

Die Versicherung der obligatorischen Selbstbeteiligung in der D&O-Versicherung

*von Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst und Dr. Rebecca Julia Koch, Münster**

D&O-Versicherungen, die von Aktiengesellschaften finanziert werden, müssen nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ab dem 1.07.2010 eine Selbstbeteiligung für Vorstandsmitglieder enthalten. Die Neuregelung ist für die Betroffenen ein Quell zahlreicher Fragestellungen.¹ Überraschend führt das Aktiengesetz den Begriff der „Selbstbeteiligung“ ein und lässt die konkrete Umsetzung offen. Eindeutig ist aber die gesetzliche Forderung an Vorstandsmitglieder, zukünftig einen Teil des Schadens in der persönlichen Sphäre zu tragen.

Der Versicherungsschutz für die Selbstbeteiligung muss sich an den Interessen des versicherten Vorstandsmitgliedes und nach aktienrechtlichen Vorgaben ausrichten. Versicherungsvertragliche Gestaltungen müssen sich diesem Primat unterordnen. Dieser Beitrag liefert Hinweise zur sachgerechten Umsetzung der Selbstbeteiligung in der Aktiengesellschaft und stellt die sich daraus ergebenden Anforderungen an einen Versicherungsschutz dar.

1. Unsichere Rechtslage erschwert Versicherungsschutz

Die gesetzliche Regelung der Selbstbeteiligung ist oberflächlich. Dies führt zu Unsicherheiten über die Gestaltung der Regelung in der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung.² Daraus ergeben sich schließlich komplexe Fragestellungen im Hinblick auf die Versicherung der Selbstbeteiligung.

In dieser Situation empfiehlt sich in einem ersten Schritt eine Regelung zu einem gemeinsamen Verständnis von Aktiengesellschaft und Vorständen zum Umgang mit der gesetzlich geforderten Selbstbeteiligung. Die Umsetzung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG erfordert in jedem Fall eine Abwägung durch die Aktiengesellschaft. Der Wortlaut des Gesetzes macht deutlich, dass es sich um eine „mindestens“ umzusetzende persönliche Beteiligung der Vorstände an einem Schaden handelt. Will eine Aktiengesellschaft gegenüber Vorständen lediglich auf diese Mindestbeteiligung abstellen, sollte ein entsprechender Abwägungsprozess erkennbar sein. Die Umsetzung der Selbstbeteiligung ist damit keine Aufgabe, die allein zwischen Versicherungseinkauf und D&O-Versicherer zu entscheiden ist.

Die Verständigung zwischen Unternehmen und Vorstand sollte in die Regelung zur Selbstbeteiligung der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung eingeführt werden.

Die vom jeweiligen Vorstand zu tragende Beteiligung und damit der Umfang des benötigten persönlichen Versicherungsschutzes werden so konkretisiert.

2. Das Vorstandsmitglied als Versicherungsnehmer

Der zunächst verfolgte Ansatz, Vorstandsmitgliedern persönlichen Versicherungsschutz zu versagen, ist bereits im Gesetzgebungsverfahren diskutiert und als verfassungswidrig verworfen worden.³ An der Rechtmäßigkeit eines persönlichen Versicherungsschutzes besteht damit kein Zweifel.⁴ Bereits in der Beratung zum Gesetzgebungsverfahren verfestigte sich die Ansicht, dass die eigenständige Versicherung der Selbstbeteiligung durch die Vorstände keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet, wenn die Vorstände eine Versicherung der Selbstbeteiligung (i. F.: „SB-Versicherung“) auf eigene Kosten abschließen.⁵ Das Vorstandsmitglied entscheidet damit für sich, ob er die Selbstbeteiligung unmittelbar tragen oder in Form eines persönlichen Versicherungsschutzes auf einen Versicherer transferieren möchte.

Entscheidet sich das Vorstandsmitglied für den Abschluss eines Versicherungsvertrages, sind die Rahmenbedingungen des „Privatkundengeschäfts“⁶ zu beachten.

3. Interessenkonflikte

Das Vorstandsmitglied als Versicherungsnehmer der SB-Versicherung vertritt zugleich als Leitungsorgan das Unternehmen, welches seinerseits Versicherungsnehmer der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung ist. Diese Situation kann zu Interessenkonflikten führen: Als Privatperson wird das Vorstandsmitglied das Interesse an einer „schonenden“ und wirtschaftlich geringen Belastung verfolgen. Aus Sicht des Unternehmens geht es um eine angemessene und rechtmäßige Verlagerung der Risikotragung auf den Vorstand.

Wegen der organschaftlichen Treubindung von Vorstandsmitgliedern⁷ führen Interessenkonflikte zu einer faktischen Schwächung der Rechtsposition von Organen. Der Deutsche Corporate Governance Kodex formuliert dazu: „Kein Mitglied des Vorstands darf bei seinen Entscheidungen persönliche Interessen verfolgen (...).“⁸ Auch für Vorstandsmitglieder nicht börsennotierter Aktiengesellschaften kann die Erlangung persönlicher Vorteile auf Kosten des Unternehmens zu Konflikten führen.⁹ Interessenkonflikte sind zu Gunsten der Aktiengesellschaft aufzulösen oder jedenfalls transparent darzulegen.

Daraus ergibt sich zunächst das Erfordernis separater Versicherungsverträge.¹⁰ Nur diese tragen dem Umstand Rechnung, dass das Selbstbeteiligungsrisiko klar dem persönlichen Verantwortungsbereich des Unternehmensleiters zugeordnet wird. Da der Gegenstand der SB-Versicherung durch die Formulierung der Selbstbeteiligung

in der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung bestimmt wird, haben beide Versicherungsverträge zwar eine logische Verbindung zueinander. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die der rechtlichen Vertretungs- und Versicherungsnehmersituation immanente Interessenkollision verstärkt wird.

Problematisch erscheinen weiter getrennte Versicherungsverträge, die Unternehmensinteressen mit denen der Privatperson wirtschaftlich oder rechtlich verknüpfen.

Produkte, die beispielsweise eine kalkulatorische Verknüpfung von Privat- und Unternehmenspolice vermuten lassen, verkürzen die Versicherungssumme der Unternehmensdeckung und verlagern die frei gewordene Kapazität auf die Privatpolicen. Die Prämie des Unternehmens wird in einigen Fällen nicht verringert und dafür werden SB-Policen gegen eine geringe „Ausfertigungsgebühr“ ausgestellt. Aus Sicht der Versicherungswirtschaft ergibt sich der Vorteil, dass für das Gesamtrisiko „Managerhaftung im einem Konzern“ keine erhöhte Versicherungssumme zur Verfügung gestellt werden muss. Dieses Vorgehen beinhaltet aber zwei wesentliche Nachteile: Die Verkürzung der Versicherungssumme des Unternehmens um die Selbstbeteiligungen kann im Extremfall (bei hohen Gehältern und niedriger Versicherungssumme in der Unternehmens-Police) dazu führen, dass die Versicherungssumme des Unternehmens durch Selbstbeteiligungen weitgehend aufgezehrt wird.¹¹ Ein weiterer Nachteil ist die dem Modell innewohnende „Quersubventionierung“ der SB-Policen. Das Vorstandsmitglied erzielt möglicherweise einen ungerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil.¹²

Eine rechtliche Abhängigkeit der beiden Verträge entsteht, wenn das Schicksal der SB-Versicherung an das Schicksal der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung geknüpft wird. Kommt es z. B. zu einem Wechsel des Versicherers beim Unternehmen, endet der persönliche Versicherungsschutz für den Vorstand bei manchen Anbietern automatisch. Solche Regelungen dürften sich ebenfalls nicht empfehlen.

Vorstände und versicherte Aktiengesellschaften haben ein vorrangiges Interesse an belastbarem und zugleich unabhängigem Versicherungsschutz. Versicherungslösungen sollten Interessenkonflikte weitgehend begrenzen.¹³

4. Kongruente Vertragsgestaltung

Die SB-Versicherung verfehlt ihren Zweck, wenn ein in der unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung gedeckter Versicherungsfall eine Selbstbeteiligungspflicht auslöst, diese aber in der SB-Police nicht versichert sein sollte. Daraus ergibt sich die maßgebliche Anforderung nach Kongruenz beider Versicherungsverträge.

Es geht nicht allein um die „Wortgleichheit“ der Bedingungen, sondern um die gleichartige Auslegung und das Verständnis der Bedingungen. Die SB-Versicherung muss ein Leistungsversprechen enthalten, welches sich auf die D&O-Versicherung des Unternehmens, in welcher die Selbstbeteiligung ausgelöst wird, bezieht. Daraus ergibt sich eine anspruchsvolle Risikoermittlung und eine zusätzliche Komplexität der Produktentwicklung für den Risikoträger der SB-Versicherung.¹⁴ Der Versicherer der Selbstbeteiligung sollte an die Bedingungen und die Rechtsauffassung des D&O-Versicherers des Unternehmens gebunden werden.

5. Bedarf nach Abwehrschutz

Weiter kann sich ein Bedarf nach Abwehrschutz im Hinblick auf den Anspruch auf Leistung der Selbstbeteiligung ergeben. Wenn etwa bei der Ermittlung der Selbstbeteiligung eine unrichtige Bezugsgröße und damit ein zu hohes Jahresfestgehalt zu Grunde gelegt oder wenn wegen mehrjähriger Pflichtverletzungen Selbstbeteiligungen unzulässigerweise addiert oder Selbstbeteiligungen bei Ansprüchen Dritter abgezogen wurden, wäre es Aufgabe des SB-Versicherers, unberechtigte Ansprüche auf Leistung einer Selbstbeteiligung abzuwehren und berechtigte Ansprüche zu kompensieren. Eine klassische Haftpflichtversicherungssystematik, die an den Auslöser „Leistungspflicht Selbstbeteiligung“ geknüpft ist, dürfte diesen Anforderungen entsprechen.¹⁵

Über rein auf die Selbstbeteiligung bezogenen Versicherungsschutz hinaus mag es Bedürfnisse von Leitungsorganen geben, die weitergehenden Versicherungsschutz durch eine eigene D&O-Versicherung wünschen. Für den Fall, dass die Unternehmens-D&O-Versicherung erfolgreich angefochten wird oder z. B. die Prämien nicht bezahlt wurden, entfällt die Deckung. Es bleibt aber bei der grundsätzlichen Haftung des Vorstands, woraus sich der Bedarf nach einer individuellen D&O-Versicherung entwickeln kann, die eben *auch* das Selbstbeteiligungs-Risiko abdeckt.

Die grundsätzlich individuelle Versicherung des Managerhaftungsrisikos hat sich allerdings aus verschiedenen Gründen nicht etabliert.¹⁶ Unternehmensleitungen in global tätigen Unternehmen können durch Pflichtverletzungen Schäden in massiver Größenordnung herbeiführen. Angemessene Versicherungssummen für Einzelpersonen sind daher schwer oder gar nicht darzustellen.

6. Versicherungssumme in der SB-Versicherung

Problematisch erscheint die Höhe der sachgerechten Versicherungssumme. Im Grundsatz richtet sich auch diese nach der Vereinbarung in der Konzern-Police. Jedenfalls 150% des Jahresfestgehalts sollten als Basis versichert sein. Abhängig von der Gestaltung des Produkts sind Abwehrkosten zu berücksichtigen. Die

Versicherungssumme ist ebenso wie die Selbstbeteiligung in der D&O-Police jährlich anzupassen.¹⁷

Besondere Aufmerksamkeit verdienen Fallgestaltungen, bei denen unterschiedliche Pflichtverletzungen entdeckt und im Rahmen mehrjähriger Auseinandersetzungen geltend gemacht werden. Die Gesetzesbegründung erläutert zur Höhe der Selbstbeteiligung: „(..) Eine prozentuale Quote, die sich auf jeden einzelnen Schadensfall bezieht, und eine absolute Obergrenze, die für alle Schadensfälle in einem Jahr zusammen gilt, jedoch bei großen Schäden auch schon bei einem einzigen Schadensfall erreicht werden kann“.¹⁸ Die absolute Obergrenze wurde zum Schutz der Aktiengesellschaft vor Forderungsausfall formuliert.¹⁹ Dieses Ziel dürfte allerdings nur dann erreicht werden, wenn der Begriff „Schadenfall“ sachgerecht der Definition des Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung folgt.

7. Zusammenfassung

Die Selbstbeteiligung von Vorständen nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG kann im Rahmen persönlicher Versicherungsverträge versichert werden. Der Gegenstand der SB-Versicherung ergibt sich aus der Gestaltung der Selbstbeteiligung in der D&O-Versicherung des Unternehmens. Regelungen zur Klarstellung der Selbstbeteiligung zwischen Unternehmen und Organmitgliedern sind zu empfehlen. Die Umsetzung der Selbstbeteiligung setzt im Übrigen einen Entscheidungsprozess im Unternehmen selbst voraus.

Das Vorstandsmitglied ist persönlich Versicherungsnehmer und zugleich Vertreter des Unternehmens. Interessenkollisionen aus der Verbindung beider Stellungen sind sachgerecht zu vermeiden. SB-Versicherungen zeichnen sich dementsprechend durch eine vertraglich eigenständige Ausgestaltung ohne rechtliche oder wirtschaftliche Verknüpfung zum Versicherungsschutz des Unternehmens aus.

* Kleist Versicherungsmakler GmbH, Münster.

¹ Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555f.; Olbrich/Kassing, BB 2009, 1659 f.; Messmer, ZfV 2009, 737f. Franz, DB 2009, 2764 f. m. w. N.

² Lange, VersR 2009, 1011f.; Fiedler, MDR 2009, 1077f.; Kerst, VW 2010, 102 m. w. N.

³ So auch Schulz, VW 2009, 1410, 1414.

⁴ Gädtke, VersR 2009, 1565, 1571; Wendler, ZfV 2009, 593, 599; Hohenstatt ZIP 2009, 1349, 1354; Dauner-Lieb/Tettinger, ZIP 2009, 1555, 1557; Fiedler MDR 2009, 1077, 1082; Lange VersR 2009, 1011, 1022.

⁵ So auch die Stellungnahmen der Sachverständigen Hirte und Goette im Rechtsausschuss des Bundestages am 25.5.2009, abrufbar unter:
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/55_Vorstandsverguetung/04_Stellungnahmen/index.html

⁶ Bspw. Informationspflichten, vgl. dazu m.w.N. Looschelders/Pohlmann-Pohlmann, 1. Aufl. 2010; § 7 Rz. 7.

⁷ Vgl. dazu Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. Jahr, § 93, Rn. 5.

⁸ 4.3.3. S. 2 im Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 19.06.2009 für alle börsennotierten Aktiengesellschaften.

⁹ Siehe OLG Celle, Urt. v. 11.11.2009, AZ 9 U 31/09.

¹⁰ Teilweise offerierte Lösungen, die einen „Side-Letter“ zur unternehmensfinanzierten D&O-Versicherung formulieren, empfehlen sich nicht.

¹¹ Messmer, ZfV 2009, 737, 742.

¹² Vgl. zu Vorteilen, die geeignet sind, die Unabhängigkeit der Vorstandstätigkeit zu beeinträchtigen OLG Celle, Urt. v. 11.11.2009, AZ 9 U 31/09.

¹³ Honisch/Palmberger, VP 2009, 233, 237.

¹⁴ Vgl. dazu auch Messmer, ZfV 2009, 737, 744.

¹⁵ Vgl. zur Systematik der Haftpflichtversicherung Looschelders/Pohlmann-Schulze Schwienhorst, 1. Aufl. 2010; § 100 Rz. 1 m.w.N.

¹⁶ Zur Problematik der versicherungstechnischen Umsetzung von Einzelpolicen vgl. Ihlas, D&O, 2. Aufl., S. 334-337.

¹⁷ BT-Drucks. 16/13433 S. 17.

¹⁸ BT-Drucks. 16/13433 S. 17.

¹⁹ BT-Drucks. 16/13433 S. 17.