HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Masterstudiengang Wirtschaftsrecht: Individualarbeitsrecht

01. Juni 2018 / 23. Juni 2018

Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers

Dr. Wilhelm Moll, LL.M. (Berkeley)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Trennungstheorie

Amt ↔ Anstellung

(Organstellung) (Schuldverhältnis)

Regelfall einheitliche Zuständigkeit

(Annexkompetenz)

=

Gesellschafterversammlung

(Aufsichtsrat oder Beirat je nach Gesetzes- oder Satzungsregelung)

Beschlussprüfung nach Zuständigkeitsprüfung

Geschäftsführeramt/Organfunktion
Übersicht

1. Bestellung: § 6 GmbHG
2. Widerruf: § 38 GmbHG
3. Zuständigkeit: a) § 46 Nr. 5 GmbHG (satzungsdispositiv)
   b) §§ 30, 31 MitbestG, §§ 12, 13 MontanMitbestG
4. Vertretungsorgan: § 35 GmbHG
5. Diverse Funktionsregelungen (Bsp.: §§ 41, 42, 49 Abs. 1 GmbHG)
6. Haftungsregelungen (Bsp.: § 43 GmbHG, § 64 GmbHG)

Mögliche Tätigkeitsgrundlagen

Auftrag

Arbeits- bzw. Dienstvertrag

Dritt- bzw. Konzernarbeitsverhältnis

Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der Muttergesellschaft als Geschäftsführer in Tochter

Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der Tochter als Geschäftsführer in Muttergesellschaft

Gesellschafterstellung

Dienstverhältnis: Einordnung (§ 675 BGB)

- Abhängiges Arbeitsverhältnis?
- Freies Dienstverhältnis?

Siehe dazu Reinfelder, RdA 2016, S. 87 ff.

1. BGH in std. Rspr.: Ablehnung eines Arbeitsverhältnisses

   Siehe aber OLG Bamberg 03.02.2017 - 1 W 1/17; OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, S. 660.

2. BAG 26.05.1999 - 5 AZR 664/98
   BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02
   BAG 17.09.2014 - 10 AZB 43/14
   } Arbeitsverhältnis in Ausnahmefällen

   Arbeitsrechtliche ≠ Gesellschaftsrechtliche Weisungen

   Kein Arbeitsverhältnis bei Gesellschaftern mit über 50% der Stimmrechte!

3. Europarechtliche Regelungen

Geschäftsführer-Vertragsverhältnis

BAG ≠ BGH!

1. Arbeitsverhältnis ggf. als Auslegungsergebnis der getroffenen Vereinbarung (die Parteien können verabreden, dass ein Arbeitsverhältnis begründet wird)
   BAG 12.09.1996 - 5 AZR 1066/94, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter

2. Die Abgrenzung hat ansonsten anhand von Art und Inhalt des gegenüber dem Geschäftsführer bestehenden Weisungsrechts zu erfolgen (BAG 26.05.1999 - 5 AZR 664/98, AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG [III.1.b)]): „*Ob ein Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, hängt davon ab, ob diese eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur vor, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann (…).*“
   Ebenso: BAG 17.09.2014 - 10 AZR 43/14, NZA 2014, S. 1293 (Prüfung Weisungsunterworfenheit).

GmbH & Co. KG

1. Anstellungsvertrag mit Komplementär-GmbH
2. Anstellungsvertrag mit Kommanditgesellschaft
   - Arbeitsverhältnis? (Ausnahmefall)
   - § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG: Ja!
   - § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG: Ja!
   - Abschluss-, Beendigungs- und Regelungszuständigkeit der Gesellschafter der Komplementär-GmbH bei Fehlen einer anderen Satzungszuständigkeit

Ablösung/Ruhen „Beförderung“

1. Abschluss eines Geschäftsführervertrags als Aufhebung des Arbeitsvertrags (BAG 19.07.2007- 6 AZR 774/06, AP Nr. 18 zu § 35 GmbHG):

   „Ohne besondere vom Geschäftsführer darzulegende Umstände ist bei verständiger Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen (§§ 133, 157 BGB) kein Grund dafür ersichtlich, dass der alte Vertrag fortgelten soll.“

   Einhaltung des Schriftformerfordernisses (§ 623 BGB) durch Abschluss eines schriftlichen Geschäftsführervertrags auch ohne ausdrückliche Aufhebungsklausel

   Siehe zur Organ-Zuständigkeit etwa Moll, GmbHR 2008, S. 1024 ff.; Weingarth, GmbHR 2016, S. 571 ff.

2. Bestehenbleiben eines „ruhenden“ Arbeitsverhältnisses in zwei Fällen:

   - Es lässt sich entgegen der Vermutung feststellen, dass keine Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch den schriftlichen Geschäftsführervertrag gewollt ist.
   - Der Geschäftsführervertrag ist nicht schriftlich abgeschlossen.

   Rechtsfolge: Arbeitsgerichtszuständigkeit und Kündigungsschutz im Hinblick auf das ruhende Arbeitsverhältnis!

3. ANDERS: Fehlen eines Geschäftsführervertrags!

   Bestehenbleiben des Arbeitsverhältnisses!

   ABER: § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG und § 14 Abs. 1 KSchG (Fiktionsregelungen)

Beispielsfall: BAG 24.10.2013 - 2 AZR 1078/12, NZA 2014, S. 540 (Sachverhalt)

AN ← (Arbeitsverhältnis) → **AG** Ruhen ab 01.01.2009 mit Wiederauflebensklausel

(Geschäftsführervertrag)
01.09.2008 – 31.08.2013

GmbH

Bezüge an AN für September - Dezember 2008 von AG und GmbH

AG: - Aufhebung des AV durch Geschäftsführervertrag
- Vorsorglich a. o. K. und hilfsweise o. K.

AN: Kündigungsschutzklage und Geltendmachung der Vergütung!

GmbH: Abberufung

Beispielsfall: BAG 24.10.2013 - 2 AZR 1078/12, NZA 2014, S. 540 (Entscheidung)

1. Ein schriftlicher Geschäftsführer-Dienstvertrag, den eine von der Arbeitgeberin verschiedene Gesellschaft mit dem Arbeitnehmer schließt, wahrt nicht das Formerfordernis des § 623 BGB für eine Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Es fehlt an einem schriftlichen Rechtsgeschäft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

2. Für eine außerordentliche Kündigung liegt kein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vor, für eine ordentliche Kündigung fehlt es an Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, wenn dieser der Vereinbarung für ihn günstiger, nicht offensichtlich den Interessen der Arbeitgeberin zuwiderlaufender Bedingungen im Zusammenhang mit einer parallel zum Arbeitsverhältnis aufgenommenen Geschäftsführertätigkeit für eine andere Gesellschaft zustimmt, sofern weder ein kollusives Zusammenwirken mit dem Vertreter der Arbeitgeberin vorliegt, noch es sich dem Arbeitnehmer hätte aufdrängen müssen, dieser überschreite seine Vertretungsmacht.

3. Die zwischen den Parteien eines Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung über das Wiederaufleben ihres Arbeitsverhältnisses nach Beendigung einer Geschäftsführertätigkeit des Arbeitnehmers für eine andere Gesellschaft ist nicht deshalb sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB, weil dem Arbeitnehmer für den Fall der vorzeitigen Abberufung als Geschäftsführer auch ein Anspruch auf Abfindung aus dem Geschäftsführer-Dienstvertrag zusteht.

Arbeitsrechtliche Grundsätze?
- Vertragsinhalte (1) -

§§ 611 ff. BGB mit Ausnahme der ausdrücklich auf Arbeitnehmer oder Arbeitsverhältnisse bezogenen Regelungen

AGB-Kontrolle

AGG/Diskriminierungsschutz/Gleichbehandlungsgrundsatz

Annahmeverzug

Arbeitnehmererfindung

Arbeitszeit (§ 2 Abs. 2 ArbZG)

BetrAVG (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG)

BetrVG (§ 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BetrVG)

Betriebliche Übung

Betriebsübergang § 613a BGB (LAG Hamm 25.10.2000 - 4 Sa 363/00: Nein)

Elternzeit (§ 15 Abs. 1 BEEG)

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 616 BGB)

Arbeitsrechtliche Grundsätze?
- Vertragsinhalte (2) -

Faktisches/Fehlerhaftes Vertragsverhältnis

Haftung (§ 43 GmbHG ≠ § 619a BGB)

§§ 74 ff. HGB (Nein)

§ 113 InsO

Kündigungsfristen

Kündigungsschutz

Massenentlassung

Mutterschutz

NachweisG (§ 1 NachwG)

Pfändungsschutz (§§ 850 ff. ZPO)

Schriftform (§ 623 BGB)

TzBfG ↔ § 620 Abs. 1, 3 BGB

Urlaub (§ 2 BUrlG)

Zeugnis (§ 630 BGB)

AGB-Kontrolle: Verbrauchervertrag

Fremd-Geschäftsführer: Verbraucher i.S.d. § 13 BGB

(Abgrenzung: Leitungsmacht/Sperrminorität)

BAG 19.05.2010 - 5 AZR 253/09, AP Nr. 13 zu § 310 BGB

Folge: § 310 Abs. 3 BGB, §§ 305 ff. BGB

Bsp.:

- AGB-Auslegungsregeln im Hinblick auf eine Ausschlussklausel

  „… verfällt, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach … gerichtlich geltend gemacht wird."

  Kündigungsschutzklage genügt; nicht erforderlich ist Zahlungsklage!
- Annahmeverzugsvergütung - Begrenzung (Entfallen der variablen Vergütung)
- Abfindungs-„Cap"
- Mehrjährige Vergütungen (LAG Köln 23.04.2015 - 7 Sa 975/14; BAG 10 AZR 144/16 [Vergleich])
- Vertragsstrafenregelungen
- Stichtagsklauseln
- Widerrufsklauseln

Persönlicher Anwendungsbereich des 2. Abschnitts des AGG

„Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung“

§ 6 Abs. 1 AGG → Arbeitnehmer/innen
Auszubildende
Arbeitnehmerähnliche Personen

(Frage: Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff und richtlinienkonforme Auslegung)

§ 6 Abs. 3 AGG → Organmitglieder und Selbständige

(auf Zugang zur Erwerbstätigkeit und beruflichen Aufstieg beschränkt)

Stellenausschreibung

OLG Karlsruhe 13.09.211 - 17 U 99/10, NZA-RR 2011, S. 632 („Geschäftsführer“)
Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG?

1. Anwendungsbereich
   - § 6 Abs. 3 AGG
   - § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG
2. Benachteiligung wg. eines Grundes nach § 1 AGG
   - Stellenausschreibung unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1, § 11 AGG
   - Vermutung nach § 22 AGG wg. des Begriffs „Geschäftsführer“
   - die Gesellschaft müsste nachweisen, dass das Geschlecht bei der Einstellung überhaupt eine Rolle gespielt hat, d.h. auch nicht Bestandteil eines Motivbündels ist
   - Beurteilung der Anforderungen
3. Subjektiv ernsthafte Bewerbung um die fragliche Stelle und objektives In-Betracht-Kommen
   Keine Indizien für missbräuchliche Bewerbung
   - Über- oder Unterqualifikation
   - Angaben/Unvollständigkeiten in der Bewerbung
   - Vielzahl von Entschädigungsklagen
4. Frist des § 15 Abs. 4 AGG
5. Höhe der Entschädigungszahlung
   Angemessenheit
   (1 Monatsgehalt in Höhe von 13.257,36 €)

Amts- und Vertragsverlängerung

BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10, NJW 2012, S. 2346
Schadenersatz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG?

1. Anwendungsbereich
   § 6 Abs. 3 AGG
   § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG: „Zugang“
   → Entscheidung über Bewerbung des Ausscheidenden: Neu-Bestellung/Neu-Vertragsschluss
2. Benachteiligung wg. eines Grundes i.S.d. § 1 AGG (§ 7 Abs. 1 AGG)
   - Vermutung i.S.d. § 22 AGG
   - „Alter“: AR-Diskussion, Äußerungen in der Öffentlichkeit
     (es genügt, dass Alter Teil eines Motivbündels ist)
3. § 8 Abs. 1 AGG → Anforderung, Zweck?
4. § 10 AGG
   - Satz 3 Nr. 3, 4, 5?
   - Satz 1?
5. Ersatz des Erwerbsschadens (§ 15 Abs. 1 Satz 1 AGG)
   - Anstellung und Bestellung bei diskriminierungsfreiem Verhalten
     (Haftungsausfüllende Kausalität)

   Verschuldens-Vermutung (§ 15 Abs. 1 Satz 2 AGG)
6. 2-Monats-Frist (§ 15 Abs. 4 AGG)

Geschäftsführer - Altersgrenze

„Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung“

§ 6 Abs. 1 AGG → Arbeitnehmer/innen
Auszubildende
Arbeitnehmerähnliche Personen

§ 6 Abs. 3 AGG → Organmitglieder und Selbständige
(auf Zugang zur Erwerbstätigkeit und beruflichen Aufstieg beschränkt)

BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10, NJW 2012, S. 2346:
Auslaufen/Nichtverlängerung eines GF-Dienstvertrags!?

Geschäftsführer - Arbeitszeit

§ 2 Abs. 2 ArbZG: Arbeitnehmer

Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

EuGH 14.10.2010 - Rs.C-243/99, NZA 2010, S. 1344

Bereichsausnahme für leitende Angestellte und sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis (Art. 17 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG; §§ 2 Abs. 2, 18 Abs. 1 ArbZG)

Geschäftsführer - AÜG

Die Überlassung des Alleingesellschafters und alleinigen Geschäftsführers einer Verleiher-GmbH unterliegt nicht dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Der Alleingesellschafter und alleinige Geschäftsführer einer Verleiher-GmbH ist nicht Arbeitnehmer i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG.

Liegt eine Verleihererlaubnis vor und überlasst der Verleiher dem Entleiher auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags Arbeitskräfte, die nicht in einem Arbeitsverhältnis mit ihm stehen, ist regelmäßig das Innenverhältnis zwischen dem Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft, nicht aber das Außenverhältnis zum Entleiher betroffen. Bei Verstößen gegen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung müssen Rechtsfolgen im Innenverhältnis eintreten.

Die auf einer selbstbestimmten und autonomen Auswahlentscheidung der Verleiher-GmbH beruhende „Selbstüberlassung“ ihres Alleingesellschaftes und alleinigen Geschäftsführers zur weisungsgebundenen Arbeitsleistung an einen Entleiher begründet ohne Hinzutreten weiterer Umstände jedenfalls dann kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher, wenn die GmbH über ihre Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG verfügt und als Verleiherin Dritten auch Leiharbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt.

Der tatsächliche Geschäftsinhalt einer ausdrücklich vereinbarten Arbeitnehmerüberlassung und des tatsächlichen Einsatzes wie ein Leiharbeitnehmer ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände jedenfalls dann nicht auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher gerichtet, wenn es sich bei der zur Arbeitsleistung an einen Entleiher überlassenen Person um den Alleingesellschafter und alleinigen Geschäftsführer der Verleiherin handelt, die Verleiherin über eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG verfügt und die Gesellschaft als Verleiherin Dritten auch Arbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt.

Vgl. BAG 17.01.2017 - 9 AZR 76/16.

Geschäftsführer - Betriebsverfassung

1. Der Betriebsrat kann die „Entfernung“ des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH der Arbeitgeberin nicht gemäß § 104 BetrVG verlangen.

2. Für die Anwendung des § 104 BetrVG ist allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

Vgl. LAG Hamm 02.08.2016 - 7 TaBV 11/16.

Geschäftsführer - Geschäftsunterlagen

Herausgabe nach § 667 BGB: BAG 14.12.2011 - 10 AZR 283/10; BGH 11.03.2004 - IX ZR 178/03.

Nichtherausgabe: Pflichtwidrigkeit!

Wahrnehmung berechtigter Interessen?

Außerordentliche Kündigung: Einzelfallabwägung.

Siehe dazu näher Bergwitz, NZA 2018, S. 333 ff.

Geschäftsführerhaftung: Pflichtwidrigkeit

1. Im Prozess gegen den Geschäftsführer muss die einen Anspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgende klagende GmbH darlegen und beweisen, dass und inwieweit ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers in seinem Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist; der Geschäftsführer hat darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und ihn kein Verschulden trifft.

2. Die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gegen einen GmbH-Geschäftsführer beginnt gemäß § 43 Abs. 2 u. 4 GmbHG mit der Entstehung des Anspruchs, d.h. mit Eintritt des Schadens dem Grunde nach, ohne dass der Schaden in dieser Phase schon bezifferbar sein muss; es genügt die Möglichkeit der Feststellungsklage. Auf die Kenntnis der Gesellschafter oder der Gesellschaft von den anspruchsbegründenden Tatsachen kommt es - selbst bei deren Verheimlichung durch den Geschäftsführer - nicht an.

Vgl. OLG Brandenburg 07.02.2018 - 7 U 133/16.

Geschäftsführerhaftung: Schaden

LAG Düsseldorf 20.01.2015 - 459/14 und 460/14:

1. Für den Schadensbegriff im Sinne von § 43 Abs. 2 GmbHG gelten grundsätzlich keine Besonderheiten, sondern die §§ 249 ff. BGB, so dass nach allgemeinen Grundsätzen ein Schaden dann vorliegt, wenn eine Minderung des Gesellschaftsvermögens eingetreten ist, ohne dass diese durch einen damit im Zusammenhang stehenden Vermögenszuwachs mindestens ausgeglichen ist.
2. Durch die von der Alleingesellschafterin eines Unternehmens gezahlte Geldbuße ist nicht das Vermögen des Unternehmens, sondern das der Alleingesellschafterin gemindert worden. Dieser Schaden wirkt sich zwar mittelbar für die Alleingesellschafterin in der Verringerung des Werts ihrer Gesellschaftsanteile aus. Dieser sog. Reflexschaden des Gesellschafters ist allerdings kein ersetzbarer Schaden im Sinne des § 249 BGB. Der Wertverlust spiegelt nur die Schädigung der Gesellschaft wider.
3. Eine nach § 81 GWB gegen eine GmbH verhängte Geldbuße kann das Unternehmen nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG vom Geschäftsführer erstattet verlangen.
4. Die Trennung zwischen ordnungsrechtlicher Sanktionierung und zivilrechtlicher Lastentragung spricht nicht dafür, dass eine Geldbuße stets ein ersatzfähiger Schaden ist.
5. Die gesetzgeberische Wertung, dass Normadressat der Geldbuße das Unternehmen ist und nicht die für sie handelnden Personen, ist auch im Zivilrecht zu berücksichtigen.
6. Dies gilt zumindest für vom Bundeskartellamt verhängte Kartellbußen, die nach § 81 GWB fakultativ die Abschöpfung des beim Unternehmen erzielten Vorteils beinhalten können und nach § 81 GWB sowohl gegen das Unternehmen selbst als auch gegen die für das Unternehmen handelnden Personen unter Berücksichtigung eines unterschiedlichen Dotierungsrahmens verhängt werden können.

Siehe dazu z.B. Bayer/Scholz, GmbHR 2015, S. 449 ff.; Bayreuther, NZA 2015, S. 1239 ff.; Fritz, NZA 2017, S. 673 ff.; Kersting, ZIP 2016, 1266 ff. (der Regress ist entgegen LAG Düsseldorf nicht ausgeschlossen, aber durch Vorteilsausgleichung beschränkt). Revision: BGH 29.06.2017 - 8 AZR 189/15 (Zurückweisung).

Geschäftsführer-Gleichbehandlungsgrundsatz

Aus dem Gesichtspunkt der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung heraus können Gehaltserhöhungen, die zwar nicht im Anstellungsvertrag konkret festgelegt sind, aber mündlich vereinbart worden sein sollen, auch einem - regelmäßig in herausgehobener Stellung tätigen - Geschäftsführer einer GmbH zustehen, wenn dieser einen eher arbeitnehmerähnlichen Status hat und vergleichbare andere Fälle, so bei Mitgeschäftsführern und leitenden Angestellten, nachgewiesen werden. Gleiches gilt für eine nicht schriftlich vereinbarte jährliche Bonuszahlung, die erst zweimal erfolgte.

Vgl. BGH 14.05.1990 - II ZR 122/89, NJW-RR 1990, S. 989.

Interessenwahrungs- und Loyalitätspflichten

Geschäftschancen-Lehre und Wettbewerbsverbot

BGH 23.09.1985 - II ZR 246/84, NJW 1986, S. 585:

„Der Geschäftsführer einer GmbH hat in allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, allein deren und nicht den eigenen Vorteil zu suchen; das gilt grundsätzlich auch, wenn er privat Kenntnis von einer Geschäftschance erlangt, deren Ausnutzung ihm wirtschaftlich erlauben würde, sich selbständig zu machen.“

KG 16.03.2010 - 14 U 45/09, GmbHR 2010, S. 869:

1. Ein Geschäftsführer darf Gewinnchancen nicht für sich, sondern nur für die Gesellschaft ausnutzen.
2. Wenn sich eine mehreren Gesellschaften verpflichtete Person dazu entscheidet, einer von ihnen einen Vorteil zuzuwenden, darf er ihr diesen später nicht nehmen.
3. Ein ehemaliger Geschäftsführer darf eine Geschäftschance nicht nutzen, die er noch als Geschäftsführer für die Gesellschaft hätte nutzen müssen.

Kündigungsschutz 1

1. Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 1 KSchG)?

2. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG?
   Fiktion nicht mehr nach Beendigung der Organstellung (str.)
   ABER: Beendigung der Organstellung führt nicht zur Umwandlung in ein Arbeitsverhältnis
   BAG 21.02.1994 - 2 AZB 28/93, AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG 1979
   BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, AP Nr. 36 zu § 5 ArbGG 1979
   BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979
   BAG 05.06.2008 - 2 AZR 754/06, AP Nr. 211 zu § 626 BGB
   Siehe dazu u.a. Moll, GmbHR 2008, S. 1261 m. w. N.
   Es müssen, wie der 2. Senat formuliert, „weitere Umstände hinzutreten“, aus denen sich ergibt, „dass nach der Abberufung ein Arbeitsverhältnis neu begründet worden ist.“ Derartige Umstände können in der Aufnahme einer anderen weisungsgebundenen Tätigkeit liegen.

3. Ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung des KSchG oder von Teilen mit oder ohne Modifikationen!
   BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09, NJW 2010, S. 2343
   Auslegungs- und Folgeprobleme: Inhalt und Reichweite (§ 1 Abs. 3 KSchG?
   §§ 9, 10 KSchG?)

4. Drittanstellung: Kündigungsschutz möglich in dieser Rechtsbeziehung (Arbeitsverhältnis-prüfung)

Kündigungsschutz 2

1. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält negative Fiktion. Danach gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts des KSchG nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die organschaftliche Stellung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht. Für die Beurteilung der Kündigung ist es unerheblich, ob das Organmitglied sein Amt nach deren Zugang niederlegt.
2. Die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kommt auch und gerade dann zum Tragen, wenn das der Organstellung zugrunde liegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre.
3. An seiner Stellung als Organmitglied i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ändert es nichts, wenn der Geschäftsführer einer GmbH durch arbeits- oder gesellschaftsrechtliche Weisungen Beschränkungen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis i.S.d. § 37 Abs. 1 GmbHG unterworfen ist.
4. Der Ausschluss der Organvertreter vom allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ohne Rücksicht auf eine etwaige Arbeitnehmerstellung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.
5. Die unterschiedliche Behandlung von leitenden Angestellten und Mitgliedern gesetzlicher Vertretungsorgane in § 14 KSchG verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.
6. Es ist mit Treu und Glauben i.S.v. § 242 BGB nicht vereinbar, eine unredlich erworbene Rechtsposition oder eine formale Rechtsposition im Widerspruch zu den zugrunde liegenden vertraglichen Beziehungen auszunutzen. Eine Bestellung zum Geschäftsführer kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie allein mit dem Ziel erfolgt, diesen alsbald entlassen zu können.

Vgl. BAG 21.09.2017 - 2 AZR 865/16.

Kündigungsschutz 3

1. Die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags eines abberufenen GmbH-Geschäftsführers trägt ihre Rechtfertigung in sich. Sie ist von dem Geschäftsführer hinzunehmen, auf welchen Erwägungen sie auch beruhen mag.

2. Die Kündigung ist auch dann wirksam, wenn sie sich auf keinen anderen Grund als den Willen des kündigungsberechtigten Organs stützen kann. Infolgedessen verbietet es sich, die Wirksamkeit einer von der Gesellschaft ordnungsgemäß erklärten ordentlichen Kündigung mit Rücksicht auf die ihr zugrunde liegenden (angeblich verwerflichen bzw. sittenwidrigen) Motive der Gesellschaft zu verneinen.

Vgl. BGH 03.11.2003 - II ZR 18/01, NJW-RR 2004, S. 540.

Kündigungsschutz 4

1. Begehrt der Dienstnehmer eines Geschäftsführerdienstvertrags (Fremdgeschäftsführer) bei außerordentlichen Kündigungen der Gesellschaft (Dienstgeber) festzustellen, dass das „fortdauernde Arbeitsverhältnis“ durch die außerordentlichen Kündigungen nicht aufgelöst worden ist, kann er nur dann obsiegen, wenn er materiell-rechtlich Arbeitnehmer ist.
2. Für die Frage der Arbeitnehmerstellung kann nicht auf einen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff abgestellt werden, wenn - wie hier - die Kündigungen nicht im Anwendungsbereich von unionsrechtlichen Richtlinien ausgesprochen wurden. Die Auslegung/Anwendung von § 626 BGB stellt keine „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 I GRC dar. Auch Art. 30 GRC vermittelt nicht die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Ein einheitliches europäisches Arbeitsrecht besteht nicht.
3. Nur ausnahmsweise handelt es sich bei einem Dienstverhältnis eines (Fremd-)Geschäftsführers um ein Arbeitsverhältnis. Dies kann allenfalls dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungsbestimmung erbringen kann.
4. Zur Reichweite des unternehmerischen Weisungsrechts nach § 37 I GmbHG.

Vgl. ArbG Stuttgart 21.12.2016 - 26 Ca 735/16, NZA-RR 2017, S. 69.

Abfindungsklausel

§ X
Abfindung

Herr … erhält, falls die Gesellschaft das Anstellungsverhältnis ordentlich gemäß § … Abs. … kündigt und kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, eine Abfindung. Die Abfindung beträgt 1/12 des festen Jahresgehalts im Zeitpunkt der Beendigung des Anstellungsverhältnisses pro Jahr der Betriebszugehörigkeit. Die Parteien stellen (auch) in diesem Zusammenhang klar, dass Beginn der Betriebszugehörigkeit der … ist. Die Abfindung ist im Zeitpunkt der Beendigung des Anstellungsverhältnisses fällig. Sie wird unter Beachtung der insoweit geltenden sozialrechtlichen und steuerlichen Bestimmungen abgerechnet und ausgezahlt.

Change-in-Control-Klausel

§ X
Kontrollwechsel

1. Herr … hat im Falle eines Kontrollwechsels das Recht, das Geschäftsführeramt unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Monatsende niederzulegen und den Anstellungsvertrag mit Wirkung zum selben Termin zu kündigen. Dieses Recht erlischt innerhalb von 12 Monaten, nachdem Herr … Kenntnis von dem Kontrollwechsel erlangt hat.

2. Ein Kontrollwechsel liegt vor, wenn ein Dritter, der bislang an der Gesellschaft nicht beteiligt ist, durch Erwerb von Anteilen oder auf sonstige Weise mindestens 30% der Stimmrechte in der Gesellschaft erreicht.

3. Endet der Anstellungsvertrag durch Kündigung des Herrn … aufgrund des Kontrollwechsels, so zahlt die Gesellschaft an Herrn … als Abfindung einen Betrag, der der Vergütung entspricht, die Herr … erhalten hätte, wenn er seinen Anstellungsvertrag bis zu dem darin vorgesehenen Vertragsende am … erfüllt hätte. Der Berechnung der Abfindung sind sämtliche im Anstellungsvertrag und im Nachtrag Nr. 1 und Nr. 2 vorgesehenen Vergütungsbestandteile zugrunde zu legen. Die Erfolgstantieme wird mit dem Durchschnitt der letzten drei Geschäftsjahre berücksichtigt.

Laufzeit/Vertragsdauer

1. 3 Jahre mittlerweile üblicher als 5 Jahre

2. Unbefristete Verträge mit Kündigungsmöglichkeit (§ 620 Abs. 2 BGB)
   a) Gesetzliche Kündigungsfrist: § 621 BGB (str.: verbreitet wird § 622 Abs. 1 und 2 BGB herangezogen; letzteres wg. des klaren Gesetzeswortlauts fraglich; teilweise wird auch nur § 622 Abs. 1 BGB angewandt)
   b) Vertragliche Vereinbarungen mit großer Bandbreite: 6, 9, 12, 15, 18 Monate

3. „Zwitter“: Fristvereinbarung mit automatischer Verlängerungsklausel

§ 622 BGB statt § 621 BGB

OLG Düsseldorf 14.04.2000 - 16 U 109/99, NZG 2000, S. 1044

„Nach der zu § 622 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben es die Interessen des Geschäftsführers und der Gesellschaft geboten, § 622 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. auch auf die Kündigung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers entsprechend anzuwenden. Dies gilt nicht nur in dem Fall, in dem der Geschäftsführer nicht oder nicht maßgeblich an der Gesellschaft beteiligt ist, sondern auch dann, wenn eine maßgebliche Beteiligung vorliegt, da die Interessenlage eine Gleichbehandlung anbietet (BGHZ 91, S. 217, 220). Auch der maßgeblich beteiligte Geschäftsführer stellt der Gesellschaft seine Arbeitskraft hauptberuflich zur Verfügung und ist damit von ihr mehr oder weniger wirtschaftlich abhängig. Nicht nur der Geschäftsführer bedarf hinreichend Zeit, um sich anderweitig hauptberuflich zu orientieren, sondern auch die Gesellschaft, um einen neuen qualifizierten Geschäftsführer zu finden. Diese analoge Anwendung des § 622 BGB a.F. hat der Bundesgerichtshof mit einem Redaktionsversehen begründet, das dem Gesetzgeber beim ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz insoweit unterlaufen sei, als er nicht bedacht habe, dass die höhere Dienste leistenden Geschäftsführer einer GmbH, die zuvor unter § 622 BGB gefallen seien, keine Arbeitnehmer seien. Da der Gesetzgeber auch bei der Neuregelung des § 622 BGB durch das Kündigungsförderungsgesetz es versäumt hat, die Frage der Kündigungsfristen für Organmitglieder ausdrücklich zu regeln, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich auch auf diese die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB Anwendung finden.“
(§ 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB und nicht § 621 Nr. 3 BGB)

Siehe aber LAG Hamm 25.10.2000 - 4 Sa 363/00 (§ 622 Abs. 1 BGB). Siehe ferner früher BGH 09.03.1987 - II ZR 132/86, NJW 1987, S. 2073; BGH 26.03.1984 - II ZR 120/83, NJW 1984, S. 2528; BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, NJW 1981, S. 1270!

Kopplungsklausel 1

BGH 21.06.1999 - II ZR 27/98, NJW 1999, S. 3263

Grds.: Ja!

Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist!

Fristlosigkeit nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

§ 305c Abs. 1 BGB!

§ 305c Abs. 2 BGB!

§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Angemessenheitskontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB?)

Siehe z.B. Moll, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, § 80 Rz. 64 ff.

Kopplungsklausel 2

1. Eine Kopplungsvereinbarung in einem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag mit einer GmbH, die die sofortige Beendigung des Anstellungsvertrags mit Zugang der Bekanntgabe des Abberufungsbeschlusses vorsieht, ist unwirksam.
2. Handelt es sich bei der Kopplungsvereinbarung um eine von der Gesellschaft gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, kann sie nicht (geltungserhaltend) einschränkend dahin ausgelegt werden, dass die Beendigung des Anstellungsvertrags nicht sofort nach Bekanntgabe des Widerrufs der Geschäftsführerbestellung, sondern erst nach Ablauf der sich aus dem Gesetz ergebenden Mindestkündigungsfrist eintritt (Abgrenzung zu BGH 29.05.1989 - II ZR 220/88).
3. Ein wirksamer Beschluss einer GmbH kann auch dadurch konkludent gefasst werden, dass sich die Gesellschafter in einer Universalversammlung über die fragliche Maßnahme unzweifelhaft einig sind und dies nach außen - etwa durch sofortige Umsetzung der Maßnahme - zum Ausdruck bringen.

Vgl. OLG Karlsruhe 25.10.2016 - 8 U 122/15, GmbHR 2017, S. 295.

Geschäftsführer - Massenentlassung

Der GmbH-Geschäftsführer ist „Arbeitnehmer“ im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie!

- Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft
- Tätigkeit nach Weisung oder unter Aufsicht eines anderen Organs (Unterordnungsverhältnis)
- Tätigkeit für eine vorübergehende Zeit
- Vergütung für die Tätigkeit
- Keine Kapitalbeteiligung

Vgl. EuGH 09.07.2015 - Rs.C. 229/14 [Balkaya], NZA 2015, S. 861. Siehe dazu z.B. Giesen, ZfA 2016, S. 47 ff.; Reiserer, BB 2016, S. 1141 ff.

Folgefragen:

- § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG!!!

  Richtlinienkonforme Auslegung?

  Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung?
- Beurteilungskategorien:
  - Betriebsgröße!
  - Entlassungen!
- Handhabung:
  - Anzeigenerstattung/Verfahren
  - Betriebsrat/Konsultation

Mutterschutz/Schwangerschaft

1. Grds. herkömmlich kein Mutterschutz (§ 1 Nr. 1 MuSchG)

   Siehe dazu BSG 16.02.2005 - B 1 KR 13/03, NZA-RR 2005, S. 542 (Art. 6 Abs. 4 GG)?

2. EuGH 11.11.2010 - Rs.C-232/09, Slg. 2010 I, S. 11405 (Danosa)

   Abberufung einer schwangeren Geschäftsführerin

   Arbeitnehmerbegriff nach Unionsrecht!
   (Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach Weisung oder unter Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft)

   Art. 10 RL 92/85: Kündigungsschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen.

   RL 76/207 bzw. RL 2006/54: Einschränkung der freien Abberufbarkeit aufgrund des Richtlinienzwecks (Gleichheit von Männern und Frauen). Keine Abberufung wegen Schwangerschaft!

   Ist im Hinblick auf § 38 Abs. 1 GmbHG eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung möglich? § 1 AGG???

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

1. Die §§ 74 ff. HGB gelten nicht!
   Die Rspr. wendet die allgemeinen zivilrechtlichen Schranken an (§§ 134, 138, 242 BGB) unter Berücksichtigung der GG-Wertungen (Art. 12 Abs. 1 GG)
2. Einzelne Gesichtspunkte
   Berechtigtes Interesse der Gesellschaft
   Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit
   Höchstdauer 2 Jahre
   Karenzentschädigung???
   § 74c HGB? (Nein: BGH 28.04.2008 - II ZR 11/07)
   § 75a HGB?
3. Kunden- bzw. Mandantenschutzklauseln
   BGH 20.01.2015 - II ZR 369/13, NJW 2015, S. 1012 (Kundenschutzklauseln, die zwischen einer GmbH und einem ihrer Gesellschafter anlässlich des Ausscheidens aus der Gesellschaft vereinbart werden, sind nichtig, wenn sie in zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß übersteigen, das i.d.R. zwei Jahre beträgt); OLG Nürnberg 25.11.2009 - 12 U 681/09, GmbHR 2010, S. 141 (Gefährdungs- und Kontaktkriterium).

Siehe dazu u.a. Wirbelbauer, MDR 2018, S. 61 ff.

Geschäftsführer - TzBfG

Keine Anwendung des TzBfG auf (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH.

ArbG Bonn 10.03.2016 - 1 Ca 2097/15; Schubert, ZESAR 2013, S. 5, 12; jew. m. w. Nachw.

Geschäftsführer - Urlaub

§ 2 Satz 1 BUrlG „Arbeitnehmer“. Richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Satz 1 BUrlG. Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff: Art. 31 Abs. 2 GR Charta. Art. 7 AZRL (Richtlinie 2003/88/EG).

§ 2 Satz 2 BUrlG „Arbeitnehmerähnliche Person“.

Der Geltungsbereich des Bundesurlaubsgesetzes erfasst nach § 2 BUrlG auch Fremdgeschäftsführer einer GmbH jedenfalls dann, wenn diese nicht der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt. Grundlage von § 2 BUrlG ist die Richtlinie 2003/88EG. Dem Arbeitnehmerbegriff in § 2 BUrlG ist angesichts dessen der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2003/88/EG zugrunde zu legen, so dass damit nach der Rechtsprechung des EuGH auch GmbH-Fremdgeschäftsführer erfasst werden (Forst, GmbHR 2012, S. 821 ff.; Oetker, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, § 35 GmbHG, Rdnr. 103; Preis/Sagan, ZGR 2013, S. 26, 57; Scholz/Schneider/Hohenstatt, 11. Auflage 2014, § 35 GmbHG, Rdnr. 287).

Versorgung

§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG

Abweichung von ansonsten zwingenden Regeln des Betriebsrentengesetzes bei Geschäftsführern im Rahmen der Dispositionsmöglichkeit von Tarifvertragsparteien (§ 19 Abs. 1 BetrAVG).

Vgl. BAG 21.04.2009 - 3 AZR 285/07; BGH 23.05.2017 - II ZR 6/16.

Geschäftsführer - Zeugnis

Die Zeugniserteilung obliegt dem Anstellungsorgan. Viele GmbH verfügen neben der Gesellschafterversammlung auch über einen Beirat, der unterschiedliche Aufgaben wahrnehmen kann, und insofern wird zwischen einem schuldrechtlichen und einem organisationsrechtlichen Beirat unterschieden. Die Satzungsfreiheit erlaubt weitgehende Kompetenzverlagerung von den Geschäftsführern und der Gesellschafterversammlung auf den Beirat. Somit kann auch der Beiratsvorsitzende ein Zeugnis des Geschäftsführers ausstellen, sofern ihm entsprechende Kompetenzen im Hinblick auf den Anstellungsvertrag beispielsweise übertragen sind. Allerdings kann der Geschäftsführer die Ausstellung des Zeugnisses durch einen Mitgeschäftsführer oder von einem Prokuristen ablehnen. Die Zuständigkeiten eines mitbestimmten Aufsichtsrats sind in allen Fällen vorrangig.

Vgl. Brötzmann, GmbHR 2016, S. R 97 - R 98.

Beendigung Geschäftsführeramt Geschäftsführervertrag

1. Zuständigkeit: § 46 Nr. 5 GmbHG

   Aufsichtsrat/Beirat bei Mitbestimmung oder Satzungsvorschrift

2. Beschlussfassung: Nichtigkeit?

3. Gründe?

   Abberufung: § 38 Abs. 1 GmbHG (frei)

   (Auswirkungen von „Danosa“?)

   Grund nur im Falle des § 38 Abs. 2 GmbHG oder des § 84 Abs. 3 AktG i.V.m. § 31 Abs. 1 MitbestG oder § 12 MontanMitbestG

   Beschlussfassung in angemessener Frist

   Kündigung: Fristgerechte, ordentliche Kündigung ohne Grund

   Außerordentliche, fristlose Kündigung (§ 626 Abs. 1 und 2 BGB)

4. Erklärung/Übermittlung

   Achtung: § 174 BGB!

Abberufung

1. a) § 38 Abs. 1 GmbHG

   b) § 38 Abs. 2 GmbHG

   c) § 84 Abs. 3 AktG (§ 31 Abs. 1 MitbestG, § 12 MontanMitbestG)

   d) Gesellschaftsvertragsregelung

2. Bestehenbleiben des Geschäftsführervertrags

3. Es entsteht kein Arbeitsverhältnis nach Abberufung!

   Ausnahme: Entsprechende Beschäftigung und mindestens konkludente Willenserklärungen mit dem Inhalt der Begründung eines Arbeitsverhältnisses

4. Beschäftigungsanspruch?

   ≠ Geschäftsführervertrag

   ≠ Sonstiges

5. Pflicht zum Tätigwerden? - Nein! (aber str.)

   Geschäftsführertätigkeit als Vertragsinhalt

   ABER: § 615 Satz 2 BGB

Siehe zum Rechtsschutz gegen eine Abberufung z.B. Werner, GmbHR 2015, S. 1297 ff.

Abberufungs- und Kündigungsgrund

Bei der gerichtlichen Überprüfung der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die die Abberufung oder die Kündigung des Anstellungsvertrags eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH aus wichtigem Grund betreffen, ist darauf abzustellen, ob tatsächlich ein wichtiger Grund im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorlag oder nicht. Das Vorliegen des wichtigen Grundes hat im Rechtsstreit derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich darauf beruft.

Vgl. BGH 04.04.2017 - II ZR 77/16, GmbHR 2017, S. 701.

Kündigungsbefugnis und Zurückweisung

1. Die Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne von § 174 BGB; das Zurückweisungsrecht nach § 174 BGB besteht nur beim Handeln von rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertretern, nicht dagegen bei gesetzlichen oder organschaftlichen Vertretern.
2. Ein Zurückweisungsrecht nach § 174 BGB besteht auch dann, wenn eine US-amerikanische Corporation alleinige Gesellschafterin einer deutschen GmbH ist und bei der Kündigung des GmbH-Geschäftsführers durch einen ihrer Officer vertreten wird.
3. In den USA besteht weder ein allgemeines Handelsregister noch ein eigentliches Gesellschaftsregister; der Rechtsverkehr weiß somit nicht mit Sicherheit, ob die Gesellschaft besteht oder wer diese vertritt.

Vgl. OLG Köln 13.08.2015 - 18 U 153/14, GmbHR 2016, S. 647. Siehe dazu auch Wachter, GmbHR 2016, S. 617 ff.

Abberufung/Vergütung

1. Die Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund führt bei Fortbestand des Dienstverhältnisses zu einer Unmöglichkeit der Dienstleistung gemäß § 297 BGB. Dadurch wird jedoch nicht die Anwendung von § 615 BGB ausgeschlossen.

2. Eine Konkurrenztätigkeit des abberufenen Geschäftsführers begründet im Rahmen der Gesamtschau weder per se eine Unzumutbarkeit der Entgegennahme der Dienste durch den Dienstberechtigten im Rahmen des Annahmeverzugs, noch führt sie zu einer Verwirkung gemäß § 242 BGB der Vergütungsansprüche aus dem fortbestehenden Dienstvertrag. Hieraus können sich allenfalls Unterlassungs- und vor allem Schadenersatzansprüche ergeben.

Vgl. OLG München 24.03.2016 - 23 U 1884/15, GmbHR 2016, S. 875.

(m.E. ist die Anwendung von § 297 BGB fraglich; es dürfte „echter“ Annahmeverzug vorliegen)

Kenntnis: § 626 Abs. 2 BGB

1. Für den Fristbeginn der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB ist bei der GmbH grundsätzlich die Kenntnis der Mitglieder der Gesellschafterversammlung in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung maßgeblich. Daher löst nicht schon deren außerhalb der Gesellschafterversammlung, sondern erst die nach dem Zusammentritt erlangte Kenntnis der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen den Lauf der Ausschlussfrist aus.
2. Wird allerdings die Einberufung der Gesellschafterversammlung einer GmbH von ihren einberufungsberechtigten Mitgliedern nach Kenntniserlangung von dem Kündigungssachverhalt unangemessen verzögert, so muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden.

Vgl. BGH 15.06.1998 - II ZR 318/96, NJW 1998, S. 3274.

Kenntnis: § 626 Abs. 2 BGB

Für die Kenntnis der für die Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrages maßgebenden Tatsachen, die die Zwei-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 BGB in Lauf setzt, kommt es auf den Wissensstand des zur Entscheidung über die fristlose Kündigung berufenen und bereiten Gremiums der Gesellschaft an.

Die Befugnis, den Anstellungsvertrag zu kündigen, kann sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch durch die Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

Kenntnis liegt dann vor, wenn alles in Erfahrung gebracht worden ist, was als notwendige Grundlage für eine Entscheidung über Fortbestand oder Auflösung des Dienstverhältnisses anzusehen ist. Kennenmüssen oder grobfahrlässige Unkenntnis genügt nicht.

Vgl. BGH 09.04.2013 - II ZR 273/11, NJW 2013, S. 2425.

Rechtswegzuständigkeit
§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG

1. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach der gesetzlichen Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG die Gerichte für Arbeitssachen nicht berufen. Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Die Fiktion soll sicherstellen, dass das Mitglied eines Vertretungsorgans einer juristischen Person keinen Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht führt, solange es dessen Mitglied ist.
2. Macht ein abberufenes Organmitglied im Rahmen einer Kündigungsschutzklage den Fortbestand eines seiner Auffassung nach begründeten und weiter bestehenden Arbeitsverhältnisses geltend, so liegt ein sog. sic-non-Fall vor. In diesen Fällen (sic-non-Fälle) eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten.

Vgl. BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, AP Nr. 69 zu § 5 ArbGG 1979; BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12, AP Nr. 70 zu § 5 ArbGG 1979.

Siehe zur Rechtsprechungsentwicklung etwa Geck/Fiedler, BB 2015, S. 1077 ff.; Reinecke, ZIP 2014, S. 1057 ff.

Rechtswegzuständigkeit
§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG

1. Hat der Geschäftsführer einer GmbH sein Amt wirksam niedergelegt, oder ist er wirksam abberufen worden, endet die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. Die Eintragung in das Handelsregister hat rein deklaratorische Wirkung und ist insoweit ohne Bedeutung. Nach Beendigung des Geschäftsführeramts richtet sich die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen bei Rechtsstreitigkeiten zwischen diesem und der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen.
2. Ist ein GmbH-Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit einer vor dem Arbeitsgericht erhobenen Klage noch nicht abberufen gewesen und hatte er sein Amt noch nicht niedergelegt, steht einer Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zunächst § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG entgegen. Die Sperrwirkung der Fiktion entfällt jedoch, wenn die Abberufung oder Amtsniederlegung vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit noch erfolgt. Zuständigkeitsbegründe Umstände sind im Rahmen des Verfahrens nach § 17a Abs. 3 GVG zu berücksichtigen, auch wenn sie bei Klageerhebung noch nicht vorlagen.

Vgl. BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, S. 60; BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, S. 180. Siehe dazu Vielmeier, NZA 2016, S. 1241 ff.

Rechtswegzuständigkeit
§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG

Ist der Geschäftsführer eines Vereins bzw. eines Verbands abberufen und ist ihm dies bekannt gegeben worden, endet die Fiktion des § 5 I 3 ArbGG. Dies gilt nicht nur in den so genannten Sic-non-Fällen.

Vgl. BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, S. 1342. Anders noch LAG Sachsen 18.03.2015 - 4 Ta 237/14, NZA-RR 2015, S. 493.

Internationale Zuständigkeit

Art. 18 EuGVVO

Verordnung (EG) Nr. 44/2001 („Brüssel I“)

EuGH 10.09.2015 - Rs. C-47/14 [Holtermann], NZA 2016, S. 183.

Siehe dazu Giesen, ZfA 2016, S. 47, 55; Junker, EuZA 2016, S. 184, 200.

Geschäftsführer-Reaktion auf Bestellungswiderruf

1. Grundsatz
2. Beschäftigungsanspruch? - Nein!

   Tätigkeitspflicht? - Nein!
3. Recht zur außerordentlichen Kündigung durch Geschäftsführer
4. § 628 Abs. 2 BGB?

   BAG ↔ BGH

Siehe zur Eigenkündigung des Geschäftsführers bei Abberufung aus dem Amt etwa Röhrborn, BB 2014, S. 1978 ff.

GmbH-Reaktion auf Amtsniederlegung

1. Wirksamkeit der Amtsniederlegung
2. Außerordentliche Kündigung wegen Vertragswidrigkeit
3. Nichtzahlung der Vergütung
4. Schadenersatz

Amtsniederlegung - Wirksamkeit

1. Die Niederlegung des Amtes des Geschäftsführers einer GmbH ist im Grundsatz selbst dann wirksam, wenn objektiv kein wichtiger Grund vorliegt oder sie zur Unzeit erfolgt; nur im Falle des Rechtsmissbrauchs gilt das nicht.

2. Ein Rechtsmissbrauch liegt regelmäßig dann vor, wenn es sich bei dem sein Amt niederlegenden Geschäftsführer um den einzigen handelt, dieser zugleich alleiniger Gesellschafter ist und er davon absieht, einen neuen Geschäftsführer für die Gesellschaft zu bestellen.

3. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Geschäftsführer weder unmittelbarer noch mittelbarer Gesellschafter, sondern nur Fremdgeschäftsführer ist.

Vgl. OLG Bamberg 17.07.2017 - 5 W 51/17, GmbHR 2017, S. 1144.

Umwandlungsvorgänge (Verschmelzung)

Erlöschen der Organstellung

Fortsetzung/Übergang der Schuldrechtsbeziehung

(§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG)

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

§ 1
Aufgabenbereich

1. Herr … ist durch Gesellschafterbeschluss vom … mit Wirkung ab 01. Juli 2015 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt worden. Das Anstellungsverhältnis des Herrn … mit der Gesellschaft wird durch diesen Vertrag abschließend geregelt.

2. Herr … führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der jeweiligen Bestimmungen der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags, einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und nach Weisungen von anderen Organen oder Personen im Rahmen von deren Zuständigkeiten. Er ist dem Unternehmensinteresse verpflichtet und übt seine Tätigkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters und Kaufmanns aus.

3. Herr … wird auf Wunsch der Gesellschaft auch Funktionen in anderen Gesellschaften der … Unternehmensgruppe übernehmen. Herr … wird ebenso auf Wunsch der Tätigkeiten in Verbänden oder Zusammenschlüssen wahrnehmen, denen die Gesellschaft angehört. Herr … ist verpflichtet, die Ämter und Tätigkeiten, die er im Interesse der Gesellschaft wahrnimmt, jederzeit auf entsprechendes Verlangen und spätestens bei Beendigung des Geschäftsführeramts niederzulegen. Die Ausübung von Verantwortlichkeiten nach diesem Absatz ist durch die Bezüge von Herrn … nach diesem Vertrag abgegolten.

4. Herr … bedarf zur Vornahme solcher Geschäfte der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die durch Beschluss der Gesellschafterversammlung als im voraus zustimmungsbedürftig benannt werden. Die Gesellschafterversammlung kann einen derartigen Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte jederzeit erlassen, ändern oder aufheben.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

§ 2
Festes Jahresgehalt

Herr … erhält für seine Tätigkeit ein festes Jahresgehalt in Höhe von … € brutto. Dieses wird in zwölf gleichen monatlichen Teilbeträgen bargeldlos gezahlt. Die Zahlung der einzelnen Monatsraten erfolgt zum Ende eines Kalendermonats.

§ 3
Erfolgstantieme

Herr … erhält eine Erfolgstantieme. Die Erfolgstantieme bezweckt, dass Anreize geschaffen und Erfolge belohnt werden und dass Herr … am Gesamterfolg der Gesellschaft partizipiert. Die Erfolgstantieme beträgt je Geschäftsjahr 1% des Jahresüberschusses gemäß dem von der Gesellschafterversammlung festgestellten Jahresabschluss.

§ 4
Entgeltzahlung bei Krankheit und Tod

1. Das feste Jahresgehalt wird bei einer Krankheit oder einer anderen von Herrn … nicht verschuldeten Dienstunfähigkeit für die Dauer von sechs Monaten weitergezahlt.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

2. Die Zahlung der Erfolgstantieme bleibt im Falle einer Krankheit oder einer anderen von Herrn … nicht verschuldeten Dienstunfähigkeit unberührt, wenn die Fehlzeiten in einem Geschäftsjahr insgesamt sechs Monate nicht übersteigen; wenn die Fehlzeiten sechs Monate in einem Geschäftsjahr überschreiten, erfolgt eine Kürzung in dem Geschäftsjahr pro rata temporis. Beispiel: Eine Krankheit oder eine andere von Herrn … nicht verschuldete Dienstunfähigkeit bzw. mehrere mit einer Dauer von insgesamt sieben Monaten führt dazu, dass die Erfolgstantieme mit einem Anteil von 5/12 gezahlt wird.

§ 5
Urlaub

1. Herr … hat einen Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Arbeitstage sind alle Tage einer Woche von Montag bis Freitag mit Ausnahme etwaiger gesetzlicher Feiertage.

2. Der Erholungsurlaub ist im Laufe eines Kalenderjahres zu nehmen. Der Anspruch auf Erholungsurlaub erlischt, soweit der Erholungsurlaub nicht bis zum Ablauf des Kalenderjahres genommen wird. Sollte dieser Vertrag im Laufe eines Kalenderjahres beginnen oder enden, … .

3. Die Lage des Urlaubs ist innerhalb der Geschäftsführung abzustimmen und unter Berücksichtigung der geschäftlichen Belange der Gesellschaft festzulegen.

4. Es gelten im übrigen die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

§ 6
Dienstwagen

Die Gesellschaft stellt Herrn … für die zu dienstlichen Interessen notwendigen Fahrten einen angemessenen Dienstwagen zur Verfügung (… oder vergleichbarer Fahrzeugtyp). Der Dienstwagen kann von Herrn … im angemessenen Umfang auch zu Privatfahrten genutzt werden. Herr … trägt die auf die private Nutzung anfallenden Steuern.

§ 7
Versicherungsschutz

1. Die Gesellschaft schließt zu Gunsten des Herrn … für die Dauer der Laufzeit dieses Vertrages eine Unfallversicherung für den Todes- und Invaliditätsfall ab. Die Deckungssummen betragen 500.000 € im Fall der Invalidität und 250.000 € im Fall des Unfalltodes. Versicherungsleistungen stehen im Falle der Invalidität Herrn … zu. Im Todesfall werden die Versicherungsleistungen an die von Herrn … zu benennenden Personen gezahlt.

2. Die Gesellschaft schließt zu Gunsten von Herrn … eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung von Unternehmensleitern („Directors' and Officers' Liability Insurance") mit einer Deckungssumme von 7.500.000,00 € je Schadensfall und je Jahr für den Fall ab, dass Herr … wegen einer in Ausübung seiner Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung von einem Dritten oder von der Gesellschaft für einen Vermögensschaden in Anspruch genommen wird.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

§ 8
Nebentätigkeit und Wettbewerb

1. Herr … verpflichtet sich, den Geschäftszweck der Gesellschaft nach besten Kräften zu fördern. Zur Übernahme einer Nebentätigkeit bedarf es der ausdrücklichen vorherigen Zustimmung der Gesellschaft. Dies gilt insbesondere auch für eine Erwerbstätigkeit und für die Übernahme von Aufsichtsrats- oder Beiratsmandaten.

2. Herr … sichert zu, dass er während der Dauer dieses Vertrags keiner Nebenbeschäftigung nachgehen wird, durch die die Dienstleistung beeinträchtigt wird oder die Interessen der Gesellschaft in sonstiger Weise berührt werden.

3. Herr … wird jedwede Tätigkeit unterlassen, die objektiv geeignet ist, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, unabhängig davon, ob dies auf eigene oder fremde Rechnung geschieht. Herr … wird insbesondere jedwede Geschäftschancen zum Aufstieg zu Gunsten der Gesellschaft nutzen. Jede direkte oder indirekte Tätigkeit für oder im Interesse von Konkurrenzunternehmen, entgeltlich oder unentgeltlich ist untersagt. Herr … wird sich in keiner Form an Konkurrenzunternehmen beteiligen. Entsprechendes gilt für die Förderung durch Gewährung von Darlehen oder Zuführung von Kapital in sonstiger Weise. Eine Ausnahme gilt für den Erwerb von Aktien börsennotierter Unternehmen, wenn die Beteiligungsquote nicht über 5% hinausgeht und bloße Zwecke einer privaten Kapitalanlage verfolgt werden.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

4. Ehrenämter wird Herr … nur nach vorheriger Abstimmung mit der Gesellschaft übernehmen.

5. Veröffentlichungen oder Vorträge von Herrn …, die Angelegenheiten der Gesellschaft berühren, bedürfen der ausdrücklichen vorherigen Zustimmung der Gesellschaft.

6. Herr … verpflichtet sich, für die Dauer eines Jahres nach Beendigung dieses Vertrages in Konkurrenz mit der Gesellschaft mit solchen Personen/Unternehmen keine Geschäfte zu tätigen oder Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, die in den letzten zwölf Monaten vor dem Beendigungszeitpunkt von ihm als Geschäftsführer der Gesellschaft betreut worden sind bzw. mit denen er in diesem Zeitraum als Geschäftsführer der Gesellschaft geschäftlich in Kontakt gewesen ist.

§ 9
Verschwiegenheitspflicht

Herr … wird über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft und alle sonstigen ihm im Rahmen seiner Tätigkeit zur Kenntnis gelangenden Angelegenheiten und Vorgänge Stillschweigen bewahren. Die Geheimhaltungspflicht betrifft alle Angelegenheiten und Vorgänge, die nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind und nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen der Gesellschaft nicht der Allgemeinheit bekannt gegeben werden sollen, insbesondere Angebots- und Leistungsinformationen, Kalkulationsgrundlagen, Kunden-daten/Kontaktdaten, Marketinginformationen, Organisationsstruktur und Vertragsverhältnisse. Die Geheimhaltungspflicht gilt über die Beendigung dieses Vertrages hinaus.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

§ 10
Abtretungen, Ersatzansprüche

1. Abtretung und Verpfändung der Vergütungsansprüche von Herrn … sind nur mit Zustimmung der Gesellschaft wirksam.

2. Wird Herr … durch Dritte verletzt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt und aus diesem Grund an der Ausübung seiner Tätigkeit gehindert, so tritt er hiermit Schadenersatzansprüche gegen den/die Dritten insoweit ab, wie die Gesellschaft Entgeltfortzahlung leistet.

§ 11
Vertragsdauer

1. Der Vertrag gilt mit Wirkung ab 01. Juli 2017 und wird befristet bis zum 30. Juni 2020 fest abgeschlossen.

2. Der Vertrag verlängert sich automatisch um jeweils drei weitere Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten zum 30. Juni 2020 oder einem danach folgenden Ablauf eines nachfolgenden 3-Jahres-Zeitraums durch eine der beiden Vertragsparteien gekündigt wird.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

3. Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

4. Eine Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

5. § 625 BGB findet keine Anwendung.

6. Das Dienstverhältnis endet auch ohne Kündigung mit Ablauf des Monats, in dem Herr … das Alter für den Bezug von Regelaltersrente nach der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht.

§ 12
Schlussbestimmungen

1. Dieser Vertrag tritt an die Stelle aller anderen etwaigen mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen der Parteien über die Tätigkeit von Herrn … für die Gesellschaft oder die … Unternehmensgruppe. Er löst insbesondere den bisherigen Arbeitsvertrag einschließlich dessen Anlagen, Änderungen, Ergänzungen, Nachträgen und Zusatzvereinbarungen ab. Nebenabreden außerhalb dieses Vertrages sind weder mündlich noch schriftlich getroffen.

Anstellungsvertrag als Geschäftsführer

2. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses. Individualabreden nach § 305b BGB bleiben unberührt.

3. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Unwirksame oder undurchführbare Regelungen sind durch solche Regelungen zu ersetzen, die wirtschaftlich dem am nächsten kommen, was die Parteien unter Berücksichtigung der mit der unwirksamen oder undurchführbaren Regelung verfolgten Zwecke gewollt haben bzw. gewollt hätten, wenn sie die Unwirksamkeit oder Undurchführbarkeit bedacht hätten. Dies gilt für etwaige Lücken in dem Vertrag entsprechend.

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit

www.heuking.de

Berlin
Kurfürstendamm 32
10719 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Düsseldorf
Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Hamburg
Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

München
Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Brüssel
Rue Froissart 95
1040 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Chemnitz
Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Frankfurt
Goetheplatz 5-7
60313 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61- 0
F +49 69 975 61-200

Köln
Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

Stuttgart
Augustenstraße 1
70178 Stuttgart
T +49 711 22 04 579-0
F +49 711 22 04 579-44

Zürich
Bahnhofstrasse 69
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01