

■ ÖStZ 2009/229, 120

Zur gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Drittanstellung von Geschäftsführern (Vorstandsmitgliedern)

In seinem Beitrag „Drittanstellung von Vorständen zulässig?“,¹⁾ kommt G. Mayr in Bezug auf Vorstandsmitglieder einer AG und Geschäftsführer einer GmbH zum Ergebnis,²⁾ dass eine Drittanstellung „gesellschaftsrechtlich bedenklich [erscheine], weil die Anstellung ... nicht gesondert von der Bestellung gesehen werden kann“. Da die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Drittanstellung auch eine wesentliche Vorfrage für die abgabenrechtliche Beurteilung der Drittanstellung darstellt,³⁾ soll diese gesellschaftsrechtliche Vorfrage hier – schwerpunktmäßig an Hand des Rechts der GmbH – unter Miteinbeziehung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Entscheidungen – näher beleuchtet werden.

RA Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold
Wien

1. Ein kurzer Blick in die einschlägige österreichische und deutsche Literatur ergibt ohne Anspruch auf Vollständigkeit nachstehendes Bild:

- a) *Koppensteiner/Rüffler*⁴⁾ lehren „Zulässig ist auch, dass der Geschäftsführer nicht von der Gesellschaft, sondern von einem Dritten angestellt wird“. Auch *Völkl* in Straube (Kommentar zum GmbHG) sieht die Drittanstellung eines GmbH-Geschäftsführers als zulässig an.⁵⁾
- b) *Resch* geht in seinem Beitrag „Drittanstellung von Organpersonen und Arbeitsrecht“⁶⁾ davon aus, dass *Kastner/Doralit/Nowotny*⁷⁾ für den GmbH-Geschäftsführer ein Anstellungsverhältnis bei einem Dritten (zB bei einer Konzerngesellschaft) „für ohne weiteres möglich“ halten, was der hA entspreche. Gleiches gilt nun für *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 4/152.
- c) *Schneider*, „Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern“,⁸⁾ widmet der Drittanstellung – keineswegs beschränkt auf die Rechtsverhältnisse im Konzern – einen eigenen Unterabschnitt⁹⁾ und führt dazu aus, dass die Begründung eines Anstellungsvertrages nicht mit der Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer bestellt wird, sondern mit einem Dritten nach herrschender Ansicht zulässig ist. Er beruft sich hierbei vor allem auf eine eingehende Untersuchung von *Fleck*¹⁰⁾.

In allen angeführten Beiträgen findet sich jeweils eine große Zahl von Belegstellen,¹¹⁾ von denen nur die zum IESG ergangene Entscheidung des OGH 11. 9. 1991, 9 ObS 16/91,¹²⁾ und die sozialversicherungsrechtliche Entscheidung des VwGH 17. 1. 1995, 93/08/0182 ua,¹³⁾ sowie mehrere Entscheidungen des BGH¹⁴⁾ hervorgehoben seien.

Die gesetzliche Regelung der Arbeitskräfteüberlassung im AÜG betrifft naturgemäß auch den Teilbereich der Drittanstellung von GmbH-Geschäftsführern¹⁵⁾ – und sei es auch nur durch die Anordnung einer Ausnahme von den Abschnitten II. bis IV. des Gesetzes im Bereich der Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen. „Organmitglieder als überlassene Arbeitskräfte“ werden von *Mazal*¹⁶⁾ eingehend (aus vorwiegend arbeitsrechtlicher Sicht) untersucht. Für *Mazal* „zeigt sich, dass kein grundsätzlicher Einwand dagegen besteht, dass der Anstellungsvertrag eines Organmitgliedes als Arbeitsverhältnis zu einer anderen Unternehmung geregelt ist“.¹⁷⁾

2. Was sind nun die Argumente, dass *Mayr* die „gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Drittanstellung“ in einer Textstelle¹⁸⁾ zwar einräumen muss, sie aber einschränkt und nur als „grundsätzlich“ und „unter bestimmten Voraussetzungen“ als zulässig,¹⁹⁾ im Ergebnis dann aber als „gesellschaftsrechtlich bedenklich“ einstuft?

Vorweg sei dazu festgehalten, dass bei näherer Betrachtung keines seiner Gegenargumente für den gesellschaftsrechtlichen Bereich überzeugen kann.

- a) *Mayr* führt ins Treffen,²⁰⁾ dass nach § 15 Abs 1 (Satz 1) GmbHG zu Geschäftsführern einer GmbH nur physische, handlungsfähige Personen bestellt werden können und dass nach § 75 Abs 2 AktG eine juristische Person oder eine Personengesellschaft nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann. Warum „diese beiden Bestimmungen auf den ersten Blick gegen jede Drittanstellung“²¹⁾ eines Vorstandsmitgliedes oder eines GmbH-Geschäftsführer sprechen, ist nicht einmal vom Ansatz her nachvollziehbar. Drittanstellung hat absolut nichts mit einer – natürlich falschen – Ansicht zu tun, die Organstellung ginge an denjenigen über, der den Geschäftsführer „anstellt“. Die in der Lehre und Rechtsprechung immer wieder behandelten – und auch von *Mayr* erwähnten – Fälle, dass im Konzern der GmbH-Geschäftsführer nicht bei dieser GmbH, sondern bei der Muttergesellschaft angestellt oder bei der GmbH & Co

1) RdW 2008/384, 420.

2) Seite 423.

3) § 23 Abs 2 BAO soll hier außer Betracht bleiben.

4) GmbHG³, § 15 Rn 20 (*Mayr* zitiert nur „Rz“ 18 und 22). Ebenso *Reich-Rohrwig*, GmbHR I², Rz 2/80.

5) § 15 Rz 58 bis 60.

6) GesRZ 2005, 76.

7) Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990), 372.

8) GmbHR 1993, 10.

9) Seiten 13 ff.

10) ZHR 149 (1985, 387).

11) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 15 Rn 20; *Resch*, Fn 3 bis 12, *Schneider*, Fn 23.

12) DRdA 1992/23 = SZ 64/124 = WBI 1992, 125.

13) JBl 1995, 741.

14) 26. 10. 1964, GmbHR 1965, 1994 = WM 1964, 1320; 25. 6. 1979, GmbHR 1980, 27 = BGHZ 75, 209 (210); 9. 6. 1980, WM 1980, 1190.

15) Weiterführend siehe *Völkl* in Straube, GmbHG, § 15 Rz 60.

16) *Ecolex* 2001, 763.

17) *Ecolex* 2001, 764 li Sp.

18) Seite 421 li Sp.

19) Seite 421 li Sp, Seite 422 li Sp.

20) Seite 420.

21) Seite 421.

KG der GmbH-Geschäftsführer nicht bei dieser, sondern bei der KG²²⁾ angestellt ist, geben schon in der Praxis einen eindeutigen gegenteiligen Befund ab.

Warum soll zB bei einer gemeinnützigen GmbH ein Sponsor, wenn er erkennt, dass die bisher ehrenamtlich²³⁾ tätigen beiden Geschäftsführer ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind, nicht zum Ergebnis kommen, dass man einen „Profi“ suchen soll, dessen Honorierung er übernimmt.

- b) Wenn *Mayr* einer Drittanstellung „mittels einer GmbH“ besondere Skepsis entgegenbringt,²⁴⁾ so ist gesellschaftsrechtlich und – nicht zuletzt auch aus Überlegungen zum Gleichheitssatz – auch sonst rechtlich nichts dagegen einzuwenden, dass der Drittsteller (die Konzerngesellschaft bzw der im vorstehenden Beispiel erwähnte Sponsor) eine GmbH ist. Wenn die Drittanstellung, also die Anstellung bei einem Dritten zulässig ist, dann kann es grundsätzlich hinsichtlich der Auswahl dieses Dritten keine diese Zulässigkeit wieder in Frage stellenden generellen negativen Vorgaben geben.

- c) *Mayr* geht zwar von einer „Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern/ Geschäftsführern“, also von der Unterscheidung zwischen organschaftlicher Bestellung und der Regelung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren geschäftsführenden Organen aus, spricht aber mehrfach davon, dass letztere nur „Ausfuss“ der ersteren sei, nur die Vergütung regle und der Vergütungsanspruch wiederum nur gegenüber der Gesellschaft bestehe.

Diese Beurteilung übersieht – als vermeintliches Argument gegen die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Drittanstellung (wofür aber ohnedies der Nachweis fehlt) – zum einen, dass das geschäftsführende Organ der GmbH auch unentgeltlich tätig sein kann²⁵⁾ und dass zivilrechtlich kein Einwand dagegen besteht, dass der nicht unentgeltlich tätige Geschäftsführer von einem Dritten entlohnt wird bzw dass seine Entlohnung durch einen Dritten für eine andere Tätigkeit (zB als Angestellter in der Rechtsabteilung eines Kreditinstituts) auch – mit „Funktionszuschlag“ oder ohne „Funktionszuschläge“ – die Tätigkeit als Geschäftsführer von Tochtergesellschaften des Kreditinstitutes mit abgilt. Hier sind alle Mischformen denkbar und zulässig. Der Wortlaut des § 16 Abs 1 GmbHG („Die Bestellung zum Geschäftsführer kann unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen durch Beschluss der Gesellschafter jederzeit widerrufen werden“) fordert weder zwingend die Existenz eines solchen Vertrages zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer noch verbietet er, dass ihn der Geschäftsführer mit jemandem anderen als mit der GmbH, deren Organ er ist, abschließt.

Zwar besteht auch der Vergütungsanspruch eines Notgeschäftsführers nach § 15a GmbHG grundsätzlich nur gegen die Gesellschaft (und nicht zB auch gegen den Antragsteller,²⁶⁾ über dessen Antrag der Notgeschäftsführer bestellt wurde), es ist aber zB auch ein – selbst konkludenter – Vertrag zwischen dem Antragsteller und/oder den Gesellschaftern einerseits und dem Notgeschäftsführer andererseits zulässig.²⁷⁾ Warum soll der Antragsteller nicht „freiwillig“ die Entlohnung des Notgeschäftsführers übernehmen oder zu dieser finanziell im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Regelung beitragen können? Methodisch ist dazu festzuhalten, dass der OGH in SZ 73/51 iZm einer mit dem Notgeschäftsführer von dritter Seite getroffenen „ausdrücklichen oder stillschweigenden“ Entlohnungs-Vereinbarung von einer solchen „etwa im Sinne eines Schuldbetrittes“ (§ 1406 ABGB) spricht.

3. Niemand wird die Augen davor verschließen, dass eine Drittanstellung im „Tagesgeschäft“ auch Probleme mit sich bringen

kann. Diese sind aber im Rahmen der Rechtsordnung zu lösen und sprechen keineswegs gegen die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Drittanstellung.

Die Befürchtung „wes' Brot ich ess', des Lied ich sing“, berechtigt nicht, von einer Unzu-

Die Anstellung eines Geschäftsführers einer GmbH (eines Vorstandsmitglieds einer AG) bei einem Dritten und bei der Gesellschaft, deren Organ er ist, ist gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zulässig.

lässigkeit der Drittanstellung auszugehen. Mit diesem Argument würde man zB auch die gesamte Institution der Arbeitskräfteüberlassung in Frage stellen. Das Vorstandsmitglied/der GmbH-Geschäftsführer hat seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen und es wäre auch abwegig anzunehmen, er würde im Fall einer Drittanstellung gesetzlicher Haftungsvorschriften, im Speziellen Haftungsbestimmungen, sie sich aus seiner (wenngleich drittangestellten) Organfunktion ergeben, entbunden. Die Weisungsunabhängigkeit eines Vorstandsmitgliedes der AG und die Weisungsgebundenheit eines GmbH-Geschäftsführers an die Generalversammlung (§ 20 Abs 1 GmbHG) wie auch sonst die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen²⁸⁾ gehen vor, die gesetzlichen Haftungsregelungen im Rahmen der GmbH werden durch eine Drittanstellung nicht beeinträchtigt.

Enthält der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit der GmbH, deren Organ er ist, Weisungsbeschränkungen, so wirken diese nach einhelliger Ansicht²⁹⁾ nur schuldrechtlich und nicht auch gesellschaftsrechtlich. Trotz Weisungsbeschränkung im Anstellungsvertrag erteilte Weisungen der Generalversammlung sind vom Geschäftsführer zu beachten und berechtigen den Geschäftsführer lediglich (abhängig von Schwere und Häufigkeit der Vertragsverletzung³⁰⁾), die entsprechenden Konsequenzen bis zur sofortigen Amtsniederlegungen zu ziehen. Natürlich ist die Situation bei einer Drittanstellung anders gewichtet, die Ausgangsbasis bleibt jedoch für den Geschäftsführer gleich, sodass darin gegründete potenzielle

22) OGH 30. 7. 1996, 7 Ob 590/95, SZ 69/173 (dazu *Resch*, GesRZ 2005, 76, Fn 13).

23) Es ist keineswegs gesagt, dass – etwa wegen § 1152 ABGB – jede Organfunktion honoriert werden muss.

24) Seite 421 II Sp.

25) Siehe auch die Aussagen in der Entscheidung des OGH im Rahmen der Sozialgerichtsbarkeit 16. 10. 2001, 10 Obs 156/00i, SZ 74/9 und die sozialversicherungsrechtlichen Aussagen in den VwGH-Erk 94/09/0137, 96/08/0171 und 96/08/0222. Siehe auch die Anfragebeantwortung des Bundeskanzlers vom 25. 9. 2002 im Bundesrat, 1843 AB-BR, „der Geschäftsführer übt seine Funktion unentgeltlich aus“.

26) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 15a Rn 12 unter Hinweis auf OGH 21. 3. 2000, 10 Ob 214/99i, SZ 73/51; 12. 11. 1997, 4 Ob 342/97s, GesRZ 1998, 98.

27) Die daraus resultierenden Ansprüche sind dann gegen Gesellschafter (Dritte) im ordentlichen Rechtsweg (nicht im Außerstreitverfahren vor dem Firmenbuchgericht) geltend zu machen (OGH 9. 2. 1999, GesRZ 1999, 121; 21. 1. 2000, SZ 73/51).

28) *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 4/152.

29) Vgl anstelle aller *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 15 Rn 19; § 20 Rn 10.

30) Dazu siehe zB *Schima*, GesRZ 1999, 301 f.

Konfliktsituationen nicht gegen die Zulässigkeit einer Drittanstellung sprechen.

Ob nun die Drittanstellung der Zustimmung der betroffenen GmbH bedarf oder nicht – eine an sich strittige Rechtsfrage³¹⁾ – hat mit der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Drittanstellung nichts zu tun.

4. Drittanstellung kann – muss aber nicht – mit Mehrfachanstellung, also mit der Übernahme mehrerer Geschäftsführerfunktionen durch eine (natürliche) Person verbunden sein. An sich besteht für GmbH-Geschäftsführer ein Wettbewerbsverbot nach Maßgabe des § 24 GmbHG, also lediglich „ohne Einwilligung der Gesellschaft“ und somit – positiv formuliert – die Möglichkeit einer „Einwilligung der Gesellschaft“, die das gesetzliche Wettbewerbsverbot aufhebt. Der (steuerrechtliche) Grundsatz, wonach der Umstand, dass ein GmbH-Geschäftsführer ab einem bestimmten Stichtag zusätzlich noch für weitere Unternehmen arbeitet, bei der Bestimmung des angemessenen Gehalts gegenüber der GmbH in der Regel mindernd zu berücksichtigen³²⁾ ist, liegt außerhalb des hier zu behandelnden Themas (und gilt naturgemäß nur, wenn eine Anstellung und Entlohnung bei jeder einzelnen GmbH erfolgt, nicht also im Fall der Drittanstellung, deren Wesen es ja entspricht, dass die Entlohnung des GmbH-Geschäftsführers durch einen Dritten und sei es auch durch eine dritte GmbH [auch] dessen Geschäftsführertätigkeit bei einer anderen GmbH abdeckt). Erst wenn der Geschäftsführer der GmbH seine gesellschaftsrechtlich (als Gesellschafter) geschuldete Arbeitskraft entzieht, könnten sich gesellschaftsrechtliche (und abgabenrechtliche) Fragen ergeben.

5. Erinnert sei an die durch die VfGH-Judikatur³³⁾ geschaffene Situation bei der GIS Gebührensicherungs Service GmbH bzw bei der GIS Gebühren Info Service GmbH. Der Geschäftsführer dieser GmbH unterliegt nicht nur den Weisungen der Generalversammlung (§ 20 Abs 1 GmbHG), sondern auch der dem Verwaltungsrecht immanenten Aufsicht des zuständigen Ministers (im Rahmen des RundfunkgebührenG³⁴⁾) und darüber hinaus auch der entsprechenden Aufsicht der jeweiligen Landesregierungen (soweit es um die Einhebung von Landesabgaben geht³⁵⁾). Wenn der Gesetzgeber für eine konkrete GmbH eine derart konfliktträchtige Situation schafft – und das VfGH-Erk Slg 17.469/2005 sich darauf beschränkt,³⁶⁾ eine Unzuständigkeit dieser GmbH als Verletzung des Rechts auf ein Verfahren

vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) zu rügen – so sollte erwiesen sein, dass allfällige Weisungskonflikte kein Argument gegen die Zulässigkeit einer Drittanstellung eines GmbH-Geschäftsführers sein können.

6. Natürlich kann ein bestimmtes Materien gesetz für seinen Anwendungsbereich eine Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers auch ausschließen. Dieser Ausschluss kann sowohl das Ergebnis einer Gesetzesauslegung sein als auch *expressis verbis* erfolgen. Die „hauptberuflich tätige Person als abfallrechtlicher Geschäftsführer“ (§ 26 Abs 1 AWG 2002) – der nicht zwingend ein handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH sein muss – wird mE auch drittangestellt sein können, da er „nur“ die Voraussetzungen nach § 9 VStG erfüllen und in der Lage sein muss, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Anders lese ich § 3 Abs 1 VerwGesG 2006, der in seinem Satz 2 bestimmt, dass „die Verwertungsgesellschaft eine hauptberufliche und fachlich qualifizierte Geschäftsführung haben [muss]; die Voraussetzung ist jedenfalls erfüllt, wenn ein mit Geschäftsführungsaufgaben betrauter Mitarbeiter der Verwertungsgesellschaft fachlich qualifiziert und hauptberuflich für die Verwertungsgesellschaft tätig ist“. Damit wird mE für den Regelfall – wenn die Voraussetzungen nicht auf anderem Weg, sondern „jedenfalls“ erfüllt sein sollen – hier in diesem speziellen Bereich Drittanstellung ausgeschlossen.

7. Zusammenfassend ist sohin als Ergebnis dieser Kurzzuntersuchung festzuhalten, dass Drittanstellung von GmbH-Geschäftsführern gesellschaftsrechtlich grundsätzlich unbedenklich ist. Sie ist zivilrechtlich zulässig und wurde in der Vergangenheit schon wiederholt auch unter dem Blickwinkel des Arbeits- und der Sozialversicherungsrechts untersucht. Neue Aspekte, die dieses Ergebnis in Frage stellen könnten, sind nicht zu erkennen.

Absolut nichts mit der von *Mayr* thematisierten und hier näher behandelten Frage der Drittanstellung zu tun haben Fragen, die in der Rechtstatsache wurzeln, dass ein – bleiben wir bei der Wortwahl bei „einem Dritten“ – Angestellter zulässigerweise auch eine Organfunktion (im Geschäftsführungs- oder im Aufsichtsbereich) bei einer Kapitalgesellschaft ausübt und hierfür von dieser für seine diesbezügliche Tätigkeit honoriert wird. Gleiches gilt für einen Sachverhalt, dass das Organ einer anderen Gesellschaft (zB einer Wirtschaftstreuhandgesellschaft) gesellschaftsvertraglich verpflichtet ist, seine ganze Arbeitskraft dieser Gesellschaft zur Verfügung zu stellen und im Rahmen gestatteter Nebentätigkeiten erzielte Erträge dieser Gesellschaft abzuführen.³⁷⁾

31) *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 4/152, Fn 44 mwN (für beide Rechtsmeinungen).

32) ZB BFH 27. 2. 2003, I R 46/01, BStBl II S 132.

33) 15. 12. 2004, G 57/04, Slg 17.421 (3. 3. 2005, B 527/03, Slg 17.469).

34) Siehe § 5 Abs 6.

35) Dies ist zur Zeit in allen Bundesländern mit Ausnahme von OÖ und Vorarlberg der Fall (siehe zB § 8 Abs 1a Wr KulturförderungsbeitragsG 2000).

36) Lediglich finanzverfassungsrechtliche Fragen werden vom VfGH in diesem Erk (als nicht mehr entscheidungswesentlich) zurückgestellt.

37) Demzufolge war hier auch nicht die Frage zu behandeln, ob diesfalls die Honorierung der Organfunktion jedenfalls dem Organ zusteht oder ob eine anderweitige Vereinbarung möglich und wem das Einkommen – vertragskonform oder vertragskorrigierend – ertragsteuerrechtlich zuzurechnen ist.



Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold, ARNOLD Rechtsanwalts-Partnerschaft, 1010 Wien, Wipplingerstraße 10/10, Mitglied des Fachsenats für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Vorsitzender der Arbeitsgruppen 12 (Verfassungs- und Verwaltungsrecht) und 62 (Gebühren, Kapitalverkehrssteuern).

Buchtipp:

Koppensteiner/Rüffler
GmbH-Gesetz
3. Aufl, Wien 2007, 1180 Seiten
Preis: 248,- €
Bestellnummer: 30.21.03
ISBN13: 978-3-7007-3753-7

