

taxlex

Steuerrecht ■ Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht
für die betriebliche Praxis

ZEITSCHRIFT FÜR
STEUER UND BERATUNG
APRIL 2009

04

125 – 180

Top Thema

Die „Drittanstellung“ von Managern im Gesellschafts- und Steuerrecht (Teil I)

Steueralltag

Pensionistenabsetzbetrag bei Auslandspensionen

Internationales Steuerrecht

Deutsche Besteuerung der Funktionsverlagerung im Vergleich mit § 6 Z 6 EStG

Verkehrsteuern & Gebühren

Elektronische Übermittlung von PDF-Dateien aus gebührenrechtlicher Sicht

Sozialversicherungsrecht für die betriebliche Praxis

GSVG-Beitragsvorschreibung – was man ändern könnte

Schriftleitung:

Markus Achatz
Sabine Kirchmayr

Redaktion:

Dietmar Aigner
Gernot Aigner
Nikolaus Arnold
Heribert Bach
Andreas Damböck
Tina Ehrke-Rabel
Johann Fischerlehner
Friedrich Fraberger
Klaus Hirschler
Sabine Kanduth-Kristen
Georg Kofler
Roman Leitner
Andreas Sauer
Niklas Schmidt
Friedrich Schrenk
Kurt Schweighart
Stefan Steiger
Gerhard Steiner
Johannes Stipsits
Gerald Toifl



Helwig Aubauer
Thomas Neumann
Günter Steinlechner

MANZ

Die „Drittanstellung“ von Managern im Gesellschafts- und Steuerrecht (Teil 1)

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass GmbH-Geschäftsführer oder AG-Vorstände nicht direkt bei der von ihnen geleiteten Gesellschaft, sondern über eine gesonderte Gesellschaft angestellt sind. Anlässlich der aktuellen Diskussion iZm der Änderung von Rz 104 der EStR 2000 untersucht der folgende Beitrag die Frage, ob eine solche „Drittanstellung“ von Managern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist. Der in der nächsten Ausgabe erscheinende Teil 2 widmet sich sodann der ertragsteuerlichen Behandlung solcher Gestaltungsweisen.

§ 15 GmbHG;
§ 75 AktG

Drittanstellung;
Bestellung;
Anstellung

SEBASTIAN BERGMANN

A. Einleitung

Von einer „Drittanstellung“ spricht die hA dann, wenn ein Manager eines Unternehmens nicht aufgrund eines Anstellungsvertrags mit diesem Unternehmen selbst, sondern aufgrund eines Anstellungsvertrags zu einem Dritten tätig wird.¹⁾ Ausgehend von einem diesbezüglichen Beitrag von *Mayr*²⁾ wurde die Rz 104 der EStR 2000 durch den EStR-Wartungserlass 2008/2³⁾ um folgenden Satz erweitert: „Die Vergütungen für höchstpersönliche Tätigkeiten sind ab 1. 7. 2009 demjenigen zuzurechnen, der die Leistung persönlich erbringt (zB Schriftsteller, Vortragender, Wissenschaftler, ‚Drittanstellung‘ von Vorständen)“. Diese Änderung bzw die dieser zugrunde liegende Auffassung von *Mayr* ist sowohl aus gesellschafts- als auch aus steuerrechtlicher Sicht auf Kritik gestoßen.⁴⁾ Im Folgenden soll daher zunächst die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit solcher Drittanstellungen untersucht werden.

B. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von „Drittanstellungen“

1. Bestellung und Anstellung

Als juristische Personen benötigen GmbH und AG Organe, die für sie handeln. Eine GmbH „muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Zu Geschäftsführern können nur physische, handlungsfähige Personen bestellt werden. Die Bestellung erfolgt durch Beschluss der Gesellschafter“ (§ 15 Abs 1 GmbHG). „Vorstandsmitglieder [einer AG] bestellt der Aufsichtsrat [...] Diese Vorschriften gelten sinngemäß für den Anstellungsvertrag“ (§ 75 Abs 1 AktG). „Eine juristische Person oder eine Personengesellschaft [...] kann nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden“ (§ 75 Abs 2 AktG). Nach hA ist die gesellschaftsrechtliche „Bestellung“ von der dienstrechtlichen „Anstellung“ zu unterscheiden.⁵⁾

a) Bestellung

Die Bestellung des Leistungsorgans ist nach hA ein „körperschaftsrechtlicher Organisationsakt“. Damit wird

zum Ausdruck gebracht, dass es um die Besetzung eines notwendigen Gesellschaftsorgans geht.⁶⁾ Umstritten ist dabei, ob es sich um einen einseitigen oder zweiseitigen Rechtsakt handelt:

Die hL geht von einem zweiseitigen Rechtsakt aus, für dessen Zustandekommen die Zustimmung der in Aussicht genommenen Person erforderlich ist.⁷⁾ Die Zustimmung sei schon deshalb unentbehrlich, weil die organschaftliche Leistungsposition mit erheblichen Belastungen verbunden ist (insb der Geschäftsführerhaftung gem § 25 GmbHG bzw der Vorstandschaftung gem § 84 AktG).⁸⁾ Die Zweiseitigkeit des Rechtsakts liege nach *Koppensteiner/Rüffler* bei einer Bestellung durch den Gesellschaftsvertrag auf der

Dr. Sebastian Bergmann ist Universitätsassistent am Institut für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik der Johannes Kepler Universität Linz.

- 1) Statt vieler *Resch*, Drittanstellung von Organpersonen und Arbeitsrecht, GesRZ 2005, 76 (76).
- 2) *Mayr*, Drittanstellung von Vorständen zulässig? RdW 2008, 420.
- 3) Erlass des BMF v 12. 1. 2009, GZ BMF-010203/0016-VI/6/2009.
- 4) *W.-D. Arnold*, Zur gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Drittanstellung von Geschäftsführern (Vorstandsmitgliedern), ÖStZ 2009, 120 (120 ff); *Tänzer*, Die Einkünftezurechnung bei Drittanstellung von Vorständen (Geschäftsführern) im Ertragsteuerrecht, ÖStZ 2009, 123 (123 ff).
- 5) Statt vieler *Straube/Ratka/Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 5.
- 6) Statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 7; krit *Straube/Ratka/Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 20 f.
- 7) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 7 sprechen von einem Vertrag; *Floretta*, Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, in *Martinek*, Arbeit, Recht und Gesellschaft, in FS Schwarz (1991) 475 (477 ff); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/43; *Straube/Ratka/Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 21, 41; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008) Rz 176; *Wünsch*, Zur gesellschaftsinternen Bestellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1990, 57 (64); *Fleck*, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 1985, 387 (397); *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 15 Rz 3, 5; *Nowotny* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/145; nach *H. Torggler* sei die Zustimmung zwar erforderlich, es handle sich aber nicht um einen Vertrag (*H. Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (I), GesRZ 1974, 4 (5 f); ebenso *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 50).
- 8) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/43; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 7.

Hand, gelte aber auch für einen diesbezüglichen Gesellschaftsbeschluss. Dann müsse zwischen dem internen Akt der Bestimmung der zu bestellenden Person sowie dem Bestellungsangebot der Gesellschaft und dessen Annahme durch die in Aussicht genommene Person unterschieden werden.⁹⁾

Hingegen ist die Bestellung nach Ansicht von Strasser „ein einseitiges Rechtsgeschäft, und zwar ein Beschluss [...]. Das vergleichbare analoge Rechtsgeschäft ist nicht der (schuldrechtliche) Vertrag, sondern eine Wahl“. Das Gesetz lasse jedoch jede nähere Regelung dieses Bestellungsakts vermissen. Die Lösung dieser Frage sei daher aus dem Gesamtzusammenhang und aus Sinn und Zweck der Funktion zu gewinnen. Daraus ergebe sich eine Verpflichtung des bestellenden Organs, nach der Bestellung unverzüglich eine Annahmeerklärung des Bestellten einzuholen. Bis zu deren Einlangen sei der Bestellungsbeschluss schwebend unwirksam. Für den Bestellten entstünden deshalb zunächst keine wie immer gearteten Verpflichtungen. Nimmt der Bestellte an, so falle der Schwebezustand weg und die Bestellung werde rückwirkend voll wirksam. Das mache den Bestellungsakt jedoch nicht zu einem körperschaftsrechtlichen Vertrag. Rechtsbegründend sei jedenfalls bereits der Bestellungsbeschluss, der zwar zugangs-, nicht jedoch annahmepflichtig sei. Die Willenserklärung des Bestellten sei als weiteres selbständiges, einseitiges körperschaftsrechtliches Rechtsgeschäft zu sehen, für das keinerlei Formvorschriften bestünden.¹⁰⁾ Ähnlich wie Strasser vertritt auch Nowotny die Ansicht, die Bestellung sei „ein einseitiges Rechtsgeschäft, das in Form eines Beschlusses [...] durchgeführt wird. Die Bestellung muss vom Bestellten angenommen werden“.¹¹⁾

Koppensteiner/Rüffler finden die Auffassungen von Strasser (nur zugangsbedürftig, aber bis zu einer Annahmeerklärung schwebend unwirksam) und Nowotny (einseitiges Rechtsgeschäft mit Annahmepflichtigkeit) in sich widersprüchlich.¹²⁾ Auch nach

Floretta „bedeutet ‚einseitig, annahmepflichtig‘ genau das, was in der Lehre vom Rechtsgeschäft gemeinhin als ‚zweiseitig‘ bezeichnet wird. Ein Rechtsakt, der zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung [...] des Erklärungsempfängers bedarf, ist jedenfalls nicht einseitig, sondern zweiseitig“.¹³⁾

Die Rsp des OGH ist in diesem Zusammenhang uneinheitlich. Einerseits sei „die Bestellung zum Vorstandsmitglied ein einseitiger körperschaftsrechtlicher Akt, der nicht von der Annahme durch die betroffene Person abhängig ist“.¹⁴⁾ Die Bestellung eines Geschäftsführers werde schon mit der Fassung des entsprechenden Gesellschaftsbeschlusses wirksam.¹⁵⁾ Andererseits hat der OGH ausgesprochen, dass „die Bestellung von Geschäftsführern ein zweiseitiger Akt ist, der der Zustimmung des in Aussicht genommenen Geschäftsführers bedarf. Erst mit der Annahme durch den Bestellten wird die Bestellung wirksam“.¹⁶⁾


Nach Ansicht des VwGH ist die Bestellung „ein zweiseitiger Rechtsakt, bedarf also der Zustimmung des in Aussicht genommenen Geschäftsführers. Dies erklärt sich schon daraus, daß mit dieser Organstellung bedeutende Pflichten und Haftungen verbunden sind, zu deren Übernahme die Zustimmung des Belasteten erforderlich ist“.¹⁷⁾

Zuständig für die Bestellung der GmbH-Geschäftsführer sind die Gesellschafter (§ 15 Abs 1 Satz 3 GmbHG), für die Vorstandsbestellung bei einer AG der Aufsichtsrat (§ 75 Abs 1 AktG). Die Bestellungszuständigkeit ist zwingend und kann daher weder einem anderen Gesellschaftsorgan noch einem außenstehenden Dritten übertragen werden.¹⁸⁾

b) Anstellung

Die Gesellschaft schließt mit dem bestellten Geschäftsführer bzw Vorstand regelmäßig einen Anstellungsvertrag ab. Der Anstellungsvertrag regelt die schuld- bzw arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Manager und der Gesellschaft.¹⁹⁾ Den Kerninhalt bilden Regelungen über die Vergütung.²⁰⁾ Häufig

EUROPEAN TAX LAW
PROFESSIONAL MASTER OF LAWS
(EUROPEAN TAX LAW) LL.M.


JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ
Netzwerk für Forschung, Lehre und Praxis

**Professional LL.M. „European Tax Law“
an der Johannes Kepler Universität Linz**

- ⇒ Einjährige, fundierte Aus- und Weiterbildung im Europäischen Steuerrecht
- ⇒ Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz
Univ.-Prof. Dr. Michael Tumpel
- ⇒ Unterricht durch renommierte Expertinnen und Experten
- ⇒ Abschluss mit dem akademischen Grad eines LL.M.
(Professional Master of Laws)
- ⇒ Berufsbegleitend durch Abhaltung an Wochenenden
- ⇒ Zielgruppe: Absolventinnen und Absolventen eines Universitätsstudiums
sowie Praktiker mit gleichwertiger Qualifikation
- ⇒ Bewerbungsfrist: 31. Mai 2009 - Beginn im September 2009
- ⇒ Studiengebühr € 10.000,-
- ⇒ Informieren Sie sich unter www.tax.jku.at

9) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15 Rz 7.

10) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 5; ausführlich ders, JBl 1990, 477 (479).

11) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals, AktG § 75 Rz 5.

12) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15 Rz 7.

13) Floretta in FS Schwarz 475 (479).

14) OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k HS 29.061.

15) OGH 20. 10. 1982, 3 Ob 637/82 HS 12.329; 20. 11. 1979, 5 Ob 313/79 HS 11.389.

16) OGH 14. 10. 1993, 8 Ob 621/93 HS 24.154; 15. 3. 1989, 9 Ob A 55/89 HS 20.206.

17) VwGH 17. 11. 1992, 91/14/0180 ff ÖStZB 1993, 240.

18) Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 15 Rz 4; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/68; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 12; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals, AktG § 75 Rz 6; Kals in Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/257; Wünsch, GesRZ 1990, 57 (64); Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge³ (2006) 30; aA Koppensteiner/Rüffler, die bei einer GmbH die Übertragung der Bestellungskompetenz an einen Beirat oder allfälligen Aufsichtsrat für zulässig halten (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15 Rz 14).

19) H. Torggler, GesRZ 1974, 4 (6, 8); Völkl in Straube, GmbHG⁹ § 15 Rz 50.

20) Völkl in Straube, GmbHG⁹ § 15 Rz 74 ff; Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge³, 59 ff; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals, AktG § 75 Rz 14; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15 Rz 22.

werden auch Pensions- und Urlaubsansprüche vereinbart.²¹⁾ Der Abschluss eines Anstellungsvertrags ist nicht zwingend,²²⁾ auch eine ehrenamtliche Tätigkeit ist möglich.²³⁾

Der Begriff „Anstellungsvertrag“ wird lediglich hilfsweise herangezogen, weil eine Typisierung des Vertragsverhältnisses in einen gesetzlichen Vertragstyp nur nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen werden kann.²⁴⁾ Der Anstellungsvertrag kann dabei als Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag, Auftrag oder Werkvertrag zu qualifizieren sein.²⁵⁾ Die Beurteilung des Anstellungsvertrags erfolgt nach allgemeinen privatrechtlichen, insb arbeitsrechtlichen Grundsätzen und hängt neben dessen Inhalt auch von Umständen ab, die außerhalb des Vertrags liegen (nämlich der Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Willensbildung des Managers).²⁶⁾

- Ein **Arbeitsvertrag**²⁷⁾ verpflichtet den Arbeitnehmer zur Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit. Persönlich abhängig ist, wer Arbeitszeit, Arbeitsort und sonstiges arbeitsbezogenes Verhalten nicht frei bestimmen kann, sondern vielmehr unter der Leitung und Aufsicht des Dienstgebers steht und insb dessen Weisungen zu befolgen hat. Der Arbeitnehmer schuldet keinen Erfolg, sondern das uneingeschränkte Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft. Der Arbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis.²⁸⁾ Als Arbeitnehmer kommen nur natürliche Personen in Betracht.²⁹⁾
- Bei einem **freien Dienstvertrag** verpflichtet sich jemand zur Erbringung von Dienstleistungen ohne persönlicher Abhängigkeit, somit weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen. Va die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit ohne Weisungsgebundenheit selbständig zu regeln, unterscheidet den freien Dienstvertrag vom Arbeitsvertrag.³⁰⁾ Ansonsten gelten auch hier die Ausführungen zum Arbeitsvertrag.
- Der **Auftrag** unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass Ersterer bloß rechtsgeschäftliche Tätigkeiten und sonstige Rechtshandlungen beinhaltet,³¹⁾ während ein klassischer Arbeitsvertrag typischerweise tatsächliche Verrichtungen umfasst. Allerdings sieht bereits § 1151 Abs 2 ABGB vor, dass ein Arbeitsvertrag auch die Verrichtung rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten beinhalten kann.³²⁾ Ein Auftrag kann je nach individueller Ausgestaltung entweder Ziel- oder Dauerschuldverhältnis sein.³³⁾ Auch juristische Personen können Auftragnehmer sein.³⁴⁾
- Ein **Werkvertrag** liegt vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (§ 1151 Abs 1 ABGB). Dieser unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass der Werkunternehmer dem Werkbesteller die Herstellung eines bestimmten Erfolgs und nicht das bloße Bemühen schuldet. Der Werkunternehmer ist selbständig tätig und hat grundsätzlich für die ordnungsgemäße Werkerstellung Gewähr zu leisten. Der Werkvertrag ist grundsätzlich ein Zielschuldverhältnis, das mit Leistungserfüllung beendet wird,³⁵⁾ möglich sind aber auch werkvertragsähnliche Dauerschuldverhältnisse (wie zB Wartungsverträge).³⁶⁾

Als Werkunternehmer kommen auch juristische Personen in Betracht.

Bei GmbH-Geschäftsführern liegt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht regelmäßig persönliche Abhängigkeit vor. Sie „sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die [...] durch Beschluss der Gesellschafter [...] für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind“ (§ 20 Abs 1 GmbHG). Persönliche Abhängigkeit ist aber jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Beteiligungshöhe Weisungen verhindern kann. Wann eine solche „**Sperrminorität**“ vorliegt, hängt von den gesellschaftsvertraglichen Regelungen des Einzelfalls ab. Bei einem solchen Gesellschafter-Geschäftsführer liegt regelmäßig kein Arbeitsvertrag vor, bei einem Fremdgeschäftsführer hingegen typischerweise schon.³⁷⁾ Auch im Anstellungsvertrag kann ein gänzlicher Verzicht auf die Weisungsbefugnis vereinbart werden.³⁸⁾ Der Anstellungsvertrag ist

-
- 21) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 22 f; *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 78; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *Schneider/Sethe in Scholz*, dGmbHG¹⁰ § 35 Rz 151.
- 22) *Strasser*, JBl 1990, 477 (479); *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/282.
- 23) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 51; *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (121).
- 24) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 66.
- 25) *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 15 Rz 15; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 28; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 4 (8 f); *Schneider/Sethe in Scholz*, dGmbHG¹⁰ § 35 Rz 167; *Mazal*, Organmitglieder als überlassene Arbeitskräfte, *ecolex* 2001, 763 (763); *Herzog*, Die arbeitsrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder von AG und Geschäftsführern von GmbH, JAP 2008/2009, 93 (93 ff).
- 26) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 69.
- 27) Ein Arbeitsvertrag kann auch als (echter) „Dienstvertrag“ bezeichnet werden, vgl *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 5.
- 28) *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 32 ff; *Pfeil in Schwimann*, ABGB³ § 1151 Rz 12 ff; *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, RdA 1992, 93 (93 ff); *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ (2006) Rz 38 ff.
- 29) OGH 4. 11. 1986, 14 Ob 156/86 Arb 10.565; *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 6.
- 30) *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 83 ff; *Pfeil in Schwimann*, ABGB³ § 1151 Rz 30 ff; *Radner in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht¹¹ (2008) Rz 1/37 ff; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ Rz 48; *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 68.
- 31) *Strasser in Rummel*, ABGB³ § 1002 Rz 40.
- 32) *Strasser in Rummel*, ABGB³ § 1002 Rz 1 ff; *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 120 ff; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴, Rz 50 f.
- 33) *Strasser in Rummel*, ABGB³ § 1002 Rz 37.
- 34) OGH 5. 9. 1972, 4 Ob 565/72 EvBl 1973/25; *Strasser in Rummel*, ABGB³ § 1002 Rz 13.
- 35) *Krejci in Rummel*, ABGB³ §§ 1165, 1166 Rz 4 ff; *Radner in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht¹¹ Rz 1/47 ff; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ Rz 49.
- 36) *Rebhahn in Schwimann*, ABGB³ § 1165 Rz 5.
- 37) OGH 17. 10. 2002, 8 Ob A 68/02 m Arb 12.272; 3. 7. 1975, 2 Ob 356/74 Arb 9.371; ausführlich *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 70, 72; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 28; *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/86 f; *Schrammel*, *ecolex* 1990, 697 (698); *H. Torggler*, GesRZ 1974, 4 (9); *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht (Teil I), DRdA 1991, 8 (13 f).
- 38) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 64; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 19, § 20 Rz 10; *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/257; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 20 Rn 6; *H. Torggler*, Die Rechts-

dann unabhängig von einer allfälligen Beteiligungshöhe nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren.³⁹⁾

Ein AG-Vorstand hat die Gesellschaft „**unter eigener Verantwortung**“ so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert (§ 70 Abs 1 AktG). Die eigenverantwortliche Leitung bedeutet, dass der Vorstand gegenüber anderen Organen der AG zwingend weisungsfrei ist.⁴⁰⁾ Aufgrund dieser Weisungsfreiheit wird die Eignung von Vorständen als Arbeitnehmer unabhängig vom konkreten Anstellungsvertrag allgemein verneint.⁴¹⁾ Es liegt regelmäßig ein freier Dienstvertrag vor.⁴²⁾ Ein Arbeitsvertrag liegt selbst dann nicht vor, wenn die Anwendbarkeit des AngG ausdrücklich vereinbart wurde.⁴³⁾

Ein reines Auftragsverhältnis kann insb dann vorliegen, wenn ein Geschäftsführer lediglich vorübergehend für eine ganz bestimmte Geschäftsbesorgung bestellt wird. Das könnte bei einem als Geschäftsführer angestellten Rechtsanwalt der Fall sein, der lediglich die Abwicklung der Gesellschaft durchführen soll.⁴⁴⁾

Die Möglichkeit der Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses als Werkvertrag ist strittig.⁴⁵⁾ Ein solcher könnte nach *Herzeg* eventuell bei Anstellungsverträgen von „**Sanierungsmanagern**“ vorliegen.⁴⁶⁾ Auch der OGH hat die Zulässigkeit von Werkverträgen grundsätzlich bejaht.⁴⁷⁾

Der Abschluss des Anstellungsvertrags fällt bei einer GmbH in die Zuständigkeit der Gesellschafter,

stellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 44 (45); OGH 22. 12. 1976, 1 Ob 802/76 SZ 49/163.

39) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 64.

40) *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 70 Rz 10.

41) *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 28; *Mazal*, ecolex 2001, 763 (763); *Windisch-Graetz*, Die arbeitsrechtliche Stellung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsleitern von Kreditgenossenschaften, ZAS 1993, 52 (55 f); *Strasser*, JBl 1990, 477 (481); *Jabornegg*, DRdA 1991, 8 (13); OGH 25. 10. 2002, 1 Ob 191/02y; 13. 7. 1994, 9 ObA 77 f/94 HS 25.569; vgl auch VwGH 22. 5. 1981, 08/1773/80 SVSgl 26.924; iZm Konzerngesellschaften krit *Nowotny*, DRdA 1989, 427 (429); in-zwischen überholt OGH 14. 12. 1949, 1 Ob 57/49 SZ 22/96.

42) *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 75, 75 Rz 65; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 223; *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/280; *Jabornegg*, DRdA 1991, 8 (13); *Pfeil in Schwimann*, AGBG³ § 1151 Rz 34; OGH 5. 2. 1985, 4 Ob 5/85 Arb 10.406.

43) OGH 21. 12. 1994, 9 ObA 225/94 Arb 11.344.

44) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 67; *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (697); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/82.

45) Dafür *Mazal*, ecolex 2001, 763 („in Ausnahmefällen kann es sich aber auch um ein Zielschuldverhältnis handeln, das als Werkvertrag zu qualifizieren ist“); *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 15 Rz 16; *Herzeg*, JAP 2008/2009, 93 (95); dagegen *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (der Anstellungsvertrag könne „zweifelsobne nicht Werkvertrag“ sein); *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 66; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/83; *Floretta* in FS Schwarz 475 (476); *P. Doralt*, Die Geschäftsführer der GmbH & Co im Handelsrecht, in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht² (1977) 169 (185); *Wächter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts, wbl 1991, 81 (81 ff).

46) *Herzeg*, JAP 2008/2009, 93 (95).

47) OGH 9. 11. 1976, 4 Ob 69/76 HS 9624; 27. 5. 1999, 8 Ob 281/98 a HS 30.118.

bei einer AG in jene des Aufsichtsrats (§ 75 Abs 1 Satz 4, § 97 Abs 1 AktG). Bei einer GmbH ist jedoch (anders als bei der Bestellung) auch die Erteilung einer Abschlussvollmacht an Dritte zulässig.⁴⁸⁾ Da bei einer AG die Zuständigkeitsvorschriften zur Bestellung von Vorständen „*sinngemäß für den Anstellungsvertrag*“ gelten (§ 75 Abs 1 Satz 4 AktG), ist der Aufsichtsrat auch zum Abschluss des Anstellungsvertrags ausschließlich zuständig.⁴⁹⁾

c) Verhältnis zwischen Bestellung und Anstellung

Nach hA sind die Bestellung zur gesellschaftsrechtlichen „**Organfunktion**“ (die sich nach dem GmbHG bzw AktG richtet) und die dienstrechtliche „**Anstellungsfunktion**“ (auf schuldrechtlicher Basis zwischen dem Angestellten und der Gesellschaft) zwei voneinander zu unterscheidende Rechtsverhältnisse („**Trennungstheorie**“ bzw „**Zwei-Rechtsverhältnisse-Theorie**“).⁵⁰⁾ Besonders deutlich wird diese Trennung bei Beginn und Beendigung der Geschäftsführer- bzw Vorstandstätigkeit: Neben der gesellschaftsrechtlichen Bestellung bzw Abberufung hat der Abschluss bzw die Auflösung des Anstellungsverhältnisses zu erfolgen.⁵¹⁾ Die gesellschaftsrechtliche Bestellung zum Organ bedeutet somit nicht automatisch auch die Anstellung des Geschäftsführers bzw Vorstands, wenngleich mit der Bestellung gleichzeitig ein Auftrag zur Geschäftsführung erteilt werde. Die Rechtsbeziehung des Geschäftsführers bzw Vorstands zur Gesellschaft sei daher durch eine „*Gemengelage aus Arbeits- und Gesellschaftsrecht*“ geprägt.⁵²⁾ Trotz der gesonderten Beurteilung könne sich aber im Einzelfall durch Auslegung ergeben, dass sich Willenserklärungen auf beide Rechtsverhältnisse beziehen.⁵³⁾

48) *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (697); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/77 f; *Nowotny in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/153; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 82; hingegen sind nach Ansicht von *Umfahrer* die Geschäftsführer selbst zum Abschluss des Anstellungsvertrags zuständig, dieser müsse jedoch von der Generalversammlung genehmigt werden (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 176).

49) *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 68.

50) *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand (Teil I), JBl 1990, 477 (479); *ders in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 1; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (697); *Straube/Ratka/Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 5; *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 48; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 18; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 15 Rz 1, 5, 15; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/44, 2/76; *P. Doralt in Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht², 235 (257); *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 29; *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/278 f; *Mazal*, ecolex 2001, 763 (763); diese Trennung entspricht auch der in Deutschland hA (vgl *Schneider/Sethe* in *Scholz*, dGmbHG¹⁰ § 35 Rz 150 f und *Fleck*, ZHR 1985, 387 [388] jeweils mwN).

51) Ausführlich *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (698 f); *Straube/Ratka/Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 5; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 4 (7 f); *Fleck*, ZHR 1985, 387 (390 ff); *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/279, 3/300; vgl weiters ErläutRV 301 BlgNR 10. GP 69 zu § 75 AktG.

52) *Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 48 mit Verweis auf *Mosler*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, wbl 2002, 49; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64).

53) *Straube/Ratka/Völkl in Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 5; *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/279, 3/300, 3/303.

Der Wortlaut des AktG deutet eindeutig auf eine Trennung von Bestellung und Anstellung hin: Die Vorschriften über die Bestellung gelten „*sinngemäß für den Anstellungsvertrag*“ (§ 75 Abs 1 AktG). „*Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. [...] Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag werden hierdurch nicht berührt*“ (§ 75 Abs 4 AktG).

Nach *Völkl* spreche auch § 1152 ABGB für eine getrennte Beurteilung, weil dieser ohne Abschluss eines vom Bestellungsakt gesonderten Vertrags gar nicht zur Anwendung kommen könnte. Nach dieser Bestimmung ist nur dann ein angemessenes Entgelt geschuldet, wenn „*im Vertrage*“ kein Entgelt bestimmt ist und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde.⁵⁴⁾

Hingegen spricht sich *Floretta* gegen eine Trennung der Rechtsverhältnisse aus:⁵⁵⁾ Es wäre „*wenig sinnvoll zu meinen, im Falle, daß die AG mit dem [Vorstand] eine Vereinbarung über die Abgeltung der Mühe-waltung schließt, komme ein zweites Rechtsverhältnis [...] zustande*“.⁵⁶⁾ „*Die These, wonach der Bestellungs-akt die Organstellung begründe, während das davon zu unterscheidende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis durch den in aller Regel nachfolgenden Anstellungsvertrag begründet werde, ist jedenfalls dann mißbräuchlich, wenn ihr zufolge durch den Bestellungsakt und den Anstellungsvertrag zwei verschiedene Rechtsverhältnisse [...] entstehen sollen*“.⁵⁷⁾ Bereits der Bestellungsakt begründe die Verpflichtung zum Leisten von Diensten gegenüber der Gesellschaft.⁵⁸⁾ Schon „*der Bestellungs-akt und nicht etwa erst der Anstellungsvertrag [ist daher] als sogenannter freier Dienstvertrag*“ zu qualifizieren.⁵⁹⁾

Nach *Mayr* sprechen für die eine, die Trennung von Bestellung und Anstellung verneinende Ansicht gute Gründe, die Anstellung sei „*bloßer Ausfluss*“ der Bestellung.⁶⁰⁾

Auch nach früher Ansicht von *Nowotny* war keine Trennung von Bestellung und Anstellung vorzunehmen. *Nowotny* wendete gegen den Wortlaut des AktG ein, dass die „*Formulierungen [...] nur als Berücksichtigung der Gepflogenheit zu verstehen [sind], gesonderte Anstellungsverträge abzuschließen. Daraus einen gesetzlichen Auftrag zur getrennten Behandlung von Bestellung und Anstellung abzuleiten, ist zu weitgehend*“.⁶¹⁾ Diese Auffassung dürfte aber überholt sein. *Nowotny* vertritt nunmehr, dass „*die körperschaftsrechtliche Funktion und [...] der] Anstellungsvertrag (schuldrechtliches Vertragsverhältnis) zu unterscheiden [sind]*“⁶²⁾ bzw „*die Bestellung zum Vorstandsmitglied [...] nach außen von der Anstellung im Innenverhältnis klar unterschieden werden [müsse]*“.⁶³⁾

Für die „*Trennungstheorie*“ sprechen mE jedenfalls die besseren Argumente. Zwar ist die Bestellung nach überzeugender hA wie die Anstellung ein zweiseitiger Rechtsakt, weswegen insofern eine einheitliche Betrachtung möglich wäre (wenn man die Bestellung hingegen wie *Strasser* und *Nowotny* als einseitigen Rechtsakt qualifiziert, wäre die rechtliche Selbständigkeit des zweiseitigen Anstellungsvertrags noch augenscheinlicher). Bestellung und Anstellung gehören aber inhaltlich zwei vollkommen unterschiedlichen Rechtsgebieten an. Während es sich

bei ersterer um einen gesellschaftsrechtlichen Organisationsakt handelt, ist das Anstellungsverhältnis typischerweise dem Arbeitsrecht, allenfalls dem „*klassischen*“ Zivilrecht zuzuordnen. Weiters spricht das mögliche zeitliche Auseinanderklaffen von Bestellung und Anstellung bei deren Beginn und Beendigung für sich.

Eine gewisse Abhängigkeit des Anstellungsvertrags liegt jedenfalls darin, dass dessen Inhalt durch die sich aus der organschaftlichen Bestellung ergebenden Pflichten gesetzlich weitgehend vorgezeichnet ist.⁶⁴⁾ Der Anstellungsvertrag kann diese Pflichten konkretisieren und ergänzen, nicht aber auch abändern.⁶⁵⁾ In Konsequenz sind gesetzwidrige Regelungen unwirksam. Satzungs-widrige Regelungen des Anstellungsvertrags sind zwar nicht per se unwirksam, jedoch organschaftsrechtlich unbeachtlich.⁶⁶⁾

2. Sonderfall „Drittanstellung“

Wird ein Manager einer Gesellschaft nicht aufgrund eines Anstellungsvertrags mit dieser Gesellschaft selbst, sondern aufgrund eines Anstellungsvertrags zu einem Dritten tätig, spricht die hA von einer sog. „*Drittanstellung*“ (s. Abbildung 1).⁶⁷⁾ Die grundsätzliche Zulässigkeit von Drittanstellungen basiert auf der von der hA vorgenommenen Trennung von Bestellung und Anstellung.⁶⁸⁾

Während Drittanstellungen von GmbH-Geschäftsführern nach hL⁶⁹⁾ und Rsp⁷⁰⁾ unproblematisch

54) *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 49, 55; *Krejci* in *Rummel*, ABGB § 1152 Rz 3.

55) *Floretta* in FS Schwarz 475 (484).

56) *Floretta* in FS Schwarz 475 (479) spricht in diesem Zusammenhang (ausnahmsweise) vom „*Aufsichtsratsvorsitzenden*“, meint aber wohl den Vorstand.

57) *Floretta* in FS Schwarz 475 (482).

58) *Floretta* in FS Schwarz 475 (482).

59) *Floretta* in FS Schwarz 475 (482).

60) *Mayr*, RdW 2008, 420 (421).

61) *Nowotny*, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstands, DRdA 1989, 427 (429f).

62) *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/152.

63) *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 2.

64) *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 54, 63; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 4 (8); *Schrammel*, ecolex 1990, 697 (697); *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/44; *Schummer*, Zum Entlohnungsanspruch gerichtlich bestellter Funktionsträger, insbesondere des Notgeschäftsführers, NZ 1990, 113 (116).

65) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 24; *Strasser*, JBl 1990, 477 (479).

66) *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 63.

67) Statt vieler *Resch*, Drittanstellung von Organpersonen und Arbeitsrecht, GesRZ 2005, 76 (76); *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 83.

68) *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *Fleck*, ZHR 1985, 387 (388).

69) *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15, 33; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 99; *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht², 372; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht², 235 (271); *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 14; *ders* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/152; *Mazal*, ecolex 2001, 763 (763); ebenso in Deutschland, vgl dazu *Resch*, GesRZ 2005, 76 (78) mit zahlreichen wN.

70) OGH 28. 1. 1999, 8 Obs 206/98 x SVSlg 46.938; 11. 9. 1991, 9 Obs 16/91 HS 22.165, jeweils zur Anwendung der IESG-Aus-

sind, erscheint dies bei AG-Vorständen insofern zweifelhaft, als diese die AG „unter eigener Verantwortung“ so zu leiten haben, wie es das Wohl des Unternehmens erfordert (§ 70 Abs 1 AktG), somit also weisungsfrei gestellt sein müssen und nur aus wichtigen Gründen abberufen werden dürfen (§ 75 Abs 4 AktG). Trotzdem wird auch deren Zulässigkeit von der wohl hA bejaht.⁷¹⁾ Es ist aber darauf zu achten, dass eine allfällige dienstrechtliche Weisungsbefugnis des Dritten gegenüber dem Vorstand nicht in dessen eigenverantwortliche Unternehmensleitung eingreift. Bereits die Auslegung des Drittanstellungsvertrags werde regelmäßig ergeben, dass die dienstrechtliche Weisungsbefugnis des anstellenden Dritten durch zwingende gesellschaftsrechtliche Bestimmungen überlagert wird,⁷²⁾ andernfalls der Anstellungsvertrag teilnichtig wäre.⁷³⁾ Das Vorstandsmitglied ist daher nicht an Weisungen gebunden, die dem Wohl der Gesellschaft widersprechen.⁷⁴⁾

Am unproblematischsten sind jene Fälle, in denen der drittangestellte Manager Alleingesellschafter der anstellenden Gesellschaft ist, weil dann die dienstrechtliche Weisungsbefugnis bei ein und derselben Person konzentriert ist.⁷⁵⁾

Drittanstellungen können entweder auf einem bereits vor der Bestellung existierenden oder einem erst anlässlich der Bestellung abgeschlossenen Anstellungsvertrag beruhen.⁷⁶⁾ Nach *Reich-Rohrwig* ergibt sich in Drittanstellungssituationen zumindest schlüssig, dass der Manager keinen zusätzlichen Anspruch auf Entgelt gegen die Gesellschaft, bei der er bestellt ist, hat.⁷⁷⁾ Unklar ist, ob ein Dritter den Manager ohne Zustimmung der Gesellschaft (deren bestelltes Leitungsorgan er ist) anstellen kann.⁷⁸⁾

- nahme für Organpersonen bei einer GmbH & Co KG; VwGH 17. 1. 1995, 93/08/0182 ff HS 26.165: „Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Überlassung von Geschäftsführern einer Ges.m.b.H. durch Dritte (Drittanstellung), die vor allem im Konzern, aber auch bei der Ges.m.b.H. & Co KG nicht selten ist, wird im allgemeinen bejaht“; vgl außerdem VwGH 28. 5. 1991, 90/08/0096 SVSlg 36.918 mit Anm *Micheler*, ZAS 1992, 207 (208); zuletzt VwGH 25. 6. 2008, 2008/15/0014.
- 71) *Nowotny* in *Doral/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *Kals* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/282; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15, 33; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 99; *Resch*, GesRZ 2005, 76 (76 f); krit *Mayr*, RdW 2008, 420 (422).
- 72) *Nowotny*, DRdA, 1985, 427 (428); *Kals* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/282; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15, 33; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 99; *Resch*, GesRZ 2005, 76 (76 f); *Fleck*, ZHR 1985, 387 (398); vgl auch VwGH 17. 1. 1995, 93/08/0182 ff HS 26.165: „Allenfalls konkurrierende Pflichten zum Verleiher werden dann durch die jeweils zwingende gesellschaftsrechtliche Organisationsregelung und Verantwortlichkeit überlagert [...] Der Geschäftsführer darf nämlich nicht mittels arbeitsrechtlicher Weisungsbefugnis unter Umgehung der gesellschaftsrechtlichen Willensbildungsvorschriften zu einem Verhalten bestimmt werden“.
- 73) *Mazal*, *ecolex* 2001, 763 (763); *Resch*, GesRZ 2005, 76 (78); *Fleck*, ZHR 1985, 387 (399).
- 74) *Kals* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/282.
- 75) *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 100.
- 76) *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 99.
- 77) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80.
- 78) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 20 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80; *Nowotny* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesell-

In der Literatur werden Drittanstellungen insb iZm Konzerngesellschaften und der GmbH & Co KG erwähnt:⁷⁹⁾

- Bei Drittanstellungen in (meist mehrstufigen) Konzernen⁸⁰⁾ befindet sich der bei der abhängigen Untergesellschaft bestellte Manager in einem Anstellungsverhältnis zur Obergesellschaft („Konzernanstellungsvertrag“).⁸¹⁾
 - Bei GmbH & Co KG ist die Komplementär-GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin regelmäßig mit der Geschäftsführung und Vertretung der KG betraut. Dabei wird der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH häufig bei der KG angestellt, um ihm einen direkten Entlohnungsanspruch gegen die KG zu sichern.⁸²⁾
- Die Zulässigkeit von Drittanstellungen ist aber nicht auf diese in der Literatur hauptsächlich erwähnten Konzerngesellschaften und GmbH & Co KG begrenzt, sondern gesellschaftsrechtlich mE auch in allen anderen Konstellationen denkbar.⁸³⁾ Auch nach *W.-D. Arnold* kann es „binsichtlich der Auswahl [...] des] Dritten keine diese Zulässigkeit [...] in Frage stellenden generellen negativen Vorgaben geben“.⁸⁴⁾ Einzelne Materiengesetze könnten aber Drittanstellungen für ihren Anwendungsbereich ausschließen. Als Beispiel führt *W.-D. Arnold* § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 an, nach dem eine Verwertungsgesellschaft „eine hauptberufliche und fachlich qualifizierte Geschäftsführung haben [muss]; die Voraussetzung ist jedenfalls erfüllt, wenn ein mit Geschäftsführungsaufgaben betrauter Mitarbeiter der Verwertungsgesellschaft fachlich qualifi-

schaftsrecht Rz 4/152; *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (122); dagegen *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 59; dafür *Schneider/Sethe* in *Scholz*, dGmbHG¹⁰ § 35 Rz 170.

- 79) Außerdem genannt wird Drittanstellung iZm Kreditgebern, die eine bei ihnen angestellte Person in einer kreditnehmenden Gesellschaft als Manager installieren (*Mazal*, *ecolex* 2001, 763 [763]).
- 80) Zum Konzernbegriff vgl § 115 GmbHG und § 15 AktG.
- 81) *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 83, 98; *Fleck*, ZHR 1985, 387 (389 f, 411 ff); *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 59; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80; *Nowotny* in *Doral/Nowotny/Kals*, AktG § 75 Rz 14; *ders* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/152; *Kals* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/282; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 2380; krit *Mayr*, RdW 2008, 420 (422).
- 82) OGH 30. 7. 1996, 7 Ob 590/95 HS 27.180; *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 59; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 15; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 83, 98; *Resch*, GesRZ 2005, 76 (76); *Kastner/Doral/Nowotny*, Gesellschaftsrecht³, 372; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *Nowotny* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/152; *Fleck*, ZHR 1985, 387 (389); *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (64); *P. Doral* in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht², 169 (195 f).
- 83) Krit *Mayr*, nach dem es sich „bei der Drittanstellung im Konzern und bei der GmbH & Co KG um besonders gelagerte Konstellationen handelt, die zumindest wirtschaftlich irgendwie verständlich und weit weniger ‚künstlich‘ anmuten“ (*Mayr*, RdW 2008, 420 [421]).
- 84) *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (121) mit folgendem Beispiel: „Warum soll zB bei einer gemeinnützigen GmbH ein Sponsor, wenn er erkennt, dass die bisher ehrenamtlich tätigen beiden Geschäftsführer ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind, nicht zum Ergebnis kommen, dass man einen ‚Prof‘ suchen soll, dessen Honorierung er übernimmt“.

ziert und hauptberuflich für die Verwertungsgesellschaft tätig ist“.⁸⁵⁾

Entgegen der hA hält *Mayr* Drittanstellungen grundsätzlich für „gesellschaftsrechtlich bedenklich, weil die Anstellung [...] nicht gesondert von der Bestellung gesehen werden“ könne.⁸⁶⁾

Von dem zwischen Manager und Dritten abgeschlossenen Drittanstellungsvertrag ist das Rechtsverhältnis zwischen der geleiteten Gesellschaft und dem Dritten (der meist ebenfalls eine Gesellschaft ist) zu unterscheiden (s Abbildung 1). Bei letzterem handelt es sich um keine Drittanstellung iS der gesellschaftsrechtlichen hA.⁸⁷⁾ Das scheint *Mayr* zu übersehen, der eben dieses Rechtsverhältnis als „Drittanstellung“ bezeichnet: „Angenommen ein soeben bestellter Vorstand einer AG gründet eine GmbH [...] und möchte sein Anstellungsverhältnis zur AG über seine GmbH abwickeln. Geht man gesellschaftsrechtlich davon aus, dass eine solche Drittanstellung von Vorständen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, stellt sich steuerrechtlich die Frage der Zurechnung der Einkünfte. Denn die Entlohnung des Vorstands soll formal über seine GmbH laufen, wenngleich die Entlohnung für die eigenverantwortliche und weisungsfreie Unternehmensleitung durch den Vorstand erfolgt.“⁸⁸⁾ Auch Rz 104 der EStR 2000 spricht von „Drittanstellung“, meint aber mE nicht Vergütungen aus einem allfälligen Drittanstellungsvertrag, sondern solche aus dem Verhältnis zwischen der geleiteten Gesellschaft und einer zwischen geschalteten Manager-Gesellschaft (s Abbildung 2; vgl dazu den in der nächsten Ausgabe erscheinenden Teil 2). Die zivilrechtliche Zulässigkeit solcher von Vergütungen aufgrund eines Vertrags zwischen der geleiteten Gesellschaft und dem Dritten ist mE unproblematisch,⁸⁹⁾ solange wiederum nicht einzelne Materiangesetze für ihren Anwendungsbereich Gegenteiliges anordnen (wäre das der Fall, so würde dies häufig auch einer Drittanstellung faktisch im Wege stehen).

Nach hA stellt Drittanstellung einen klassischen Fall der Arbeitskräfteüberlassung dar.⁹⁰⁾ Das AÜG „gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden“ (§ 1 Abs 1 AÜG). „Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen“ (§ 3 Abs 4 AÜG). Damit ist auch der drittangestellte GmbH-Geschäftsführer bzw AG-Vorstand jedenfalls erfasst.⁹¹⁾ Die Gesellschaft, mit der der Drittanstellungsvertrag abgeschlossen wurde, ist „Überlasser“ und die Gesellschaft, für die der überlassene Manager tätig wird, „Beschäftiger“ iSd § 3 AÜG. Das Rechtsverhältnis zwischen Beschäftiger und Überlasser ist ein „Arbeitskräfteüberlassungsvertrag“.⁹²⁾

Abgesehen von den bereits dargestellten Konstellationen in Konzernen und bei der GmbH & Co KG kommt es in der Praxis auch vor, dass sich Manager von großen (börsennotierten) AGs und GmbHs nicht direkt bei der von ihnen geleiteten Gesellschaft anstellen lassen, sondern die Vergütung an eine gesonderte, zu 100% in ihrem Eigentum befindliche Manager-GmbH leisten lassen.⁹³⁾ Die Gründe dafür sind steuer- und beitragsrechtlicher Natur.⁹⁴⁾ Dabei sind zwei Varianten zu unterscheiden:

- Einerseits ist es möglich, dass sich der Manager bei seiner Manager-GmbH zu einem regelmäßig niedrigeren Entgelt drittanstellen lässt. Dann könnte zivilrechtlich wiederum ein Fall der Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.
- Andererseits kommt es vor, dass der Manager von seiner Manager-GmbH kein Entgelt bezieht.⁹⁵⁾ In diesem Fall liegt keine Drittanstellung vor (s Abbildung 2). Fraglich ist dann, als welcher Vertragstyp das Rechtsverhältnis zwischen der geleiteten Gesellschaft und der (die Vergütungen empfangenden) Manager-GmbH zu qualifizieren ist. Ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag kann mangels Beschäftigung des Managers als Arbeitskraft der Manager-GmbH nicht vorliegen. Trotzdem es aus Sicht der geleiteten Gesellschaft wirtschaftlich keinen Unterschied macht, dass sie die Vergütungen nicht an den Manager selbst, sondern an seine Manager-GmbH zahlt, kann das Rechtsverhältnis auch nicht als Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag eingestuft werden, weil diese eine natürliche Person als Dienstnehmer voraussetzen (vgl bereits oben).⁹⁶⁾ Es dürfte daher mE wohl ähnlich wie bei „Betriebsführungs-“ bzw „Managementverträgen“ von einem Auftrag auszugehen sein.⁹⁷⁾

85) *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (122) mwN.

86) *Mayr*, RdW 2008, 420 (423); krit *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (121), nach dessen Ansicht die Unzulässigkeit von Drittanstellungen „auch die gesamte Institution der Arbeitskräfteüberlassung in Frage stellen“ würde.

87) Die hA nimmt Drittanstellung dann an, wenn sich der bestellte Manager selbst in einem Anstellungsverhältnis zu einem Dritten befindet, nicht aber, wenn die geleitete Gesellschaft statt dem bestellten Manager einen Dritten „anstellt“.

88) *Mayr*, RdW 2008, 420 (422).

89) Anders verhält sich die Frage der Zulässigkeit von Vergütungen aus einem solchen Rechtsverhältnis möglicherweise bei Aufsichtsratsmitgliedern. Gem § 98 Abs 1 AktG kann „[d]en Aufsichtsratsmitgliedern“ für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Ob somit auch Zahlungen (die in kausalem Zusammenhang zu der Aufsichtsrats Tätigkeit stehen) an einen Dritten zulässig sind, ist mE zweifelhaft.

90) *Resch*, GesRZ 2005, 76 (76); *Mazal*, *ecolex* 2001, 763 (763 ff); *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 60; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 14 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/80; *Wünsch*, GesRZ 1990, 57 (57); *Obereder* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht¹¹ Rz XV/19; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 372; *W.-D. Arnold*, ÖStZ 2009, 120 (120); *Tanzer*, ÖStZ 2009, 123 (123 f).

91) *Mazal*, *ecolex* 2001, 763 (764); die Eigenschaft als Arbeitnehmer bzw arbeitnehmerähnliche Person besteht im Verhältnis zur überlassenden Gesellschaft.

92) *Mazal*, *ecolex* 2001, 763 (763); *Völkl* in *Straube*, GmbHG⁹ § 15 Rz 60.

93) *Mayr*, RdW 2008, 420 (420).

94) *Mayr*, RdW 2008, 420 (420); vgl dazu den in der nächsten Ausgabe erscheinenden Teil 2.

95) Anders als bei Personengesellschaften (vgl § 109 Abs 2 UGB; §§ 1183, 1192 ABGB) sind Dienstleistungen bei Kapitalgesellschaften nicht einlagefähig (vgl zur GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 6 Rz 18).

96) OGH 4. 11. 1986, 14 Ob 156/86 Arb 10.565; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 6.

97) Vgl zu Betriebsführungs- bzw Managementverträgen *Reich-Rohrwig*, *Wirtschaft im Wandel – Zusammenarbeit* ist gefragt, *ecolex-Script* 2002/23, 1 (19 f); *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 238 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 49 Rz 18.

Die geleitete Gesellschaft muss für „das Zurverfügungstellen einer zur Wahrnehmung der Geschäftsführungsagenden geeigneten natürlichen Person“⁹⁸⁾ regelmäßig ein Entgelt leisten. Es macht aus ihrer Sicht keinen Unterschied, ob sie diese Vergütungen dem Manager oder einem Dritten bezahlt. Wirtschaftlich betrachtet steht die Gesellschaft so da, als hätte sie einen Anstellungsvertrag mit dem Manager selbst geschlossen.⁹⁹⁾

98) *Tanzer*, ÖStZ 2009, 123 (123).

99) Zwar ist der Dritte (mit dem wirtschaftlich betrachtet ein Anstellungsvertrag abgeschlossen wird) typischerweise eine Kapitalgesellschaft, das ist aber in Hinblick auf § 15 Abs 1 GmbHG („Zu Geschäftsführern können nur physische, handlungsfähige Personen

Deshalb muss bei einer AG auch in solchen Fällen die zwingende Zuständigkeit des Aufsichtsrats zum Abschluss des Anstellungsvertrags gewahrt bleiben (s dazu oben).¹⁰⁰⁾ Dieser hat dabei sinngemäß „dafür zu sorgen, daß die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder [...] in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen“ (§ 78 Abs 1 AktG).

bestellt werden“) bzw § 75 Abs 2 AktG („Eine juristische Person [...] kann nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden“) unproblematisch, weil sich diese nur auf die Bestellung beziehen.

100) *Resch*, GesRZ 2005, 76 (77).

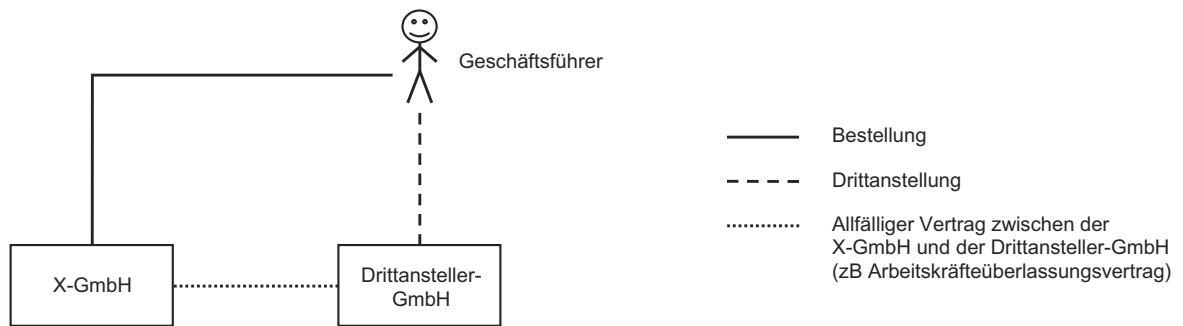


Abbildung 1

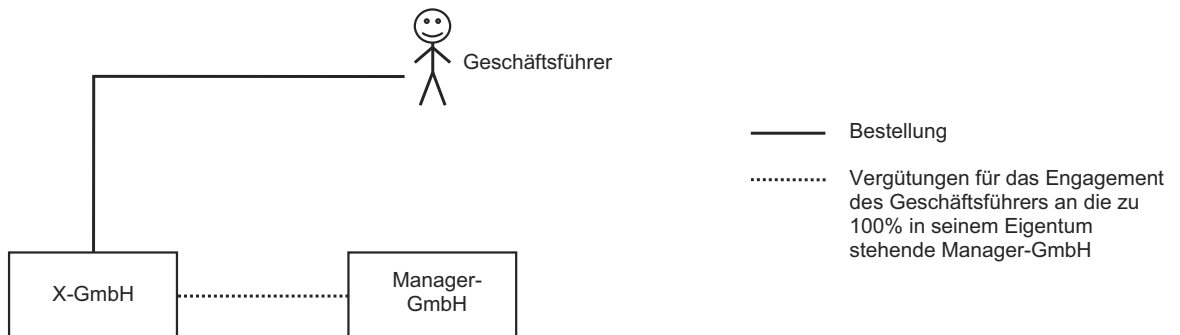


Abbildung 2

SCHLUSSTRICH

Nach hA ist die gesellschaftsrechtliche Bestellung von der dienstrechtlichen Anstellung zu unterscheiden. Die Bestellung ist ein körperschaftsrechtlicher Organisationsakt, der als zweiseitiger Rechtsakt der Zustimmung der in Aussicht genommenen Person bedarf. Daneben schließt die Gesellschaft mit dem bestellten Manager regelmäßig einen Anstellungsvertrag ab, der die schuld- bzw arbeitsrechtlichen Beziehungen regelt. Den Kerninhalt bilden dabei Regelungen über die Vergütung. Aufgrund der von der hA vorgenommenen Trennung von Bestellung und Anstellung wird auch eine Drittanstellung für zulässig erachtet. Dabei wird der Manager nicht aufgrund eines Anstellungsvertrags mit der von ihm geleiteten Gesellschaft selbst, sondern aufgrund eines Anstellungsvertrags zu einem Dritten tätig. Zwar werden solche Drittanstellungen in der Literatur

hauptsächlich iZm Konzerngesellschaften und der GmbH & Co KG erwähnt, sie sind aber gesellschaftsrechtlich auch in allen anderen Konstellationen denkbar. In der Praxis kommt es insb vor, dass sich Manager einer AG oder GmbH nicht direkt bei dieser selbst anstellen lassen, sondern die Vergütung für ihr Engagement aus steuer- und beitragsrechtlichen Gründen an eine gesonderte, zu 100% in ihrem Eigentum befindliche Manager-GmbH leisten lassen. Sie beziehen dann selbst entweder ein geringes Entgelt von ihrer Manager-GmbH oder verzichten gänzlich auf ein solches (nur im ersteren Fall ist der Manager bei seiner Manager-GmbH drittangestellt). Die die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Drittanstellungen bezweifelnde Auffassung von Mayr kann mE nicht überzeugen.