

Vom Angestellten zum Geschäftsführer und zurück – Arbeits- und Sozialversicherungsrechtliche Fallstricke

Anlässlich der „Beförderung“ eines Mitarbeiters zum Geschäftsführer stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der vertraglichen Gestaltung, die sowohl im Interesse der Gesellschaft als auch im Interesse des Mitarbeiters und zukünftigen Geschäftsführers offen angesprochen und verbindlich beantwortet werden sollten.

Konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsvertrages

Seit dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 07. 10. 1993 – 2 AZR 260/93 – entsprach es der ständigen Rechtsprechung des BAG, dass in dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags mit einem angestellten Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses liege. Nach dem Willen der vertragschließenden Parteien solle regelmäßig neben dem Geschäftsführer-Dienstvertrag nicht noch ein (zusätzliches) Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen.

Mit Wirkung zum 01. 05. 2000 trat § 623 BGB in Kraft. Danach bedurfte die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Bis zu dieser Gesetzesänderung war die Aufhebung von Arbeitsverträgen auch formlos, d. h. auch mündlich möglich. Die Rechtslage war seit Inkrafttreten des § 623 BGB umstritten.

Der sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat nun jedoch durch ein aktuelles Urteil vom 19. 07. 2007 – 6 AZR 774/06 – entschieden, dass sich an der bisherigen Rechtsprechung des BAG nichts ändern müsse. Insbesondere seien mit Abschluss des schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrags die Anforderungen des § 623 BGB gewahrt.

Probezeit für den „ehemaligen“ Geschäftsführer

Soll in „umgekehrter Richtung“ ein Geschäftsführer nach der Auflösung des Dienstvertrags auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags ohne wesentliche Änderungen seiner Arbeitsaufgaben weiterbeschäftigt werden, ist zu beachten, dass dies nach der Rechtsprechung des BAG regelmäßig auf den Willen der Parteien schließen lässt, die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf das neu begründete Arbeitsverhältnis anzurechnen (vgl. BAG, Urte. v. 24. 11. 2005 – 2 AZR 614/05 –). Im Zusammenhang mit der in § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geregelten Wartezeit hat dies eine erhebliche Bedeutung, denn für die Anwendbarkeit des

KSchG ist es notwendig, dass ein Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat.

Zeiten, in denen der Mitarbeiter als Geschäftsführer tätig war, sind bei der Berechnung der Wartezeit grundsätzlich nicht mitzuzählen. Die an sich



Matthias Busch,
Partner /
Fachanwalt
für Arbeitsrecht,
avocado
rechtsanwälte

also gesetzlich nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeit wird mangels ausdrücklich abweichender Vereinbarung auf das neu begründete Arbeitsverhältnis angerechnet. Der abberufene Geschäftsführer genießt deshalb regelmäßig in dem neu begründeten Arbeitsverhältnis von Anfang an Kündigungsschutz, wenn nicht z. B. durch eine ausdrückliche Probezeitregelung in dem Arbeitsvertrag ein abweichender Parteiwille zum Ausdruck kommt.

Sozialversicherungspflicht des Fremdgeschäftsführers

Regelmäßig ist der am Stammkapital nicht beteiligte Geschäftsführer abhängig Beschäftigter der GmbH und sozialversicherungspflichtig (vgl. BSG, Urte. v. 18. 12. 2001 – B 12 KR 10/01 R –). Die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zur Rentenversicherung und zur Bundesagentur für Arbeit ist jedoch aus finanziellen Gründen oft nicht gewünscht. Deshalb unterstellen die Parteien häufig ergebnisorientiert, dass mit der Übernahme des Geschäftsführeramtes eine selbständige Tätigkeit vorliege und keine Beitragspflicht bestünde. Dies begründet vor allem für die GmbH erhebliche finanzielle Risiken.

Eine Ausnahme von der regelmäßigen Sozialversicherungspflicht bestehe nach Ansicht des BSG aber nur dann, wenn der Fremdgeschäftsführer in der GmbH „schalten und walten“ könne, wie er wolle, weil er die Gesellschafter persönlich dominiere oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig seien. Dies ist insbesondere bei Geschäftsführern angenommen worden, die mit den Gesell-

schaftern familiär verbunden waren. In der Praxis wird eine familiäre Beziehung allerdings nur selten vorkommen.

Das Hessische Landessozialgericht (LSG) hat in einem Urteil vom 23. 11. 2006 eine selbständige Tätigkeit des Fremdgeschäftsführers außerhalb familiärer Beziehungen festgestellt (LSG Hessen, Urte. v. 23. 11. 2006 – L 1 KR 763/03 –). Die Entscheidungsgründe lassen erkennen, dass die Voraussetzungen für eine solche Annahme außerordentlich hoch sind. Der Geschäftsführer hatte schon vor der Gründung der GmbH ein enges Vertrauensverhältnis zu den Gesellschaftern, die ihm lediglich das Startkapital für die neu zu gründende GmbH zur Verfügung stellten, das der Geschäftsführer selbst nicht einbringen konnte. Er hatte das unternehmerische Konzept der Gesellschaft entwickelt und umgesetzt und verfügte über das alleinige Fachwissen. Das LSG hielt zudem die Erklärung des Geschäftsführers für glaubhaft, dass er aus der GmbH ausgeschieden wäre, wenn die Gesellschafter Beschlüsse gefasst hätten, die seinen Absichten entgegenstanden. Da hierdurch aber ein wesentlicher Geschäftsbereich weggebrochen wäre, habe auch dies für den beherrschenden tatsächlichen Einfluss und damit für eine selbständige Tätigkeit gesprochen.

reif aus erfahrung



avocado
rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel
www.avocado-law.com

Angesichts dieser Entscheidung wird deutlich, dass jedenfalls allein die typischen Argumente, wie die Befreiung von § 181 BGB, die bestehende Alleinvertretungsberechtigung, die fehlende Einflussnahme der Gesellschafter auf die tägliche operative Arbeit des Geschäftsführers und die Ausübung umfangreicher Arbeitgeberfunktionen regelmäßig nicht ausreichen, um aus sozialrechtlicher Sicht von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen.