

report

Steuern + Recht
Ausgabe 1/2019



Geschäftsführer als Arbeitnehmer

- Stolperfalle für Gesellschaften: Genießen GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmerschutz?

Haftung von Geschäftsführern und D & O-Versicherung

- Schlechte Nachrichten: Ansprüche gegen Geschäftsführer für Zahlungen nach Insolvenzreife nicht von D & O-Versicherung gedeckt
- Haftung eines Prokuristen als faktischer Geschäftsführer

Geschäftsführende Gesellschafter und Sozialversicherung

- Heißes Eisen: Sozialversicherungspflicht von geschäftsführenden Gesellschaftern!?

Veranstaltungen

- Food Compliance 2019: Food Fraud & Food Defense
- Rechtssichere Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Veröffentlichungen

Stolperfalle für Gesellschaften: Genießen GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmerschutz?



Beatrix Lippert
Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht

Der rechtliche Status des GmbH-Geschäftsführers ist nicht immer zweifelsfrei festzustellen. Dies betrifft besonders Fremdgeschäftsführer, also solche Geschäftsführer, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind, ebenso wie Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, die aufgrund einer untergeordneten Beteiligung die Willensbildung der Gesellschaft nicht maßgeblich beeinflussen. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sind Geschäftsführer in der Regel als Organe der Gesellschaft freie Dienstnehmer, da diese an der Willensbildung teilhaben, und die GmbH gesetzlich vertreten (BGH, 25.7.2002, III ZR 207/01). Ganz anders die Sichtweise des Bundessozialgerichts (BSG): Hiernach sind der Fremdgeschäftsführer (BSG 22.08.1973, 12 RK 24/72) und der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer (vgl. Beitrag „Geschäftsführende Gesellschafter als abhängig Beschäftigte“ in diesem Report) grundsätzlich abhängig Beschäftigte und damit sozialversicherungspflichtig.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) wiederum klassifiziert Fremdgeschäftsführer zumindest in „extremen Ausnahmefällen“ als Arbeitnehmer, für die dann arbeitsrechtliche Schutzvorschriften gelten. In einigen Entscheidungen hat schließlich der Europäische Gerichtshof (EuGH) den Fremdgeschäftsführer nach europäischem Arbeitsrecht als Arbeitnehmer eingestuft („Balkaya“, Rs. C-229/14). Dies hat vielfältige Konsequenzen.

Wer gilt als Arbeitnehmer?

Nach § 611a BGB ist Arbeitnehmer, wer durch Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der jeweiligen Tätigkeit ab. Dies ist durch eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände zu ermitteln.

Auch wenn diese Definition dafür spricht, Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer generell als Arbeitnehmer zu werten, differenziert das BAG weiter: Unterliegen Fremdgeschäftsführer nicht nur einem gesellschaftsrechtlichen bzw. unternehmerischen Weisungsrecht, sondern darüber hinaus konkreten, arbeitsbegleitenden Weisungen hinsichtlich der Modalitäten der Leistungserbringung, können sie ausnahmsweise Arbeitnehmer sein.

Unionsrechtliche Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffes

Im europäischen Arbeitsrecht existiert keine einheitliche Definition des Arbeitnehmers. Im Fall „Lawrie-Blum“ (Rs. C-66/85) bestimmte der EuGH, dass *„Arbeitnehmer eine Person ist, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisungen Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“*

Aufgrund dieser Definition hat der EuGH in Folgeurteilen Geschäftsführer unionsrechtlich als Arbeitnehmer qualifiziert, wenn auf EU-Recht beruhende Arbeitnehmerschutzgesetze zur Anwendung kommen. So stufte der EuGH eine GmbH-Geschäftsführerin unionsrechtlich als Arbeitnehmerin hinsichtlich der Mutterschutzrichtlinie ein („Danosa“, Rs.C-232/09). Zum 01.01.2018 ist das Mutterschutzgesetz infolge der Entscheidung angepasst worden; es gilt nun für Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV, also auch für Minderheitsgesellschafter- oder Fremdgeschäftsführerinnen. Folglich genießt auch eine solche Geschäftsführerin einer GmbH während der Schwangerschaft und der nachgehenden Fristen Kündigungsschutz. Umstritten ist hierbei, ob eine Abberufung eine schwangerschaftsbedingte Diskriminierung darstellt.

Im Fall „Balkaya“ wertete der EuGH (Rs. C-225/14) nach der Massenentlassungsrichtlinie Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer. Infolgedessen ist der Geschäftsführer sowohl bei der Ermittlung der Betriebsgröße, als auch bei der Zahl der zu Entlassenden einzubeziehen. Da eine unrichtige Massenentlassungsanzeige zur Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung führen kann, ist hier besondere Sorgfalt geboten.



In der Sache „Holtermann“ (Rs. C-47/14) hat der EuGH nach diesen Grundsätzen für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ausdrücklich festgestellt, dass eine Minderheitsbeteiligung an der von ihm geleiteten Gesellschaft den unionsrechtlichen Arbeitnehmerstatus nicht beseitigt.

Auswirkung auf deutsche Schutzvorschriften

Ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff anzuwenden, sind die dargestellten Grundsätze des EuGHs zu beachten, und entsprechende Schutzgesetze auf Fremd- oder Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer anzuwenden. Dies betrifft neben dem Dargestellten vor allem:

- die Antidiskriminierungs-Richtlinie (Umsetzung: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz): mit der Folge, dass auf diskriminierungsfreie Behandlung zu achten ist, z. B. bei Einstellung oder Beförderung.
- die Gleichbehandlungs- und Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie
- die Freizügigkeits- und Arbeitszeitrichtlinie (Umsetzung: Arbeitszeitgesetz)
- das Bundesurlaubsgesetz, das auch auf nicht bestimmende Geschäftsführer anzuwenden ist.
- die Arbeitsschutzrichtlinie (Umsetzung: Arbeitsschutzgesetz)

Mangels höchstrichterlicher Entscheidungen ist die Geltung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes in Bezug auf die Teilzeitarbeitsrichtlinie (Umsetzung: Teilzeit- und Befristungsgesetz) sowie die Elternurlaubsrichtlinie (Umsetzung: Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) und die Leiharbeitsrichtlinie (Umsetzung: AÜG) umstritten.

Was bleibt?

Das Kündigungsschutzgesetz ist bei Fremd- oder Minderheitsgeschäftsführern als Mitglied des Vertretungsorgans der juristischen Person nach wie vor nicht anwendbar (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG). Ebenso findet das Entgeltfortzahlungsgesetz genauso wie die Regelungen zum Betriebsübergang, die jeweils den nationalen Arbeitnehmerbegriff voraussetzen, keine Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer.

Der Geschäftsführer als Verbraucher

Fremdgeschäftsführer gelten außerdem seit dem Grundsatzurteil des BAG vom 19. Mai 2010 (Az. 5 AZR 253/09) als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB. Damit unterliegt der Fremdgeschäftsführervertrag grundsätzlich der AGB-Kontrolle, soweit Vertragsklauseln von der Gesellschaft gestellt, und nicht tatsächlich ausgehandelt wurden. Ein Aushandeln liegt laut BAG nur dann vor, wenn die Klauseln ernsthaft zur Disposition standen, sonst gelten sie als vom Unternehmer gestellt. Die inhaltliche Prüfung erfolgt dann – wie bei Arbeitsverträgen – nach dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies gilt insbesondere für Widerrufs- und Freiwilligkeitsklauseln, wie sie oft im Zusammenhang mit Boni oder Dienstwagen gebraucht werden, sowie für Regelungen zur Freistellung und Vertragsstrafen. Ob auch der Minderheitsgeschäftsführer Verbraucher ist, ist noch nicht entschieden.

Bedeutung für die Praxis

Bei der Vertragsgestaltung für Fremd- und Minderheitsgeschäftsführer sollte sorgfältig darauf geachtet werden, dass die Verträge transparent und AGB-rechtskonform gestaltet sind. Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders, also der Gesellschaft. Auch der Einfluss des Europarechts sollte, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden, nicht außer Acht gelassen werden.

Veröffentlichungen

„Die Mietrechtsreform 2019 – Was hat sich geändert?“
Streifzug Immobilien München Ausgabe Frühjahr 2019
(Dr. Enno Engbers)

„Influencer-Marketing – Neue Herausforderung für die Werbung“, Getränkeindustrie 12/2018, S. 29
(Sabine Bendias)

Den Volltext der Veröffentlichungen finden Sie auch unter: www.rae-weiss.de/publikationen

Schlechte Nachrichten für Manager: Ansprüche gegen Geschäftsführer für Zahlungen nach Insolvenzreife nicht von D & O-Versicherung gedeckt



Dr. Oliver Wulff, LL.M.
Rechtsanwalt

In der Praxis der Managerhaftung sind leider häufig Konstellationen anzutreffen, bei denen Geschäftsführer für Zahlungen, welche sie nach Eintritt der Insolvenzreife veranlasst haben, vom Insolvenzverwalter persönlich in Anspruch genommen werden. Eine Versicherungsdeckung hierfür ist nun aber zunehmend fraglich.

Im Grundsatz gewähren D&O-Versicherungen Versicherungsschutz für den Fall „dass eine versicherte Person [...] wegen einer [...] Pflichtverletzung für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird [...]“. Dabei fällt auch der Insolvenzverwalter grundsätzlich auch unter den Begriff des „Dritten“.

Mit Urteil vom 20.07.2018 hat allerdings das Oberlandesgericht Düsseldorf (Az.: 4 U 93/16) entschieden, dass es sich bei den hier relevanten Ansprüchen gemäß § 64 GmbHG nicht um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch handelt, der vom Versicherungsvertrag der D&O-Versicherung erfasst ist. Vielmehr diene der Anspruch nach § 64 GmbHG nicht primär der Gesellschaft, sondern dem Interesse der Gläubigersamtheit eines insolventen Unternehmens. Auf deren Schutz sei eine D&O-Versicherung jedoch nicht angelegt.

Nachdem bereits das Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 01.04.2016, Az.: 8 W 20/16) eine ähnliche Entscheidung im Jahr 2016 getroffen hatte, festigt sich damit die obergerichtliche Rechtsprechung zu diesem Punkt. Auch wenn der Bundesgerichtshof explizit zu dieser Frage noch nicht entschieden hat, und auch durchaus dogmatische Bedenken an der Entscheidung des Oberlandesgericht Düsseldorf bestehen, so ist doch für die Praxis Handlungsbedarf gegeben.

Nachdem Haftungen eines Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife regelmäßig hohe persönliche Haftungsrisiken bedeuten, sollte bei dem Neuabschluss von D&O-Versicherungen unbedingt darauf geachtet werden, dass sich der Versicherungsschutz auch auf Ansprüche aus § 64 GmbHG erstreckt.

Bei bestehenden Policen sollte mit der Versicherung dringend eine Übereinkunft getroffen werden, ob und inwieweit auch insoweit Deckung besteht.

Haftung eines Prokuristen als faktischer Geschäftsführer

In einer aktuellen Entscheidung bejahte das OLG München (23.01.2019 – 7 U 2822/2017) die Haftung eines „Prokuristen ohne Vertrag“ nach den für Geschäftsführer geltenden Vorschriften auf Schadensersatz gegenüber der GmbH (§ 43 Abs. 2 GmbHG). Entscheidend für eine Einordnung als faktischer Geschäftsführer sei, ob der Betreffende die Geschicke der GmbH – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand nimmt.

Im entschiedenen Fall war die als Geschäftsführerin eingetragene Alleingesellschafterin tatsächlich keiner Geschäftsführertätigkeit nachgekommen.

Stattdessen war nur der Prokurist in Erscheinung getreten, dem die Geschäftsführung, um die sich die als Geschäftsführerin eingetragene Alleingesellschafterin nicht weiter gekümmert hat, überlassen worden war.

Heißes Eisen: Geschäftsführende Gesellschafter als abhängig Beschäftigte!?



*Dr. Friedrich Scheuffele
Rechtsanwalt*

Das Bestreben, einem immer größeren Teil der Berufstätigen den Schutz der jeweiligen Sozialversicherungszweige zuteilwerden zu lassen, geht – in Zeiten knapper Kassen – mit dem Interesse einher, möglichst viele (neue) zahlende Mitglieder der Solidargemeinschaft zuzuführen. Hiervon werden zunehmend auch geschäftsführende Gesellschafter von GmbHs erfasst.

Fallstricke und Risiko

Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH können wie „normale“ Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig sein. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne von § 7 SGB IV abhängig beschäftigt sind. Maßgeblich insoweit ist persönliche Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne, d.h. wenn der geschäftsführende Gesellschafter weisungsgebunden ist und seine Tätigkeit entsprechend seiner Funktion in der vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgeht. Ist dies zu verneinen, kann ein geschäftsführender Gesellschafter auch selbstständig tätig sein und nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Im Idealfall trifft er mit den „eingesparten“ Sozialversicherungsbeiträgen privat – und effizienter als bei einer Zahlung an die Sozialversicherungsträger – Vorsorge.

Es geht hierbei um erhebliche Summen. Die Sozialversicherungsbeiträge belaufen sich auf etwa 42 Prozent des Bruttoverdienstes bis zur Beitragsbemessungsgrenze und sind annähernd zur Hälfte von der GmbH und dem (sozialversicherungspflichtigen) geschäftsführenden Gesellschafter zu tragen. Noch erheblicher sind die ggf. nachzuentrichtenden Summen, wenn eine Versicherungspflicht z.B. erst bei einer sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung festgestellt wird.

Die nachzuentrichtenden Beträge sind, meist zzgl. Säumniszuschlägen, ggf. auch für einen sehr lange zurückliegenden Zeitraum (bis zu 30 Jahre bei vorsätzlichem Handeln), grundsätzlich sofort zur Zahlung fällig.

Persönliche Abhängigkeit

Keine persönliche Abhängigkeit und damit keine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn besteht, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter aufgrund seiner Gesellschafterrechte über so maßgeblichen Einfluss auf die GmbH verfügt, dass er ihm nicht genehme Gesellschafterbeschlüsse und Weisungen verhindern kann.

Dies kommt in Betracht, wenn der geschäftsführende Gesellschafter über die Mehrheit der Stimmrechte oder zumindest eine Sperrminorität (Veto-Recht aufgrund Einstimmigkeitserfordernisses für Gesellschafterbeschlüsse) verfügt. Die hieraus resultierende Rechtsmacht muss zudem abänderungsfest im Gesellschaftsvertrag verankert sein, d.h. sie darf nicht ohne Zustimmung des geschäftsführenden Gesellschafters wieder aufgehoben werden können.

Demgegenüber ist die sogenannte „Kopf und Seele“-Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben worden. Somit ist ein minderheitsbeteiligter Geschäftsführer ohne gesellschaftsrechtliche Sperrminorität regelmäßig auch dann abhängig beschäftigt, wenn er „Kopf und Seele“ des Unternehmens ist. Dem Kriterium familienhafter Rücksichtnahme bei gleichberechtigt nebeneinander tätigen geschäftsführenden Gesellschaftern kommt ebenfalls nur noch bedingt Aussagekraft zu. Denn gerade im Falle eines familiären Zerwürfnisses kommt es auf die Rechtsmacht an, Weisungen zu erteilen, so dass eine bloße „Schönwetter-Selbstständigkeit“ nicht ausreicht.

Die einem minderheitsbeteiligten geschäftsführenden Gesellschafter eingeräumte Sperrminorität darf sich zudem nicht nur auf die Festlegung der Unternehmenspolitik, Änderung des Gesellschaftsvertrags und Auflösung der Gesellschaft beschränken. Vielmehr müssen grundsätzlich alle, bzw. jedenfalls die wesentlichen Angelegenheiten der GmbH, hiervon erfasst sein. Grundsätzliche Richtschnur ist, dass die Mitgesellschafter eindeutig „Farbe bekennen“ und einen hinreichenden Umfang an Maßnahmen im Gesellschaftsvertrag zu Gunsten des betroffenen Geschäftsführers mit einem Veto-Recht ausstatten, d.h. u.a. bzgl. Auflösung der GmbH, Abschluss und Änderung von Geschäftsführerverträgen, Erteilung von Weisungen an den geschäftsführenden Gesellschafter, Verhinderung dessen eigener Abberufung/Kündigung (mit Ausnahme der Abberufung aus wichtigem Grund).

Teilweise wird zwar für ausreichend erachtet, wenn Änderungen eines Geschäftsführervertrags, der eine weisungsfreie Geschäftsführertätigkeit nach Ermessen des geschäftsführenden Gesellschafters ermöglicht, gesellschaftsvertraglich der Zustimmung des betroffenen geschäftsführenden Gesellschafters bedürfen. Andere halten demgegenüber daran fest, dass die für eine Sperrminorität maßgebliche Rechtsposition auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen muss und der Anstellungsvertrag insoweit nicht maßgeblich ist.

Statusfeststellungsverfahren als sicherer Hafen

Es liegt auf der Hand, dass die Beurteilung der Stellung von geschäftsführenden Gesellschaftern, insbesondere ob sie im sozialversicherungsrechtlichen Sinne persönlich abhängig sind, im Einzelfall schwierig ist. Um möglichst auf der „sicheren Seite“ zu sein, empfiehlt sich die Durchführung eines sogenannten Statusfeststellungsverfahrens bei der Deutschen Rentenversicherung Bund. Nach der Prüfung besteht zumindest für den untersuchten Sachverhalt Rechtssicherheit bezüglich der Frage der Selbstständigkeit bzw. Eigenschaft als abhängig Beschäftigter. In der Regel werden die entsprechenden Bescheide von Betriebsprüfern später auch anerkannt, solange der Sachverhalt sich nicht geändert hat.

Fazit und Handlungsempfehlungen

Geschäftsführende Gesellschafter, die lediglich über eine Minderheitsbeteiligung an „ihrer“ GmbH verfügen, sind regelmäßig als abhängig Beschäftigte anzusehen und damit sozialversicherungspflichtig. Anders verhält es sich nur, wenn sie über eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte Rechtsmacht verfügen, ihnen nicht genehme Gesellschafterbeschlüsse und Weisungen abzuwenden. In jedem Fall empfiehlt sich die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens, um hinreichend Rechtssicherheit bzgl. der Frage der Sozialversicherungspflicht geschäftsführender Gesellschafter zu erlangen.

Veranstaltungen

Lebensmittelrecht

Food Compliance 2019: Food Fraud & Food Defense

Am **05.06.2019** veranstaltet die Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin in Kooperation mit dem Deutschen Fachverlag das Kompaktseminar „Food Compliance 2019: Food Fraud & Food Defense“.

Namhafte Experten aus den Bereichen der Lebensmittelindustrie und -überwachung, der Beratung, der Analytik sowie der Strafverfolgung referieren aus der jeweiligen Perspektive zu Food Fraud & Food Defense.

Weitere Infos unter www.rae-weiss.de/veranstaltungen

Arbeitsrecht

Rechtssichere Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Am **07.05.2019** um 17:30 findet in unserem Münchener Büro eine Veranstaltung zum Thema „Rechtssichere Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ statt.

Anhand neuer gerichtlicher Entscheidungen und praxisrelevanter Fälle werden Arbeitgeber dazu sensibilisiert, Fehler bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu vermeiden.

Beatrix Lippert, Fachanwältin für Arbeitsrecht und David Wittemann, Rechtsanwalt, moderieren den Abend.

Herausgeber:
Weiss • Walter • Fischer-Zernin
Rechtsanwälte • Wirtschaftsprüfer • Steuerberater
Ansprechpartner: Dr. Jan Kreklau

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 | 80333 München | Tel.: 089 29 07 19-0
Prinzregentenstraße 20 | 83022 Rosenheim | Tel.: 08031 230 588-0
newsletter@rae-weiss.de | www.rae-weiss.de

Wir bitten Sie zu beachten, dass unsere Beiträge eine Auswahl aus der aktuellen wirtschafts- und steuerrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellen. Sie stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und können nicht die auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung ersetzen.

Falls Sie künftig diese Informationen der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin nicht mehr erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Betreff „Abbestellung report“ an newsletter@rae-weiss.de.
Datenschutzbeauftragter: Dr. Martin Weiß | Kontakt: datenschutzbeauftragter@rae-weiss.de