nachkommen, da die geforderten Informationen gar nicht zur Verfügung stehen.³⁷² Und schließlich hätte auch der Versicherer keine ver-

³⁶⁷ *Albers*, CCZ 2009, 222, 226; *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 862;

Grüneberg, in: *Palandt*, § 305 Rn. 34.

³⁶⁸ So aber *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 862 f.

³⁶⁹ So aber *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 862 f.

³⁷⁰ *Präve*, in: *Prölss/Kollhossler*, § 10 VAG Rn. 15 f.

³⁷¹ So aber *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 863.

³⁷² A. A. *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 863 (es läge keine schuldhaftige Pflichtverletzung des Versicherers vor).

lässliche Grundlage für seine Risikokalkulation, sofern er nicht zugleich D&O-Versicherer ist.

Soweit geltend gemacht wird, dass es für den versicherten Vorstand irrelevant sei, wie der Deckungsumfang der D&O-Versicherung ist, und daher eine abstrakte Bezugnahme ausreiche,³⁷³ vermag dies nicht zu überzeugen. Ohne Kenntnis, in welchen Fällen überhaupt ein versicherter Selbstbehalt anfallen kann, ist für das Vorstandsmitglied vollkommen intransparent, ob die Versicherungsprämie als Gegenleistung für die Versicherungsleistung angemessen ist.³⁷⁴

Ein bloßer Verweis ist kein gangbarer Weg.³⁷⁵ Ist keine Kopie der D&O-AVB beizubringen, also der Inhalt der D&O-Police dem Vorstand unbekannt, muss die SB-Police daher im Ergebnis die genaue Deckung selbst bestimmen. Deckungslücken sind damit möglich.

5. Gleichlauf der Deckung

a) Akzessorietät

Ein Gleichlauf der Deckung kann dadurch erreicht werden, dass die SB-Police akzessorisch zur D&O-Police gestaltet wird:³⁷⁶ die SB-Police gewährt Versicherungsschutz (in Höhe des Selbstbehalts), wenn ein Versicherungsfall unter der D&O-Police besteht, der von dieser abzüglich eines Selbstbehalts gedeckt wird. Dieser Weg wird auch von den unverbindlichen Musterbedingungen des *GDV* für die persönliche Selbstbehaltsversicherung³⁷⁷ in Ziff. 1 besprochen. Hierbei ist notwendig, dass die D&O-Police der SB-Police in Kopie beigelegt wird.³⁷⁸

b) Unangemessene Benachteiligung

Weil das Vorstandsmitglied „seinen Leistungsanspruch aus der von ihm abgeschlossenen und bezahlten SB-Versicherung ohne weiteres verliert, sobald sein Leistungsanspruch aus der D&O-Versicherung erlischt“, sieht

³⁷³ *Lange*, r+s 2010, 92, 99 f.

³⁷⁴ Vgl. *Albers*, CCZ 2009, 222, 226.

³⁷⁵ A. A. *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 863 (das Vorstandsmitglied könne sich nicht erfolgreich auf die Nichteinbeziehung berufen).

³⁷⁶ *Lattwein/Dettler*, VW 2010, 1352.

³⁷⁷ Allgemeine Versicherungsbedingungen für die persönliche Absicherung des Selbstbehalts nach dem VorstAG (Persönliche Selbstbehaltsversicherung) - Musterbedingungen des GDV, in der Fassung von März 2010, http://www.gdv.de/Downloads/Bedingungen/Bedingungen_Haftpflichtversicherung/15_Persoeliche-Selbstbehaltsversicherung_1003.pdf (im Folgenden: AVB-AVG-SB).

³⁷⁸ Vgl. zu diesem Problem S. 60 (Teil 3.B.III.4).

Lange in einer strikten Abhängigkeit von der D&O-Versicherung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.³⁷⁹ Demgegenüber wenden *Gädtk/Wax* zu Recht ein, dass es sich bei der Akzessorietät um eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung handelt, da die „Erstattung des Selbstbehalts, und nur des Selbstbehalts“, den Kernbereich des Risikos ausmache und den Typus der SB-Versicherung konstituiere.³⁸⁰ Es ist ausreichend, wenn dem Vorstand die versprochene Leistung transparent gemacht wird und in diesem Zuge auf etwaige Nachteile eines solchen Versicherungstyps hingewiesen wird.

IV. Folgepflicht ohne eigene Prüfung

Ein weiteres Problem besteht darin, dass D&O- und SB-Versicherer über Tatsachen- und Rechtsfragen unterschiedlich befinden könnten. Es ist möglich, dass sich der SB-Versicherer verpflichtet, der Deckungsentscheidung des D&O-Versicherers ohne eigene Prüfung zu folgen. Dies gilt auch soweit ein Gleichlauf der Deckung durch Akzessorietät hergestellt wurde. Folglich fehlt es in dieser Gestaltung an einer eigenen Abwehrkomponente. Dies kann auch als *Anschlussmodell* bezeichnet werden.³⁸¹ Die Folgepflicht betrifft aber nur die Tatsachen- und Rechtsfragen, sofern sie für die Deckungsentscheidung erheblich sind.

Eine solche Folgepflicht hat sowohl Vor- als auch Nachteile. Bejaht der D&O-Versicherer die Deckung, so ist dies für Vorstand und Gesellschaft insofern von Vorteil, als der Schaden vom Versicherer ersetzt wird. Dies reduziert allerdings die Versicherungssumme, selbst wenn der SB-Versicherer möglicherweise den Anspruch hätte abwehren können. Ein weiterer Nachteil ist, dass der SB-Versicherer selbst dann nicht unabhängig über die Deckung entscheidet, wenn der D&O-Versicherer die Deckung verneint, der SB-Versicherer aber möglicherweise Deckung gewährt hätte.

In der Gesamtschau überwiegt jedoch der Vorteil, dass die Deckungsentscheidung bei einer Folgepflicht in einer Hand ist. Eine Folgepflicht ist daher dringend zu empfehlen.³⁸² Auch die AVB-AVG-SB³⁸³ sehen eine Fol-

³⁷⁹ *Lange*, r+s 2010, 92, 98.

³⁸⁰ *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 855 ff. (ausführlich).

³⁸¹ Vgl. *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851.

³⁸² So auch *Albers*, CCZ 2009, 222, 226; *Franz*, DB 2009, 2764, 2773; *Hendricks*, Der Aufsichtsrat 2010, 49; *R. J. Koch*, S. 111; *Schulze/R. J. Koch*, VW 2010, 424.

³⁸³ Fn. 377.

gepflicht vor. Die Folgepflicht sollte sich dabei ausdrücklich auch auf Vergleiche erstrecken, soweit hier ein Selbstbehalt fällig wird.³⁸⁴

Um sich nicht der Regulierungsentscheidung – insbesondere Vergleichen – eines Konkurrenten unterwerfen zu müssen, dürfte die Folgepflicht aber für den SB-Versicherer nur in Betracht kommen, wenn er auch an der D&O-Police beteiligt ist.³⁸⁵ Denn die Abwehrbemühungen des D&O-Versicherers dürften umso geringer sein, je höher der nicht bei ihm versicherte Selbstbehalt ist.³⁸⁶ Aber selbst bei vereinbarter Folgepflicht könnte der SB-Versicherer im Schadensfall geltend machen, „an die vereinbarte Folgepflicht gem. § 242 BGB wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht gebunden zu sein“.³⁸⁷

V. Anrechnung oder Zusatzkapazitäten

Stellen die Versicherer eigene Kapazitäten für die SB-Policen zur Verfügung, wird dies als *Zusatzkapazitätenmodell* (auch *Kumulmodell*) bezeichnet.³⁸⁸ Die selbstständige Lösung folgt damit immer dem Zusatzkapazitätenmodell. Gegen diesen Ansatz bestehen keine rechtlichen Bedenken.³⁸⁹

Ist der Versicherer von SB- und D&O-Police identisch (integrierte Lösung), wird jedoch auch ein sogenanntes *Anrechnungsmodell* angeboten. Dabei werden Leistungen aus der SB-Police auf die Versicherungssumme aus der Unternehmens-D&O-Police angerechnet.³⁹⁰ Zu beachten ist, dass also auch Leistungen aus der D&O-Police die gemeinsame Versicherungssumme verbrauchen.³⁹¹ Für die Versicherer hat das Anrechnungsmodell den Vorteil, dass sie keine zusätzlichen Kapazitäten für die SB-Versicherungen schaffen müssen. Das Gesamtrisiko „Managerhaftung in einem Konzern“³⁹² bleibt für den Versicherer unverändert. Es wird in diesem Zusammenhang auch davon gesprochen, dass (gegebenenfalls) keine ausreichenden Kapazitäten für zusätzliche SB-Versicherungen bestehen.³⁹³

³⁸⁴ Vgl. S. 27 (Teil 2.C.II.4.d)).

³⁸⁵ Lange, r+s 2010, 92, 96.

³⁸⁶ Lange, r+s 2010, 92, 96.

³⁸⁷ Lange, r+s 2010, 92, 97.

³⁸⁸ Lange, r+s 2010, 92, 97; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; Messmer, ZfV 2009, 737, 743.

³⁸⁹ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 862.

³⁹⁰ Lange, r+s 2010, 92, 97; Messmer, ZfV 2009, 737, 742.

³⁹¹ Daher wird dies auch als „zweiseitige Kumulklausel“ bezeichnet.

³⁹² Schulze/R. J. Koch, VW 2010, 424.

³⁹³ Albers, CCZ 2009, 222, 226; Lange, r+s 2010, 92, 97;

Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 859, 862; Palmberger/Honisch, VP 2009, 233, 236.

Problematisch an der Anrechnung der SB-Versicherungsleistung auf die Versicherungssumme der D&O-Versicherung ist, dass die Anrechnung auf Kosten der Gesellschaft erfolgt (Stichwort: Quersubventionierung³⁹⁴). Die Gesellschaft muss der Anrechnung zustimmen, da andernfalls ein Vertrag zu Lasten Dritter vorliegen würde. Die Deckungssumme, als Kern der Versicherungsleistung, erfolgt direkt auf Rechnung der Gesellschaft und nicht auf eigene Rechnung des Vorstands. Dementsprechend sind auch entsprechende SB-Policen mit Anrechnung deutlich günstiger als solche mit eigener Versicherungssumme. Die SB-Police erfolgt zuweilen gegen eine nur sehr geringe „Ausfertigungsgebühr“.³⁹⁵ Demgegenüber erhält das Unternehmen allenfalls einen sehr geringen Nachlass bei Vereinbarung der Anrechnungsklausel.³⁹⁶ Wirtschaftlich bedeutet die Anrechnung damit, dass eine (teilweise) gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung für den Selbstbehalt vorliegt. Die Zustimmung der Gesellschaft zur Anrechnung (Anrechnungsklausel) ist daher als unzulässiges Umgehungsgeschäft nichtig. Die entsprechende Anrechnungsklausel in der SB-Police ist folglich als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam. Die Prüfung, ob eine Anrechnungsklausel in der D&O-Police eine unangemessene Benachteiligung des Unternehmens und/oder des Vorstandsmitglieds wäre,³⁹⁷ ist daher ohne Belang. Das Anrechnungsmodell ist kein möglicher Weg für die Versicherung des Selbsthalts.³⁹⁸ Umso mehr erstaunt es, dass sich schätzungsweise 50 Prozent der Vorstandsmitglieder für das Anrechnungsmodell entschieden haben sollen.³⁹⁹

VI. Vorleistung des Versicherers (Regressmodell)

Des Weiteren ist möglich, dass die D&O-Police eine zusätzliche Eigenschadenversicherungskomponente⁴⁰⁰ für den Selbstbehalt enthält und damit nicht nur auf den Anspruch aus der D&O-Police, sondern zugleich auch auf den Selbstbehalt des Vorstands (vor)leistet. Die Gesamtleistung wird auf

³⁹⁴ Franz, DB 2009, 2764, 2773; Lange, r+s 2010, 92, 98;

Schulze/R. J. Koch, VW 2010, 424.

³⁹⁵ Jost, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10; Schulze/R. J. Koch, VW 2010, 424.

³⁹⁶ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 861.

³⁹⁷ So ausführlich Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 859 ff.; feststellend auch Lange, r+s 2010, 92, 98 (überraschende und unangemessene Benachteiligung bejahend).

³⁹⁸ Lange, r+s 2010, 92, 97 f.; vorsichtig von Meyer, ZfV 2010, 219, 220; a. A. Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 853 f. (es bestehe kein Einfluss auf Steuerungsfunktion, sofern nicht lediglich eine sehr niedrige „Ausstellungsgebühr“ als Prämie berechnet wird).

³⁹⁹ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 867.

⁴⁰⁰ Vgl. S. 17.

die Versicherungssumme der Gesellschaft angerechnet.⁴⁰¹ Der D&O-Versicherer kann in diesem Fall in Höhe des Selbstbehalts Regress beim Vorstand nehmen. Daher wird dies auch als *Vorleistungs-* oder *Regressmodell* bezeichnet.⁴⁰²

Es ist hervorzuheben, dass die Anrechnung vorliegend nicht aufgrund einer fremden Eigenversicherung (SB-Police) zu Lasten der Gesellschaft erfolgt, sondern aufgrund einer gesellschaftseigenen Eigenversicherung (Ausfalldeckung). Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum Anrechnungsmodell.⁴⁰³ Eine gemeinsame Versicherungssumme besteht nicht.

Soweit auch die SB-Police beim gleichen Versicherer abgeschlossen wird, nimmt dieser bei sich selbst Regress. Dies ermöglicht eine unkomplizierte Regulierung. Will der Versicherer bei dieser Gestaltung zusätzliche Kapazitäten vermeiden, ist es erforderlich, zu Lasten des Vorstands als Obergrenze für die SB-Versicherungssumme die vor dem Versicherungsfall noch verfügbare D&O-Versicherungssumme zu vereinbaren. Da das Regressmodell nicht zu Lasten der Gesellschaft geht, sondern allenfalls zu Lasten des Vorstands, ist es im Unterschied zum Anrechnungsmodell nicht den gleichen Bedenken ausgesetzt. Beim Regressmodell wechselt auch nur der Gläubiger. Schuldner bleibt der Vorstand, sodass kein Verstoß gegen § 93 Abs. 2 S. 3 AktG vorliegt. Anders wäre es zu beurteilen, wenn sich der Versicherer gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, (teilweise) auf den Regress zu verzichten.⁴⁰⁴

Für die Gesellschaft ist das Regressmodell vorteilhaft, weil ihr Schaden wie bei einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt gedeckt wird.⁴⁰⁵ Es wird kritisiert, der Regress schade dem versicherten Vorstand, weil sich Vorstand und Versicherer im Regressfall als Gegner gegenüberstehen.⁴⁰⁶ Bei Bestehen einer SB-Police besteht aber kein Nachteil für den Vorstand, weil der Versicherer beim Regress auf sich selbst trifft.⁴⁰⁷ Vielmehr profitiert der Vorstand hiervon.

⁴⁰¹ Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352.

⁴⁰² Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 858 f.; Lattwein/Dettler, VW 2010, 1352; von Meyer, ZfV 2010, 219, 220.

⁴⁰³ A. A. Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 858.

⁴⁰⁴ Vgl. S. 18; Voit sieht hingegen schon die bloße Möglichkeit des freiwilligen Regressverzichts als Umgehung (Prölss/Martin, § 4 AVB-AVG Rn. 9).

⁴⁰⁵ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 858.

⁴⁰⁶ Lange, r+s 2010, 92, 96.

⁴⁰⁷ Gädtke/Wax, AG 2010, 851, 858.

VII. Prämienhöhe

Je nach Risiko und Versicherungskonzept schwanken die Prämien im aktuellen Markt noch erheblich.⁴⁰⁸ Die Prämienhöhe stellt sich als ein zusätzliches Problem dar, wenn D&O- und SB-Versicherer identisch sind. Um die für die Versicherer wichtige D&O-Haupt-Police im Wettbewerb gut zu positionieren, könnten Versicherer die SB-Versicherung quersubventionieren⁴⁰⁹ und damit Anreize setzen, das „Gesamtpaket“ bei einem Versicherer zu zeichnen. Von kostenloser Versicherung über eine symbolische Prämie bis hin zu sonstigen Nachlässen ist alles denkbar. Faktisch wird dadurch natürlich die intendierte Verhaltenssteuerung (ein weiteres Mal) untergraben. Da der Versicherer nicht Normadressat des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist, wären solche Gestaltungen der Versicherungswirtschaft jedoch als rechtlich zulässig anzusehen. Der Gesetzgeber könnte auf ein offenes Missverhältnis von Prämie und Versicherungsschutz aber reagieren und regulierend in die Prämienkalkulation eingreifen. Da dies nicht im Interesse der Versicherer sein dürfte, sollten die Versicherer hinsichtlich der Prämienhöhe den Fremdvergleichsgrundsatz (*arm's length principle*) einhalten.⁴¹⁰ Denn eine „risikoadäquate, individuelle Allokation der Versicherungsprämie“⁴¹¹ ist nur sichergestellt, wenn die Versicherer beider Policen nicht identisch sind.

VIII. Versicherungssumme

1. Kumulierungseffekte

Sowohl bei kollektiven Versicherungslösungen als auch bei Anrechnungsmodell und Regressmodell mit der D&O-Versicherungssumme als Obergrenze, bedeutet die einheitliche Versicherungssumme, dass die Deckungssumme für die Gemeinschaft aller Mitversicherten nur einfach pro Versicherungsjahr zur Verfügung steht. Dadurch reduzieren sich Kapazitätsprobleme für die Versicherer. Gleichzeitig kann die Summe aber durch Versicherungsleistungen an andere Mitversicherte verbraucht werden, sodass der Einzelne einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist, dass für den persönlichen Versicherungsschutz im Versicherungsfall keine ausreichende Deckungssumme mehr zur Verfügung steht.⁴¹² Aufgrund dieser Kumulierungseffekte

⁴⁰⁸ 50 bis 30.000 EUR pro SB-Police (*Lansch*, VW 2010, 1518); 1.200 EUR/Millionen bis 50.000 EUR pro SB-Police (*Albers*, CCZ 2009, 222, 226); bei AGCS durchschnittlich etwa 4.000 EUR pro SB-Police (*Jost*, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10).

⁴⁰⁹ Bedenken *Laschet*, PHi 2009, 158, 166.

⁴¹⁰ Vgl. *Albers*, CCZ 2009, 222, 226.

⁴¹¹ *PalMBERGER/HONISCH*, VP 2009, 233, 236.

⁴¹² Vgl. *GädTKE/Wax*, AG 2010, 851, 865.

ist selbst bei im Vergleich zur Individual-Police erheblich höheren Versicherungssummen bei Kollektivlösungen ein weniger sicherer Versicherungsschutz gegeben. Es gilt: je höher die Anzahl der versicherten Personen, desto geringer die individuelle Prämie, aber auch der individuelle Schutz.

2. Unangemessene Benachteiligung

Fraglich ist, ob die Vereinbarung einer mit anderen Personen gemeinsamen Versicherungssumme einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält. Ein gesetzliches Leitbild fehlt. Es kommt jedoch eine unangemessene Benachteiligung des Vorstandsmitglieds im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Aushöhlungsverbot) in Betracht.⁴¹³ Dann müsste die Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Vertragszweck ist die Gewährung von Versicherungsschutz für den Selbstbehalt. Wird eine gemeinsame Versicherungssumme durch andere versicherte Personen verbraucht, hat der Versicherer seine geschuldete Leistung erbracht. Damit besteht die Gefahr, dass im Zeitpunkt, in dem das Vorstandsmitglied in Höhe des Selbstbehalts in Anspruch genommen wird, kein Versicherungsschutz mehr besteht. Das Vorstandsmitglied erhält also möglicherweise für die gezahlte SB-Prämie keine über die Gefahrtragung hinausgehende Gegenleistung, sodass eine gemeinsame Versicherungssumme geeignet ist, den Vertragszweck zu gefährden.

In diesem Falle liegt aber nur „im Zweifel“ eine unangemessene Benachteiligung vor. Es ist daher eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen.⁴¹⁴ In Betracht kommt eine Kompensation des dargestellten Nachteils einer gemeinsamen Versicherungssumme.

Der Verbrauch der gemeinsamen Versicherungssumme kann als ein selbstständiges Risiko angesehen werden. Ein Vorstandsmitglied das darum weiß, kann sich bewusst gegen eine Versicherung dieses Risikos entscheiden. Beispielsweise aus Kosten-Nutzen-Erwägungen, weil die Prämien bei einer gemeinsamen Versicherungssumme deutlich niedriger sind und/oder das Risiko des Verbrauchs im Einzelfall als nicht so gravierend eingeschätzt wird. Eine solche Entscheidung muss im Rahmen der Privatautonomie möglich sein. Entscheidend ist die Transparenz des Risikos.

⁴¹³ *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 861; *Lange*, r+s 2010, 92, 98 f.

⁴¹⁴ BGH, Urt. v. 28.01.2003 – XI ZR 156/02, NJW 2003, 1447, 1448; *Koch*, VersR 2011, 295, 297.

Außerdem können für geringe Prämien hohe Versicherungssummen eingekauft werden. Dies mag bei einer reinen SB-Versicherung noch nicht zum Tragen kommen. Soll aber das Regressrisiko im Rahmen der gesamtschuldnerische Haftung mitversichert werden, was durchaus sinnvoll ist, reichen Versicherungssummen in Höhe des maximalen Selbstbehalts nicht mehr aus, sondern müssen je nach gewünschtem Schutzniveau bis zur Höhe der kumulierten Selbstbehalte aller möglichen Gesamtschuldner reichen. Im Ergebnis liegt somit nicht grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung durch eine gemeinsame Versicherungssumme vor. Das Vorstandsmitglied ist jedoch umfassend über die Vor- und Nachteile dieser Gestaltung zu informieren, um dem Transparenzgebot gerecht zu werden.

3. Höhe der Versicherungssumme

Die Versicherungssumme sollte daher die Anzahl der versicherten Personen und deren Festvergütung berücksichtigen.⁴¹⁵ Maßgeblich sollten mit Blick auf die Verjährung jeweils 150 Prozent der höchsten Festvergütung der letzten fünf Jahre sein, bei börsennotierten Gesellschaften der letzten zehn Jahre. Wird bei mehreren Pflichtverletzungen aus verschiedenen Jahren – anders als hier vertreten⁴¹⁶ – nicht auf den gewichteten Mittelwert abgestellt, wären sogar die kumulierten Festvergütungen als Deckungssumme zu empfehlen. Sofern Abwehrschutz gewährt wird, ist die Versicherungssumme entsprechend höher zu wählen. Die Höhe der Versicherungssumme sollte jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

4. Veränderungen in der Gruppe der versicherten Personen

Problematisch ist bei der Bemessung der sachgerechten Höhe der Versicherungssumme der unterjährige Eintritt und Austritt von Vorstandsmitgliedern, der eigentlich eine Anpassung der Deckungssumme erforderlich machen würde, aber deren laufende Anpassung viel zu aufwändig wäre.⁴¹⁷ Um Deckungslücken zu vermeiden, sollte möglichen unterjährigen Veränderungen in der Gruppe der versicherten Personen mit einer entsprechend höheren Deckungssumme begegnet werden.

5. Keine neuen Probleme

Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass der D&O-Versicherungsschutz bei gleichbleibenden Kapazitäten nicht verschlechtert wird, sondern das Risiko des Verbrauchs der Versicherungssumme durch

⁴¹⁵ *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 865.

⁴¹⁶ Vgl. S. 33.

⁴¹⁷ *Gädtk/Wax*, AG 2010, 851, 866.

andere Versicherungsfälle schon der D&O-Versicherung vor In-Kraft-Treten des VorstAG immanent war.

Soweit die Befürchtung geäußert wird, dass sich Aufsichtsräte in einem Interessenkonflikt befinden, wenn sie mit Vorständen nur eine gemeinsame Versicherungssumme haben, weil sie bei Inanspruchnahme der Vorstände ihren eigenen Deckungsschutz verbrauchen,⁴¹⁸ ist dies kein neues Problem. Vielmehr ist dies auch schon bei den bisherigen Unternehmens-D&O-Policen so gewesen. Nach Möglichkeit sollten Aufsichtsräte über eine von den Vorständen unabhängige Versicherungssumme verfügen. Auch das Problem, wie eine nicht ausreichende Versicherungssumme auf die einzelnen, betroffenen Vorstandsmitglieder verteilt wird,⁴¹⁹ ist kein Neues, sondern besteht ebenso unter klassischen D&O-Policen.

C. Individuelle D&O-Versicherungen

Nicht zu erwarten ist, dass die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung durch individuelle D&O-Versicherungen verdrängt wird. Erstens drohen im Bereich der Managerhaftung Schäden in massiver Größenordnung, für die eine individuelle D&O-Versicherungen keine ausreichende Versicherungssumme zur Verfügung stellen kann.⁴²⁰ Zweitens wären die Prämien, die nicht gesellschaftsfinanziert sein dürfen, für einen primären Versicherungsschutz viel zu hoch.⁴²¹ Drittens kann der Versicherer nicht die Funktion als Mediator wahrnehmen.⁴²² Und viertens hat eine individuelle D&O-Versicherung eine Magnetwirkung für Haftpflichtansprüche, da hinter dem versicherten Vorstandsmitgliede ein solventer Versicherer steht.⁴²³ Aus diesen Gründen waren nicht-subsidiäre individuelle D&O-Versicherungen in der Vergangenheit bedeutungslos (Marktanteil unter 1 Prozent)⁴²⁴ und werden dies auch in Zukunft bleiben.

D. Zusammenfassender Modellvorschlag

Zusammenfassend empfiehlt sich nach den vorangegangenen Überlegungen folgende Gestaltung der SB-Police: Die SB-Versicherung sollte bei dem Versicherer abgeschlossen werden, der auch die Unternehmens-D&O-Police führt. Die Gesellschaft sollte nicht auf die Bedingungen der SB-

⁴¹⁸ *Messmer*, ZfV 2009, 737, 743.

⁴¹⁹ *Messmer*, ZfV 2009, 737, 743; *Palmberger/Honisch*, VP 2009, 233, 237.

⁴²⁰ *Ihlas*, S. 335 f.; *Schulze/R. J. Koch*, VW 2010, 424.

⁴²¹ Vgl. *Ihlas*, S. 335 f.

⁴²² Vgl. *Lange*, r+s 2010, 92, 93 f. (ausführlich).

⁴²³ *Ihlas*, S. 336; *Lange*, r+s 2010, 92, 95.

⁴²⁴ *Ihlas*, S. 335.

Versicherung für ihre Vorstände Einfluss nehmen und nicht an etwaigen Kollektivrahmenverträgen beteiligt sein. Der Deckungsumfang sollte mindestens so weit gehen wie bei der Unternehmens-Police (Stichwort: Harmonisierung der Policen). Sind die Bedingungen der Unternehmens-Police nicht bekannt, empfiehlt sich der Abschluss einer subsidiären Individual-D&O-Police. Soweit die Unternehmens-D&O-Police Deckung gewährt, sollte eine Folgepflicht vereinbart werden. Die Prämienhöhe kann der Versicherer frei wählen, sollte aber freiwillig den Fremdvergleichsgrundsatz beachten. Der Versicherte sollte auf eine ausreichende Deckungssumme achten, insbesondere wenn keine selbstständige Versicherungssumme zur Verfügung steht. Eine Anrechnung auf die Versicherungssumme der D&O-Police ist jedoch in jedem Fall unzulässig. Besteht bei Kollektivlösungen keine selbstständige Versicherungssumme, sollte sich der Versicherte bewusst sein, dass ein Gesamtverbrauch der Versicherungssumme durch andere droht. Unabhängigeren Schutz bietet eine subsidiäre Individual-D&O-Police mit selbstständiger Versicherungssumme. Für diese bestehen in der Literatur auch die geringsten Bedenken.⁴²⁵ Die dafür fälligen Prämien dürfen aber erheblich über denen kollektiver Versicherungslösungen liegen. Die Versicherer müssen bei Schaffung zusätzlicher Kapazitäten „sehr genau auf ihre Gesamtengagements auf einzelne Unternehmensrisiken achten“.⁴²⁶

Die Gesellschaft sollte eine Eigenschadenversicherung für den Selbstbehalt abschließen, die in Höhe des Selbstbehalts in Vorleistung geht und bei der SB-Versicherung des Vorstands regressiert, sodass ihr Schutz wie bei einer D&O-Police ohne Selbstbehalt ist. Für den Versicherer hat dies den großen Vorteil, dass er keine Zusatzkapazitäten schaffen muss, sofern als Obergrenze für die SB-Versicherungssumme die vor dem Versicherungsfall noch verfügbare D&O-Versicherungssumme vereinbart wird.

Ausscheiden aus dem Vorstand, Mandatswechsel und ggf. Wechsel des D&O-Versicherers können sich auf den Versicherungsschutz unter der SB-Police auswirken. Diese Fälle sollten bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden, um mögliche Deckungslücken zu vermeiden. Bei Mandatswechsel dürfte dies selbst bei vollkommen selbstständigen Versicherungslösungen gelten, da das versicherte Risiko immer vom jeweiligen Mandat abhängt.

⁴²⁵ *Gädtker/Wax*, AG 2010, 851, 863 f., 866 f.; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 743 f.; *PalMBERGER/HONISCH*, VP 2009, 233, 237.

⁴²⁶ *Messmer*, ZfV 2009, 737, 744.

Abschließend sei angemerkt, dass entgegen der Ansicht *Möhrles*⁴²⁷ auch bei Abschluss einer Selbstbehalt-Versicherung durch versicherte Personen eine positive Entsprechungserklärung im Sinne des § 161 AktG abgegeben werden kann, denn die Selbstbehalt-Versicherung ist nicht der Sphäre der Gesellschaft zuzuordnen. Allenfalls die ohnehin problematische Involvierung der Gesellschaft in den Versicherungsschutz des Vorstands könnte eine Auswirkung auf die Entsprechungserklärung haben.

Teil 4. Kritische Würdigung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG

A. Verhaltenssteuernde Wirkung des Selbstbehalts

I. Zusammenhang von Sorgfalt und Haftung

Das Risiko, mit dem persönlichen Vermögen zu haften, hat unstreitig eine verhaltenssteuernde Wirkung.⁴²⁸ Sofern eine Person darauf vertrauen kann, dass ein möglicher Schaden vom Versicherer übernommen wird, könnte sie eine verminderte Sorgfalt zeigen.⁴²⁹ Ein Selbstbehalt könnte hier korrigierend eingreifen und die verhaltenssteuernde Wirkung (teilweise) wieder herstellen. Mit anderen Worten könnten durch die Haftpflichtversicherung interne Effekte (nämlich die Haftung) externalisiert werden, die durch den zwingenden Selbstbehalt (teilweise) re-internalisiert werden könnten.⁴³⁰

Persönliche Haftung und das persönliche Maß an Sorgfalt sind aber nicht proportional zueinander. Dies wird teilweise übersehen. Fehlende Haftung ist sicherlich mit geringer Sorgfalt verbunden. Es wird allerdings einen (individuellen) Schwellenwert geben, ab dem ein zusätzliches Haftungsrisiko keine Erhöhung der persönlichen Sorgfalt mehr verursacht. Vielmehr wird es einen Punkt geben, ab dem ein Mehr an Haftung in Risikoaversion umschlägt.⁴³¹ Letzteres wäre insofern bedenklich, als Risikobereitschaft ein Kernelement des Unternehmertums ist und wichtig für die Innovationskraft der Wirtschaft ist. Auch ein aufwändiges Risikomanagement auf Kosten der Gesellschaft, etwa durch Einschaltung von Gutachtern, ist als Folge denkbar.⁴³² Es ist zudem zu beachten, dass die Schadenseintrittswahr-

⁴²⁷ *Möhrle*, S. 138 f.

⁴²⁸ Vgl. *Möhrle*, S. 115; *Pammler*, S. 62 f.; vgl. zur ökonomischen Theorie des Haftungsrechts *Küpper-Dirks*, S. 101 ff.

⁴²⁹ Ähnlich *Pammler*, S. 64.

⁴³⁰ Vgl. *Küpper-Dirks*, S. 102.

⁴³¹ So auch *Haller*, Rn. 440; *Weise*, S. 22.

⁴³² *Schulz*, ZfV 2009, 558, 559.

scheinlichkeit eine wesentlich stärkere verhaltenssteuernde Wirkung hat als der Umfang der persönlichen Haftung.⁴³³

II. D&O-Versicherung mit erheblichen Unsicherheiten behaftet

Dass ein zusätzliches Haftungsrisiko keine Erhöhung der persönlichen Sorgfalt mehr verursacht, kommt im Falle der D&O-Versicherung in Betracht. Denn ein unzulänglicher Versicherungsschutz mit erheblichen Unsicherheiten wäre kaum geeignet, den Vorstand zu einer verminderten Sorgfalt zu veranlassen.⁴³⁴ Die D&O-Versicherung verschafft dem Vorstand nur einen begrenzten Schutz.⁴³⁵ Unter anderem auch, weil die Versicherer ihren Versicherten möglichst keine Anreize bieten wollen, ihr optimales Sorgfaltsniveau zu verletzen.⁴³⁶

Der unbegrenzten Haftung und den unkalkulierbar hohen Großschäden steht eine oft unzureichende Versicherungssumme gegenüber, die für die Kosten, aber oft nicht für den Schaden reicht.⁴³⁷ Die Eintrittswahrscheinlichkeit der versicherten Schäden ist gering,⁴³⁸ sodass es sich um keine Frequenzschadenversicherung handelt. Die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung ist in diesen Fällen ohnehin schon gering.⁴³⁹ Außerdem bestehen zahlreiche Ausschlüsse und die Schadensregulierung erfolgt langsam.⁴⁴⁰ So besteht insbesondere keine Deckung bei vorsätzlicher Schadensherbeiführung (vgl. § 103 VVG) und regelmäßig sind auch wissentliche Pflichtverletzungen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.⁴⁴¹ Versichert ist nur die (unwissentliche) fahrlässige Pflichtverletzung.⁴⁴² „Einer derartigen Pflichtverletzung ist eigen, dass sie von einem Täter begangen wird, der sich gar nicht bewusst ist, einen Fehler zu machen. Ein solcher Täter wird sich von der Tat jedoch auch nicht durch das Wissen um einen Selbstbehalt abhalten lassen, denn er handelt ja in dem Bewusstsein, sich sachgerecht zu

⁴³³ Möhrle, S. 132; Pammler, S. 80.

⁴³⁴ Ähnlich R. J. Koch, S. 99; a. A. wohl Pammler, S. 78.

⁴³⁵ Albers, CCZ 2009, 222, 222; Ferck, S. 108 f.; Hüffer, § 93 Rn. 18b; Ihlas, S. 637; Möhrle, S. 117.

⁴³⁶ Küpper-Dirks, S. 122.

⁴³⁷ Albers, CCZ 2009, 222, 222; Ihlas, S. 75, 424, 637; Jost, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10; R. J. Koch, S. 100.

⁴³⁸ Hirte, S. 4; van Kann, NZG 2009, 1010, 1010.

⁴³⁹ Fn. 433.

⁴⁴⁰ Ihlas, S. 75, 423, 637; R. J. Koch, S. 100.

⁴⁴¹ Vgl. Ziff. 5.1 AVB-AVG 2010 (Fn. 161); Hirte, S. 3 f.; Küpper-Dirks, S. 66 f.; Lange, DStR 2002, 1674, 1676; Möhrle, S. 132; Ries/Peiniger, S. 168.

⁴⁴² Hirte, S. 3; Lange, DB 2003, 1833, 1836.

verhalten und ist deshalb nicht taugliches Objekt irgendeiner Motivationshilfe.⁴⁴³ Zuweilen ist die D&O-Police auch durch Rücktritt oder Anfechtung gerade dann erloschen, wenn sie in Anspruch genommen werden soll.⁴⁴⁴ Beispielsweise wegen vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzung.⁴⁴⁵ Durch das *claims-made*-Prinzip haben die Versicherer auch die Möglichkeit sich von einem Haftpflichtrisiko für die Zukunft zu trennen oder die Versicherung nur unter geänderten Bedingungen weiterzuführen.⁴⁴⁶ Hinzu kommt, dass bei Tresor-Policen⁴⁴⁷ viele Versicherte gar nicht über ihren Versicherungsschutz oder zumindest nicht über den genauen Deckungsumfang wissen.⁴⁴⁸

Als „Rundum-Sorglos-Paket“ kann die D&O-Versicherung daher nicht bezeichnet werden.⁴⁴⁹ Vielmehr ist sie „stets eine unzulängliche Versicherung“⁴⁵⁰ mit einer erheblichen Unsicherheit für die versicherten Personen. „Großschäden jenseits der Versicherungssummen sind ein Eigenrisiko, welches die Organmitglieder im Selbstbehalt tragen.“⁴⁵¹ Und auch im Rahmen von Vergleichsvereinbarungen wird häufig „ein persönlicher finanzieller Beitrag des Vorstands eingefordert“.⁴⁵² Bei einem Risiko, das ohnehin nicht voll versicherbar ist, macht ein zusätzlicher Selbstbehalt innerhalb der Versicherung keinen Sinn,⁴⁵³ sofern er auf eine verhaltenssteuernde Wirkung abzielt. Zudem wirken – unabhängig von der Haftung – auch mögliche strafrechtliche Konsequenzen sowie die drohenden dienstvertraglichen Folgen und Rufschäden sowie mögliche familiäre und gesundheitliche Belastungen verhaltenssteuernd.⁴⁵⁴ Eine verminderte Sorgfalt

⁴⁴³ Lange, DB 2003, 1833, 1836; ebenso Albers, CCZ 2009, 222, 222; Hirte, S. 4; Hölters, in: Hölters, § 93 Rn. 406; R. J. Koch, S. 100; Möhrle, S. 117, 132 ff.; a. A. (jeweils unter Verweis auf die Beweisproblematik) Ferck, S. 109 f.; Pammler, S. 78 f.

⁴⁴⁴ Ihlas, S. 423; R. J. Koch, S. 100.

⁴⁴⁵ Vgl. S. 59.

⁴⁴⁶ Möhrle, S. 119; Schmitt, S. 124 f.; Schramm, ZVersWiss SJ 2006, 285, 295; Schulze Schwienhorst, in: Looschelders/Pohlmann, § 100 Rn. 8.

⁴⁴⁷ Vgl. S. 60.

⁴⁴⁸ Albers, CCZ 2009, 222, 222.

⁴⁴⁹ Ihlas, S. 75, 425.

⁴⁵⁰ Ihlas, S. 423.

⁴⁵¹ Ihlas, S. 423, 425; ebenso Albers, CCZ 2009, 222, 222; Dreher/Görner, ZIP 2003, 2321, 2323.

⁴⁵² Albers, CCZ 2009, 222, 223.

⁴⁵³ Ihlas, S. 424.

⁴⁵⁴ Albers, CCZ 2009, 222, 222; Dreher/Görner, ZIP 2003, 2321, 2323; Ihlas, S. 424; Möhrle, S. 116 ff.; Pammler, S. 63.

bei der Ausübung des Berufes ist aufgrund der fortbestehenden Risiken auch bei einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt nicht zu erwarten und schon gar nicht bewiesen.⁴⁵⁵

Dies erklärt auch, warum der persönliche Selbstbehalt aus der Sicht der Versicherer eine vernachlässigbare Auswirkung auf das versicherte Risiko hat und für die D&O-Prämienfindung, die nur von unternehmensbezogenen Daten abhängig ist, irrelevant ist.⁴⁵⁶ Daher spielt ein persönlicher Selbstbehalt in der D&O-Versicherung auch international keine Rolle.⁴⁵⁷

Als Zwischenergebnis kann folglich festgehalten werden, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der persönlichen Haftung durch die D&O-Versicherung nicht beeinträchtigt wird und ein zusätzlicher Selbstbehalt keine signifikante Veränderung des Verhaltens verursachen wird. Die Annahme des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung⁴⁵⁸ ist daher unzutreffend.

III. Wirkungslosigkeit des versicherten Selbstbehalts

Aber selbst wenn dem zusätzlichen persönlichen Selbstbehalt im Rahmen der D&O-Versicherung eine verhaltenssteuernde Wirkung zugeschrieben würde, wird diese durch den Abschluss einer Selbstbehalt-Versicherung wieder ausgehebelt.⁴⁵⁹ Dies gilt spätestens vollends dann wenn die Prämie als zulässige Vergütung für ein erhöhtes Risiko in die Vorstandsvergütung eingepreist wird.⁴⁶⁰ Weder die Selbstbehalt-Versicherung, noch die Einpreisung kann der Gesetzgeber verhindern. Das gesetzgeberische Ziel kann daher nicht erreicht werden. Allenfalls schafft das Selbstbehaltsgebot möglicherweise ein stärkeres Bewusstsein⁴⁶¹ des im Ergebnis insoweit versicherten Selbstbehaltsrisikos.

IV. Nachteile des Selbstbehaltsgebots

Das Selbstbehaltsgebot verkompliziert die Abwicklung von gemeldeten Schadensfällen und schafft erheblichen zusätzlichen administrativen Auf-

⁴⁵⁵ *Ihlas*, S. 422; *R. J. Koch*, S. 99 f.; *Möhrle*, S. 116 f.

⁴⁵⁶ *Ihlas*, S. 75; *Möhrle*, S. 126.

⁴⁵⁷ *Ihlas*, S. 75, 420, 422; *Thümmel*, Rn. 433.

⁴⁵⁸ BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

⁴⁵⁹ Vgl. S. 45; „Die pädagogische Durchschlagskraft des gesetzlich vorgeschriebenen Selbstbehalts für Manager entspricht also einem von Eltern im Wohnzimmer verhängten Fernsehverbot, wenn der Nachwuchs auch in seinem Zimmer eine Glotze stehen hat.“ (*Krüger*, FTD, 04.08.2009).

⁴⁶⁰ Vgl. S. 49; *Lorenz*, S. 189.

⁴⁶¹ Fn. 341.

wand, mithin ein deutliches Mehr an Bürokratie und Kosten. Die gesetzliche Regelung des Selbstbehaltsgebots in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG lässt darüber hinaus so viele Fragen offen, dass große Spielräume, aber vor allem auch ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bestehen. Zumindest die gesetzgeberische Umsetzung wird daher zu Recht kritisiert.⁴⁶² Schafft der Gesetzgeber keine klarstellenden Regelungen, wird die entstandene Rechtsunsicherheit nur sehr allmählich durch Gerichte als „Nebengesetzgeber“⁴⁶³ aufgelöst werden können. Die Rahmenbedingungen für Führungskräfte verschlechtern sich dementsprechend, wodurch deutsche Unternehmen Nachteile „im internationalen Wettbewerb um die besten Führungskräfte“ haben könnten.⁴⁶⁴ Dies alles schadet insbesondere auch der Gesellschaft, die nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich vom zwingenden Selbstbehalt profitieren soll. Außerdem entwertet der Selbstbehalt den Versicherungsschutz sowohl für die Versicherten als auch für die Gesellschaft in Form eines höheren Ausfallrisikos.

Wird nun in die Abwägung eingestellt, dass das gesetzgeberische Ziel des zwingenden Selbstbehalts aus den genannten Gründen ohnehin nicht erreicht werden kann, kann angesichts dieser gravierenden Nachteile nur gefordert werden, das Selbstbehaltsgebot wieder aus dem Gesetz zu streichen.⁴⁶⁵ Verfassungswidrig ist der zwingende Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG jedoch nicht.⁴⁶⁶

V. Regelung mit politischem Symbolcharakter

Die Versicherbarkeit des Selbstbehalts war dem Gesetzgeber ebenso bewusst wie die berechtigte Kritik an der Geeignetheit des Selbstbehaltsgebots. Dass er sich dennoch zu dieser Regelung entschieden hat, dürfte in dem „politischen Signal“ begründet liegen, das vom Gebot ausgeht.⁴⁶⁷ Das Bestehen der D&O-Versicherung vermittelt – als Folge einer unzulässigen Reduktion ihrer Komplexität – den Eindruck, „unfähige“ Manager müssten

⁴⁶² Laschet, PHi 2009, 158, 166; Wendler, ZfV 2009, 593, 600.

⁴⁶³ Vgl. Messmer, ZfV 2009, 737, 744.

⁴⁶⁴ Albers, CCZ 2009, 222, 226.

⁴⁶⁵ Ähnlich im Ergebnis Franz, DB 2009, 2764, 2773 („sollte gestrichen oder zumindest konkretisiert werden“); Laschet, AnwBl 2009, 533 („kassieren oder aber klarstellen“); Ihlas hat damit Recht behalten, als er schon vor Schaffung des VorstAG feststellte: „Wenn sich der deutsche Gesetzgeber der D&O-Versicherung jemals widmen müsste, wird dabei nichts Gutes herauskommen können.“ (Ihlas, S. 57); a. A. Kerst, WM 2010, 594, 509 (Pflichtselbstbehalt sei rechtspolitisch zu begrüßen).

⁴⁶⁶ S. 4.

⁴⁶⁷ Ihlas, S. 75, 425, 633 (noch zum DCGK).

sich an dem von ihnen verursachten Schaden nicht oder nur kaum beteiligen.⁴⁶⁸ In den Medien wird die D&O-Versicherung gerne unzutreffend als „Vollkasko-Versicherung“ dargestellt.⁴⁶⁹ Von der Einführung des Selbstbehalts geht hier die Botschaft aus, dass dieser „Missstand“ von der Politik korrigiert wird. Eine solche Botschaft wird von der Öffentlichkeit – gerade während einer Wirtschaftskrise – wohlwollend entgegengenommen und besitzt mediale Strahlkraft. *Ihlas* stellt zutreffend fest, dass der D&O-Selbstbehalt „in Deutschland eine Ventilfunktion“ hat.⁴⁷⁰ Nicht ohne Grund wurde das VorstAG kurz vor der Bundestagswahl 2009 nach einem ungewöhnlich kurzen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet.⁴⁷¹ Letztlich ist politischer Aktionismus für die Einführung des Selbstbehaltsgebots verantwortlich zu machen.⁴⁷² Dass Führungskräfte ihre Tätigkeit keinesfalls risikolos ausüben und § 93 Abs. 2 S. 3 AktG praktisch wirkungslos ist, wird hingegen nicht (mit gleicher Intensität) in der Öffentlichkeit wahrgenommen.

Aus diesem Grund ist es auch nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber der Beurteilung in dieser Arbeit folgen wird und das Selbstbehaltsgebot wieder aus dem Gesetz streicht. Damit bleibt § 93 Abs. 2 S. 3 AktG auf absehbare Zeit eine Herausforderung insbesondere für die Versicherungswirtschaft, geeignete, gesetzeskonforme D&O- und SB-Produkte zu schaffen.

B. Alternativen zum zwingenden Selbstbehalt

Will der Gesetzgeber ein zusätzliches verhaltenssteuerndes Instrument, weil er entgegen der hier vertretenen Auffassung die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung durch die D&O-Versicherung eingeschränkt sieht, wäre das von *Hirte* vorgeschlagene Tätigkeitsverbot für unzuverlässige Geschäftsleiter⁴⁷³ eine effektive Alternative zum wirkungslosen Selbstbehalt. Auch eine stärkere Vergütung in Aktien mit langer Haltefrist, wie sie *von Werder* vorschlägt, reduziert das Prinzipal-Agenten-Problem, indem es Vorstände verstärkt zu Mitgesellschaftern macht.⁴⁷⁴

⁴⁶⁸ Vgl. *Ihlas*, S. 75, 635 ff.; *Wendler*, ZfV 2009, 593, 593.

⁴⁶⁹ *Ihlas*, S. 636 f.; *Jost*, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10.

⁴⁷⁰ *Ihlas*, S. 597.

⁴⁷¹ *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1349; *Laschet*, AnwBl 2009, 533, *Laschet*, PHi 2009, 158, 166; *Messmer*, ZfV 2009, 737, 737; *Schulz*, ZfV 2009, 558, 558.

⁴⁷² *Jost*, DIE WELT, 04.06.2010, S. 10.

⁴⁷³ *Hirte*, S. 5 ff.

⁴⁷⁴ *Jost*, DIE WELT 04.06.2010, 10.

Teil 5. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der zwingende Selbstbehalt gilt nicht nur für Vorstandsmitglieder einer AG, sondern auch für solche einer Genossenschaft und eines großen VVaG sowie für Mitglieder des Leitungsorgans oder geschäftsführende Direktoren einer SE und für geschäftsführende persönlich haftende Gesellschafter der KGaA. Darüber hinaus gilt das Selbstbehaltsgebot auch für andere Gesellschaften unter deutschem Recht, sofern und soweit sie die betroffenen Personen mitversichern.
2. Der Selbstbehalt gilt nicht nur für die Innenverhältnisdeckung, sondern auch für die Außenverhältnisdeckung. Eine Erstreckung auf Abwehrkosten ist nicht zwingend. Bei Vergleichen wird der Selbstbehalt bezüglich des Vergleichsbetrags nur bei Anerkennung der Pflichtverletzung fällig.
3. Der Selbstbehalt gilt grundsätzlich für alle Versicherungsfälle. Ausnahmen bestehen für Anstellungsverträge mit selbstbehaltsloser Versicherungsgewährung, die vor August 2009 geschlossen wurden, und für Pflichtverletzungen, die vor August 2009 begangen wurden.
4. Bezugsjahr für den Mindestselbstbehalt ist das Anstellungsjahr der Pflichtverletzung. Bei Pflichtverletzungen aus mehreren Anstellungsjahren gilt als Obergrenze ein gewichteter Mittelwert.
5. Auch in Fällen gesamtschuldnerischer Haftung ist zwingend nur der eigene Selbstbehalt zu tragen. Der Selbstbehalt berechnet sich dabei nach folgender Formel: versicherter Gesamtschaden x individueller Verursachungsanteil x 10 Prozent, höchstens aber 1,5 Jahresfestbezüge.
6. Die „feste Vergütung“ umfasst alle Vergütungsbestandteile, die zu Beginn des Versicherungsjahres eindeutig feststehen. Dazu gehören auch die zu Beginn des Versicherungsjahres feststehenden variablen Vergütungsbestandteile der Vergangenheit.
7. Wird mit der Vergütung nicht nur die Vorstandstätigkeit bei der versicherungsnehmenden Gesellschaft vergütet oder wird die Vorstandstätigkeit durch eine anderweitige Vergütung mit abgegolten, ist eine anteilige Vergütung zu ermitteln.
8. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB. Ein Verstoß führt zur Teilnichtigkeit. Die verbotswidrige Klausel ist geltungserhaltend zu reduzieren, sodass der gesetzliche Pflichtselbstbehalt als vereinbart gilt.
9. Die D&O-Selbstbehalt-Versicherung ist zulässig, obwohl dadurch die vom Gesetzgeber angestrebte verhaltenssteuernde Wirkung ausgehebelt

wird. Die Versicherung des Selbstbehalts ist ein Umgehungsgeschäft, das aber grundsätzlich ohne Rechtsfolge bleibt, da weder Vorstand, noch Versicherer Adressaten des Verbots sind.

10. Verfassungsrechtliche Gründe sprechen gegen ein Verbot der vorstandsfinanzierten D&O-Selbstbehalt-Versicherung.
11. Ist der Vorstand nicht gegenüber der Gesellschaft zum Abschluss einer D&O-Selbstbehalt-Versicherung verpflichtet, ist die Einpreisung seines erhöhten Risikos in die Festvergütung zulässig. Die Wirksamkeit der Selbstbehalt-Versicherung ist davon nicht betroffen.
12. Die Gesellschaft kann ihr Ausfallrisiko durch eine Eigenversicherung versichern, sofern der Versicherer nicht vor dem Versicherungsfall vertraglich auf einen Regress gegen das Vorstandsmitglied verzichtet.
13. Die Gestaltungsmöglichkeiten für die D&O-Selbstbehalt-Versicherung sind vielfältig. Es kommt auf die jeweiligen Bedürfnisse im Einzelfall an. Das Vorstandsmitglied ist in jedem Fall umfassend über die Vor- und Nachteile der jeweiligen Gestaltung zu informieren (Transparenz). Bei den Prämien sollte freiwillig der Fremdvergleichsgrundsatz eingehalten werden.
14. Die Gesellschaft sollte nicht an einem Kollektivrahmenvertrag oder in ähnlicher Weise an der Versicherung des Selbstbehalts beteiligt sein.
15. Ein Verweis auf D&O-AVB in der SB-Police ist nur wirksam, wenn das Vorstandsmitglied die Möglichkeit hat, von den D&O-AVB Kenntnis zu nehmen.
16. Die Zustimmung der Gesellschaft zur Anrechnung (Anrechnungsklausel) ist als unzulässiges Umgehungsgeschäft nichtig. Die entsprechende Anrechnungsklausel in der SB-Police ist in der Folge als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam. Das Regressmodell ist hingegen zulässig, wenn die Anrechnung nur aufgrund einer gesellschaftseigenen Eigenversicherung (Ausfalldeckung) erfolgt.
17. Bei Vereinbarung einer mit anderen Personen gemeinsamen Versicherungssumme können Kumulierungseffekte den individuellen Schutz reduzieren und den Vertragszweck gefährden. Eine grundsätzliche unangemessene Benachteiligung liegt hierin aber nicht.
18. Eine verminderte Sorgfalt bei der Ausübung des Berufes ist aufgrund des unzulänglichen D&O-Versicherungsschutzes und der fortbestehenden Risiken auch bei einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt nicht zu erwarten und schon gar nicht bewiesen. Der zusätzliche Selbstbehalt

wird keine signifikante Veränderung des Verhaltens verursachen. Die Annahme des Gesetzgebers ist daher unzutreffend.

19. Das gesetzgeberische Ziel kann durch den zwingenden Selbstbehalt nicht erreicht werden. Ein Tätigkeitsverbot für unzuverlässige Geschäftsleiter bzw. eine stärkere Vergütung in Aktien mit langer Haltefrist wären effektive Alternativen. Der Pflichtselbstbehalt bringt nur ein Mehr an Bürokratie und Kosten, ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit sowie ein höheres Ausfallrisiko für die Geschädigten. Das Selbstbehaltsgebot sollte daher wieder aus dem Gesetz gestrichen werden. Aus politischen Gründen ist dies jedoch nicht zu erwarten.