

1. Problemstellung

Das Thema der Managervergütung rückte in den frühen 1990er Jahren in den Fokus der öffentlichen Diskussion. Entbrannten Kontroversen, vor allem über die Höhe der Gehälter, zunächst in den USA und Großbritannien¹, haben die Debatten mittlerweile auch den deutschsprachigen Raum erreicht. Die Diskussion findet dabei nicht nur in Wissenschaft und den betroffenen Unternehmen statt, sondern findet seit geraumer Zeit bereits Eingang in die Tagespresse. Dies zeigt die hohe praktische Relevanz unterschiedlichster Fragen zur Managervergütung für unterschiedliche Anspruchsgruppen wie zB Aktionäre, Regulierungsbehörden und die interessierte Öffentlichkeit. Die Wissenschaft ist daher gefordert, auf gestellte Fragen methodengestützt nach fundierten Antworten zu suchen.

Als Ausgangspunkt für die Strukturierung der folgenden Diskussion im Beitrag dient ein Ausschnitt aus der historischen Entwicklung der Top-Führungskräftevergütung in Abbildung 1. Sie zeigt die durchschnittliche Höhe und Zusammensetzung der Top-Führungskräftevergütung in den USA für die Jahre 1989 bis 2012, ausgedrückt im Dollar-Geldwert des Jahres 2012. Die Durchschnittsbildung erfolgt dabei über die 800 (bis 1999) bzw 500 (ab 2000) größten US-amerikanischen Unternehmen.

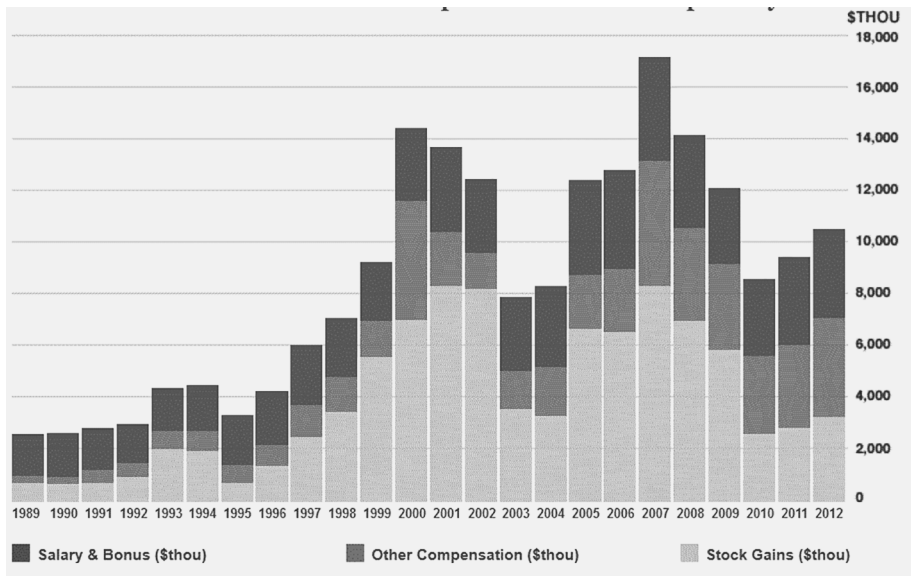


Abbildung 1: Entwicklung der durchschnittlichen Top-Führungskräftevergütung in den größten US-amerikanischen Unternehmen im Zeitraum 1989 bis 2012 [Quelle: <http://www.forbes.com/lists/2012/12/ceo-compensation-12-historical-pay-chart.html>]

1 Vgl. Murphy (2013) 216.

Für die Aufsichtsratsmerkmale Größe, Altersstruktur, Anteil unabhängiger Mitglieder und Anzahl der Aufsichtsratssitzungen zeigt Tabelle 1 aktuelle Werte für große US Unternehmen und ATX Unternehmen.

	S&P 500 Unternehmen (Stand 2018) ³³	ATX Unternehmen (Stand 2018) ³⁴
Durchschnittliche Größe des Aufsichtsrats	11 Mitglieder	8 Mitglieder
Durchschnittliches Alter der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder	63 Jahre	60 Jahre
Durchschnittlicher Anteil unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder	85 %	93 %
Durchschnittliche Anzahl der jährlichen Aufsichtsratssitzungen	8	6

Tabelle 1: Werte betreffend die Aufsichtsratsmerkmale durchschnittliche Größe des Aufsichtsrats, durchschnittliches Alter der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder, durchschnittlicher Anteil unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder und durchschnittliche Anzahl der jährlichen Aufsichtsratssitzungen von S&P 500 Unternehmen und ATX Unternehmen (die Auswertung betrifft ausschließlich Aktionärsvertreter) für das Jahr 2018 im Vergleich

Die optimale Zusammensetzung des Aufsichtsrats und die sich daraus ergebenden Aufsichtsratsmerkmale sind das Ergebnis der im konkreten Unternehmen auftretenden Umweltfaktoren und Unternehmenseigenschaften. Dabei spielen beispielsweise Konkurrenz am Beschaffungsmarkt, Kapitalstruktur, Kapitalmarktzugang und der Produktmarkt eine wesentliche Rolle. Auch wenn eine Ausgestaltung des Aufsichtsrats nachteilig anmutet, kann es trotzdem für die gegebene Situation die bestmögliche Form sein.³⁵

Betrachtet man beispielsweise Daten der Lenzing AG und der Andritz AG zeigt sich im Jahr 2017 folgendes Bild: Die Lenzing AG hatte im Jahr 2017 8 gewählte Aufsichtsratsmitglieder und einen Aktienkursrückgang um 8 %. Die Andritz AG hatte im Jahr 2017 6 gewählte Aufsichtsratsmitglieder und einen Aktienkursrückgang um 1,3 %. Ist die (vereinfachte) Schlussfolgerung zulässig, ein großer Aufsichtsrat sei schädlich?

33 Vgl https://www.spencerstuart.com/-/media/2018/october/ssbi_2018.pdf (Stand: 12.2.2019).

34 Für die Auswertung wurden Finanzberichte, Geschäftsberichte oder Corporate Governance Berichte des Geschäftsjahres 2018 bzw 2017/18 herangezogen. Die entsprechenden Quellenangaben sind im Anhang angeführt.

35 Vgl Adams et al (2010).

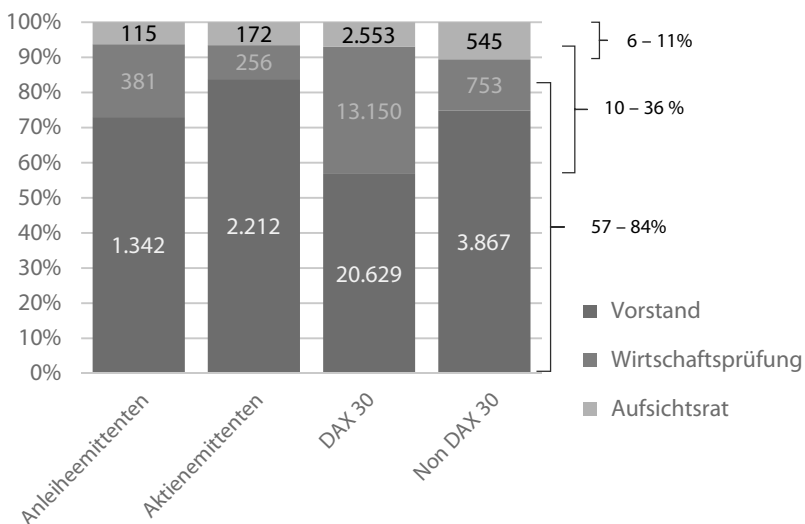


Abbildung 1: Corporate Governance Ausgaben

Um die Ausgaben mit einem anderen Maßstab zu beurteilen, wird die Gesamtvergütung für den Aufsichtsrat der durchschnittlichen Vergütung eines Vorstandsmitglieds gegenübergestellt. Der Rechnung liegt die Grundannahme zugrunde, dass dem Aufsichtsrat als Gesamtgremium zumindest die Aufgabenstellung und Verantwortlichkeit eines einzigen (durchschnittlichen) Vorstandsmitglieds zukommt. Bedenkt man die Fülle der Aufgabenstellungen des Aufsichtsrats, wäre dies wohl ein adäquater Zielwert, der erfüllt werden sollte. Das Verhältnis beträgt aktuell am DAX 30 87 %, wobei in Österreich dieser Wert noch deutlich niedriger ist. Es werden für den gesamten Aufsichtsrat nur zwischen 31 und 36 % der Entlohnung eines durchschnittlichen Vorstandsmitglieds aufgewendet. Zusammenfassend zeigt sich, dass mit zunehmender Marktkapitalisierung dieses Verhältnis ansteigt und die Finanzbranche ein etwas besseres Verhältnis aufzeigt. Dies kann etwa auf die verschärften gesetzlichen Vorschriften zurückgeführt werden.

Anteil Vorstandsmitglied zu Aufsichtsratsgesamtvergütung					
Marktkapitalisierung	Österreich		Deutschland		Gesamtsumme
	Anleiheemittenten	Aktienmarkt	DAX30	Non-DAX30	
klein		24,4 % 0,33 27		27,3 % 0,21 7	25,9 % 0,30 34

AktG als auch auf den Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖGCK) eingegangen. Darauf aufbauend werden die Inhalte der reformierten ARRL ([EU] 2017/828) und deren Umsetzung in Österreich dargelegt. Abschließend wird ein Blick auf empirische Befunde zur Effektivität von SoP geworfen und ein finales Resümee gezogen.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Vergütungspolitik

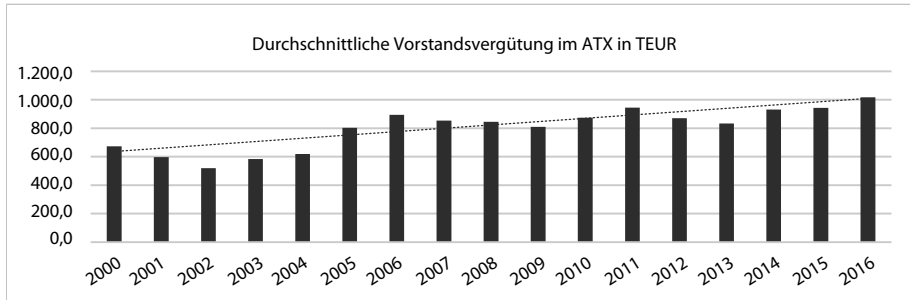


Abbildung 1: Entwicklung der durchschnittlichen ATX-Vorstandsvergütung von 2000–2016

2.1. Die Vergütungspolitik im UGB und AktG

Die Offenlegung der Vergütungspolitik und die Darlegung der Bezüge der Unternehmensleitung waren bislang im UGB insbesondere in § 239 Abs 1 Z 2–5 sowie § 243c Abs 2 Z 3 geregelt.

§ 239 behandelt die Pflichtangaben über Organe und Arbeitnehmer und betrifft den Anhang von mittelgroßen und großen Gesellschaften iSd § 221 Abs 2 UGB. Gem § 239 Abs 1 Z 4 sind die gewährten *Gesamtbezüge* der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gesondert für jede *Personengruppe* zu veröffentlichen. Eine Darstellung auf individueller Ebene ist im Gesetz prinzipiell nicht vorgesehen.⁴ Unter die *Gesamtbezüge* zu subsumieren sind Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen sowie diverse Nebenleistungen. Auch nicht ausbezahlte Bezüge, die in Ansprüche anderer Art umgewandelt oder zur Erhöhung anderer Ansprüche verwendet werden, sind zu berücksichtigen. Bezüge, die ein Vorstandsmitglied im Zuge seiner Tätigkeit für ein verbundenes Unternehmen erhält, sind gesondert auszuweisen. Diese Berichtspflichten erstrecken sich auf aktuelle wie bereits ausgeschiedene Mitglieder der Unternehmensleitung gleichermaßen. Bei letzteren hat eine Darstellung von

⁴ Vgl Schauer in Bertl/Fröhlich/Mandl, Handbuch Rechnungslegung – Band I: Einzelabschluss (2018) § 239 UGB Rz 14.

Die Richtlinie zur Änderung der ARRL ([EU] 2017/828) wurde am 3.4.2017 vom Rat der Europäischen Union verabschiedet und war bis zum 10.6.2019 in nationales Recht umzusetzen.⁸ Die Richtlinie umfasst grundsätzlich nur börsennotierte Unternehmen, wobei es dem Gesetzgeber obliegt, den Anwendungsbereich auszuweiten und auch kapitalmarktferne Unternehmen unter die Regelung zu subsumieren. Die Änderungsrichtlinie behandelt drei fundamentale Einflussbereiche: Sie forciert eine erhöhte Transparenz bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit natürlichen und juristischen Personen, die in einem besonderen Naheverhältnis zu dieser stehen (*Related Party Transaction*). Der zweite Regelungsbereich betrifft die Ausübung der Stimmrechte von Vermögensverwaltern, institutionellen Investoren und Stimmrechtsberatern – sie soll einer strengeren Regulierung unterliegen. Schließlich ist auch eine Stärkung der Aktionärsposition bei der Bestimmung von Vorstandsgehältern vorgesehen (*Say on Pay*).⁹

Die Basis für dieses Mitspracherecht bei der Vergütungspolitik bilden insbesondere die neu eingefügten Artikel 9a (*Recht auf Abstimmung über die Vergütungspolitik*) und 9b (*Im Vergütungsbericht anzugebende Informationen und Recht auf Abstimmung über den Vergütungsbericht*). Diese erweitern den Einflussbereich der Aktionäre insofern, als sie fortan die Möglichkeit erhalten, alle vier Jahre regulär sowie bei wesentlichen Änderungen des Entlohnungssystems über die Vergütung der Unternehmensleitung abzustimmen.¹⁰

Die Vergütungspolitik umfasst dabei sowohl fixe als auch variable Vergütungsbestandteile, wobei für letztere klare und umfangreiche Bedingungen für deren Gewährung definiert werden müssen. Dabei ist sowohl auf finanzielle als auch nichtfinanzielle Leistungskriterien Bedacht zu nehmen und darzustellen, inwieweit diese zur Erreichung der langfristigen Unternehmensinteressen und zur Tragfähigkeit der Gesellschaft beitragen. Schließlich ist anzuführen, in welchem Ausmaß die Leistungskriterien erfüllt wurden. Erfolgt die Vergütung demgegenüber in Form von Optionen auf Aktien des jeweiligen Unternehmens, müssen die genauen Konditionen für deren Ausübung präzisiert werden. Eine weitere Spezifizierung in der Vergütungspolitik erfolgt zudem in Bezug auf die Verträge der Mitglieder der Unternehmensleitung. Hierbei hat eine Darstellung der entsprechenden Laufzeiten, der geltenden Kündigungsfristen und der Hauptmerkmale von Zusatzrentensystemen und Vorruhestandsprogrammen zu erfolgen. Darüber hinaus werden die Bedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die damit in Zusammenhang stehenden Zahlungen konkretisiert. Nicht zuletzt hat in der Vergütungspolitik auch das Entscheidungsverfahren beschrieben zu

8 Vgl RL (EU) 2017/828 des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABL L 2017/132, 1.

9 Vgl Reich-Rohrwig/Zimmermann, EU: Einigung auf die Reform der Aktionärsrechte-Richtlinie (Teil I): Say on Pay und Related Party Transactions, ecollex 4/2017, 327–332 (327 ff).

10 Vgl Art 9a Abs 5 der RL (EU) 2017/828.

4.4.1.2.1. Handlungsbereich

Zunächst existiert der sogenannte Handlungsbereich, bei dem die *business judgment rule* uneingeschränkt zur Anwendung kommt. Davon erfasst werden alle Sachverhaltsgestaltungen⁶⁴, bilanzrechtlichen Zuordnungen⁶⁵, die Ausübung von Wahlrechten⁶⁶ und die Organisation von Buchführung und Rechnungslegung sowie -prüfung.⁶⁷ Für diesen Bereich fehlt es bereits an der einwertigen Abbildung verifizierbarer Fakten. Vielmehr bestehen in diesem Zusammenhang stets mehrdeutige Fakten und es fehlt an gesetzlichen Handlungsvorgaben. Das sich somit ergebende Ermessen kann nur durch die *business judgment rule* ausgefüllt werden. Dies darf freilich nicht mit einer vollständigen Beliebigkeit des Handelns des Vorstands gleichgesetzt werden. Das Vorliegen eines Handlungsbereichs bedeutet nämlich nicht, dass nur eine bestimmte Handlung als rechtmäßig in Betracht kommt, sondern, dass gleich mehrere Handlungsoptionen rechtmäßig sein können. Zudem heißt dies, dass auch eine ganze Reihe von rechtswidrigen Handlungsoptionen besteht, die jenseits des rechtlich gestatteten Ermessens liegt.

Beispiel

Auch wenn § 82 AktG, § 91 Abs 1 dAktG, vorschreibt, dass der Vorstand dafür zu sorgen hat, dass ein Rechnungswesen geführt wird, ergibt sich daraus noch nicht, wie dieses genau ausgestaltet sein muss. In diesem Zusammenhang gibt es nicht eine bestimmte Organisationsform, die zwingend vom Vorstand gewählt werden muss. Vielmehr besteht eine ganze Reihe verschiedener Organisationsmöglichkeiten, um § 82 AktG, § 91 Abs 1 dAktG, gerecht zu werden. Welche davon der Vorstand auswählt, liegt in seinem Ermessen und unterliegt somit nicht der gerichtlichen Prüfung. Diese beschränkt sich vielmehr darauf, festzustellen, ob den generellen Anforderungen von § 82 AktG, § 91 Abs 1 dAktG, entsprochen wurde.

Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass im Rechnungslegungsrecht allgemeine Grundsätze – wie das *True-and-Fair-View-Prinzip* (§ 222 Abs 2 UGB, § 264 Abs 2 dHGB)⁶⁸, oder bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften das Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation (Art 12, 15 MAR)⁶⁹ – bestehen, die eine uneingeschränkte Ermessensausübung beschränken. Zum einen erscheint die tatsächliche Bedeutung dieser Grundsätze im Rechnungslegungsrecht fragwürdig, da dazu kaum Fallmaterial vorliegt und auch das Schrifttum kaum konkrete Leitlinien entwickelt hat. Zum anderen ändern auch diese Grundsätze nichts an dem Umstand, dass dem Vorstand bei der Aufstellung des Jahres-

64 Ebenso *Merkt*, Konzern (2017) 353, 357; *Müller*, FS Happ 2006, 179, 189, 194.

65 *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60, 65; *Merkt*, Konzern (2017) 353, 357; *Müller*, FS Happ 2006, 179, 194.

66 *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60, 65.

67 Ebenso *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60, 64; *Merkt*, Konzern (2017) 353, 357.

68 So auch *Müller*, FS Happ 2006, 179, 190 f.

69 Die Anwendung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation im Zusammenhang mit dem Bilanzrecht ist bisher wenig geklärt (dazu etwa *Mock* in Kölner Kommentar zum WpHG² § 20a Rz 92). Der Unterzeichner behält sich eine genauere Untersuchung dieser Problematik vor.

7. Aufgaben des Prüfungsausschusses

Die Aufgaben des Prüfungsausschusses lassen sich in verschiedene Bereiche gliedern, nämlich in die Aufgaben zur Überwachung der Rechnungslegung, die Überwachung der internen Überwachungsprozesse (IKS, IR, RMS), die Abschlussprüfung, die Auswahl des Abschlussprüfers und die Überwachung der Tätigkeit des Abschlussprüfers, die Mitwirkung für die Jahresabschlussprüfung und die Feststellung des Jahresabschlusses und schließlich in sonstige Aufgaben. Die Aufgaben des Rechnungswesens und der Abschlussprüfung werden an dieser Stelle nicht im Detail dargestellt.⁶²

Die Aufgaben unterscheiden sich danach, ob der Prüfungsausschuss in einem fünfjährig großen Unternehmen eingerichtet ist oder in einem Unternehmen von öffentlichem Interesse. Bei den Unternehmen von öffentlichem Interesse werden die Aufgaben im Aktiengesetz und zusätzlich in der AP-VO aufgelistet.

7.1. Allgemeine Tendenzen

Bevor auf einzelne Aufgaben des Prüfungsausschusses gerade auch im Lichte der jüngsten Gesetzesnovellen eingegangen wird, sollen kurz allgemeine Tendenzen beleuchtet werden, die die Einrichtung des Prüfungsausschusses prägen. Der Prüfungsausschuss gewinnt von Novelle zu Novelle, von Jahr zu Jahr, deutlich an Gewicht.⁶³ Gerade in den letzten Jahren hat er eine massive Aufwertung erfahren, da ihm eine Reihe neuer, zusätzlicher Aufgaben in detailreicher Regelung übertragen wurden, sei es durch das Aktiengesetz, ein paralleles Gesetz oder durch die AP-VO. Abgesehen von der quantitativen Zunahme der Aufgaben wurden die einzelnen Arbeitsschritte auch durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen prozeduralisiert und die Handlungsschritte genau beschrieben. Der Prüfungsausschuss unterliegt mehrfachen Berichtsregelungen. Zunächst muss ein Abschlussprüfungsbericht an den Prüfungsausschuss erstellt werden, zudem muss der Prüfungsausschuss seinerseits einen eigenständigen Prüfungsbericht an den Gesamtaufsichtsrat erstatten.

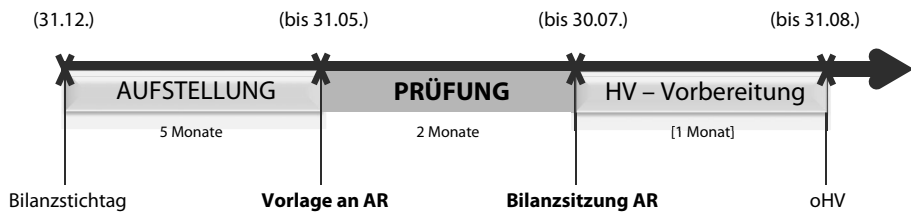
Die Zusammenschau der Zunahme der Aufgaben, die Eigenständigkeit von Arbeits- und Handlungsschritten und die mehrfache ausdrückliche Erwähnung und Normierung des Prüfungsausschusses zeigen eine deutliche Intensivierung seiner Tätigkeit. Der Prüfungsausschuss muss sich – unabhängig vom Aufsichtsrat – mindestens zweimal im Geschäftsjahr treffen. Im Regelfall sind diese Tref-

62 S dazu vor allem *Eberhartinger/Leyrer/Rödler* in *Bertl/Hirschler/Aschauer*, Handbuch Wirtschaftsprüfung 724 ff; *Kalss*, Verantwortlichkeit in *Bertl/Hirschler/Aschauer*, Handbuch Wirtschaftsprüfung 944, 949 ff.

63 S dazu eindrücklich: *Dolzer*, Die Emanzipation des Prüfungsausschusses im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (2019) 10 ff.

wachung der Geschäftsleitung stellt eine der zentralen Aufgaben des Aufsichtsrats dar.⁵ Die **Prüfungs- und Kontrollfunktion** hat eine vergangenheitsbezogene und eine zukunftsbezogene Komponente: Der Aufsichtsrat hat nicht nur die Gebarung des vergangenen Geschäftsjahres zu beurteilen, sondern auch die vom Vorstand ausgeübten bilanziellen Ermessensentscheidungen und Wahlrechte, die sich auf die Zukunft der Gesellschaft auswirken und eine rechtmäßige Prognose erfordern. Andererseits hat der Aufsichtsrat eine **Informations- und Erklärungsfunktion** gegenüber der Hauptversammlung in Bezug auf das vergangene Geschäftsjahr zu erfüllen, womit er auch unmittelbar die Erfüllung seiner eigenen Kontroll- und Überwachungsaufgaben gegenüber dem Vorstand vor der Hauptversammlung und den Aktionären rechtfertigt.

3. Vor der Bilanzsitzung



3.1. Zuleitung der Unterlagen an den Aufsichtsrat durch den Vorstand

Im Aktienrecht ist die Trennung zwischen Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses deutlich angelegt. § 96 AktG iVm § 222 UGB bestimmt, dass der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluss dem Aufsichtsrat zu übermitteln ist. Ausdrücklich ist normiert, dass das Konvolut an **jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats** zu übermitteln ist (§ 222 Abs 1 UGB).⁶ Die Übermittlung an den Aufsichtsratsvorsitzenden oder an die Mitglieder des Prüfungsausschusses ist nur dann ausreichend, wenn diese gemeinsam mit der Verpflichtung der Weiterleitung an die restlichen Mitglieder (zB in der Geschäftsordnung) vereinbart ist.⁷

Das Gesetz sieht in § 222 Abs 1 UGB vor, dass der Vorstand binnen der ersten fünf Monate des Geschäftsjahres den Jahresabschluss aufzustellen hat. Das Konvolut an Unterlagen hat er sodann unverzüglich dem Aufsichtsrat weiter-

5 S nur Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG² § 95 Rz 6 ff.

6 Fraberger/Petritz/Horkel-Wytrzens in Hirschler, Bilanzrecht² § 222 UGB Rz 5.

7 Kalls in Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalls/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer (Hrsg), Gewinnrealisierung 96; ohne die Einschränkung und für die Zulässigkeit Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB § 222 Rz 9.

2.2. Feststellung durch die Hauptversammlung (§ 104 Abs 3 AktG)

Die Feststellung/Genehmigung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung stellt die Ausnahme dar. Nur im Falle einer auf den Stichtag rückbezogenen Kapitalherabsetzung ist die Hauptversammlung ex lege für die Feststellung zuständig (§ 188 Abs 2 AktG).¹⁹ Wird der vom Vorstand aufgestellte Abschluss vom Aufsichtsrat abgelehnt, führt dies nach dem Wortlaut von § 104 Abs 3 AktG automatisch zur Zuständigkeit der Hauptversammlung. Dies ist nicht zwingend, denn es könnte der Vorstand auch den von ihm aufgestellten Abschluss zurückziehen und durch einen geänderten ersetzen, über den dann wiederum der Aufsichtsrat zu entscheiden hat.

2.3. Gewinnverwendung

Weist der Jahresabschluss einen Jahresüberschuss aus, kann der Aufsichtsrat entscheiden, ob und in welchem Umfang dieser in eine Gewinnrücklage eingestellt wird. Dies geschieht im Regelfall im Einvernehmen mit dem Vorstand, der Aufsichtsrat kann dies aber ändern (zum Erfordernis einer Nachtragsprüfung siehe oben 1.6.). Der geänderte Abschluss ist nicht nochmals vom Vorstand zu unterfertigen, was aber in der Praxis regelmäßig erfolgt. Die Satzung kann Bestimmungen über die Rücklagenbildung vorgeben; sie kann auch eine Mindestausschüttung vorsehen, wobei natürlich die Kapitalerhaltungsvorschriften zu beachten sind. In diesem Rahmen kann auch vorgegeben werden, freie Rücklagen ergebniserhöhend aufzulösen, um die Mindestdividende zu erreichen. Es gilt aber ansonsten noch immer das Bild von den „gläsernen, aber verschlossenen Taschen“; die Aktionäre haben nach dem gesetzlichen Modell keinen Zugriff auf den ausschüttbaren Gewinn; sie können nur mittelbar über eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf die Dividendenpolitik Einfluss nehmen. Umgekehrt kann der Aufsichtsrat auch hohe Ausschüttungen ermöglichen, die für eine nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft nicht unbedingt förderlich sind. Hier besteht ein breiter Ermessensspielraum für Vorstand und Aufsichtsrat. Die Grenze liegt – wie oben bereits für die GmbH ausgeführt – in der Existenzgefährdung der Gesellschaft. In dieser Situation kann eine überschießende Ausschüttung zur Haftung der Organmitglieder führen. Dies führt aber nicht zur Nichtigkeit des Ausschüttungsbeschlusses. Eine weitere Grenze wird durch die sinngemäße Anwendung von § 82 Abs 5 GmbHG gesetzt (erhebliche, nachhaltige Verluste nach dem Stichtag); soweit zu sehen ist, haben sich Lehre und Rechtsprechung bisher mit dieser Analogie nicht befasst.

¹⁹ Nagele/Lux in Karollus/Artmann, AktG⁶ § 188 Rz 4 f.

1. Einleitung

Geschäftsführer und Vorstände können innerstaatlich Einkünfte aus selbständiger Arbeit², Einkünfte aus Gewerbebetrieb³ oder Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit⁴ erzielen, je nachdem, ob ein Dienstvertrag abgeschlossen wurde und eine wesentliche Beteiligung von mehr als 25 % besteht. In der Praxis wird üblicherweise ein Dienstvertrag abgeschlossen,⁵ sodass steuerlich (bei Fehlen einer wesentlichen Beteiligung) eine nichtselbständige Tätigkeit vorliegt. Im Folgenden wird daher sowohl innerstaatlich⁶ als auch für Zwecke der Doppelbesteuerungsabkommen ein Dienstverhältnis angenommen.

Geschäftsführervergütungen unterliegen der beschränkten Steuerpflicht⁷, wenn die Tätigkeit im Inland ausgeübt wird.⁸ Dies ist der Fall, wenn der Steuerpflichtige im Inland persönlich tätig wird. Dabei kommt es nicht darauf an, wie lange sich der Geschäftsführer im Inland aufhält. Auch die Arbeitsausübung während einer kurzfristigen Geschäftsreise genügt für die beschränkte Steuerpflicht. Ohne einen Inlandsaufenthalt kommt es zudem zur beschränkten Steuerpflicht, wenn die Tätigkeit im Inland verwertet wird.⁹ Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit zwar nicht im Inland persönlich ausgeübt wird, aber ihr wirtschaftlicher Erfolg der inländischen Volkswirtschaft unmittelbar zu dienen bestimmt ist. Wird ein Geschäftsführer oder Vorstand für eine österreichische Kapitalgesellschaft tätig, so wird eine Verwertung im Inland angenommen.¹⁰ Bei grenzüberschreitenden Geschäftsführertätigkeiten kann es daher potenziell zu einer Doppelbesteuerung kommen, da aufgrund solch weit gefassten Anknüpfungsmerkmale für eine beschränkte Steuerpflicht nicht nur der Wohnsitz-/Ansässigkeitsstaat, sondern meist mehrere Staaten die Besteuerung für sich beanspruchen.

Wenn ein Geschäftsführer oder Vorstand grenzüberschreitend tätig wird, stellt sich folglich die Frage, in welchem Staat die dafür erhaltenen Vergütungen abkommensrechtlich besteuert werden können und wie eine etwaige Doppelbesteuerung vermieden werden kann. In diesem Beitrag wird zunächst auf die Besteuerung der Geschäftsführer- und Vorstandsbezüge nach Art 15 OECD-MA eingegangen. Vor

2 § 22 Z 2 TS 2 EStG.

3 § 23 Z 1 EStG.

4 § 25 Abs 1 Z 1 lit a oder b EStG.

5 LStR Rz 981.

6 § 47 Abs 2 EStG.

7 Vgl dazu auch *Verdino*, Besteuerung von international tätigen Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern in *Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Konzernsteuerrecht² (2014) 461 (465 ff).

8 § 98 Abs 1 Z 4 TS 1 und Z 2 TS 1 EStG.

9 § 98 Abs 1 Z 4 TS 1 und Z 2 TS 2 EStG.

10 VwGH 20.9.2001, 2000/15/0039. Da der VwGH auf den Sitz der Gesellschaft abstellt, dürfte eine Verwertung im Inland auch dann vorliegen, wenn die Kapitalgesellschaft zwar ihren Sitz im Inland hat und daher nach innerstaatlichem Recht unbeschränkt steuerpflichtig ist, der Ort der Geschäftsleitung sich aber im Ausland befindet.

Abgabenbehörde ihrerseits kein schwereres Verschulden am Abgabenausfall trifft, etwa weil die erforderlichen Sicherungs- und Einbringungsmaßnahmen beim originären Abgabenschuldner (der Kapitalgesellschaft) offensichtlich viel früher und sodann erfolgreich hätten gesetzt werden können und müssen. Ebenso könne selbst großes Verschulden durch eine persönliche Zwangslage in einem milderen Licht erscheinen.

6. Ausgewählte Praxisfragen zur abgabenrechtlichen Organhaftung

6.1. Erkundigungs- und Anzeigepflichten bei Übernahme einer Organfunktion

In der Praxis stellt sich nicht selten die Frage, wie mit historischem steuerlichen Fehlverhalten, das erst im Nachhinein hervorkommt, umgegangen werden soll. Unternehmenspolitisch ist dies besonders brisant, zumal nachträglich aufgedecktes Fehlverhalten neben finanziellem Aufwand – verursacht durch die Notwendigkeit einer Steuernachzahlung – auch andere betriebswirtschaftliche oder strategische Risiken (Reputationsschäden, negative Publicity) nach sich ziehen kann.

Daneben stellt sich ganz generell die Frage, ob ein neu hinzutretendes Geschäftsführungs- oder Vorstandsmitglied überhaupt die aktive Pflicht hat, das historische steuerrechtliche Verhalten der Gesellschaft zu prüfen. Die Frage, ob und in welchem Umfang sich ein neu hinzutretendes Mitglied der Geschäftsleitung über das bisherige steuerliche Verhalten der Kapitalgesellschaft kundig machen und allfällige Fehler korrigieren muss, war lange Zeit mangels eindeutiger Rechtsprechung unklar. Lediglich hinsichtlich bestehender Abgaberrückstände ist seit jeher unstrittig, dass sich ein neu hinzutretendes Organmitglied auch darüber zu unterrichten hat, ob und in welchem Ausmaß die von ihm nunmehr vertretene Gesellschaft bisher ihre fälligen Abgaben entrichtet hat, oder/und ob ein Abgaberrückstand besteht.³⁴ Da es sich bei der Entrichtung fälliger Abgaben um eine **andauernde Verpflichtung** handelt, die erst mit tatsächlich erfolgter Entrichtung endet, geht diese Verpflichtung automatisch auf das neu hinzutretende Leitungsorgan über (vgl auch § 80 Abs 1 letzter Satz BAO). Das neu hinzutretende Organmitglied hat sich daher jedenfalls darüber zu unterrichten, welchen Stand das Abgabenkonto der Gesellschaft im Zeitpunkt der Übernahme der Leitungsfunktion hat. Ist ein Rückstand ausgewiesen, so besteht die Pflicht, die entsprechenden Beträge zu entrichten.

Hinsichtlich anderer – punktueller – Pflichten, die in der Vergangenheit allenfalls verletzt wurden, hat die Finanzverwaltung in manchen Fällen dazu tendiert, dem

34 VwGH 22.4.2015, 2013/16/0208; 24.1.2013, 2012/16/0100; 23.6.2009, 2007/13/0005 bis 0007; 27.2.2008, 2005/13/0085.