



## **RECHT AKTUELL**

**Ausgabe 3/2011**

**Schwerpunkte dieser Ausgabe: Arbeits- und Gesellschaftsrecht**

**aclanz** Partnerschaft von Rechtsanwälten  
An der Hauptwache 11 (Alemanniahaus), 60313 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 0, Fax: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 10  
E-Mail: [info@aclanz.de](mailto:info@aclanz.de), Web: [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)

## 1. Versicherungstarife müssen ab 21.12.2012 geschlechtsneutral sein

Eine an das Geschlecht anknüpfende Differenzierung von Prämien und Leistungen in Versicherungsverträgen ist mit dem europäischen Recht nicht vereinbar. So hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 1.3.2011 - C-236/09 - entschieden. Dabei ging es darum, ob Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG, der den Mitgliedstaaten die Zulassung geschlechtsbezogener Differenzierungen unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich gestattet, europarechtskonform ist. Deutschland hat mit § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG eine entsprechende Ausnahmeregelung getroffen. Diese Ausnahme ist mit Wirkung vom 21.12.2012 wegen Verstoßes gegen Art. 21 und Art. 23 der EU-Grundrechtscharta ungültig. Die bisher unterschiedlichen Prämien für Männer und Frauen dürften sich auf einem durchschnittlichen Niveau treffen. Kaum absehbar sind die weiteren Konsequenzen des Urteils. Denkbar ist, dass der EuGH den Grundsatz auch auf die konkrete Risikoprüfung überträgt. Auch Differenzierungen aufgrund geschlechtsspezifischer Vorerkrankungen dürften danach kritisch werden.

## 2. Berechnungsdurchgriff - Rückgriff auf die Konzernmutter bei der Bemessung eines Sozialplans?

Werden einem sozialplanpflichtigen Arbeitgeber im Zuge einer Ausgliederung i.S.d. § 134 UmwG die für Fortführung seines Betriebs wesentlichen Vermögensteile nicht entzogen, so ist bei der Dotierung des Sozialplanvolumens nur auf das Vermögen des sozialplanpflichtigen (ausgliederten) Arbeitgebers abzustellen. Auf das Vermögen der Konzernmutter oder anderer Konzerngesellschaften kommt es dagegen nicht an. Das hat das Bundesarbeitsgericht am 15.3.2011 - 1 ABR 97/09 - beschlossen. Das Gericht kassierte damit einen Einigungsstellenspruch, der ein Sozialplanvolumen in Höhe von 1,3 Mio. EUR festlegte, obwohl die Bilanz des Arbeitgebers einen Fehlbetrag von 3 Mio. EUR auswies. Die Einigungsstelle legte aber das Vermögen der Konzernmutter zugrunde. Dem folgte das Bundesarbeitsgericht nicht.

## 3. Betriebsbedingte Kündigung – Arbeitgeberseitige Darlegungslast beim Abbau einer Hierarchieebene

Bedeutet der Abbau einer Hierarchieebene gleichzeitig den Abbau eines Arbeitsplatzes, so ist diese unternehmerische Entscheidung ausnahmsweise auf ihre sachliche Rechtfertigung durch das Gericht zu untersuchen. Das Bundesarbeitsgericht bestätigt mit seinem Urteil vom 16.12.2010 - 2 AZR 770/09 - seine bisherige Rechtsprechung. Geht der Abbau einer Hierarchieebene mit einer Umverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben einher, muss der Arbeitgeber darlegen, ob der Beschäftigungsbedarf für den betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich weggefallen ist. Der Arbeitgeber muss insbesondere anhand einer schlüssigen und detaillierten Prognose darstellen, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können.

#### 4. **Ankündigung eines „vorläufigen“ Bonus: noch keine Bonuszusage!**

Der Fall betraf die Dresdner Bank. Deren Vorstand beschloss, der Dresdner Kleinwort Investment Bank (DKIB) für das Jahr 2008 ein Bonusvolumen von 400 Mio. EUR zur Verfügung zu stellen. Das wurde den betreffenden Mitarbeitern mitgeteilt. Später erhielt jeder der Mitarbeiter ein Schreiben, in dem die jeweilige individuelle Bonushöhe aufgeführt wurde. Das Schreiben wies darauf hin, dass die Höhe „vorläufig“ sei und unter dem Vorbehalt der Prüfung der Ertragslage stehe. Nach Prüfung kürzte die DKIB den jeweils mitgeteilten Bonus um 90 %. Dagegen klagten 14 Mitarbeiter, die sich auf die mitgeteilte Bonushöhe berufen. Das Hessische Landesarbeitsgericht, 20.9.2010 - 7 Sa 2082/09, gibt der DKIB Recht: Der Beschluss über das Bonusvolumen sei nicht bindend, ebenso wenig die schriftliche Ankündigung der vorläufigen Bonushöhe. Die Kürzung der angekündigten Boni sei nicht ermessensfehlerhaft, sondern durch die schlechte Ertragslage der DKIB und die Bankenkrise gerechtfertigt. Es ist damit zu rechnen, dass einige der Kläger Revision einlegen und das Bundesarbeitsgericht demnächst über diese Frage entscheidet.

#### 5. **Board Members einer US-Kapitalgesellschaft: in Deutschland sozialversicherungspflichtig!**

Arbeiten Mitglieder des „board of directors“ einer US-Kapitalgesellschaft (hier: McDonald's Deutschland Inc.) in deren deutscher Niederlassung, so unterliegen sie in Deutschland der Sozialversicherungspflicht (hier: gesetzliche Renten und Arbeitslosenversicherung). So sieht es das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 12.1.2011 – B 12 KR 17/09 R. Zur Begründung führt das Gericht an, dass es keine Vorschriften gebe, welche die Sozialversicherungspflicht von Board Members ausschließe. Dies sei bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft anders, dort gebe es die Ausnahmebestimmungen der §§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III, 1 Satz 4 SGB VI. Diese Ausnahmebestimmungen könnten nicht zugunsten eines Board Members analog angewendet werden. Die Entscheidung wurde bereits kritisiert: Sie vernachlässige die vorgelagerte Frage, ob ein Board Member überhaupt ein abhängig Beschäftigter i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV sei (so Ege, Betriebsberater 2011, 563). Die Praxis wird allerdings vorerst dieser Rechtsprechung Rechnung tragen müssen.

#### 6. **Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Zahlung rückständiger Steuern und Arbeitnehmeranteile der Sozialbeiträge nach Insolvenzreife?**

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet persönlich, wenn er nach Eintritt der Insolvenzreife Zahlungen der GmbH veranlasst, es sei denn, die betreffende Zahlung wäre auch noch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar (§ 64 Satz 1 und 2 GmbHG). Was das genau heißt, hat der Gesetzgeber offen gelassen. Auf der anderen Seite begeht der Geschäftsführer eine Ordnungswidrigkeit, wenn die GmbH fällige Umsatzsteuer und Lohnsteuer nicht bezahlt. Hierfür haftet der Geschäftsführer auch gegenüber dem Finanzamt persönlich. Ähnliches gilt bei der Nichtzahlung von fälligen Arbeitnehmeranteilen an die Sozialversicherung. Der Geschäftsführer kann sich insofern sogar strafbar machen. Der Bundesgerichtshof hat hierzu nun erkannt: Der Geschäftsführer darf auch nach

Insolvenzreife fällige Umsatzsteuer und Lohnsteuer sowie Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge bezahlen, ohne damit rechnen zu müssen, hierfür später vom Insolvenzverwalter persönlich auf Rückzahlung nach § 64 GmbHG in Anspruch genommen zu werden. Solche Zahlungen seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar (Bundesgerichtshof, 25.1.2011 - II ZR 196/09). Ausdrücklich ausgenommen hat der Bundesgerichtshof dabei aber die Zahlung von Arbeitgeberanteilen an Sozialversicherungsbeiträgen.

## **7. GmbH-Anteilsübertragung: Beurkundung durch Schweizer Notar zulässig!**

Erfolgt die Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen durch einen Schweizer Notar, so ist die Abtretung wirksam. Genauso verhält es sich mit der Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG; ob der Schweizer Notar diese selbst einreicht oder sich dabei eines deutschen Notars als Boten bedient, ist dabei nicht relevant. Dies entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf, 2.3.2011 – I-3 Wx 236/10. Voraussetzung ist, dass die Beurkundung im Ausland der deutschen funktionell und personell gleichwertig ist. Im vorliegenden Fall wurde dies für einen in Basel zugelassenen Notar bejaht. Diese Auffassung ist aber nicht unumstritten. Anders sieht es etwa das Landgericht Frankfurt, 7.10.2009 – 3-13 O 46/09, wonach nach der Reform des GmbH-Gesetzes durch das MoMiG eine solche (häufig kostensparende) Auslandsbeurkundung nicht mehr möglich sei. Solange die Frage nicht eindeutig geklärt ist, ist bei Auslandsbeurkundungen Zurückhaltung zu üben.

## **8. Externe Rechtsberatung der Aktiengesellschaft durch ein Mitglied des Aufsichtsrats: Zustimmungserfordernis des Gesamtaufsichtsrats**

Zahlungen des Vorstands an eine Anwaltskanzlei, an der ein Mitglied des Aufsichtsrats beteiligt ist, muss der Gesamtaufsichtsrat vorher zustimmen. Eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat reicht insofern nicht aus. So hat das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 15.2.2011 - 5 W 39/09 - entschieden. Geklagt hatten zwei Aktionäre der Fresenius SE. Sie wollten die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat nicht akzeptieren, weil der Aufsichtsrat der Tätigkeit der Rechtsanwaltskanzlei, an der ein Aufsichtsratsmitglied beteiligt war, nicht vorher zugestimmt hatte. Das Gericht gab den Aktionären Recht. Zwar habe der Aufsichtsrat vorab ein Jahresbudget für die Beratung durch die Rechtsanwaltskanzlei erteilt. Dies reiche aber als Zustimmung für die konkreten Beratungsleistungen nicht aus. Die nachträgliche Genehmigung des Aufsichtsrats (vgl. § 114 Abs. 2 AktG) bewirke nicht, dass die zuvor begangene Pflichtverletzung geheilt werde. Das Urteil wird weitreichende Auswirkungen haben. Denn häufig vergibt ein Unternehmen Rechtsberatungsleistung an eine Anwaltskanzlei eines Aufsichtsratsmitglieds, ohne dass der Aufsichtsrat dem konkret zugestimmt hätte; stattdessen erfolgt eine nachträgliche Genehmigung. Diese Verfahrensweise steht jetzt auf dem Prüfstand. Ob sich die strenge Linie des Oberlandesgerichts Frankfurt durchsetzen wird, ist allerdings offen. Denn eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht noch aus.



**JOACHIM HUND-VON HAGEN, D.E.A. (PARIS II)**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Wirtschaftsmediator  
[Joachim.HundvHagen@aclanz.de](mailto:Joachim.HundvHagen@aclanz.de)

**DR. JOACHIM WICHERT**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
[Joachim.Wichert@aclanz.de](mailto:Joachim.Wichert@aclanz.de)

**SOFIA DIAMANTOPOULOS**

Rechtsanwältin  
[Sofia.Diamantopoulos@aclanz.de](mailto:Sofia.Diamantopoulos@aclanz.de)

**RAFAEL HERTZ**

Rechtsanwalt  
[Rafael.Hertz@aclanz.de](mailto:Rafael.Hertz@aclanz.de)

---

RECHT AKTUELL fasst Rechtsprechung, Gesetzgebung und andere Rechtsfragen abstrakt zusammen, gibt also keinen Rechtsrat zu einem konkreten Sachverhalt oder Problem. Soweit Urteile dargestellt werden, betrifft die Darstellung immer nur die konkrete Entscheidung des jeweiligen Gerichts, ungeachtet deren späterer Aufhebung oder einer anderweitig eingetretenen Rechtsänderung. Für den Inhalt dieses Schreibens übernehmen wir daher keine Haftung. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

---

**aclanz** Partnerschaft von Rechtsanwälten

An der Hauptwache 11 (Alemanniahaus), 60313 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 0, Fax: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 10  
E-Mail: [info@aclanz.de](mailto:info@aclanz.de), Web: [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de) (Impressum siehe dort)