

Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen

Rechtsanwalt Dr. Rolf Stagat^{*}

Anstellungsverträge von GmbH-Geschäftsführern sind keine arbeitsrechtsfreie Zone mehr. Arbeitnehmerschutzgesetze schlagen immer stärker auf das Dienstvertragsrecht der Vertretungsorgane durch. Diese Tendenz hat durch aktuelle Urteile des BGH, des BAG und des EuGH neuen Schub bekommen. Dadurch werden die Koordinaten des Anstellungsverhältnisses von GmbH-Geschäftsführern näher zum Arbeitsverhältnis verschoben. Diese Entwicklung birgt einerseits Risiken für die Anstellungsunternehmen und eröffnet andererseits Geschäftsführern neue Möglichkeiten, ihre Erfolgchancen in Organstreitigkeiten zu verbessern.

I. Einleitung

Mit Urteil vom 10. 5. 2010¹ hat der *BGH* die Vereinbarung der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf das Dienstverhältnis von Geschäftsführern für zulässig erklärt. Den Parteien eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrags ist es danach rechtlich nicht verwehrt, dem Geschäftsführer vertraglich eine zusätzliche Rechtsposition einzuräumen, die darin besteht, die Wirksamkeit der Kündigung vom Erfordernis eines Kündigungsgrundes i. S. des § 1 II KSchG abhängig zu machen. Geschäftsführer, die nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügen, üben nach der Entscheidung des *BAG* vom 19. 5. 2010² keine selbständige Tätigkeit i. S. des § 13 BGB aus, sondern handeln als Verbraucher. Ihre Anstellungsverträge stellen deshalb AGB dar, selbst wenn sie nur zur einmaligen Verwendung erstellt werden. Das *OLG Köln* hat mit Urteil vom 29. 7. 2010³ einem Geschäftsführer eine Entschädigung zugesprochen, weil die Anstellungsgesellschaft seinen Dienstvertrag nach Ablauf der Befristung nicht verlängern wollte. Schließlich fallen jedenfalls Fremdgeschäftsführer nach der Danosa-Entscheidung des *EuGH* vom 11. 11. 2010⁴ unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.

Für den Bereich der Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses von GmbH-Geschäftsführern und die damit insbesondere verbundene Statusfrage war 2010 danach ein ereignisreiches Jahr. Arbeitnehmerschutzrechte werden immer häufiger auch in Rechtsstreitigkeiten mit GmbH-Geschäftsführern eine Rolle spielen. Der Beitrag geht auf die Risiken ein, die sich aus Sicht der Gesellschaft aus der Entwicklung der Rechtsprechung ergeben und versucht gleichzeitig aufzuzeigen, wie Geschäftsführer daraus Nutzen für die Durchsetzung ihrer Rechtspositionen ziehen können.

II. Das Kündigungsschutzrisiko

1. Der GmbH-Geschäftsführer als „kündigungsschutz-rechtliches Freiwild“

Der Geschäftsführer einer GmbH ist kein Arbeitnehmer und hat deshalb keinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz⁵. In dieser Annahme gehen GmbH-Gesellschafter in aller Regel davon aus, dass bei der Kündigung des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers nur die vertraglich vereinbarte Frist einzuhalten ist, ansonsten aber keine arbeitsrechtlichen Hürden

Stagat: Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen (NZA-RR 2011, 617)

618

zu überwinden sind, die die Trennung von leitenden Angestellten erschweren und teuer machen. Ein böses Erwachen für die Gesellschaft gab es bislang lediglich in drei Ausnahmefällen, die zur Anwendung des KSchG für GmbH-Geschäftsführer führten. Neben dem Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses von Arbeitnehmern, die ohne Abschluss eines schriftlichen Dienstvertrags zum Geschäftsführer befördert wurden, sind dies die Fälle der Fortführung des Anstellungsverhältnisses nach Abberufung als Organ sowie der so genannten Drittanstellung⁶. Im Übrigen bestand kein Grund zur Sorge, der Geschäftsführer könne sich mit Erfolg gegen seine Entlassung zu Wehr setzen.

2. Zulässigkeit der vertraglichen Vereinbarung der Geltung des KSchG

Seit dem 10. 5. 2010 gibt es eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Geschäftsführer einer GmbH „kündigungsrechtliches Freiwild“⁷ ist. In seinem Urteil vom selben Tag hat der *BGH* entschieden, dass die Parteien eines Geschäftsführer-Dienstvertrags aus Rechtsgründen nicht gehindert sind, die entsprechende Geltung der Kündigungsschutzregelungen des § 1 KSchG vertraglich zu vereinbaren⁸. Geschäftsführer und GmbH hatten im Dienstvertrag vereinbart, dass für die Kündigung zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechts für Angestellte gelten. Das *OLG Frankfurt a. M.* sah darin in der Vorinstanz keine wirksame Vereinbarung der Geltung des KSchG⁹. Eine über die vertragliche Fristenregelung hinausgehende Einschränkung des Rechts

der Gesellschaft zur ordentlichen Kündigung sei im Anstellungsvertrag nicht wirksam vereinbart, denn die Anwendung des KSchG sei mit der ungestörten Funktion des Organverhältnisses als Geschäftsführer und damit mit § 35 I GmbHG nicht zu vereinbaren¹⁰. Der BGH bestätigte zwar den grundsätzlichen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht, sah diesen Vorrang durch die Vereinbarung der Geltung der Regelungen des KSchG jedoch nicht verletzt¹¹. Wegen der Nachrangigkeit des Anstellungsverhältnisses gegenüber der Organstellung dürften solche dienstvertraglichen Abreden zwar nicht in die gesetzliche oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen, die Grenze privatautonomer Gestaltung werde durch die Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Vorschriften des KSchG jedoch nicht überschritten¹². Nach der Entscheidung des BGH vom 10. 5. 2010 sind die Parteien nicht darauf beschränkt, die Geltung des KSchG insgesamt zu vereinbaren, sondern sie sind frei, die Anwendung des KSchG stattdessen nur teilweise oder mit Modifikationen zu regeln. In welchem Umfang und mit welchen Modifikationen die jeweiligen Bestimmungen des KSchG gelten sollen, unterliegt der privatautonomen Gestaltung der Parteien¹³.

3. Ausdrückliche Vereinbarung der Geltung des KSchG

a) *Vereinbarung der Geltung des KSchG insgesamt.* Relativ klare Verhältnisse herrschen, wenn Gesellschaft und Geschäftsführer im Dienstvertrag ausdrücklich das KSchG für anwendbar erklären. Vereinbaren die Parteien etwa, dass bei Kündigungen des Dienstvertrags zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des KSchG entsprechend gelten, so ist jedenfalls die Reichweite der Verweisung klar bestimmt. Mangels abweichender oder einschränkender Regelungen gilt in diesem Falle das KSchG insgesamt.

b) *Vereinbarung der Geltung des KSchG in Teilen oder mit Modifikationen.* Die Parteien können jedoch auch die Geltung nur bestimmter Teile des KSchG vereinbaren. So kann z. B. für Kündigungen durch die Gesellschaft aus krankheitsbedingten Gründen – lediglich insoweit – die Geltung der Bestimmungen des KSchG für anwendbar erklärt werden¹⁴. Auch Modifikationen der Bestimmungen des KSchG sind möglich. So können einzelne Regelungen des KSchG für unanwendbar erklärt oder mit inhaltlichen Änderungen versehen werden. Die Zulässigkeit inhaltlicher Modifikationen des KSchG hat der BGH in seiner Entscheidung vom 10. 5. 2010 am Beispiel der richterlichen Auflösungsbefugnis gem. §§ 14 II 2, 9 I 2 KSchG ausdrücklich bejaht¹⁵. Danach ist auch die Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung einer modifizierenden Parteivereinbarung zugänglich. Zwar kann die richterliche Auflösungsbefugnis von den Parteien nicht unmittelbar vereinbart werden. Der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien kann sich aber in der Weise auch auf die Möglichkeit der Vertragsauflösung beziehen, dass im Falle einer wegen fehlender materieller Rechtfertigung unwirksamen Kündigung der Gesellschaft – an Stelle des Arbeitsgerichts – das Recht eingeräumt werden soll, durch einseitige Erklärung das Anstellungsverhältnis gegen Gewährung einer angemessenen Abfindung aufzuheben¹⁶. Gesellschaft und Geschäftsführer können somit alternativ zum KSchG insgesamt ein minus – in Form nur einzelner Normen des KSchG – oder ein aliud – in Gestalt modifizierter Regelungen des KSchG – vereinbaren.

4. Konkludente Vereinbarung der Geltung des KSchG

a) *Die bewusste Entscheidung für die Geltung des KSchG.* Bei der Kündigung eines Geschäftsführer-Dienstvertrags auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung, die Bestimmungen des KSchG einhalten zu müssen, ist für Gesellschafter ein kalkulierbares, wenn auch im Ergebnis nicht prognostizierbares Risiko¹⁷. Regelmäßig wird es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, mit ihrem Geschäftsführer die Anwendbarkeit des KSchG zu vereinbaren. Je nach konkreter Verhandlungsposition wird es aber Fälle geben, in denen den Gesellschaftern die Chance, einen bestimmten Geschäftsführer für das Unternehmen gewinnen zu können, das Zugeständnis arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes wert ist. In solchen Konstellationen entscheidet sich die Gesellschaft autonom und bewusst für die Geltung des KSchG, wie im vom BGH am 10. 5. 2010 entschiedenen Fall.

b) *Das Auslegungsrisiko.* Wesentlich problemträchtiger ist es demgegenüber, wenn sich Gesellschaften beim Abschluss von Geschäftsführer-Dienstverträgen auf das glatte Eis des KSchG begeben, ohne sich dessen bewusst zu sein. Hierzu dürfte es nach dem Urteil des BGH vom 10. 5. 2010 nicht selten

kommen, wenn in Geschäftsführer-Dienstverträge Regelungen aufgenommen werden, die zwar nicht ausdrücklich die Vereinbarung des KSchG enthalten, aber Anhaltspunkte, die auf einen solchen Parteiwillen schließen lassen. Dann ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Vertragsparteien dem Geschäftsführer bei Abschluss des Dienstvertrags den Schutz des KSchG zukommen lassen wollten¹⁸. Für die Gesellschaft entsteht dadurch das Risiko, sich unbewusst und ungewollt den Bestimmungen des KSchG insgesamt oder in Teilen zu unterwerfen. Dieses Risiko bestand vor der Entscheidung des BGH vom 10. 5. 2010 nicht. Bis zu diesem Zeitpunkt war mit der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur

davon auszugehen, dass wegen der Nachrangigkeit des Anstellungsverhältnisses gegenüber der Organstellung die Vereinbarung der Geltung des KSchG gar nicht zulässig ist¹⁹. Somit war kaum anzunehmen, dass die Parteien dem Dienstvertrag Inhalte geben wollten, die mit Recht und Gesetz nicht zu vereinbaren sind. Mit dem Urteil des *BGH* vom 10. 5. 2010 hat sich die Ausgangssituation grundlegend geändert. Die Vereinbarung der Geltung des KSchG insgesamt, in Teilen oder mit Modifikationen ist nunmehr eine zulässige Gestaltungsvariante, die dem nachvollziehbaren Interesse des Geschäftsführers an rechtlicher Absicherung für den Fall der Kündigung entspricht.

c) *Tendenz der obergerichtlichen Rechtsprechung.* Werden die Parteien im Anstellungsvertrag als „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ bezeichnet, wird man sich bei der Auslegung des Vertrags der Frage stellen müssen, ob die Parteien den Geschäftsführer nicht wie einen Arbeitnehmer behandeln und ihm demzufolge den Schutz des KSchG gewähren wollten. Dem *LAG Nürnberg* hat in einer Entscheidung vom 21. 12. 2007²⁰ die bloße Erklärung des Anstellungsunternehmens gegenüber einer Behörde, der fragliche Mitarbeiter sei bei ihr „in hauptberuflicher Tätigkeit angestellt“, ausgereicht, um darin die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses zu erkennen. Zwar handelte es sich nicht um die Klage eines Geschäftsführers, sondern um die Zahlungsklage eines freien Mitarbeiters, dessen Status streitig war. Bei seiner Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit konfrontierte das *LAG Nürnberg* die beklagte Gesellschaft jedoch mit dem Hinweis, dass sie sich an der Erklärung, den Mitarbeiter wie einen Arbeitnehmer behandeln zu wollen, ihm also den Arbeitnehmerstatus zuzuerkennen, festhalten lassen müsse²¹. Das *LAG Düsseldorf* verweist in einer aktuellen Entscheidung auf die vom *BGH* im Urteil vom 10. 5. 2010 konstatierte Gestaltungsfreiheit zur Vereinbarung der entsprechenden Geltung arbeitsrechtlicher Normen in Geschäftsführer-Anstellungsverträgen und folgert daraus, dass auf der Grundlage dieser *BGH*-Rechtsprechung für Arbeitsverträge typische Vertragsklauseln in Geschäftsführer-Anstellungsverträgen Indizien für den Willen der Parteien sein können, einen Arbeitsvertrag zu schließen²².

d) *Anknüpfungspunkte für die Auslegung.* Diese Beispiele aus der Rechtsprechung veranschaulichen, dass jede Nachlässigkeit bei der Vertragsgestaltung auf Seiten der Gesellschaft, die sich in für Arbeitsverhältnisse typischen Formulierungen ausdrückt, das Risiko vergrößert, dass der Geschäftsführer sich im Falle eines Bestandsschutzstreits mit Erfolg auf das KSchG berufen kann. Dieses Risiko umfasst ein in der Praxis zu beobachtendes weites Feld von Regelungen, die auf ein Geschäftsführer-Dienstverhältnis nicht passen, sondern der typischen Interessenlage bei Arbeitsverhältnissen entsprechen, wie etwa die Vorgabe der Lage der Arbeitszeit, die Regelung der Urlaubsantragspflicht, die Vereinbarung von Versetzungsvorbehalten oder die Verpflichtung zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Krankheitsfall. Als besonders risikoreich für die Gesellschaft dürften sich Klauseln erweisen, die auf die Geltung „der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen“ oder „der gesetzlichen Regelungen“ bei Kündigungen verweisen, denn sie lassen offen, welche gesetzlichen Regelungen konkret gemeint sind, diejenigen des KSchG oder diejenigen des BGB. Eine ähnlich unklare Formulierung wurde der beklagten Gesellschaft in der Entscheidung des *BGH* vom 10. 5. 2010 zum Verhängnis, wo die Parteien zu Gunsten des Geschäftsführers „die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechts für Angestellte“ für anwendbar erklärt hatten²³. Der Begriff „Angestellter“ ist ein Oberbegriff für Anstellungsverhältnisse, der sowohl das Anstellungsverhältnis des Arbeitnehmers als auch das Anstellungsverhältnis eines Dienstnehmers umfasst²⁴. Vom Wortlaut her konnte mit dem „deutschen Kündigungsschutzrecht“ somit einerseits das KSchG gemeint sein, alternativ aber auch die Bestimmungen der §§ 620, 621 sowie §§ 624 bis 628 BGB, also das Kündigungsschutzrecht für Dienstnehmer. Mit diesem zweideutigen Wortlaut hat sich der *BGH* aber nicht lange aufgehalten, sondern kam mit einem Satz zu dem geschäftsführerfreundlichen Ergebnis, die Klausel ziele nach Wortlaut und Sinnzusammenhang der zur Vertragsbeendigung vereinbarten Bestimmungen darauf ab, dem Kläger für den Fall einer ordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Dienstvertrags eine zusätzliche, den Schutzwirkungen des KSchG entsprechende Rechtsposition einzuräumen, die darin bestehe, die Wirksamkeit der Kündigung vom Erfordernis eines Kündigungsgrundes i. S. des § 1 II KSchG abhängig zu machen²⁵.

5. Abmahnung vor Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags?

Eine Nebenwirkung der Vereinbarung der Geltung des KSchG ist die Folgefrage, ob vor einer Kündigung des Anstellungsvertrags wegen der Verletzung von Dienstpflichten – wie bei Arbeitnehmern – eine vorherige Abmahnung erforderlich ist. Vor der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus verhaltensbedingten Gründen ist der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des *BAG* regelmäßig vorher abzumahnern²⁶. Der *BGH* ging bislang davon aus, dass der Geschäftsführer einer GmbH selbst wissen muss, wo die Grenzen zulässigen Verhaltens verlaufen. Das Institut der Abmahnung sei im Arbeitsrecht im Hinblick auf die soziale Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter entwickelt worden, dieser Schutz Gesichtspunkt könne bei Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften jedoch nicht ausschlaggebend sein²⁷. Ein Geschäftsführer kenne regelmäßig die ihm obliegenden Pflichten und sei sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im Klaren, so dass eine Abmahnung nicht geboten sei²⁸. Nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform wurden in der Literatur Bedenken geäußert, ob sich diese Rechtsprechung

im Hinblick auf die Regelung in § 314 II BGB halten lasse²⁹. Der BGH teilte diese Bedenken nicht, sondern sah in der Funktion des Geschäfts

führers, der als organschaftlicher Vertreter Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, einen besonderen Umstand i.S. von § 323 II Nr. 3 BGB, so dass auch § 314 II BGB nichts an dem Grundsatz ändere, dass es vor einer Kündigung des Dienstvertrags eines Geschäftsführers keiner Abmahnung bedarf³⁰. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer die Geltung des KSchG vereinbart ist. In der Literatur wird vertreten, dass mit der Vereinbarung des gesetzlichen Kündigungsschutzes zugleich das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung verbunden sei, wenn sich die Gesellschaft auf einen verhaltensbedingten Grund i.S. von § 1 II KSchG berufen wolle³¹. Es sei widersinnig, wenn die Parteien auf der einen Seite die Geltung des gesetzlichen Kündigungsschutzes vereinbarten, auf der anderen Seite jedoch dem Geschäftsführer ein wesentlicher Teil dieses Schutzes, welcher sich aus der vereinbarten Geltung des KSchG ergebe, wieder entzogen würde³². Diese Auffassung erscheint jedoch zweifelhaft. Der Grundsatz, dass es vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung einer Abmahnung bedarf, ist im KSchG nicht geregelt. Das BAG leitet ihn aus dem ultima ratio-Prinzip ab, einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, auf den die Parteien bei der Vereinbarung der Geltung des KSchG gerade nicht verweisen. Außerdem unterliegt der angestellte Geschäftsführer als Organ strengeren Sorgfaltspflichten als ein Arbeitnehmer. Das Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung würde die Konzeption dieses Haftungsregimes deshalb aufweichen und zu einer Einschränkung der mit der persönlichen Haftung verbundenen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers führen³³. Dies wiederum wäre ein Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft. Der Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht schließt das Erfordernis einer Abmahnung des Geschäftsführers vor verhaltensbedingter Kündigung deshalb aus.

6. Taktische Überlegungen beim Abschluss von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen

a) *Die Interessenlage der Gesellschaft.* Aus dem Blickwinkel der Gesellschaft betrachtet sollte die Vereinbarung der Geltung des KSchG insgesamt, in Teilen oder mit Modifikationen im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers möglichst generell vermieden werden³⁴. Durch das Zugeständnis an den Geschäftsführer, die Kündigung des Dienstvertrags an den Maßstäben des KSchG messen zu lassen, unterwirft sich die Gesellschaft hinsichtlich des Dienstvertrags ihres Geschäftsführers nicht nur den Anforderungen des Arbeitsrechts und begibt sich damit auf ein Rechtsgebiet, das vom Arbeitnehmerschutz geprägt ist. Sie geht darüber hinaus ein zusätzliches Risiko ein, weil die arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen auf das Dienstverhältnis eines Geschäftsführers nicht zugeschnitten sind, sondern auf die Interessenlage des Arbeitnehmers abzielen. Daraus ergeben sich zusätzliche Unsicherheiten bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Normen durch die – hierzu nicht berufenen – ordentlichen Gerichte, wie beispielhaft bei der ungeklärten Rechtslage im Zusammenhang mit der Frage des Abmahnungserfordernisses.

b) *Die Interessenlage des Geschäftsführers.* Beim Geschäftsführer verhält es sich naturgemäß umgekehrt. Er wird grundsätzlich daran interessiert sein, sich zusätzlichen Schutz gegen die Kündigung seines Dienstvertrags zu verschaffen. Wird etwa einem leitenden Angestellten angetragen, interimweise das Geschäftsführeramt zu übernehmen, kann er seine Bereitschaft hierzu gegenüber der Gesellschaft mit plausiblen Gründen davon abhängig machen, dass damit nicht der Verlust des gesetzlichen Kündigungsschutzes einhergeht. Letztlich werden stets die Marktverhältnisse und die Stärke der Verhandlungspositionen im Einzelfall entscheiden, ob die Gesellschaft sich bereit erklärt, ihrem Geschäftsführer Kündigungsschutz zu gewähren. Generell müssen sich die Gesellschaften darauf einstellen, mit dem Wunsch des designierten Geschäftsführers konfrontiert zu werden, im Dienstvertrag die entsprechende Geltung des KSchG zu vereinbaren. Rechnet der Geschäftsführer nicht damit, dass ihm die Gesellschaft den Wunsch nach vertraglicher Absicherung erfüllen will, liegt es nahe, seine Rechtsposition zumindest mittelbar verbessern zu wollen. Zu diesem Zweck kann er versuchen, die Aufnahme von Regelungen in den Dienstvertrag zu erreichen, die im Streitfall als Anknüpfungspunkte für eine Auslegung zu Gunsten eines auf Gewährung von Kündigungsschutz gerichteten Parteiwillens dienen können. So können Geschäftsführer etwa mit dem Verweis auf „die allgemeinen Kündigungsschutzbedingungen“, durch die Regelung eines arbeitsplatz- und tätigkeitsbezogenen Weisungsrechts oder sonstiger Regelungsinhalte, die typisch für Arbeitsverhältnisse sind, „Auslegungspotential“ schaffen, um es sich in späteren Bestandsstreitigkeiten abfindungserhöhend zunutze zu machen.

III. Das AGB-Risiko

1. Die Entscheidung des BAG vom 19. 5. 2010

Der Geschäftsführer einer GmbH, der nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügt, übt keine selbständige Tätigkeit i.S. des § 13 BGB aus; er handelt vielmehr – auch und gerade bei Abschluss seines

Anstellungsvertrags – als Verbraucher. Anstellungsverträge von GmbH-Geschäftsführern stellen folglich AGB dar, auch wenn sie nur einmalig verwendet werden. Damit unterliegen sie der Inhaltskontrolle nach §§ 305 bis 310 BGB. Mit diesen Kernaussagen der Entscheidung des BAG vom 19. 5. 2010³⁵ ist die AGB-Kontrolle in den Chefetagen der Unternehmen angekommen. Auch Anstellungsverträge von GmbH-Geschäftsführern müssen sich nun auf „AGB-Festigkeit“ überprüfen lassen. In dem vom BAG entschiedenen Fall hatten die Vorinstanzen die vom Geschäftsführer eingeklagten Vergütungsansprüche an einer dienstvertraglichen Verfallsfrist scheitern lassen, welche in der zweiten Stufe die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche verlangte. Die Erhebung der Kündigungsschutzklage reiche nicht aus, um das Erlöschen der vom Ausgangsrechtstreits abhängigen Annahmeverzugsansprüche zu verhindern³⁶. Für Arbeitsverträge hatte das BAG dies schon früher anders gesehen und entschieden, dass die Klage gegen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses genüge, um zugleich die Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gerichtlich geltend zu machen³⁷. Für das in vorformulierten Vertragsbedingungen eines Fremdgeschäftsführer-Anstellungsvertrags geregelte Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen gilt nach der Entscheidung des BAG vom 19. 5. 2010 das Gleiche³⁸. Obwohl Geschäftsführer, habe der Kläger bei Abschluss seines Anstellungsvertrags –

Stagat: Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen (NZA-RR 2011, 617)

621

wie ein Arbeitnehmer – als Verbraucher gehandelt, denn als Geschäftsführer übe er weder eine gewerbliche noch eine selbständige berufliche Tätigkeit aus³⁹. Maßgeblich für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbständig sei neben der weitgehenden Freiheit von Weisungen, dass die Tätigkeit im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Verantwortungsbereich ausgeübt werde. Diese Voraussetzungen treffen auf den GmbH-Geschäftsführer laut BAG nicht zu, weil er seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft ausübt und überdies im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter unterliegt. Wenn somit die Geschäftsführung einer GmbH keine selbständige Tätigkeit darstelle, so gelte dies erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrags⁴⁰. Diese Begründung für die Verbrauchereigenschaft des Geschäftsführers mag erstaunen, denn das BAG stützt die fehlende Selbständigkeit der Tätigkeit des Geschäftsführers maßgeblich auf seine Weisungsunterworfenheit gegenüber den Gesellschaftern, also auf ein Spezifikum der gesellschaftsrechtlichen Organstellung und nicht auf den zu Grunde liegenden Anstellungsvertrag, der die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Geschäftsführers bildet und in dem sich – jedenfalls beim Fremdgeschäftsführer – die Abhängigkeit vom Unternehmen manifestiert. Gleichwohl ist im Ergebnis davon auszugehen, dass mit der Entscheidung des BAG vom 19. 5. 2010 alle Dienstverträge mit Geschäftsführern, die nicht zugleich Gesellschafter sind und dadurch beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen haben, der AGB-Kontrolle zu unterziehen sind. Davon betroffen sind grundsätzlich alle Regelungsbereiche, die auch in Arbeitsverträgen mit dem Risiko der Unangemessenheit oder Unklarheit behaftet sind⁴¹.

2. Nebenwirkungen der Entscheidung des BAG vom 19. 5. 2010

a) *Taktische Überlegungen.* Die Qualifizierung des Geschäftsführers als Verbraucher hat zur Folge, dass die Regelungen des Anstellungsvertrags nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein müssen, um der AGB-Kontrolle zu unterfallen. Die Bestimmung zur einmaligen Verwendung reicht aus, wenn der Geschäftsführer auf Grund der Vorformulierung des Vertrags auf seinen Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 III Nr. 2 BGB). Um dem Verdikt der §§ 305 ff. BGB zu entgehen, bleibt der Gesellschaft daher nur der Weg, neuen Geschäftsführern keinen fertigen Anstellungsvertrag mehr „vorzulegen“, sondern in ergebnisoffene Verhandlungen einzutreten. Die Gesellschaft muss dem Geschäftsführer die Möglichkeit der Einflussnahme geben, was voraussetzt, dass sie den Kerngehalt des Dienstvertrags ernsthaft zur Disposition stellt und dem Geschäftsführer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen einräumt⁴². Das BAG weist in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hin, dass ein ernsthaftes Zur-Disposition-Stellen sich nicht in Änderungen des vorformulierten Textes niederschlagen muss. Der vorformulierte Vertrag kann auch dann als das Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es nach gründlicher Erörterung bei dem vom Verwender vorformulierten Text bleibt⁴³. Gesellschafter, die eine AGB-Kontrolle des Geschäftsführeranstellungsvertrags vermeiden wollen, sollten den gewünschten Dienstvertrag deshalb nicht als geschlossenes Angebot übermitteln, sondern lediglich Vorschläge hinsichtlich der zu regelnden Vertragsinhalte machen. Formal empfiehlt es sich, zu den zu regelnden Punkten wie Festvergütung, Tantieme, Vertragsdauer, Urlaub etc. separat formulierte Einzelschritte zu unterbreiten. Werden diese nach Erörterung mit dem Geschäftsführer in einem in sich geschlossenen schriftlichen Vertrag ausformuliert und zusammengefasst, hat die Gesellschaft gute Chancen, die Möglichkeit der Einflussnahme des Geschäftsführers auf seinen Inhalt auch dann darzulegen, wenn sie sich letztlich mit ihren Vorstellungen durchsetzt.

b) *Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtsstellung des Geschäftsführers?* Gelingt es der Gesellschaft nicht, der AGB-Kontrolle durch den Nachweis der Einflussnahmemöglichkeit des Geschäftsführers auf den Inhalt des Dienstvertrags zu entgehen, stellt sich eine ungelöste Anschlussfrage: Sind bei der Anwendung des AGB-Rechts auf Geschäftsführer-Anstellungsverträge die Besonderheiten der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers angemessen zu berücksichtigen? Im

Arbeitsrecht gilt gem. § 310 IV 2 BGB, dass bei der Anwendung des AGB-Rechts die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind. Zweck der Vorschrift ist es, das Arbeitsrecht an das zivilrechtliche Schutzniveau des AGB-Rechts anzugleichen. Die in § 310 IV 2 BGB vorgesehene Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts dient dabei als Korrektiv im Einzelfall, um die Wirksamkeit von Klauseln zu ermöglichen, die außerhalb von Arbeitsverträgen als unwirksam zu qualifizieren wären⁴⁴. Das Korrektiv des § 310 IV 2 BGB schützt also den Arbeitgeber vor einer uneingeschränkten Anwendung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträge. Ohne dieses Korrektiv wären beispielsweise Vertragsstrafenvereinbarungen nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam. Fraglich ist, ob Gesellschaften in entsprechender Weise vor der uneingeschränkten Anwendung des AGB-Rechts auf Dienstverträge geschützt werden müssen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es – im Gegensatz zum Arbeitsrecht – für das Gesellschaftsrecht weiterhin eine Bereichsausnahme gibt (§ 310 IV 1 BGB). Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass die gesellschaftsrechtliche Bereichsausnahme auf solche Verträge nicht anzuwenden ist, die im Kern auf die Regelung einer schuldrechtlichen Austauschbeziehung abzielen⁴⁵. Der Anstellungsvertrag regelt die schuldrechtliche Austauschbeziehung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, so dass er von der Bereichsausnahme des § 310 IV 1 BGB nach allgemeiner Auffassung nicht erfasst ist⁴⁶. Nach dem Gesetzeswortlaut sind die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB somit uneingeschränkt auf Geschäftsführer-Anstellungsverträge anzuwenden. In der Literatur wird die analoge Anwendung von § 310 IV 2 BGB auf Geschäftsführer-Anstellungsverträge verlangt⁴⁷. Dies wird mit Wertungswidersprüchen begründet, die bei einem Auseinanderfallen der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Arbeits- und Geschäftsführerverträgen zu Gunsten des Gesellschaftsorgans eintreten⁴⁸. Dadurch komme es zu einer AGB-rechtlichen Privilegierung des Geschäftsführers im Verhältnis zum Arbeitnehmer. Die Privilegierung des Geschäftsführers im Verhältnis zum Arbeitnehmer ist jedoch nicht der Maßstab für die Prüfung, ob die Besonderheiten des Geschäftsführerdienstverhältnisses angemessen zu berücksichtigen sind. Maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob es beim Dienstvertragsrecht des Geschäftsführers – wie im Arbeitsrecht – erforderlich ist, ein Korrektiv einzusetzen, um im Einzelfall die Wirksamkeit von Klauseln zu ermöglichen, die anderenfalls als

Stagat: Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen (NZA-RR 2011, 617)

622 ▲▼

unwirksam zu qualifizieren wären. Eines solchen Korrektivs bedarf es beim Geschäftsführer jedoch nur insoweit, wie es dazu dient, den Besonderheiten der Doppelrolle als Dienstnehmer und Organ Rechnung zu tragen. Diese Besonderheiten sind geprägt von der Konkurrenz zwischen Arbeitsrecht bzw. Dienstvertragsrecht einerseits und Gesellschaftsrecht andererseits, die der *BGH* durch das Postulat des Vorrangs des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht löst⁴⁹. Im Interesse der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der GmbH haben die Belange des Arbeits- bzw. Dienstvertragsrechts im Zweifel zurück zu treten. Deshalb ist die Frage, ob der Geschäftsführer jederzeit von seiner Tätigkeit freigestellt werden kann, auch wenn die Voraussetzungen der Freistellung im Anstellungsvertrag nicht „AGB-fest“ geregelt sind, zu bejahen. Der *BGH* hat in seiner Entscheidung vom 11. 11. 2010 klargestellt, dass die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs nach § 38 I GmbHG der Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung weitgehende Organisationsfreiheit gewährleiste, die „das nur auf die Vermeidung von Ansehensverlust oder Minderung der Lebensfreude“ gerichtete Interesse des Geschäftsführers überwiege⁵⁰. Die Besonderheiten, die bei der Anwendung AGB-rechtlicher Vorschriften auf Geschäftsführer-Anstellungsverträge angemessen zu berücksichtigen sind, sind also deckungsgleich mit denjenigen, die den Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Vereinbarung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften begründen.

IV. Das AGG-Risiko

1. Die Entscheidung des OLG Köln vom 29. 7. 2010

Mit seinem Urteil vom 29. 7. 2010⁵¹ hat das *OLG Köln* als erstes Obergericht einem Geschäftsführer eine Entschädigung wegen unerlaubter Altersdiskriminierung nach § 15 II AGG zugesprochen. Der befristet auf fünf Jahre angestellte 62-jährige Geschäftsführer hatte der Gesellschaft angeboten, seinen Dienstvertrag über das Ende der Befristung hinaus verlängern zu wollen, was vom Aufsichtsrat mit der Erklärung beschieden wurde, er stehe einer Fortsetzung des Dienstvertrags „ambivalent“ gegenüber⁵². Da bei der Erläuterung dieser Ambivalenz Andeutungen bezüglich des Lebensalters des Klägers erfolgten, sah das *OLG* ausreichende Indizien, um dem Kläger die Beweiserleichterung nach § 22 AGG zugute kommen zu lassen und verurteilte die Gesellschaft auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 36600 Euro⁵³. Die Entscheidung des *OLG Köln* erhält im Schrifttum jedenfalls insoweit Zustimmung, wie sie den Anwendungsbereich von § 6 III AGG auch für solche Geschäftsführer eröffnet sieht, die sich nicht erstmals bei der Gesellschaft bewerben, sondern die Verlängerung eines befristeten Dienstvertrags anstreben und darüber hinaus in der „entsprechenden“ Geltung des AGG gem. § 6 III kein geringeres Schutzniveau als bei Arbeitnehmern sieht⁵⁴. Die beim Abschluss von Dienstverträgen für die Gesellschaft handelnden Vertreter haben daher tunlichst alles, was als Benachteiligung aus den in § 1 AGG aufgezählten verpönten Gründen gewertet werden könnte, auch bei solchen Geschäftsführern zu vermeiden, die sich nach einem befristeten

Dienstvertrag um eine Fortsetzung ihrer Anstellung bemühen. Ob der Diskriminierungsschutz darüber hinaus auch bei den Beschäftigungsbedingungen im laufenden Dienstverhältnis und insbesondere bei der Entlassung von Geschäftsführern zu berücksichtigen ist, hat das *OLG Köln* offen gelassen. Dies wäre zu bejahen, wenn man den Geschäftsführer als Beschäftigten i. S. von § 6 I AGG und somit als Arbeitnehmer qualifizieren würde. Entsprechende Gerichtsentscheidungen liegen – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Es erscheint jedoch nur noch als eine Frage der Zeit, bis es hierzu kommt.

2. Die Entscheidung des EuGH vom 11. 11. 2010

Was *Christel Schmidt*⁵⁵ und *Ayşe Süzen*⁵⁶ für das Recht des Betriebsübergangs waren, könnte *Dita Danosa* für die Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses von GmbH-Geschäftsführern werden: ein Synonym für eine Leitentscheidung mit weitreichenden Folgen. Frau *Danosa* war alleinige Geschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft. Nach lettischem Recht kann der Geschäftsführer jederzeit abberufen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung enthält. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung wurde sie abberufen, während sie schwanger war⁵⁷. Hiergegen wandte sie sich mit der Begründung, die Abberufung verstoße gegen die Richtlinie 92/85/EWG vom 19. 10. 1992 („Mutterschutz-Richtlinie“). Das lettische Gericht hat darauf dem *EuGH* die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Geschäftsführerin einer Kapitalgesellschaft als Arbeitnehmerin anzusehen sei. Der *EuGH* hat die Frage positiv dahingehend beantwortet, dass für die Zwecke der Richtlinie 92/85/EWG die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, zu bejahen ist, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält⁵⁸. Um das Merkmal der Weisungsgebundenheit zu erfüllen, bedarf es nach Auffassung des *EuGH* keiner arbeitsbegleitenden oder tätigkeitsbezogenen Weisungen wie nach deutschem Recht⁵⁹, sondern es genügt eine rein gesellschaftsrechtlich begründete Weisungsunterworfenheit, um den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu erfüllen⁶⁰. Damit fallen jedenfalls Fremdgeschäftsführer einer GmbH unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff⁶¹. Auch wenn die *Danosa*-Entscheidung des *EuGH* keine unmittelbaren Auswirkungen auf den innerstaatlichen Arbeitnehmerbegriff hat⁶², führt sie bereits dazu, dass nunmehr überwiegend vertreten wird, der Fremdgeschäftsführer einer GmbH sei in richtlinienkonformer Auslegung als Arbeitnehmer i. S. von § 6 I AGG zu behandeln⁶³. Das muss konsequenterweise auch für Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer gelten, die keinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können. Dies führt wiederum dazu, dass sich die vollständige Anwendung des AGG auf Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer unmittelbar aus § 6 I i. V. mit § 2 I Nr. 2 AGG ergibt⁶⁴. Entlassene Geschäftsführer und ihre Anwälte werden daher den Kündigungssachverhalt standardmäßig auf AGG-relevante Angriffspunkte untersuchen. Darüber hinaus lässt die *Danosa*-Entscheidung des *EuGH*

Stagat: Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen (NZA-RR 2011, 617)

623 ▲▼

erwarten, dass der GmbH-Geschäftsführer über den Anwendungsbereich des AGG hinaus näher zum Arbeitnehmer gerückt wird.

V. Zusammenfassung

Die Anstellung von GmbH-Geschäftsführern gleicht einem Gang durch ein rechtliches Minenfeld. Seit der Entscheidung des *BGH* vom 10. 5. 2010 kann in Dienstverträgen die Geltung des KSchG insgesamt, teilweise oder mit Modifikationen vereinbart werden. Gesellschaften, die in die Dienstverträge ihrer Geschäftsführer Regelungen einfließen lassen, die typisch für Arbeitsverhältnisse sind, gehen das Risiko ein, dass diese als Indizien für den Willen der Parteien gewertet werden, dem Geschäftsführer arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zu verschaffen. Realisiert sich dieses Risiko, besteht die Notwendigkeit, die Kündigung des Geschäftsführers sozial rechtfertigen zu müssen. Geschäftsführern, denen es gelingt, ausdrücklich oder konkludent die Geltung kündigungsschutzrechtlicher Regelungen zu vereinbaren, verbessern damit ihre Erfolgschancen in Bestandsschutzstreitigkeiten erheblich. Insbesondere können sie die – dienstvertraglich in der Regel starke – Rechtsposition der Gesellschaft erschüttern, denn wie die ordentlichen Gerichte die Anwendung arbeitsrechtlicher Gesetze umsetzen werden, ist völlig offen. Durch das Urteil des *BAG* vom 19. 5. 2010, das Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer als Verbraucher qualifiziert, müssen die Regelungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen einer AGB-rechtlichen Wirksamkeitskontrolle unterzogen werden, es sei denn, die Gesellschaft kann darlegen, dass der Kerngehalt des Vertrags von ihr zur Disposition gestellt worden ist und der Geschäftsführer Einfluss darauf nehmen konnte. Die GmbH darf sich schließlich auch keine Diskriminierungsfehltritte erlauben. Die Tendenz der nationalen Gerichte und des *EuGH* geht dahin, Gesellschaften, die Geschäftsführer aus einem der nach § 1 AGG verpönten Merkmale benachteiligen, nicht nur dann zu Schadenersatz und Entschädigungsleistungen zu verurteilen, wenn es um den Zugang zur Erwerbstätigkeit geht, sondern auch bei Entgeltfragen und Kündigungen.

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht in der Kanzlei *Schrade & Partner Rechtsanwälte* in Konstanz.

¹ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#).

² BAG, NZA 2010, [939](#) = NJW 2010, [2827](#).

³ OLG Köln, NZA 2011, [211](#).

⁴ EuGH, NZA 2011, [143](#) = NJW 2011, [2343](#).

⁵ So die herrschende Meinung, vgl. BGHZ 91, [217](#) = NJW 1984, [2528](#); BGH, NZA 2000, [543](#) = NJW 2000, [1638](#); Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. (2010), § 35 Rdnr. 172; Goette, DStR 1998, [1137](#); OLG Hamm, NJOZ 2007, [4713](#) = GmbHR 2007, [820](#); Schrader/Schubert, BB 2007, [1617](#). Demgegenüber hält das BAG bei Geschäftsführern, die außer den Weisungsrechten der Gesellschafterversammlung auch tätigkeitsbezogenen und verfahrensorientierten Weisungen unterliegen, ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis für möglich, vgl. BAG, NZA 1999, [987](#) = NJW 1999, [3731](#).

⁶ Ausführlich zu diesen drei Varianten Jaeger, DStR 2010, [2312](#).

⁷ Der Begriff geht zurück auf Bauer/Diller, GmbHR 1998, [809](#); Diller, NZG 2011, [254](#).

⁸ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#); Stagat, NZA 2010, [975](#); Jaeger, DStR 2010, [2312](#); BGH, NJW 2010, [2343](#) m. Anm. Dzida; Rasmussen-Bonne/Raif, ArbRAktuell 2010, [544](#); Dahlbänder, GmbH-StB 2010, [241](#).

⁹ OLG Frankfurt a. M., Urte. v. 24. 2. 2009 – [5 U 193/07](#), BeckRS 2009, [25535](#).

¹⁰ OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2009, [25535](#).

¹¹ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#).

¹² BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2344](#)).

¹³ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2344](#)).

¹⁴ Zu einzelnen Klausel- und Formulierungsvorschlägen s. Stagat, NZA 2010, [975](#) ([979](#)).

¹⁵ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2345](#)).

¹⁶ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2345](#)).

¹⁷ Kalkulierbar ist die Rechtsfolge der Geltung des KSchG an sich, nicht prognostizierbar dagegen das Ergebnis der Anwendung arbeitsrechtlicher Normen auf das Dienstverhältnis des Geschäftsführers, weil das KSchG nicht auf Geschäftsführer zugeschnitten ist, vgl. hierzu Diller, NZG 2011, [254](#) ([255](#)).

¹⁸ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2344](#)).

¹⁹ So OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2009, [25535](#).

²⁰ LAG Nürnberg, NZA-RR 2008, [271](#).

²¹ LAG Nürnberg, NZA-RR 2008, [271](#) ([272](#)).

²² LAG Düsseldorf, Urte. v. 12. 1. 2011 – [12 Sa 1411/10](#), BeckRS 2011, [69009](#).

²³ BAG, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#).

²⁴ Wank, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 602.

²⁵ BGH, NZA 2010, [889](#) = NJW 2010, [2343](#) ([2344](#)).

²⁶ BAG, NZA 2006, [980](#).

²⁷ BGH, NZA 2000, [543](#) = NJW 2000, [1638](#).

²⁸ BGH, NZA 2000, [543](#) = NJW 2000, [1638](#) ([1639](#)).

²⁹ Schumacher-Mohr, DB 2002, [1606](#).

³⁰ BGH, NJW-RR 2007, [1520](#) = DStR 2007, [1640](#).

- ³¹ Jaeger, DStR 2010, [2312](#).
- ³² Jaeger, DStR 2010, [2312](#) ([2316](#)).
- ³³ Zu diesem Aspekt im Zusammenhang mit D&O-Versicherungen *Mohr*, GmbHR 2011, [402](#) ([406](#)).
- ³⁴ So auch *Diller*, NZG 2011, [254](#) ([256](#)); *Rasmussen-Bonne/Raif*, ArbRAktuell 2010, 544; *BGH*, NJW 2010, [2343](#) mit Anm. *Dzida*; *Ulrich*, GmbHR 2010, [808](#).
- ³⁵ BAG, NZA 2010, [939](#) = NJW 2010, [2827](#).
- ³⁶ LAG Hessen, Beschl. v. 13. 12. 2007 – [10 Ta 153/07](#), BeckRS 2011, [71407](#).
- ³⁷ BAG, NZA 2008, [757](#).
- ³⁸ BAG, NZA 2010, [939](#) ([942](#)) = NJW 2010, [2827](#).
- ³⁹ BAG, NZA 2010, [939](#) ([940](#)) = NJW 2010, [2827](#).
- ⁴⁰ BAG, NZA 2010, [939](#) ([940](#), [941](#)) = NJW 2010, [2827](#).
- ⁴¹ Meyer/Wilsing, DB 2011, [341](#) ([344](#)).
- ⁴² BAG, NZA 2010, [939](#) ([941](#)) = NJW 2010, [2827](#).
- ⁴³ BAG, NZA 2010, [939](#) ([941](#)) = NJW 2010, [2827](#).
- ⁴⁴ *Jacobs*, in: BeckOK ArbR, Stand: 1. 9. 2011, § 310 BGB Rdnr. 21.
- ⁴⁵ *Basedow*, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 310 Rdnr. 83.
- ⁴⁶ *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. (2011), § 310 BGB Rdnr. 122.
- ⁴⁷ *Khanian*, GmbHR 2011, [116](#).
- ⁴⁸ *Khanian*, GmbHR 2011, [116](#) ([121](#)).
- ⁴⁹ *BGH*, NJW 2010, [2343](#); *Götte*, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 886.
- ⁵⁰ *BGH*, NZG 2011, [112](#); hierzu *Lunk/Rodenbusch*, NZA 2011, [497](#).
- ⁵¹ *OLG Köln*, NZA 2011, [211](#).
- ⁵² *OLG Köln*, NZA 2011, [211](#) ([212](#)).
- ⁵³ *OLG Köln*, NZA 2011, [211](#) ([215](#)).
- ⁵⁴ *Raif*, GWR 2010, [537](#); *Baeck/Winzer*, NZG 2010, [1297](#); *Meyer/Wilsing*, DB 2011, [341](#) ([342](#)).
- ⁵⁵ *EuGH*, NZA 1994, [545](#) = NJW 1994, [2343](#); *Bauer*, NZA 2004, [14](#).
- ⁵⁶ *EuGH*, NZA 1997, [433](#) = NJW 1997, [2039](#); *Annuß*, NZA 1998, [70](#).
- ⁵⁷ *EuGH*, NZA 2011, [143](#) = NJW 2011, [2343](#).
- ⁵⁸ *EuGH*, NZA 2011, [143](#) = NJW 2011, [2343](#).
- ⁵⁹ BAG, NZA 1999, [987](#) = NJW 1999, [3731](#).
- ⁶⁰ *Oberthür*, NZA 2011, [253](#) ([254](#)).
- ⁶¹ v. *Medem*, FD-ArbR 2010, [311744](#).
- ⁶² *Oberthür*, NZA 2011, [253](#) ([257](#)).
- ⁶³ *Meyer/Wilsing*, DB 2011, [341](#) ([342](#)); *Löw*, GmbHR 2010, R 305 (306); *Bauer*, GWR 2010, [586](#); *ErfK/Schlachter*, 11. Aufl. (2011), § 6 AGG Rdnr. 5.
- ⁶⁴ *Reufels/Molle*, NZA-RR 2011, [281](#) ([283](#)).