

„GmbH-Geschäftsführer/innen: zwischen keinem
Kündigungs-, halbem Arbeitnehmerschutz und
voller AGB-Kontrolle. Eine Übersicht über den
gegenwärtigen Stand der Entwicklung

Arbeitsrecht im Dialog
Donnerstag, den 28. September 2023
18:00 – 20:30 Uhr.

PROF. DR. STEFAN LUNK

RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR
ARBEITSRECHT, HAMBURG
HONORARPROFESSOR CHRISTIAN-ALBRECHTS-
UNIVERSITÄT, KIEL

Die aktuelle „Gemengelage“ beim Fremd-GF der GmbH



GmbH-GF als Arbeitnehmer: BAG (1)

- Grundsatz: **Dienstverhältnis** (keine arbeitnehmerähnliche Person BAG 21.1.2019, NZA 2019, 490; BAG 8.2.2022, NZA 2022, 430).
- Arbeitsverhältnis = „*Extremer Ausnahmefall*“ (BAG 11.6.2020, NZA 2020, 1179 Rn. 25; BAG 21.1.2019 - 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; BAG 24.11.2005, NZA 2006, 366): Kriterien des § 611a BGB:
 - Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis kann zum AN-Status führen („Anwesenheitspflicht zu den betriebsüblichen Arbeitszeiten“ LAG Nürnberg 7.7.2016 – 7 Ta 48/16);
 - aber laut BAG 21.1.2019 (aaO) unschädlich: Widmung der vollen „Arbeitskraft“, Hinweis auf Leitenden Eigenschaft (§ 14 KSchG) und Abstimmung des Urlaubs mit „betrieblichen Belangen“.
 - Anders BAG 17.6.2020 - 7 AZR 398/18, NZA 2020, 1470: „jederzeit zur Verfügung stehen“ „Leitenden Eigenschaft“, „volle Arbeitskraft“, Tarifierung sprechen bei GF für ein zugrunde liegendes Arbeitsverhältnis.

GmbH-GF als Arbeitnehmer: BAG (2)

➤ Grundsatz: **Dienstverhältnis**

- Die ausdrückliche Bezeichnung eines GmbH-GF Vertrags als „Arbeitsvertrag“ führt regelmäßig zu einer bindenden Vertragstypenwahl, die keiner gerichtlichen Korrektur anhand der praktischen Vertragsdurchführung mehr unterliegt
(BAG 17.6.2020 - 7 AZR 398/18, NZA 2020, 1470 Rn. 15; LAG Düsseldorf 10.12.2019, ArbRAktuell 2020, 404; vgl. auch BAG 22.11.2016 – 9 AZB 41/16, NZA 2017, 581 Rn. 17; ErfK/Preis, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 30).
- Zum umgekehrten Fall § 611a I S. 6 BGB: *„Zeigt die tatsächliche Durchführung ..., dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an“*
(LAG Düsseldorf 29.6.2020, BeckRS 2020, 16494 Rn. 21, LAG Düsseldorf 12.11.2019, NZA-RR 2020, 96 Rn. 30).
 - Problem: wann liegt eine ausdrückliche Bezeichnung eines GmbH-GF Vertrags als „Arbeitsvertrag“ vor? Überschrift oder reichen Klauseln iSd vorgenannten Judikate?

GmbH-GF als Arbeitnehmer: BGH

- GF kann auf Grund der Organstellung nicht Arbeitnehmer sein (BGH 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZA 2010, 889 Rn. 7; zustimmend *Altmeyden* NJW 2022, 2785; Noack/Servati-
us/*Haas-Beurskens*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 37 Rn. 101).
- Der BGH verweist nun (26.3.2019, NJW 2019, 2086 mAnm. *Lunk*) auf BAG 21.1.2019, aaO, also auch im „extremen Ausnahmefall“ AN-Status möglich?
- Wohl ja, denn der BGH muss die Auswirkungen des neuen § 611a BGB beachten.

GmbH-GF als Arbeitnehmer: EuGH

- GF ist AN nach Maßgabe des – uneinheitlichen – unionsrechtlichen AN-Begriffs

(EuGH 11.11.2010 - *Danosa*, NZA 2011, 143; EuGH 9.7.2015 - *Balkaya*, NZA 2015, 861; EuGH 10.9.2015 – *Holtermann*, NZA 2016, 183).

EuGH, 3.7.1986 *Lawrie Blum*, NVwZ 1987, 41; seither st. Rspr.:

„Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht [...] darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“

- Das Unionsrecht kennt keine eigenständige Def. des AN; abgestellt wird auf Art. 45 AEUV (Leitbild), obgleich es nicht vollständig identisch mit anderen unionsrechtlichen Def. ist.

(*Wank* EuZA 2023, 22; *ErfK/Preis*, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 18 ff.; *ErfK/Schlachter* Art. 45 AEUV Rn. 9; *MHdB ArbR/Temming*, 5. Aufl. 2021, § 18 Rn. 51 ff.; *Henssler/Pant* RdA 2019, 321).

Rechtsweg (1)

Grundsatz: Ordentliche Gerichte (KfH), §§ 5 I S. 3 ArbGG, 95 I Nr. 4a GVG (vgl. bspw. *Stöhr* NZA 2022, 1641; *Vielmeier* NZA 2016, 1241; *Lunk* NJW 2015, 528).

- Gilt auch bei GmbH & Co. KG und Vertragsschluss mit der KG (BAG 20.8.2003, NZA 2003, 1108; Ltd. Co. KG: LAG Stuttgart 12.2.2010, ZIP 2010, 1619; LAG Düsseldorf 30.10.2014, ArbRB 2015, 79 mAnm *Lunk*).
- Gilt auch, wenn das zugrunde liegende Vertragsverhältnis ein Arbeits- und kein Dienstverhältnis ist (BAG 23.8.2011, GmbHR 2011, 1200; LAG Köln 12.1.2012, NZA-RR 2012, 327).
- Im ArbGG gilt der nationale AN-begriff und nicht derjenige des Unionsrechts (BAG 21.1.2019, NZA 2019, 490 Rn. 14). Das gilt selbst, wenn gerichtlich Ansprüche geltend gemacht werden, denen der unionsrechtl. AN-Begriff zugrunde liegt (zB BUrlG, BAG 21.1.2019, NZA 2019, 490 = ArbRB 2022, 102 mAnm. *Lunk*; LAG Hessen 13.1.2023, ArbRB 2023, 142, *Lunk*).

Rechtsweg (2)

Ausnahmen:

- „Die Fiktion des § 5 I S. 3 ArbGG endet mit Abberufung / Amtsniederlegung des GF (vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit), unabhängig von deren Eintragung in das HReg“ (BAG 22.10.2014, NZA 2015, 60; BAG 3.12.2014, NZA 2015, 180; BAG 8.9.2015, NZA 2015, 1342) und von deren Wirksamwerden (LAG Hamm 13.3.2019, NZA-RR 2019, 433; *Lunk* NZA-RR 2019, 406).
- Es liegt ein Vertragsverhältnis neben dem Anstellungsvertrag vor; das kann auch ein nicht formwirksam (§ 623 BGB) beendetes früheres ArbV sein (BAG 23.8.2011, GmbHR 2011, 1200; LAG Rheinland-Pfalz 28.6.2012, NZA-RR 2012, 549).
- Vereinbarung nach § 2 Abs. 4 ArbGG (keine Schriftform, ErfK/*Koch*, § 2 ArbGG Rn. 32; Achtung: mit Verlust des Amtes soll die Vereinbarung unwirksam werden: OLG München 16.4.2020, GmbHR 2021, 149 mAnm. *Haase*).
- Arbeitnehmerähnliche Person (nicht für GmbH-GF: BAG 21.1.2019, NZA 2019, 490; LAG Berlin-BrdBg. 29.8.2022 – 26 Ta 1171/21, BeckRS 2022, 30005).

Rechtsweg (3)

Vorüberlegung: Will der GF zum ArbG oder zum LG (KfH)?

Pro & Contra **Arbeitsgericht**

- + Keine Kostenvorschüsse
- + Geringeres Kostenrisiko beim Unterliegen und Vergleich
- + Schnellerer Gütetermin
- + IdR mehr „Vergleichserfahrung“
- + IdR mehr Erfahrung im Bereich AGB-Kontrolle
- + Rechtsschutzvers. nur für „Arbeitsrecht“ (zweifelhaft)
- Gelegentlich „Was wollen die denn hier?“ Gefühl vermittelt
- Materielles Unterliegens Risiko, wenn kein Arbeitsverhältnis

Pro & Contra **Landgericht**

- + Urkundsverfahren möglich
- + Bei gesellschaftsrechtlichen Hintergründen idR mehr Erfahrung als beim ArbG
- + IdR „nüchternere“ Einstellung ggü (hoch vergüteten) Organen“
- + Häufig längere Verfahrensdauer (kann ggf. „vergleichsfördernd“ wirken)
- Kostenfolgen und Kostentragung
- Sofern schriftl. Verfahren, nicht vergleichsfördernd

Rechtsweg (4)

Vorüberlegung, sofern Gang zum ArbG gewollt ist:

- Die Organstellung muss vor Rechtskraft des Rechtswegbestimmungsverfahrens beendet sein (Abberufung oder Amtsniederlegung).
- Bei Amtsniederlegung: deren Folgen berücksichtigen – ggf. außerordentliche Kündigung durch die Gesellschafter.
- Was ist vorzutragen neben dem rechtzeitigen Verlust des Amtes?

Das hängt im Wesentlichen vom Anspruch ab:

- **Sic-non**: Klage nur begründet, wenn Kläger AN ist – bloße Behauptung, AN zu sein, reicht für den Rechtsweg zum ArbG. Kommt es für die materiell-rechtliche Lösung des Falls auf den weiter gefassten unionsrechtlichen AN-Begriff an, soll es für den Zugang zum ArbG ausreichen, dass d. Kläger seine AN-Eigenschaft bloß behauptet. (*Horcher* NZA 2020, 1433, 1434 f. – nicht hM).
- **Aut-aut**: Anspruch kann entweder mit einer arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlage begründet werden oder mit einer außerhalb des Arbeitsrechts.
- **Et-et**: Klage kann sowohl auf eine arbeitsrechtliche oder Anspruchsgrundlage außerhalb des Arbeitsrechts gestützt werden.
- Maßgeblich ist nicht nur der Wortlaut des Antrags („Arbeitsverhältnis“), sondern dessen Auslegung und die Umstände des Einzelfalls (LAG Hessen 13.1.2023, ArbRB 2023, 142 *Lunk*). LAG B-W 4.11.2022, NZA-RR 2023, 98; *Powietzka* BB 2022, 827; vgl. aber LAG Hessen 28.2.2020, GmbHR 2020, 1288 mAnm. *Haase*).
- Für jeden Streitgegenstand gesondert zu prüfen. Führt ggf. zu gespaltenem Rechtsweg (vgl. LAG Düsseldorf 27.6.2023 – 3 Ta 141/23, BeckRS 2023, 16985).
- Bei Haupt- und Hilfsantrag bestimmt sich die Zuständigkeit zunächst nur nach dem Hauptantrag (LAG B-Brbg 28.12.2022 – 21 Ta 917/22, BeckRS 2022, 38992).

Rechtsweg (5)

Sic-non:

Klage nur begründet, wenn Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist
– bloße Behauptung, AN zu sein, reicht für den Rechtsweg zum ArbG.

(nur
arbeitsrechtliche
Grundlage)

→ Kü-Schutz, Weiterbeschäftigung; EFZG (LAG Köln 8.4.2013 – 4 Ta 11/13; LAG Düsseldorf. NZA-RR 2022, 487).

Achtung: Feststellung des Bestehens eines Arbeits- nicht Dienstverhältnisses beantragen, da sonst kein sic-non Fall (LAG Hamm 13.3.2019, NZA-RR 2019, 443; dazu *Lunk* NZA-RR 2019, 406; LAG Köln 30.8.2018 – 9 Ta 143/18; GWR 2019, 273). Die bloße Verwendung „Arbeitsverhältnis“ reicht nicht (LAG Hessen 13.1.2023, ArbRB 2023, 142 *Lunk*).

Kein sic-non:

Kläger muss Vorliegen eines ArbV ggf. beweisen (BAG 3.11.2020, NZA 2020, 1729 Rn. 15; a.A. *Horcher* NZA 2020, 1433, 1438).

(entweder arbeits-
oder bürgerlich-
rechtliche
Grundlage oder
sowohl als auch
aut-aut/et-et)

→ Zeugnis (LAG Köln 6.10.2017 – 9 Ta 151/17; LAG Sachsen 18.3.2015, NZA-RR 2015, 493); Zwischenzeugnis (LAG B-Bbg 28.12.2022, 21 Ta917/22), das von wirksamer Kündg. abhängt (LAG Köln 30.3.2015 – 5 Ta 91/15).

→ Annahmeverzug (LAG M-V 3.11.2016, NZA-RR 2017, 155; LAG Köln 30.3.2015 – 5 Ta 91/15).

→ Urlaubsabgeltung (LAG Hessen 13.1.2023, ArbRB 2023, 142 *Lunk*).

→ Außerordentliche Kündigung (LAG Hessen aaO; LAG Düsseldorf 12.11.2019, NZA-RR 2020, 96; LAG HH 10.7.2017, NZA-RR 2017, 620; LAG M-V 19.11.2015, NZA-RR 2016, 100).

Rechtsweg (6)

➤ Zusammenhangsklage § 2 Abs. 3 ArbGG

- Sofern rechtlicher und unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dürfen arbeits- und bürgerlich-rechtliche Ansprüche gleichzeitig geltend gemacht werden, sofern keine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.
- Der sic-non Antrag (bloße Behauptung reicht) begründet jedoch für die Zusammenhangsklage nicht die Zuständigkeit des ArbG für weitere et-et/aut-aut Anträge (BAG 11.6.2003, NZA 2003, 1163; LAG Düsseld. NZA-RR 2022, 487; krit. *Horcher* NZA 2020, 1433, 1438).
- Die arbeitsgerichtliche „Hauptklage“ muss den Schwerpunkt bilden (LAG Köln 18.10.2007 – 7 Ta 206/07).
- Bei Klage gegen ruhendes Arbeitsverhältnis darf auch die Klage gegen die Kündigung des GF-Vertrages vor dem ArbG erhoben werden (LAG Köln 28.10.2019, ArbRB 2020, 45 = NZA-RR 2020, 36 LS.).
- Exkurs: Klage des GF auf Betriebsrente soll vor die ordentlichen Gerichte (LAG Köln 3.1.2011 – 7 Ta 363/10; LAG Köln 13.3.2006 – 6 Ta 63/06).

Kündigungsschutz (1)

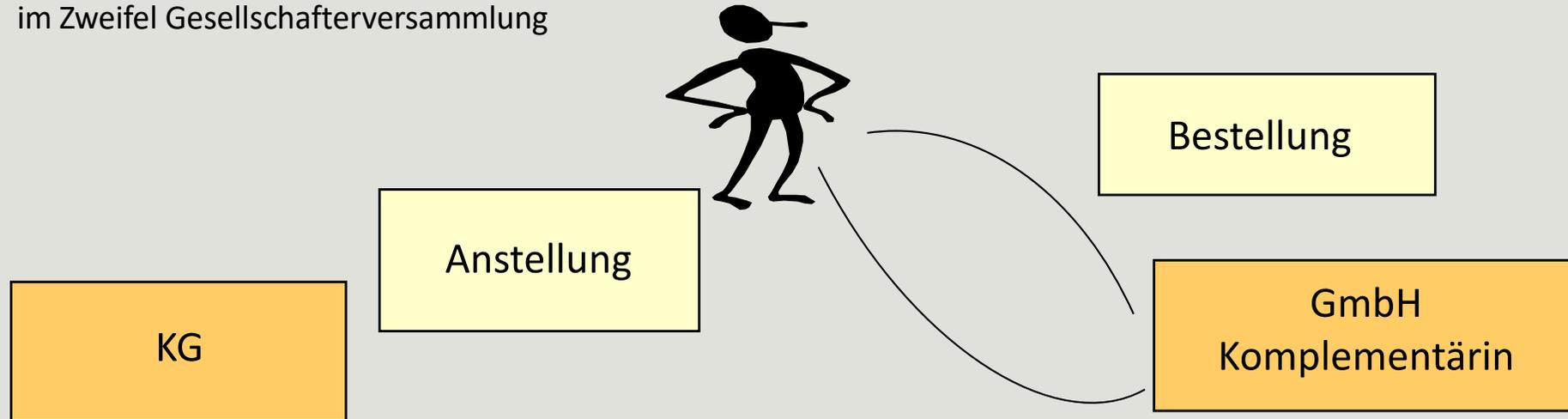
- Allg. Kündigungsschutz - Anwendbarkeit des KSchG? (dazu *Zaumseil* NZA 2020, 1448)
 - KSchG gilt für ein weiteres Vertragsverhältnis ohne Organstellung (bspw. ruhendes oder AV mit anderer (Konzern)Gesellschaft, LAG Bln.-Brdbg. 21.11.2018, GWR 2019, 314).
 - Anwendungsausschluss gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gilt bei Kündigungszugang vor Verlust des Amtes sowie, wenn das der Bestellung zugrunde liegende Vertragsverhältnis ein AV ist (*ErfK/Kiel*, 23. Aufl. 2023, § 14 KSchG Rn. 4).
- Kündigung nach Ende der Organstellung - sperrt § 14 Abs. 1 S. 1 KSchG auch dann noch? (analog Rspr. zu § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG; vgl. LAG Hessen 22.10.2021, ArbRAktuell 2022, 488).
 - Offen gelassen BAG (21.9.2017, NZA 2018, 358).
 - Nein, dann maßgeblich, ob AV oder DV vorliegt (*ErfK/Kiel*, aaO, § 14 KSchG Rn. 4; *Baumert* NZG 2018, 536); wenn AV, gilt KSchG uneingeschränkt (LAG Hamm 19.1.2017 – 17 Sa 993/16).
 - Ja, § 14 Abs. 1 S. 1 KSchG sperrt, zufällige Ergebnisse vermeiden (*Reufels/Volmari* GmbHR 2018, 937).
- Kündigung zeitgleich mit Verlust des Amtes
 - Kein Kündigungsschutz, da § 14 Abs. 1 S. 1 KSchG sperrt (LAG Hessen 22.10.2021, ArbRAktuell 2022, 488 – Az. beim BAG 2 AZR 111/22).

Kündigungsschutz (2)

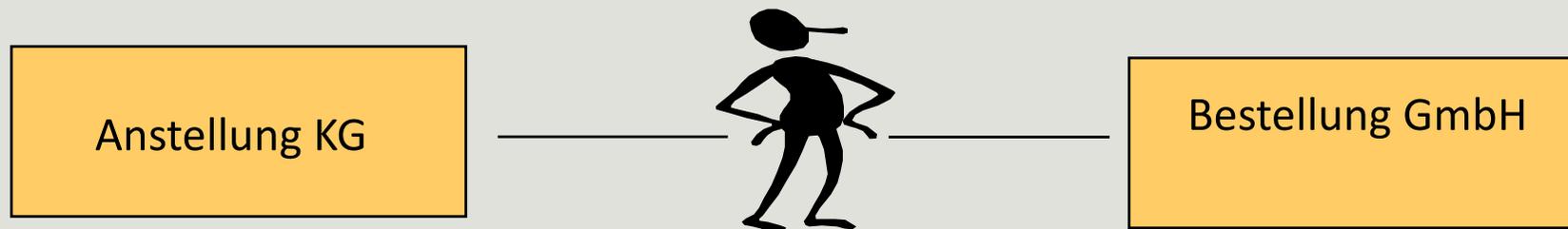
- Problem: Amtsniederlegung zu empfehlen, um ggf. Kündigungsschutz zu erreichen?
- Vorsorglich Frist des § 4 KSchG einhalten, auch bei Klagen vor den Zivilgerichten (*Dimsic/Link* BB 2015, 3063, 3066; OLG Hamburg 22.3.2013, NZG 2013, 831).
- Geltung der materiellen Regeln des KSchG kann vereinbart werden (BAG 10.5.2010, NZA 2010, 889).
Problem: Betriebsbedingter Grund? Auflösungsrecht?

Praxisrelevante Sonderkonstellation GmbH & Co. KG

Kündigungsbefugnis (vgl. Werner NZG 2022, 441):
im Zweifel Gesellschafterversammlung



Kündigungsbefugnis: im Zweifel Mit-GF oder Gesellschafterversammlung / Satzung prüfen!



Kündigungsschutz (3)

- Besonderheiten bei GmbH & Co KG Sachverhalten
 - Anwendungsausschluss gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gilt auch bei GmbH & Co KG, wenn der Anstellungsvertrag mit der KG geschlossen ist: OLG Düsseldorf (28.9.2005 – I - 15 U 158/04); LAG Hessen (31.8.2004 – 13 Sa 340/04); Werner NZG 2022, 441; *Zimmer/Rupp GmbH* 2006, 572.

- Zuständigkeit für die Kündigung
 - Anstellungsvertrag mit Komplementär GmbH: keine Besonderheiten = Gesellschafter
 - Anstellungsvertrag mit der KG:
 - Zuständig jedenfalls dann die Ges-Vers. der Komplementär-GmbH, wenn die GmbH keine anderen vertretungsberechtigten Organe als den zu Kündigenden hat und die Geschäfte der KG führt. (OLG Düsseldorf 28.9.2005 – I-15 U 158/04, BeckRS 2005, 30363483; BGH 1.12.1969 BeckRS 2014, 12904 = BB 1970, 226).
 - Einheitsgesellschaft (die KG hält alle Anteile der Komplementär-GmbH) zuständig sind die Mit-GF für die Kündigung des Vertrags mit der GmbH, sofern es keine abweichenden statutarischen Regeln gibt. KG (22.7.2019) NZG 2019, 1260; OLG Hamburg (22.3.2013) GmbHR 2013, 580 Anm. *Haase* = NZG 2013, 831; BGH (16.7.2007) GmbHR 2007, 1034 Anm. *Werner* = BB 2007, 1914 Anm. *Gehrlein*; OLG Düsseldorf (28.9.2005 – I - 15 U 158/04); K. *Schmidt* ZIP 2007, 2193.
 - Bei Befreiung von § 181 BGB darf der GF im Zweifel bezüglich seines Anstellungsvertrages für beide Gesellschaften zeichnen. BGH (19.4.2016) DB 2016, 1564 = ZIP 2016, 1332.

Kündigungsschutz (4)

➤ Ist unionsrechtlich ein allgemeiner Kündigungsschutz geboten?

- Da das KSchG nicht der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben dient, gilt der nationale Arbeitnehmerbegriff. Somit ist das KSchG nur auf GF anwendbar, sofern ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis vorliegt.
- Aus Art. 30 GRCh nichts anderes folgen, Art. 51 Abs. 1 GRCh (BAG 21.9.2017, NZA 2018, 358; ArbG Stuttgart 21.12.2016, NZA-RR 2017, 69; vgl. auch BAG 23.2.2017, NZA 2017, 995 zu § 113 InO).
- Aber Parallele EuGH (6.11.2018) zum Urlaubsrecht (dazu *Bayreuther* NZA 2019, 945; *Rudkowski* NJW 2019, 476)? Dort postuliert der EuGH, Art. 31 Abs. 2 GRCh enthalte ein „Grundrecht“, das der AN als Teil des Primärrechts auch dem privaten AG entgegen halten könne; entgegenstehendes nationales Recht, das nicht unionsrechtskonform auszulegen sei, müsse unangewendet bleiben. Art. 51 Abs. 1 GRCh stünde dem nicht entgegen, weil auch Art. 21 Abs. 1 GRCh (Diskriminierungsverbot) unmittelbar zwischen Privaten gelte.

Kündigungsschutz (5)

- **Ist unionsrechtlich ein allgemeiner Kündigungsschutz geboten?**
- Wenn somit das Urlaubsrecht ein „wesentlicher Grundsatz“ des Unions- und damit Primärrecht ist, warum dann nicht auch der „Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“ gemäß Art. 30 GRCh, zumal Art. 30 GRCh einen „Anspruch“ postuliert?
- (-), da dies nach „Maßgabe einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ zu erfolgen hat, was gegen eine unmittelbare Drittwirkung spricht (*Lunk ArbRB 2020, 47; a.A. Heuschmid/Lörcher, NK-GA, 2016, Art. 30 GRCh Rn. 7, Art. 51 Rn. 28 f.*)
- Zudem unterstützt zwar die Union nach Art. 153 Abs. 1 lit. d) AEUV die Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes der AN bei Beendigung des Arb-Verh. und dürfte daher (in den Schranken des Art. 153 Abs. 2, 4 AEUV) den allgemeinen Kü-Schutz weitgehend harmonisieren, hat davon bislang aber nur für den Bereich der Massenentlassungen (§ 17 KSchG) Gebrauch gemacht; im Übrigen obliegt es den Mitgliedstaaten (*EUArbR/Schubert, 4. Aufl. 2022, Art. 30 GRC Rn. 19*).
- Daher keine Kompetenz der Union zum allg. Kündigungsschutz (im Gegensatz zum Urlaub, Art. 7 RL 2003/88/EG) (vgl. *Lunk ArbRB 2020, 90; ErfK/Oetker § 1 KSchG Rn. 4*).
- Auch kein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip (dazu EuGH 1.3.2012, NZA 2012, 313 – O’Brien), weil über die Generalklauseln ein Mindestmaß an Kü-Schutz auch für GF besteht.

Kündigungsschutz (6)

➤ **Kündigungsfristen etc.**

- Fremd-/Minderheitsgesellschafter-GF: § 621 BGB (BAG 11.6.2020, NZA 2020, 1179 Rn. 36 ff. / hM + BGH § 622 BGB analog: ErfK/Müller-Glöge, 23. Aufl. 2023, § 622 BGB Rn. 7).
- Beherrschender GF / Arbeitnehmerähnliche: § 621 BGB (BAG 8.5.2007, BB 2007, 2298).
- Im Zweifel keine Abmahnung erforderlich (BGH 2.7.2007, GmbHR 2007, 936).
- Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt grds. erst mit Unterbreitung des SV im für die Kündigung zuständigen Organ (BGH 16.6.1998, NJW 1998, 3274).
- Kündigung vor Dienstantritt zulässig bei Probezeit (BAG 23.3.2017, NZA 2017, 995; KG 13.7.2009, GmbHR 2010, 37).
- Verdachtskündigung erfordert vorherige Anhörung (BGH 9.4.2013, NZG 2013, 615 Rn. 15).
- GmbH-GF sind keine AN iSv von § 23 KSchG, zählen also nicht (LAG München 9.7.2020, ArbRAktuell 2021, 135 mAnm. Schuster).

➤ **Spezialgesetzlicher Kündigungsschutz**

- Kündigungsschutz durch Inbezugnahme von TV (BGH 26.1.1998, NJW 1998, 1481).
- (Analoge oder unionsrechtskonforme) Anwendung, z.B. § 18 BEEG (Oberthür RdA 2018, 286, 290).
- §§ 1, 17 MuSchG.
- §§ 134, 138 BGB.

Kündigungsschutz (7)

➤ Schwerbehindertenkündigungsschutz?

- Sofern Arbeitsverhältnis: keine Besonderheiten – aber Zuständigkeit des Integrationsamts für Organe? (vgl. Dau/Düwell/Joussen-Düwell, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 168 Rn. 5).
- Sofern Dienstverhältnis:
 - Der Schutz des SGB IX darf einzelvertraglich vereinbart werden.
 - Das SGB IX, insbes. § 168 (früher § 85) SGB IX, gilt nur für AN iSd nationalen Rechts (BAG 22.10.2015, NZA 2016, 473 Rn. 67; OLG Düsseldorf 18.10.2012, ArbRB 2013, 77 mAnm. Lunk; Henssler/Strohn-Oetker, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 GmbHG Rn. 167).
 - Die RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmen-RL) verlangt keinen besonderen Kündigungsschutz für Behinderte (BAG 22.10.2015, NZA 2016, 473 Rn. 73).
 - Sofern jedoch national Kü-Schutz gewährt wird, verstößt es gegen Art. 27 BRK, der unmittelbares Unionsrecht ist, bzw. das Gleichbehandlungsgebot, behinderte Beamte ggü. behinderten AN zu benachteiligen (EuGH 9.3.2017 C-406/15 *Mikova*, NZA 2017, 439).
 - Daher bezügl. GF wohl Verstoß gegen allg. Diskriminierungsverbot oder zumindest Gleichbehandlungsgebot (*Lunk ArbRB 2020, 90 (91)*; *Haase GmbHR 2019, 980*; *KR-Gallner, 13. Aufl. 2022, vor §§ 168-175 SGB IX Rn. 21*; *ErfK/Rolfs, aaO, § 168 SGB IX Rn. 3*; *aA MüKo-GmbHG-Jaeger/Steinbrück, 4. Aufl. 2023, § 35 GmbHG Rn. 300*).
 - Folge: doch Kündigungsschutz - aber auch dann Problem bei möglicher Nicht-Bescheidung durch das Integrationsamt. Negativ-Attest beantragen.

Kündigungsschutz (8)

➤ Kündigungsschutz durch Satzung vorhanden?

➤ Gesellschafterbeschluss

- Bzgl. Kündigung und Abberufung. Fehlt ein wirksamer Gesellschafterbeschluss, ist die Kündigung unwirksam (OLG München 22.3.2023, GmbHR 2023, 673). Eine rückwirkende Genehmigung durch die Gesellschafter, wenn ein Beschluss fehlte, ist nicht möglich (OLG München 24.3.2016, GmbHR 2016, 875 Rn. 55).
- Betroffener Gesellschafter-GF bei ordentlicher Kündigung stimmberechtigt, bei außerordentlicher Kündigung nicht.
- Bei Geltung des MitbestG: Annexkompetenz des AR (h.M.).
- Formalien beachten, insbes. bei virtueller Beschlussfassung, § 48 I S. 2 GmbHG (dazu *Leinekugel* DB 2022, 2840).
- Besteht die Ges.-Vers. nur aus einer (jur.) Person, bedarf es keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses, sondern die Dokumentation durch das Kündigungsschreiben reicht (OLG München 3.5.2023, BeckRS 2023, 9177).

➤ Ausspruch der Kündigung

- durch (alle!) Gesellschafter (§ 174 BGB beachten, insbes. bei ausländischen Gesellschaftern, dazu *Arden* DB 2020, 281; OLG Köln 13.8.2015, GmbHR 2016, 647). Legitimationswirkung der Gesellschafterliste beachten, §§ 16 I, 40 GmbHG.

➤ Umdeutung: Nur bei entspr. Gesellschafterbeschluss.

Bedeutung des Unionsrechts und der Rspr. des EuGH

Auswirkungen des unionsrechtlichen AN-Begriffs sind abhängig von dessen Anwendungsbereich (MHdB ArbR/Temming, 5. Aufl. 2021 § 18 Rn. 51 ff.; *Henssler/Pant RdA* 2019, 321; *Wank EuZA* 2018, 327; *Oberthür RdA* 2018, 286; *Lunk/Rodenbusch GmbHR* 2012, 188):

➤ Primärrecht: Es gilt der Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts.

➤ Sekundärrecht:

- Wohl h.L. (*Bauer/Arnold ZIP* 2012, 597, 598; *Reinhard/Bitsch ArbRB* 2011, 241, 243): Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts ist unanwendbar bei Verweis auf nationales Recht im Sekundärrecht (Richtlinie).
- **EuGH**: Maßgeblich ist der jeweilige Regelungszusammenhang und dessen Schutzzweck (EuGH 17.11.2016 – C-216/15 – *Ruhrland Klinik*, *NZA* 2017, 41; EuGH 11.7.1985 – C-105/84; EuGH 13.9.2007 – C-307/05).

Folge: Anwendung des Arbeitnehmerbegriffs des Unionsrechts trotz Verweises auf nationales Recht nicht ausgeschlossen (*Arnold/Romero NZG* 2019, 930; *Henssler/Pant*, aaO).

Übersicht: nationaler oder unionsrechtlicher AN-Begriff

Nationaler Arbeitnehmerbegriff (BGH/BAG)	Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff (EuGH)
<p>Deutsche Gesetze mit unionsrechtlichen Vorgaben (u.a.):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Betriebsübergangs-RL (Art. 2 Abs. 1 lit. d) RL 2001/23/EG) = § 613a BGB - RL 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arb-Beding. = NachwG str., ob nat. AN-Begriff, Art. 1 (2) der RL - wohl nationaler (<i>Kolbe</i> EuZA 2023, 3). <p>Deutsche Gesetze ohne unionsrechtliche Vorgaben (u.a.):</p> <ul style="list-style-type: none"> - KSchG - ArbGG - EFZG - AnErfG - SGB IX (umstr.) - BetrVG - BDSG (umstr.) 	<ul style="list-style-type: none"> - RL 92/85/EWG (Mutterschutzrichtlinie) = MuSchG - Antidiskriminierungsrichtlinien (RL 2000/78/EG; 2000/43/EG; 2002/73/EG und 2004/113/EG) = AGG - MassenentlassungsRL (RL 98/59/EG) = §§ 17 ff. KSchG - RL 2003/88/EG (ArbeitszeitRL) = ArbZG/BUrlG (umstr., aber Bereichsausnahme, Art. 17 Abs. 1 lit. a) für leitende Angestellte) - RL 1999/70/EG (BefristungsRL) und RL 97/81/EG (TeilzeitarbeitsRL) = TzBfG (umstr.) - RL 96/34/EG (Elternurlaub) und RL 2010/18/EU (Elternurlaub) = BEEG (umstr.) - RL 89/391/EWG (ArbeitsschutzRL) = ArbSchG - RL 2016/943 = GeschGehG

GmbH-GF und BUrlG (1)

- **Anwendbarkeit des BUrlG** (dazu *Forst GmbH* 2012, 821)
 - Grds. gilt es nur für „Arbeitnehmer“ und „Arbeitnehmerähnliche“ i.S.v. § 2 BUrlG („extremer Ausnahmefall“).
 - Aber gilt der unionsrechtliche AN-Begriff für Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (Jahresurlaub)?
 - Jedenfalls keine Bereichsausnahme in der RL wie für leitende Angestellte.
 - Art. 7 RL gilt für Beamte (EuGH 3.5.2012 C-337/10 – Neidel, NJW 2012, 2420).
 - Daher: Es gilt der unionsrechtliche AN-Begriff (ErfK/*Gallner*, 23. Aufl. 2023, § 1 BUrlG Rn. 15; Henssler/ *Strohn-Oetker*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 GmbHG Rn. 148; *Boemke* RdA 2018, 1 (10); *Oberthür* RdA 2018, 286 (291), *Forst*, aaO).
 - Das BUrlG findet Anwendung.

GmbH-GF und BUrlG (2)

➤ Folgen der Anwendbarkeit des Art. 7 der ArbZ-RL auf GmbH-GF:

■ Mindestschutz für GmbH-GF / richtlinienkonforme Auslegung von § 2 BUrlG:

- Mindesturlaub 24 Werktage § 3 I BUrlG; Teilurlaub § 5 BUrlG – kaum praxisrelevant, da meist vertraglich ohnehin mehr vereinbart.
- Aber Übernahme neue EuGH Rspr. (dazu Kuhn EuZA 2023, 292; Lunk, FS Preis, 2021, 811; Bayreuther NZG 2021, 140):

6.11.2018: C-619/16 Kreuziger NJW 2019, 36; C-569/16 Bauer NJW 2019, 499; C-684/16 Shimizu NJW 2019, 495; nunmehr auch BAG 19.2.2019, NZA 2019, 977 und 982 (dazu *Wienbracke* NZA-RR 2019, 121; *Rudkowski* NJW 2019, 476)?

Dort postuliert der EuGH, Art. 31 Abs. 2 GRCh enthalte ein „Grundrecht“, das der AN als Teil des Primärrechts auch dem privaten AG entgegen halten könne; entgegenstehendes nationales Recht, das nicht unionsrechtskonform auszulegen sei, müsse unangewendet bleiben. Art. 51 Abs. 1 GRCh stünde dem nicht entgegen, weil auch Art. 21 Abs. 1 GRCh (Diskriminierungsverbot) unmittelbar zwischen Privaten gelte.

GmbH-GF und BUrlG (3)

➤ Folgen der Anwendbarkeit des Art. 7 der ArbZ-RL auf GmbH-GF:

- Vererbbarkeit (BAG 22.1.2019, NZA 2019, 829 und 985; EuGH 6.11.2018 Bauer, NZA 2018, 1467) – gilt auch für Zusatzurlaub nach SGB IX und – soweit keine ausdrücl. Trennung – für vertraglichen Mehr-Urlaub!
- Kein Verfall (BAG 19.2.2019, NZA 2019, 977 und 982; EuGH 6.11.2018: C-619/16, NZA 2018, 1612; C-684/16, NZA 2016, 1474) – sofern keine Aufforderung durch AG (EuGH 22.9.2022: C-518/20, C-727/20, C-120/21). Gilt auch für die Vergangenheit (EuGH aaO; LAG Köln 9.4.2019, NZA-RR 2019, 455) sowie nach Kündigung (EuGH aaO; BAG 19.2.2019, NZA 2019, 1043).
- Gilt das für GF? Keine Urlaubs-Aufforderung durch Ges-Vers., sondern einzel-fallbezogen (*Kuhn* EuZA 2023, 292; *Lunk*, FS Preis, aaO; a.A. *Eckhoff* FS Moll, 2019, 103; *Bayreuther* NZG 2021, 140).
- Übertragbarkeit, § 7 III BUrlG.
- Trennung zwischen Mindest- und „Mehr“-Urlaub vertraglich regeln!
- Vertraglich zumindest für Mehrurlaub die Abgeltung regeln!
- AGB-feste Ausschlussfristen vereinbaren (vgl. BAG 22.1.2019, NZA 2019, 985).

GmbH-GF und ArbZG

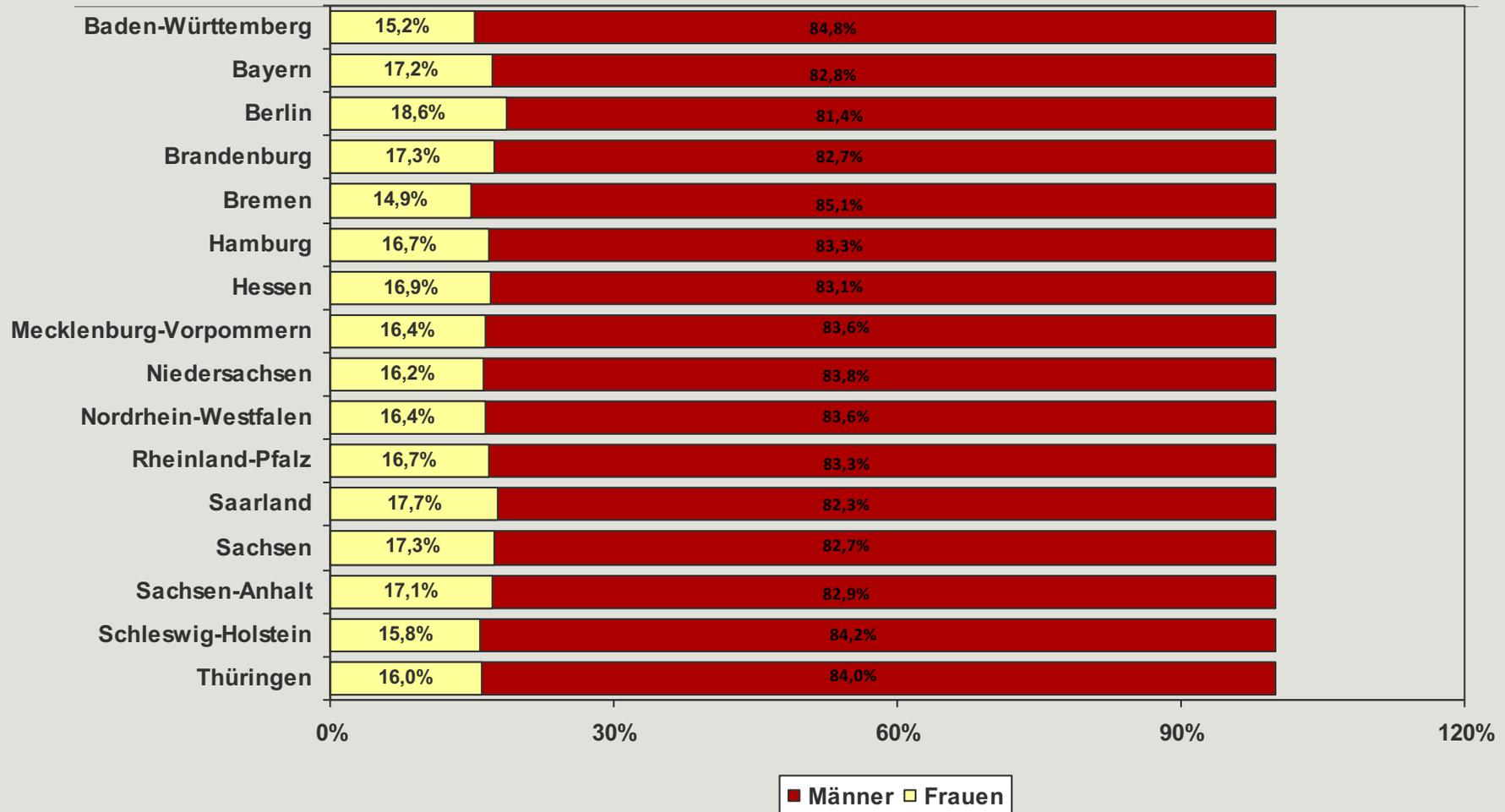
➤ Anwendbarkeit des ArbZG?

- Grundsätzlich möglich (Unionsrechtlicher AN-Begriff aus Art. 45 AEUV gilt, EuGH 14.10.2010 – C-243/09 – Fuß, NZA 2010, 1344; EuGH 3.5.2012 – C-337/10 – Neidel, NJW 2012, 2420).
- Art. 17 Abs. 1 lit. a.) RL 2003/88/EG, §§ 2 Abs. 2 , 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG sehen aber Ausnahme vom Anwendungsbereich für leitende Ang. oder „sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis“ vor, jedenfalls sofern sie – wie üblich – ihre Arbeitszeit selbst festlegen dürfen (EuGH 7.9.2006 – C-484/04, Rn. 20).
- Diese Bereichsausnahme dürfte auf Grund eines Erst-Recht-Schlusses auf „AN-GF“ zu übertragen sein (*Bonanni/Fehlberg ArbRB 2023, 21*; zweifelnd *Preis/Sagan ZGR 2013, 26, 55 f.*).
- Daher keine Verpflichtung, die Arbeitszeit der GF zu erfassen? (Vgl. EuGH 14.5.2019 CCOO, NZA 2019, 677; *Ulber* NZA 2019, 677; *Heuschmid* NJW 2019, 1853) – die Pflicht könnte aber unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GrCh abzuleiten sein, der laut EuGH zwischen Privaten Horizontalwirkung entfaltet (EuGH 6.11.2018 Bauer, NZA 2018, 1467 Rn. 87 ff.; BAG 13.9.2022 - 1 ABR 22/21; *Lunk* AnwBl. 2020, 216).
- Anders nun BAG 13.9.2022, NZA 2022, 1616, das die Aufzeichnungspflicht aus § 3 II ArbSchG ableitet, der keine Bereichsausnahme für Leitende kennt; zudem gilt für das ArbSchG der unionsrechtl.- AN-Begriff. Folge für GF?



Männer
Frauen

Anteil GF nach Geschlecht und Bundesländern (2009)



Quelle: Bürgel

GmbH-GF und MuSchG

➤ Anwendbarkeit des MuSchG

§ 1 Abs. 2 MuSchG = sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis

(alte Rechtslage *Lunk FS Bauer 2010, 705; Hepp, Mutterschutz für GmbH-Geschäftsführerinnen, 2015*).

■ Folgen der Anwendbarkeit des MuSchG:

- Beschäftigungsverbote §§ 3 ff. MuSchG.
- Gefährdungsbeurteilung § 10 MuSchG.
- Tätigkeitsverbote § 11 MuSchG, insbes. Abs. 3 (Lärm, Hitze, Kälte, Nässe).
- Kündigungsverbot § 17 MuSchG. Zumindest bei Vorliegen einer „Koppelungsklausel“ (dazu *Seyfarth NZG 2022, 389; Tödtmann/von Erdmann NZG 2022, 3*) kann die Abberufung eine unzulässige Vorbereitungshandlung iSv § 17 I S. 3 MuSchG sein (*Oberthür RdA 2018, 286 (290)*).

■ Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen:

- EuGH hielt in der Rechtssache *Danosa* Abberufung für rechtswidrig.
- Widerspricht der in Deutschland herrschenden Trennungstheorie.
- Folge: Uneingeschränktes Abberufungsverbot trotz § 38 Abs. 1 GmbHG?
- (-) *Stöhr GmbHHR 2023, 429, 433; Schubert ZIP 2013, 289; Altmeyden, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 38 Rn. 32; differenzierend MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl. 2023, § 38 Rn. 16: zulässig, wenn wichtiger Grund außerhalb der Schwangerschaft vorliegt; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 38 GmbHG Rn. 7 ff.: Antrag erforderlich; APS/Rolfs, 5. Aufl. 2017, § 17 MuSchG 2017 Rn. 31: kein Antrag nötig; Oberthür NZA 2011, 253 (257 f.): da § 38 keine Differenzierung vorsieht, ist die Abberufung ohne Zustimmung selbst dann unwirksam, wenn Schwangerschaft nicht der Abberufungsgrund ist.*

GmbH-GF und BEEG / PflegeZG

- **Anwendbarkeit des BEEG?** (bejahend: *Bonanni/Fehlberg ArbRB 2023, 21; Oberthür RdA 2018, 286, 290*).
 - EuGH (16.9.2010 – C-149/10, EuZW 2011, 62)
Rahmenvereinbarung Elternurlaub – Anhang 96/34/EG – gilt auch für Beamte.
- Folgen der Anwendbarkeit:
 - Anspruch auf Elternzeit gem. § 15 BEEG.
 - Ausschluss nur aus „dringenden“ betrieblichen Gründen (§ 15 Abs. 4 BEEG).
 - Die betrieblichen Gründe sind anhand des Dreistufenschemas zu überprüfen, welches das BAG für die betrieblichen Ablehnung i.S.v. § 8 TzBfG entwickelt hat (BAG 15.12.2009, NZA 2010, 447).
 - Unklar wann diese Gründe vorliegen.
- **Anwendbarkeit PflegeZG?**
 - Es soll der nationale AN-Begriff gelten, so dass GF idR keine Ansprüche haben (*Böhm in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2021, § 5 PflegeZG Rn. 9*).
- Beachte aber § 38 Abs. 3 GmbHG („Stay on Board“).

GmbH-GF und TzBfG

Anwendbarkeit des TzBfG wohl nur auf Arbeitsverhältnisse iSd nationalen Rechts, da § 2.1 Rahmenvereinbarung (Anh. zur RL 1999/70/EG) auf den nationalen AN-Begriff verweist (EuGH 28.2.2018 – C-46/17 – John, NZA 2018, 355 Rn. 37; dazu *Greiner RdA* 2018, 250; zweifelnd ErfK/*Müller-Glöge*, 23. Aufl. 2023, § 3 TzBfG Rn. 2). Der EuGH bejaht die Anwendung der RL auf den öffentl. Dienst (EuGH 1.3.2012 – C-393/10 – O’Brien, NZA 2012, 313: Äquivalenzprinzip - keine willkürliche Ausnahme).

➤ Folgen der Anwendbarkeit:

■ Teilzeit:

- Anspruch auf Teilzeit gem. § 8 Abs. 1 TzBfG (kaum praxisrelevant).
- Ausnahme: Betriebliche Gründe gem. § 8 Abs. 4 TzBfG, Prüfung anhand des Dreistufenschemas des BAG.
- Abberufung nach Teilzeitwunsch – Verstoß gegen § 5 TzBfG.

■ Befristung:

- Befristungsvorgaben des § 14 TzBfG wären zu beachten.
- Auswirkungen jedoch gering, da Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gem. § 16 Abs. 1 S. 1 TzBfG i.d.R. mangels Kündigungsschutzes des GF unproblematisch, jedoch bei längerer Kündigungsfrist wirtschaftlich „lukrativ“?
- Problem: Aufhebungsvereinbarung mit langer Auslaufrist kann Befristung sein (vgl. BAG 28.11.2007, NZA 2008, 348). § 625 BGB gilt auch für GF (OLG München 22.3.2023, GmbHR 2023, 673)

GmbH-GF und AGG

Anwendbarkeit des AGG (Menkel BB 2020, 1716; Schubert ZIP 2013, 289; Preis/Sagan ZGR 2013, 26, 59; Kort NZG 2013, 601)

- Eingeschränkte Geltung bei Organen gem. § 6 Abs. 3 AGG auf Zugang zur Erwerbstätigkeit und beruflichen Aufstieg.
- Ursprüngl. BGH (23.4.2012, NZA 2012, 797 = RdA 2012, 110 mAnm. Lunk):
 - Zugang i.S.d. § 6 Abs. 3 AGG erfasse auch die Nichtverlängerung des Vertrags.
 - Benachteiligung wegen des Alters sei nicht gerechtfertigt.
- Nunmehr BGH (26.3.2019, NJW 2019, 2086 Anm. Lunk = DB 2019, 2168 Anm. Löw) (wohl) volle Geltung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG wegen „Danosa“ (Arnold/Romero NZG 2019, 930; Mohr/Bourazeri NZA 2019, 870; ErfK/Schlachter, 23. Aufl. 2023, § 6 AGG Rn. 6).
- Auch bei Bestellungs- und Abberufungsbeschlüssen?
- Auch bei Kündigungen?
 - AGG findet keine Anwendung auf Kündigungen (§ 2 Abs. 4 AGG).
 - Allgemeiner Kündigungsschutz findet keine Anwendung auf GF (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG).
 - Lösung: Nichtanwendung von § 2 Abs. 4 AGG oder Anwendung der §§ 138, 242 BGB?
- Vergütung? BAG (16.2.2023, NZA 2023, 958 - „Verhandlungsgeschick“ männl. vs. weibl. GmbH-GF?). Regelmäßig dürfte keine „gleiche“ oder „vergleichbare“ Arbeit iSv Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG (es gilt insoweit der unionsrechtl. Arbeitnehmerbegriff, Oberthür NJW 2017, 2228, 2229) innerhalb einer GF vorliegen.

GmbH-GF und AGG / Altersgrenzen

Mögliche Gestaltungen (vgl. *Hohenstatt/Naber* ZIP 2012, 1989; *Thüsing/Stiebert* NZG 2011, 641):

- Beendigung des Dienstverhältnisses mit Erreichen des Renteneintrittsalters (kann bei einvernehmlicher Abberufung auch konkludent erfolgen, da § 623 BGB nicht greift, LG Osnabrück 18.3.2020 – 18 O 428/18, Az. beim OLG Oldenburg 6 U 140/20).
- Rentenunabhängige Beendigung des Dienstverhältnisses:
- § 14 TzBfG:
 - Altersgrenze = Befristung des Dienstvertrags. Zulässig, wenn AN bei Erreichen der Regelaltersgrenze finanziell abgesichert (BAG 18.6.2008, NZA 2008, 1302).
 - Rentenunabhängige Altersgrenzen daher unzulässig (*Hohenstatt/Naber* ZIP 2012, 1989).
- § 10 AGG:
 - Gem. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG zulässig, sofern bei Beendigung Altersrente (unionsrechtlich zulässig, EuGH 12.10.2010 Rosenblatt, NZA 2010, 1167); OLG Hamm hält Beendigung auf das 60. LJ. für zulässig, sofern GF ab dann eine hinreichende betr. Altersversorgung erhält (€ 4.850 monatl.) = Zurückverweisung durch BGH (26.3.2019, NJW 2019, 2086 mAnm. *Lunk*).
 - § 10 S. 3 Nr. 5 AGG analog für rentenunabhängige Altersgrenzen? Gerechtfertigt bei sofortiger Pension? (*Arnold/Romero* NZG 2019, 930, 933).
 - Rechtfertigung gem. § 10 S. 1 AGG denkbar, aber unwahrscheinlich, da strenge Rechtfertigungsanforderungen des EuGH (13.9.2011 Prigge, NZA 2011, 1039).
- § 41 SGB VI anwendbar? Zulässig, wenn Beendigung nach Erreichen des Regel-Renteneintrittsalters (EuGH 28.2.2018 John, NZA 2018, 355); dann kein Sachgrund zumindest bei bloßer Verlängerung (BAG 19.12.2018, NZA 2019, 523).
- Ergebnis:
 - Rentenabhängige Altersgrenzen sind auch weiterhin zulässig.
 - Hohes Unwirksamkeitsrisiko von rentenunabhängigen Altersgrenzen.

AGB-Kontrolle: GmbH-GF als Verbraucher

Der Fremd-GF handelt bei Abschluss seines Anstellungsvertrags als Verbraucher i. S. von § 13 BGB (BAG 19.5.2010, NZA 2010, 939).

Wohl auch Vorstand AG (vom BGH 24.9.2019, NZG 2020, 64 Rn. 10 insoweit nicht zurückgewiesen).

Auf Minderheitsgesellschafter-GF übertragbar?

(bejahend OLG Karlsruhe 25.10.2016, NZG 2017, 226, 227).

Gilt die AGB-Kontrolle uneingeschränkt für GmbH-GF? (Vgl. etwa *Oetker* in Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § GmbHG Rn. 124 f.):

- Durch die AGB-Kontrolle sind insbesondere Klauseln rechtsunwirksam, die den Geschäftsführer unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB); ebenso sind vorformulierte Bestandteile eines Anstellungsvertrags bei nicht durch Auslegung behebbaren Zweifeln zugunsten des Geschäftsführers auszulegen (§ 305c Abs. 2 BGB; BAG 19.5.2010, NZA 2010, 939, 942) und unterliegen den **Anforderungen des Transparenzgebots** (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Sind einzelne Klauseln hiernach rechtsunwirksam (§ 306 Abs. 1 BGB), können sie wegen des **Verbots der geltungserhaltenden Reduktion** nicht auf einen wirksamen Restbestand zurückgeführt werden (OLG Karlsruhe 25.10.2016, NZG 2017, 226, 227).
- Zu vergütungsbezogenen **Änderungsvorbehalten** *Oetker* ZHR 175 (2011), 527, 551 ff. sowie aaO Rn. 143.
- Der **Vorbehalt in § 310 Abs. 4 S. 2 BGB**, bei der Klauselkontrolle von Arbeitsverträgen die Besonderheiten des Arbeitsrechts angemessen zu berücksichtigen, findet auf vorformulierte Anstellungsverträge, die keine Arbeitsverträge sind, keine entsprechende Anwendung (*Boemke* RdA 2018, 1, 15; *Oetker* FS Buchner, 2009, 691, 702 f.; aA *Bauer* FS Wank, 2014, 1; *Bauer/Arnold* ZIP 2006, 2337, 2338).

GmbH-GF / Klauseln im Anstellungsvertrag (1)

Bezügl. einer Verwendung zu prüfen sind insbesondere folgende Klauseln:

Insbes. Transparenz- und Inhaltskontrolle, soweit nicht Hauptpflichten betroffen sind (BAG 24.2.2016, NZA 2016, 762):

- Ausschluss Urkundsklage (grds. zulässig, BGH 12.7.2001, NJW 2001, 3549, kann aber Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB darstellen, *Hamdan* ZIP 2023, 1461).
- Zuständigkeit des ArbG vereinbaren (§ 2 Abs. 4 ArbGG)?
- Mobilfunknummer / -vertrag.
- Datenschutzerklärung und Nutzung moderner Kommunikationsmittel.
- Reichweite Direktionsrecht (inhaltlich, örtlich, Geschäftsreisen); insbesondere auch nach Abberufung. Nicht zu „eng“ aus Sicht der GmbH, da sonst Arbeitsverhältnis die Folge sein kann – Formulierungen mit „Arbeit“ vermeiden.
- Ressortzuständigkeit vereinbaren, um ggf. Haftung zu beschränken (vgl. BGH 6.11.2018, NJW 2019, 1067; dazu *Hoffmann-Becking* NZG 2021, 93; *Schockenhoff GmbH* 2019, 514; *Scharf/Bothe* DB 2019, 599; *Buck-Heeb* BB 2019, 584).
- Haftungsbegrenzung (Höchstsumme, Verschuldensgrad, kürzere Verjährungsfristen etc.). Ggf. (insbes. bei Auslandstätigkeit) antizipierte Freihalterklärung durch Gesellschafter.

GmbH-GF / Klauseln im Anstellungsvertrag (2)

- Zurückbehaltungsrecht an Unterlagen
- für Folgeprozesse (zum GF *Byers/Fischer* BB 2023, 1780; *Tauth/Roeder* BB 2013, 1333; generell *Korinth ArbRB* 2018, 281, *Bergwitz NZA* 2018, 333; *Meckbach NZG* 2015, 580).
- Anspruch gegen die GmbH auf Herausgabe von Daten (auch im Zusammenhang mit behaupteten Fehlverhalten) aus Art. 15 DSGVO? (für GF: *Hirschfeld/Gerhold* ZIP 2021, 394; *Korch/Chatard* NZG 2020, 893; generell: OLG Köln 26.7.2019, ZD 2019, 462; LAG B-W 20.12.2018, NZA-RR 2019, 242 mAnm. *Fuhlrott*; *Brink/Joos* ZD 2019, 483).
Nach §§ 34 I, 29 I BDSG kein Auskunftsrecht gem. Art. 15 DSGVO, soweit durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen überwiegender berechtigter Interessen Dritter, geheim gehalten werden müssen. (vgl. BAG 27.4.2021, 2 AZR 342/20).
- GF hat ggf. Einsichtsrecht in die Inso- (OLG Düsseldorf 25.2.2021, BB 2021, 769) oder generell in die Akten bei Folgeprozessen (*Groh* ZIP 2021, 724).
- Ist GF AN iSd BDSG? (verneinend *Oberthür* RdA 2018, 286, 291); soll aber Verantwortlicher iSd DSGVO sein und damit ggf. haften (OLG Dresden, 30.11.2021, NZG 2022, 335).
- Schriftformklauseln. Die vereinbarte Schriftform kann ausdrücklich oder konkludent aufgehoben werden (OLG Düsseldorf 24.10.2019, GmbHR 2020, 1127).

GmbH-GF / Klauseln im Anstellungsvertrag (3)

- Geltung GeschGehG (ab 26.4.2019, generell *Naber et al.* NZA 2019, 583)
Folgen für GmbH-GF:
 - Bleibt es im Verhältnis GmbH / GF beim bisherigen Geheimnisbegriff (so *Fleischer/Pendl* ZIP 2020, 1321), oder gilt nun derjenige des GeschGehG? (so *Noack/Servatius/Haas-Beurskens*, GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 85 Rz. 7).
 - Es dürfte, da es in Umsetzung der RL (EU) 2016/943 erfolgte, der unionsrechtl. AN-Begriff zugrunde liegen - somit anwendbar.
 - Welche Pflichten treffen den GF aus dem GeschGehG? (dazu *Fleischer/Pendl* ZIP 2020, 1321; *Arens* GWR 2019, 375).
 - Vorrang der Vereinbarung, § 1 II Nr. 4 GeschGehG, aber Notwendigkeit, „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ zu treffen, § 2 I b) GeschGehG.
 - Derartige Maßnahmen können auch vertragliche Vereinbarungen sein; sie müssen aber konkret sein - pauschale Formulierungen reichen nicht;
 - die „Angemessenheit“ bemisst sich nach einem objektiven Maßstab (instruktiv für AN LAG Düsseldorf 3.6.2020 – 12 SaGa 4/20 Rn. 77 ff.).

GmbH-GF / Klauseln im Anstellungsvertrag (4)

- Kündigungsfrist / Befristung / Kündigung vor Dienstantritt.
- Koppelungsklausel? Überwiegend gemäß § 307 II Nr. 1 BGB **unwirksam** – unangemessene Benachteiligung (*Seyfarth NZG 2021, 389; Tödtmann/v. Erdmann NZG 2022, 3; v. Westfalen NZG 2020, 321; OLG München 24.3.2016, GmbHR 2016, 875; OLG Karlsruhe 25.10.2016, NZG 2017, 226; OLG Saarbrücken 8.5.2013, GmbHR 2013, 758; a.A. Werner NZA 2020, 1444*).
- Urlaubsgrundsätze, insbes. Trennung zwischen Mindest- und Zusatzurlaub. Übertragbarkeit EuGH Rspr. (Abgeltung etc.).
- Dauer Entgeltfortzahlung (EFZG gilt nur für AN).
- Sind Vertragsstrafen entgegen § 309 Nr. 6 zulässig wie bei Arbeitnehmern? (*Boemke RdA 2018, 1, 14 f.*).
- Beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (Kunden/Mandantenschutz oder echtes Wettbewerbsverbot; Verzicht; inhaltliche und geographische Reichweite; Karenz; Anrechnung anderweitige Einkünfte; Geltung bei Probezeit/Ausscheiden Altersgrenze).

GmbH-GF / Klauseln / Vergütung (1)

- Überstunden und deren Vergütung: BAG 27.6.2012, NZA 2012, 1147; *Bauer/Arnold/Willemsen* DB 2012, 1986 zur Abgeltung.
- Überstunden vergütet nur, soweit vereinbart: OLG Dresden 5.12.1996, NJW-RR 1997, 1535; LAG Düsseldorf 23.9.2020, NZA-RR 2021, 121 – Einkünfte oberhalb BBG RV).
- Ggf. Erfindervergütung, da ArbNErfG nicht gilt (BGH 29.6.2006, DB 2007, 339).
- Zu EBIT-Klauseln LAG Düsseldorf 3.3.2020, ArbRAktuell 2021, 137 mAnm. Arnold.
- Ggf. §§ 29a Erdgas- und 37a StrompreisbremsenG beachten.

GmbH-GF / Klauseln / Vergütung (2)

➤ Betriebliche Übung (BÜ)

- Zahlt der AG mind. 3 Jahre vorbehaltlos unterschiedliche Boni, entsteht eine BÜ auf Leistung, deren Höhe der AG selbst festlegen darf (BAG 13.5.2015, NZA 2015, 992).
- BÜ gilt auch für GmbH GF (BGH 19.12.1994, NJW-RR 1995, 796 (Vorstand); *Boemke* ZFA 1998 209, 228).

➤ Aber die Klausel:

“Der Aufsichtsrat kann nach billigem Ermessen und im Einklang mit geltendem Recht (insbes. § 87 AktG, soweit anwendbar) zusätzlich zum Grundgehalt Sonderleistungen, Gratifikationen oder ähnliches einmalig oder wiederholt gewähren. Dabei handelt es sich in jedem Falle um freiwillige Zuwendungen. Ein Rechtsanspruch kann aus ihnen nicht abgeleitet werden. Solche Sonderzuwendungen, Gratifikationen oder ähnliches können auch für außerordentliche Leistungen des Vorstandsmitglieds gewährt werden“

führt jedenfalls bei Vorstand weder zur Unwirksamkeit nach § 307 BGB noch zur Pflicht, nach § 315 BGB zu entscheiden (BGH 24.9.2019, NZA 2020, 244).

GmbH-GF / Klauseln / Vergütung (3)

- Bei Zielvereinbarungen / -Vorgaben: Folgen bei unterlassenem Neuabschluss:
 - Zielvereinbarung: Kein Erfüllungsanspruch (BAG 13.10.2021, NZA 2022, 268), aber Schadensersatz, ggf. Mitverschulden, wenn AN/GF deren Abschluss nicht eingefordert hat (BAG 12.12.2007, NZA 2008, 409).
 - Zielvorgabe: Schadensersatz (OLG München 3.5.2023 BeckRS 2023, 9177; OLG Köln 26.1.2018 – 4 Sa 433/17; offen gelassen, ob Schadensersatz oder Festlegung gemäß § 315 BGB, LAG Hessen 25.10.2019 – 14 Sa 1646/18).
- Abberufung / Kündigung lassen im Übrigen Vergütung grundsätzlich unberührt, aber vorsorglich wörtl. Angebot, da sonst ggf. kein Annahmeverzug (*Stöhr* NZA 2020, 1439, 1443; *Werner* NZA-RR 2020, 235, 236). Bei Bestellung eines neuen Organs bedarf es idR keines wörtl. Angebots (OLG München, 21.7.2021, NZG 2021, 1262).
- Anrechnung anderweitigen Erwerbs auch durch abgelehnte „unterwertige“ Tätigkeiten in der GmbH? Umstr., vgl. BAG 7.2.2007 NZA 2007, 561; OLG Frankfurt (27.3.2018 - 14 U 12/17, S. 27 f., 33 f.); *Stöhr* NZA 2020, 1439, 1443; *Werner* NZA-RR 2020, 235, 238). Im Anstellungsvertrag regeln!

GmbH-GF / Klauseln / Vergütung (4)

- Eingriff in bestehende Vergütung.
- Konkretisierung des Sachgrundes im Widerrufsvorbehalt selbst erforderlich:
 - „wirtschaftliche Notlage“ (BAG 24.1.2017, NZA 2017, 777);
 - „Ausgleich wirtschaftlicher Verluste“;
 - bei Dienst-PKW „längere Fehlzeit ohne Entgeltfortzahlung“ (BAG 13.4.2010, NZA-RR 2010, 457).
- Boni für erbrachte Gegenleistungen dürfen nicht vom Bestand des Arb-Verh. abhängig gemacht werden (BAG 12.4.2011, ArbRB 2011, 262 *Lunk*; LAG B-W, 22.10.2021, NZA-RR 2022, 278 mAnm. *Sura* – Az. beim BAG 10 AZR 64/22); bezüglich Leistungen mit „Mischcharakter“ BAG 18.1.2012, NZA 2012, 561). a.A. OLG München 18.4.2012, GmbHR 2012, 852.
- Die Variable bemisst sich auch bei unterjährigem Austritt oder Freistellung auf das gesamte Kalenderjahr, dann auf den anteiligen Zeitraum der Tätigkeit (*Melot de Beauregard et al.* DB 2012, 2792, 2796; LAG Köln 7.7.2022, BeckRS 2022, 25690).

GmbH-GF / Klauseln / Vergütung (5)

- Darf bei Eigenkündigung, Freistellung, Abberufung, die Variable ausgeschlossen werden? (Zur Abberufung *Werner* NZA-RR 2020, 235, 237).
- Unangemessene Benachteiligung § 307 I BGB? Nein, zulässig: LG Düsseldorf 23.12.2010 – 15 O 276/10, BeckRS 2011, 17437.
- Verstoß gegen § 622 Abs. 5 BGB wenn an Eigenkündigung gekoppelt: MüKo GmbHG-*Jaeger/Steinbrück*, 4. Aufl. 2023, § 35 Rn. 339.
- Einzelfall entscheidet: *Reufels/Pier* ArbRB 2012, 257.
- Die Koppelung der Variablen an die Dauer der Bestellung ist unwirksam nach §§ 307 I, 2 BGB; wobei offengelassen wurde, ob es wirksam wäre, wenn die Abberufung mit einer Freistellung einhergeht: OLG München (3.5.2023) BeckRS 2023, 9177 Rn. 87 ff. = NZA-RR 2023, 417 LS.
- Klausel: „*Endet das Dienstverhältnis durch Kündigung einer der Parteien vor Abschluss des Kalenderjahres, entsteht für dieses Kalenderjahr kein Anspruch auf eine anteilige Tantieme... Eine Ausnahme besteht, wenn... die Gesellschaft den Vertrag ohne einen Grund (wie unter... definiert) kündigt.*“ soll wirksam sein: OLG Thüringen 4.3.2020 – 2 U 364/19; a.A. LAG B-W, 22.10.2021, NZA-RR 2022, 278 mAnm. *Sura* – Az. beim BAG 10 AZR 64/22.

GmbH-GF / Sachbezug (Pkw)

- PKW Nutzungsbedingungen regeln (inkl. Rückgabe, Nutzungsumfang, Schadensfreiheitsrabatt).
- Die Pflicht zur Gewährung der Privatnutzung des Pkw endet mit Ablauf der Pflicht zur Entgeltfortzahlung (BAG 14.12.2010, NZA 2011, 569; dazu insges. *Ganz ArbRAktuell* 2020, 537).
- Eine AGB, wonach der AN einen auch privat nutzbaren Dienst-Pkw bei Freistellung zurückgeben muss, ist wirksam (BAG 21.3.2012, NZA 2012, 616).
- Die Ausübungskontrolle im Einzelfall (§ 315 BGB) erfordert i.d.R. eine Auslaufrfrist (jedenfalls Monatsende, BAG aaO).
- Der Entzug der Privatnutzung führt zum Schadensersatz (näher *Werner NZA-RR* 2020, 235, 239).

GmbH-GF / Vertragsstrafe (1)

- Anwendungsbereich einer Vertragsstrafen Klausel (u.a.):
 - Schuldhafter Nichtantritt der Geschäftsführertätigkeit;
 - Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht;
 - Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot.

- Zulässigkeit richtet sich nach §§ 307, 309 Nr. 6 BGB
 - Vertragsstrafe muss der Höhe nach angemessen sein, § 307 Abs. 1 BGB; Richtwert ist ein Bruttomonatseinkommen, eine generelle Höchstgrenze soll es jedoch nicht geben (BAG 20.10.2022, NZA 2023,423; BAG 25.9.2008, NZA 2009, 370; *Günther/Nolde* NZA 2012, 62).
 - Intransparent, § 307 I 2, wenn Fehlverhalten nicht konkret beschrieben wird (BAG 20.10.2022, NZA 2023,423).
 - Bei Arbeitnehmern gilt (BAG 4.3.2004, NZA 2004, 727):
 - § 309 Nr. 6 BGB findet auf Arbeitnehmer wegen der arbeitsrechtlichen Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) keine Anwendung:
 - Bedürfnis nach Sanktionsinstrumenten auf Grund des Vollstreckungsverbots gem. § 888 Abs. 3 ZPO;
 - Notwendigkeit der Schadenspauschalierung wegen Problematik des Schadensnachweises.

GmbH-GF / Vertragsstrafe (2)

- Rspr. des BAG auf Verbraucher-GF übertragbar?
 - § 888 Abs. 3 ZPO gilt auch ggü. dem Geschäftsführer.
 - § 310 Abs. 4 S. 2 BGB erfasst jedoch nur Arbeitsverträge.

- **Wertungswiderspruch:**
 - GF würden bei Nichtanwendung des § 310 Abs. 4 S. 2 BGB im Verhältnis zum AN besser gestellt, da Vertragsstrafen Klauseln im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 6 BGB unzulässig wären.
 - Auflösung durch analoge Anwendung des § 310 Abs. 4 S. 2 BGB?
 - Bisher nicht gerichtlich entschieden.
 - Schrifttum (*Boemke RdA 2018, 1, 15*) ist gespalten (für eine Analogie *Khanian GmbHR 2011, 116*; a.A. *Stagat NZA-RR 2011, 617, 621 f.*).

GmbH-GF / Freistellung (Beschäftigung)

➤ Beschäftigungsanspruch des GF?

- Im bestehenden Anstellungsverhältnis: (+) (*Stöhr* NZA 2020, 1439).
- Nach Abberufung: (-) Nicht einmal auf Ebene unterhalb des GF (BGH 11.10.2010, *GmbHR* 2011, 82, *Lunk/Rodenbusch* NZA 2011, 497).
- Folge: Keine korrespondierende Beschäftigungspflicht (*Werner* NZA-RR 2020, 235; aA: angemessene anderweitige Beschäftigung OLG Frankfurt (27.3.2018 - 14 U 12/17, S. 27 f.) - vertraglich regeln.

➤ Bedarf es daher noch gesonderter Freistellungsklauseln?

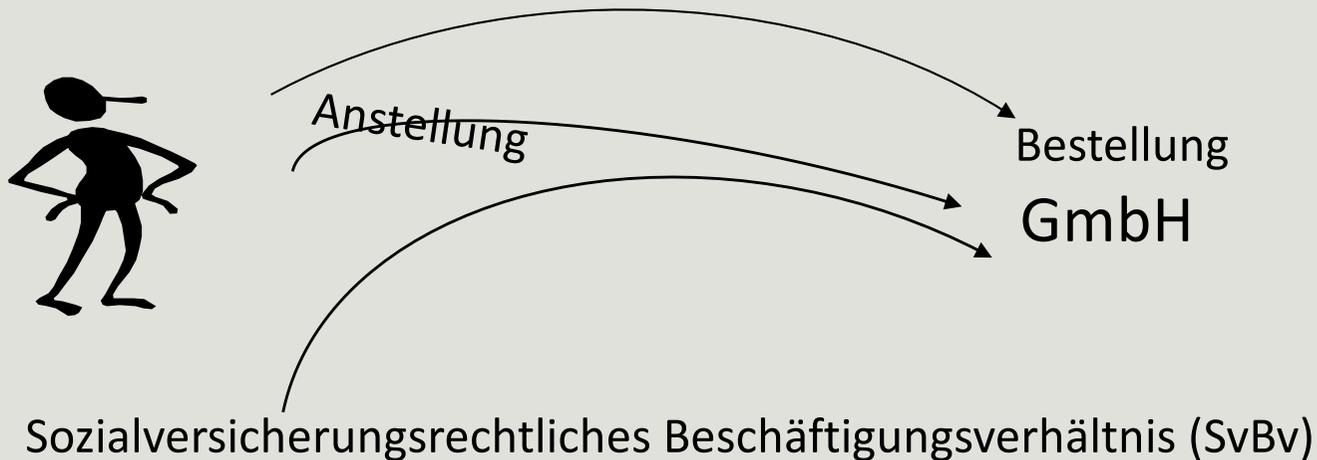
- BGH: Wohl nein, jedenfalls nicht nach Ende der Organstellung.
- BAG: Zweifelhaft, ob Rspr. des BGH übernommen wird.

➤ Wenn Freistellungsklauseln, AGB-Kontrolle:

- Sachgründe benennen (zweifelhaft, ob ohne Verlust der Organstellung Freistellung zulässig).
- Anrechnung anderweitigen Erwerbs / Sonderzahlungen.

➤ Exkurs: Regelmäßig keine Pflichtverletzung i.S.v. § 628 II BGB, wenn der GF abberufen oder seine vertraglichen Rechte eingeschränkt werden (BGH 6.3.2012, *NZG* 2012, 502).

Sozialversicherung / Grundzüge



Fremd-GF ausnahmslos SvBv (+)

BSG 14.3.2018, NJW 2018, 2662 (*Lau* NZS 2019, 452; *Reiserer/Skupin* BB 2019, 505; kritisch *Borggräfe/Mischnick* DB 2022, 1452).

Einzige Ausnahme: Fremd-GF hält Mehrheit oder echte Sperrminorität an der Mutterges., soweit kein Rechtsmissbrauch (BSG 23.2.2021, NZA 2021, 1320; LSG Nds.-Bremen 18.3.2022, NZS 2023, 76).

Beherrschender Geschäftsführer

SvBv (-)

GF, dessen alleiniger Gesellschafter ein e.V. ist, ist selbst dann sozverspflichtig, wenn er alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied im e.V. ist (LSG B-W, 23.5.2023 – L 11 BA 3282/21, NZG 2023, 1039 (n. rkr.).

Sozialversicherung / Minderheitsgesellschaftlicher-Geschäftsführer

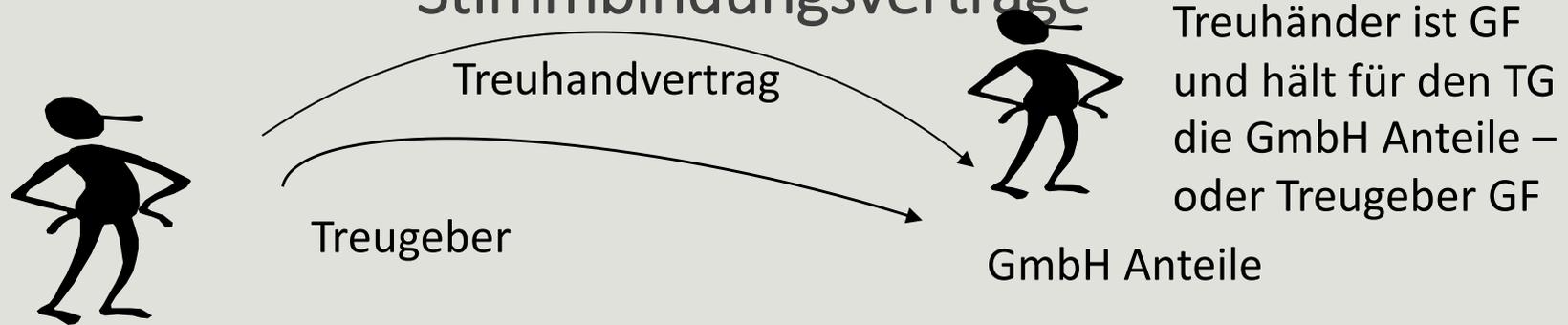
Minderheitsgesellschaftlicher-GF i.d.R. SvBv (+)

- Bloß faktische Einflussnahme-Möglichkeit („Kopf und Seele“) reicht nicht mehr (BSG 29.7.2015, B 12 KR 23/13 R).
- Kein Vertrauensschutz in die „Kopf und Seele“ Rspr., sondern nur, bei VA (BSG jeweils 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R) GmbHR 2020, 147 mAnm. *Haase* = NZS 2020, 183 mAnm. *Stäbler*, B 12 KR 9/19 R, NZS 2020, 479 mAnm. *Stäbler* und B 12 KR 21/19 R, NSZ 2020, 397 mAnm. *Stäbler*.; kritisch *Nehls* NZG 2022, 946.
- < 50% nur sozialversicherungsfrei, sofern gesellschaftsvertragliche – nicht bloß schuldrechtliche – echte Sperrminorität (BSG 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R, DStR 2021, 311 (Pool-Vereinbarung); BSG 10.12.2019 - B 12 KR 9/18 R, GmbHR 2020, 894 mAnm. *Peetz*; BSG 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R GmbHR 2020, 147 mAnm. *Haase* – vgl. Rundschreiben Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 1.4.2022 Anl. 3 = 56 Seiten).
- Die Sperrminorität muss sich auf die gesamte Unternehmenstätigkeit erstrecken; partielle Sonderrechte wie die Nichtabrufbarkeit oder ordentliche Unkündbarkeit reichen nicht (BSG 1.2.2022: 12 B 12 KR 37/19 R; B 12 R 19/19 R, B 12 R 20/19 R; dazu *Burkert-Vavilova* GWR 2023, 65, *Haase* GmbHR 2022, 1225).
- Auch für Unfallversicherung? (LSG Bayern 12.6.2018 - L 7 U 326/14).

Gesellschafter-GF Sozialversicherung

- Statusverfahren: obligatorisch, § 7a Abs. 1 SGB IV. Klagen AG und AN beide gegen die Statusfeststellung, bindet nur die zeitlich 1. Entscheidung (LSG S-H 27.7.2021, NZS 2022, 560).
- Dauer: 3 – 5 Monate.
- Mindestens 50% Anteile = idR sozialversicherungsfrei.
- Unter 50% = Kriterien gemäß vorheriger Folie.
- Kriterien gelten auch für:
 - Familienges. (LSG Nds.-Bremen 20.12.2018 – L 12 BA 23/18 B ER),
 - GmbH & Co. KG (*Lau* NZS 2019, 452; LSG B-W 17.4.2018, L 10 R 828/17).
 - Rechtsanwalts-GmbH (BSG 28.6.2022, B 12 R 4/20 R, NJW 2022, 3596; dazu *Dombrowsky* NZS 2023, 172, *Altmeyen* NJW 2023, 393). Das BVerfG nahm eine Verfassungsbeschwerde hiergegen nicht an (1 BVR 1785/22). Zu prüfen aber Befreiung nach § 6 SGB VI.
- Freiwillige Unfallvers. beachten, §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.
- Bei Falschbehandlung kann beratender StB haften (OLG Hamm 8.4.2022, BeckRS 2022, 8845).

Sozialversicherung / Treuhand- & Stimmbindungsverträge



Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis (SvBv)?

- Treugeber: Das BSG lässt auch beurkundete Treuhandverträge nicht ausreichen; entscheidend seien Gesellschafterstellung laut Handelsregister und Gesellschafterliste, da für die SozVers. die „Vorhersehbarkeit“ der Weisungsabhängigkeit maßgeblich sei:
 - BSG 10.12.2019 - B 12 KR 9/18 R, GmbHR 2020, 894 mAnm. *Peetz* = NZS 2021, 139; BSG 12.5.2020 – B 12 R 11/19 R, NZS 2020, 959; insges. *Lau* DStR 2020, 347.
- Treuhänder: im Zweifel keine abhängige Beschäftigung?

Statusverfahren – neu seit 1.4.2022

Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenorganisationen der SV vom 1.4.2022 nebst Anlagen. Es ersetzt das bisherige Gemeinsame Rundschreiben vom 21.3.2019.

Es gelten nunmehr gemäß § 7a SGB IV folgende maßgebliche Kriterien:

➤ **Optionales Anfrageverfahren:**

- Beschränkt auf „Elementarfeststellung“, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht;
- Bindungswirkung ggü. anderen SV-Trägern;
- keine Feststellung mehr, ob Versicherungspflicht besteht (das macht die Einzugsstelle);
- wird Selbstständigkeit bejaht, Weiterleitung an RV-Träger für Prüfung, ob gleichwohl RV-Pflicht, § 2 Abs. 6 SGB VI;
- Antrag vor Beginn der Tätigkeit möglich (Prognose-Entscheidung);
- Gruppenfeststellung möglich;
- einstweilen beschränkt bis 30.6.2027.

➤ **Obligatorisches Anfrageverfahren:**

- Beschränkt auf Feststellung der Selbstständigkeit/Abhängigkeit;
- Für Gesellschafter-GF.

Zu dem neuen Statusverfahren: *Merath* NZA-RR 2022, 566; *Moderegger* ArbRB 2022, 207; *Pietrek* JurisJM 2022, 325; *Kössel* DB 2021, 2216; *Eufinger* BB 2021, 3060; *Alberding* BB 2021, 2100; *Diepenbrock/Plambeck* NZS 2021, 865; *Bissels/Falter/Joch* ArbR Aktuell 2021, 485.

Haftung: Die **10 Gebote** des GmbH-GF

(nach *Lutter GmbHHR* 2001, 301)

1. Einhaltung der Gesetze und nicht zuletzt des GmbHG
2. Einhaltung von Satzung und Geschäftsordnung
3. Einhaltung der Regeln des Anstellungsvertrages
4. Einhaltung von Weisungen der Gesellschafter
5. Ordnungsgemäße Organisation der Gesellschaft
6. Kontrolle der Organisation
7. Regelmäßige Kontrolle der Liquidität und Finanzlage der Gesellschaft
8. Vermeidung übergroßer Risiken
9. Vermeidung, mindestens aber Offenlegung aller Konflikte zwischen den Interessen der GmbH und den Eigeninteressen des GF
10. Sorgfältige Vorbereitung [und Dokumentation] wesentlicher geschäftlicher und unternehmerischer Entscheidungen

Grundzüge Haftung GmbH-GF (1)

- Ggü. Gesellschaft

- § 43 II GmbHG

- § 15b InsO

(ersetzt seit
1.1.2021 § 64
GmbHG)

- § 15b V InsO

- §§ 43 I, 32 StARUG

- § 280 I BGB inkl.
Grundsatz der
privilegierten AN-
Haftung? (OLG
Zweibrücken
18.8.2022, NZG
2023, 330)

- Ggü. Gesellschafter

- § 31 VI GmbHG

- § 40 III GmbHG



- Ggü. Dritten

eigentlich (-), aber:

- § 11 II GmbHG

- § 128 HGB

- Rechtsschein

- c.i.c.

- § 57 StARUG

- § 823 II BGB iVm

- -- § 15a InsO

- -- § 226a StGB

- -- Arbeitsschutz
§ 826 BGB

- § 69 AO

- § 61 InsO analog

- Art. 82 I DSGVO

Grundzüge Haftung GmbH-GF (2)

➤ Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG

- **Beweislast:** GmbH muss beweisen, inwieweit ihr durch Pflichtwidrigkeit des GF Schaden entstanden ist; GF hat darzulegen und zu beweisen, dass er nicht sorgfaltswidrig und ohne Verschulden gehandelt hat (BGH 22.6.2021, NZG 2021, 1356 = GmbHR 2021, 917 mAnm. *Haase*).
- Erstreckt sich auf die KG bei GmbH & Co Sachverhalten (BGH 14.3.2023, NZG 2023, 837 mAnm. *Lüttenberg*).
- Grds. Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit. Teils existenzbedrohend.
- Daher: Beschränkung im Anstellungsvertrag (oder Satzung).
 - auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.
 - Summenmäßige Begrenzung.
 - Verkürzung der Verjährungsregeln.
 - Vereinbarung entsprechender tariflicher oder gesetzlicher Haftungsnormen (OLG Hamm 8.3.2023, NZG 2023, 1118).

Grundzüge Haftung GmbH-GF (3)

➤ Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG oder nach § 280 Abs. 1 BGB?

- Greift § 43 Abs. 2 GmbHG nur bei Verletzung organschaftlicher Pflichten und wird im Übrigen durch § 280 Abs. 1 BGB verdrängt? (+ OLG Zweibrücken 18.8.2022, NZG 2023, 330; Noack/Servatius/Haas-Beuerskens, GmbHG 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 6; a.A. Ziemons in Michalski pp., GmbHG 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 419 ff.).
- Organschaftliche Pflichten umfassen (MüKo-GmbHG/Fleischer, 4. Aufl. 2023, § 43 GmbHG Rn. 12):
 - Legalitätspflichten (Rechtsw. Verhalten im Außenverhältnis ist Pflichtwidrigkeit im Innenverh. (aaO Rn. 31))
 - Sorgfaltspflichten
 - Überwachungspflichten
 - Compliance-Pflicht
- Privilegierung durch Anwendung der Regeln für die AN-Haftung zumindest bei Schäden, die nicht bei Erfüllung organschaftlicher Pflichten entstehen? (OLG Zweibrücken aaO; dazu Bachmann NZG 2023, 316; Siegel BB 2023, 503; ablehnend Versteyl/El-Taki NJW 2023, 1548).
- Privilegierung aufgrund Business Judgment Rule analog § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (OLG München 9.8.2018, GmbHR 2018, 1058)
- Pflichtgemäßes Handeln, wenn eine unternehmerische Entscheidung unter Beachtung der Legalitätspflicht auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft in gutem Glauben ohne Eigeninteressen und sachfremde Einflüsse getroffen wird (Ziemons in Michalski pp., GmbHG 4. Aufl. 2023, § 43 GmbHG Rn. 136).
- Die Einholung von externem Rechtsrat kann entlasten (BGH 20.9.2011, NZG 2011, 1271).

Grundzüge Haftung GmbH-GF (4)

- Eine Weisung oder Genehmigung durch Gesellschaftervers. (bzw. AR) schließt grds. Ersatzansprüche aus, solange der entsprechende Beschluss nicht angefochten, nichtig oder nicht in Kenntnis aller Tatsachen ergangen ist (BGH 8.2.2022, NZG 2022, 710 mAnm. *Bachmann/Habighorst*; OLG München 9.8.2018, GmbHR 2018, 1058; *Reuter* NZG 2023, 51; *Freund* NZG 2022, 1611).
- In Betracht kommt die konkludente Genehmigung (Einkopieren der Gesellschafter ohne Widerspruch, OLG Zweibrücken 18.8.2022, NZG 2023, 330; vgl. auch BGH 7.4.2003 NJW-RR 2003, 895, 896).
- Durch Entlastungsbeschluss (§ 46 Ziff. 5 GmbHG, anders bei der AG, § 120 II S. 2 AktG, ggf. auch mit Wirkung ggü KG bei GmbH & Co. KG, BGH 22.9.2020, NZG 2020, 1343) werden sämtliche (auch aus vorherigen Geschäftsjahren OLG München 22.10.2015, GmbHR 2015, 1324) Ersatzansprüche ausgeschlossen, die der Ges.Vers. bekannt oder erkennbar waren (OLG Brandenburg 29.6.2022, GmbHR 2023, 410; *Hamdan* GmbHR 2023, zu Formfehlern bei Entlastungsbeschl. *von der Linden* ZIP 2013, 2343; zu Interessenkonflikten *Schwichtenberg* GmbHR 2007, 400).
- Weiter als Entlastung ist Generalbereinigung oder Generalquittung (§ 46 Ziff. 8 GmbHG), bei der grds. auf sämtliche denkbare Ersatzansprüche verzichtet wird (*Holthausen* GmbHR 2019, 634; *Dicke* GmbHR 2019, 572; jeweils mit Formulierungsbsp.).
- Vorsorglich ausdrücklich Ansprüche aus dem Dienstvertrag und der Organstellung aufnehmen (OLG Hamm 12.9.2016 – 8 U 25/16).

Grundzüge Haftung GmbH-GF (5)

- Für Vorsatz (Überschreiten und Verschweigen interner Beschränkungen) haftet GF selbst bei Vereinbarung einer üblichen Ausgleichsklausel (OLG München 18.4.2018, GmbHR 2018, 733).
- Dem GF steht der Einwand aus § 254 BGB und des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu (BGH 21.7.2008, NZG 2008, 783), bspw. der AR hätte zugestimmt (BGH 10.7.2018, NZG 2018, 1189).
- Durch Delegation kann, soweit es sich um delegierbare Pflichten handelt, eine Risikominimierung herbeigeführt werden (horizontale, vertikale, externe Delegation, OLG Frankfurt/M. 23.5.2019, GmbHR 2019, 940 mAnm. *Mayer/Jenne*).
- GF ist verpflichtet, die Gesellschafter auf mögliche nachteilige Folgen ihrer Weisung hinzuweisen und Gelegenheit zu geben, die Entscheidung zu revidieren (OLG Stuttgart, 14.1.2013, GmbHR 2013, 535).
- Bleiben die Gesellschafter bei ihrer Sichtweise, muss der GF den Beschluss, soweit er nicht rechtswidrig ist oder die Gesellschafter unzuständig sind, aber selbst dann umsetzen, wenn er für die GmbH wirtschaftlich nachteilig ist (Henssler/*Strohn-Oetker*, 5. Aufl. 2021, § 37 GmbHG Rn. 14). Der GF handelt dann nicht pflichtwidrig (OLG Frankfurt 7.2.1997, NJW-RR 1997, 736).

Grundzüge Haftung GmbH-GF (6)

- **Ressortaufteilung:** Erfüllung der gesetzl. GF-Pflichten (insbes. Insolvenz-Antragspflicht) gilt lt. BGH selbst dann, wenn die GF *„untereinander in zulässiger Weise eine Aufteilung der Geschäfte vorgenommen haben... Den GF ...trifft kraft seiner Amtsstellung grundsätzlich die Pflicht zur GF im Ganzen. Eine Ressortaufteilung ... lässt daher die Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte nicht entfallen“*. Auch bei einer Ressortaufteilung verbleiben dem organisatorisch nicht betroffenen GF wegen seiner Allzuständigkeit Überwachungspflichten, deren Reichweite nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen sind.“ Insbesondere muss der GF *„Hinweisen auf Fehlentwicklungen oder Unregelmäßigkeiten in einem fremden Ressort immer und unverzüglich nachgehen“* (BGH 14.3.2023, NZG 2023, 837 Rn. 28 mAnm. Lüttenberg).
- In einer mehrgliedrigen Geschäftsführung ist *„grundsätzlich jeder GF für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Gesellschaft, zu denen die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gehören, verantwortlich. Dieser Pflichten können sich die GF weder durch Zuständigkeitsverteilungen ... noch durch Delegation ... entledigen“* (BGH 15.10.1996, NJW 1997, 130).



Grundzüge Haftung GmbH-GF (7)

SEITE 22 · NR. 145
MONTAG, 26. JUNI 2023

Für Manager wird es riskanter

Die Regresse steigen. Manager, die in ihrem Unternehmen nicht auf Compliance achten, müssen dringend in ihren Versicherungsschutz investieren.

Von Marcus Jung, Frankfurt

Bis vor wenigen Jahren drang kaum etwas über die persönliche Haftung eines Topmanagers bei Unternehmensskandalen nach außen. Hinter verschlossenen Türen verhandelten seine Anwälte und der Versicherer über Lösungen. Die Managerhaftpflicht (D&O) regulierte einen Teil des Schadens. Auch der Vorstand leistete seinen Beitrag zur Wiedergutmachung. Doch mit dem Abgasbetrug bei Volkswagen und dem Bilanzskandal bei Wirecard sind zwei der derzeit größten D&O-Schadensfälle an die breite Öffentlichkeit gelangt.

Ex-Wirecard-Chef Markus Braun stritt sich mit dem US-Versicherer Chubb um die Übernahme der Kosten für sein Krisenmanagement. Und im Dieselskandal mussten die Volkswagen-Aktionäre auf der Hauptversammlung sogar einem vorformulierten Vergleich zustimmen. Seit

„In Gesprächen merke ich, dass es den meisten immer wichtiger wird, sich mit der eigenen Verantwortung und den Risiken auseinanderzusetzen.“ Dazu trage sicher auch bei, dass Unternehmensskandale wie der Abgasbetrug öffentlich vor Gericht ausgetragen würden.

Gemeinsam mit der Münchner Unternehmensberatung GCE hat BCG diverse Unternehmensskandale, aktuelle Urteile deutscher Gerichte in D&O-Streitigkeiten untersucht. Vor allem neue Gesetze und der gestiegene Regulierungsdruck haben die Haftungsrisiken für Geschäftsführer und Vorstände deutlich erhöht. Dennoch liegt die durchschnittliche Deckungssumme einer D&O-Police in Deutschland laut BCG-Auswertung nur zwischen 10 und 15 Millionen Euro pro Schadensfall. Es fällt auf: Die Schadenssummen steigen und damit auch die individuellen Regressansprüche gegen Manager.

• EU-Regeln

Thönissen NJW 2023, 945;
Hommelhof pp. NZG 2023, 911.
Stöbener de Mora/Noll EuZW 2023,14
Non-Financial-Reporting Directive (NFRD), umgesetzt durch §§ 289b ff. HGB, ab 2017 für börsennotierte Ges. >500 AN.

Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), gilt seit 5.1.23 für alle großen Untern., unab-hängig von kapitalmarkt-orientierung; zusätzliche Berichtspflichten mit externer Prüfung; ab 1.1.2025

Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) im Trilog; Umsetzung LkSG.

• Haftung

Bingel pp. DB 2023,118.

Beispiel LkSG:

Keine zivilrechtl.

Schadensersatzansprüche, § 3 Abs. 3 Satz 1 = Kein SchutzG iSv § 823 Abs. 2 BGB (*Johann/Sangi*, LkSG 2023, § 3 Rn. 31).

Jedoch Satz 2: „Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt bestehen.“

Haftung GF für Organisationsverschulden (mangelnde Umsetzung LkSG oder Bußgeldbescheide)?

Grds. möglich *Koch* AktG 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 350; *Spindler* ZHR 186 (2022) 67, 106; a.A. *Leuering* NZG 2021, 753. Vgl. OLG D.dorf 27.7.2023, DB 2023, 2035 – keine Haftung GF für Kartellbuße.

GmbH-GF / Abberufung (1)

➤ **Beschlussfassung**

- Allg. (formale) Wirksamkeitsvoraussetzungen
- jetzt Video etc. möglich, § 48 I S. 2 GmbHG – zahlreiche formale Fallen (*Leinekugel* DB 2022, 2840).
 - Einladung / Konkreter TOP / Stimmrechtsausschluss, § 47 IV GmbHG.
 - Die InsO-Eröffnung lässt die Organstellung unberührt (LAG Bln.-Brdbg. 29.8.2022, BeckRS 2022, 30005 = ZIP 2022, 2401).

➤ **Wichtiger Grund nötig?**

- Ja, wenn:
 - Satzung dies vorsieht;
 - Einzelfall dies erfordert (Lebensstellung, Vorschlagsrecht);
 - MitbestG gilt;
 - Reicht Verdacht – wohl schlüssige Behauptung nötig (*Kaulbach/Reidt* GmbHHR 2021, 191; *Werner* GmbHHR 2020, 1056).

GmbH-GF / Abberufung (2)



Zugang der Abberufung

- GF muss Kenntnis erlangen.



Folgen der Abberufung

- Anmeldung zum HR (§ 39 I GmbHG).
- Bei Amtsniederlegung prüfen, ob noch selbst möglich – Zugang bei Gesellschafter nachweisen und Einzelvertretungsberechtigung.
- Ex-GF muss zumutbare Aufgaben übernehmen?
 - Auswirkung auf (variable) Vergütung, § 615 BGB (*Werner NZA-RR 2020, 235*).
 - Wer trägt das Risiko?
 - Im Anstellungsvertrag regeln!
- Eigenkündigungsrecht und Schadensersatz, § 628 II BGB.
 - Nicht praxisrelevant, nur im Ausnahmefall zu empfehlen (Lossagung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverstoß und Wechsel zur Konkurrenz)
- Koppelung an Kündigung des Dienstvertrages?
 - AGB-rechtlich häufig problematisch (OLG Karlsruhe 25.10.2016, GmbHR 2017, 295 mAnm. Haase; Holthausen NZG 2022, 731; a. A. OLG Saarbrücken 8.5.2013, NZG 2013, 784 – keine AGB; Werner NZA 2020, 1444).

GmbH-GF / Abberufung (3)

- Gilt § 84 III S. 4 AktG analog bei der Abberufung des GF (wirksam, solange nicht rkr. das Gegenteil festgestellt ist)?
 - Die analoge Anwendung zumindest auf die GmbH mit > 2 Gesellschaftern ist umstr. (bejahend: Oppenländer/Trölitzsch/ *Oppenländer*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 17; dagegen Baumbach/Hueck/*Beurskens*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 38 Rn. 46; *Diekmann* in Münchner Handbuch Gesellschaftsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 67).
- Existiert ein Aufsichts- oder Beirat mit Abberufungskompetenz, ist offen ob dann § 84 III S. 4 AktG gilt (BGH 14.5.2019, GmbHR 2019, 883, dazu *Scholz ZIP* 2019, 2338).
- Gesellschafter-GF können sich im E.V.-Verfahren gegen die Abberufung wenden (instruktiv *Lotz NZG* 2023, 498, umstr. ob bereits im Vorwege zulässig).
- Die Amtsniederlegung (dazu umfassend *Holthausen GmbHR* 2020, 1205) wird mit Zugang bei einem Gesellschafter (nicht Mit-GF) wirksam - Ausnahme: Niederlegung zur Unzeit (zu den Formalien: Nachweis Zugang bei den Gesellschaftern: KG 30.6.2022, NZG 2022, 1735).
- Das Amt des GF endet automatisch mit Rechtskraft einer Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung (FG Münster 19.12.2022, GWR 2023, 189).

GmbH-GF / Abberufung (4)

- (*Paefgen* in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 38 Rn. 209 ff.): Bleibt die Gesellschafterversammlung zuständig, wird man differenzieren können
- Fremd-GF: entweder § 84 III S. 4 AktG analog oder Beschlussrecht, d.h.
- Förmliche Beschlussfeststellung: Abberufungsbeschluss ist ex ante wirksam, solange keine rechtskräftige Anfechtung (§ 246 I AktG analog) erfolgt. Der Monatsfrist des § 246 I AktG kommt eine Leitbildfunktion zu (OLG Hamm 25.11.2009, GmbHR 2010, 477).
- Keine förmliche Beschlussfeststellung: GF behält Amt bis zum entgegenstehenden Beschluss-Anfechtungsurteil, sofern keine Akzeptanz (konkludente Amtsniederlegung).
- Nicht beherrschender Gesellschafter-GF: wie beim Fremd-GF. Bei Anfechtungsklage vorläufiger Rechtsschutz aus Eigeninteresse des GF (Haftung) nötig.
- Zwei-Personen GmbH: die materielle Rechtslage entscheidet; § 84 III S. 4 AktG gilt nicht (BGH 14.5.2019, GmbHR 2019, 883, dazu *Scholz* ZIP 2019, 2338; kritisch *Paefgen* in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 38 Rn. 214; *Koehler* GmbHR 2019, 917).
- Gesellschafter-GF mit Sonderrechten: Abberufung ist unwirksam, solange kein wichtiger Grund vorliegt und dies nicht rechtskräftig durch Feststellungsklage ohne Beschlussanfechtung entschieden ist (§§ 117, 127 HGB analog oder § 35 BGB analog, vgl. *Paefgen*, aaO, Rn. 217).
- Zur Rolle und den Voraussetzungen des Versammlungsleiters *Kaulbach/Reidt* GmbHR 2021, 191.

GmbH-GF / Abberufung (5)

- Dem Fremd-GF fehlt für eine Anfechtungs- oder Feststellungsklage oder ein einstweiliges Verfügungsverfahren die Anfechtungsbefugnis bzw. der Verfügungsanspruch (BGH 11.2.2008, GmbHR 2008 426 mAnm. *Werner*).
- Ist der Abberufungsbeschluss nichtig (bspw. Einberufungsmängel), hat auch der Fremd-GF seine Organfunktion nie verloren und kann dies idR Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG klären lassen (*Tschöpe/Wortmann NZG 2009, 161, 167*).
- Aber idR dann nochmaliger wirksamer Beschluss.
- Eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages oder ein Aufhebungsvertrag schließen im Zweifel den Widerruf der Bestellung ein und umgekehrt. Jedenfalls bei Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung besteht regelmäßig daher auch kein Feststellungsinteresse bezüglich der Unwirksamkeit der Abberufung mehr (OLG Stuttgart 12.11.2019, BeckRS 2019, 39812 = GWR 2020, 263 mAnm. *Otte-Gräbener*).

GmbH-GF / Abberufung (6)

Rechtsschutz: §§ 84 III S. 4 AktG – 117, 127 HGB

	Hauptsache	Einstweilig
1.) Fremd GF	AktG kein Rechtsschutz (Ausnahme: Nichtigkeitsklage)	Nein (Ausnahme: Beschlussnichtigkeit)
2.) Gesellschafter-GF		
a) Normalfall	AktG Rechtsschutz Anfechtungs- oder Feststellungsklage	Ja (h.M.) (Str., ob bereits vorbeugend)
b) Sonderrechte	HGB	Grds. Ja (Verbot, GF-Maßnahmen zu ergreifen)
c) Zwei-Personen- Gesellschaft	Materielle Rechtslage entscheidet	Ja (Regelfall)

§ 38 Abs. 3 GmbHG – „Stay on Board“ – seit 12.8.2021

Sofern mind. 1 weiteres Organ bestellt ist, darf Organ um Widerruf der Bestellung ersuchen (Mandatspause) bei Mutterschutz, Elternzeit, Pflege Familienangehöriger oder Krankheit.

- Antrag ggü. Gesellschafter, nicht Mit-GF.

- Zwar keine Ankündigungsfrist, aber im Zweifel Fristen der zugrunde liegenden Normen (§§ 3 Abs. 3 PflegeZG, 16 BEEG; 15 Abs. 1 MuSchG).
- Dauer anzugeben (bei Mutterschaft die Fristen des § 3 Abs. 1, 2 MuSchG).
- Bei Mu-Schutz Anspruch auf Widerruf und Wiederbestellung (soll sich laut *Arens, GmbHR 2022, 1061*, unmittelbar aus § 3 Abs. I, II MuSchG ergeben; aA *Freyler NZG 2021, 1348*).
- Bei den übrigen Fällen für bis zu 3 Monate Anspruch auf Widerruf und Wiederbestellung, sofern kein wichtiger Grund dem entgegensteht; „kann“ bis zu 12 Monate dauern (dann aber nur pflichtgem. Ermessen der Ges.).
- Keine Auswirkung auf Anstellung, daher im Anstellungsvertrag – bei Abschluss - zu regeln (Vergütung, Boni, D&O, PKW, Homeoffice, Altersversorgung, Pflichten etc.).
- Dem HR zu melden.
- Problem der gerichtlichen Durchsetzung (Vorwegnahme der Hauptsache?).
- (vgl. insges. Oetker FS Henssler 2023, 1123; *Fuhrmann GmbHR 2022, 285*; *Kocher DB 2022, 104*; *de Raet/Möslein NJW 2021, 2920*).

Aufhebungs-/Abwicklungsvereinbarung (1)

➤ Zu beachten sind insbesondere:

- Formalien: richtige Parteien, insbes. bei GmbH & Co KG; Abschlusskompetenz (Gesellschafter, AR, Beirat); ggf. Schriftform.
- AGB-Kontrollfähigkeit (insbes. Transparenz- und Inhaltskontrolle, soweit nicht die Hauptpflichten betroffen sind, vgl. etwa BAG 24.2.2016, NZA 2016, 762).
- Herausgabe oder Einsicht in Unterlagen oder Kopien (für etwaige Folgeprozesse). Art. 15 DSGVO beachten (*Groh* ZIP 2021, 724; *Korch/Chatard* NZG 2020, 893; *Lembke* NJW 2020, 1841).
- Mitnahme PKW (inkl. Papiere, Zubehör, Schadensfreiheitsrabatt etc.) und Mobilfunk-nummer /-vertrag.
- (Zwischen)Zeugnis / Text und Verteiler Verabschiedungsmail / ggf. Presseerklärung / Referenz-Personen.
- Freistellung: insbes. Schicksal (variabler) Vergütung, anderweitigen Erwerbs, Wettbewerbsverbots.
- Sonderlösungsrecht inkl. Konditionen und Auswirkungen auf Vergütung und Abfindung; Tod als Ausübung der Sonderlösung.
- Abfindung mit Unterzeichnung entstanden und vererblich; Fälligkeit regeln.
- Geheimhaltung AGB-fest regeln (*Fleischer/Pendl* ZIP 2020, 1321).
- Sind Vertragsstrafen entgegen § 309 Nr. 6 zulässig wie bei Arbeitnehmern?
- Etwaige Aufhebung oder Begründung eines nachvertragl. Wettbewerbsverbots / Rechtsfolgen und Termin regeln.

Aufhebungs-/Abwicklungsvereinbarung (2)

➤ Speziell zu Haftungsthemen:

- Entlastung kann treuwidrig sein (OLG Frankfurt/M. 23.5.2019, GmbHR 2019, 940 Anm. *Mayer/Jenne*).
- Besser Generalbereinigung (§ 46 Nr. 8 GmbHG) als Entlastung, da erstere auch nicht erkennbare Ansprüche erfasst (dazu mit Formulierungen *Dicke* GmbHR 2019, 572; *Holthausen* GmbHR 2019, 634).
- Vorsorglich nicht nur Ansprüche aus Dienstvertrag, sondern auch aus Organstellung ausdrücklich aufnehmen (vgl. OLG Hamm 12.9.2016 – 8 U 25/16).
- Wirksame Ausschlussklausel vereinbaren, d.h. Ausschluss von Ansprüchen wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit (§ 309 Nr. 7 BGB) vermeiden und vorsorglich Mindestlohn gesondert ausnehmen (BAG 18.9.2018, NZA 2018, 1619, dazu *Naber/Schulte* BB 2019, 501 – auch wenn zweifelhaft ist, ob GF dem MiLoG unterfallen) sowie § 309 Nr. 13 BGB beachten (d.h. keine Schriftform für die Geltendmachung, dazu *Lunk/Seidler* NJW 2016, 2153), der auch für GmbH-GF gilt (*Stenslik* DStR 2017, 938).
- Achtung: kein Berufen auf derartige Klauseln zulässig, wenn GF etwas arglistig verschweigt (OLG München 16.5.2018, GmbHR 2018, 733 – zustimmungspfl. Vertragsschluss ggü. Gesellschaftern).
- Freihalterklärung durch Gesellschafter bezüglich Ansprüche Dritter – Generalbereinigung etc. wirken nur ggü. der GmbH.
- Haftungsausschließendes Einverständnis (auch ohne Ges.-Beschluss?, *Freund* NZG 2022, 1611).

Aufhebungs-/Abwicklungsvereinbarung (3)

- D&O (dazu generell *Holthausen/Held* GmbHR 2020, 741) beachten und etwaige Regelungen in Abstimmung mit Versicherer vereinbaren (Nachlauffrist; etwaiger Vergleich, Haftungsbegrenzungen etc.). Ggf. Bestätigung der Deckung einholen. D&O erfasst auch Ansprüche aus § 64 S. 1 GmbHG – muss auch für § 15b InsO gelten (BGH 18.11.2020, NJW 2021, 231 = GmbHR 2021, 134 mAnm. *Bitter; Fiedler* ZIP 2020, 2112; *Jaschinski/Wentz* GmbHR 2018, 1289; *Markgraf/Henrich* NZG 2018, 1290; a.A. OLG Düsseldorf 26.6.2020, ZIP 2020, 2018 = GmbHR 2020, 1078 mAnm. *Schneider*, sowie 20.7.2018, NZG 2018, 1310; OLG Celle 1.4.2016, GWR 2018, 285).
- Aufrechnungsverbot mit wechselseitigen Gegenansprüchen, jedenfalls soweit nicht zuvor von der anderen Partei in Textform genehmigt oder rechtskräftig festgestellt.
- Bestätigung, dass keine Gründe für eine Kündigung iSv § 626 BGB bekannt sind.
- Bei Lösungswillen von nachteiliger Vereinbarung: zwar kein Widerrufsrecht aus § 355 BGB, aber Grundsatz des fairen Handelns missachtet? (BAG 24.2.2022, NZA 2022, 779; BAG 7.2.2019, NJW 2019, 1966 Anm. *Bachmann/Ponßen; Hördt* ArbRAktuell 2022, 366; *Fischinger* NZA-RR 2020, 516; *Kamanabrou* RdA 2020, 201).

Danke für
Ihre Geduld!

Prof. Dr. Stefan Lunk

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Hamburg

Honorarprofessor an der
Christian-Albrechts-Universität zu
Kiel

Stefan.Lunk@SLunk.de

