



# NEWSLETTER 3/2010

Sehr geehrte Damen und Herren,

unser aktueller Newsletter behandelt Rechtsfragen für Geschäftsführer. Die Frage ist unter anderem, ob das Kündigungsschutzgesetz unter Umständen auch für Geschäftsführer gilt und ob es sich bei der unerlaubten Privatnutzung eines Dienstfahrzeugs um Lohn oder eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt.

Zum Inhalt:

Geschäftsführer: Wirksamkeit außerordentliche Kündigung.....	2
Anwendbarkeit des KSchG auf Geschäftsführer?.....	3
Privatnutzung des Dienstfahrzeugs durch GF: Lohn oder verdeckte GA?.....	4
Zum Zurückbehaltungsrecht nach rechtswidriger Versetzung.....	5
Kündigung einer Leitenden wegen Überwachungsmaßnahmen unwirksam.....	6
Handelsblatt.com: Wenn der Chef zum Gespräch bittet.....	7
Steuervorteile durch Abfindung innerhalb eines Jahres.....	7

## **Geschäftsführer: Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines Anstellungsvertrags sowie des zugrundeliegenden Gesellschafterbeschlusses**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages und über die zugrunde liegende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung. Der Kläger ist zusammen mit einem Dritten Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft. Der unbefristete Geschäftsführer-Anstellungsvertrag enthält eine Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Halbjahres- oder Jahresende. Anfang 2005 wurde der Kläger als Geschäftsführer ab-

berufen. Zudem wurde eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. Auf einer weiteren Gesellschafterversammlung am Mitte 2005 wurde der Kläger erneut abberufen. Außerdem wurde der Kläger noch mal – diesmal außerordentlich fristlos – gekündigt.

Der Kläger griff mit seiner Klage den Beschluss sowie die Kündigung an. Der Kläger ist der Auffassung, dass keine Gründe vorhanden seien, die den Ausspruch einer

außerordentlichen Kündigung rechtfertigen würden.

Zunächst hatte das LG festgestellt, dass der Gesellschafterbeschluss hinsichtlich der fristlosen Kündigung sowie der Ausspruch der Kündigung unwirksam seien. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht als Berufungsinstanz hat folgendes festgestellt:

Sowohl der Gesellschafterbeschluss als auch der Ausspruch der Kündigung sind wirksam. Es liegen weder Nichtigkeits- noch Anfechtungsgründe vor. Die außerordentliche fristlose Kündigung war nach dem OLG rechtmäßig. Nach § 626 BGB kann der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag fristlos gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Als

Kündigungsgründe wurden hier zwei Tatsachen genannt. Zum einen hat der Kläger Vermögen der Beklagten zweckwidrig entwendet, in dem er einem IT-Mitarbeiter Vergünstigungen zukommen ließ und dabei gegen seine Pflichten als Geschäftsführer und gegen die „Geschäftsordnung der Geschäftsführung“.

Zum anderen hat der Kläger einem anderen Mitarbeiter einen DVD-Player als Gegenleistung für erbrachte Mehrarbeit überlassen. Auch dadurch hat er gegen seine Pflichten zur sorgfältigen Geschäftsführung verstoßen.

Der Gesellschafterbeschluss ist somit wirksam. Aus diesem Grund ist auch die Vollziehung des Gesellschafterbeschlusses durch die fristlose Kündigung wirksam. (Urteil des OLG Hamm vom 25.11.2009 – Az. 8 U 61/09)

**Fazit:** Geschäftsführer sollten unbedingt auf Vergünstigungen und Zuwendungen an Mitarbeiter verzichten, um nicht mit dem Vorwurf der Entwendung von Gesellschaftsvermögen konfrontiert zu werden.

## Kein Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer

Zum Thema Kündigungsschutzrecht für Geschäftsführer einer GmbH gibt es wichtige Neuigkeiten:

In einer aktuellen Entscheidung hat der BGH entschieden, dass Kündigungsschutz auch für Geschäftsführer nach dem Kündigungsschutzgesetz durch eine entspre-

chende Regelung im Geschäftsführerdienstvertrag gelten kann.

Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers regelt die Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft, die nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind.

Da es sich dabei nicht um ein Arbeitsverhältnis handelt, findet das Kündigungsschutzgesetz normalerweise keine Anwendung. Dies ergibt sich auch aus § 14 Abs. 1 KschG, wonach die Unanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes für Organe juristischer Personen, und damit Geschäftsführer, angeordnet wird.

Nach dem BGH schließt die rechtliche Einordnung des Geschäftsführeranstellungsvertrags als freien Dienstvertrag nicht aus, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren und dadurch deren

Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen. Dabei dürfen solche Abreden nicht in die gesetzliche oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen.

Da die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes der Wirksamkeit einer Vereinbarung über die Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen nicht entgegenstehen, sind die Parteien nicht aus Rechtsgründen gehindert, eine solche Geltung zu vereinbaren.

(Urteil des BGH vom 10.5.2010 - Aktenzeichen: II ZR 70/09).

## **Gesellschafter-Geschäftsführer: Private Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs als Arbeitslohn oder verdeckte Gewinnausschüttung?**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte den folgenden interessanten Fall zu entscheiden: Im Rahmen einer Lohnsteuer-Außenprüfung bei der beklagten GmbH hat der Prüfer festgestellt, dass das ausschließlich für geschäftliche Zwecke zur Nutzung überlassene Dienstfahrzeug von einem der beiden alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer A von diesem privat genutzt worden sein könnte. Dies ergab sich daraus, dass kein Fahrtenbuch geführt worden ist und A nur über ein Cabrio mit Saisonkennzeichen verfügt. Das zuständige Finanzamt folgte der Ansicht der Prüfers und erließ einen Haftungsbescheid, da die Privatnutzung des Fahrzeugs seit 2001

im Rahmen der 1%-Regel als lohnsteuerpflichtige Sachbezug zu versteuern sei. Der Haftungsbescheid erging über Lohnsteuer in Höhe von über 30.000 €, Kirchensteuer ca. 3.000 € und Solidaritätszuschlag in Höhe von 1.800 €. Dagegen klagte die Beklagte. Das Finanzgericht gab der Klage statt und beurteilte den Vorteil aus der Fahrzeugnutzung nicht als Lohn, sondern als verdeckte Gewinnausschüttung. Diese Ansicht teilt der BFH nicht.

Zum Arbeitslohn gehören alle geldwerten Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden, § 19 Abs. 1 S. Nr. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 EstG. Auch die unentgeltliche oder ver-

billigte Überlassung eines Dienstwagens durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für dessen Privatnutzung führt zu einer Bereicherung des Arbeitnehmers und damit zum Lohnzufluss.

Um zwischen verdeckter Gewinnausschüttung und Arbeitslohn zu unterscheiden, kommt es darauf an, ob das Fahrzeug vertragsgemäß oder –widrig genutzt wird. Bei vertragsgemäßer Nutzung liegt ein Sachlohn und damit ein lohnsteuerlich relevanter Vorteil vor. Bei der Nutzung und Gestattung der Gesellschaft liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, sodass kein Lohncharakter zu erkennen ist. Ein Vorteil, den der Arbeitnehmer gegen den Willen des Gesellschafters erlangt, wird nicht „für“ eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt.

Anders ist dies zu bewerten, wenn die Nutzungsbeschränkung bzw. das -verbot nicht ernstlich, sondern nur formal vereinbart wird. Üblicherweise wird der Arbeitgeber

eine unbefugte Nutzung nicht dulden. Wenn der Arbeitgeber – hier die Kapitalgesellschaft – die unbefugte Nutzung durch den Arbeitnehmer – hier der Gesellschafter-Geschäftsführer – nicht unterbindet, kann dies sowohl durch das Beteiligungs- als auch durch das Arbeitsverhältnis veranlasst sein.

Dabei ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung notwendig. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Abweichung von der schriftlichen Vereinbarung auf einer mündlich oder konkludent getroffenen Nutzungs- oder Überlassungsvereinbarung beruhen kann, die aus dem Arbeitsverhältnis stammt.

(Urteil des BFH vom 11.2.2010 – Aktenzeichen VI R 43/09)

**Fazit:** Die Ansicht des BFH ist zu folgen. In Konstellationen wie im vorliegenden Fall kann es sich bei der unerlaubten privaten Nutzung um einen Sachlohn handeln, wenn sie nicht ernstlich genug vom Arbeitgeber unterbunden wird.

## ABELN Rechtsanwälte erstreitet Zurückbehaltungsrecht nach rechtswidriger Versetzung

Urteil des LAG Niedersachsen vom 14. Juni 2010 - positives Signal für vertragswidrig beschäftigte Führungskräfte

Wird ein Arbeitnehmer versetzt und gewinnt er in erster Instanz seine Klage gegen die Versetzung, darf er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, ohne Repressalien des Arbeitgebers fürchten zu müssen. Er kann also zu Hause

bleiben und muss der rechtswidrigen Weisung des Arbeitgebers für den Rest des Verfahrens nicht nachkommen. In den oft langwierigen Versetzungsstreitigkeiten ist das ein entscheidender taktischer Vorteil für den Arbeitnehmer.

Dies hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in einem Urteil am 14. Juni 2010 (12 Sa 1251/09) entschieden. Die Klägerin war von ihrem Arbeitgeber rechtswidrig auf eine nicht gleichwertige Funktion versetzt worden. Bleibt ein Arbeitnehmer nach der Versetzung zu Hause, droht Abmahnung oder Kündigung. Es ist jedoch legitim, nach Feststellung einer unwirksamen Versetzung in der ersten Instanz ein Zurückbehaltungsrecht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Gerichtsverfahrens zu geben, so die Richter. Bis zur Zuweisung einer neuen gleichwertigen Tätigkeit steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, die Arbeitsleistung an dem neuen - nicht gleichwertigen - Arbeitsplatz zu verweigern.

Das Urteil des LAG Niedersachsen vom 14. Juni 2010 ist eine wegweisende Entschei-

dung, denn bisher übten Arbeitgeber mit der Zuweisung von geringwertigeren Arbeitsaufgaben gern Druck auf unliebsame Führungskräfte aus (sogenanntes „Abstellgleis“). Viele halten dem Druck nicht Stand und werfen nach einigen Monaten von sich aus das Handtuch. Die Arbeitgeber konnten „auf Zeit spielen“ und die rechtswidrige Versetzung oft über zwei Instanzen aufrecht erhalten. Der Arbeitnehmer musste bislang immer mit einer Kündigung rechnen, wenn er zu Hause blieb, obwohl das erstinstanzliche Arbeitsgericht die Versetzung bereits als rechtswidrig eingeschätzt hatte. Die rechtswidrige Versetzung hat für die Arbeitgeber damit einiges an „Charme“ verloren.

## Kündigung einer leitenden Angestellten im Bereich Compliance und Korruptionsbekämpfung wegen Überwachungsmaßnahmen unwirksam

Das Arbeitsgericht Berlin hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Die Deutsche Bahn hat einer leitenden Angestellten im Bereich Compliance und Korruptionsbekämpfung sowohl außerordentlich als auch ordentlich gekündigt. Die Aufgabe der Mitarbeiterin war es, Schäden vom Unternehmen und deren Tochterunternehmen abzuwenden, in dem sie Korruptionsverdachte aufklären sollte.

Zur Erfüllung dieser Aufgabe veranlasste sie Überwachungsmaßnahmen durch Detektive oder die Überwachung ausgetauschter Daten, insbesondere auch von E-Mails innerhalb des Intranets. Nach dem Bekanntwerden des Überwachungsskandals im Oktober 2009 und dem gegen den Konzern verhängten Bußgeld kündigte die Bahn der Mitarbeiterin. Gegen die Kündigungen ging die Klägerin vor.

Das Arbeitsgericht Berlin hat entschieden, dass die Kündigungen unwirksam sind. Kündigungen im Bereich Compliance und Korruptionsbekämpfung wegen Überwachungsmaßnahmen sind nur zulässig, wenn der Mitarbeiter, der sie veranlasst hat, objektiv rechtswidrig gehandelt hat und subjektiv von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme gewusst hat.

Nach dem Arbeitsgericht erfordert dies gesteigerte Darlegungen durch den Arbeitgeber, sofern der betroffene Arbeitnehmer keine juristische Ausbildung genossen hat

oder die anderen Mitarbeiter seiner Arbeitsgruppe über vertiefte juristische Kenntnisse verfügen und keine Bedenken gegen die Maßnahmen hatten.

Liegt ein begründeter Verdacht einer Straftat vor, liegt es nahe, dass insbesondere zur Korruptionsbekämpfung Überwachungsmaßnahmen gegenüber verdächtigen Mitarbeitern oder außenstehenden Dritten veranlasst werden.

(Urteil des ArbG Berlin vom 18.2.2010 – Aktenzeichen 38 Ca 12879/09)

## Wenn der Chef zum Gespräch bittet

Beitrag auf **www.handelsblatt.com**: Personalgespräche sind vielen Führungskräften wie Mitarbeitern ein Graus. Vor allem, wenn Veränderungen im Unternehmen anstehen und Aufgaben neu ver-

teilt werden müssen, drohen schwere Konflikte. Was Führungskräfte und Mitarbeiter bei Personalgesprächen wissen müssen.

### **Link zum Beitrag:**

<http://www.handelsblatt.com/arbeitsrecht-wenn-der-chef-zum-gespraech-bittet;2588758>

## Abfindung in nur einem Jahr bringt steuerliche Vorteile

Nach einem aktuellen Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) kommt es nur dann zur Steuerermäßigung, wenn eine Abfindungszahlung komplett innerhalb eines Jahres erfolgt. Tarifiermäßigungen scheidet aus, wenn die Abfindung in zwei oder mehr Veranlagungszeiträumen ausgezahlt wird,

auch wenn sich dann ein Progressionsnachteil ergibt. Nach dem BFH liegt der Sinn und Zweck der Vorschrift darin, dass die zu begünstigenden Einkünfte zusammengeballt zu erfassen sind.

Eine Ausnahme davon ist nur dann möglich, wenn eine geringfügige Zahlung in

einem anderen Jahr erfolgt oder aus Gründen der sozialen Fürsorge für eine Übergangszeit ergänzende Zusatzleistungen gewährt werden. Dies darf jedoch nur einen zur Hauptzahlung ergänzenden Zusatz darstellen. Dabei darf die Nachzahlung nicht mehr als fünf Prozent der Gesamtleistung darstellen.

Zu der Tarifiermäßigung kommt es durch die sogenannte Fünftel-Regelung. Hierbei wird zunächst die Einkommenssteuer ohne die Abfindung berechnet. Erst danach

kommt die Abfindung mit einem Fünftel hinzu. Die darauf entfallende Steuer wird dann verfünffacht.

Die Abfindung muss innerhalb eines Kalenderjahres fließen. Günstig ist ein Aufschub über den Jahreswechsel hinaus, weil die übrigen Einkünfte wegen vorübergehender Arbeitslosigkeit dann geringer ausfallen.

(Urteil des BFH vom 11.5.2010 – Aktenzeichen IX R 39/09)