

Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig?

von Univ.-Prof. Dr. **Michael Gruber**, Salzburg, und Dr. **Thomas Wax** MBA, München

Die D&O-Versicherung findet in Österreich seit einigen Jahren sowohl bei Großunternehmen als auch in der mittelständischen Wirtschaft zunehmend Verbreitung. Es handelt sich dabei um eine „Manager-Haftpflichtversicherung“, die idR Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats hinsichtlich ihrer Tätigkeit erfasst. In Österreich noch wenig¹⁾, in Deutschland aber seit einigen Jahren viel diskutiert ist (ua) die Frage, wer bei der AG bzw GmbH denn überhaupt für den Abschluss solcher Versicherungsverträge zuständig ist. Dieser Frage soll im Folgenden anhand der deutschen Diskussion nachgegangen werden.

Deskriptoren: Aufsichtsrat; Corporate Governance Bericht; D&O-Versicherung; Gesamtbezüge; GmbH-Geschäftsführer; Vergütung; Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung; Versicherung für fremde Rechnung; Versicherungsentgelt; Vorstand.

ABGB: §§ 879, 1014; AktG: §§ 71, 74, 78, 98; BGB: § 134; dAktG: §§ 87, 113; dGmbHG: § 46; dHGB: § 285; GmbHG: §§ 15, 18, 20, 35; UGB: §§ 239, 243b; VersVG: §§ 74 ff.

I. Grundlagen II. Zuständigkeit für den Abschluss einer D&O-V

1. AG
 - a) D&O-V für Aufsichtsratsmitglieder
 - aa) Zustimmungspflicht der Hauptversammlung bzw Erfordernis einer Satzungsregelung?
 - bb) Fakultative Aufnahme einer Satzungsbestimmung bzw Herbeiführung eines Hauptversammlungsbeschlusses
 - b) D&O-V für Vorstandsmitglieder
2. GmbH

I. Grundlagen

Die D&O-V ist eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder juristischer Personen, wobei nach den gängigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen leitende Angestellte häufig mitversichert sind²⁾. Versichert ist sowohl die Innenhaftung des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft als auch seine Außenhaftung³⁾. Die Bezeichnung „D&O“ stammt aus dem anglo-amerikanischen Haftungs- und Versicherungsrecht, von dort sind die ersten Produkte nach Deutschland und dann auch nach Österreich „importiert“ worden. D&O steht abgekürzt für „Directors and Officers“ (Liability Insurance)⁴⁾. Die Begriffe „Directors“ und „Officers“ lassen sich mit der üblichen Übersetzungsunschärfe bei juristischen Fachbegriffen am ehesten mit „Organmitglieder“ übersetzen⁵⁾.

Bei der D&O-V handelt es sich – jedenfalls im praktischen Regelfall – um eine Versicherung für fremde Rechnung gemäß §§ 74 ff VersVG (sog Fremdversicherung⁶⁾), abgeschlossen von der AG/GmbH für ihre als versicherte Personen bezeichneten Organmitglieder (und leitenden Angestellten⁷⁾). Vertragspartner des Versicherers (VR) und Prämienschuldner ist die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin, Versicherter ist das jeweilige Organmitglied (bzw der leitende Angestellte⁸⁾). Im Regelfall liegt eine Gruppenversicherung für alle (auch ehemaligen und künftigen) Organmitglieder sowie leitenden Angestellten vor.

II. Zuständigkeit für den Abschluss einer D&O-V

1. AG

a) D&O-V für Aufsichtsratsmitglieder

D&O-Versicherungsverträge erfassen nach den gängigen D&O-AVB idR auch die Aufsichtsratsmitglieder. Der Versicherungsvertrag kommt zwischen der AG und dem VR zustande (oben I.). Zuständig zur Vertretung der AG und damit zum Vertragsabschluss mit dem D&O-VR ist allein der Vorstand (§ 71 Abs 1 AktG⁹⁾). Fraglich kann für das Innenverhältnis¹⁰⁾ nur sein, ob es eines HV-Beschlusses oder der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, die beide aber im Außenverhältnis die Vertretungsmacht des Vorstandes nicht berühren (§ 74 Abs 2 AktG).

¹⁾ Vgl aber *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 3/453 und Rz 3/505 mN.

²⁾ *Sieg*, in: *Terbille* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl (2008), § 17 Rn 1.

³⁾ *Beckmann*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (Hrsg), Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl (2009), § 28 Rn 48.

⁴⁾ Dazu weiterführend die Arbeit von *Wollny*, *Die Directors' and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung)*, 1993.

⁵⁾ *Sieg* (Fn 2) in: *Terbille* § 17 Rn 1.

⁶⁾ OLG München VersR 2005, 540, 541; *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 48; *Dreher*, Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669, 1670; *Olbrich*, Die D&O-Versicherung, 2. Aufl (2007), 53 f; *Sieg* (Fn 2) § 17 Rn 61. Im deutschen Recht jetzt §§ 43 ff VVG (2008).

⁷⁾ Vgl statt aller Berliner Kommentar zum VVG/*Hübsch* § 74 Rn 5 mwN.

⁸⁾ Vgl *Römer* in: *Römer/Langheid*, VVG² §§ 75, 76 Rn 3.

⁹⁾ *Pammler*, Die gesellschaftsfinanzierte D&O Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts (2006), 140; *Möhrle*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der D&O-Versicherung (2007), 163.

¹⁰⁾ Präzise differenzierend etwa *Pammler* (Fn 9) 102.

aa) Zustimmungspflicht der Hauptversammlung bzw. Erfordernis einer Satzungsregelung?

Da die AG die Versicherungsprämie bezahlt, könnte man diese als Bestandteil der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder sehen und daraus die Notwendigkeit eines HV-Beschlusses bzw. einer Satzungsregelung nach Maßgabe des § 98 Abs 1 AktG ableiten¹¹⁾. Der BGH hat die Frage zuletzt für die Parallelbestimmung des § 113 Abs 1 Satz 2 dAktG offen gelassen¹²⁾. Das deutsche Schrifttum spricht sich dafür aus, die Übernahme der Prämien einer D&O-V durch die AG als Vergütungsbestandteil zumindest in Form einer Nebenleistung zu qualifizieren¹³⁾. Andere – inzwischen wohl überwiegend – lehnen einen Vergütungscharakter der D&O-Prämie ab und unterstellen den Abschluss der D&O-V damit der alleinigen Kompetenz des Vorstands¹⁴⁾. Das österreichische

Schrifttum orientiert sich an diesem deutschen Diskussionsstand¹⁵⁾.

§ 113 Abs 1 Satz 2 dAktG fordert zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre vor überhöhten Bezügen sowie zur Wahrung der inneren Ordnung der AG für alle Vergütungen des Aufsichtsrats Satzungspublizität oder einen Hauptversammlungsbeschluss¹⁶⁾; dem entspricht die Auslegung des § 98 Abs 1 AktG¹⁷⁾. Dabei ist die Vergütungsform nicht vorgeschrieben, sie muss also nicht in Geld, sondern kann auch in Form von Sachleistungen erfolgen¹⁸⁾. In diesem Sinne könnte also auch die Übernahme der Prämie der D&O-V durch den VR eine Vergütung darstellen.

Für die D&O-Prämie als Teil der Vergütung wird ua angeführt, dass § 113 dAktG im Zusammenhang mit § 87 dAktG und § 285 Nr 9 lit a Satz 1 dHGB zu sehen sei¹⁹⁾, wobei in § 87 dAktG „Versicherungsentgelte“ ausdrücklich als Teil der Gesamtbezüge des Vorstands genannt werden und § 285 Nr 9 lit a Satz 1 dHGB für „Versicherungsentgelte“ als Teil der Gesamtbezüge auch des Aufsichtsrats eine Pflichtangabe in der Bilanz (Anhang) vorsieht. Die Parallelbestimmungen im österreichischen Recht sind § 78 Abs 1 AktG (unten b) und § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB.

Allerdings kann die Zuordnung einzelner Versicherungsentgelte zu den Vorstandsgesamtbezügen nach § 87 dAktG durch die bloße Nennung des Begriffs „Versicherungsentgelte“ nicht begründet werden, soweit diese – lediglich auch – die Sphäre der Vorstandsmitglieder betreffen²⁰⁾. Denn der Begriff „Versicherungsentgelte“ bezieht sich nicht pauschal auf sämtliche Versicherungen, die die AG mit Blick auf die Organmitglieder abschließt²¹⁾. Gegen ein solch weites Verständnis sprechen zwei Argumente:

Zum einen will § 285 Nr 9 lit a Satz 1 dHGB (§ 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB) erkennbar nur solche Versicherungsprämien erfassen, welche die Gesellschaft für auf den Namen von Organmitgliedern lautende Versicherungen zahlt, wie etwa Lebens-, Pensions- und Unfallversicherungen²²⁾. In diesem Sinne sollen etwa Prämien für Gruppenunfallver-

¹¹⁾ Obwohl § 98 Abs 1 AktG dies (anders als § 113 Abs 1 Satz 2 dAktG) nicht ganz deutlich macht, entspricht es einhelliger Auffassung, dass die Vergütung der AR-Mitglieder entweder durch die Satzung oder durch einen HV-Beschluss mit einfacher Mehrheit festgelegt wird: *Strasser*, in: *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), *AktG*⁴ §§ 98, 99 Rz 18; *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), *AktG* § 98 Rz 19 f mwN.

¹²⁾ BGH 16. 3. 2009, II ZR 280/07 NZG 2009, 550, 552.

¹³⁾ So etwa *Hüffer*, *AktG*, 8. Aufl 2008, § 113 Rn 2a, wobei angesichts der Vielzahl von Gegenmeinungen (siehe nächste Fn) entgegen dessen Auffassung nicht von einer „hM“ gesprochen werden kann; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter*, *Kommentar zum AktG*, I. Band, Köln 2008, § 113 Rn 12; *Tomat*, in: *Schüppen/Schaub* (Hrsg), *Münchener Anwalts-Handbuch Aktienrecht*, München 2005, § 23 Rn 237, *Feddersen*, *Neue gesetzliche Anforderungen an den Aufsichtsrat*, AG 2000, 385, 394; *Kästner*, *Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung*, AG 2000, 113, 118; *Henssler*, in: *RWS-Forum 20*, *Gesellschaftsrecht 2001*, 131, 144 ff.; *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 23 ff.; *Habersack*, *FS Ulmer*, 2003, 151, 155.

¹⁴⁾ Ausführliche Begründung bei *Pammler* (Fn 9) 103 ff (selbst aber aaO 136 ff aber für analoge Anwendung des § 113 dAktG; zustimmend *Ulmer*, *FS Canaris*, 2007, 451 ff). Weiters *Möhrle* (Fn 9) 166 ff; *Dreher*, *Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung*, *ZHR* 165 (2001), 293, 322; *Lange*, *Zulässigkeitsvoraussetzungen einer gesellschaftsfinanzierten Aufsichtsrats-D&O-Versicherung*, *ZIP* 2001, 1524, 1526; *ders*, *D&O-Versicherung: Innenhaftung und Selbstbehalt*, *DB* 2003, 1833, 1835; *Mertens*, *Bedarf der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die AG der Zustimmung der Hauptversammlung?*, *AG* 2000, 447, 452; *Notthoff*, *Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Director's & Officer's-Versicherung*, *NJW* 2003, 1350, 1354; *Vetter*, *Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung*, *AG* 2000, 453, 457; *Schüppen/Sanna*, *D&O-Versicherungen: Gute und schlechte Nachrichten!*, *ZIP* 2002, 550, 553; *Kort*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg), *Großkommentar AktG*, 4. Aufl 2006, § 84 Rn 447; *ders*, *Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Versicherung von Organmitgliedern*, *DStR* 2006, 799, 802; *Semler*, in: *Münchener Kommentar zum dAktG*, Band 2, 2. Aufl 2004, § 113 Rn 82; *Steinkühler/Wilhelm*, *Gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Problembeziehungen zur D&O-Versicherung* (Teil II), *VP* 2005, 142, 145; bejahend für den Regelfall der Ausgestaltung der D&O-V als Gruppenversicherung:

Spindler, in: *Spindler/Stilz*, *Kommentar zum AktG*, 2007, § 113 Rn 15 f.; *Hoffmann-Becking*, in: *Hoffmann-Becking* (Hrsg), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: *Aktienrecht*, 3. Aufl 2007, § 33 Rn 17; *Semler/Kalss*, in: *Hoffmann-Becking* (Hrsg), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: *Aktienrecht*, 3. Aufl 2007, § 116 Rn 777; offen lassend mit dem Vorschlag, eine entsprechende Satzungsregelung aufzunehmen: *Happ*, *Aktienrecht*, 3. Aufl 2007, 1.01 Rn 69.

¹⁵⁾ *Kalss* (Fn 1) Rz 3/505 mN.

¹⁶⁾ *Hüffer* (Fn 13) § 113 Rn 1.

¹⁷⁾ Oben Fn 11.

¹⁸⁾ *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 14; *Kalss* (Fn 11) § 98 Rz 4.

¹⁹⁾ So etwa *Kästner*, *AG* 2000, 116.

²⁰⁾ *Dreher*, *ZHR* 165, 302.

²¹⁾ *Vetter*, *AG* 2000, 456.

²²⁾ *Lange*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, Band 4, 2001, § 285 Rn 159. Ebenso für § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB (HGB) *Straube/Nowotny*, *HGB* II² § 239 Rz 31.

sicherungen nicht angabepflichtig sein²³). Bei der in der Regel sämtliche Organmitglieder pauschal mitversichernden und auf deren namentliche Nennung verzichtenden D&O-V fehlt es wie bei diesen Gruppenversicherungen an einer Individualisierung des/der Begünstigten²⁴). Insofern ist *Spindler* zuzustimmen, der aus der Ausgestaltung der D&O-V als Gruppenversicherung und der Kalkulation der Prämien aufgrund von Bilanzsumme und ähnlicher rein unternehmensbezogener Parameter folgert, dass die Versicherung insofern „von den einzelnen Organmitgliedern entkoppelt“ und der Vergütungscharakter der Prämie daher zu verneinen sei²⁵).

Zum anderen zeigen die in § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB bzw § 285 Nr 9 lit a Satz 1 dHGB beispielhaft genannten Versicherungen, dass diese durch die hauptsächliche Absicherung privater Risiken im überwiegenden persönlichen Interesse der Versicherten liegen, während eine D&O-V nur rein geschäftliche Risiken abdeckt²⁶). Eine Qualifikation der D&O-V als Vergütungsbestandteil wäre demgemäß nur dann vorzunehmen, wenn sie der Privatsphäre des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zugeordnet werden könnte²⁷). Damit stimmt überein, dass auch Sachbezüge den Gesamtbezügen des Vorstands nach § 87 dAktG bzw der Vergütung des Aufsichtsrats nach § 113 dAktG nur insoweit hinzugerechnet werden, als es um deren ausschließlich private Nutzung geht²⁸). Wenn *Beckmann*²⁹) in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass die D&O-V zwar die unternehmensbezogene Tätigkeit des Aufsichtsrats erfasst, sie aber dennoch dessen Privatsphäre mit der Begründung zurechnet, dass die mit der Versicherung verbundene „Entlastung“ in Form des Schutzes vor einer unmittelbaren und unbeschränkten Haftung mit dem Privatvermögen in diese hineinreiche, ist diesem Ansatz insofern zu widersprechen, als sich aus dem Kontext der fraglichen Vorschriften (§§ 113 dAktG, 87 dAktG, 285 Nr 9 lit a dHGB) ergibt, dass allein auf die Natur der Tätigkeit (dienstlich oder privat), nicht aber den Wirkungsbereich der

Versicherung abzustellen ist³⁰). Die Kategorisierung der D&O-V als eine ausschließlich berufliche Risiken abdeckende Versicherung steht demnach nicht im Widerspruch zu dem rein haftungsrechtlichen Aspekt des Schutzes des Privatvermögens des Organmitglieds³¹).

Hinzu kommt, dass die Vorschrift des § 285 Nr 9 lit a dHGB (§ 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB) ursprünglich dem Aktiengesetz entstammt³²) und dem Gesetzeszweck nach aus Gründen der Transparenz sämtliche Bezüge erfassen sollte, die ein Organmitglied als *Gegenleistung* für seine Tätigkeit als Mitglied des Gremiums erhält. Dieser spezifische Zweck hat sich durch die Übernahme der aktienrechtlichen Regelung in den § 285 Nr 9 lit a dHGB (§ 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB) unverändert erhalten³³). Stellt man aber für den Vergütungsbegriff in § 113 dAktG (§ 98 öAktG) ebenfalls auf das Merkmal der Gegenseitigkeit ab³⁴), so spricht vieles dafür, dass es hieran im Hinblick auf die D&O-V für den Aufsichtsrat fehlt. Der Meinung von *Beckmann*, wonach die Bereitstellung einer D&O-V, wie andere Versicherungen, die das Unternehmen im Interesse des Aufsichtsrats abschließt, zu den Leistungen des Unternehmens zählen, die jemanden zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandats bewegen³⁵), ist zu widersprechen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass ein Aufsichtsratsmitglied das Mandat zumindest auch deshalb übernimmt, um in den Genuss einer Aufsichtsrats-D&O zu gelangen, was schon deshalb zu verneinen ist, weil der Bedarf für einen solchen Versicherungsschutz durch die Mandatsübernahme erst entsteht, so dass die Annahme einer Gegenleistung bereits unter diesem Gesichtspunkt ausscheidet³⁶).

Pammler wendet sich gegen die Einführung des Gegenseitigkeitsmerkmals in den Vergütungsbegriff des § 113 dAktG mit der Begründung, dass dieser dadurch unverhältnismäßig eingeschränkt würde³⁷). Da § 113 dAktG – dasselbe gilt im übr-

²³) *Lange*, in: Münchener Kommentar zum HGB, Band 4, 2001, § 285 Rn 159.

²⁴) Vgl auch *Kalss* (Fn 1) Rz 3/505.

²⁵) *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 16. Ebenso wohl *Kalss* (Fn 1) Rz 3/505.

²⁶) *Schüppen/Sanna*, ZIP 2002, 552; *Vetter*, AG 2000, 457; *Olbrich* (Fn 6) 204.; aA *Henssler* (Fn 13) 153, wonach in § 87 Abs 1 dAktG mit dem Bezug auf „Versicherungsentgelte“ jede Versicherung gemeint sei, die einen unmittelbaren Bezug zu den aus dem Anstellungsvertrag folgenden Pflichten aufweist.

²⁷) *Vetter*, AG 2000, 457.

²⁸) So bzgl; § 113 dAktG: *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 14 *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 79; für § 87 dAktG: *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 3. Aufl 2007, § 21 Rn 29. Im österreichischen Schrifttum wird nicht weiter differenziert: *Kalss* (Fn 1) § 98 Rz 4 (AR); *Strasser* (Fn 11) §§ 77–84 Rz 144 (Vorstand).

²⁹) *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 24.

³⁰) Vgl auch *Oltmanns*, in: Heidel (Hrsg), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl 2007, § 87 Rn 2, wonach – allerdings im Rahmen des § 87 dAktG – Vergünstigungen, die zwar auch im Privatbereich wirken, aber ihre Ursache in der Vorstandsposition haben (zB Bodyguard), nicht zu den Gesamtbezügen des Vorstands zu rechnen seien.

³¹) So auch *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 82; *Vetter*, AG 2000, 457.

³²) § 160 Nr 8 dAktG 1937; § 128 Abs 2 Z 7 öAktG 1965.

³³) *Vetter*, AG 2000, 457.

³⁴) Vgl *Möhrle* (Fn 9) 170 f; *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 82; *Mertens*, AG 2000, 448; *Kort*, DStR 2006, 802; *Steinkühler/Wilhelm*, VP 2005, 145; *Lange*, ZIP 2001, 1527, der zur Begründung den für Dienstverhältnisse maßgeblichen Vergütungsbegriff des § 611 BGB entsprechend heranzieht, wonach Leistungen der Vertragsparteien in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen; *Olbrich* (Fn 6) 207. Zum österreichischen Recht (ohne Bezug zur D&O-V) etwa *Strasser* (Fn 11) §§ 98, 99 Rz 11.

³⁵) *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 24.

³⁶) So auch *Vetter*, AG 2000, 457; iE auch *Lange*, ZIP 2001, 1527.

³⁷) *Pammler* (Fn 9) 122 f, der für § 113 dAktG jedoch in der Folge einen alternativen Vergütungsbegriff in Form der „Anerkennung“ entwickelt.

gen für § 98 öAktG – lediglich von einer Vergütung „für“ die Tätigkeit spreche, komme dadurch zum Ausdruck, dass ein Zusammenhang zwischen Vergütung und Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ausreichend und eine Leistung im Gegenseitigkeitsverhältnis nicht erforderlich sei³⁸). Er begründet dies unter anderem damit, dass als Bestandteil der Vergütung qualifizierte Nebenleistungen³⁹) mit dieser Argumentation nicht mehr als Vergütung einzuordnen wären, wobei er als Beispiel den privat nutzbaren Dienstwagen anführt⁴⁰). Doch gerade angesichts der Tatsache, dass Aufsichtsräte oftmals eine – va angesichts ihres zunehmenden Haftungsrisikos – auch im Vergleich zum Vorstand relativ geringe monetäre Vergütung erhalten⁴¹), kann die Zurverfügungstellung eines privat nutzbaren Dienstfahrzeugs, so wie andere qualifizierte Nebenleistungen, durchaus einen zusätzlichen Anreiz zur Übernahme des Mandats darstellen. Gegen die Annahme eines Gegenseitigkeitsverhältnisses spricht schließlich auch nicht das Vorhandensein nicht-monetärer Motive, wie die von *Pammler* genannten Prestige Gründe⁴²).

Das Erfordernis des Gegenseitigkeitsverhältnisses aus systematischen Gründen abzulehnen, erscheint ebenfalls wenig zwingend: Da gemäß § 113 Abs 2 Satz 2 dAktG (§ 98 Abs 2 Satz 2 öAktG) die Vergütung des ersten Aufsichtsrats nur nachträglich bewilligt werden könne, so die Argumentation von *Pammler*, wüssten die Aufsichtsratsmitglieder bei Übernahme des Mandats noch gar nicht, ob sie überhaupt eine Gegenleistung erhalten, weshalb eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ausscheide⁴³). In Wirklichkeit wird man jedoch unterstellen können, dass der Aufsichtsratskandidat mit der Gesellschaft über die Essentialia der Mandatsübernahme, und hierzu zählt in der Praxis zumindest auch die Vergütung, im Vorhinein Einigkeit erzielt haben wird. Aufgrund des in § 285 Nr 9 lit a dHGB im Hinblick auf die zu veröffentlichenden Gesamtbezüge enthaltenen Merkmals der Gegenseitigkeit der Leistung und des aufgrund der Herkunft der Norm aus dem Aktienrecht offensichtlichen sachlichen Zusammenhangs mit § 87 dAktG sowie 113 dAktG⁴⁴) sprechen systematische Erwägungen somit eher dafür, das Gegenseitigkeitselement auch für die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 113 dAktG zugrunde zu legen.

Die Vertreter der Auffassung, die einen Entgelt- bzw Vergütungscharakter der D&O-V iSv § 113 Abs 1 dAktG verneinen, begründen dies mehrheitlich mit dem, vor allem im Hinblick auf die Deckung im Innenverhältnis, überwiegenden Ei-

geninteresse der Gesellschaft⁴⁵), während *Dreher* im Abschluss einer D&O-V gar ein „konstitutives Element zur Sicherung unternehmerischer Handlungsfreiheit“ erkennt⁴⁶). Zweifellos wird man ein wie auch immer geartetes Interesse der Gesellschaft am Abschluss der D&O-V stets unterstellen können, da es für den Abschluss einer solchen Versicherung für fremde Rechnung für die Gesellschaft ansonsten keinerlei Anreiz gäbe. Neben dem reinen Schadenkompensationsinteresse werden dabei die Erhaltung der Fähigkeit zur Personalgewinnung, die Absicherung der Freistellungsverpflichtungen der Gesellschaft oder die Gewährleistung des Gleichlaufs von Haftungsrisiko und Vergütungschance bei den Organmitgliedern genannt⁴⁷).

Bei dieser Argumentation wird allerdings nicht ausreichend berücksichtigt, dass auch die Organmitglieder ein unter Umständen existentielles wirtschaftliches Interesse am Bestehen einer solchen Deckung haben können, denkt man nur an deren unbegrenzte Haftung mit dem gesamten privaten Vermögen⁴⁸). Mit der Annahme eines überwiegenden Eigeninteresses der Gesellschaft am Vorhandensein einer D&O-V würde so im Ergebnis deren Bilanzschutzinteresse über das Interesse der versicherten Person am Schutz ihres persönlichen Vermögens gestellt. Diese Wertung erscheint jedoch schon deswegen problematisch, weil das finanziell regelmäßig deutlich potentere Unternehmen ein Ausfallrisiko im Bereich der Innenhaftung mangels Vollstreckungsmasse bei der in Anspruch genommenen versicherten Person im Zweifel leichter wird verkräften können als die versicherte Person den Verlust ihres Privatvermögens. Schließlich liegt die so wesentliche Anspruchsabwehrfunktion der Deckung sogar im alleinigen Interesse des Organmitglieds und steht geradezu im Gegensatz zum Interesse der den Innenhaftungsanspruch verfolgenden Gesellschaft⁴⁹). Nach der hier vertretenen Meinung erscheint das Interesse des versicherten Organmitglieds an der D&O-V jedoch als zumindest gleichwertig, wenn nicht gar überwiegend, so dass die Verneinung des Vergü-

³⁸) *Pammler* (Fn 9) 123.

³⁹) Für die D&O-V als Nebenleistung auch *Hüffer* (Fn 13) § 113 Rn 2a.

⁴⁰) *Pammler* (Fn 9) 122.

⁴¹) Vgl *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 15; *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 2.

⁴²) *Pammler* (Fn 9) 122.

⁴³) *Pammler* (Fn 9) 123.

⁴⁴) Vgl *Vetter*, AG 2000, 457.

⁴⁵) *Möhrle* (Fn 9) 171; *Wiesner* (Fn 28) § 26 Rn 46; *Fleischer*, in: *Fleischer* (Hrsg), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München 2006, § 12 Rn 12; *Dreher*, ZHR 165, 310 ff u 321 f; *Mertens*, AG 2000, 451; *Lange*, *Praxisfragen der D&O-Versicherung* (Teil I), DStR 2002, 1626, 1629; *Steinkühler/Wilhelm*, VP 2005, 145; *Lenz*, in: *Halm/Engelbrecht* (Hrsg), *Handbuch Versicherungsrecht*, 3. Aufl 2007, § 27 Rn 24; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v Werder*, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2008, Kapitel 3.8 Rn 517.

⁴⁶) *Dreher*, ZHR 165, 310.

⁴⁷) Siehe dazu ausführlich *Dreher*, ZHR 165, 310 ff.

⁴⁸) So auch *Pammler* (Fn 9) 112 f; *Ulmer*, FS Canaris, 471; *Held*, in: *Halm/Engelbrecht* (Hrsg), *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*, 2. Aufl 2006, 33. Kapitel Rn 16, wonach der Schutz des Privatvermögens von Organmitgliedern vorrangiger Zweck der Deckung sei.

⁴⁹) Wollte man ein überwiegendes Eigeninteresse der AG annehmen, so wäre darüber nachzudenken, ob nicht die Prämienübernahme ein Aufwändersatz (§ 1014 ABGB) sein könnte – dazu unten 2.

tungscharakters der D&O-V nicht auf die Behauptung eines überwiegenden Gesellschaftsinteresses am Abschluss der D&O-V gestützt werden sollte⁵⁰⁾.

Im Ergebnis lässt sich auf keines der geprüften Kriterien überzeugend die Behauptung stützen, bei der Übernahme der D&O-Prämien für die Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Gesellschaft handle es sich um eine Vergütung bzw um einen Vergütungsbestandteil iSd § 98 AktG (§ 113 dAktG), so dass der auf den Aufsichtsrat entfallende Prämienanteil weder in der Satzung festzusetzen noch von der Hauptversammlung zu bewilligen ist.

bb) Fakultative Aufnahme einer Satzungsbestimmung bzw Herbeiführung eines Hauptversammlungsbeschlusses

Die eben dargelegte Diskussion zeigt eine erhebliche Unsicherheit in der Beurteilung, ob auf den Abschluss einer D&O-V § 98 AktG anzuwenden ist. Betroffenen AGs ist daher anzuraten, eine Satzungsregelung vorzusehen oder im Anlassfall einen HV-Beschluss herbeizuführen⁵¹⁾. Dies empfiehlt sich auch deshalb, weil die Parallelbestimmung § 113 dAktG nach ganz hA als Verbotsgesetz iSd § 134 BGB gesehen wird⁵²⁾ und daher im Schrifttum die Nichtigkeit des vom Vorstand unter Missachtung des § 113 dAktG abgeschlossenen D&O-VV gem § 134 BGB behauptet wird⁵³⁾. Im österreichischen Schrifttum fehlt soweit ersichtlich eine diesbezügliche Stellungnahme⁵⁴⁾, man könnte aber auch im österreichischen Recht zur Auffassung gelangen, der Verstoß gegen die Zuständigkeitsbestimmung des § 98 AktG führe zur Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge nach § 879 ABGB. Es empfiehlt sich daher schon aus Vorsichtsgründen die Aufnahme einer Satzungsregelung bzw die Herbeiführung eines Hauptversammlungsbeschlusses.

Entscheidet sich die AG demgemäß zur Aufnahme einer Satzungsregelung bzw zur Herbeiführung eines Hauptversammlungsbeschlusses, so stellt sich dann die Frage nach deren erforderlicher Bestimmtheit⁵⁵⁾. Denn eine Umlage der Gesamtprämie (Gruppenversicherung für alle Organmitglieder) auf das einzelne Organmitglied wird kaum möglich sein. Angesichts dieser Problematik soll jedoch nach vorherrschender Auffassung die Festsetzung eines Gesamtbetrags der für den Auf-

sichtsrat insgesamt vorgesehenen Vergütung ausreichend sein, um den Transparenzanforderungen des § 113 dAktG bzgl der an die Aufsichtsratsmitglieder gewährten Leistungen zu genügen⁵⁶⁾. Hingegen wird man eine Satzungsregelung, die lediglich das „Ob“, nicht aber das „Wie“ der Vergütung durch die D&O-V festlegt, als unzulässig erachten müssen⁵⁷⁾, auch wenn *Pammler* die Angabe der Gesamtvergütung in der Satzungsregelung für verzichtbar hält, wenn mit der Nennung der Versicherungssumme und der enthaltenen Ausschlüsse die wesentlichen Eckdaten des VV im Übrigen festgelegt sind⁵⁸⁾.

b) D&O-V für Vorstandsmitglieder

Bei der D&O-V für Vorstandsmitglieder bzw soweit die D&O-Gruppenversicherung auch (was praktisch immer der Fall ist) die Vorstandsmitglieder erfasst stellt sich die Frage, ob der Abschluss der D&O-V eines Aufsichtsratsbeschlusses gemäß § 78 AktG (§ 87 dAktG) bedarf. Wie oben a) ausgeführt, ist der Vergütungsbegriff in § 113 dAktG (§ 98 öAktG) und § 87 dAktG (§ 78 öAktG) bzw § 285 Nr 9 lit a Satz 1 dHGB (§ 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB) einheitlich auszulegen⁵⁹⁾. Es konnte auch gezeigt werden, dass die D&O-Prämie nicht unter die in § 78 öAktG (§ 87 dAktG) ausdrücklich genannten Versicherungsentgelte subsumiert werden kann. Daher stellt die von der AG finanzierte D&O-V auch keinen Teil der Gesamtbezüge des Vorstands nach § 78 öAktG (§ 87 Abs 1 dAktG) dar, für deren Festsetzung der Aufsichtsrat zuständig wäre⁶⁰⁾. Aus § 78 öAktG (§ 87 Abs 1 dAktG) lässt sich eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats für den Abschluss der D&O-V damit nicht herleiten⁶¹⁾.

⁵⁶⁾ *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 141; *Hüffer* (Fn 13) § 113 Rn 3 mwN; *Hoffmann-Becking* (Fn 14) § 33 Rn 18.

⁵⁷⁾ *Hüffer* (Fn 13) § 113 Rn 3; *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 143.

⁵⁸⁾ *Pammler* (Fn 9) 142; ähnlich offenbar *Pühler*, in: *Happ* (Fn 14) 1.01 Rn 69, der für eine Satzungsregelung folgendes Muster vorschlägt: „Die Gesellschaft bezieht die Aufgabenwahrnehmung der Mitglieder des Aufsichtsrats in die Deckung einer von ihr als VN im eigenen Namen und in angemessener Höhe abgeschlossenen Vermögensschadenshaftpflichtversicherung mit ein.“

⁵⁹⁾ *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 26 mwN, wonach die Begriffe „Vergütung“ des Aufsichtsrats in § 113 dAktG und „Bezüge“ des Vorstands gem § 87 Abs 1 dAktG keine isolierte Betrachtung rechtfertigen und deshalb im gleichen Sinne zu verstehen seien; iE ebenso *Dreher*, ZHR 165, 304; *Kästner*, AG 2000, 116.

⁶⁰⁾ *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar zum dAktG, Band 3, 2. Aufl 2004, § 87 Rn 8; *Wiesner* (Fn 28) § 26 Rn 46; *Lenz*, in: van Bühren (Hrsg), Handbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl 2007, § 27 Rn 24; *Steinkühler/Wilhelm*, VP 2005, 145; *Vetter*, AG 2000, 458; *Dreher*, ZHR 165, 302; aA *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 26; *Hüffer* (Fn 13) § 84 Rn 16; *Henssler* (Fn 13) 153; *Pammler* (Fn 9) 170, der für eine analoge Anwendung des § 87 dAktG auf die D&O-V plädiert.

⁶¹⁾ Auch aus § 112 dAktG ergibt sich keine Abschlusskompetenz des Aufsichtsrates, weil es ja um den VV zwischen der AG und dem VR und nicht um die Vertretung der AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern geht.

⁵⁰⁾ So iE auch *Pammler* (Fn 9) 115; ebenso *Ulmer*, FS Canaris, 471.

⁵¹⁾ So auch *Pühler*, in: *Happ* (Fn 14) 1.01 Rn 69 aE.

⁵²⁾ BGHZ 114, 127, 133; *Hüffer* (Fn 13) § 113 Rn 5; *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 32.

⁵³⁾ *Pammler* (Fn 9) 145 ff; aA *Möhrle* (Fn 9) 181 ff, jeweils mN zur Diskussion; vgl auch *Beckmann* (Fn 3) § 28 Rn 25. Die Nichtigkeit nach § 134 BGB würde zu komplizierten bereicherungs- und schadenersatzrechtlichen Folgen führen, vgl *Pammler* (Fn 9) 152 ff.

⁵⁴⁾ Siehe etwa *Kalss* (Fn 11) § 98 Rz 20.

⁵⁵⁾ Vgl *Semler* (Fn 14) § 113 Rn 143; *Spindler* (Fn 14) § 113 Rn 22.

Dagegen spricht auch nicht die Aufnahme der gesellschaftsfinanzierten D&O-V in den Corporate Governance Bericht⁶²). Denn die D&O-V wird dort zwar iZm den Vorstandsbezügen geregelt, der Zweck der Bestimmung im ÖCGK ist aber nicht die Änderung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung, zumal es sich um eine C-Regel handelt. Vielmehr soll mit dem CG-Bericht, zu dem die börsennotierte AG verpflichtet ist (§ 243b UGB), Transparenz geschaffen werden⁶³).

Die bisher hM im österreichischen Schrifttum ist gegenteiliger Auffassung: Für die Notwendigkeit eines AR-Beschlusses wird eine Entscheidung des OGH⁶⁴) bemüht, der – so zumindest das Verständnis dieser Entscheidung durch die hM im Schrifttum⁶⁵) – den Abschluss einer Rechtsschutzversicherung (samt Übernahme der entsprechenden Prämienzahlungen durch die Gesellschaft) zugunsten eines Organmitglieds einer Kapitalgesellschaft nicht als Ersatz angemessener Auslagen (Aufwand gem § 1014 ABGB), sondern als Entgeltleistung angesehen hat. Daraus folgt für die hM im österreichischen Schrifttum die Zuständigkeit des Aufsichtsrats (§ 78 AktG) zum Abschluss solcher Rechtsschutz-Versicherungen⁶⁶), aber auch von Haftpflicht-Versicherungen⁶⁷) und damit auch einer D&O-V⁶⁸).

Bei genauerer Analyse der (arbeitsrechtlichen) Entscheidung des OGH in 9 ObA 68/99m trägt diese aber allgemeine Aussagen zur aktienrechtlichen Zuständigkeit für den Abschluss von Versicherungsverträgen für Vorstandsmitglieder nicht: Es ging im konkreten Fall um die Berechtigung der Entlassung eines Vorstandsmitglieds einer AG. Diese AG warf dem Vorstandsmitglied vor, es habe ohne Sachbezugsmeldung und ohne Genehmigung die Prämien für eine private Manager-

rechtsschutzversicherung durch die AG zahlen lassen. Dazu führte der OGH aus⁶⁹):

„Nach den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen der Vorinstanzen hatte der Kläger keinen vertraglichen Anspruch darauf, dass die Beklagte verhalten war, die Prämien für eine vom Kläger eingegangene erweiterte Managerrechtsschutzversicherung zu tragen. Entgegen seiner Ansicht gibt auch die Bestimmung des § 1014 ABGB keinen tauglichen Grund dafür, ab, eine solche Versicherung auf Kosten der Beklagten einzugehen. Zum einen sind über Geschäftsbesorger verhängte Geldstrafen grundsätzlich kein Aufwand iSd § 1014 ABGB ...; gleiches muss für die Kosten einer damit im Zusammenhang stehenden Rechtsverteidigung gelten. Dem Machthaber gebührt überdies kein Ersatz, wenn das Schadensrisiko zu seinem gewöhnlichen Berufsrisiko gehört ... und als durch das vom Machtgeber gezahlte Entgelt abgedeckt und überwältigt erscheint Es kann dazu nicht übersehen werden, dass der Kläger als Vorstandsmitglied eine Entlohnung von S 150.000,- brutto, 14 mal jährlich erhalten hat. § 1014 ABGB kann somit dem Kläger nicht als Rechtfertigung seines eigenmächtigen Vorgehens dienen.“

Damit kann aber diesem Urteil entgegen der angeführten Stellungnahmen im Schrifttum schon für die Rechtsschutz-Versicherung keine allgemeine Aussage über die aktienrechtliche Zuständigkeit zu deren Abschluss abgeleitet werden. Denn der OGH lehnt ja nicht nur eine Übernahme der Kosten der (privaten!) Rechtsschutz-Versicherung durch die AG im Wege des Aufwandersatzes (§ 1014 ABGB) ab. Zudem war – was als Tatfrage vom OGH gar nicht beurteilt werden konnte – im konkreten Sachverhalt und nach dem konkreten Vorstandsdienstvertrag keine vertragliche Prämienübernahme durch die AG als Sachbezug des Vorstandsmitglieds vorgesehen. Aus diesem besonderen Sachverhaltsmoment des konkreten Anlasses kann aber nicht die allgemeine Aussage abgeleitet werden, die Prämien für eine Rechtsschutz-Versicherung der Vorstandsmitglieder seien Teil der Entgeltleistung⁷⁰). Dies hängt vielmehr vom konkreten Dienstvertrag des Vorstandsmitglieds ab, mehr kann aber auch dem Urteil des OGH in 9 ObA 68/99m nicht entnommen werden.

Aber selbst wenn man dem OGH (wie die hM) unterstellen wollte, er gehe grundsätzlich davon aus, dass solche Rechtsschutz-Versicherungen Teil der Vorstandsvergütung seien, so wäre dieses Ergebnis nicht auf die D&O-V übertragbar: Es ging im Fall des OGH um eine private Manager-Rechtsschutz-Versicherung⁷¹), das ist mit der D&O-V der AG als Versicherungsnehmerin für ihre Vorstandsmitglieder (als Versicherte) nicht vergleichbar. Denn die D&O-V ist keine rein private Versicherung des Vorstandsmitgliedes, ihr Abschluss liegt wie ausgeführt (zumindest) auch im Interesse der AG.

⁶²) C-Regel 30 des ÖCGK (Fassung Januar 2009). In den CG-Bericht ist demnach „das Bestehen einer allfälligen D&O-Versicherung, wenn die Kosten von der Gesellschaft getragen werden“, aufzunehmen.

⁶³) Dass sich in der nunmehrigen C-Regel das Verständnis der Verfasser des ÖCGK äußert, zwischen der D&O-Prämie und den Vorstandsbezügen bestehe ein Zusammenhang (vgl. *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, *ecolex* 2009, 236, 238), könnte zwar ein Indiz für die Auslegung des § 78 AktG sein. Gegenüber den im Text vorgetragenen Argumenten für die Auslegung des Vergütungsbegriffes kann dies aber uE schon deshalb nicht durchschlagen, weil es sich um eine grundsätzlich unverbindliche C-Regel mit beschränkter Zwecksetzung (Transparenz) handelt.

⁶⁴) OGH 30. 6. 1999, 9 ObA 68/99m.

⁶⁵) Zuletzt etwa *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, *ecolex* 2008, 143 mN.

⁶⁶) *Wenger*, RWZ 1999, 360.

⁶⁷) *Kalss* (Fn 11) § 98 Rz 8 (allerdings ohne Begründung dafür, warum hier RS-V und Haftpflicht-V gleich zu behandeln seien). Nicht weiter differenzierend auch *Schima*, *GesRZ* 2003, 199, 208.

⁶⁸) *Kalss* (Fn 1) Rz 3/453 iVm Rz 3/288, die aaO Rz 3/505 diese Lösung auch für den AR erwägt. *Griehser*, *RdW* 2006, 133, 136, bezeichnet dies sogar als „unstrittig“. Für den Vorstand der Privatstiftung *Hochedlinger* (Fn 65) 143.

⁶⁹) Die vom OGH zitierte Literatur haben wir weglassen (hier kommt es auf die Begründung des OGH an).

⁷⁰) So aber die zitierten Stellungnahmen im Schrifttum, siehe Fn 68.

⁷¹) Der OGH spricht ausdrücklich von der „in seinem [dem Vorstandsmitglied, Anm d Verf] privaten Interesse abgeschlossene(n) Rechtsschutzversicherung“.

2. GmbH

Bei der GmbH geht es idR um eine D&O-V für die Geschäftsführer; soweit die GmbH einen Aufsichtsrat hat, sind die AR-Mitglieder wie bei der AG idR mitversichert⁷²). Im Außenverhältnis zum VR ist der Geschäftsführer der GmbH zum Abschluss der D&O-V zuständig, weil er allein die GmbH außergerichtlich vertritt (§ 18 Abs 1 GmbHG). Fraglich ist, ob es zusätzlich eines Gesellschafterbeschlusses im Innenverhältnis bedarf, an den der Geschäftsführer im Innenverhältnis gebunden wäre (§ 20 Abs 1 GmbHG), der aber die Wirksamkeit des Vertretungsaktes nicht berührt (§ 20 Abs 2 GmbHG)⁷³).

Im österreichischen Schrifttum wird der Abschluss⁷⁴) einer D&O-V im Anschluss an die bereits dargelegte Entscheidung des OGH in 9 ObA 68/99m⁷⁵) und im Anschluss an das aktienrechtliche Schrifttum als Entgeltbestandteil qualifiziert, der „grds derselben Willensbildung innerhalb der GmbH wie der Geschäftsführeranstellungsvertrag selbst“ bedürfe, also idR eines Beschlusses der Generalversammlung⁷⁶).

Diese Auffassung entspricht jener im deutschen Schrifttum, welche das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses mit einer „Annexkompetenz“ zu § 46 Nr 5 dGmbHG begründet⁷⁷), wonach die Gesellschafter für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie für deren Entlastung zuständig sind. Im österreichischen Recht ergibt sich diese Kompetenz der Gesellschafter aus § 15 Abs 1 S 3 bzw § 35 Abs 1 Z 1 öGmbHG. Man beruft sich im deutschen Schrifttum auch auf § 46 Nr 8 dGmbHG (Versicherung als Haftungsmilderung)⁷⁸) – dem entspricht im österreichischen Recht § 35 Abs 1 Z 6 öGmbHG – oder auf beide Kompetenztatbestände⁷⁹).

Tatsächlich ist aber zu differenzieren⁸⁰): Wenn die GmbH ihrem Geschäftsführer schon im Anstellungsvertrag eine gesellschaftsfinanzierte D&O-V verbindlich zusagt, so bedarf dies (mangels einer Satzungsregelung) eines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr 5 dGmbHG⁸¹) bzw § 15 Abs 1 S 3 öGmbHG. Denn die Bestellungskompetenz der

Gesellschafterversammlung umfasst als Annexkompetenz auch die Modalitäten des Anstellungsvertrages⁸²).

Darüber hinaus würde eine Abschlusskompetenz der Generalversammlung nach § 46 Nr 5 dGmbHG (§ 15 Abs 1 S 3 öGmbHG) voraussetzen, dass die Prämienzahlung durch die GmbH für die D&O-V als Vergütung der Geschäftsführer einzuordnen wäre⁸³). Dies ist – wie zum Aktienrecht gezeigt wurde (oben 1. b)) – nicht der Fall; für eine abweichende Beurteilung der GmbH besteht kein Grund⁸⁴).

Eine Abschlusskompetenz der Generalversammlung nach § 46 Nr 8 dGmbHG (§ 35 Abs 1 Z 6 öGmbHG) oder zumindest analog dazu muss daran scheitern, dass es sich beim Abschluss einer D&O-V nicht um einen Haftungsverzicht oder um eine Haftungsmilderung handelt⁸⁵), die wie die Geltendmachung von Ersatzansprüchen unter § 46 Nr 8 dGmbHG (§ 35 Abs 1 Z 6 öGmbHG) fallen würden⁸⁶).

Von der Abschlusskompetenz zu unterscheiden ist die Frage, ob der Geschäftsführer nicht im Innenverhältnis eines Gesellschafterbeschlusses bedarf. Bei grundlegenden Maßnahmen hat der Geschäftsführer die Entscheidung der Gesellschafterversammlung einzuholen, weil sich außergewöhnliche Maßnahmen nach zutreffender Ansicht nicht im Rahmen gesetzlicher Geschäftsführungszuständigkeit halten⁸⁷). Der Abschluss einer D&O-V fällt trotz ihrer unzweifelhaften Bedeutung für das Unternehmen bzw die Organmitglieder nicht unter diesen Ausnahmetatbestand: Der Abschluss einer solcher Versicherung ist auch für eine GmbH heute nichts Außergewöhnliches mehr und selbst im Mittelstand dürften nach unserer Erfahrung bereits rund 30% der Unternehmen mit einer D&O-V ausgestattet sein. Von einem Ausnahmecharakter der Versicherung kann angesichts einer

⁸²) Statt vieler Ulmer/Hüffer, GmbHG § 46 Rn 52 ff mN. Zum österreichischen Recht Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, 3. Aufl., § 15 Rz 21.

⁸³) Zutreffend Möhrle (Fn 9) 211.

⁸⁴) Ebenso Möhrle (Fn 9) 212; Kort, DStR 2006, 802.

⁸⁵) Möhrle (Fn 9) 212 f. Ebenso ganz hM zum Aktienrecht iZm § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG: Fleischer (Fn 45) § 12 Rn 8 mwN; ders (Fn 14) § 93 Rn 285; ders, in: Haftungsfreistellung, Prozesskostensersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthaltung des Managements, WM 2005, 909, 919; Beckmann (Fn 3) § 28 Rn 9 mwN; Hefermehl/Spindler (Fn 60) § 93 Rn 95; Pammler (Fn 9) 45 f; Schüppen/Sanna, ZIP 2002, 553; Vetter, AG 2000, 454; Dreher, ZHR 165, 295 (Fn 6); Bauer/Krets, Gesellschaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, DB 2003, 811, 814; Henssler (Fn 13) 142 ff.; Olbrich (Fn 6) 65 f; Steinkühler/Wilhelm, VP 2005, 144; Lenz (Fn 60) § 27 Rn 21.

⁸⁶) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbH-Gesetz, 5. Aufl., § 46 Rn 43 (erscheint 2010). Zum österreichischen Recht Koppensteiner/Rüffler (Fn 82) § 35 Rz 36.

⁸⁷) Koppensteiner/Gruber (Fn 86) § 37 Rn 10; Ulmer/Paefgen § 37 Rn 9 mwN.

⁷²) Insofern kann auf die Ausführungen oben 1. a) verwiesen werden. § 98 AktG entspricht § 31 GmbHG.

⁷³) Entsprechend § 37 Abs 1 und 2 dGmbHG. Vgl im gegebenen Zusammenhang Scholz/Schneider, GmbHG 10. Aufl., § 43 Rn 438; Ulmer/Paefgen, GmbHG § 43 Rn 258; vgl auch Möhrle (Fn 9) 213; nicht deutlich differenzierend dagegen Beckmann (Fn 3) § 28 Rn 28, dem wiederum in Österreich Gisch, in: Ratka/Rauter (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung, 2008, Rz 8/12 folgt.

⁷⁴) Gemeint wohl: die von der GmbH zu zahlende Prämie für eine solche Versicherung.

⁷⁵) Dazu oben 1. b).

⁷⁶) Reich-Rohrwig, in: Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 25 Rz 222.

⁷⁷) Henssler (Fn 13) 155.

⁷⁸) Lohr, NZG 2000, 1212.

⁷⁹) Scholz/Schneider, GmbHG 10. Aufl., § 43 Rn 438; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn 258.

⁸⁰) Möhrle (Fn 9) 211 f.

⁸¹) Möhrle (Fn 9) 211.

solchen Verbreitung nicht mehr gesprochen werden.

Im Einzelfall ist aber der Geschäftsführer dennoch gut beraten, das Vorhaben des Abschlusses einer D&O-V der Gesellschafterversammlung vorzulegen. Denn eine von der Außergewöhnlichkeit des Vorgangs unabhängige Schranke der Geschäftsführungsbefugnis setzt auch der mutmaßliche Wille der Gesellschafter⁸⁸⁾. Besteht daher An-

lass zur Vermutung die Gesellschafter würden diesem Abschluss widersprechen, so ist die Frage der Gesellschafterversammlung vorzulegen⁸⁹⁾.

⁸⁸⁾ Ulmer/Paefgen § 37 Rn 10.

⁸⁹⁾ Ulmer/Paefgen § 37 Rn 10; str ist die Frage, ob dies auch dann gelten soll, wenn der Widerspruch eines Gesellschafters zu vermuten ist: *Koppensteiner/Gruber* (Fn 86) § 37 Rn 11.

SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...