

an die unterbliebene Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die unbeschränkte Unterbilanz- oder Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter knüpft, ohne nach dem Schutzbedürfnis der Gläubiger im Zeitpunkt des Versäumnisses zu fragen. Zumal im Lichte der Vorschriften der § 27 Abs. 3 AktG, § 19 Abs. 4 GmbHG über die verdeckte Sacheinlage ist deshalb eine Beschränkung der Haftung auf die Differenz zwischen dem Grund- oder Stammkapital und dem im Zeitpunkt der Anmeldung der die wirtschaftliche Neugründung kennzeichnenden Satzungsänderungen tatsächlich vorhandenen Gesellschafts-

vermögen zu befürworten, wobei der Nachweis des bei Anmeldung der Satzungsänderungen vorhandenen Vermögens und seines Wertes dem sich hierauf berufenden Gesellschafter obliegt.⁴⁹

⁴⁹ Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, 2005; ebenso *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 177 (186); ferner *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 3 GmbHG Rz. 21; s. dazu auch OLG München v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09, NZG 2010, 544 (545) = GmbHR 2010, 425.

Dr. Thomas Gädtkke / Dr. Thomas Wax, München/Köln*

Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts

Eine kritische Bestandsaufnahme

Der Beitrag setzt sich kritisch mit den verschiedenen Modellen zur Versicherung des gemäß § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG zwingend zu vereinbarenden D&O-Selbstbehalts auseinander. Er gibt einen Überblick über die derzeit im Markt erhältlichen Modelle und diskutiert, ausgehend von den in der versicherungsrechtlichen Praxis geäußerten Bedenken gegen einzelne Konzepte, deren Zulässigkeit. Ein besonderer Schwerpunkt liegt dabei auf der Formulierung von Kriterien, denen zulässige Konzepte der D&O-Selbstbehaltsversicherung genügen müssen.

I. Einleitung

Seit 1.7.2010 ist die Übergangszeit für die Anpassung von D&O-Versicherungsverträgen, die vor Erlass des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) geschlossen worden sind, vorüber. D&O-Policen, die Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften¹ begünstigen, müssen seit diesem Zeitpunkt eine Regelung vorsehen, die dem jeweiligen Vorstandsmitglied im Falle seiner Inanspruchnahme für einen von ihm verursachten Schaden einen Selbstbehalt von zumindest 10 % des jeweiligen Schadens bis hin zum 1,5-fachen seines Jahresfixums aufbürdet (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG).² Eine große Anzahl von Vorstandsmitgliedern³ hat auf die neue Rechtslage zeitgleich durch Abschluss einer Versicherung

reagiert, die sie im Falle einer begründeten Inanspruchnahme nach Leistung des D&O-Versicherers aus der D&O-Police des Unternehmens⁴ von der verbleibenden Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmen in Höhe des Selbstbehalts freistellt.

Die Frage, wie die Bedingungen derartiger Versicherungen im Einzelnen auszugestalten seien, war im vergangenen Jahr das Hauptthema in der Versicherungswirtschaft. Zwei grundlegende Konzeptionen haben sich herauskristallisiert: zum einen die Eigenversicherung des Selbstbehalts, zum anderen die sog. Individual-D&O-Versicherung. Die *Eigenversicherung* des Selbstbehalts bezweckt allein die Behebung der Deckungslücke in der D&O-Police, die durch die verbindliche Aufnahme eines Selbstbehalts des Vorstandsmitglieds im Falle einer begründeten Inanspruchnahme entstanden ist. Sie wird in mehreren Varianten angeboten. Eine erste Untergruppe bilden – wiederum in unterschiedlichen Varianten – die sog. Annex- oder integrierten Modelle, bei denen der Selbstbehaltsversicherer mit dem Grundversicherer der D&O-Police des Unternehmens identisch bzw. am Unternehmensvertrag zumindest beteiligt ist. Häufig sehen derartige Modelle eine für D&O-Police und Selbstbehaltsversicherung einheitliche Versicherungssumme vor, so dass Leistungen aus der Selbstbehaltsversicherung auf die dem Unternehmen zur Verfügung stehende Deckungssumme angerechnet werden (sog. Anrechnungsmodell). Im Gegensatz zu den Annex- bzw. integrierten Modellen sind die sog. Stand-Alone-Modelle, als zweite Untergruppe, von einer Beteiligung des Selbstbehaltsversicherers an der D&O-Police unabhängig. Sie ermöglichen dem Vorstandsmit-

* Dr. Thomas Gädtkke ist Rechtsanwalt der Kanzlei Hogan Lovells International LLP und Lehrbeauftragter für Zivilprozessrecht an der LMU München, Dr. Thomas Wax ist Geschäftsführer/Gesellschafter der Dr. Ihlas GmbH.

¹ Bzw. von Gesellschaften, auf die das AktG Anwendung findet, so insbesondere SE, KGaA und VVaG.

² Gemäß Ziff. 3.8 DCGK ist der Selbstbehalt auch für Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen.

³ Nach einem Vortrag von *Ihlas* auf dem 1. Hamburger Forum Haftpflichtversicherung am 8.10.2010 wurden bis September 2010 ca. 3.000 SB-Policen abgeschlossen. Angesichts der Anzahl der Aktiengesellschaften (Stand 2008: 14.387, vgl. *Hennl/Frodermann/Jannott*, Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl. 2008, Kap. 2 Rz. 18) sowie der Tatsache, dass die größeren Aktiengesellschaften durchweg D&O-Policen abgeschlossen haben und der Vorstand in der Regel aus

mehreren Vorstandsmitgliedern besteht, ist das Marktpotenzial insgesamt noch erheblich größer.

⁴ Die D&O-Police des Unternehmens, durch die das Unternehmen bzw. der Konzern als Versicherungsnehmer Vorstandsmitglieder des Unternehmens bzw. des Konzerns als materiell begünstigte versicherte Personen gegen Haftungsrisiken aus deren Organtätigkeit versichert, wird im Folgenden als „D&O-Police“ bezeichnet.



glied damit eine flexible Auswahl des Versicherers. Diese Modelle sehen stets ein gesondertes Limit für die Selbstbehaltsversicherung vor. Die dritte Untergruppe bilden schließlich die sog. Gruppenpolicen zur Absicherung des Selbstbehalts, denen die einzelnen Vorstandsmitglieder als Mitversicherte beitreten können, sowie Kollektivrahmenverträge mit dem Unternehmen, in deren Rahmen Vorstandsmitglieder Einzelpolicen zur Versicherung des Selbstbehalts mit dem Versicherer abschließen können. Durch beide Modelle soll insbesondere der administrative Aufwand reduziert werden, der bei den integrierten bzw. Stand-Alone-Modellen aus der Verwaltung einer Vielzahl von Einzelpolicen herrührt.

Die *Individual-D&O-Police* deckt ebenfalls die etwaige Zahlungsverpflichtung des Vorstandsmitglieds in Höhe des Selbstbehalts, ist aber nicht darauf beschränkt, sondern bietet dem Vorstandsmitglied auch hinsichtlich anderer Haftungsrisiken Versicherungsschutz. Interessant ist vor allem, dass sie in den Fällen, in denen der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht unter der D&O-Police gedeckt ist, als Auffangregelung fungiert, also subsidiär für diese Fälle Versicherungsschutz gewährt. Sie stellt damit, wie ihr Name schon sagt, nichts anderes als die früher gebräuchliche Einzel-D&O-Police dar, ist allerdings an die – den Selbstbehalt konstituierende – (Unternehmens-)D&O-Police über eine Subsidiaritätsklausel gekoppelt.

Ob sich eines der genannten Modelle, die im Folgenden einheitlich als „*SB-Police(n)*“ bezeichnet werden,⁵ letztlich im Markt als am besten geeignet durchsetzen wird, ist derzeit noch nicht absehbar.⁶ Die Modelle tragen unterschiedlichen Bedürfnissen auf Seiten des Vorstandsmitglieds Rechnung und dürften damit grundsätzlich auch in Zukunft nebeneinander bestehen können. Korrigierend könnten insoweit allerdings Bedenken gegen die Zulässigkeit einzelner Gestaltungen wirken. In der versicherungsrechtlichen Praxis werden einige Modelle kritisch diskutiert. In der Literatur gibt es, anders als zur Auslegung des neuen § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, derzeit noch wenige Stellungnahmen.⁷ Es fehlt bislang nicht nur an einer detaillierten Darstellung der einzelnen Modelle, sondern vor allem an einer Entwicklung der Kriterien, anhand derer sie sich als zulässig erweisen müssten, und deren Anwendung auf die einzelnen Bedingungswerke. Dieses Ziel einer kritischen Bestandsaufnahme verfolgt der vorliegende Artikel.

Die anfängliche Debatte über die grundsätzliche Zulässigkeit der Selbstbehaltsversicherung ist hingegen inzwischen beigelegt. Die Selbstbehaltsversicherung ist nach einhelliger Meinung zulässig. Unterschiedlich sind nur

die Begründungen, die hierfür angeführt werden. Die überwiegende Meinung argumentiert, dass der Gesetzgeber sich zwar stillschweigend, aber – angesichts der Diskussion über die Selbstbehaltsversicherung im Gesetzgebungsverfahren – bewusst gegen ein Verbot der Selbstbehaltsversicherung ausgesprochen habe.⁸ Dies dürfte aus mehreren Gründen unzutreffend sein.⁹ Die Neuregelung in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ist vielmehr *verfassungskonform* dahingehend auszulegen, dass sie kein Verbot der Selbstbehaltsversicherung enthält.¹⁰

II. Kriterien zur Bewertung der SB-Policen

Die Kritik an bestimmten Modellen der Selbstbehaltsversicherung beschränkt sich häufig auf die Feststellung, diese seien nicht „compliant“, stünden also nicht in Einklang mit § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG. Die Rede von der „Unzulässigkeit“ eines bestimmten Modells ist dabei eine Vereinfachung und steht für die Wertung, dass die charakteristische Klausel, die dem Modell Bezeichnung und Gepräge verleiht, unwirksam sei. Substanz gewinnt sie erst durch eine detaillierte Darlegung der potentiellen Unwirksamkeitsgründe und deren Anwendung auf die einzelnen Bedingungswerke. Als derartige Unwirksamkeitsgründe kommen die §§ 305 ff. BGB sowie §§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 134 BGB¹¹ in Betracht.

1. Gesetzliches Verbot: § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 134 BGB

a) § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG als Verbotsnorm i.S.v. § 134 BGB

Ob § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB enthält, ist allerdings umstritten.¹² Nach der Gegenauffassung kann die Verletzung der in § 93 Abs. 2

8 So statt aller *Voit* in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Nr. 4 AVB-AVG Rz. 12 mit weiteren Nachweisen.

9 Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber sich zur Zulässigkeit der Selbstbehaltsversicherung schlicht gar nicht geäußert hat, lässt sich nicht der (methodenrechtlich erforderliche) eindeutige Schluss ziehen, der Gesetzgeber habe nicht nur für die zwingende Einführung des Selbstbehalts votiert, sondern damit implizit auch ein Verzicht auf ein Verbot der Selbstbehaltsversicherung ausdrücken wollen. Vgl. dazu ausführlich Gädtkke, VersR 2009, 1565 (1568 f.). Der Gesetzgeber scheint die Zulässigkeit der Selbstbehaltsversicherung vielmehr bewusst *offen gelassen* zu haben. Davon zeugt nicht nur die Stellungnahme einer Sprecherin des BMJ (zitiert in FTD vom 4.8.2009: „Weil ein Verbot ein sehr weitgehender Eingriff in die Privatautonomie ist, hat der Gesetzgeber diesen Punkt nicht ausdrücklich geregelt, sondern offen gelassen.“), sondern vor allem die Beschlussempfehlung. Es dürfte schwer vorstellbar sein, dass der Gesetzgeber einerseits die präventive Verhaltenssteuerung aufgrund der potentiellen Haftung des Vorstandsmitglieds mit seinem Privatvermögen als Ziel der Regelung ausgeben, andererseits aber bewusst – und wortlos – die Selbstbehaltsversicherung zulassen wollte und dadurch das mit der Neuregelung verbundene Ziel gleich von vornherein wieder insoweit entwertete, als die Zahlung der Prämien für die Selbstbehaltsversicherung und das Risiko von Prämienhöhung oder Kündigung der SB-Police im Versicherungsfall keine vergleichbare Steuerungswirkung entfalten dürften.

10 Vgl. Gädtkke, VersR 2009, 1565 (1569).

11 Nach ganz überwiegender Auffassung sind § 134 BGB und § 307 BGB nebeneinander anwendbar; vgl. etwa Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 307 BGB Rz. 12.

12 *Voit* (Fn. 8), Nr. 4 AVB-AVG Rz. 10 m.w.N.; zu den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten Gädtkke, VersR 2009, 1565 (1566 f.).

5 Soweit es auf die Unterschiede zwischen den beiden grundlegenden Konzeptionen ankommt, werden die Bezeichnungen *Eigenversicherung* und *Individual-D&O-Police* verwendet, wobei mit *Eigenversicherung* stets die Eigenversicherung des Selbstbehalts gemeint ist.

6 Anders wohl Lange, r+s 2010, 92 (100).

7 Lange, r+s 2010, 92 ff.; Ihlus in MünchKomm/VVG, Bd. 2, D&O, Rz. 70 ff. (im Erscheinen); Schulze/R. Koch, VW 2010, 424 f.; Mesmer, ZfV 2009, 737 (742 ff.); Albers, CCZ 2009, 222 (226).

Satz 3 AktG enthaltenen Vorgabe für die Ausgestaltung der D&O-Police allenfalls zu einem Schadensersatzanspruch des Unternehmens gegen die für den Abschluss der D&O-Police jeweils verantwortlichen Vorstandsmitglieder führen. Konsequenzen für die Wirksamkeit der D&O-Police habe sie nicht. Wäre dies zutreffend, beurteilte sich die Wirksamkeit der SB-Police im Wesentlichen nach den §§ 305 ff. BGB. Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass der Gesetzgeber nur noch D&O-Versicherungen mit § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG entsprechendem Selbstbehalt zulassen wollte und daher offensichtlich nicht nur eine Regelung des Innenverhältnisses beabsichtigt hat.¹³ Darüber hinaus könnte der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, die Steuerungsfunktion der Haftungsregelung in § 93 AktG zu stärken, bei Annahme einer rein im Innenverhältnis bestehenden Verpflichtung leerlaufen¹⁴: Schlösse das handelnde Organ pflichtwidrig eine D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt, würde die nach der Vorstellung des Gesetzgebers notwendige präventive Verhaltenssteuerung entfallen, ohne dass an diese Stelle eine gleichwertige Sanktion der Pflichtverletzung treten würde.

b) Reichweite des Verbots

Ob und inwieweit in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht nur ein Verbot des Abschlusses einer D&O-Police ohne Selbstbehalt ausgesprochen ist, sondern mittelbar zugleich bestimmte Konzepte der SB-Versicherung inhaltlich missbilligt¹⁵ werden, ist durch insbesondere teleologische Auslegung zu bestimmen. Für eine solche Erstreckung des Verbots gibt es zwei Ansatzpunkte.

Der erste Ansatzpunkt besteht in der Einschätzung des Gesetzgebers, dass die potentielle Haftung mit dem Privatvermögen Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegenwirke. Ist die Selbstbehaltsversicherung zulässig, müssen sowohl der Gedanke der präventiven Verhaltenssteuerung als auch, daran anknüpfend, der Inhalt des Verbots neu formuliert werden. Die präventive Verhaltenssteuerung erfolgt dann *entweder* durch die potentielle Haftung des Vorstandsmitglieds mit seinem Privatvermögen *oder* aber, bei Abschluss einer SB-Versicherung, durch die Pflicht zur Zahlung der dafür aufzubringenden Prämien und das Risiko, dass die Selbstbehaltsversicherung im Versicherungsfall gekündigt, der Deckungsumfang eingeschränkt oder mit erhöhter Prämienzahlungspflicht fortgesetzt wird.¹⁶ In diesem Fall kann

sich das Verbot nicht mehr allein gegen eine fehlende Vereinbarung des Selbsthalts in der D&O-Police richten, sondern muss sich auch auf Regelungen oder Maßnahmen beziehen, die dem Vorstandsmitglied die in der zweiten Alternative genannten Belastungen abnehmen. Letzteres liegt etwa vor, wenn die Gesellschaft das Vorstandsmitglied von den Kosten der Selbstbehaltsversicherung freistellt oder ihm diese anderweitig erstattet.¹⁷ Inhaltlich richtet sich das Verbot damit allgemein gegen Einwirkungen auf die Steuerungsfunktion im Zusammenhang mit dem Abschluss einer D&O- oder SB-Police.

Fraglich ist allerdings, ob bereits jede graduelle Einwirkung auf die Steuerungsfunktion die Nichtigkeit der in Frage stehenden Klausel nach sich ziehen kann. Diese Frage ist insbesondere für die Beurteilung des Anrechnungsmodells relevant, das u.a. deswegen unzulässig sein soll, weil die Anrechnung von Leistungen aus der SB-Police auf die Versicherungssumme der D&O-Police dazu führe, dass die Versicherung des SB partiell durch die vom Unternehmen gezahlte Prämie für die D&O-Police mitfinanziert bzw. „*quersubventioniert*“ werde. Dementsprechend seien die Prämien, die das Vorstandsmitglied für die SB-Police zu bezahlen habe, niedriger als beim Einkauf einer SB-Police mit separater Kapazität. Eine solche Bezuschussung stehe im Widerspruch zu § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG.¹⁸

Maßgeblich für die Beurteilung der Zulässigkeit des Anrechnungsmodells ist allerdings nicht der Vergleich mit dem Modell separater Kapazität, sondern vielmehr allein, ob durch die angebliche „*Quersubventionierung*“ die Steuerungsfunktion unterlaufen wird. Entgegen der gerade dargestellten Auffassung dürfte für diese Frage aus zwei Gründen ein Wertungsspielraum bestehen. Erstens ist die Verhaltenssteuerung durch die Prämienzahlungspflicht und die genannten Risiken¹⁹ als solche zunächst unbestimmt und enthält keine exakten Vorgaben für die Gestaltung der SB-Police. Ob sie gewährleistet ist, bedarf also einer konkretisierenden Wertung im jeweiligen Einzelfall. Zweitens dürften vermeintliche partielle Vorteile bei der Prämiengestaltung keinen Einfluss auf die Verhaltenssteuerung haben. Empirisch dürfte sich etwa kaum nachweisen lassen, dass das Vorstandsmitglied bei einer im Vergleich mit einem Modell separater Kapazität um beispielsweise zwanzig Prozent niedrigeren Prämie einer geringeren präventiven Verhaltenssteuerung unterliegt als bei der Wahl jenes Modells. Beim Anrechnungsmodell

¹³ Koch, AG 2009, 637 (639); Gädtkke, VersR 2009, 1565 (1567).

¹⁴ Vgl. Voit (Fn. 8), Nr. 4 AVB-AVG Rz. 10.

¹⁵ Zu den Kriterien für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes Sack in Staudinger, Neubearbeitung 2003, § 134 BGB Rz. 31, 34; Armbrüster in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 134 BGB Rz. 41 ff.

¹⁶ Zu den Risiken zählt grundsätzlich natürlich auch die Gefahr, dass aus der Unternehmens- und SB-Police im Versicherungsfall aufgrund von Ausschlüssen etc. keine Leistungen erfolgen. Der Gesetzgeber hat allerdings mit der Neuregelung deutlich gemacht, dass er dem Risiko, dass die D&O-Police nicht greift, keine verhaltenssteuernde Wirkung beimisst, sondern offenbar davon ausgeht, dass das Vorstandsmitglied im Fall einer haftungsauslösenden Pflichtverletzung darauf vertrauen kann, durch eine bestehende D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt regelmäßig vollständig entlastet zu werden.

Er hat sich damit zumindest im Ergebnis den Autoren angeschlossen, die eine selbstbeteiligungslose D&O-Versicherung seit längerem als aktienrechtlich unzulässig ansehen. Vgl. zu dieser Debatte etwa Dreher, AG 2008, 429 (431 ff.). Auf der Grundlage dieser – u.E. unzutreffenden – Annahme des Gesetzgebers muss das Risiko möglicher Leistungsfreiheit des Versicherers in D&O- oder SB-Police als Mittel der präventiven Verhaltenssteuerung außer Betracht bleiben.

¹⁷ So auch Koch, AG 2009, 637 (646).

¹⁸ So etwa Lange, r+s 2010, 92 (97 f.) und Ihlas (Fn. 7), Rz. 71: „Jegliche Art der Beteiligung der Gesellschaft an der Selbsttragung dieses Risikos durch die Vorstände ist eine Umgehung.“

¹⁹ Vgl. die oben genannten Komponenten der präventiven Verhaltenssteuerung.

kann ein solcher Prämienvorteil zudem durch ein ggf. erhöhtes Risiko erkauft (und damit kompensiert) sein, im Versicherungsfall ohne Versicherungsschutz zu bleiben, weil die einheitliche Versicherungssumme für D&O- und SB-Police – z.B. aufgrund von Versicherungsfällen unter der D&O-Police, die nicht unter § 93 AktG fallen – bereits erschöpft ist.²⁰ Sofern dies bewusst geschehen ist, wird die Verhaltenssteuerung beim Anrechnungsmodell mehr als bei anderen Modellen durch ihre erste Komponente – Haftung mit dem Privatvermögen – übernommen, was der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers entspricht. Für eine Nichtigkeit der Anrechnungsklausel i.S.v. § 134 BGB wird man daher eine nachhaltigere Einwirkung auf die Steuerungsfunktion fordern müssen, die mit den oben genannten Wertungskriterien nicht mehr zu rechtfertigen ist. Eine solche Einwirkung dürfte jedenfalls dann vorliegen, wenn der Versicherer für die SB-Police lediglich eine sehr niedrige „Ausstellungsgebühr“ berechnet.

Der zweite Ansatzpunkt für eine mögliche Erstreckung des Verbots ist die Aussage des Rechtsausschusses, durch die höhenmäßige Beschränkung des erforderlichen Selbstbehalts sei die Gefahr eines im Ergebnis zu Lasten des Gesellschaftsvermögens gehenden größeren Ausfallrisikos der Gesellschaft im Haftungsfall eines Vorstandsmitglieds gebannt.²¹ Diese Aussage beruht zumindest zum Teil auf der u.E. unzutreffenden, vom Gesetzgeber aber offensichtlich adaptierten Auffassung, die D&O-Versicherung Sorge im Schadenfall gleichsam automatisch für eine Enthftung.²² Setzt man sie voraus, könnten Schmälerungen der D&O-Police im Zuge der Verknüpfung mit der SB-Police, die das Ausfallrisiko der Gesellschaft entgegen der gesetzgeberischen Intention über das in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG bestimmte Maß hinaus erhöhen, als unzulässig erscheinen. Dies würde wiederum etwa das Anrechnungsmodell betreffen: Sofern durch die Anrechnung der Leistungen aus der SB-Police auf die Versicherungssumme der D&O-Police das Ausfallrisiko der Gesellschaft erhöht würde, könnte die entsprechende Klausel der Policen unwirksam sein. Gegen die Auslegung der vom Gesetzgeber vorgenommenen Begrenzung als ein Verbot abweichender Gestaltungen spricht jedoch schon, dass der Gesetzgeber die Höhe des Selbstbehalts durch das Wort „mindestens“ relativiert hat. Die Gesellschaft kann in der D&O-Police also auch einen höheren Selbstbehalt vereinbaren, mit der Folge, dass auch das Ausfallrisiko zunimmt. Die Gesellschaft kann darüber hinaus – mit entsprechendem Ausfallrisiko – ganz auf den Abschluss einer D&O-Versicherung verzichten, da diese keine Pflichtversicherung darstellt. Damit fehlt es an einer inhaltlichen Missbilligung eines höheren Ausfallrisikos.

c) Rechtsfolge

Nach den § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, § 134 BGB sind danach nur Einwirkungen auf die Steuerungsfunktion im Zusammenhang mit dem Abschluss einer D&O- oder SB-Police verboten. Klauseln, die eine entsprechende Konsequenz zulassen, sind grundsätzlich nichtig, es sei denn, dass sich aus dem Zweck der verletzten Norm etwas anderes ergibt. Ist letzteres nicht der Fall, entscheiden über die Wirksamkeit der übrigen Vertragsklauseln nicht nur die zu § 139 BGB entwickelten Regeln, sondern wiederum auch der Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes.²³

Die entsprechenden Wertungsfragen können nicht pauschal, sondern nur im jeweiligen Einzelfall beantwortet werden. Dabei können sich schwierige Probleme stellen. Geht man etwa entgegen den obigen Ausführungen davon aus, dass der Prämienvorteil beim Anrechnungsmodell eine unzulässige Quersubventionierung beinhaltet, dürfte(n) die Klausel(n), die von der Anrechnung von Leistungen der Versicherer aus der D&O- und der SB-Police auf die Versicherungssumme der D&O-Police ausgehen, nichtig sein, weil sich aus der gesetzlichen Regelung nichts anderes ergibt. Es stellt sich dann die Frage, ob der SB-Vertrag insgesamt nichtig ist oder bis auf die nichtige Klausel wirksam bleibt, wobei im letzteren Fall zu bestimmen wäre, welche Regelung an die Stelle der nichtigen Klausel(n) treten soll: Ist das Vorstandsmitglied dann zur Entrichtung des Prozentsatzes an Prämie verpflichtet, den es aufgrund der Anrechnung erspart hat, und der Versicherer umgekehrt zur Gewährung von separater Kapazität? Dies lässt sich nicht aus dem Zweck des verletzten Verbotsgesetzes, sondern allenfalls aus dem mutmaßlichen Parteiwillen folgern. Für diesen ist maßgeblich, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten, was in der Regel bedeuten soll, dass das objektiv Vernünftige als Parteiwille anzunehmen ist.²⁴ Das objektiv Vernünftige scheint hier die Vereinbarung eines Anschlussmodells mit separater Kapazität zu sein. Anders könnte es allerdings sein, wenn der Versicherer keine separate Kapazität für SB-Policen zur Verfügung stellen wollte. In diesem Fall bleiben nur die Gesamtnichtigkeit der SB-Police und der Verweis des Vorstandsmitglieds auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Versicherer.²⁵

2. AVB-Prüfung, insbesondere Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB

Weiterer Prüfstein für die Zulässigkeit der verschiedenen Konzeptionen der Selbstbehaltspolice sind die §§ 305 ff. BGB, insbesondere die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

20 Das setzt natürlich voraus, dass die Anrechnungsklausel nicht als unangemessen benachteiligend anzusehen ist. Wirksam ist sie etwa, wenn eine Individualvereinbarung vorliegt, vgl. dazu unten III. 1. a) bb).

21 BT-Drucks. 16/13433, 11.

22 Vgl. dazu oben Fn. 16.

23 Sack (Fn. 15), § 134 BGB Rz. 88.

24 Ellenberger in Palandt, 69. Aufl. 2010, § 139 BGB Rz. 14.

25 Die Verwendung unwirksamer AVB ist ein Verstoß gegen die Nebenpflicht zur Rücksichtnahme und kann daher zu einem Schadensersatzanspruch führen, vgl. BGH v. 28.5.1984 – III ZR 63/83, NJW 1984, 2816 (2817); Emmerich in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 311 BGB Rz. 116.

Die vom Versicherer²⁶ verwendeten AVB dürfen nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Versicherungsnehmers, im Falle der SB-Police also des Vorstandsmitglieds, führen.

a) Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Fraglich ist insoweit zunächst, welche wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken für die Versicherung des Selbstbehalts maßgeblich sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB²⁷). § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB geht davon aus, dass das dispositive Recht für jeden Vertragstypus zwischen einem AGB-disponiblen Randbereich und einem „Gerechtigkeitskern“ unterscheidet, der Leitbildfunktion für einen angemessenen Interessenausgleich entfaltet²⁸ und darum nicht disponibel ist. Es ist dabei nicht erforderlich, dass die Grundgedanken des Rechtsbereichs jeweils in einzelnen Vorschriften formuliert sind. Vielmehr reicht es aus, wenn sie sich in allgemeinen, am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Grundsätzen ausdrücken.²⁹

Der Gesetzgeber hat zur SB-Police keine unmittelbaren Regelungen getroffen. Ein Leitbild hat er jedoch für den Selbstbehalt formuliert: Der Selbstbehalt soll eine Beteiligung des Vorstandsmitglieds an einem etwaig von ihm verursachten Schaden sicherstellen, wobei die Beteiligung ihrer Höhe nach mit dem Ausfallrisiko der Gesellschaft austariert ist, und dadurch zugleich für eine präventive Verhaltenssteuerung sorgen. Sofern, wie oben argumentiert³⁰, das Risiko einer Inanspruchnahme mit dem Privatvermögen zulässigerweise durch die nach Abschluss einer SB-Police verbleibenden Risiken substituiert werden kann, ist dieses Leitbild Bezugspunkt für die Formulierung des Leitbilds der SB-Police. Letzteres besteht dann in der Absicherung des wirtschaftlichen Interesses des Vorstandsmitglieds auf Erstattung des Selbstbehalts im Wege der Eigen- oder Individual-D&O-Versicherung, ohne dadurch die vom Gesetzgeber unterstellte Steuerungsfunktion des Selbstbehalts nachhaltig zu beeinträchtigen.³¹

Weiter dürfte das gesetzliche Leitbild nicht reichen. Zur SB-Police gehört zwar begrifflich auch eine Bezugnahme auf die D&O-Police, die den in der SB-Police versicherten Selbstbehalt konstituiert. Diese Anknüpfung lässt die Art der Bezugnahme im Detail jedoch völlig offen. In den Modellen der Eigenversicherung erfolgt sie etwa dadurch, dass der Versicherungsfall direkt an das Bestehen des Selbstbehalts im konkreten Fall anknüpft und damit nicht eintritt, sofern ein Selbstbehalt mangels Leistungspflicht des Versicherers der D&O-Police gar nicht entsteht. In der Individual-D&O-Police ist die Bezugnahme indirekt: Mit der Erhebung von Schadensersatzansprüchen gegen das Vorstandsmitglied liegt stets ein Versicherungsfall vor, der aufgrund der Subsidiarität der Individual-D&O-Police zur D&O-Police bei Leistungspflicht des D&O-Versicherers nur in Höhe des Selbstbehalts zu einer Leistungspflicht des Versicherers der Individual-D&O-Police führt. Für beide Bezugnahmen kann aus der bloßen begrifflichen Referenz der SB-Police auf die D&O-Police keine Vorgabe abstrahiert werden. Darüber hinaus weist der begriffliche Bezug als solcher keinen Gerechtigkeitsgehalt auf.

b) Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Soweit eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mangels gesetzlichen Leitbildes nicht in Betracht kommt, sind in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft Klauseln an § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB³² zu überprüfen.

Das sog. Aushöhlungsverbot in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB soll grundsätzlich diejenigen Fälle erfassen, in denen das dispositive Recht mangels einer gesetzlichen Regelung nicht als Prüfungsmaßstab für die Inhaltskontrolle zur Verfügung steht.³³ Auch wenn das Verhältnis zwischen den beiden Anwendungsfällen des § 307 Abs. 2 BGB im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt ist³⁴, wird allgemein angenommen, dass sich beide Fälle ergänzen.³⁵ Entsprechend greift die Rechtsprechung zur Beurteilung von konkreten Fragen des Versicherungsvertrags, die im Gesetz nicht geregelt sind, auf dessen „Natur“ (Nr. 2) zurück.³⁶ Darüber hinaus zieht die Rechtsprechung das Aushöhlungsverbot auch dann bekräftigend heran, wenn ein Leitbild vorhanden und damit Nr. 1 anwendbar ist.³⁷ Bei der Bestimmung der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, wird grundsätzlich nicht auf die konkreten Wünsche und Ziele der Parteien im Einzelfall zurückgegriffen.³⁸ Vielmehr sind die typischen Parteiinteressen und die berechtigten Erwar-

26 Vgl. zur Verwendereigenschaft BGH v. 22.7.2009 – IV ZR 74/08, VersR 2009, 1477 ff.

27 § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB lautet: „Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. [...]“.

28 Coester in Staudinger, Neubearbeitung 2006, § 307 BGB Rz. 247.

29 Roloff in Erman, 12. Aufl. 2008, § 307 BGB Rz. 24 mit Verweis auf die unterschiedlichen Auffassungen in Rechtsprechung und herrschender Literatur.

30 Vgl. II. 1. b).

31 Es ist umstritten, ob auch zwingende Normen wie § 93 AktG, die allein oder unter Hinzuziehung von § 134 BGB zur Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen führen, zu den gesetzlichen Regelungen, die die Grundlage für die „wesentlichen Grundgedanken“ i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB abgeben, zu zählen sind (bejahend etwa Wolf [Fn. 11], § 307 BGB Rz. 12, 111 sowie Roloff [Fn. 29], § 307 BGB Rz. 24, verneinend Grüneberg in Palandt, 69. Aufl. 2010, § 307 BGB Rz. 26, differenzierend Coester [Fn. 28], § 307 BGB Rz. 232). Hier wird der Auffassung gefolgt, dass sich wesentliche Grundgedanken auch aus zwingenden Vorschriften ergeben können, da die Anwendung der Inhaltskontrolle nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass gegen zwingende Vorschriften verstößende Klauseln auch nach § 134 BGB nichtig sind.

32 § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB lautet: „Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. [...] 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“

33 Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 31.

34 Vgl. Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 263.

35 Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 31; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 264 ff.; Wolf (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 97, 133.

36 BGH v. 25.6.1986 – IVa ZR 263/84, NJW-RR 1987, 45 f.; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 266.

37 Vgl. Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 264 m.w.N.

38 Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 32; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 269.

tungen der beteiligten Verkehrskreise an einem Vertrag dieser Art maßgeblich.³⁹

Auf dieses Aushöhlungsverbot wird der Sache nach zurückgegriffen, um ein vermeintliches Hauptproblem der Eigenversicherung zu diskutieren: Wie oben ausgeführt, knüpft die Leistungspflicht des SB-Versicherers strikt an die Leistungspflicht des D&O-Versicherers an. Diese strikte Akzessorietät wird teilweise als unzulässig angesehen. Das Vorstandsmitglied werde, so wird argumentiert, unangemessen benachteiligt, wenn er seinen Leistungsanspruch aus der von ihm abgeschlossenen und bezahlten SB-Versicherung *ohne weiteres* verliere, sobald sein Leistungsanspruch aus der D&O-Versicherung erlösche.⁴⁰ Dies gelte vor allem, wenn der Verlust des Leistungsanspruchs aus der SB-Versicherung völlig unabhängig davon eintrete, ob das Vorstandsmitglied den Verlust des Leistungsanspruchs aus der D&O-Versicherung zu vertreten habe.⁴¹ Darüber hinaus ergebe sich auch aus den Grundsätzen über die Zurechnung fremden Verhaltens eine rechtliche Notwendigkeit zur Limitierung der Akzessorietät.⁴²

Gegen diese Auffassung sprechen allerdings zumindest zwei Gründe. Die Akzessorietätsregel dürfte *erstens* gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB ausgenommen sein. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Inhaltskontrolle über den Gegenstand der Hauptleistung, die sog. Leistungsbeschreibung, sowie der Gegenleistung ausgeschlossen; insoweit erfolgt nur eine Transparenzkontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁴³ Dies resultiert aus dem Umstand, dass sich das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in einer freien Marktwirtschaft der gesetzlichen Regelung entzieht, da zu seiner Überprüfung rechtliche Maßstäbe fehlen.⁴⁴ Als Leistungsbeschreibung gilt nach der Rechtsprechung⁴⁵ eine Vereinbarung, die Art, Umfang und Güte der Leistung unmittelbar festlegt. Die Kontrollfreiheit erstreckt sich allerdings nicht auf Nebenabreden, die das Hauptleistungsverprechen einschränken, verändern oder ausgestalten; diese bleiben der Inhaltskontrolle unterworfen. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung verbleibt nur ein enger Leistungsbereich, der tatsächlich kontrollfrei ist. Zu dessen Bestimmung zieht die Rechtsprechung die *conditio-sine-qua-non*-Formel heran: Eine Leistungsbeschreibung, die nicht „hinweggedacht“

werden kann, ohne dass gleichzeitig auch der Vertrag selbst mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit entfielen, ist der Inhaltskontrolle entzogen.⁴⁶ Für die Kontrolle von Versicherungsbedingungen wird daraus der Schluss gezogen, dass solche Risikobeschreibungen nicht kontrollfähig sind, die den Typ des Versicherungsvertrags konstituieren und den Kernbereich des versicherten Risikos festlegen⁴⁷, bzw. die allgemeinste Beschreibung der Voraussetzungen und des Umfangs der Leistung des Versicherers⁴⁸ enthalten.⁴⁹

Die (Hauptleistungs-)Pflicht des Versicherers zur Erstattung des Selbstbehalts, die die Modelle der Eigenversicherung charakterisiert, ist eine solche Leistungsbeschreibung. Der Selbstbehalt ist eine betragsmäßige Beteiligung des Vorstandsmitglieds an einem definierten versicherten Risiko⁵⁰, nämlich dem in der D&O-Police versicherten Risiko der begründeten Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz aufgrund einer Pflichtverletzung im Rahmen seiner Leitungstätigkeit. Jedenfalls als Abzugsfranchise setzt er begrifflich die Leistungspflicht des Versicherers aus der D&O-Versicherung voraus. Er wird rechtlich also erst konstituiert, wenn diese Leistungspflicht besteht. Die Pflicht des Versicherers unter der Eigenversicherung, das Vorstandsmitglied von der betragsmäßigen Beteiligung an dem nach der D&O-Versicherung erstattungsfähigen Schadens freizustellen, ist damit nicht identisch mit der Pflicht, das Vorstandsmitglied partiell von dem ursprünglichen Schadensersatzanspruch freizustellen, auch wenn dies der Höhe nach darauf hinausläuft. Die Pflicht des Vorstandsmitglieds zur Zahlung des Selbstbehalts ist rechtlich vielmehr eine gegenüber dem ursprünglichen Schadensersatzanspruch verschiedene, eigenständige Verpflichtung gegenüber dem Versicherer. Deswegen stellt die Eigenversicherung des Selbstbehalts gerade keine Subsidiärdeckung des ursprünglichen Schadensersatzanspruchs in entsprechender Höhe dar.

Dieser Umstand kann nicht „hinweggedacht“ werden, ohne dass die Eigenversicherung ihre Bestimmtheit verlöre.

39 Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 32; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 270 f.

40 Lange, r+s 2010, 92 (98).

41 Lange, r+s 2010, 92 (98).

42 Lange, r+s 2010, 92 (99).

43 BGH v. 16.11.1999 – KZR 12/97, NJW 2000, 577 (579); v. 22.11.2000 – IV ZR 235/99, NJW 2001, 1132 (1132 f.); Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 38, 42; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 284, 310; Prölss in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Vorbem. I Rz. 58, dort auch zur grundsätzlichen Kontrollfähigkeit von AVB trotz fehlenden Abweichens von einer gesetzlichen Vorschrift, d.h. zur insoweit erforderlichen teleologischen Reduktion des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.

44 Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 38, 42; Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 284, 310.

45 Grundlegend BGH v. 21.4.1993 – IV ZR 33/92, NJW-RR 1993, 1049 (1050).

46 BGH v. 21.4.1993 – IV ZR 33/92, NJW-RR 1993, 1049 (1050); v. 22.11.2000 – IV ZR 235/99, NJW 2001, 1132 (1132 f.); Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 38, 42.

47 Vgl. Grüneberg (Fn. 31), § 307 BGB Rz. 58 (der sich dazu auf OLG Hamburg v. 11.3.1998 – 5 U 211/96, VersR 1998, 627 ff. sowie Kieninger, VersR 1998, 1071 ff. stützt), kritisch zu dieser Auffassung Schünemann, VersR 2000, 144 (147).

48 Prölss (Fn. 43), Vorbem. I Rz. 60.

49 Enger wohl Kieninger in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rz. 152: „Ausgenommen ist lediglich ein eng zu definierender Kernbereich, der nicht mehr als die schlagwortartige Bezeichnung der Versicherungsart und die Prämienhöhe umfasst, sowie die „allgemeinste Beschreibung des versicherten Risikos und der versicherten Gefahr.““ (Hervorhebung im Original). Das OLG München folgt in seinem Urteil zur Wirksamkeit des Claims-Made-Prinzips dieser Auffassung und folgert daraus, „dass lediglich die Beschreibung [der D&O-Versicherung, Anm. d. Verf.] als Haftpflichtversicherung für Führungskräfte als Kernbereich der Leistungspflicht und damit als Leistungsbeschreibung anzusehen“ sei, vgl. OLG München v. 8.5.2009 – 25 U 5136/08, NZG 2009, 714 (715). Damit dürfte der Leistungsbereich zu eng gefasst sein (vgl. zu den allgemeinen Gesichtspunkten zur Bestimmung des Leistungsbereichs Prölss [Fn. 43], Vorbem. I Rz. 60 f.).

50 Albers, CCZ 2009, 222 (226).

Die Erstattung des Selbstbehalts, und *nur* des Selbstbehalts, macht den Kernbereich des Risikos aus und konstituiert den Typus der SB-Versicherung. Eine noch engere Kennzeichnung der SB-Versicherung als durch „Absicherung des etwaigen, aus der D&O-Police resultierenden Selbstbehalts“, mit der gleichzeitig auch die Akzessorietät beschrieben ist, erscheint nicht möglich.⁵¹

Zweifel an der Kontrollfreiheit könnten allenfalls insoweit bestehen, als das Wissen des Vorstandsmitglieds bei Vertragsschluss vorausgesetzt wird, dass der Selbstbehalt unter der D&O-Police tatsächlich entstanden sein muss, um ersatzfähig unter der SB-Police zu sein. Dieser Zweifel betrifft jedoch nicht die Definition des kontrollfreien Kernbereichs, sondern verweist auf das Transparenzgebot und damit auf eine Anforderung an die wirksame Eigenversicherung des Selbstbehalts: Da das Transparenzgebot auch im kontrollfreien Leistungsbereich zu erfüllen ist, setzt die Wirksamkeit der Akzessorietätsklausel stets voraus, dass der Versicherer die im Rahmen der Eigenversicherung versprochene Leistung transparent macht, sie also – wie auch die übrigen aus der Versicherung folgenden Rechte und Pflichten – klar und durchschaubar darstellt und die mit ihr verbundenen etwaigen potentiellen wirtschaftlichen Nachteile ausreichend verdeutlicht.⁵²

Die Kontrollfreiheit der Pflicht des Versicherers zur Erstattung des SB bestätigt sich, wenn die funktionierende Selbstregulierung durch den Markt im Hinblick auf die erstrebte Leistung als wesentliches Kriterium für Kontrollfreiheit im Leistungsbereich angesehen wird.⁵³ Die staatliche Angemessenheitskontrolle beginnt danach dort, wo die dem Markt immanenten Kontrollmechanismen – Information, Verhandeln, Ausweichen – enden. Diese Mechanismen seien bei Verwendung von AGB zwar erheblich geschwächt, aber nicht notwendig außer Kraft gesetzt. Fließe eine vorformulierte Klausel typischerweise in die Entscheidung des Vertragspartners für den Vertragsschluss ein und gebe es einen „Markt“ für die erstrebte Leistung, fehle es an einer Rechtfertigung dafür, die staatliche Eingriffsgrenze gegenüber §§ 134, 138 BGB i.S.d. § 307 Abs. 1, 2 BGB vorzuverlegen.⁵⁴ Für die Absicherung des Selbstbehalts gibt es eine grundlegende Alternative: Das Vorstandsmitglied kann sich entweder für eine Versicherung nur des Selbstbehalts oder für eine umfassendere, aber deshalb auch teurere Individual-D&O-Police entscheiden. Diese Grundentscheidung hat er vor Abschluss der Versicherung jedenfalls zu treffen. Damit dürfte auch nach dieser Auffassung eine Angemessenheitskontrolle der Hauptleistungspflicht des Versicherers im Rahmen der Eigenversicherung nicht erforderlich sein.

Selbst wenn die strikte Akzessorietät nicht als Teil der kontrollfreien Leistungsbeschreibung angesehen würde, stellt sie *zweitens* keine unangemessene Benachteiligung des Vorstandsmitglieds dar. Es ist zwar zutreffend, dass es Konstellationen geben kann, in denen die Gefahr besteht, dass der Versicherer der D&O-Police aus Umständen leistungsfrei wird, die vom Vorstandsmitglied nicht zu vertreten sind. Eine etwaig unvorteilhafte Gestaltung der D&O-Police – z.B. im Rahmen der Zurechnung von Wissens- oder Obliegenheitsverletzungen anderer Vorstandsmitglieder – kann jedoch nicht zu erhöhten Zulässigkeitsanforderungen an die Eigenversicherung führen. Vielmehr handelt es sich insoweit um Probleme der D&O-Versicherung. Die Forderung, derartige Schwierigkeiten in der SB-Police zwingend mit zu berücksichtigen, sorgt für eine unzutreffende Verschiebung des Problems: Die SB-Police, und insbesondere die Eigenversicherung, ist nicht dazu da, Schwächen der D&O-Police auszugleichen. Vorausgesetzt ist allerdings auch hier, dass die Reichweite des Versicherungsschutzes aus der SB-Police für das Vorstandsmitglied transparent ist.

Die Anknüpfung der Leistungspflicht des Versicherers der Eigenversicherung an diejenige des D&O-Versicherers stellt daher keine unangemessene Benachteiligung des Vorstandsmitglieds dar. Die Akzessorietät zur D&O-Police scheint vielmehr ein wesentliches vertragstypisches Ziel der SB-Police zu sein, so dass sich bei ihrer *Einschränkung* zu Lasten des Vorstandsmitglieds die Frage nach einer unangemessenen Benachteiligung stellt. Die SB-Versicherung soll den in der D&O-Police konstituierten Selbstbehalt versichern. Dieses Ziel wird nur in eingeschränkter Weise realisiert, wenn die Bedingungen für den Versicherungsschutz aus der SB-Police enger als in der in Bezug genommenen D&O-Police gefasst werden und die Leistungspflicht des Versicherers aus der SB-Police daher möglicherweise auch dann ausscheidet, wenn die Leistungspflicht nach der D&O-Police besteht. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die SB-Police einen limitierteren zeitlichen Umfang hat, etwa weil sie einen kürzeren Zeitraum für die Rückwärtsversicherung oder kürzere Nachmeldefristen vorsieht, oder aber eine engere Definition des Versicherungsfalls enthält, was insbesondere bei den Stand-Alone-Modellen, bei denen der Versicherer der SB-Police mit dem Versicherer der D&O-Police nicht identisch ist, denkbar ist. Darüber hinaus kann die SB-Police zusätzliche oder weiter gefasste Ausschlussstatbestände aufweisen und/oder zusätzliche Obliegenheiten vorsehen und somit dem Versicherer der SB-Police in größerem Umfang die Möglichkeit eröffnen, sich auf Leistungsfreiheit zu berufen.

c) Sonstige Unwirksamkeitsgründe und Rechtsfolgen

Weitere Unwirksamkeitsgründe sind insbesondere etwa die Bewertung einer Klausel als überraschend i.S.v. § 305c BGB und die Verletzung des Transparenzgebots gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, das – abgesehen von den schon genannten Anwendungsfällen – vor allem im Rah-

51 Damit dürfte selbst die engere Fassung des Kernbereichs durch das OLG München (vgl. oben Fn. 49) erfüllt sein.

52 Vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 10 VAG. Zum Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vgl. etwa Roloff (Fn. 29), § 307 BGB Rz. 20 ff.

53 Vgl. für die Ausführungen zum Kriterium der Marktregulierung Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 320.

54 Ebd.

men der Stand-Alone-Modelle von Bedeutung ist. Eine Ausprägung des Transparenzgebots ist § 10 VAG, der bestimmt, dass der wesentliche Vertragsinhalt aus dem Versicherungsdokument ersichtlich sein muss.

Rechtsfolge eines Verstoßes einer Klausel gegen § 307 BGB ist grundsätzlich die Unwirksamkeit⁵⁵ der entsprechenden Klausel. Anders als nach § 134 Halbs. 2 BGB ist eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel auf den noch tragbaren Teil im Rahmen von § 307 BGB unzulässig.⁵⁶ Dafür kann die sich aus der inhaltlichen Unangemessenheit einer AGB- bzw. AVB-Bestimmung ergebende Unwirksamkeit, anders als im Rahmen des § 134 BGB, durch Neuvernahme nach § 141 BGB geheilt werden, sofern die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Klausel eine entsprechende Individualabrede treffen.⁵⁷ Sind einzelne Klauseln der SB-Police gemäß der §§ 305 ff. BGB nicht Vertragsbestandteil geworden, hat dies gem. § 306 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit des Vertrags im Übrigen zur Folge. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt – mangels dispositiven Rechts – die Regelung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bewusst gewesen wäre. Damit können sich im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung die gleichen Probleme stellen, die auch im Rahmen der Bestimmung des mutmaßlichen Willens der Parteien im Rahmen von § 139 BGB relevant sind.⁵⁸

III. Versicherungslösungen: Überblick über die derzeit erhältlichen Konzepte und deren rechtliche Bewertung

1. Ausschließliche Versicherung des Selbstbehalts nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG („Eigenversicherung“)

Die meisten derzeit erhältlichen Konzepte schließen allein die durch die Einführung des Selbstbehalts geschaffene Deckungslücke innerhalb des Unternehmensvertrags. Sie verzichten in der Regel auf eine Abwehrkostenkomponente und werden deshalb auch als Eigenversicherung bezeichnet. Solche Eigenversicherungen werden sowohl als integrierte als auch als Stand-Alone-Lösungen angeboten.

a) Integrierte Lösungen

Das einheitliche Merkmal der integrierten Lösungen besteht in ihrer Funktion als Annex der D&O-Police. Sie setzen dementsprechend zumindest eine Beteiligung des Versicherers der SB-Police am D&O-Programm des Unternehmens voraus, häufig besteht der Versicherer sogar darauf, Zeichner der D&O-Police zu sein. Integrierte Lö-

sungen sind insbesondere das sog. Regressmodell und – in verschiedenen Varianten – das sog. Anschlussmodell.

aa) Regressmodell

Das Regressmodell setzt zwingend voraus, dass der Versicherer der SB-Police identisch mit dem Versicherer der D&O-Police ist. Es beruht auf dem Gedanken, dass der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles in der D&O-Police nicht nur auf den Anspruch aus der D&O-Police, sondern zugleich freiwillig – unter Anrechnung auf die Versicherungssumme der D&O-Police – auch auf den Selbstbehalt des Vorstandsmitglieds leistet. Durch die Vorleistung erwirbt den Versicherer einen Regressanspruch gegen das Vorstandsmitglied, der dagegen durch die Selbstbehaltsversicherung geschützt ist. Dieses Modell hat sowohl für das beteiligte Unternehmen als auch für das betroffene Vorstandsmitglied Vorteile: Das Unternehmen erhält vom Versicherer den vollen Schadenersatz ohne Abzug des Selbstbehalts. Sein Kompensationsinteresse ist damit – insofern identisch mit der Situation vor Einführung des Pflichtselbstbehalts – vollumfänglich erfüllt. Das Vorstandsmitglied kann hingegen auf eine reibungslose Abwicklung des Schadenfalls vertrauen, da der Versicherer mit seinem Regressanspruch auf sich selbst als Versicherer der SB-Police trifft.

Wirtschaftlich stellt der Versicherer das Unternehmen im Versicherungsfall durch die Vorleistung zwar so, wie es auch vor Inkrafttreten der Neuordnung gestanden hätte. Dies ist aber das Ergebnis einer an die neue Rechtslage angepassten rechtlichen Konstruktion. Solange gewährleistet ist, dass der Regress vollzogen wird⁵⁹ und das Vorstandsmitglied die mit dem Abschluss der SB-Police verbundene Prämienbelastung zu tragen hat, bestehen gegen das Regressmodell als solches keine Zulässigkeitsbedenken. Allerdings ist es, da es eine besondere Form des Anschlussmodells mit Anrechnung von Leistungen auf die D&O-Police darstellt, den gegen dieses Modell geltend gemachten Einwänden ausgesetzt.⁶⁰

Fragen wirft das Modell im Übrigen bezüglich der Durchführung des Regresses auf. Sofern keine explizite vertragliche Klausel vorhanden ist, kommen aufgrund der Vorleistung als Anspruchsgrundlagen ein Anspruch aus § 670 BGB, soweit gleichzeitig mit der SB-Police ein auf die Vorleistung bezogenes Auftragsverhältnis angenommen wird, oder aber aufgrund einer Leistung auf fremde Schuld gem. §§ 267, 670, 683 BGB in Betracht. Darüber hinaus geht der ursprüngliche Schadenersatzanspruch des Unternehmens gemäß der § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 86 VVG auf den Versicherer über. Gegenüber diesen Ansprüchen kann das Vorstandsmitglied allerdings für den (seltenen) Fall, dass die – z.B. vor rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens erfolgte – Vorleistung nicht in seinem Sinne war, gemäß den §§ 404, 412 BGB diejenigen Einwendungen, die ihm gegenüber dem Schadenersatzanspruch des Unternehmens zustanden, erneut gel-

55 Im Sinne von Nichtigkeit: *Ellenberger* in Palandt, 69. Aufl. 2010, Vorb. § 104 BGB Rz. 27; *Grüneberg* (Fn. 31), Vorb. § 307 BGB Rz. 7.

56 *Wolf* (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 344.

57 *Wolf* (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 350; *Roloff* (Fn. 29), Vor § 307 BGB Rz. 16.

58 Vgl. oben II. 1. c) am Ende.

59 So auch *Albers*, CCZ 2009, 222 (226).

60 Siehe dazu sogleich III. 1. a) bb).

tend machen. Einfacher wäre es für den Versicherer, wenn aufgrund der Vorleistung auch der Anspruch des Vorstandsmitglieds auf Freistellung aus der SB-Police gem. § 86 VVG auf ihn überginge. Fraglich ist insoweit allerdings, ob dieser Anspruch ein Ersatzanspruch i.S.d. § 86 VVG ist. Dazu muss er dem Ausgleich der die Versicherungsleistung auslösenden Vermögenseinbuße dienen, d.h. sich auf den Schaden beziehen, der in den Schutzbereich der in Frage stehenden Versicherung fällt.⁶¹ Dies dürfte nicht der Fall sein, da Leistungen auf den Selbstbehalt vom Anwendungsbereich der D&O-Police gerade ausgeschlossen sind.⁶²

bb) Anschlussmodell

Im Gegensatz zum Regressmodell findet beim Anschlussmodell keine Vorleistung des Versicherers der SB-Police statt. Vielmehr macht das Vorstandsmitglied im Versicherungsfall einen Freistellungsanspruch gegen den Versicherer der SB-Police geltend. Das Anschlussmodell wird in zwei Varianten angeboten:

(1) Anschlussmodell mit Anrechnung von Leistungen auf die D&O-Police

In dieser Variante des Anschlussmodells werden Versicherungsleistungen, die auf die D&O-Police erbracht werden, auf die Leistungen aus der SB-Police angerechnet und umgekehrt. Gerade bei großen D&O-Programmen sind die Versicherer häufig bereits mit ihrer Maximalkapazität engagiert und können daher unter Umständen keine zusätzliche Kapazität für die SB-Police anbieten. Durch die Anrechnungsregelung legt die Deckungssumme der D&O-Police die maximale Leistungspflicht des Versicherers fest.

Gegen dieses Modell wird in der Versicherungswirtschaft eine Reihe von Bedenken formuliert. Neben dem alle Eigenversicherungen des SB treffenden Einwand gegen die strikte Akzessorietät der SB-Police⁶³ wurde oben insoweit bereits der speziell gegen das Anrechnungsmodell erhobene Vorwurf unzulässiger Quersubventionierung⁶⁴ diskutiert. Weitere Einwände richten sich direkt gegen die Anrechnungsklausel und den dadurch geregelten Verbrauch der Versicherungssumme. Diese Einwände werden sowohl aus der Perspektive des Unternehmens als auch aus der des Vorstandsmitglieds geltend gemacht.

(a) Unternehmensperspektive

Aus Sicht des Unternehmens könnte die Anrechnungsregelung eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1, 2 BGB beinhalten, weil und soweit sie zu einer

Verringerung der dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Versicherungssumme führt. Das verdeutlicht das folgende Beispiel: Liegt ein durch ein Vorstandsmitglied verursachter Schadenfall i.H.v. 27 Mio. € bei einer Deckungssumme der D&O-Police von 25 Mio. € vor, erhielt das Unternehmen eine Ersatzleistung von 22,3 Mio. €, während die restlichen 2,7 Mio. € – unter der Voraussetzung, dass dadurch die Obergrenze des Selbstbehalts nicht überschritten ist – auf den SB entfielen. Der Betrag von 2,7 Mio. € wäre nach der Anrechnungsklausel ebenfalls auf die Versicherungssumme der D&O-Police anzurechnen, die damit erschöpft wäre. Im Ergebnis verlöre das Unternehmen damit 2,7 Mio. € an Versicherungssumme, die ohne die Anrechnungsklausel für weitere Schadenfälle zur Verfügung stünden.

Ob sich das Unternehmen insoweit auf eine unangemessene Benachteiligung berufen kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, d.h. von der jeweiligen Gestaltung der Klausel und den Begleitumständen ihrer Vereinbarung. Bei dieser Einzelfallbetrachtung können folgende Aspekte eine Rolle spielen:

(aa) Ist die Anrechnungsklausel nur in der SB-Police vereinbart, entfaltet sie aufgrund der in aller Regel fehlenden Befugnis der Parteien der SB-Police, eine Regelung (auch) für die Gesellschaft zu treffen, keine Wirkung für die D&O-Police (sog. Vertrag zu Lasten Dritter). Eine Anrechnung des auf den SB entfallenden Betrags auf die D&O-Police findet also nicht statt. Damit läuft die Anrechnungsklausel in der SB-Police leer. Die dadurch entstehende planwidrige Unvollständigkeit der SB-Police ist durch ergänzende Vertragsauslegung zu beheben. Maßgeblich ist insoweit wiederum der mutmaßliche Parteiwille, so dass die obigen Erwägungen zur Rechtsfolge bei Nichtigkeit der Anrechnungsklausel entsprechend gelten.⁶⁵

(bb) Ist die Anrechnungsklausel (auch) in der D&O-Police bzw. in einem Nachtrag zu ihr⁶⁷ vereinbart, stellt sich im Rahmen ihrer Überprüfung nach den §§ 305 ff. BGB zunächst die Frage, ob es sich bei ihr um eine allgemeine Versicherungsbedingung oder um eine Individualvereinbarung handelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, „Aushandeln“). Nach der Rechtsprechung hängt dies davon ab, welchen Einfluss beide Parteien auf die Gestaltung der fraglichen Klausel gehabt haben, und damit, auf welche

61 Prölss (Fn. 43), § 86 VVG Rz. 4, 9.

62 Darüber hinaus soll dann kein Übergang erfolgen, wenn der Versicherer einen anderen Versicherer für leistungspflichtig hält und nur (unter der Vorbehalt der Rückforderung) in Vorlage getreten ist, da er den Schaden des Vorstandsmitglieds dann letztlich nicht übernehmen wollte; vgl. Prölss (Fn. 43), § 86 VVG Rz. 23. Diese Auffassung könnte hier insofern anwendbar sein, weil der Versicherer als Versicherer der D&O-Police mit sich als Versicherer der SB-Police rechtlich betrachtet nicht identisch ist.

63 Vgl. oben II. 2. b).

64 Vgl. oben II. 1. b).

65 Maßgeblich für die Berechnung des Selbstbehalts ist nicht der versicherte, sondern der tatsächliche Schaden, vgl. etwa Palmberger/Hornisch, VP 2009, 233 (233 f.). Auch dieser Begriff des tatsächlichen Schadens ist allerdings noch konkretisierungsbedürftig. Das kann im obigen Beispiel vernachlässigt werden.

66 Vgl. oben II. 1. c).

67 Zur Integration des Selbstbehalts in bestehende D&O-Police wurde im vergangenen Jahr in der Regel ein Nachtrag zur D&O-Police geschlossen. Er beinhaltet, sofern sich die Gesellschaft dafür entschieden hat, auch die Anrechnungsklausel. In Zukunft dürften derartige Regelungen unmittelbar in der D&O-Police enthalten sein. Dies kann unter Umständen zu einer Veränderung der Situation führen, da die Anrechnungsklausel dann weniger im Fokus stehen mag als bei einer Regelung in einem Nachtrag. Zur Vereinfachung wird im Folgenden dennoch nur Bezug auf die Regelung im Nachtrag genommen.

Weise die Vereinbarung letztlich zustande gekommen ist. Für die Annahme einer Individualvereinbarung reicht es nicht aus, dass der Vertragspartner das gestellte Formular kennt und er keine Bedenken dagegen hat oder der Inhalt der Klausel lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht.⁶⁸ Der Verwender müsse vielmehr den wesentlichen Inhalt des in den AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt(s)“ inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen durch die Möglichkeit einräumen, die inhaltliche Gestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.⁶⁹ Eine Individualvereinbarung setzt aber nicht zwangsläufig voraus, dass es zu einer Modifikation der vom Verwender vorgelegten Klausel gekommen ist.⁷⁰

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung können sich je nach Verlauf der Verhandlungen zwischen dem Unternehmen und dem Versicherer hinsichtlich des Nachtrags zur D&O-Police zwei Anhaltspunkte dafür ergeben, die Anrechnungsklausel als Individualvereinbarung anzusehen. Zum einen kann dies anzunehmen sein, wenn der Versicherer den Nachtrag zur D&O-Police nicht nur mit der Anrechnungsklausel anbietet, sondern gleichzeitig auch ohne diese für den Fall, dass die Vorstandsmitglieder eine SB-Police mit separater Kapazität abschließen wollen. Damit würde der Versicherer den gesetzesfremden Kerngehalt der Anrechnungsklausel, nämlich die entgegen § 100 VVG um den Betrag des/-r anzurechnenden Selbstbehalte/-s reduzierte Verpflichtung zur Gewähr von Versicherungsschutz gegenüber dem Unternehmen als Versicherungsnehmer, zur Disposition stellen. In diesem Fall scheint eine Analogie zu der Rechtsprechung für die alternative Regelung von Vertragslaufzeiten in ergänzungsfähigen Vertragsformularen naheliegend.⁷¹ Danach liegt ein „Aushandeln“ i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vor, wenn der Verwender die fragliche Bedingung als eine von mehreren Vertragsalternativen anbietet, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl hat, wobei die Alternativen auch unterschiedliche Entgeltr Regelungen aufweisen können.⁷²

Zum anderen kann von einer Individualvereinbarung auszugehen sein, wenn die Vertragsbedingung zwischen den Parteien eingehend besprochen wurde und der Vertragspartner die Bestimmung aufgrund der Verhandlung in seinen freien rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen hat.⁷³ Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn der

Versicherer die für das Unternehmen handelnden Personen eingehend, also nicht nur anhand der Produktinformationsblätter, zu den potentiellen Nachteilen des Anrechnungsmodells beraten hat und diese sich – in Kenntnis möglicher Alternativen – bewusst für das Anrechnungsmodell entschieden haben, etwa weil der D&O-Versicherer keine zusätzlichen Kapazitäten für die SB-Police mehr zur Verfügung stellen konnte, die für das Unternehmen handelnden Personen jedoch wegen der einheitlichen Schadenbearbeitung in einem potentiellen Versicherungsfall keinen neuen Versicherer als Zeichner der SB-Police ins Spiel bringen wollten. Sofern die Beratung – wie häufig – durch den Versicherungsmakler erfolgt, ist § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB hingegen nach seinem Wortlaut („zwischen den Vertragsparteien“) nicht anwendbar. In diesem Fall kann es dem Unternehmen allerdings verwehrt sein, sich auf eine etwaige unangemessene Benachteiligung aufgrund des ihm bereits von vornherein bekannten Risikos eines teilweisen Verlusts der Versicherungssumme zu berufen, da dies einen Fall des *venire contra factum proprium* darstellen würde.⁷⁴

(cc) Liegt keine der Konstellationen vor, in denen aufgrund des Verlaufs der Verhandlungen von einer Individualvereinbarung ausgegangen werden kann, dürfte die Anrechnungsklausel je nach Gestaltung im Einzelfall eine unangemessene Benachteiligung des Unternehmens i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 BGB beinhalten. Dafür sprechen zwei Gründe. Zum einen wälzt der Versicherer durch die Anrechnungsklausel die Gefahr einer Kumulierung von Risiken im Zuge des Abschlusses von SB-Police neben der D&O-Police auf das Unternehmen als Versicherungsnehmer sowie die Vorstandsmitglieder als Versicherungsnehmer der SB-Police ab. Derartige Kumulregelungen sind zwar üblich, wenn ein Versicherer Leistungen aus verschiedenen Verträgen einer oder ähnlicher Sparten für ein und denselben Kunden erbringt und sein kundenspezifisches Risiko dadurch nach oben hin begrenzen will. Aus Sicht des Versicherers mag de facto im Nebeneinander von D&O- und SB-Police ein entsprechendes Kumulrisiko bestehen. Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass es sich bei D&O- und SB-Police nicht um verschiedene Policen innerhalb eines Konzern- oder Unternehmensverbunds, sondern um eine Unternehmens- und eine Einzelpolice handelt, wobei das Vorstandsmitglied im Rahmen des Abschlusses der Einzelpolice gegenüber dem Versicherer als Privatperson auftritt und dies auch tun muss, damit das Kriterium der Verhaltenssteuerung erfüllt ist.

68 BGH v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (1111).

69 BGH v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (1111).

70 Vgl. etwa Schlosser in Staudinger, Neubearbeitung 2006, § 305 BGB Rz. 36a ff.

71 Vgl. dazu BGH v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, NJW 2003, 1313 (1314); Schlosser (Fn. 70), § 305 BGB Rz. 38; Pfeiffer in Wölff/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 305 BGB Rz. 38 a.E., 42.

72 Zu den Voraussetzungen vgl. BGH v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, NJW 2003, 1313 (1314); Schlosser (Fn. 70), § 305 BGB Rz. 38; Pfeiffer (Fn. 71), § 305 BGB Rz. 42.

73 Schlosser (Fn. 70), § 305 BGB Rz. 44. Der BGH fordert weitergehend, dass der Vertragspartner von der sachlichen Gerechtigkeit der Klausel überzeugt worden sein muss, vgl. etwa BGH v. 5.12.1995 – X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783 (787); v. 3.4.1998 – V ZR 6/97,

NJW 1998, 2600 (2601); Grüneberg (Fn. 31), § 305 BGB Rz. 21.

Dagegen zu Recht Schlosser (Fn. 70), § 305 BGB Rz. 44.

74 Diese Konstellation ist derjenigen vergleichbar, in der sich der Vertragspartner auf die Unwirksamkeit einer intransparenten Klausel beruft, obwohl er die wirkliche Lage von Anfang an gekannt hat. Vgl. Wolf (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 31; dagegen Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 38. Coester verweist allerdings zu Unrecht darauf, dass § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die maßgeblichen Kriterien dafür abschließend festlegt, wann die Beteiligung des Vertragspartners an der Klauselintroduction zur Mitverantwortung und damit zum Entfallen des Schutzes durch das AGB-Recht führt. Damit wäre der vorliegende Fall – Beratung durch den Versicherungsmakler – gerade nicht erfasst. Das erscheint wenig plausibel.

Zum anderen scheint für die Abwälzung des Risikos bzw. die Reduzierung der dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Versicherungssumme aufgrund der Anrechnung kein Vorteil ersichtlich, der den im Verlust an zur Verfügung stehender Deckung bestehenden Nachteil kompensieren könnte. Eine solche Kompensation ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn es sich um sachlich zusammengehörende Regelungen handelt, die zueinander in einem Wechselverhältnis stehen, und der anderweitige Vorteil auch vom Gewicht her geeignet ist, einen angemessenen Ausgleich zu bieten.⁷⁵ Ein Nachlass hinsichtlich der Prämie für die D&O-Police wird bei Vereinbarung der Anrechnungsklausel in aller Regel nicht bzw. allenfalls in einem sehr geringen Umfang⁷⁶ gewährt, so dass eine Kompensation insoweit unabhängig von der Frage, ob nachteilige Vertragsbedingungen überhaupt durch einen günstigen Preis ausgeglichen werden können⁷⁷, nicht in Betracht kommt. Denkbar wäre allenfalls, dass die Reduzierung des Ausfallrisikos der Gesellschaft dadurch, dass ihr Anspruch gegen das Vorstandsmitglied in Höhe des Selbstbehalts (im obigen Beispiel i.H.v. 2,7 Mio. €) von der SB-Versicherung getragen wird, kompensierende Wirkung hat. Dazu ist die im AGB-Recht grundsätzlich anzuwendende typisierende und überindividuelle Betrachtung⁷⁸ anzustellen. Ohne Anrechnungsklausel stünde dem Unternehmen im Beispiel eine verbleibende Versicherungssumme i.H.v. 2,7 Mio. € zu, außerdem hätte es einen (fortbestehenden) Anspruch gegen das beklagte Vorstandsmitglied in gleicher Höhe. Durch die Anrechnungsklausel ist das Ausfallrisiko des Unternehmens hinsichtlich dieses letzteren Anspruchs zwar reduziert, sie verbraucht aber dafür die noch verbleibende Versicherungssumme. Ob die Anrechnungsklausel kompensierende Wirkung haben kann, hängt damit zum einen von der Frage ab, wie hoch das Risiko einer fehlenden Durchsetzbarkeit des verbleibenden Anspruchs gegen das Vorstandsmitglied einzuschätzen ist, zum anderen von der Frage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit zu bewerten ist, dass das Unternehmen die restliche Versicherungssumme, die ihr ohne Anrechnungsklausel noch zur Verfügung gestanden hätte (im Beispiel 2,7 Mio. €), noch ausschöpfen wird. Auch unter Berücksichtigung dieser beiden Unbekannten erscheint jedoch der für das Unternehmen mit der Anrechnungsklausel verbundene Vorteil, mit dem Versicherer einen solventen Schuldner für die Zahlung des auf den Selbstbehalt entfallenden Betrags zu erhalten, insgesamt als zu schwach, um den Verlust an Versicherungsdeckung auszugleichen. Insofern dürfte auch insoweit keine Kompensation des Nachteils in Betracht kommen.

Fraglich ist, worin die Rechtsfolge bei einer unangemessenen Benachteiligung des Unternehmens besteht. Abweichend von den oben dargestellten Grundsätzen⁷⁹, dürfte die Anrechnungsklausel im Nachtrag zur D&O-Police insoweit ersatzlos entfallen⁸⁰ und dem Unternehmen i.S.v. § 100 VVG die volle Versicherungssumme zur Verfügung stehen. Für die korrespondierenden SB-Police(n) gelten die oben genannten Grundsätze.

(b) Perspektive des Vorstandsmitglieds

Das für das Vorstandsmitglied aus der Anrechnungsklausel folgende Risiko besteht darin, dass die für die D&O-Police und die von ihm abgeschlossene SB-Police geltende einheitliche Versicherungssumme in einem Versicherungsfall ggf. bereits durch andere Schadenfälle erschöpft sein könnte, etwa durch solche Fälle, die sich bei GmbH-Tochtergesellschaften ereignen, auf die der Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG keine Anwendung findet. Die Anrechnungsklausel kann daher je nach den Umständen des Einzelfalls⁸¹ eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB aufgrund einer Abweichung vom gesetzlichen Leitbild⁸² oder gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB beinhalten, weil und soweit die Klausel die Pflicht des Versicherers zur Leistung so einschränkt, dass der Vertragszweck – die Gewähr von Versicherungsschutz für den vom Vorstandsmitglied zu tragenden Selbstbehalt – zumindest gefährdet ist.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt hingegen nicht vor, wenn die SB-Police eine Klausel enthält, die dem Vorstandsmitglied bei Erschöpfung des einheitlichen Limits von D&O- und SB-Police unter der Voraussetzung, dass der gegen das Vorstandsmitglied gerichtete Schadensersatzanspruch ohne Verbrauch der Versicherungssumme unter der D&O-Police versichert gewesen wäre, separate Kapazität gewährt. Soweit es sich bei der D&O-Police um ein größeres Versicherungsprogramm mit Exzedentenverträgen handelt, kann dem Risiko eines vollständigen Limitverbrauchs darüber hinaus auch dadurch begegnet werden, dass in den Bedingungen des Exzedentenvertrags eine sog. „drop-down“-Regelung vorgesehen wird, die in Abweichung von der üblichen Vertragsgestaltung die Deckung des Selbstbehalts übernimmt, falls das Limit des Grundvertrages bzw. eines unterliegenden Exzedentenvertrages bereits ausgeschöpft ist. Auch in diesem Fall dürfte keine unangemessene Benachteiligung des Vorstandsmitglieds vorliegen.

75 Vgl. etwa Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 125.

76 Dabei argumentieren die Versicherer häufig damit, dass es sich bei der D&O-Versicherung um eine Katastrophenschadenversicherung handle, bei der – anders als bei einer Frequenzschadendeckung – selbst ein vergleichsweise hoher Selbstbehalt nur begrenzt als Regulativ für den Eintritt von Versicherungsfällen dienen könne.

77 Die ganz überwiegende Auffassung verneint dies in der Regel; vgl. die ausführliche Darstellung bei Coester (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 129 ff.

78 Roloff (Fn. 28), § 307 BGB Rz. 9.

79 Vgl. oben II. 1. c).

80 Vgl. etwa BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 f.; Grüneberg (Fn. 31), § 306 BGB Rz. 6.

81 Auch die mit dem Vorstandsmitglied vereinbarte Anrechnungsklausel kann grundsätzlich eine Individualvereinbarung darstellen (vgl. dazu die Ausführungen zur Unternehmensperspektive unter (2)). Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass das Vorstandsmitglied ggf. schutzbedürftiger ist als das Unternehmen, vgl. insoweit Wolf (Fn. 11), § 305 BGB Rz. 39.

82 Vgl. näher oben II. 2. a).

(2) *Anschlussmodell ohne Anrechnung von Leistungen auf die D&O-Police*

Die beim Anrechnungsmodell bestehenden Probleme und Risiken werden vermieden, wenn der Versicherer für die SB-Police ein von der Versicherungssumme der D&O-Police unabhängiges, zusätzliches Limit zur Verfügung stellt. Eine Vermengung der wirtschaftlichen Interessen von Vorstandsmitglied und Unternehmen ist dann ausgeschlossen. Manche Versicherer betrachten allein dieses Modell als mit dem Zweck der Neuregelung vereinbar und bieten daher kein Anrechnungsmodell an. Abgesehen von der oben zurückgewiesenen Kritik an der Akzessorietät⁸³ ist das Anschlussmodell ohne Anrechnung keinen generellen rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die Schwierigkeiten sind eher tatsächlicher Natur: Die Versicherer können für einzelne, insbesondere Großrisiken nur begrenzte Versicherungssummen zur Verfügung stellen, so dass für die SB-Versicherungen der Vorstandsmitglieder oftmals keine oder nur unzureichende Kapazitäten übrig bleiben. Dies gilt insbesondere bei einer größeren Anzahl von Vorstandsmitgliedern mit relativ hohen Fixvergütungen. Eine Reihe von Versicherern ist daher dazu übergegangen, speziell für die Sparte „SB-Policen“ zusätzliche Rückversicherungskapazitäten einzukaufen. Sofern der Versicherer zusätzliche Kapazitäten anbieten kann, ist das Anschlussmodell ohne Anrechnung eine rechtlich grundsätzlich unbedenkliche Wahl.

b) Stand-Alone-Lösung

Als sog. Stand-Alone-Lösung wird die SB-Police bezeichnet, wenn sie unabhängig von einer Beteiligung des Versicherers an der D&O-Police angeboten und daher auch stets mit gesondertem Limit zur Verfügung gestellt wird. Anders als beim zuvor dargestellten Anschlussmodell ohne Anrechnung von Leistungen auf die D&O-Police kann es hier insoweit zu Problemen kommen, wenn der Versicherer die Versicherungsbedingungen der D&O-Police als Vertragsbestandteil in die SB-Police mit einbezieht und daher verlangt, dass die D&O-Police der SB-Police als Anhang beigelegt wird. Dies wird damit begründet, dass der Versicherungsschutz nach der SB-Police aufgrund ihrer Akzessorietät zur D&O-Police nur dann eingeschätzt werden könne, wenn die Versicherungsbedingungen der D&O-Police bekannt seien.⁸⁴

Die Beschaffung der D&O-Police ist beiden Parteien bei Abschluss der SB-Police allerdings nicht ohne weiteres möglich. Der SB-Versicherer hat gegenüber dem D&O-Versicherer keinen Anspruch auf Herausgabe der D&O-Police. Ein solcher Anspruch steht nur der Gesellschaft als

Versicherungsnehmerin der D&O-Police zu (vgl. 44 Abs. 1 Satz 2 VVG). Ohne deren Zustimmung kann der D&O-Versicherer die D&O-Police nicht an den SB-Versicherer herausgeben. Auch das Vorstandsmitglied dürfte häufig nicht in der Lage sein, dem SB-Versicherer eine Kopie der D&O-Police zu verschaffen, da das Unternehmen diese oftmals als „Tresorpolice“ behandelt und nicht an die versicherten Personen herausgibt.

In der Praxis wird der SB-Vertrag häufig auch dann geschlossen, wenn das Vorstandsmitglied die Kopie der D&O-Police nicht beibringen kann. In der SB-Police findet sich dann ein Verweis auf die AVB der D&O-Police, ohne dass die D&O-Police in Kopie angehängt ist. Kommt es zum Schadenfall und leistet der D&O-Versicherer unter Berufung auf die D&O-Versicherungsbedingungen nicht, stellt sich die Frage, ob sich das Vorstandsmitglied darauf berufen kann, dass die Bedingungen der D&O-Police nicht Vertragsbestandteil der SB-Versicherung geworden seien und die Leistungspflicht des SB-Versicherers daher trotz der Nichtleistung aus der D&O-Police bestehe.

Insoweit könnte es schon an einer wirksamen Einbeziehung der AVB der D&O-Police in die SB-Police fehlen. Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB werden AVB u.a. nur dann Bestandteil des Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. AVB, die auf ein Regelwerk oder Normen verweisen, die selbst nicht mit abgedruckt sind (Verweisungsklauseln), wie in diesem Fall die AVB der SB-Police auf die Bedingungen der D&O-Police, gelten grundsätzlich als aus sich heraus nicht verständlich.⁸⁵ Ein bloßer Verweis soll nur dann ausreichen, wenn der Verwender der Bedingungen mit Sicherheit erwarten darf, dass der Vertragspartner die fraglichen Geschäftsbedingungen bereits kennt⁸⁶, was angesichts des Umstands, dass das Vorstandsmitglied über die D&O-Police regelmäßig nicht verfügt, nicht anzunehmen ist. Außerdem muss sich der Hinweis auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen⁸⁷, woran es fehlt, wenn die SB-Versicherung nur pauschal auf die D&O-Police verweist, ohne diese konkret zu bezeichnen.

Ohne deren Anhang werden die AVB der D&O-Police also regelmäßig nicht wirksam in die SB-Versicherung einbezogen, weshalb sich der SB-Versicherer zur Verweigerung seiner Leistung grundsätzlich nicht erfolgreich auf den Umstand berufen kann, dass der D&O-Versicherer seine Einstandspflicht unter Verweis auf die D&O-Versicherungsbedingungen verneint hat. Hat allerdings der SB-Versicherer das Vorstandsmitglied über den Charakter der SB-Versicherung als Eigenversicherung und deren strikte Akzessorietät zur D&O-Police des Unternehmens aufgeklärt und ist dem Vorstand bewusst, dass eine Beifügung der D&O-Police aus den bereits genannten Gründen nicht

⁸³ Vgl. oben II. 2. b).

⁸⁴ Vgl. auch § 10 Abs. 1 Nr. 1 VAG, der den Versicherer dazu verpflichtet, in AVB vollständige Angaben zur Bestimmung der Leistungspflicht des Versicherers zu machen. § 10 VAG enthält selbst keine Sanktionen bei Verletzung eines seiner Tatbestände, vgl. *Kaulbach* in *Fahr/Kaulbach/Bähr*, 4. Aufl. 2007, § 10 VAG Rz. 1. Da das Vollständigkeitsgebot Ausfluss des AGB-rechtlichen Transparenzgebots ist (vgl. *Präve* in *Pröhl*, 12. Aufl. 2005, § 10 VAG Rz. 15 f.), kann jedoch eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegen.

⁸⁵ *Basedow* in *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2007, § 305 BGB Rz. 69.

⁸⁶ BGH v. 19.1.2005 – XII ZR 107/01, NJW 2005, 1183 (1185).

⁸⁷ *Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch*, 2. Aufl. 2009, § 10 Rz. 58.

möglich ist, dürfte er sich anschließend nicht darauf berufen können, der SB-Versicherer sei auch ohne Eintritt des Leistungsfalls unter der D&O-Police leistungspflichtig. In diesem Fall dürfte von einem konkludenten Verzicht⁸⁸ des Vorstandsmitglieds auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme auszugehen sein, zumindest aber wäre ihm die Berufung auf den fehlenden Einbezug aus Treu und Glauben verwehrt.⁸⁹

Sofern die AVB der D&O-Police wirksam in die SB-Police einbezogen sind, wäre ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB denkbar. Das mit dem Transparenzgebot verfolgte Ziel der Rechtsklarheit soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren, um nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten zu werden, bzw. sich klar und einfach einen Überblick über die Rechtslage zu verschaffen, ohne fremde Hilfe in Anspruch nehmen zu müssen.⁹⁰ Daran könnte es fehlen, wenn die SB-Police an die Leistungspflicht des D&O-Versicherers anknüpft, ohne die Voraussetzungen von dessen Leistungspflicht explizit zu machen. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot führt allerdings nur dann zur Unwirksamkeit von AVB, wenn die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des anderen Teils besteht, bloße Unklarheit genügt nicht.⁹¹ Die strikte Akzessorietät der SB-Police zur D&O-Police des Unternehmens stellt nach der hier vertretenen Auffassung jedoch gerade keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁹² zu Lasten des Vorstandsmitglieds dar. Für eine Berufung des Versicherungsnehmers der SB-Police auf § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgrund der fehlenden Beifügung der D&O-Versicherungsbedingungen gibt es daher regelmäßig keine Grundlage. Darüber hinaus bestehen die Anforderungen an das Transparenzgebot für den Versicherer nur im Rahmen des Möglichen.⁹³ Sofern es aus den oben geschilderten Gründen nicht möglich war, die D&O-Police beizufügen, kann im Rahmen des Transparenzgebots nichts anderes gelten.

Schließlich könnte die Nichtbeifügung der AVB des D&O-Vertrages einen Verstoß gegen die Mitteilungspflichten des Versicherers gem. § 7 Abs. 1 VVG darstellen. Danach hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung seine Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen in Textform mitzuteilen. Eine Verletzung von § 7 Abs. 1 VVG kann u.a. Schadenersatzansprüche des Versicherungsnehmers auslösen.⁹⁴ Nach den voranstehenden Ausführungen dürfte es insoweit aber schon an einer schuldhaften Pflichtverletzung des SB-Versicherers fehlen.

Damit kann sich das Vorstandsmitglied nicht erfolgreich darauf berufen, dass die Bedingungen der D&O-Police nicht Vertragsbestandteil der SB-Versicherung geworden seien und die Leistungspflicht des SB-Versicherers daher trotz der Nichtleistung aus der D&O-Police bestehe.

c) Vor- und Nachteile: Integrierte vs. Stand-Alone-Lösung

Das integrierte Modell bietet den Hauptvorteil einer einheitlichen, koordinierten Schadenbearbeitung durch einen Versicherer, wobei die Bedingungswerke von SB- und D&O-Police in der Regel perfekt aufeinander abgestimmt sind. Hinzu tritt, insbesondere beim Anrechnungsmodell, ein niedrigeres Prämienniveau. Zudem stellen sich für den Versicherer keine Kapazitätsfragen. Andererseits birgt das Anrechnungsmodell für das Vorstandsmitglied die Gefahr des Limitverbrauchs und ist den oben diskutierten Wirksamkeitsbedenken ausgesetzt. Die Abhängigkeit zwischen D&O- und SB-Police führt im Falle des Ausscheidens eines Vorstandsmitglieds aus dem Unternehmen und der anschließenden Übernahme eines Vorstandsmandats bei einer anderen Aktiengesellschaft außerdem häufig zu einer automatischen Beendigung des Versicherungsschutzes. Dies trifft auch auf den Fall eines Wechsels des führenden Versicherers der D&O-Police zu.

Bei der Stand-Alone-Lösung, bei der D&O- und SB-Versicherer voneinander verschieden sind, stellen sich diese Probleme nicht. Wegen des fehlenden Junktims zum D&O-Vertrag wird die Stand-Alone-SB-Police auch als „Wanderpolice“ bezeichnet, weil sie dem versicherten Vorstandsmitglied bei einem Wechsel eine deutlich größere Flexibilität bietet. Da der Stand-Alone-Versicherer an der D&O-Police nicht beteiligt ist, ergeben sich in der Regel auch keine Kapazitätsengpässe. Außerdem ist das separate Limit der Stand-Alone-Dekung vor Verbrauch durch Schadenfälle unter der D&O-Police geschützt.

Die konzeptionellen Nachteile einer Stand-Alone-Lösung erscheinen demgegenüber als überschaubar. Zwar kann es grundsätzlich mangels Identität zwischen dem Versicherer der D&O-Police und dem der SB-Police zu Abstimmungsproblemen im Schadenfall kommen, die beim integrierten Modell nicht auftreten können. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch begrenzen. Dabei ist zunächst darauf zu achten, dass das Bedingungswerk der SB-Police auf das der D&O-Police abgestimmt ist, um Deckungslücken zu vermeiden. Dies trifft insbesondere auf eventuell abweichende oder zusätzliche Anzeigepflichten und sonstige Obliegenheiten zu, deren Verletzung im Extremfall zum Wegfall des Versicherungsschutzes führen kann. Des Weiteren ist der zeitliche Umfang beider Versicherungen zu synchronisieren. Dies gilt etwa für die Nachmeldfrist, die bei der SB-Versicherung nicht kürzer sein sollte als bei der D&O-Versicherung. Weiterhin sollte die Rückwärtsversicherung nicht durch einen Ausschluss laufender Verfahren bzw. bekannter Umstände weiter eingeschränkt sein, als dies in der D&O-Police der Fall ist. Die Kontinuitätsdaten beider Policen sollten also gleichlautend sein. Sofern in den AVB der SB-Versicherung bestimmt ist,

⁸⁸ Vgl. etwa Grüneberg (Fn. 31), § 305 BGB Rz. 26.

⁸⁹ Vgl. insoweit auch OLG Düsseldorf v. 23.6.1995 – 22 U 205/94, NJW-RR 1996, 1422 (1423).

⁹⁰ Wolf (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 237, 259.

⁹¹ Grüneberg (Fn. 31), § 307 BGB Rz. 20 mit zahlreichen Nachweisen.

⁹² Vgl. oben II. 2. b) a.E.

⁹³ Grüneberg (Fn. 31), § 307 BGB Rz. 18; Wolf (Fn. 11), § 307 BGB Rz. 237, 248.

⁹⁴ Beckmann (Fn. 87), § 10 Rz. 56.

dass die Regulierung akzessorisch zur Regulierung des Versicherungsfalls unter der D&O-Police ist, lässt eine solche Bestimmung auch beim Stand-Alone-Modell kaum mehr Spielraum für unterschiedliche Auffassungen bei der Schadenregulierung⁹⁵. Einen konzeptionellen Nachteil kann es allerdings bedeuten, wenn der SB-Versicherer im Rahmen einer Stand-Alone-Police auf einer Beifügung der D&O-Police besteht. Dies kann für das betroffene Vorstandsmitglied unter Umständen ein unüberwindbares Abschlusshindernis darstellen, wenn ihm eine Kopie der Konzernpolice nicht zur Verfügung steht bzw. die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Herausgabe der D&O-Police verweigert.

2. Poollösungen

Neben den bereits dargestellten Selbstbehaltskonzepten, die das Vorstandsmitglied als natürliche Person als Versicherungsnehmer vorsehen, werden auch sog. „Poollösungen“ zur Absicherung des Selbstbehalts nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG angeboten. Beispielsweise kann ein Gruppenvertrag mit einem Vorstandsmitglied (oder einer anderen Person) als Versicherungsnehmer abgeschlossen werden, dem die (weiteren) Vorstandsmitglieder auf Wunsch als Mitversicherte beitreten. Ein anderes Konzept einer Poollösung ist der Kollektivrahmenvertrag, der mit dem Unternehmen als Versicherungsnehmerin der D&O-Police geschlossen wird und in dessen Rahmen die Vorstandsmitglieder Einzelverträge zur Absicherung des Selbstbehalts vereinbaren. Gemeinsames Hauptziel der Poollösungen ist die Vereinfachung des Vertragsabschlusses bzw. der Vertragsverwaltung sowohl für die zu versichernden Vorstandsmitglieder als auch für den Versicherer.

a) Darstellung der verschiedenen Modelle – Gruppenvertrag als Vertrag zugunsten Dritter und Kollektivrahmenvertrag

aa) Gruppenvertrag als Versicherungsvertrag zugunsten Dritter

Als Versicherungsnehmer eines solchen Gruppenvertrags können verschiedene Personen fungieren. Nahe liegt es, ein Vorstandsmitglied des D&O-versicherten Unternehmens für diese Funktion zu bestimmen. Grundsätzlich kann es sich aber um jede Person handeln, die das Vertrauen der mitversicherten Vorstandsmitglieder genießt. Dies kann z.B. ein leitender Angestellter aus der Rechts-, Per-

sonal- oder Versicherungsabteilung des Unternehmens sein, ein entsprechend sachverständiger externer Dritter (z.B. Rechtsanwalt, Steuerberater) oder auch ein Versicherungsmakler.⁹⁶ Unabhängig davon, wer die Versicherungsnehmereigenschaft innerhalb des Gruppenvertrags übernimmt, sollte dieser eine Regelung enthalten, dass in Abweichung von § 44 Abs. 2 VVG die Ausübung der Rechte aus dem Vertrag nicht an den Besitz des Versicherungsscheins der SB-Police bzw. an die Zustimmung des Versicherers geknüpft ist, so dass jedes mitversicherte Vorstandsmitglied im Versicherungsfall den Leistungsanspruch gegenüber dem Versicherer ohne weiteres selbst geltend machen kann. Fehlt es an einer solchen Regelung, ist der Versicherungsnehmer der Gruppenpolice aufgrund seiner Treuhänderstellung⁹⁷ verpflichtet, die Entschädigungsleistung den Mitversicherten, nach entsprechender Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Versicherer, zukommen zu lassen (Einziehungs- und Auskehrungspflicht)⁹⁸. Der Versicherungsnehmer einer Fremdversicherung wie dem Gruppenvertrag ist im Übrigen zuständig für die Einhaltung der vertraglichen Anzeigepflichten und Obliegenheiten⁹⁹. Gemäß § 47 Abs. 1 VVG müssen aber auch die Mitversicherten die gesetzlichen Obliegenheiten erfüllen.

bb) Kollektivrahmenvertrag mit Einzelverträgen

Im Rahmen des zwischen dem Unternehmen und dem Versicherer geschlossenen Kollektivrahmenvertrags kann das Vorstandsmitglied eine SB-Versicherung zu den im Rahmenvertrag festgelegten Konditionen (inkl. Versicherungsprämie) abschließen. Es kommt ein Einzelvertrag zwischen dem Vorstandsmitglied und dem D&O-Versicherer zustande. Das Unternehmen treffen dabei neben der Pflicht zum Prämieninkasso diverse Informationspflichten, die Pflicht zur Aushändigung des Versicherungsscheins der SB-Versicherung sowie zur Aushändigung der Bedingungen des SB-Vertrags. Hinsichtlich der mit einer Beteiligung des Unternehmens verbundenen Bedenken verweist der Versicherer darauf, dass dieses als Partei des Kollektivrahmenvertrags unentgeltlich, nicht beratend, nicht bewertend und nicht als Vermittler des Versicherers tätig werde. In der versicherungsrechtlichen Praxis wird die Beteiligung des Unternehmens dennoch kritisch betrachtet.¹⁰⁰ Maßgebliches Kriterium ist allerdings, dass die Konstruktion keinerlei Einwirkungen auf die Steuerungsfunktion¹⁰¹ mit sich bringt. Die vom Unternehmen übernommenen Pflichten beeinträchtigen diese Steuerungsfunktion nicht. Solange dies gewährleistet ist, sind die Bedenken unbegründet.

95 A.A. Lange, r+s 2010, 92 (97), der „Potential für Streitigkeiten auf dem Rücken des Versicherten“ selbst dann sieht, „wenn der SB-Versicherer vertraglich eingeräumt hat, der Regulierungsentscheidung des D&O-Versicherers zu folgen“. Es müsse „mit der Argumentation gerechnet werden, [dass] der D&O-Versicherer die Haftpflichtforderung zwar oberhalb des Selbstbehalts mit Erfolg bekämpft [habe], um eine eigene Belastung zu vermeiden, bis zur Höhe des – von ihm ja nicht zu tragenden – Selbstbehalts aber absichtlich geringere Bemühungen entfaltet [habe], um dadurch einem Konkurrenten, dem SB-Versicherer, zu schaden“. Abgesehen davon, dass es fraglich erscheint, ob der D&O-Versicherer seine Abwehrbemühungen tatsächlich in diesem Sinn „absichten“ kann, ist sittenwidriges Parteiverhalten nie ganz auszuschließen. Derartige Ausnahmefälle ändern nichts daran, dass die Akzessorietätsklausel grundsätzlich geeignet ist, die Eintrittspflicht des SB-Versicherers zu gewährleisten.

96 Ihlas (Fn. 7), D&O Rz. 76 weist darauf hin, dass die Versicherungsnehmereigenschaft des Versicherungsmaklers zu Interessenkonflikten führen kann.

97 BGH v. 7.5.1975 – IV ZR 209/73, BGHZ 64, 260 (265) für den gesamten Anwendungsbereich der Versicherung für fremde Rechnung.

98 Prölss/Klimke in Prölss/Martin, 28. Aufl. 2010, § 46 VVG Rz. 1 m.w.N.

99 Prölss/Klimke (Fn. 98), § 44 VVG Rz. 3.

100 Vgl. etwa Ihlas (Fn. 7), D&O Rz. 76.

101 Im Sinne von oben II. 1. b).

b) Versicherungssumme – Kumulproblematik

Auch im Rahmen der Gruppenlösungen stellt sich wie schon bei den Einzellösungen die Frage nach dem Verhältnis der Versicherungssummen von SB- und D&O-Police. Dabei werden wiederum unterschiedliche Ansätze verfolgt.

aa) Wechselseitige Anrechnung von Leistungen unter der D&O- auf die SB-Gruppenpolice und umgekehrt

Ist der Versicherer der Gruppenpolice auch am D&O-Vertrag beteiligt bzw. führt er diesen, besteht auch bei der Gruppenpolice die Möglichkeit der Vereinbarung eines Anrechnungsmodells, d.h. Leistungen aus der Gruppenpolice werden auf das Limit der D&O-Police angerechnet, während umgekehrt Leistungen unter der D&O-Police das Limit der Gruppenpolice verbrauchen (zweiseitige Kumulklausel). Zudem steht die Deckungssumme der Gruppenpolice für alle Mitversicherten gemeinsam und einfach pro Versicherungsjahr zur Verfügung. Das innerhalb der Gruppenpolice zur Verfügung stehende Gesamtlimit kann also nicht nur durch Leistungen unter der D&O-Police, sondern auch durch Zahlungen an andere Mitversicherte innerhalb der Gruppenpolice aufgezehrt werden kann. Daher ist bei Abschluss einer Gruppenpolice mit wechselseitiger Anrechnung ganz besonders auf die Vereinbarung einer ausreichenden Versicherungssumme zu achten. Die Höhe dieser Summe sollte sich an der Zahl der versicherten Vorstandsmitglieder, deren Fixgehältern und ggf. – im Hinblick auf die noch nicht abschließend gelöste Problematik, ob der Selbstbehalt bei Pflichtverletzungen aus verschiedenen Kalenderjahren, die innerhalb einer Versicherungsperiode geltend gemacht werden, zu kumulieren ist¹⁰² – der Laufzeit des Gruppenvertrags orientieren.

Beim Kollektivrahmenvertrag ist die Leistungspflicht des Versicherers ebenfalls durch die Deckungssumme des von ihm geführten D&O-Vertrags begrenzt (zweiseitiger Kumul). Eine bestimmte Versicherungssumme wird in der Regel nicht ausgewiesen. Begründet wird dies damit, dass sich die Höhe des gem. § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG zu tragenden Selbstbehalts nicht im Vorhinein bestimmen lasse, da sich dieser nach der Höhe des Schadens und der individuellen Vergütung des Vorstandsmitglieds richte. Außerdem sei die Anpassung der Versicherungssumme aufwändig und die Festlegung einer Summe könnte wegen der Schlussfolgerungen auf das Gehalt dem Diskretionsbedürfnis des einzelnen Vorstandsmitglieds zuwiderlaufen.

In beiden Konstellationen stellen sich grundsätzlich die gleichen Wirksamkeitsbedenken, wie sie im Zusammenhang mit dem Anschlussmodell unter Anrechnung von Leistungen auf die D&O-Police beschrieben wurden. Die Frage, ob eine etwaige unangemessene Benachteiligung vorliegt, stellt sich im Rahmen der Poolösungen allerdings insofern noch unter einem weiteren Aspekt, als die

einheitliche Versicherungssumme der SB-Police schon durch Versicherungsfälle einzelner Vorstandsmitglieder aufgebraucht sein kann, so dass für andere Vorstandsmitglieder in zeitlich späteren Schadenfällen keine Deckung mehr vorhanden ist.¹⁰³

bb) Einseitige Anrechnung von Leistungen unter der SB-Gruppenpolice auf die D&O-Police

Alternativ besteht die Option einer nur einseitigen Anrechnung von Leistungen unter der SB-Gruppenpolice auf die D&O-Police (einseitige Kumulklausel). Werden in diesem Fall Leistungen unter dem D&O-Vertrag erbracht, die die Regelung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht betreffen, steht die Versicherungssumme des Gruppenvertrages in Ermangelung einer Kumulregelung weiterhin in voller Höhe zur Verfügung. Die Versicherten der Gruppenpolice haben in dieser Variante auch dann Versicherungsschutz, wenn die Versicherungssumme der D&O-Police verbraucht ist, soweit der Anspruch unter der D&O-Police bei Nichtverbrauch der Deckungssumme versichert gewesen wäre. Andererseits können Versicherungsfälle, die die Gruppenpolice betreffen, das Limit der D&O-Police verbrauchen. Bei einer solchen einseitigen Kumulklausel dürften keine Wirksamkeitsbedenken bestehen.¹⁰⁴

cc) Keinerlei wechselseitige Anrechnung von Leistungen

Ein Modell, bei dem die Versicherungssummen von D&O- und Gruppenpolice voneinander völlig getrennt sind, ist – analog zur Einzelpolice – dort zwingend, wo der Versicherer der Gruppenpolice an der D&O-Police nicht, also auch nicht an einem eventuellen Exzedentenvertrag, beteiligt ist. Die Bereitstellung eines separaten Limits unter der Gruppenpolice mag jedoch auch für solche Anbieter in Betracht kommen, die in Ansehung ihres Engagements innerhalb der D&O-Police noch freie Kapazitäten haben.

c) Vor- und Nachteile der Poollösung

Die Vorteile der Poollösung liegen insbesondere in dem für die versicherten Vorstandsmitglieder gegenüber einer Einzelpolice deutlich verringerten Verwaltungsaufwand. Beim Versicherer ergeben sich mit einer zunehmenden Anzahl von Mitversicherten bei unverändertem Gesamtlimit „Skaleneffekte“, die zu niedrigeren Prämien führen sollten. Was den Bedingungsumfang anbelangt, unterscheiden sich die Gruppenlösungen grundsätzlich nicht von den Einzellösungen. Wird wie regelmäßig die Gruppenpolice mit einer Versicherungssumme in substanzieller Höhe abgeschlossen, stellt sich für das einzelne versicherte Vorstandsmitglied im Vergleich zur Einzellösung zwar zunächst die optische Wirkung einer Mehrfachmaximierung ein; allerdings ergeben sich bei der Gruppenpolice die gezeigten Kumulierungseffekte, wie sie bei einer

¹⁰² Gegen eine solche Kumulierung etwa Messmer, ZfV 2009, 737 (740 f.); Ihlhas (Fn. 7), D&O Rz. 304 ff. m.w.N.

¹⁰³ Vgl. zu den analog anzuwendenden Grundsätzen der AVB-Prüfung oben III. 1. b).

¹⁰⁴ Vgl. insoweit oben III. 1. b), dort unter bb) (1) b).

Einzellösung nicht auftreten. So wird teilweise eine mit Zusatzkosten verbundene und nicht zur Erhöhung der Gesamtkapazität führende Option zur Wiederauffüllung der Versicherungssumme für den einzelnen Mitversicherten bei drohender Erschöpfung der Deckungssumme angeboten¹⁰⁵. Die Kalkulation eines angemessenen Deckungslimits wird durch die bei Poolösungen vorhandene Möglichkeit des unterjährigen Ein- und Austritts von Vorstandsmitgliedern zusätzlich erschwert. Dies kann zudem Deckungssummenanpassungen erforderlich machen und die ohnehin komplizierte Allokation der Gesamtprämie auf die einzelnen Vorstandsmitglieder zusätzlich erschweren.

Möglich sind zudem Interessenskonflikte. Sie zeigen sich etwa dort, wo der Makler zugleich als Versicherungsnehmer der Gruppenpolice auftritt. Einer von mehreren möglichen Zielkonflikten kann sich bei der Bestimmung der angemessenen Deckungssumme des Gruppenvertrages ergeben, soweit die Dienstleistung des Maklers wie üblich pauschal mit der in der Versicherungsprämie beinhalteten Courtage, die unmittelbar mit der Höhe der Versicherungssumme zusammenhängt, vergütet wird. Interessenskonflikte können sich weiterhin dann stellen, wenn der Makler zugleich die D&O-Police des Unternehmens betreut. Dies gilt auch dann, wenn ein Angestellter des Unternehmens als Versicherungsnehmer des Gruppenvertrages auftreten sollte.

3. Individual-D&O-Police

a) Versicherung des Selbstbehalts nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG mit Abwehrkosten

Neben den dargestellten Konzepten einer Eigenversicherung, die ausschließlich den Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG abdecken, finden sich verbreitet auch Lösungen, die darüber hinaus die Abwehrkosten mitversichern und damit eine klassische Haftpflichtversicherung nach dem Leitbild der §§ 100 ff. VVG darstellen. Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer hier nicht nur von begründeten Ansprüchen in Höhe des Selbstbehalts freizustellen, sondern Ansprüche auch abzuwehren, während die dargestellten Varianten der Eigenversicherung erst eingreifen, wenn ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied nicht abgewehrt werden konnte.

Ausgehend von der wohl einhelligen Auffassung, dass der Pflichtselbstbehalt nicht auch auf Abwehrkosten zu erstrecken ist, kann sich Bedarf für Abwehrkostenschutz unter der SB-Police nur etwa dann ergeben, wenn bei der Ermittlung des Selbstbehalts ein zu hohes Jahresgehalt und damit eine unrichtige Bezugsgröße herangezogen wird, bei Pflichtverletzungen in mehreren Jahren die Selbstbehalte (in unter Umständen unzulässiger Weise¹⁰⁶) addiert oder bei Ansprüchen Dritter abgezogen werden¹⁰⁷.

Sinnvoll erscheint die Aufnahme von Abwehrkostenschutz grundsätzlich dann, wenn SB- und D&O-Versicherer nicht identisch sind. Bei Identität der Versicherer läge hingegen eine Doppelversicherung vor.

Im Fall eines vom D&O-Versicherer unterschiedlichen SB-Versicherers lassen sich für den Versicherungsnehmer unter Umständen Vorteile aus einem weiteren Deckungsumfang der SB-Police erzielen. Bleibt der Bedingungs- umfang der D&O- hinter der Individual-D&O-Police zurück, kann dies durch eine sog. umgekehrte Konditionen- Differenz-Deckung (Reverse DIC) ausgeglichen werden. Die Individual-D&O-Police kann so etwa die Funktion einer subsidiären Rechtsschutzversicherung bei Innenverhältnisanprüchen übernehmen. Aufgrund der Mitversicherung von Abwehrkosten ist umso mehr auf eine angemessene Deckungssumme zu achten, die jedenfalls über dem 1,5-fachen der jährlichen Jahresfestvergütung des betreffenden Vorstandsmitglieds liegen sollte. Sofern diese Punkte beachtet sind, dürften gegen die Individual-D&O-Police keine Wirksamkeitsbedenken im Hinblick auf die Neuregelung in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG bestehen.

b) Individual-D&O-Police ohne (expliziten) Bezug auf § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG

Den geringsten Bedenken dürften insoweit Individual-D&O-Police¹⁰⁸ ausgesetzt sein, die zum Pflichtselbstbehalt des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG keinerlei expliziten Bezug aufweisen.¹⁰⁹

Bislang führten Individual-D&O-Versicherungen in Deutschland eher ein Schattendasein. Bedarf für eine solche Police bestand allenfalls in solchen Fällen, in denen sich das Unternehmen gegen den Abschluss einer D&O-Versicherung entschied, das angestellte Vorstandsmitglied jedoch auf eine solche Deckung nicht verzichten wollte, oder wenn die D&O-Police des Unternehmens erfolgreich angefochten wurde.¹¹⁰ Diese mangelnde Akzeptanz¹¹¹ resultierte u.a. daher, dass die Einzelpolice, neben dem offensichtlichen Manko der notwendigen Eigenfinanzierung durch den Manager, gegenüber der Unternehmenspolice oftmals einen nur eingeschränkten Deckungsumfang aufwies. Insbesondere wurde dem Versicherungsnehmer bei dessen Inanspruchnahme als Gesamtschuldner gem. § 421 BGB nur der seinem Verschuldensanteil im Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern entspre-

¹⁰⁵ Ein Recht zur Wiederauffüllung der Versicherungssumme ist im Rahmen der D&O-Versicherung als Katastrophenschadenversicherung ansonsten absolut unüblich.

¹⁰⁶ Vgl. oben Fn. 102.

¹⁰⁷ Schulze/Koch, VW 2010, 424 (425).

¹⁰⁸ Soweit der Versicherungsnehmer zudem die Versicherungsprämie selbst trägt, werden solche Konzepte auch als „echte Einzelpolice“ in Abgrenzung zur „unechten Einzelpolice“ bei Übernahme der Prämie durch einen Dritten, namentlich der Gesellschaft, bezeichnet. Vgl. Ihlas, D&O, 2. Aufl. 2009, S. 335.

¹⁰⁹ Denkbar ist eine Subsidiaritätsregelung, wie etwa: „Ist der geltend gemachte Vermögensschaden unter der anderweitigen D&O-Versicherung bis zur Höhe des vereinbarten Selbstbehalts nur in Form der Anspruchsabwehr versichert, besteht insoweit Versicherungsschutz aus dem vorliegenden Versicherungsvertrag in Form der Freistellung von begründeten Schadenersatzansprüchen, auch im Rahmen von Vergleichen.“

¹¹⁰ Schulze/Koch, VW 2010, 424 (425).

¹¹¹ Ihlas (Fn. 108), S. 335, schätzt den Marktanteil aller Einzelpolice hinsichtlich der Stückzahl auf unter 1 %.

chende Haftungsanteil (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB) ersetzt. Dies führte dazu, dass der Versicherungsnehmer das Regressrisiko gegenüber den nicht versicherten Gremiumsmitgliedern (§ 426 Abs. 1 Satz 2 BGB) trug. Außerdem stellten die Versicherer für Einzelpolice – unabhängig von der Größe des Anstellungsunternehmens – nur vergleichsweise niedrige Deckungssummen zur Verfügung,¹¹² und die Prämien lagen vergleichsweise hoch. Dies resultierte u.a. aus der Befürchtung der Versicherer, dass die Police insbesondere von Managern in besonders risikogeneigten Ressorts (z.B. Finanzen oder Recht/Compliance) oder solchen mit einer negativen Schadenhistorie nachgefragt werden könnte. Vorstandsmitglieder mit einem solchen Versicherungsschutz in einem ansonsten nicht versicherten Gremium können außerdem leichter zur Zielscheibe von Inanspruchnahmen werden (Stichwort:

„Deckung schafft Haftung“), was für die Betroffenen die Empfehlung nahelegt, den Abschluss einer solchen Police möglichst geheim zu halten.

Die derzeit angebotenen Individual-D&O-Police bieten für das Vorstandsmitglied den großen Vorteil, über eine eigene, grundsätzlich vollwertige Organhaftpflichtversicherung zu verfügen, die unabhängig von der D&O-Police des Unternehmens besteht und prinzipiell auch bei einem Wechsel in den Vorstand eines anderen Unternehmens weitergeführt werden kann. Vor allem kann diese Individual-D&O-Police dann eingreifen, wenn die Leistungspflicht aus der D&O-Police nicht bestehen sollte, und bietet dem Vorstandsmitglied daher nicht nur eine Absicherung des Selbstbehalts, sondern darüber hinaus noch die zusätzliche Sicherheit einer – subsidiär – für die ge-

samte Schadensersatzforderung bestehenden Versicherung. Darüber hinaus kann die „Anonymität“ einer solchen Lösung im Hinblick auf die Versicherung des Pflichtselbstbehalts die Individual-D&O-Police vor allem für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften mit hohen Compliance-Standards besonders attraktiv erscheinen lassen.

IV. Fazit

Welche Entwicklung der Markt für SB-Police angesichts der verbleibenden Unsicherheiten bezüglich einzelner Modelle nehmen wird, lässt sich derzeit noch schwer absehen. Für viele Geschäftsleiter scheint – nach dem Eindruck der Versicherungsmakler¹¹³ – bei der Auswahl ihrer SB-Versicherung der Preis das ausschlaggebende Kriterium zu sein. Schätzungen zufolge haben sich etwa 50 % der Vorstandsmitglieder, die eine SB-Versicherung abgeschlossen haben, für das Anrechnungsmodell entschieden. Dabei werden bestehende rechtliche Risiken häufig in Kauf genommen. Dass sich diese Risiken materialisieren und das Anrechnungsmodell im Zuge dessen auf den Prüfstand der Gerichte kommt, erscheint nicht unwahrscheinlich. Dazu bedarf es nur eines Falls, in dem die Versicherungssumme der D&O-Police erschöpft ist und ein Vorstandsmitglied keine Leistung aus der SB-Police erhält. In einer solchen Konstellation ist eine Leistungsklage des Vorstandsmitglieds gegen den SB-Versicherer naheliegend. Insofern dürfte in die Diskussion um den D&O-Selbstbehalt tatsächlich noch nicht allzu bald Ruhe einkehren.¹¹⁴

112 *Ihlas* (Fn. 108), S. 336, spricht von „maximal 5 Mio. €“.

113 Vgl. *Lansch*, VW 2010, 1518.

114 Vgl. *Lansch*, VW 2010, 1360.

Steuer-Journal

Sponsoring und Steuern

Tue Gutes und rede drüber – richtiges Sponsoring ist für die meisten Aktiengesellschaften ein wesentliches Marketingwerkzeug. Der steuerlichen Einordnung des Sponsorings kommt hierbei auf Unternehmensseite oft nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da der Betriebsausgaben- und Vorsteuerabzug aus dem Werbeaufwand unkompliziert scheint. Optimales Sponsoring insbesondere gemeinnütziger Organisationen erfordert aber im Vorfeld eine genaue Abstimmung der zu erbringenden Werbeleistung und eine zutreffende Umsetzung im Sponsoringvertrag. Langfristig erfolgreiches Sponsoring beinhaltet auch, die steuerlichen Interessen des Vertragspartners angemessen zu berücksichtigen.

I. Steuerliche Ausgangs- und Interessenlage

1. Geben Unternehmen Gelder oder geldwerte Vorteile an Organisationen, um hiermit (auch) unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit zu verfolgen, spricht man von Sponsoring. Für die steuerliche Behandlung dieser Zuwendungen muss zwischen der Ebene des Sponsors und der des Zuwendungsempfängers unterschieden werden:

- Beim Sponsor können diese Zahlungen Betriebsausgaben darstellen. Die Zuwendungen können aber auch nach § 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG als echte Spenden anzusehen sein. In diesem Fall ist die Zuwendung als Sonderausgabe nur beschränkt abzugsfähig. Treffen beide Möglichkeiten nicht zu, handelt es sich bei dem Sponsor um nicht abziehbare Aufwendungen.
- Ist die empfangende Organisation (z.B. Verein, Verband, Stiftung) gemeinnützig, können Einnahmen im