



Johannes Wolfgruber weiß aus der Praxis, dass viele Unternehmer den Aufwand und die Pflichten unterschätzen, die mit dem ersten Mitarbeiter auf sie zukommen.

# Beim Ersten ist's am schwersten

**DER ERSTE MITARBEITER.** Anwalt Johannes Wolfgruber, geschäftsführender Gesellschafter von Hasch und Partner, über rechtliche Hürden bei der Anstellung des ersten Mitarbeiters bzw. was man bei Mitarbeiterbeteiligungen beachten sollte.

TEXT: Jürgen Philipp

Die Auftragsbücher sind voll, Neukunden können nicht mehr alleine bedient werden. Es muss ein Mitarbeiter her. Für viele Einzelunternehmer oder One-Man-GmbHs ein großer Schritt. Ein Schritt, bei dem man viel falsch machen kann, wie Anwalt Johannes Wolfgruber, geschäftsführender Gesellschafter von Hasch und Partner, aus seiner Praxis weiß. „Es sind grundsätzlich gewisse rechtliche Formalpflichten zu erfüllen, und das ist aufwandstechnisch eine Herausfor-

derung.“ Neben der Anmeldung bei der ÖGK und der richtigen Lohnverrechnung ist ein wesentlicher Punkt der Dienstvertrag bzw. der Dienstzettel. „Ein Dienstvertrag sollte nicht nach irgendwelchen Internetmustern erstellt werden, sondern soll den Anforderungen im konkreten Fall entsprechen. Das sollte man keineswegs ignorieren, denn wenn es Probleme gibt, es zu einer Kündigung oder einem Rechtsstreit kommt, ist der Dienstvertrag das wesentlichste Beweismittel.“

## Dienstvertrag: So konkret wie möglich

Der Dienstvertrag kann dabei individuell gestaltet werden, es gibt jedoch zwingende gesetzliche Bestimmungen, die eingehalten werden müssen. „Wenn es einen Kollektivvertrag gibt, muss der Dienstnehmer richtig eingestuft sein und die Dienstzeiten unter Berücksichtigung der Maximalarbeitszeit angegeben werden.“ Natürlich dürfen sich auch keine Pflichten, die gesetzlich nicht

zulässig sind, im Dienstvertrag wiederfinden. Bei mehreren Standorten muss festgelegt sein, wo der Dienstnehmer seinen Dienst verrichtet. Ein Sonderfall, der in den letzten Jahren aufkam, ist das Thema Homeoffice bzw. Remote Work. „Wenn das angeboten wird, sollte man es gleich im Dienstvertrag regeln. Ist der Dienstvertrag bereits abgeschlossen, braucht es dafür eine Zusatzvereinbarung. Homeoffice ist keine Einbahnstraße und darf nicht verordnet werden. Ich kann meinen Dienstnehmer nicht dazu zwingen.“ Gleichzeitig gibt es umgekehrt auch kein Recht des Arbeitnehmers auf Homeoffice. Im Dienstvertrag bzw. in der Zusatzvereinbarung sollte weiters die konkrete Zahl der Tage pro Woche im Homeoffice geregelt sein, bzw. ob der Arbeitgeber den Mitarbeiter etwas zur Einrichtung des Homeoffice zur Verfügung stellt oder Kosten refundiert.

## Gesamtaufwand wird unterschätzt

Den wohl größten Fehler beim Anstellen des ersten Mitarbeiters sieht Wolfgruber darin, dass „viele den Gesamtaufwand unterschätzen, der mit einem Arbeitnehmer entsteht.“ Lohn- und Lohnnebenkosten, die Lohnverrechnung, die Anmeldung bei der ÖGK, die Abfuhr der Lohnabgaben und der zeitliche Aufwand, der mit einem Mitarbeiter verbunden ist, werden oft nicht realistisch eingeschätzt. „Das beginnt schon beim Stelleninserat. Es gibt klare gesetzliche Anforderungen von der Angabe des Mindestgehalts über Geschlechterneutralität.“ Auch die Einhaltung des Arbeitnehmerschutzes darf nicht auf die leichte Schulter genommen werden: „Für Überschreitungen der Arbeitszeit haftet der Geschäftsführer persönlich.“ Die Anforderungen an den Arbeitsplatz müssen ebenfalls gesetzeskonform sein: „Vom Sessel, Tisch bis zur Klimatisierung muss man alles berücksichtigen, egal ob man einen oder fünf Mitarbeiter hat.“

## Achtung Haftung!

Ein sensibles Thema ist die Haftung. „Das erweiterte Haftungspotenzial des Geschäftsführers, das mit jedem Mitarbeiter steigt, wird oft sehr unterschätzt. Das Unternehmen hat für jeden Mitarbeiter einzustehen, also auch für dessen Verfehlungen.“ Wenn ein Mitarbei-

”

Wenn es Probleme gibt, es zu einer Kündigung oder einem Rechtsstreit kommt, ist der Dienstvertrag das wesentlichste Beweismittel.

Johannes Wolfgruber  
Geschäftsführender  
Gesellschafter Hasch und Partner  
Rechtsanwälte GmbH

“

ter Schäden beim Kunden verursacht, gilt er als Erfüllungsgehilfe des Unternehmens. Nicht der Schadensverursacher, sondern das Unternehmen wird verklagt. „Ich kann mich als Unternehmen zwar beim Arbeitnehmer schadlos halten, doch ist das sehr beschränkt.“ Der Anspruch wird vom Gericht meist auf ein „angemessenes Ausmaß“ angepasst. „Das kann unter Umständen unter dem Schaden liegen.“ Wenn kein grobes Fehlverhalten vorliegt, kann das Unternehmen im Regressfall auch leer ausgehen.

## Mitarbeiter als Gesellschafter: Passt das?

Einen Sonderfall stellen Gesellschafter einer GmbH dar, die in der Firma auch angestellt sind. „Hat ein angestellter Gesellschafter einen Anteil von etwas mehr als 10 Prozent, ist er schon ziemlich mächtig, weil ihm schon fast alle Minderheitenrechte zukommen.“ Der Mitarbeiter könnte in Streitfällen zum Zünglein an der Waage wer-

den. „Diese Substanzbeteiligung ist daher nicht das richtige Instrument, in der Regel werden Phantom Shares vergeben, also eine schuldrechtliche Beteiligung. Phantom Shares sind keine echten Anteile, sie sind nur vertraglich vereinbart und stellen kein Eigentumsrecht dar.“ Mit der FlexKap, so Wolfgruber, will man nun einen Mittelweg beschreiten. „Damit soll mit einer eigenen Anteilsform eine Möglichkeit der Mitarbeiterbeteiligung geschaffen werden.“ Es gibt dabei kein Mitspracherecht für beteiligte Mitarbeiter. Sie haben aber im Erfolgsfall die volle Gewinnbeteiligung.

## Macht die FlexKap Mitarbeiterbeteiligungen leichter?

Startups, die ein FlexKap-Modell möglicherweise schon bald wählen könnten, dürfen aber nicht auf Berufung der Beteiligung unter KV bezahlen. „Jede Umgehung wäre unzulässig. Dafür sollen die Unternehmenswertanteile steuerlich begünstigt werden.“ Die Intention des Gesetzgebers bei der FlexKap ist es, das Problem von Startups, dass sie sich Lohnerhöhungen und Bonuszahlungen oft nur schwer leisten können, zu beseitigen. „Wenn man Anteile anbietet, ist es ein Anreiz, um neue Mitarbeiter zu finden, aber auch um Bestehende halten zu können. Ich gebe zwar Unternehmenswertanteile an Mitarbeiter ab, bleibe aber als 100-Prozent-Eigentümer voll im Sattel.“ Wolfgruber sieht zwar die Vorteile, jedoch auch eine Benachteiligung bestehender GmbHs. „Wenn man schon gegründet hat und man will die Vorteile der Mitarbeiterbeteiligung nutzen, muss man die GmbH wahrscheinlich in eine FlexKap umwandeln, denn es wäre nicht fair, wenn nur Neugründer diese Vorteile hätten.“ ■



FOTOS: HASCH UND PARTNER RECHTSANWÄLTE GMBH, WORAÑEE MEEPIAN / ISTOCK / GETTY IMAGES PLUS