

## TIPPS & WISSENSWERTES

Liebe Leserin, lieber Leser!

In unserem heutigen Rundschreiben informieren wir über neue Entscheidungen im Sozialversicherungs-, Arbeits- und Zivilrecht. Fremdgeschäftsführer einer GmbH sind trotz faktischer Weisungsfreiheit versicherungspflichtige Arbeitnehmer. Von dieser Grundsatzentscheidung berichtet der erste Beitrag. Im zweiten Beitrag informieren wir Sie über eine Veränderung im Krankengeldbezug, vor allem bei längeren Arbeitsunfähigkeiten. Die zwei folgenden Beiträge befassen sich mit den Voraussetzungen für einen Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre.

### **Bundessozialgericht verkündet Grundsatzurteile zur Sozialversicherungspflicht** Faktische Weisungsfreiheit ersetzt keine gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht

Der sozialversicherungsrechtliche Status eines GmbH-Geschäftsführers ist immer wieder Gegenstand von rechtlichen Auseinandersetzungen mit der Deutschen Rentenversicherung. Eine begrenzte Sicherheit bietet das Statusfeststellungsverfahren. Werden jedoch in diesem Antragsverfahren unzutreffende Angaben vom Antragsteller gemacht, so kann es später zu hohen Nachforderungen durch die Sozialversicherungsträger kommen. Die Nachforderungen sind für die letzten vier Jahre möglich, somit aktuell bis 2011 zurück.

#### **Fremdgeschäftsführer einer „Familien-GmbH“ ist versicherungspflichtig**

In zwei aktuellen Urteilen äußerte sich das Bundessozialgericht (BSG) zum sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fremdgeschäftsführers. In beiden Fällen lehnte das BSG in gefestigter Meinung die Anwendung der sog. „Kopf und Seele“- Rechtsprechung für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach § 7 Abs. 1 SGB IV ab. Ein GmbH-Geschäftsführer ist danach sozialversicherungspflichtig, wenn er seine Tätigkeit als Beschäftigung im Angestelltenverhältnis ausübt. Diese Tatsache besteht in aller Regel beim Fremdgeschäftsführer, da ihm die im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht, unangenehme Weisungen durch Stimmrechte zu verhindern, fehlt. Diese fehlende Rechtsmacht kann auch nicht durch weitreichende Befugnisse und eine faktische Weisungsfreiheit in der betrieblichen Praxis ausgeglichen werden, um die Geschäftsführung doch im Rahmen einer Selbständigkeit auszuüben.

Im Urteil vom 29. Juli 2015 – B 12 KR 23/13 wurde die Renten- und Arbeitslosenversicherung für den Fremdgeschäftsführer bejaht. Der Geschäftsführer war zunächst als Vertriebsleiter in der GmbH tätig, deren alleinige Gesellschafterin die Ehefrau des späteren Fremdgeschäftsführers war. Der Geschäftsführer besaß aufgrund seiner Ausbildung und der umfangreichen fachlichen Kenntnisse eine Stellung in der GmbH, die faktisch einem Alleininhaber entsprach. Diese Position wurde durch die familiäre Verbindung zwischen Geschäftsführer und Gesellschafterin bestärkt. Doch all diese Argumente konnten die obersten Richter des BSG nicht überzeugen. Nach Ansicht des BSG begründen die weitreichenden Befugnisse und die faktische Weisungsfreiheit für sich keine Selbständigkeit. Dies gelte auch dann, wenn diese Umstände auf besondere Rücksichtnahme innerhalb eines Familienunternehmens beruhen.

Ähnlich gelagert ist auch der Sachverhalt im zweiten Urteil vom selben Tage – B 12 R 1/15 R. Der Fremdgeschäftsführer betrieb in der Vergangenheit ein Einzelunternehmen, welches in eine GmbH umgewandelt wurde. Die alleinige Gesellschafterin der GmbH war die Lebensgefährtin und spätere Ehefrau des Geschäftsführers. Das BSG urteilte auch hier, dass der Geschäftsführer mangels einer Beteiligung an der GmbH in einem fremden Unternehmen tätig ist. Hieran ändere es nichts, dass er das Unternehmen zuvor als Einzelunternehmen geführt habe. Etwas anderes gelte auch nicht deshalb, weil der Geschäftsführer „Kopf und Seele“ des Unternehmens sei und dieses nach eigenem „Gutdünken“ führe. Da die Anwendung der „Kopf und Seele“ Rechtsprechung durch den erkennenden Senat abgelehnt wurde, konnte auch offen bleiben, ob überhaupt von einer „Familien-GmbH“ gesprochen werden kann, wenn zunächst nur eine Lebensgemeinschaft mit der späteren Ehefrau besteht.

**Hinweis**

Die vorinstanzlichen Sozialgerichte und Landessozialgerichte haben in beiden Fällen noch anders argumentiert! Das BSG hat in seinen Entscheidungen erstmals ausdrücklich klargestellt, dass der sozialversicherungsrechtliche Status nach § 7 Abs. 1 SGB IV nicht durch überlegenes Fachwissen (Aufgabe der „Kopf und Seele“- Rechtsprechung) beeinflusst werden kann. Dies ist eine deutliche Zäsur in der bisherigen Bewertung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Daher gewinnen klare und eindeutige Regelungen in der GmbH-Satzung und im Anstellungsvertrag an Bedeutung.

Wenn auch Sie Geschäftsführer in einer ähnlichen Konstellation sind, ist eine anwaltliche Unterstützung von spezialisierten Anwälten dringend angeraten. Bei allen Fragen helfen Ihnen die ETL Rechtsanwälte gern weiter.

Raik Pentzek, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Greifswald

Helge Schwartz, Rechtsanwalt  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Greifswald

**Krankengeldanspruch nur bei lückenlosen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen**  
GKV-Versorgungsstärkungsgesetz schließt Lücke beim Krankengeldanspruch

Mit der Veröffentlichung des Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz) am 22. Juli 2015 wurde ein oft gesehenes Praxisproblem für die Zukunft behoben. Ab sofort entsteht der Krankengeldanspruch mit dem Tag der Arbeitsunfähigkeit unabhängig ob die Behandlungen stationär oder ambulant erfolgen.

Dies war bis vor kurzem nicht so. Für das Entstehen eines Krankengeldanspruchs ist die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt notwendig. Die ärztliche Bescheinigung ist somit die Voraussetzung für das Krankengeld. Nach dem bisherigen § 46 SGB V bestand der Krankengeldanspruch bei Krankenhausaufenthalt oder der Behandlung in Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen ab dem ersten Tag. Nicht so bei einer ambulanten Krankschreibung, wo die Genesung im häuslichen Umfeld erfolgt. Hier bestand erst ab Tag 2 der Krankschreibung ein rechtlicher Anspruch auf Krankengeld durch die Krankenkasse.

Eine fortdauernde Krankschreibung muss dabei lückenlos erfolgen. Damit war es zwingend notwendig, dass spätestens am letzten Tag der Krankschreibung die Folgebescheinigung ausgestellt wurde. Doch was war, wenn der letzte Tag auf ein Wochenende fiel oder wenn die Arztpraxis z. B. wegen Weiterbildung geschlossen hatte? Wurde die Krankschreibung in diesen Fällen erst am darauffolgenden Werktag durch den Arzt ausgeschrieben, so wurde die Krankheit unterbrochen und damit ruhte der Krankengeldanspruch mindestens für diesen Tag.

Dies bestätigte das Bundessozialgericht (BSG) in einem Urteil vom 4. März 2014 (B 1 KR 17/13 R). Im konkreten Fall war die Versicherte bis Sonntag, den 24. Oktober 2010 arbeitsunfähig gemeldet. Am Montag, den 25. Oktober 2010 wurde die Arbeitsunfähigkeit bis auf weiteres verlängert. Da der Krankengeldanspruch für die Folgebescheinigung erst am 26. Oktober 2010 wieder entstand, lehnte die Krankenkasse die Zahlung des Krankengeldes mit Erfolg ab.

In ähnlicher Weise urteilten auch die Richter am Sozialgericht Stade (Urteil vom 21. Juli 2015 – S 29 KR 291/14). Auch hier hätte die Versicherte, deren Arbeitsunfähigkeit bis Sonntag, den 31. August 2014 bescheinigt war, bereits am Freitag, den 29. August 2014 beim Arzt vorstellig werden müssen.

**Hinweis:**

Das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz hat die beschriebene Lücke geschlossen, so dass ab sofort der Krankengeldanspruch nicht unterbrochen wird, wenn die ärztliche Feststellung der weiteren Arbeitsunfähigkeit spätestens am nächsten Werktag nach dem zuletzt bescheinigten Ende der Arbeitsunfähigkeit erfolgt. Dabei gelten Samstage nicht als Werktage. Rückwirkende Krankschreibungen bleiben weiterhin ausgeschlossen.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Krankenkassen bis zum letzten Mitarbeiter bereits Kenntnis von der Gesetzesänderung ab 23. Juli 2015 haben. Wird die neue Regelung durch

Ihre Krankenkasse nicht beachtet und das Krankengeld wegen der Folgebescheinigung eingestellt, so ist schnelles Handeln nötig. Holen Sie sich Unterstützung von Anwälten für Sozialversicherungsrecht. Die ETL-Rechtsanwälte helfen Ihnen gern.

Raik Pentzek, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Greifswald

Helge Schwartz, Rechtsanwalt  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Greifswald

### **Betriebs-/Betriebsteilübergang im Sinne von § 613a BGB** Abgrenzung zur Funktions- und reinen Auftragsnachfolge

Will ein Unternehmer aus Altersgründen sich zur Ruhe setzen oder muss er aus wirtschaftlichen Gründen umstrukturieren, steht der Betrieb oder Betriebsteil zum Verkauf. In diesem Zusammenhang sind dann auch die Rechte und Pflichten des Übernehmers zu klären. Bei einem Geschäftsübergang im Sinne des § 613a BGB gehen auch alle Anwartschaften der Arbeitnehmer und die daraus resultierenden Pflichten des Arbeitgebers auf den neuen Inhaber über. Da dies nicht in jedem Fall gewollt ist, kommt es zu Vertragskonstellationen, die rechtliche Fragen und Streitigkeiten vor Gericht nach sich ziehen.

### **Betriebsübergang nach § 613a BGB auch bei freier Mitarbeit von vormals angestellte Mitarbeitern**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) versteht unter einem Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang im Sinne von § 613a Abs. 1 BGB die Fortführung einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität durch den neuen Rechtsträger. Dabei muss es sich – so der BAG – um eine auf Dauer angelegte Einheit handeln, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Nach Meinung des BAG handelt es sich bei einer solchen Einheit um jede hinreichend strukturierte und selbständige Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck. In seinem Urteil vom 19. März 2015 (8 AZR 119/14) betont das BAG noch einmal, dass den für das Vorliegen eines Übergangs maßgebenden Kriterien je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden ein unterschiedliches Gewicht zukomme. Bei der Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit ihre Identität nach dem Übergang bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. In die Beurteilung des Vor- und Nachher sind namentlich die Art des Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils, die vorhandenen materiellen Betriebsmittel, Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Übergang einzubeziehen. Aber auch der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt der Übertragung, eine etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit verrichteten Tätigkeiten vor und nach dem Übergang sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten sind in die Betrachtung einzubeziehen. Dabei sind alle genannten Faktoren jedoch nur Teilaspekte einer vorzunehmenden Gesamtbewertung. Sie dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Unter dem Blickwinkel einer Gesamtbetrachtung stellte das BAG in seinem Urteil einerseits fest, dass die freie Mitarbeit von Lokalredakteuren, die vorher im Angestelltenverhältnis beim übertragenden Unternehmen beschäftigt waren, nicht gegen einen Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang im Sinne des § 613a BGB spricht. Andererseits bestätigte das BAG unter Würdigung aller vorhandenen Faktoren und ihrer unterschiedlichen Gewichtungen die Urteile der Vorinstanzen und verneinte im konkreten Fall eine Anwendung des § 613a BGB.

### **Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB ohne nennenswerte materielle oder immaterielle Werte möglich**

In einem weiteren Urteil vom 19. März 2015 (8 AZR 150/14) hat das BAG sich auch mit dem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB befasst. Auch in diesem Urteil betont es die Gesamtbetrachtung aller vorhandenen Faktoren in ihrer unterschiedlichen Gewichtung je nach Produktions- oder Betriebsmethode. Das BAG stellt aber auch fest, dass ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vorliegen kann, wenn eine strukturierte Gesamtheit von Arbeitnehmern trotz des Fehlens nennenswerter materieller oder immaterieller Vermögenswerte eine wirtschaftliche Einheit darstellt, weil es bei betroffenen Betrieben im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft

ankommt. Funktioniert eine Einheit auch ohne nennenswerte Vermögenswerte, so können diese materiellen Vermögenswerte nach der Übernahme nicht an Bedeutung für die Identität der wirtschaftlichen Einheit gewinnen. Die Identität der wirtschaftlichen Einheit in einem Betriebsübergang nach § 613a BGB ist gewahrt, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Umfang und Sachkenntnis wesentlichen Teil des Personals übernimmt. Allein die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen ist ebenso wenig ein Betriebsübergang wie die reine Auftragsnachfolge.

### **Hintergrund**

Im Rahmen eines Dienstleistungskonzerns wurde die Zustellung von Presseerzeugnissen im Raum München neu vergeben. Von den vormals 57 Zustellern der A-GmbH unterbreitete der neue Betriebsinhaber, die B-GmbH, nur sieben Mitarbeitern einen neuen Arbeitsvertrag. Dies entspricht nicht einem wesentlichen Umfang der Mitarbeiter und somit wurde keine wirtschaftliche Einheit begründet und ein Betriebsübergang durch die obersten Richter des BAG verneint. Die Tatsache, dass die B-GmbH die Haustürschlüssel für den bisherigen Zustellbezirk der A-GmbH erhielt, ist nicht unwesentlich, jedoch auch nicht von übergeordneter Bedeutung, da die menschliche Arbeitskraft der Zusteller dem Unternehmen das Gepräge gaben. Eine wirtschaftliche Einheit kann auch die strukturierte Gesamtheit von Arbeitnehmern darstellen, wenn die menschliche Arbeitskraft in den betroffenen Betrieben, wie hier die Zustellung, die wesentliche Bedeutung haben.

### **Hinweis**

Aus einem Betriebsübergang nach § 613a BGB erwachsen eine Vielzahl von Verpflichtungen für den neuen Betriebsinhaber. Zum wiederholten Male machte das BAG auf die Unterschiede zwischen einer Funktionsnachfolge, einer reinen Auftragsnachfolge und einem Betriebsübergang klar. Neu ist das diese Abgrenzung auch innerhalb eines Konzerns nach den üblichen Kriterien vorgenommen werden muss. Wenn Sie eine Umstrukturierung in Ihrem Unternehmen planen, die auch die Fragen eines möglichen Betriebsübergangs berühren, wenden Sie sich an die ETL Rechtsanwälte, die Ihnen gern helfen.

Jana Jocksch, LL.M., Rechtsanwältin  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Köln

Dr. Uwe Schlegel, Rechtsanwalt  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Köln

## **Widerspruch gegen Übergang des Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB**

Nur gegen letzten Betriebsübergang ist Widerspruch möglich

Arbeitnehmer müssen bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB durch den Arbeitgeber informiert werden. Sie können dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils innerhalb eines Monats gegenüber dem alten oder neuen Arbeitgeber widersprechen.

Das Widerspruchsrecht besteht immer infolge des letzten Betriebsübergangs. Darauf verweist das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 24.04.2014 (8 AZR 369/13). Im konkreten Fall hatte ein Arbeitnehmer einen mehrmaligen Betriebsübergang seines Arbeitgebers ohne Widerspruch hingenommen, wobei sich die Arbeitsbedingungen im zeitlichen Verlauf immer weiter verschlechterten. Als er Kenntnis von der fehlerhaften Mitteilung eines früheren Betriebsübergangs erhielt, versuchte er im Klageverfahren die Anerkennung des Arbeitsverhältnisses unter den früheren Bedingungen. Die Revision vor dem BAG wurde unter Bestätigung des Urteils des Landesarbeitsgerichts abgewiesen.

### **Hinweis**

Fragen zum Betriebsübergang nach § 613a BGB sind für alle Beteiligten äußerst komplex. Die anwaltliche Begleitung ist deshalb angeraten.

Dr. Uwe Schlegel, Rechtsanwalt  
ETL Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsgesellschaft, Köln

Haben Sie Fragen zu den Themen dieses Rundschreibens? Dann sprechen Sie uns an.  
Wir beraten Sie gern!

**Ihre Steuerberatungskanzlei**

**Bothe**

**Steuerberatungsgesellschaft mbH**

**August-Schmidt-Ring 9**

**45665 Recklinghausen**

**Tel. 02361/ 2 77 77**

**Fax 02361/ 2 88 01**

**[www.steuerberater-vest.de](http://www.steuerberater-vest.de)**

Mitglied im ETL-Verbund

[www.ETL.de](http://www.ETL.de)