

C. Probemonat	2.308
D. Beendigung durch Zeitablauf	2.314
E. Kündigung	2.318
F. Entlassung	2.329
G. Austritt	2.336
H. Einvernehmliche Beendigung	2.340
I. Dienstfreistellung	2.343
J. Kündigungs- und Entlassungsschutz	2.349
1. Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz	2.350
2. Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz	2.356
3. Individueller und sonstiger Kündigungs- und Entlassungsschutz	2.361
K. Abberufung und Anstellungsvertrag	2.365
L. Koppelungsklauseln	2.369
M. Rücktritt und Anstellungsvertrag	2.375
V. Entsendungen ins Ausland	2.380
A. Allgemein	2.380
B. Vertragliche Gestaltung der Entsendung	2.382
C. Anzuwendendes Arbeitsrecht	2.388
1. Allgemeines	2.389
2. IPRG	2.392
3. EVÜ und Rom I-VO	2.394
D. Gerichtsstandsvereinbarung	2.400
E. Sozialversicherungs- und Steuerrecht	2.404

I. Anstellung des Geschäftsführers

A. Allgemeines

Von der organschaftlichen Bestellung zum Geschäftsführer ist die schuldrechtliche Anstellung strikt zu unterscheiden. Trotz dieser grundsätzlichen Unterscheidung bestehen diese beiden Rechtsverhältnisse aber nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr ist die schuldrechtliche Anstellung durch die sich aus der Organstellung ergebenden Rechte und Pflichten weitestgehend vorgezeichnet. **2.1**

Nicht vom Organisationsrecht der GmbH gedeckte Regelungen im Anstellungsvertrag sind daher organisationsrechtlich unwirksam. So kann beispielsweise die Abberufung eines Fremdgeschäftsführers im Anstellungsvertrag nicht auf wichtige Gründe beschränkt werden.¹²⁷ Über die dem Geschäftsführer auf Basis des Gesellschaftsvertrags eingeräumten Befugnisse hinausreichende Regelungen im Anstellungsvertrag sind zwar nicht unwirksam, aber aus organisationsrechtlicher Sicht unbeachtlich.¹²⁸ Aus schuldrechtlicher Sicht sind solche Regelungen aber grundsätzlich wirksam und daher zu beachten.¹²⁹ Wird daher die im Anstellungsvertrag eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag beschnitten, geht der Gesellschaftsvertrag dem Anstellungsvertrag vor. Aus organisationsrechtlicher Sicht hat der Geschäftsführer die Regelung des Gesellschaftsvertrags zu beachten. Der Geschäftsführer kann aber eine Verletzung des Anstel-

¹²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 19.

¹²⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 19.

¹²⁹ *Neumayr* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Anh § 15:AR Rz 2.

lungsvertrags gegenüber der Gesellschaft geltend machen und im Einzelfall zB zum sofortigen Austritt (**siehe dazu Rz 2.336 ff**) berechtigt sein.

- 2.2** In der Praxis werden die gesellschaftsrechtliche Bestellung sowie die schuldrechtliche Anstellung regelmäßig als ein Akt wahrgenommen. Ein zwingender Zusammenhang besteht aber nicht. Eine engere Verknüpfung kann aber beispielsweise durch eine Koppelungsklausel (**siehe dazu Rz 2.369 ff**), die die schuldrechtliche Beendigung an die gesellschaftsrechtliche Beendigung knüpft, erreicht werden.¹³⁰ Generell ist aber von zwei unterschiedlichen, wenn auch nicht isoliert zu betrachtenden, Rechtsverhältnissen auszugehen.

B. Zuständigkeit

2.3 Auf einen Blick

Die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers kommt den Gesellschaftern zu.

- 2.4** Wie für die gesellschaftsrechtliche Bestellung ist auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft die Generalversammlung – somit die Gesellschafter – zuständig.¹³¹ Dies wird insbesondere damit argumentiert, dass sonst (zB durch Anbot besonders schlechter Anstellungsbedingungen) die Bestellung des Geschäftsführers durch ein anderes Organ der Gesellschaft (zB Geschäftsführer etc) vereitelt werden könnte.¹³² Durch Gesellschafterbeschluss oder Gesellschaftervertrag kann die Abschlusskompetenz aber an ein anderes Gesellschaftsorgan oder im Einzelfall an einen Dritten übertragen werden.¹³³

Generell ist daher zwischen der Beschlussfassung der Gesellschafter im Innenverhältnis und der Unterfertigung des Anstellungsvertrags im Außenverhältnis zu unterscheiden. In der Praxis erfolgt regelmäßig eine Bevollmächtigung einer Person oder eines anderen Organs zum Abschluss des Anstellungsvertrags durch die Gesellschafter.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gesellschafter stellt der Fall der Drittanstellung (**siehe dazu Rz 2.26 ff**) dar. In diesem Fall obliegt die Zuständigkeit für den Abschluss nicht den Gesellschaftern sondern dem jeweiligen Dritten.

C. Arten schuldrechtlicher Anstellungsverträge

- 2.5** In der Rechtsprechung wurde festgehalten, dass die Anstellung im Rahmen eines Dienstvertrags oder freien Dienstvertrags, gegebenenfalls aber auch im Rahmen eines Werkvertrags oder Auftragsverhältnisses erfolgen kann.¹³⁴ In der jüngeren Rechtsprechung werden die möglichen Anstellungsverträge grundsätzlich auf Dienstverträge oder freie Dienstverträge eingeschränkt. Der Werkvertrag und das Auftragsverhältnis scheiden daher in der Regel als mögliche Anstellungsverarianten aus. Dies wird damit begründet, dass

130 Neumayr in Gruber/Harrer, GmbHG Anh § 15:AR Rz 3.

131 OGH 22. 2. 2012, 3 Ob 217/11z.

132 Straube/Ratka/Stöger/Völkl in Straube, WK GmbHG § 15 Rz 56.

133 OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 130/05s.

134 RIS-Justiz RS0027929.

der Geschäftsführer kraft Gesetzes nicht nur einen bestimmten Arbeitserfolg sondern eine umfassende Vertretung auf Zeit schulde.¹³⁵

Dieser Rechtsprechung ist beizupflichten. Ein Werkvertrag als Zielschuldverhältnis wird in der Regel ausscheiden und ein Auftragsverhältnis gemäß §§ 1002 ff ABGB nur in ganz konkreten Ausnahmefällen, zur Vornahme ausschließlich einer ganz konkreten Handlung, vorliegen. Es liegt daher regelmäßig entweder ein echter oder ein freier Dienstvertrag vor.



Hinweis

Der Anstellungsvertrag ist regelmäßig als echter oder als freier Dienstvertrag zu qualifizieren.

Für die Einordnung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers ist daher der echte vom freien Dienstvertrag abzugrenzen. Die Prüfung der Dienstnehmereigenschaft bzw des Vorliegens eines echten oder freien Dienstvertrags folgt dabei einem beweglichen System.¹³⁶ Nicht alle Merkmale des jeweiligen Vertragstyps müssen vorliegen und einzelne vorliegende Merkmale sind je nach ihrer Intensität zu gewichten. **2.6**

D. Charakteristika des echten Dienstvertrags

Der echte Dienstvertrag iSd § 1151 ABGB ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers gekennzeichnet. Die persönliche Abhängigkeit spiegelt sich speziell in der Unterworfenheit des Dienstnehmers unter die funktionelle Autorität des Dienstgebers wider. Dies äußert sich ua in der organisatorischen Gebundenheit im Zusammenhang mit der Arbeitszeit, dem Arbeitsort und der Kontrolle. Eine Bindung an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit ist aber nicht notwendigerweise eine Voraussetzung für die persönliche Abhängigkeit. Für den echten Dienstvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers. Wesentlich ist dabei ob Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Dienstgebers unterworfen sind. Falls dieses Verhalten schon im Dienstvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, reicht regelmäßig auch bereits die laufende Kontrolle dieses Verhaltens durch den Dienstgeber aus.¹³⁷ **2.7**

Ein echter Dienstvertrag weist im Allgemeinen folgende Wesensmerkmale auf: **2.8**

- dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer;
- Arbeit unter der Leitung und Verfügung des Dienstgebers;
- Arbeit mit den Arbeitsmitteln des Dienstgebers;
- persönliche Arbeitspflicht des Dienstnehmers;
- Haftung des Dienstnehmers für Einhaltung der gebotenen Sorgfalt;
- Erfolg wie Misserfolg gehen auf Rechnung des Dienstgebers.

¹³⁵ OGH 7. 6. 1999, 8 Ob 280/98 d.

¹³⁶ OGH 13. 1. 1988, 14 ObA 46/87.

¹³⁷ OGH 29. 4. 2004, 8 ObS 13/03 z; 17. 2. 2005, 8 ObA 20/04 f.

Im Rahmen der Beurteilung, ob eine persönliche Abhängigkeit und somit ein echter Dienstvertrag vorliegt, ist insbesondere auf die nachstehend näher dargelegten Merkmale abzustellen.

1. Weisungsgebundenheit

- 2.9** Es ist zwischen der sachlichen und persönlichen Weisungsgebundenheit zu unterscheiden. Erstere betrifft die Konkretisierung der Leistungspflicht des Dienstnehmers, Letztere die Ausgestaltung der näheren Bedingungen der Leistungserbringung. Während die sachliche Weisungsgebundenheit sowohl bei freien als auch bei echten Dienstverträgen vorliegt, ist die persönliche Weisungsgebundenheit bei echten Dienstverträgen wesentlich stärker ausgeprägt.

Durch die persönliche Weisungsgebundenheit des echten Dienstnehmers kann der Dienstgeber darüber disponieren, auf welche Art und Weise bzw unter welchen näheren Bedingungen (Zeit und Ort der Arbeitsleistung, Dauer der Pausen, allfällige Sonn- und Feiertagsarbeit etc) die aufgetragene Arbeit erledigt werden soll, wobei damit auch die korrespondierenden Kontrollrechte einhergehen.¹³⁸ Der Dienstnehmer ist somit der betrieblichen Organisation und der disziplinären Verantwortlichkeit des Dienstgebers unterworfen.

2. Persönliche Dienstleistung

- 2.10** Die Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung stellt den Regelfall des echten Dienstvertrags dar. Für den Fall, dass sich ein Dienstnehmer generell und unbeschränkt vertreten lassen kann, liegt mangels persönlicher Abhängigkeit regelmäßig kein echter Dienstvertrag vor.¹³⁹ Der Umkehrschluss, dass ohne Vertretungsrecht automatisch ein echter Dienstvertrag vorliegt, ist jedoch nicht zulässig.

3. Kontrollunterworfenheit

- 2.11** Hier ist auf die Ausführungen zur Weisungsgebundenheit (**siehe dazu Rz 2.9**) zu verweisen. Während die Kontrollunterworfenheit hinsichtlich des sachlichen Weisungsrechts beide Arten von Dienstverträgen betrifft, stellt die Kontrolle der Einhaltung der persönlichen Weisungen (arbeitsbezogenes Verhalten des Dienstnehmers) ein Merkmal des echten Dienstvertrags dar.¹⁴⁰

4. Unterwerfung unter die Disziplinargewalt des Dienstgebers

- 2.12** Auch hier ist auf obige Ausführungen zur Weisungsgebundenheit (**siehe dazu Rz 2.9**) zu verweisen. Die Unterwerfung unter die Disziplinargewalt des Dienstgebers spricht grundsätzlich für das Vorliegen eines echten Dienstvertrags. Im Umkehrschluss darf aber das Fehlen einer solchen Unterwerfung nicht automatisch als gänzlichliches Fehlen der persönlichen Abhängigkeit interpretiert werden.¹⁴¹ Eine persönliche Abhängigkeit kann dennoch vorliegen und allenfalls einen echten Dienstvertrag begründen.

138 RIS-Justiz RS0021354.

139 OGH 26. 2. 1998, 8 ObA 46/98t.

140 RIS-Justiz RS0021306.

141 OGH 29. 6. 1994, 9 ObA 92/94.

5. Betriebsmittel

Stellt der Dienstgeber, für den in aller Regel die Arbeitsleistung erbracht werden soll, alle Arbeitsgeräte bei, so ist darin ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines echten Dienstvertrags zu sehen.¹⁴² Der Umstand, dass der Dienstnehmer einzelne Arbeitsgeräte selbst zur Verfügung stellt, reicht jedoch regelmäßig nicht aus, um das Vorliegen eines abhängigen und somit echten Dienstverhältnisses zu verneinen.¹⁴³ **2.13**

6. Unternehmerisches Risiko

Hier geht es um die Frage der rechtlichen Zuteilung des wirtschaftlichen Erfolges der im Vertrag vorgesehenen Tätigkeiten. Das wirtschaftliche Risiko trägt im Rahmen eines Dienstverhältnisses der Dienstgeber. Liegt das wirtschaftliche Risiko beim Leistungserbringer, so spricht dies grundsätzlich gegen einen Dienstvertrag und für einen Werkvertrag.¹⁴⁴ **2.14**

7. Wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber

Nach der Rechtsprechung kann aus dem Abgrenzungskriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit ein Hinweis auf die vorliegende persönliche Abhängigkeit gewonnen werden, wobei Aussagen über das Wesen der wirtschaftlichen Abhängigkeit unklar bleiben.¹⁴⁵ Der überwiegende Teil der Lehre sieht darin jedoch kein taugliches Abgrenzungskriterium. In diesem Fall würde nämlich bei völlig unabhängigen Personen, die aus welchen Gründen auch immer ein Arbeitsverhältnis eingehen, sonst niemals ein echtes Dienstverhältnis vorliegen.¹⁴⁶ **2.15**

E. Charakteristika des freien Dienstvertrags

Grundlegend ist auch hier, dass der freie Dienstnehmer, wie auch der echte Dienstnehmer, die Erbringung einer regelmäßigen Arbeitsleistung schuldet. Die geschuldete Leistung ist daher bloß gattungsmäßig umschrieben.¹⁴⁷ Im Gegensatz zum echten Dienstvertrag steht der freie Dienstnehmer aber in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis. Das persönliche Weisungsrecht ist daher ausgeschlossen. Der freie Dienstnehmer kann sich grundsätzlich auch jederzeit vertreten lassen. **2.16**

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom echten Dienstvertrag insbesondere durch die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also eben durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und der Weisungsgebundenheit.¹⁴⁸

Der freie Dienstnehmer ist ebenso wie der echte Dienstnehmer nicht dazu verpflichtet, ein bestimmtes Werk herzustellen oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Er ist vielmehr nur dazu verhalten, dem Vertragspartner auf eine gewisse Zeit **2.17**

142 OGH 23. 2. 1965, 4 Ob 19/65; 18. 11. 1975, 4 Ob 69/75.

143 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 114.

144 OGH 21. 10. 1987, 14 ObA 77/87.

145 OGH 7. 11. 1990, 9 ObA 289/90.

146 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 57f mwN.

147 OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z.

148 RIS-Justiz RS0021518.

seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Charakteristisch für den freien Dienstvertrag ist, dass nicht jenes Maß an persönlicher Abhängigkeit gegeben ist, das zu einer Qualifikation als echter Dienstvertrag führen würde.¹⁴⁹ Im Rahmen der Abgrenzung kommt es daher insbesondere auf die Eingliederung in die Betriebsorganisation an.¹⁵⁰

- 2.18** Nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) wird darüber hinaus zwischen dienstnehmerähnlichen und unternehmerischen freien Dienstnehmern unterschieden.¹⁵¹ Dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer unterliegen der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Unternehmerische freie Dienstnehmer unterliegen regelmäßig der Pflichtversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG). Wesentliches Unterscheidungskriterium ist dabei, ob der freie Dienstnehmer persönlich tätig wird und wer über die wesentlichen Betriebsmittel verfügt. Ein dienstnehmerähnliches freies Dienstverhältnis liegt daher regelmäßig vor, wenn der freie Dienstnehmer über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügt und die Dienstleistung im Wesentlichen persönlich erbringt. Eigene Betriebsmittel des freien Dienstnehmers sowie keine persönliche Dienstleistung können hingegen auf ein unternehmerisches freies Dienstverhältnis hindeuten.

F. Fremdgeschäftsführer

2.19 Auf einen Blick

- Die Fremdgeschäftsführung erfolgt regelmäßig im Rahmen eines echten Dienstvertrags.
- Die Drittanstellung des Fremdgeschäftsführers ist zulässig.

- 2.20** Geschäftsführer, die an der GmbH nicht beteiligt sind (Fremdgeschäftsführer), werden arbeitsrechtlich regelmäßig als echte Dienstnehmer einzustufen sein. Sie sind gegenüber der Generalversammlung weisungsgebunden und haben, da eine Beteiligung an der Gesellschaft nicht vorliegt, auf deren Willensbildung keinen Einfluss.

Die Dienstnehmereigenschaft wird dabei entscheidend durch die persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von der Gesellschaft charakterisiert. Diese kommt durch die Unterworfenheit des Geschäftsführers unter die funktionelle Autorität der Gesellschaft zum Ausdruck, die sich vor allem in der organisatorischen Gebundenheit äußert (**siehe dazu Rz 2.7 ff**).

- 2.21** Die Fremdgeschäftsführung kann auch im Rahmen einer Drittanstellung (**siehe dazu Rz 2.26 ff**) erfolgen. In diesem Fall besteht das Anstellungsverhältnis nicht direkt mit der Gesellschaft sondern mit einer dritten Person oder Gesellschaft.

¹⁴⁹ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 127.

¹⁵⁰ OGH 24. 1. 2001, 9 ObA 276/00d.

¹⁵¹ § 4 Abs 4 ASVG.

G. Gesellschafter-Geschäftsführer

Auf einen Blick

- Ein echtes Dienstverhältnis ist aus arbeitsrechtlicher Sicht bei Anteilmehrheit oder im Fall einer Sperrminorität ausgeschlossen.
- Der steuerrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und arbeitsrechtliche Dienstnehmerbegriff weichen voneinander ab.

2.22

Bei an der GmbH als Gesellschafter beteiligten Geschäftsführern (Gesellschafter-Geschäftsführer) hängt die „arbeitsrechtliche Einordnung“ vom Ausmaß der Beteiligung und den damit verbundenen Gesellschafterrechten ab. Kommt dem Gesellschafter-Geschäftsführer kein maßgeblicher rechtlicher Einfluss auf die Gesellschaft zu, ist zu prüfen, ob die Merkmale eines echten Dienstvertrags (**siehe dazu Rz 2.7 ff**) vorliegen.

2.23

Hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer die rechtliche Möglichkeit, die Beschlussfassung in der Generalversammlung zu bestimmen bzw zu verhindern, sei es durch das Halten einer Anteilmehrheit oder zumindest 50% der Anteile,¹⁵² einer im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Sperrminorität oder auch eines vertraglich eingeräumten Vetorechts, so fehlt es an der für die persönliche Abhängigkeit erforderlichen Fremdbestimmtheit. Ein echtes Dienstverhältnis ist in diesem Fall ausgeschlossen.¹⁵³

2.24

Aus dem Umkehrschluss folgt, dass die Arbeitnehmereigenschaft des an der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführers einzig bei einer Beteiligung unter 50% und ohne Vorliegen einer Sperrminorität gegeben sein kann. Bestehen aber die angeführten Möglichkeiten der Einflussnahme des Gesellschafter-Geschäftsführers, wird zumeist von einem freien Dienstvertrag auszugehen sein.

Der sozialversicherungsrechtliche und auch der steuerrechtliche Dienstnehmerbegriff des Gesellschafter-Geschäftsführers weichen sowohl voneinander als auch vom soeben dargestellten arbeitsvertragsrechtlichen Dienstnehmerbegriff ab.

2.25

Aus steuerrechtlicher Sicht liegen bei einer wesentlichen Beteiligung, dies sind mehr als 25%, Einkünfte aus selbständiger Arbeit vor.¹⁵⁴ Bei einer Beteiligung von 25% oder weniger ist darauf abzustellen, ob eine steuerrechtliche Dienstnehmereigenschaft vorliegt.¹⁵⁵ Eine Dienstnehmereigenschaft wird selbst im Fall einer Sperrminorität nicht ausgeschlossen.¹⁵⁶ Für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft wird im Wesentlichen darauf abgestellt, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer schuldrechtlich weisungsfrei gestellt ist und wer das Unternehmerrisiko trägt.¹⁵⁷

152 OLG Wien 21. 9. 2005, 8 Ra 46/05a.

153 Es ist in diesem Zusammenhang auch auf bestehende syndikatsvertragliche Bindungen sowie dem Gesellschafter-Geschäftsführer eingeräumte Sonderrechte hinzuweisen, durch die die Möglichkeit besteht, Weisungen der Gesellschafter an den Geschäftsführer zu verhindern. Siehe dazu *Schrammel*, *ecolex* 1990, 697f.

154 § 22 Z 2 EStG.

155 § 25 Abs 1 Z 1 lit b iVm § 47 Abs 2 EStG.

156 § 25 Abs 1 Z 1 lit b EStG.

157 VwGH 21. 4. 2016, 2013/15/0202.

Nach dem ASVG sind grundsätzlich bis zu 25% beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer, die der Lohnsteuerpflicht nach dem Einkommensteuergesetz (EStG) unterliegen, als echte Dienstnehmer pflichtversichert.¹⁵⁸ Bei mehr als 25% und weniger als 50% beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern liegt regelmäßig keine Lohnsteuerpflicht vor.¹⁵⁹ Bei diesen Geschäftsführern ist daher zu prüfen, ob Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs 2 ASVG vorliegt. Eine Pflichtversicherung nach dem ASVG kann bei unter 50% beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern aber auch im Rahmen eines dienstnehmerähnlichen freien Dienstverhältnis vorliegen (**siehe dazu Rz 2.16ff**). Bei mit 50% oder mehr beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern liegt jedenfalls keine Pflichtversicherung nach dem ASVG vor.

H. Drittanstellung

- 2.26** Als Drittanstellung wird die Bestellung eines Geschäftsführers auf Basis eines Anstellungsvertrags mit einem Dritten, beispielsweise einer Konzerngesellschaft oder der Kommanditgesellschaft im Rahmen einer GmbH & Co KG, und nicht mit der Gesellschaft selbst, bezeichnet. Eine solche Drittanstellung von Geschäftsführern wird generell als zulässig angesehen.¹⁶⁰
- 2.27** Bei der GmbH & Co KG verneint die Rechtsprechung, falls keine Drittanstellung durch die KG vorliegt, einen Entlohnungsanspruch des Geschäftsführers gegenüber der KG.¹⁶¹ Zur Erhöhung des Entgelthaftungsfonds ist aus Sicht des Geschäftsführers bei der GmbH & Co KG eine Drittanstellung durch die KG regelmäßig vorteilhaft.

Praxistipp

Bei der GmbH & Co KG vergrößert eine Drittanstellung durch die KG den Entgelthaftungsfonds für den Geschäftsführer.

- 2.28** Die Drittanstellung des Geschäftsführers stellt nach der herrschenden Meinung einen klassischen Fall der Arbeitskräfteüberlassung dar.¹⁶² Die den Geschäftsführer anstellende Gesellschaft oder Person ist in dieser Konstellation der Überlasser. Beschäftiger ist die GmbH, für die der Geschäftsführer als Geschäftsführer bestellt ist. Eine Drittanstellung kann daher zur Anwendbarkeit des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) führen. Dieses ist, sofern keiner der sehr eingeschränkten (Teil-)Ausnahmetatbestände erfüllt ist, grundsätzlich auf alle Überlassungen von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen¹⁶³ anzuwenden.

158 Steiger, taxlex 2016, 347.

159 § 22 Z 2 EStG.

160 Resch, GesRZ 2005, 76; Bergmann, taxlex 2009, 131.

161 OGH 30. 7. 1996, 7 Ob 590/95.

162 Straube/Ratka/Stöger/Völkl in Straube, WK GmbHG § 15 Rz 60 mwN.

163 Dies sind nach § 3 Abs 4 AÜG Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbstständig sind.

Eine Teilausnahme bezüglich der §§ 10–16a AÜG besteht für die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften zwischen zwei inländischen Konzernunternehmen, insofern die Überlassung nicht Betriebszweck des überlassenden Unternehmens ist.¹⁶⁴ Als „vorübergehend“ sind Zeiträume von bis zu 13 Wochen anzusehen.¹⁶⁵ Da Drittanstellungen von Geschäftsführern regelmäßig für längere Zeiträume erfolgen, sind auch reine Konzernsachverhalte vom Vollenwendungsbereich des AÜG umfasst. Dies hat zur Folge, dass sämtliche Verpflichtungen des AÜG (zB Verbot von nachvertraglichen Konkurrenzklauseln, Konventionalstrafen etc) voll zur Anwendung kommen. Soweit ersichtlich, war die Anwendbarkeit des AÜG auf Drittanstellungen von Geschäftsführern bisher kein Thema in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.



Hinweis

Das AÜG kann auf Drittanstellungen von Geschäftsführern anwendbar sein.

I. Übersicht wesentlicher Gestaltungspunkte von Anstellungsverträgen in der Praxis

Der Regelungsinhalt des Anstellungsvertrags ist hinsichtlich der Funktion und Tätigkeit gesellschaftsrechtlich vorgegeben. Neben den organisationsrechtlichen Bestimmungen ist ein wesentlicher Bestandteil des Anstellungsvertrags die Geschäftsführervergütung. Die Vergütung besteht regelmäßig aus einem fixen Gehalt, einem erfolgsabhängigen Entgeltbestandteil (Bonus, Zielerreichungsprämien, Umsatzbeteiligungen etc), Sachbezügen sowie freiwilligen Absicherungen (Pensionszusage, Abfertigung etc). Regelmäßige Inhaltspunkte von Anstellungsverträgen sind bzw können sein:

2.29

- Beginn und Vertragsdauer (befristet/unbefristet);
- exakte Festlegung der Dienstpflicht, des Tätigkeitsbereichs, einer Ressortverteilung und einer Aufgabenbeschreibung;
- Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte und die Beschränkungen der Geschäftsführung;
- Abmachungen über die Übernahme weiterer Organfunktionen, Entsendungen und Konzernbeschäftigungsklauseln;
- Entgeltvereinbarung (fast immer „All-in-Klausel“ [= Abgeltung sämtlicher Arbeitsleistungen durch das Entgelt]), Festgehalt, Sonderzahlungen, Tantiemen, Spesenersatz, Abfertigung, Beteiligung an der Gesellschaft und sonstige entgeltwerte Vorteile;
- Anrechnung von Vordienstzeiten;
- Zurverfügungstellung eines Dienstfahrzeugs und/oder einer Dienstwohnung;
- Betriebspensionszusage;
- Urlaubsvereinbarung;
- Abschluss einer D&O-Versicherung;
- Regelung besonderer Haftungen (bzw Haftungsfreistellungserklärungen);
- Abschluss einer Zusatzkranken- und Unfallversicherung;

¹⁶⁴ § 1 Abs 3 Z 4 AÜG.

¹⁶⁵ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 10.

- Arbeitszeitregelungen;
- Meldepflichten (Bekanntgabe gegenüber der Gesellschaft bei Änderung oder Erlöschen von Ansprüchen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer);
- Geheimhaltungsverpflichtung über betriebliche und geschäftliche Vorgänge der Gesellschaft während und nach dem Vertragsverhältnis;
- „Change-of-control“-Klausel;
- Haftungsbeschränkungen;
- Wettbewerbsverbot und (nachvertragliche) Konkurrenzklausel;
- Diensterfindungsklausel;
- Ausbildungskostenrückerersatz;
- Beendigungsmöglichkeiten (Kündigungsfristen und -termine);
- Koppelungsklausel;
- Vereinbarung über den Gerichtsstand oder alternative Streitbeilegungsverfahren;
- Abmachung über die Geltung allgemeiner Bestimmungen (Geltung der Bestimmungen des GmbHG, des UGB und des AngG, Rechtswahl und Schriftformerfordernis);
- etc.

Praxistipp

Die genauen Regelungen des jeweiligen Anstellungsvertrags sind im Einzelfall zu prüfen und an die betrieblichen Erfordernisse anzupassen. Es kann daher durchaus sein, dass ein bestimmter Anstellungsvertrag nur manche der vorstehenden Punkte enthält oder auch darüber hinausgehende Punkte regelt.

II. Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen

A. Allgemeines

- 2.30** Die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen hängt grundlegend von der Qualifikation des Anstellungsverhältnisses (regelmäßig echter oder freier Dienstvertrag; **siehe dazu Rz 2.5**) ab. Darüber hinaus ist selbst ein als echtes Dienstverhältnis zu qualifizierendes Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers aus dem Anwendungsbereich bestimmter arbeitsrechtlicher Normen ausgenommen. Es ist daher auch bei jedem in einem echten Dienstverhältnis angestellten Geschäftsführer zu prüfen, welche arbeitsrechtlichen Normen konkret auf das Anstellungsverhältnis Anwendung finden.
- 2.31** Als arbeitsrechtliche Normen für das Anstellungsverhältnis kommen allgemein im Rahmen des Stufenbaus der Rechtsordnung das Gemeinschaftsrecht, das Verfassungsrecht, zwingende Gesetze, Verordnungen, allenfalls der Kollektivvertrag, der Arbeitsvertrag, nachgiebiges (dispositives) Gesetzesrecht sowie einseitige Weisungen in Frage.
- 2.32** Nachstehend soll ein kompakter Überblick über die Anwendbarkeit der wichtigsten arbeitsrechtlichen Normen auf als echte Dienstnehmer angestellte Geschäftsführer gegeben werden. Dabei ist in der Praxis insbesondere relevant, welche zwingenden gesetzlichen Rahmenbedingungen auf das Anstellungsverhältnis Anwendung finden und in welchen Bereichen die Möglichkeit abweichender einzelvertraglicher Regelungen besteht. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass unter „angestellter Geschäfts-