

BEITRÄGE

Dr. Hermann Wilhelmer/Mag. Thomas Wagner/Mag. Rainer Wolfbauer • Wien

Kein Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie

» ZFR 2016/131

In die Debatte zur steuerlichen Behandlung der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung ist neuer Schwung gekommen. *Lachmayer/Sadlo*¹ sowie *Wenger/Adrian*² haben sich jüngst für den Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung ausgesprochen. Die Autoren dieses Beitrages teilen diese Meinung nicht. Mit dem Beitrag soll aus Sicht der Versicherungspraxis Stellung genommen werden. Letztlich ist es (auch aus Compliance-Gründen) keine nebensächliche Frage, ob Manager für von Unternehmen bezahlte D&O-Prämien Einkommen-/Lohnsteuer zu bezahlen haben. Der Beitrag kommt zum Schluss, dass einige der bisher diskutierten Kriterien und Argumente, anhand derer die Frage nach dem Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie behandelt wird, nicht sachgerecht sind. Entscheidend für die Steuerfrage ist, ob es sich um Versicherungslösungen handelt, die zur Absicherung beruflicher Risiken dienen, oder aber um Versicherungslösungen, die Vorsorge für private Risiken betreffen.

1. Gibt es eine herrschende Meinung zum Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie?

1.1. Österreichische Literatur

Lachmayer/Sadlo attestieren für Österreich eine hL zur Frage des Entgeltcharakters der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie.³ Wirft man einen Blick auf den Beitrag von *Wenger/Adrian*, findet man dagegen ein sehr viel breiteres Meinungsspektrum im österreichischen Schrifttum.⁴ Die Pro- und Contra-Argumente wiegen

hin⁵ und her.⁶ Die einzelnen Argumente sind nicht weiter nachzuzeichnen.⁷ Eine hM lässt sich nicht feststellen. Vielmehr sind die Dinge im Fluss. Auch *Lachmayer/Sadlo* melden Fragezeichen an⁸ bzw halten fest, dass die österreichische Finanzverwaltung bis dato zur steuerlichen Behandlung der D&O-Versicherung geschwiegen hat.⁹ Unstrittig ist, dass die gesellschaftsfinanzierte D&O-Prämie aus Sicht des die D&O-Versicherung abschließenden und zahlenden Unternehmens eine Betriebsausgabe darstellt.¹⁰ Aus der Betriebsausgabenabzugsfähigkeit der D&O-Prä-

1 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 352 ff.
2 *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 358 ff.
3 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 353.
4 *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 358 ff (360 f).

5 Für den Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie treten ein: *Schima*, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199 ff; *ders* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 12 Rz 127 ff; *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director´s and Officer´s Liability Insurance für Österreich, RdW 3/2006, 133 ff (136); *Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG) 2. Teil, JBl 2012, 575; *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 36 Rz 15 ff; *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die Organhaftung (2013) 54 ff; *P. Doralt/W. Doralt*, Rechtsvergleichende Rezeption in der Managerhaftung – Ein Streifzug zwischen directors´ duties, business judgement rule und D&O-Versicherung, in FS Kozioł (2010) 565 ff, und schließlich auch *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 358 ff (361).
6 Gegen den Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie treten ein: *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/453; *Hochedlinger*, D&O Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 144; *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Neuerungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex, ecolex 2009, 238; *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 170 ff; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) Rz 52 ff; *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber/Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) 180; *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in FS Fenyves (2013) 668 ff, sowie die Autoren in diesem Artikel; tendenziell zweifelnd, aber die Frage offenlassend *Varro*, Die steuerliche Behandlung von D&O-Versicherungen, ecolex 2014, 464 ff.
7 Vgl die Zusammenfassung des Diskussionsstandes bei *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 358 ff (360–361).
8 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 354, fragen sich etwa, ob das BMF die LSt-Protokolle 2002 und 2004 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung auch auf die D&O-Versicherung angewendet wissen will.
9 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 354.
10 Vgl statt aller *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 357; *Varro*, Die steuerliche Behandlung von D&O-Versicherungen, ecolex 2014, 464; *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber/Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) Rz 34.

mie folgt noch nicht deren Entgeltcharakter aus Sicht der versicherten Organe. Beide Fragen sind voneinander unabhängig zu prüfen und zu behandeln.¹¹

1.2. Österreichische Judikatur

1.2.1. OGH

Eine klare und vor allem auch oberstgerichtliche Judikatur fehlt in Österreich ebenso. Zwar hat sich der OGH in seiner Entscheidung zu 9 ObA 68/99m¹² mit dem unerlaubten Abschluss einer Managerrechtsschutzversicherung auf Kosten des Unternehmens befasst. Im entscheidungsgegenständlichen Fall wurde einem geschäftsführenden Organ vorgeworfen, ohne Zustimmung des Aufsichtsrates eine *private*¹³ Managerrechtsschutzversicherung¹⁴ abgeschlossen und ohne Sachbezugsgenehmigung auch die Prämienzahlung durch das Unternehmen veranlasst zu haben.

Dieser Sachverhalt und die damit verbundene Entscheidung des OGH sind jedoch auf eine von der Gesellschaft abgeschlossene und gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung nicht übertragbar. Die D&O-Versicherung hat (als Haftpflichtversicherung) eine über eine Managerrechtsschutzversicherung hinausgehende Deckungsfunktion, da sie nicht nur Abwehrkostenschutz, sondern auch Freistellungsschutz bietet. Durch die Freistellungsfunktion übernimmt die D&O-Versicherung auch die Bezahlung des Schadenersatzes an den geschädigten Dritten, im Falle eines(r) D&O-Innenregresses (Innenverhältnishaftung) an die Gesellschaft/das Unternehmen.¹⁵ Letztlich erhält das Unternehmen (wenn auch nur mittelbar) Freistellung von einem es selbst wirtschaftlich treffenden Schaden. Dies ist vergleichbar mit dem Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung oder einer Betriebs-

haftpflichtversicherung, bei welchen dem Unternehmen letztlich durch die Versicherungsdeckung (wenn auch wegen Haftpflichtansprüchen Dritter) eine Haftpflichtverbindlichkeit und somit das Tragen des vom Dritten überwältigten Schadens als Eigenschaden abgenommen wird.¹⁶ Anders als die Managerrechtsschutzversicherung bietet die D&O-Versicherung nicht nur Versicherungsschutz für die versicherten Personen, sondern enthält auch Deckungselemente zugunsten des Unternehmens, zB

- Unternehmensfreistellung (Company Reimbursement-Klausel): Der Deckungsanspruch der versicherten Person aus dem D&O-Versicherungsvertrag geht auf das Unternehmen über, sofern dieses die versicherte Person in rechtlich zulässiger Weise durch Erfüllung des Haftpflichtanspruches freistellt.¹⁷ Damit verlagert sich der Deckungsanspruch vom versicherten Organ auf die Versicherungsnehmerin für den Fall, dass das versicherte Organ nicht durch den Versicherer, sondern durch die Versicherungsnehmerin vom Haftpflichtanspruch des Dritten freigestellt wird.¹⁸
- Mischfälle bei der Abwehrdeckung: Bei gleichzeitiger Inanspruchnahme von versicherten Personen und versicherten Unternehmen werden die Abwehrkosten zur Gänze auch für das versicherte Unternehmen vom Versicherer übernommen.¹⁹
- Firmenstellungnahmen: Sofern Strafverfolgungsbehörden ein Strafverfahren gegen unbekannt versicherte Personen einleiten, ersetzt der Versicherer die Anwaltskosten für im Interesse des Unternehmens erforderliche Stellungnahmen gegenüber den Behörden.²⁰

11 Althuber-Griesmayr/Varro in Althuber/Griesmayr/Zehetner, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) Rz 35.

12 Vgl zu dieser OGH-E Wenger, Abschluß einer Rechtsschutzversicherung für den Vorstand auf Kosten der Gesellschaft, RWZ 1999/12, 360 ff.

13 Zutreffender sollte von einer „persönlichen“ Managerrechtsschutzversicherung gesprochen werden, da mit einer Managerrechtsschutzversicherung keine privaten, sondern berufliche Risiken versichert werden. Richtigerweise wird daher auch von der „persönlichen“ D&O-Versicherung gesprochen, da hier ebenfalls berufliche (und nicht private) Haftpflichtrisiken abgedeckt werden; vgl zum Begriff der „persönlichen“ D&O-Versicherung Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 52 ff; anders dagegen Aichinger in Müller, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 1149, der iZm der D&O Einzelpolize von einer „privaten“ Versicherung spricht.

14 Bei einer Managerrechtsschutzversicherung handelt es sich um eine Versicherungsdeckung zugunsten des Organmitgliedes zur Abdeckung von Straf- und Zivilverfahrenskosten sowie zur Kostenübernahme iZm arbeits- bzw dienstvertraglichen Auseinandersetzungen; vgl Ihlás, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 66 ff; Aichinger in Müller, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 1193. Die Managerrechtsschutzversicherung wird vom Manager als Versicherungsnehmer abgeschlossen, womit sie der persönlichen D&O-Versicherung/individuellen Berufshaftpflichtversicherung gleicht; vgl Aichinger in Müller, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 1149, 1193.

15 Vgl dazu auch Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 14 Rz 81 ff; Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 6 Rz 1 ff.

16 Vgl Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 401 f; Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung² (2012) A Rz 92 ff.

17 Aus Sicht Ramharter wäre die Company-Reimbursement-Klausel im österreichischen und deutschen Recht unbedeutend (vgl Ramharter in Kalls/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat [2010] § 36 Rz 16); dies ist jedoch nicht zutreffend; zum einen enthält mittlerweile nahezu jede Unternehmens-D&O-Versicherung diesen Deckungsbaustein, vgl Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 20 Rz 2; zum anderen findet die Company-Reimbursement-Klausel bei Freistellung einer versicherten Person von einem Außenverhältnisanspruch und (jedenfalls für die Praxis relevant) auch im Konzern-/Tochterunternehmensverhältnis nach Freistellung von Innenhaftungsansprüchen vermehrt Anwendung vgl dazu die Fallvarianten bei Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 20 Rz 4 ff, Rz 21, 28.

18 Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014); § 20 Rz 3. Davon zu unterscheiden ist die zivilrechtliche Legalzession gem § 1422 ABGB. Durch Freistellung des versicherten Organes von der Haftpflichtverbindlichkeit durch die Versicherungsnehmerin geht der Haftpflichtanspruch auf die Versicherungsnehmerin über. Dadurch ist diese erst in die Lage versetzt, den Ausgleich des Schadens beim Versicherer direkt geltend zu machen. Ohne Company-Reimbursement-Klausel könnte die Versicherungsnehmerin nicht direkt auf den Versicherer zugreifen, sondern müsste die Schadenersatzforderung im Exekutionswege pfänden und sich überweisen lassen, um erst dann vom Versicherer direkt Ersatz zu verlangen, vgl Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ (1995); 401.

19 Vgl Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 8 Rz 60.

20 Vgl etwa Punkt 4.13 der Chubb OLA 2015 Austria, oder II.13 AIG Business-Guard Premier 2013.

- Wertpapierhandelsdeckung:²¹ Mitunter ist auch Versicherungsschutz für das Unternehmen vorgesehen (sog Entity-Deckung), zB für den Fall, dass wegen einer Pflichtverletzung iZm dem Handel von Wertpapieren des Unternehmens Schadenersatzansprüche von Dritten gegenüber dem Unternehmen erhoben werden, oder iZm sondergesetzlichen Vorschriften im Ausland, wenn diese eine unmittelbare Haftung des Unternehmens vorsehen, weil nicht die versicherte Person, sondern das Unternehmen gegenüber Dritten haftet (dies ist zB nach der französischen Judikatur über den *faute non séparable* der Fall).²²

Die D&O-Versicherung ist in ihrer Deckungswirkung daher mit einer allgemeinen Vermögensschaden- und Betriebshaftpflichtversicherung vergleichbar, wenngleich Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen oder Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherungen vorrangig das versicherte Unternehmen schützen,²³ D&O-Versicherungen jedoch vorrangig die Organe der Unternehmen. Eine Steuerbarkeit der Prämien aus einer vom Unternehmen abgeschlossenen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung sowie Betriebshaftpflichtversicherung für die geschäftsführenden und aufsichtsführenden Organe ist in der versicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Literatur bisher noch nicht vertreten worden.²⁴ Für die gesellschaftsfinanzierte und pauschal vom Unternehmen abgeschlossene D&O-Versicherung kann daher nichts anderes gelten.

Aber auch für die (vom Manager selbst abgeschlossene) Managerrechtsschutzversicherung sowie für die persönliche D&O-Versicherung gilt nichts anderes, sollte die Prämie vom Manager bezahlt und vom Unternehmen erstattet werden.²⁵ Auf die Frage, wer Vertragspartner des Versicherers ist und wer die Prämie zahlt, kann es uE nicht ankommen.²⁶ Entscheidend ist, ob die jeweilige Versicherungsdeckung berufliche Haftungsrisiken absichert.²⁷ Maßgeblich ist auch, ob das vertretene Unternehmen zum Ersatz von zB Verteidigungs- und Vertretungskosten

gegenüber dem versicherten Organ gesetzlich verpflichtet ist.²⁸ Die Kosten zur Verteidigung können bei komplexen Strafverfahren zB wegen Pflichtverletzungen aus dem Umwelt- und Kapitalmarktrecht von den jeweils Betroffenen/Beschuldigten oft gar nicht selbst aufgebracht werden; sie sind insofern auf die Unterstützung durch ihr Unternehmen angewiesen.²⁹ Die Haftung des Organs im Verwaltungsstrafverfahren, welches standardmäßig im Rahmen der Managerrechtsschutzversicherung (Baustein Strafrechtsschutzversicherung) mitversichert ist, ist zudem streng und nicht nur auf das Organmitglied beschränkt. Nach § 9 VStG haftet der verantwortliche Beauftragte für Verwaltungsübertretungen der vertretenen Gesellschaft, und zwar auch dann, wenn nicht er selbst, sondern eine andere Person, deren Verhalten der Gesellschaft zugerechnet wird, die Pflichtverletzung setzt.³⁰ § 5 Abs 1 VStG normiert zudem bei Ungehorsamsdelikten eine Vermutung fahrlässigen Verhaltens, die im Endeffekt zu einer wie im Zivilrecht üblichen Umkehr der Beweislast³¹ führt, auch wenn dogmatisch verschiedentlich nur von einer „Obliegenheit zur Glaubhaftmachung des Gegenteils“ gesprochen wird.³² Übernimmt das Unternehmen Prämien zur Abdeckung derartiger Risiken durch eine Strafrechtsschutz-/Managerrechtsschutz- oder durch eine persönliche D&O-Versicherung, kann die Prämienzahlung uE aus Sicht des versicherten Organes keine Zuwendung eines lohnwerten Vorteils darstellen.³³

1.2.2. VwGH

Auch die von *Lachmayer/Sadlo* zitierten VwGH-Entscheidungen sind für die Einordnung der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung als steuerbarer Vergütungsbestandteil nicht einschlägig. Die Judikatur des VwGH zum Erfordernis der „Ausschließlichkeit des Interesses des Arbeitgebers“ mag es zwar geben. Die ent-

21 Vgl *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherungen mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 55.

22 Vgl zu diesem speziellen Haftungstatbestand des französischen Rechts *Tat*, Die Rechtssubjektivität und Haftung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht in Deutschland und Frankreich (2003).

23 Vgl *Sieg* in *Krieger/Uwe H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung (2007) § 16 Rz 15.

24 So auch *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 60; ebenso *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 590.

25 So auch *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 336-337; ähnlich auch *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in FS Fenyves (2013) 665-666. AA dagegen *Aichinger* in *Müller*, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 1149, 1193; krit auch *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 55.

26 Dies zeigt auch das Beispiel einer vom Organ gebuchten, dienstlich veranlassten Flugreise, für deren Kosten schließlich das Unternehmen auch dann aufzukommen hat, wenn das Organ Vertragspartner des Transportvertrages wird. Entscheidend ist, ob es sich um berufliche Aufwendungen handelt und ob eine Ersatzpflicht des Unternehmens gegenüber dem Organ besteht. Wer Vertragspartner des Transportvertrages ist, kann für die Bewertung des betrieblichen Interesses eines Aufwandes nicht entscheidend sein.

27 Ähnlich auch *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169 (171).

28 Vgl auch *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in FS Fenyves (2013) 665-666. Eine solche Verpflichtung wird für bestimmte Abwehr- und Vertretungskosten sowohl in der Judikatur als auch in der Literatur bejaht, vgl dazu *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 12 Rz 134-135; analog für Deutschland vgl *Marsch-Barner* in *Krieger/Uwe H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung (2007) § 12 Rz 1 ff. Die Voraussetzung dafür, dass dem Organ die Übernahme bzw Bevorschussung der Vertretungs- und Verfahrenskosten auch endgültig zugutekommt, ist jedoch ein Freispruch bzw die Einstellung des Verfahrens (andernfalls kommt es bei geleisteter Bevorschussung durch die Gesellschaft zu einer Rückforderung gegenüber dem Organmitglied, *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat [2010] § 12 Rz 135). Für die Komponente des Dienstvertrags- oder Anstellungsvertragsrechtsschutzes, der Teil der Bündeldeckung Managerrechtsschutzversicherung ist, gilt ohnehin anderes. Zu diesem Deckungsbaustein trifft das Unternehmen keine Ersatzpflicht.

29 *Marsch-Barner* in *Krieger/Uwe H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung (2007) § 12 Rz 2.

30 Vgl *Stöger* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung (2008) Rz 5/2; vgl auch *Nowotny*, Managerhaftung und D&O-Versicherung, in FS Fenyves (2013) 665 f.

31 Vgl *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹⁰ (2014) Rz 1008.

32 So *Lewis* in *Lewis/Fister/Weilguni*, VStG (2013) Rz 9 mwN.

33 Diese Frage zwar ansprechend, aber offenlassend *Althuber/Griesmayr/Varro* in *Althuber/Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) Rz 48.

schiedenen Sachverhalte betreffen aber private Risiken, wie zB Abstellplätze für Firmenwagen,³⁴ Gruppenkrankenzusatzversicherungen der Arbeitnehmer,³⁵ Kapitalversicherungen (Lebensversicherungen) für Arbeitnehmer,³⁶ kostenlose Nutzung bank-eigener Gehaltskonten³⁷ durch Mitarbeiter eines Geldinstitutes und Management-Vorsorge-Pläne als Kapitalvorsorge für Manager.³⁸ Berufliche Risiken sind damit nicht angesprochen. Ähnliches gilt bei einer Kfz-, Reisegepäck- oder Unfallversicherung.³⁹ Bei Absicherung privater Risiken durch den Arbeitgeber liegt unstrittig Arbeitslohn vor.⁴⁰ Die D&O-Versicherung deckt aber keine privaten Risiken, sondern ausnahmslos aus der beruflichen Tätigkeit entspringende Haftpflichtrisiken (vgl dazu auch 3.).

2. Zum Doppelcharakter und dem Interesse (an) der D&O-Versicherung

Nach *Lachmayer/Sadlo* soll die österreichische Finanzverwaltung anhand der VwGH-Judikatur prüfen, ob ein überwiegendes oder ausschließliches Interesse des Unternehmens am Abschluss einer D&O-Versicherung besteht, damit der Entgeltcharakter der D&O-Prämie beurteilt werden kann. *Lachmayer/Sadlo* selbst befanden ein gleichwertiges Interesse des Unternehmens/ des versicherten Organs an der D&O-Versicherung, weshalb für die versicherten Organe in der bezahlten Prämie (teilweise) auch ein lohnwerter Vorteil/Entgeltbestandteil anzunehmen sei.⁴¹

Zugestimmt werden kann, dass die D&O-Versicherung janusköpfig ist, da sie sowohl im Interesse des Unternehmens als auch im Interesse des Organs Haftpflichtrisiken abdeckt.⁴² Diese Janusköpfigkeit bedeutet aber nicht zwingend eine (mathematisch genaue) 50 : 50-Interessenteilung zwischen Unternehmen und dem versicherten Organ. Die Janusköpfigkeit lässt sich nicht zahlenmäßig quantifizieren. Sie hängt auch davon ab, in welcher Form die D&O-Versicherung im Versicherungsfall konkret Versicherungsschutz bietet, also ob nur Abwehrschutz (für das Organ) oder auch Freistellungsschutz (für das Organ zugunsten des geschädigten Dritten). Mit der steuerrechtlichen Conclusio von *Lachmayer/Sadlo* unter Verweis auf die Janusköpfigkeit der D&O-Versicherung zugunsten der Steuerbarkeit der D&O-Prämie

als Entgelt/Lohn ist daher nichts gewonnen. Entscheidend ist dagegen, ob in der Zahlung der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie a) eine Zuwendung für ein berufliches oder privates Risiko des Managers zu sehen ist, und b) ob trotz beruflichen Hintergrundes in der Prämienleistung eine Vergütung iSd Gesellschaftsrechts an den Manager gesehen werden kann. Ohne Involvierung eines privaten Risikos keine Vergütungsthematik (vgl dazu 3.), ohne Vorliegen einer Zuwendung iSd des Gesellschaftsrechts keine steuerbaren Einnahmen (vgl dazu 4.). Auf die (reichlich diskutierte) dogmatische Frage, ob die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im ausschließlichen, überwiegenden oder gleichwertigen Interesse des Unternehmens mit spiegelbildlicher komplementärer Interessenlage aufseiten des Managers liegt oder nicht, kommt es uE aber nicht an.

Die Autoren gehen ungeachtet dessen von einem deutlich überwiegenden Interesse des Unternehmens an der D&O-Versicherung aus.⁴³ Zur Vertiefung der bisherigen Diskussion seien folgende Aspekte hervorgehoben:

Für das überwiegende Unternehmensinteresse spricht zum einen das Organhandeln des Managers zugunsten des vertretenen Unternehmens, das ohne Organhandeln nicht handlungsfähig wäre. Dieses Organhandeln ist zudem risikoträchtig. Das empirisch nachweisbare steigende Risiko einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme aufseiten der Organe, angetrieben zB durch Prozessfinanzierer und Rechtsschutzversicherungen aufseiten geschädigter Dritter, ist unstrittig feststellbar.⁴⁴ Zu beobachten ist auch das Absinken der Hemmschwelle, Manager auf Schadenersatz zu verklagen;⁴⁵ auch die staatlichen Behörden sind zur Verfolgung von strafrechtlichen Delikten sowohl personell als auch organisatorisch stärker aufgestellt als früher, so dass sich Risiken der Strafverfolgung mehren (zudem steigt die Gefahr sehr langer Strafverfahren, welche sich – auch wenn sie häufig mit Freispruch enden – finanziell ruinös auswirken können).⁴⁶ Haftungs- und D&O-Spezialisten bewerten die Organhaftung angesichts der Unübersichtlichkeit an Vorschriften und der Vielzahl an Haftungsszenarien⁴⁷ bereits als „Zumutung“,⁴⁸ Organmitglieder, so ein Diktum, „müssen sehr mutig sein“.⁴⁹ Folglich sind immer weniger Personen bereit, haftungsträchtige Organfunktionen zu übernehmen. Das Vorhalten entsprechender Versicherungslösungen dient daher (1.) der Absicherung des aus der beruflichen Tätigkeit entspringenden, jedoch den Mana-

34 VwGH 31. 7. 2013, 2009/13/0157.

35 VwGH 5. 6. 1963, 1046/61.

36 VwGH 5. 8. 1993, 93/0046.

37 VwGH 21. 5. 2014, 2010/13/0196.

38 VwGH 28. 10. 2014, 2012/13/0118.

39 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 60; ebenso *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 558.

40 *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber-Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013); *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 558–599.

41 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 352–353.

42 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 352–353; *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 358. *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber-Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) 168 (177); *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 171–172.

43 Für Österreich vgl auch *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in FS Fenyves (2013) 668 ff; für Deutschland *Dreher*, Die Besteuerung der D&O-Prämienleistung bei gesellschaftsfinanzierten Directors und Officers-Versicherungen, Der Betrieb 2003, 996 ff.

44 Vgl ausf und sehr instruktiv zur Haftungsentwicklung *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 599 ff (insb 602).

45 *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 602.

46 Vgl jüngst etwa den Freispruch im Prozess gegen den YLine-Firmengründer *Böhm* nach 14 Jahren Strafverfahren, Die Presse vom 17. 12. 2015. *Böhm* gibt an, auch erhebliche finanzielle Einbußen erlitten zu haben.

47 Das von *Krieger* und *Uwe H. Schneider* herausgegebene „Handbuch Manager-Haftung“ aus 2007 benötigt allein mehr als 37 Autoren(!), um eine Übersicht über das Thema Managerhaftung zu geben.

48 *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 603.

49 *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 603.

ger persönlich treffenden Haftungsrisikos. Das Anbieten von entsprechenden Versicherungslösungen erleichtert (und ermöglicht erst vielfach) (2.) die Rekrutierung des für die Vertretung einer Kapitalgesellschaft unumgänglich notwendigen Führungspersonals.⁵⁰ Kurz: Ohne Organhandeln kein Gesellschaftshandeln, ohne D&O-Versicherung keine Bereitschaft, Organfunktionen zu übernehmen. Wer diesen Zusammenhang unterschlägt, negiert die Wechselwirkung zwischen Organhaftungsrisiko und Funktionsfähigkeit einer privatrechtlich organisierten Körperschaft.⁵¹

D&O-Versicherungen können im Widerspruch zum Absicherungsgedanken auch haftungsverschärfend wirken – nach dem im Haftpflicht- und Versicherungsrecht bekannten Grundsatz „Deckung erzeugt Haftung“.⁵² Manager werden daher auch leichter in Haftpflichtauseinandersetzungen verwickelt, weil die geschädigten Dritten im Falle einer Haftung auf die „deep pockets“ der Versicherer zugreifen wollen und daher eher geneigt sind, vermeintliche Haftpflichtansprüche zu verfolgen. Eine solche, im konkreten Einzelfall mitunter das Haftpflichtrisiko der Manager sogar verschärfende Versicherungslösung kann im Falle der Prämienzahlung durch das Unternehmen nicht gleichzeitig einen lohnwerten „Vorteil“ für die Manager darstellen.⁵³

Zum anderen spricht auch die Analogie der D&O-Versicherung zu anderen unternehmensbezogenen Versicherungen für das überwiegende Unternehmensinteresse an der D&O-Versicherung. Denn nicht nur in der D&O-Versicherung, sondern auch in vielen anderen Versicherungsverträgen, die von Unternehmen abgeschlossen werden, sind die Interessen des Unternehmens, zT – als Nebeneffekt – aber auch die Interessen der Organe/Mitarbeiter versichert: In der Betriebshaftpflichtversicherung ist neben dem Haftungsrisiko des Unternehmens auch das persönliche Haftungsrisiko der mitversicherten Personen (alle Mitarbeiter inkl Organe) aus ihrer beruflichen Tätigkeit gedeckt. In Betriebshaftpflichtversicherungsverträgen ist häufig auch eine subsidiäre Privathaftpflichtversicherung für Organe/Mitarbeiter während Dienstreisen und für Mitglieder der Geschäftsführung auch abseits von Dienstreisen enthalten (somit werden sogar Haftungsrisiken abgedeckt, die nicht nur aus beruflichen Tätigkeiten resultieren). In Transport-Umsatzpolizzen ist neben dem Risiko der Beschädigung von Warenlieferungen des Unternehmens sowie dem Bezug von Waren/Maschinen durch das Unternehmen teilweise auch Deckung für das Reisegepäck von Mitarbeitern auf Dienstreisen vereinbart. Obwohl in den genannten Beispielen nicht ausnahmslos Unternehmensinteressen versi-

chert sind, ist für die Prämienzahlung dieser Versicherungsdeckungen durch das Unternehmen bis dato in der Literatur oder Judikatur kein Entgeltcharakter zugunsten der begünstigten Person (also des Arbeitnehmers, aber auch des Organs) behauptet worden.⁵⁴

Abschließend: Die von *Lachmayer/Sadlo* vorgeschlagene (lohnsteuervorteilsvermeidende) Alternative zur D&O-Versicherung, der Abschluss einer „Eigenschadendeckung“ des Unternehmens für Fälle der Außen- und Innenhaftung bzw der Abschluss einer Ausfallsversicherung für den Fall der Uneinbringlichkeit des Schadenersatzes,⁵⁵ klingt auf den ersten Blick gut, ist jedoch praxisfern. Eine derartige Produktlösung gibt es am Versicherungsmarkt nach Kenntnis der Autoren nicht. Insofern stellt diese Alternative bestenfalls eine theoretische (akademische), jedoch keine praktisch umsetzbare Alternative dar.

3. Tangiert die gesellschaftsfinanzierte D&O-Prämie die Privatsphäre des versicherten Managers?

Aus Sicht des Steuerrechts kommt ein steuerbarer Sachbezug beim Arbeitnehmer/Organ nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Kosten der Absicherung privater Risiken übernimmt.⁵⁶ Es ist daher zu prüfen, ob D&O-Prämien als Leistungen des Unternehmens gleich wie zB Stock Options oder Dienstfahrzeuge bzw Dienstwohnungen, welche vom Dienstgeber zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt werden (diesfalls wird von sog Fringe Benefits gesprochen)⁵⁷ als „Draufgabe zum Gehalt“ zu verstehen sind, oder ob die Versorgung der Organe mit ausreichendem Versicherungsschutz für die aus der beruflichen Tätigkeit entstehenden existenziellen Haftpflichtrisiken mit dem Abschluss von unternehmensbezogenen Haftpflichtversicherungen gleichzustellen ist. Dass D&O-Versicherungen als Fringe Benefits für den Manager gesehen und als solche auch „verkauft“ werden,⁵⁸ kann trotz langjähriger Berufspraxis der Autoren nicht bestätigt werden. Aus der Praxis ist gerade das Gegenteil festzustellen: Weil Manager bei Übernahme eines Organmandates komplexen Haftpflichtrisiken ausgesetzt sind (vgl schon zuvor unter 2.), fragen sie D&O-Versicherungsschutz nach,⁵⁹ wegen einer attraktiven D&O-Versicherung hat noch kein Manager ein Organmandat übernommen. Die Betrachtung der D&O-Prämie als Vergütungsbestandteil ist demnach abwegig.

50 Vgl so auch *Olbrich*, Die D&O-Versicherung² (2007) 235.

51 Nicht zuletzt infolge dieses Grundgedankens ist der Gesetzgeber in § 1 Abs 1 AHG sogar so weit gegangen, dass ein (staatliches) Organ dem durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Behördenhandeln Geschädigten (selbst im Falle vorsätzlichen Agierens) nicht direkt haftet; vgl die Analogie zur dt Staatshaftung auch bei *Olbrich*, Die D&O-Versicherung² (2007) 237–238.

52 Vgl *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability² (2009) 620 ff; zur differenzierten Diskussion dieser Ursache-/Folgewirkung vgl *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 1 Rz 73 ff.

53 Dies muss insb für die persönliche D&O-Versicherung gelten, die eskalationssteigernde Wirkungen entfalten kann; vgl dazu *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 57 ff.

54 Vgl bereits oben unter Punkt 1. mwN in FN 24.

55 *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 353, mit Bezugnahme auf den Vorschlag von *Ramharter in Kalls/Kunz*, Handbuch des Aufsichtsrates (2010) § 36 Rz 2.

56 Vgl *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber/Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) 181.

57 Vgl dazu *Schima* in *Kalls/Kunz*, Handbuch des Aufsichtsrates (2010) § 12 Rz 100.

58 So aber *Welser/Siegwart*, Allheilmittel D&O-Versicherungen? in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2013) 325 (327).

59 So statt vieler auch *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169 (171).

Im Falle der D&O-Versicherung geht es – wie schon dargetan – um die Absicherung eines beruflichen Risikos des Managers.⁶⁰ Dies ist hier nicht nochmals zu wiederholen. Die Haftung des Managers mit seinem privaten Vermögen (Gleiches gilt für einen Einzelunternehmer im Falle einer Unternehmensinsolvenz) ändert daran nichts. Die Privatsphäre der versicherten Personen wird nur insoweit berührt, als sie mit ihrem Privatvermögen haften.⁶¹ Da es sich um die Absicherung rein beruflicher Risiken handelt, liegt auch kein steuerbarer Arbeitslohn vor. Die Verneinung eines Sachbezuges ist auch insofern stimmig, als Sachbezüge nur dann den Gesamtbezügen hinzugerechnet werden, wenn es bei diesen Leistungen um deren private Nutzung geht.⁶² Beispiel Dienstauto: Wird das Dienstauto dienstvertraglich nur für berufliche Fahrten zur Verfügung gestellt und genutzt, liegt kein Sachbezug aufseiten des Arbeitnehmers vor. Ein Sachbezug entsteht erst dann, wenn der Arbeitnehmer das Auto auch privat nutzen darf. Bei der D&O-Versicherung ist es nicht anders. Solange die D&O-Versicherung das berufliche Mandat abdeckt (und nicht ein anderweitig aus eigenem Interesse wahrgenommenes Fremdmandat, welches mit dem Organmandat des die D&O-Versicherung abschließenden oder zahlenden Unternehmens nichts zu tun hat) geht es – auch aus Sicht des vertretenen Unternehmens – um die Absicherung des beruflichen Risikos wegen der Tätigkeit für das versicherungsschutzabschließende Unternehmen.⁶³ Die D&O-Versicherung ist daher Teil einer angemessenen „Ausstattung“ des Arbeitsplatzes für Manager,⁶⁴ und zwar im betrieblichen Interesse des Unternehmens.⁶⁵ Hierzu ist es auch unerheblich, ob diese Arbeitsplatz-Ausstattung vom Unternehmen freiwillig durch Abschluss einer D&O-Versicherung zur Verfügung gestellt wird oder erst durch Verpflichtung (im Wege einer Zusage im Dienstvertrag/Arbeitsvertrag oder in der Satzung eines Unternehmens).⁶⁶

Die Argumentation des OGH in E 9 ObA 68/99m, wonach die persönliche unbeschränkte Haftung der Organmitglieder zu deren gewöhnlichem Berufsrisiko gehört, welches durch ihr Entgelt abgedeckt und überwältigt sei, überzeugt nicht. Es steht außer Frage, dass schon geringfügige Fehler Schadenersatzverpflichtungen in Millionenhöhe verursachen können.⁶⁷ Im Regelfall wird das Gehalt von Vorstandsmitgliedern in keiner angemessenen

Relation zur Höhe des potenziellen Haftungsrisikos stehen: Im entscheidungsgegenständlichen Fall bezog das geschäftsführende Organ ein Monatsgehalt von 150.000 ATS (14-mal jährlich); sein Jahresgehalt belief sich somit auf „lediglich“ rd 150.000 €. Noch krasser stellt sich die Situation bei Aufsichtsräten dar. Sitzungsgelder und Vergütungen von Aufsichtsräten werden großteils als nicht ausreichend erachtet,⁶⁸ insb gilt dies für die Vergütungen von Stiftungsvorständen.⁶⁹ Daraus wird ersichtlich: Die (sei es als Geld-, sei es als Sachbezug ausgestaltete) Vergütung eines Organes dient bestimmungsgemäß lediglich dazu, dessen Arbeitsleistung für das Unternehmen abzugelten, nicht jedoch das damit verbundene Haftpflichtrisiko.⁷⁰ Das Entgelt für ein bestimmtes Organmitglied steht regelmäßig nur in Korrelation zur beruflichen Tätigkeit, zu den Erfahrungen, Fähigkeiten und zum Wissen dieses Organmitgliedes. Mangels Risikoverteilung und Risikostreuung müsste die dem Organ abzugeltende Risikoprämie im Wege der Verfügung zur Haftungsübernahme um ein Vielfaches höher angesetzt werden. Ein Versicherungsunternehmen verfügt über eine Vielzahl an versicherten Personen und vermag das Risiko bei gleichzeitigem Erlösen der Prämien von zahlreichen Versicherungsnehmern kalkulatorisch zu verteilen. Daraus resultieren „leistbare“ Versicherungsprämien. Erst die Kollektivierung des Risikos durch Verteilung der Prämienlasten auf eine größere Versichertengemeinschaft (Gesetz der großen Zahl) ermöglicht dem Unternehmen das Bezahlen „leistbarer“ Prämien. Deshalb geht auch das Argument der Substituierbarkeit der Prämienzahlung durch Zahlung einer höheren Vergütung ins Leere,⁷¹ und zwar im umgekehrten Sinne: Gerade weil die Prämienhöhen erst durch Verteilung auf die Versichertengemeinschaft und auf einzelne versicherte Personen wirtschaftlich tragbar sind, führt die Nichtzahlung der D&O-Prämien durch das Unternehmen zu keiner angemessenen entgeltbezogenen Mehrforderung durch das Organ. Weshalb sich aus der Bezahlung der D&O-Prämie durch das Unternehmen eine „Bereicherung“ zugunsten der Manager ergeben soll,⁷² ist angesichts des Verhältnisses von eigener Vergütung und dem Vielfachen an potenzieller Haftung nicht nachvollziehbar.

4. Kommt der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie Entgeltcharakter im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu?

In § 78 Abs 1 AktG sind neben Gehältern explizit auch „Versicherungsentgelte“ als Teil der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder angeführt. Eine gleichartige Bestimmung findet sich auch in

60 Vgl exemplarisch zur beruflichen Tätigkeit des Managers *Lange*, D&O-Versicherungen und Managerhaftung (2014) § 7 Rz 5 ff.

61 Vgl *Althuber-Griesmayr/Varro* in *Althuber/Griesmayr/Zehetner*, Handbuch Versicherungen und Steuern (2013) 181 f; *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 171.

62 Vgl *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 171.

63 Vgl *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 4.

64 Vgl zur diesbezüglichen Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers auch *Olbrich*, Die D&O-Versicherung² (2007) 238.

65 *Wenger/Adrian*, D&O-Versicherungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, RWZ 11/2015, 361, mit Verweis auf *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 78 Rz 5.

66 Zu diesem Punkt dagegen anders differenzierend *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 66–67.

67 Vgl dazu die einschlägigen Haftungsfälle der Außen- und Innenhaftung in Millionenhöhe bei *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 2 Rz 13 ff und Rz 276 ff.

68 *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 3/2006, 133.

69 *Hochedlinger*, D&O Versicherung für den Stiftungsvorstand, *ecolex* 2008, 143; *Aichinger* in *Müller*, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 1131.

70 Vgl auch *Olbrich*, Die D&O-Versicherung² (2007) 233–234.

71 So aber *Ramharter* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 36 Rz 18.

72 So *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, RWZ 11/2015, 355.

§ 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB. Obgleich der Begriff „Versicherungsentgelt“ sowohl restriktiv⁷³ als auch weit⁷⁴ ausgelegt werden kann: Gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherungsprämien sind schon grds keine „Versicherungsentgelte“, die dem Gesamtbezug eines Managers hinzuzurechnen wären.⁷⁵ Mit der Summe der Vergütung eines Organs wird – wie schon erwähnt – dessen Arbeitsleistung für das Unternehmen abgegolten, nicht jedoch auch das damit verbundene Haftpflichtrisiko. Der mit der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie verbundene Versicherungsschutz ist keine Gegenleistung der Gesellschaft für die Geschäftsführertätigkeit, sondern sichert diese erst ab.⁷⁶ Ein Organmandat wird nicht angenommen, weil das Unternehmen die Prämie für die D&O-Versicherung übernimmt, sondern weil sich der Bedarf für den Versicherungsschutz aus der Übernahme des Organmandates und dem daraus folgenden Haftpflichtrisiko ergibt.⁷⁷ Wäre dem nicht so, müssten auch alle anderen Haftpflichtprämien (zB für Betriebs-, Produkt-, und Berufshaftpflichtversicherungen), die das Unternehmen auf fremde Rechnung auch für diverse mitversicherte Personen (auch Manager) abschließt, als Prämie mit Entgelt- oder Vergütungscharakter eingestuft werden. Derartiges ist bis dato in der Literatur – wie schon ausgeführt – weder diskutiert noch gefordert worden.⁷⁸

Bei der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung handelt es sich ferner um eine Gruppenversicherung für alle versicherten Personen (nicht nur für gegenwärtige, sondern auch für ehemalige und zukünftige Organwalter). Der Versicherungsschutz erstreckt sich automatisch auf alle mitversicherten Personen (unabhängig von deren Zustimmung).⁷⁹ Mangels namentlicher Nennung fehlt es an einer Individualisierung der Begünstigten.⁸⁰ Die Prämienfindung in der Unternehmens-D&O-Versicherung erfolgt aufgrund der Bilanzsumme und ähnlicher rein unternehmensbezogener Parameter, die Versicherung ist insofern von den einzelnen Organmitgliedern entkoppelt.⁸¹ Auch dies spricht – wie in der Literatur schon vorgetragen – gegen den Entgeltcharakter der D&O-Prämie.

Würde der Vergütungscharakter von D&O-Prämien und anderen unternehmensbezogenen Haftpflichtprämien (wegen der pauschalen Mitversicherung aller Organe, also nicht nur von geschäftsführenden, sondern auch von aufsichtsführenden Or-

ganen) zulasten der Versicherten als gegeben angesehen, wäre (gesellschaftsrechtlich) zwingende Konsequenz die notwendige Bewilligung des Abschlusses derartiger Versicherungsverträge durch Aufsichtsrat und Hauptversammlung bzw durch die Generalversammlung;⁸² die Verknüpfung von Entgeltcharakter und Befassungs- sowie Zustimmungspflicht ist zwar nicht zwingend,⁸³ weil sich die damit verbundene gesellschaftsrechtliche Fragestellung mit der steuerrechtlichen Fragestellung nicht decken muss. Will man aber beides verknüpfen, so müssten diese Gremien zum Entscheidungsort für die Vorhaltung eines risikoadäquaten Unternehmens-Versicherungsschutzes werden. Es ist uE jedenfalls sachgemäßer, die Frage nach Vorhaltung eines risikoadäquaten Versicherungsschutzes der Geschäftsführung des jeweiligen Unternehmens anheimzustellen.⁸⁴

5. Zur Problematik der Vorteilsbewertung

Wird der Entgeltcharakter der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie dennoch befürwortet, bleibt die Frage, nach welcher Maßgabe eine Qualifizierung bzw Quantifizierung des auf die jeweils versicherte einzelne Person entfallenden Entgelts erfolgen soll, ungelöst. *Lachmayer/Sadlo* nehmen sich zwar dankenswerterweise dieser praxisrelevanten Frage an.⁸⁵ Ihre Vorschläge einer „Vorteilsbewertung“ verdrängen aber die zu diesem Punkt in der Literatur schon lange bestehenden Zweifel an der Möglichkeit einer praktikablen Lösung nicht.⁸⁶ Eine gleichmäßige Aufteilung nach mitversicherten Köpfen durch Bildung eines Durchschnittswertes halten sie – obwohl die einfachste Lösung – für willkürlich. Die Ermittlung durch Aufsummieren fiktiver Einzelprämien für die jeweils versicherten Personen und nachfolgende Aufteilung auf die einzelnen Versicherten gemäß der auf sie entfallenden Quote an der tatsächlich gezahlten Gesamtpremie ist ihrer Ansicht nach ebenfalls (insb

⁷³ Vgl *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 170–173.

⁷⁴ *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die Organhaftung (2013) 54 ff.

⁷⁵ *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 4–5, mit Verweis auf die völlig hL in Deutschland (Nachweise dort in FN 16).

⁷⁶ *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 4.

⁷⁷ *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 171.

⁷⁸ Vgl dazu bereits oben Punkt 1. und 2. sowie FN 24.

⁷⁹ Zum fehlenden Veranlassungsprinzip vgl *Dreher*, Die Besteuerung der D&O-Prämienleistung bei gesellschaftsfinanzierten Directors und Officers-Versicherungen, *Der Betrieb* 2003, 996–997.

⁸⁰ *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig? wbl 4/2010, 171.

⁸¹ *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 71–72.

⁸² In der Literatur ist die Frage der gesellschaftsrechtlichen Bewilligungspflicht der D&O-Versicherung häufig ein Argument für den Entgeltcharakter der D&O-Prämie, weil damit eine Vergütung an die Organe einhergeht und daher die begünstigten Organe einem Korrektiv (etwa dem Aufsichtsrat oder der Haupt-/Generalversammlung) gegenüberzustehen haben, wenn diese für sie vorteilhafte, aber beruflich notwendige Versicherungslösungen abschließen.

⁸³ So auch *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in *FS Fenyves* (2013) 670.

⁸⁴ Für die Entscheidungskompetenz der Geschäftsführung über die Vorhaltung eines risikoadäquaten Versicherungsschutzes vgl auch *Gisch*, Versicherungslösungen für Haftungsrisiken, in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 8/12; vgl ebenso *R. Koch*, Geschäftsleiterpflicht zur Sicherstellung risikoadäquaten Versicherungsschutzes, *ZGR* 2006, 184 ff. Dies schließt die Einbindung des Aufsichtsrates durch die Geschäftsführung nicht aus. Die Geschäftsführung kann und soll zwecks Risikomanagement, aber auch zwecks Gestaltung (insb zwecks Wahl einer ausreichend hohen Versicherungssumme) den Aufsichtsrat mit dem Thema D&O-Versicherung sinnvollerweise befassen; vgl etwa zu dieser Empfehlung auch *Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in *FS Fenyves* (2013) 670.

⁸⁵ *Lachmayer/Sadlo*, D&O-Versicherungen und ihre steuerliche Behandlung, *RWZ* 11/2015, 356–357.

⁸⁶ Vgl statt vieler nur *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 5 Rz 75.

bei Großunternehmen) mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden, weshalb sie auch diesen Ansatz als unzumutbar beurteilen. Dagegen schlagen sie eine Schätzung iSd § 184 BAO vor, wobei sich die Bezifferung des Prämienanteils auf Basis von Schadensverläufen (Schadensstatistiken) ergeben soll. Zudem sollen gewichtete Mittelwerte berechnet werden. Als Parameter hierfür sollen Pflichtenverstöße in der Vergangenheit, zudem Aufgabenbereich, Vorbildung und Auslandsbezug je Organ fungieren. Es soll also statt einfacher komplizierter werden. Wie sollen diese vielen Parameter pauschaliert operationalisierbar gemacht werden, vielleicht auch noch in einem Großkonzern mit vielen Hunderten Managern? Die genannten Bezugsgrößen wie Schadensverlauf/Schadensstatistiken in der D&O-Versicherung sind am Versicherungsmarkt praktisch nicht erhältlich und damit wenig bis gar nicht transparent.⁸⁷ Die Abwicklung von D&O-Schadensfällen dauert viele Jahre, sodass über den tatsächlichen Schadensverlauf lange Zeit nichts Verlässliches ausgesagt werden kann. Wie sollen Schadensstatistiken dann als Bezugsgrößen praktikabel sein? Ferner: Soll die Aufteilung auch anhand der angemeldeten Schadensreserven (also anhand der Rückstellungen für gemeldete, aber noch nicht abgewickelte Versicherungsfälle) erfolgen,⁸⁸ obwohl noch keine oder nur geringfügige Versicherungsleistungen erbracht wurden? Weiters: Beim D&O-Risiko handelt es sich um kein Frequenzschadenthema (keine Kleinschäden in großer Anzahl), sondern um ein Großschadensrisiko, sodass eine ausgeglichene Gewichtung des konkreten Prämienanteils schwer möglich ist.⁸⁹

Folgendes Praxisproblem kommt bei der Verteilung der Prämienanteile auf die einzelnen versicherten Personen hinzu: Der Kreis der in der D&O-Versicherung versicherten Personen ist idR nicht eindeutig abgrenzbar: Er erstreckt sich neben den Mitgliedern der geschäftsführenden Organe und der Kontrollorgane üblicherweise auch auf Generalbevollmächtigte, Prokuristen und leitende Angestellte (wobei für die Definition der leitenden Angestellten die für sie im Einzelfall günstigste arbeitsrechtliche Auslegung gemäß ArbVG gilt; in der Praxis wird oft erst im Zuge eines Gerichtsverfahrens geklärt werden können, ob eine bestimmte Person als leitender Angestellter einzustufen ist oder nicht; mit Versicherern ist eine Abklärung ex ante idR nicht möglich). Weiters sind ua Compliance-Beauftragte, Gleichstellungs-, Arbeitsschutz-, Sicherheits-, Datenschutz- und Geldwäschebeauftragte versichert sowie mitunter ohnehin alle Angestellten, sofern sie gemeinsam mit versicherten Personen in Anspruch genommen werden. In der D&O-Versicherung sind auch nicht nur gegenwärtig beschäftigte und (während der Vertrags-

laufzeit) hinzukommende Personen versichert, sondern auch ehemalige Organmitglieder, welche bei Abschluss des Versicherungsvertrages schon längst aus dem Unternehmen ausgeschieden sein können.⁹⁰ Da auch diese Versicherungsschutz aus dem D&O-Vertrag genießen, wären ihnen folgerichtig ebenfalls Prämienanteile zuzuweisen. Wie soll bei einer derartigen Vielzahl an aktiven oder nicht mehr aktiven Personen eine Quote errechnet werden? Versichert sind ferner nicht nur die Organe der Versicherungsnehmerin, sondern automatisch auch die Organe sämtlicher Tochterunternehmen (an welchen diese zB mehr als 50 % der Anteile hält).⁹¹ Selbst bei kleineren Unternehmensgruppen kommt es häufig zu Änderungen in der Gesellschaftsstruktur, bei internationalen Großkonzernen stellt sich die Lage tendenziell noch unübersichtlicher dar. Die Ermittlung des relevanten Personenkreises zur Verteilung der Prämienanteile gliche sohin einem Glasperlenspiel.

6. Zusammenfassung

In Österreich liegt zur Frage des Entgeltcharakters der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie weder eine hL vor, noch gibt es einschlägige höchstgerichtliche Judikatur des OGH oder des VwGH. Die österreichische Finanzverwaltung schweigt bis dato zu diesem Thema. Das Kriterium des ausschließlichen, überwiegenden Interesses der Gesellschaft am Abschluss einer D&O-Versicherung ist nicht der entscheidende Ansatzpunkt zur Beurteilung dieser Steuerrechtsfrage. Vielmehr kommt es darauf an, ob mit der D&O-Versicherung ein berufliches Risiko der Organmitglieder versichert wird, oder ob die gesellschaftsfinanzierte Prämie als Entgelt/Vergütung (auch iSd § 78 Abs 1 AktG sowie § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB) zu betrachten ist. Das Erstere ist klar zu bejahen, das Letztere klar zu verneinen. Schließlich würden die konkrete Vorteilsbewertung bei der Prämie und die Verteilung des Vorteils auf die (viele) versicherten Personen die Praxis vor nicht lösbare (und vor allem auch sachlich nicht vertretbare) Abwicklungsschwierigkeiten stellen. Das Interesse der Finanzbehörden an weiteren Steuerquellen ist angesichts knapper Staatskassen verständlich. Das Konzept einer Besteuerung der gesellschaftsfinanzierten D&O-Prämie ist aber nicht der richtige Ansatz, Steuern zu generieren. Dieses Konzept – so der Tenor dieses Beitrages – ist weder sachgerecht noch annähernd administrabel. Der Ertrag aus einer derartigen Steuereinnahme wäre überdies wohl gering.⁹² Die Absicherung beruflicher Organ-Haftpflichtrisiken, die stark zu nehmen, spricht deutlich gegen den Entgeltcharakter der ge-

⁸⁷ Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 1 Rz 69, der hinsichtlich Schadensentwicklung von geringer Markttransparenz spricht.

⁸⁸ Zur notwendigen Bildung von Schadensreserven aus Sicht des Schadenversicherers vgl. Radtke/Schmidt, Handbuch der Schadenreservierung² (2012).

⁸⁹ Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 1 Rz 71, wonach die tatsächliche Schadensfrequenz nach wie vor im Dunkeln liegt, während in Einzelfällen erhebliche Versicherungsleistungen erbracht werden.

⁹⁰ Sieg in Terbille, Münchner Anwaltshandbuch Versicherungsrecht (2008) § 17 Rz 54.

⁹¹ Hinzu kommt der diffizile versicherungsrechtliche Tochterunternehmensbegriff in der D&O-Versicherung, der ua auch auf Beherrschungsverhältnisse (zB durch Syndikatsverträge) und auf den Einfluss zur Organbestellung abstellt; vgl. Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 8 Rz 45 ff; Lange, Managerhaftung und D&O-Versicherung (2014) § 5 Rz 6 ff.

⁹² So auch Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 3 Rz 4.

sellschaftsfinanzierten D&O-Prämie; dies gilt auch für sonstige Prämien iZm mit der Absicherung von Unternehmensrisiken, einschließlich der Absicherung sonstiger beruflicher Mana-

gerrisiken. Diesen Sachzusammenhang nicht zu sehen, unterschlägt das steigende zivilrechtliche, wie auch strafrechtliche Organhaftpflichtrisiko.

Foto: Pictures Borm

**Der Autor:**

Mag. **Thomas Wagner** ist Haftpflicht- und Versicherungsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und Fachberater bei von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH.

✉ t.wagner@vonlauffundbolz.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Wagner/Thomas

Foto: www.lillistrauss.com

**Der Autor:**

Mag. **Rainer Wolfbauer** ist als Kapitalmarktexperte bei Interfides Compliance Consulting & Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH tätig.

✉ rainer.wolfbauer@interfides-compliance.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Wolfbauer/Rainer

**Der Autor:**

Dr. **Hermann Wilhelmer** ist Haftpflichtrecht- und Versicherungsrechtsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe sowie Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH.

Jüngste Publikationen:

Die Grenzen des Versicherungsschutzes in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung, AnwBl 2016, 124, Zur Aliquotierung der Abwehrkosten in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 60/13v, in ZFR 2015/29; Die Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 70/14s, ZFR 2015/133.

✉ h.wilhelmer@vonlauffundbolz.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Wilhelmer/Hermann

Foto: Pictures Borm