

# BLICKPUNKT ARBEITSRECHT

18. Februar 2025

Der Geschäftsführer  
zwischen den....



des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts

Prof. Dr. Stefan Nägele  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## ÜBERBLICK

- ◆ Organ- und Anstellungsverhältnis
- ◆ Der Geschäftsführerdienstvertrag
- ◆ Beendigung von Geschäftsführerverhältnissen
- ◆ Haftung
- ◆ Sozialversicherungsrecht
- ◆ Prozessuales



CS187235

## DER GESCHÄFTSFÜHRER\*

Im Restaurant



Im Sinne des § 6 GmbHG



\*Mit der männlichen Form sind alle Geschlechtsidentitäten gemeint.

## 1. ORGANVERHÄLTNIS

Zwei Rechtsverhältnisse: zwingend **Organverhältnis** und daneben (nicht zwingend) ein **Anstellungsverhältnis**

a) Zustandekommen

### **Bestellung**

durch die **Gesellschafterversammlung**, § 46 Nr. 5 GmbHG:

*Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen [...]*

*5. Die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben; [...]*

durch den **Aufsichtsrat**

## 1. ORGANVERHÄLTNIS

Besteht ein **Aufsichtsrat**, ist zu differenzieren:

- ◆ Aufsichtsrat zwingend zuständig, wenn die GmbH dem Mitbestimmungsgesetz unterfällt (§ 31 Abs. 1 MitbestG).
- ◆ Unterfällt die Gesellschaft dem Drittelbeteiligungsgesetz, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung.  
§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweist nicht auf § 31 Abs. 1 MitbestG oder § 84 Abs. 1 AktG.
- ◆ Ein fakultativ installierter Aufsichtsrat ist nur dann zuständig, wenn im Gesellschaftsvertrag die Bestellungs- und Abberufungskompetenz auf den Aufsichtsrat übertragen ist.

**Bekanntgabe** des Bestellungsaktes und **Annahme** des Amtes durch den Geschäftsführer,  
keine Formvorgaben

(OLG München 11. September 2007 – 31 Wx 049/07; OLG Frankfurt 27. Juli 2005 – 20 W 280/05)

## 1. ORGANVERHÄLTNIS

### b) Wirkungen

- ◆ Vertretung der Gesellschaft § 35 Abs. 1 GmbHG
- ◆ Buchführung, Bilanz, Jahresabschluss, Lagebericht §§ 41 – 42a GmbHG
- ◆ Einberufung Gesellschafterversammlungen § 49 Abs. 1 GmbHG
- ◆ Kapitalerhaltungspflicht § 30 GmbHG
- ◆ Antragspflicht im Falle der Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) § 15a InsO
- ◆ Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns § 43 Abs. 1 GmbHG

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### a) Trennungstheorie

D.h., dass beide Rechtsverhältnisse unabhängig nebeneinander stehen und unabhängig voneinander begründet und beendet werden können.

§ 38 Abs. 1 GmbHG:

*Die Bestellung der Geschäftsführer ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüchen aus bestehenden Verträgen.*

(BGH 10. Mai 2010 – II ZR 70/09; BGH 26. Juni 1995 – II ZR 109/94)

Aber: schon die Abberufung einer schwangeren GFin kann als Verstoß gegen das Kündigungsverbot in Art. 10 RL 92/85/EWG zu werten sein (EuGH 11. November 2010 – C-232/09). Hier zu später mehr.

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### b) Rechtsnatur

Dienst- oder Arbeitsverhältnis ?

BGH und BAG sind sich hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrages i.E. einig.

Einzelne Argumente:

- ◆ GF erhält unternehmerische Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG.
- ◆ GF ist im Außenverhältnis unbeschränkt vertretungsberechtigt nach §§ 35 Abs. 1 und 37 Abs. 2 GmbHG.
- ◆ GF steht im Arbeitgeberlager, ist nicht arbeitnehmerähnlich.
- ◆ Auf die sozialrechtliche Zuordnung zum Kreis der versicherungspflichtig Beschäftigten nach § 7 Abs. 1 SGB IV kommt es nicht an.



## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### Urteile

- ◆ BGH 10. Januar 2000 – II ZR 251/98
- ◆ BGH 10. Mai 2010 – II ZR 70/09
- ◆ BGH 7. Dezember 2020 - AnwZ 17/20
- ◆ BGH 25. Oktober 2021 – AnwZ 37/20
- ◆ BAG 21. Januar 2019 – 9 AZB 23/18
- ◆ BAG 08. Februar 2022 – 9 AZB 40/21



Kein Arbeitnehmer nach dieser Rechtsprechung



## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Aber 1:

Europäischer Arbeitnehmerbegriff

- ◆ EuGH 17. März 2021 – C-585/19
- ◆ EuGH 10. September 2015 – C-47/14
- ◆ EuGH 11. November 2010 – C-232/09 (Danosa)

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

*...doch erfüllt ein Mitglied der Unternehmensleitung, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit **nach der Weisung** oder **unter der Aufsicht** eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, dem ersten Anschein nach die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs zu gelten.*

EuGH setzt sich in Widerspruch zu BAG und BGH (im Rahmen seiner Zuständigkeit).

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

BAG 27. April 2021 – 2 AZR 540/20 kontert:

*Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn eine unionsrechtliche Regelung angewandt oder nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss [...] Das allgemeine Kündigungsschutzrecht ist nicht unionsrechtlich determiniert [...] Eine generelle Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH – unabhängig davon, ob ihr Beschäftigungsverhältnis (ausnahmsweise) die Kriterien eines Arbeitsverhältnisses erfüllt – ist entgegen der Ansicht der Revision verfassungsrechtlich nicht geboten.*

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Aber 2:

Arbeitsrechtliche Weisungen sollen ein Arbeitsverhältnis rechtfertigen können, so zumindest die Auffassung des BAG:

*Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände, unter denen der GF seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmt werden.*

- ◆ BAG 8. Februar 2022 – 9 AZB 40/21
- ◆ BAG 21. Januar 2019 – 9 AZB 23/18
- ◆ BAG 24. November 2005 – 2 AZR 614/04
- ◆ BAG 26. Mai 1999 – 5 AZR 664/98

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### Unterschiedliche Weisungsebenen

Gesellschaftsrecht: § 37 Abs. 1 GmbHG

Arbeitsrecht: § 611a Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB; § 106 S. 1 GewO

Ausdrücklich anders: § 76 Abs. 1 AktG: *Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.*

Art. 39 Abs. 1 SEVO: *Das Leitungsorgan führt die Geschäfte der SE in eigener Verantwortung (Dualistisches System)*

Art. 43 Abs. 1 SEVO: *Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SE (Monistisches System)*

Sozialversicherung: § 7 Abs. 1 SGB IV

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Gesellschaftsrechtliche Weisungen:

OLG Düsseldorf 15. November 1984 – 8 U 22/84 unter Verweis auf BGH 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57:

*In der GmbH besteht der Grundsatz der Weisungsabhängigkeit des GF. Der GF ist verpflichtet, Weisungen der Gesellschafter zu befolgen. Weisungen können die Gesellschafter den GFs auch ohne satzungsgemäße Grundlage in jeder beliebigen Angelegenheit der (auch der laufenden) Geschäftsführung und mit jedem beliebigen Inhalt erteilen; dabei ist auch gleichgültig, ob es sich um allgemeine Richtlinien oder um Einzelfallentscheidungen handelt.....Einen weisungsfreien Mindestbereich gibt es nicht.*

Ähnlich:

OLG Sachsen-Anhalt 10. Februar 1999 – 6 U 1566/97

OLG Frankfurt 7. Februar 1997 – 24 U 88/95

OLG Köln 14. Januar 1992 – 25 U 9/91

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Oppenländer/*Trölit*sch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführer, 3. Auflage 2020, § 16

Rn. 17 ff:

*Damit [Anm.: Die Geschäftsführer] unterscheiden sie sich von Vorständen einer Aktiengesellschaft [...]. Einen solchen gesetzlich garantierten Bereich eigenständiger, d. h. weisungsunabhängiger Leitungsautonomie gibt es bei GmbH-Geschäftsführern nicht [...].*

*Umstritten ist, ob den Geschäftsführern unabhängig von der Satzung im Bereich der laufenden Geschäftsführung ein originärer weisungsfreier Bereich zukommt. Insoweit ist zu differenzieren zwischen den allgemeinen rechtlichen Grenzen des Weisungsrechts und der Frage, **ob es im Tagesgeschäft der GmbH einen Kernbereich der Geschäftsführung gibt, der Weisungen nicht zugänglich ist. Letzteres wird mit Recht überwiegend verneint.***

Nach diesem Satz folgt der Hinweis auf eine Fußnote. In der Fußnote finden sich die führenden Kommentare zum GmbH-Recht.

Allgemeine Auffassung: sogar „Zölibatsklausel“ ist wirksam.



## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Deshalb: Ergebnisvorschlag

- ◆ Das Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG erfasst auch die Weisungen, die nach den § 611a Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB und § 106 GewO einem Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zustehen.
- ◆ Die Aufteilung in unternehmerische und tätigkeitsbezogene (Umstände, unter denen der GF seine Leistung zu erbringen hat) Weisungen ist nicht statusrelevant.
- ◆ Der unionsrechtliche AN-Begriff ist deckungsgleich mit dem sozialversicherungsrechtlichen AN-Begriff und nahezu deckungsgleich mit dem arbeitsrechtlichen AN-Begriff
- ◆ Der GF steht im Arbeitgeberlager. Das trifft auch auf leitende Angestellte u. Prokuristen zu. Der GF kann nicht frei als Arbeitgeber agieren, auch insoweit ist er von der Gesellschafterversammlung beherrscht. Deshalb kein signifikanter Unterschied zu leitendem Angestellten.

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS



FremdGF ist AN

Das ist kein Beinbruch, da § 14 Abs. 1 KSchG und § 5 Abs. 1 S.3 ArbGG hiervon nicht betroffen sind.

**Kritik ist erlaubt**

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### c) Faktischer Geschäftsführer

Faktischer Geschäftsführer = derjenige, der die Geschäfte der GmbH führt, obwohl formell nicht oder formell nicht wirksam zum Geschäftsführer bestellt.

(BGH 14. Oktober 2020 – 1 StR 33/19; BGH 16. Januar 2019 – 5 StR 249/18)

Faktischer GF unterliegt allen Pflichten wie ein GF, insb. identische Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Acht Prüfungskriterien für StrohmannGF

- ◆ Bestimmung der Unternehmenspolitik
- ◆ Festlegung der Unternehmensorganisation
- ◆ Einstellung von Mitarbeitern
- ◆ Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
- ◆ Verhandlung mit Kreditgeber
- ◆ Gehaltshöhe
- ◆ Entscheidung der Steuerangelegenheiten
- ◆ Steuerung der Buchhaltung

Sind sechs der acht Kriterien erfüllt, liegt ein faktisches Geschäftsführerverhältnis vor.  
(BGH 23. Januar 2013 – 1 StR 459/12; BayOLG 20. Februar 1997 – 5 StRR 159/96)

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### d) Drittanstellung

z.B. bei:

- ◆ GmbH & Co. KG oder
- ◆ Mutter- und Tochtergesellschaft

Wird das Anstellungsverhältnis mit der anderen Gesellschaft nur aus Anlass der Bestellung zum Geschäftsführer bei der Komplementär GmbH oder der Tochtergesellschaft eingegangen, wird in aller Regel hierdurch kein Arbeitsverhältnis begründet (BGH 14. März 2023 – II ZR 162/21).

Anderes gilt dann, wenn der Geschäftsführer in der Anstellungsgesellschaft weisungsgebundene Dienste gegenüber dieser Gesellschaft erbringt und parallel als Geschäftsführer in der anderen Gesellschaft tätig ist (BGH 08. Januar 2007 – II ZR 267/05; BAG 15. April 1982 – 2 AZR 1101/79)

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Probleme:

- ◆ Organpflichten gegenüber GmbH Vertragspflichten gegenüber Anstellungsgesellschaft (z.B. KG)
- ◆ Bestellungs- und Anstellungskompetenz nicht deckungsgleich
- ◆ Schutzbereich der Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG erstreckt sich auf KG (BGH 22. September 2020 – II ZR 141/19; BGH 14. März 2023 – II ZR 162/21)

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### e) Ruhen des Arbeitsverhältnisses

Arbeitnehmer wird aus seinem bestehenden Arbeitsverhältnis zum Geschäftsführer „befördert“.

Entwicklung der Rechtsprechung:

BAG 09. Mai 1985 – 2 AZR 330/84:

*Wird ein Angestellter einer GmbH zum Geschäftsführer bestellt, ohne dass sich an den Vertragsbedingungen im Übrigen etwas ändert, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das bisherige Arbeitsverhältnis suspendiert und nicht endgültig beendet ist.*

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

BAG 08. Juni 2000 – 2 AZR 207/99:

*Wird ein in leitender Position beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer neu gegründeten GmbH bestellt, die wesentliche Teilaufgaben des Betriebs seines bisherigen Arbeitgebers übernimmt, so wird im Zweifel mit Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben.*

BAG 25. April 2002 – 3 AZR 352/01:

*Im Falle der Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer Gesellschaft ist bei nicht klaren und eindeutigen vertraglichen Vereinbarungen von der Vermutung auszugehen, dass mit Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrages grundsätzlich das ursprüngliche Arbeitsverhältnis sein Ende findet.*

Damit die Vermutungswirkung eingreift, bedarf es des Abschlusses eines schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrages, weil nur auf diese Weise der Anforderung des § 623 BGB Genüge getan wird.



## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### f) Geschäftsführerdienstvertrag

Zuständiges Organ auf Unternehmensseite

**Gesellschafterversammlung** aufgrund Annexkompetenz nach § 46 Nr. 5 GmbHG (BGH 26. März 1984 – II ZR 120/83; BGH 25. März 1991 - II ZR 169/90).

Ggf. **Aufsichtsrat** bei mitbestimmten Gesellschaften

Besteht das Bestellungsorgan (Gesellschafter, Aufsichtsrat) aus mehreren Personen, bedarf es eines wirksamen Beschlusses. Fehlende Beschlussfassungen schlagen auf die abgegebene Willenserklärung durch (BGH 04. November 1968 – II ZR 63/67; BGH 03. Juli 2000 – II ZR 282/98). Der Aufsichtsrat kann bei seiner Willensbildung nicht von seinem Vorsitzenden vertreten werden, sondern bildet seinen Willen durch Beschlussfassung (BGH 17. März 2008 – II ZR 239/06; OLG Karlsruhe 20. März 2024 – 25 U 472/21)

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Fehlt es an einem wirksamen Beschluss des für die Gesellschaft tätigen Organs oder wird der Anstellungsvertrag durch eine nicht berechtigte Person für die Gesellschaft abgeschlossen, ist der Anstellungsvertrag nichtig. Es finden die Regelungen über das fehlerhafte Anstellungsverhältnis Anwendung.

- ◆ sofortige Beendigung
- ◆ keine Rückabwicklung geleisteter Dienste und gezahlter Entgelte

BGH 03. Juli 2000 – II ZR 282/98; BGH 19. Dezember 1988 – II ZR 74/88

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Fremdgeschäftsführer ist Verbraucher i. S. v. § 13 BGB.

Geschäftsführer-Dienstvertrag ist Verbrauchervertrag (BAG 19. Mai 2010 – 5 AZR 253/09).

Relevante Regelungen

- ◆ Arbeitszeit

Geschäftsführer schuldet grundsätzlich seine gesamte Arbeitskraft. Eine Bindung an feste Arbeitszeiten besteht nicht (BGH 07. Dezember 1987 – II ZR 206/87). Der Fremdgeschäftsführer unterfällt dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Aufgrund der Regelungen in Art. 17 Abs. 1 a) RL 2003/88/EG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG dürften weder die unionsrechtlichen noch die nationalen Regelungen zur Arbeitszeit Anwendung finden.

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### ◆ Urlaub

Der Geschäftsführer ist Arbeitnehmer i. S. d. Art. 7 (Jahresurlaub) RL 2003/88/EG mit der Folge, dass die hierauf beruhenden Bestimmungen des BUrlG richtlinienkonform anzuwenden sind (BAG 25. Juli 2023 – 9 AZR 43/22).

Konsequenterweise kann sich der Fremdgeschäftsführer auf die Mitwirkungspflicht, in diesem Fall der Gesellschafterversammlung, berufen. Siehe hierzu EuGH 06. November 2018 – C-6847/16; BAG 20. Dezember 2022 – 9 AZR 245/19; BAG 31. Januar 2023 – 9 AZR 456/20

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Weitere relevante Regelungen

- ◆ Entgeltfortzahlung



Entgeltfortzahlungsg findet auf GF keine Anwendung, § 1 Abs. 2 (*Arbeiter, Angestellte, zur Berufsbildung Beschäftigte*)

Kein Anspruch. Muss im Anstellungsvertrag positiv geregelt sein.

- ◆ Vergütung

Ist frei vereinbar. DCGK findet keine Anwendung.

Verpflichtung zur Herabsetzung bei signifikanter Verschlechterung der Verhältnisse entsprechend § 87 Abs. 2 AktG auf Grundlage organschaftlicher Treuepflicht (BGH 15. Juni 1992 – II ZR 88/91; OLG Naumburg 16. April 2003 – 5 U 12/03).

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

- ◆ Variable Entgeltbestandteile

Short Term Incentive = jährlich wiederkehrendes Bonussystem

Bei unterbliebener Zielvereinbarung: BAG 17. Dezember 2020 – 8 AZR 149/20; BAG 03. Juli 2024 – 10 AZR 171/23

*Der Arbeitgeber verletzt, auch wenn ihm vertraglich nicht die alleinige Initiativlast für den Abschluss einer Zielvereinbarung auferlegt ist, eine vertragliche Nebenpflicht und kann deshalb zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er entgegen der Aufforderung des Arbeitnehmers, mit ihm eine Zielvereinbarung abzuschließen, keine Verhandlungen über die einvernehmliche Festlegung der Ziele aufnimmt und nicht gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nachweist, dass er das Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung nicht zu vertreten hat.*

Ist 1:1 auf GF-Vereinbarung zu übertragen.

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### Long Term Incentive

Bei LTIs handelt es sich regelmäßig um Bonuszahlungen, die an die Geschäftsentwicklung mehrerer Jahre gekoppelt sind.

Häufig werden LTIs durch Konzernobergesellschaften (auch im Ausland) ausgelobt. In diesem Fall zählt der Anspruch aus dem LTI nicht zur vertragsgemäßen Leistung aus dem Anstellungsvertrag (BAG 25. August 2022 – 8 AZR 453/21).

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

- ◆ Vertragliches Wettbewerbsverbot

Geschäftsführer unterliegt während der Zeit des Anstellungsverhältnisses einem Wettbewerbsverbot. Dieses leitet sich nicht aus § 60 HGB ab, sondern aus der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht (BGH 11. Oktober 1976 – II ZR 104/57; BGH 12. Juni 1989 – II ZR 334/87).

Maßgeblich ist der Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft tatsächlich auf allen vorgesehenen Gebieten tätig ist (BGH 05. Dezember 1983 – II ZR 242/82).



## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### ◆ Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Rechtlicher Rahmen nicht §§ 74 ff HGB, sondern § 138 BGB i. V. m. Art. 2 und Art. 12 GG (BGH 28. April 2008 – II ZR 11/07; BGH 15. April 1991 – II ZR 214/89).

Voraussetzungen:

Berechtigtes Interesse des Unternehmens

Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand der Verbotsregelung

BGH greift die Kriterien des § 74 Abs. 2 HGB auf (BGH 30. November 2009 – II ZR 208/08; BGH 18. Juli 2005 – II ZR 159/03; OLG Nürnberg 25. November 2009 – 12 U 681/09).

Anspruch auf Karenzentschädigung nicht zwingend geboten (BGH 26. März 1984 – II ZR 229/83; BGH 04. März 2002 – II ZR 77/00; BGH 28. April 2008 – II ZR 11/07).

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

In der Vereinbarung kann ein General- oder Einzelverweis auf die Regelungen der §§ 74 ff HGB getroffen werden.

Unklar bislang, ob für das Unternehmen günstigere Regelungen bei der Ausübung des Verzichts vereinbart werden können, als in § 75a HGB geregelt (verschiedene Rechtsansichten: OLG Hamm 18. März 1991 – 8 O 277/90; OLG Düsseldorf 22. August 1996 – 6 U 150/95; OLG Köln 04. Februar 2000 – 4 U 37/99).

Weiterführende Literatur:

*Moritz Coché/Lisa Striegler*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Geschäftsführern an der Schnittstelle zwischen BGH und BAG, DB 2024, 2896.

## 2. DAS ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

- ◆ Regelungsfreiheit

BGH 10. Mai 2010 – II ZR 70/09:

*Die rechtliche Einstufung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags als freier Dienstvertrag schließt es aber nicht aus, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen.*

Ebenso: LAG Düsseldorf 07. Dezember 2023 – 3 Ta 273/23

### 3. BEENDIGUNG VON GESCHÄFTSFÜHRERVERHÄLTNISSEN

#### Beendigung von Geschäftsführerverhältnissen

##### a) Organverhältnis

§ 38 Abs. 1 GmbHG:

*Die Bestellung des Geschäftsführers ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Beschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.*

Daraus folgt, dass der GF jederzeit und ohne Gründe von seinem Amt als GF abberufen werden kann.

Grenzen ergeben sich aus der Danosa-Entscheidung des EuGH (11. November 2010 – C-232/09)

### 3. BEENDIGUNG VON GESCHÄFTSFÜHRERVERHÄLTNISSEN

Ausnahme:

§ 31 MitbestG verweist auf die §§ 84 und 85 AktG.

§ 84 Abs. 3 AktG:

*Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein **wichtiger Grund** vorliegt.*

Diese Ausnahmeregelung gilt nicht, wenn ein AR im Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes gebildet ist.

### 3. BEENDIGUNG VON GESCHÄFTSFÜHRERVERHÄLTNISSEN

#### Beendigung von Geschäftsführerverhältnissen

Wichtiger Grund i. S. v. § 84 Abs. 3 AktG

- ◆ Die grobe Pflichtverletzung,
- ◆ die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und
- ◆ der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist.

Im Übrigen hat die Rechtsprechung folgende Sachverhalte als wichtigen Grund für die Abberufung eines Geschäftsführers angesehen:

- ◆ Unzulässige Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen (BGH 17. Oktober 1983 – II ZR 31/83)
- ◆ Beteiligung an strafbaren Handlungen (OLG Celle 27. Januar 2010 – 9 U 38/90)
- ◆ Lang andauernde Krankheit (OLG Zweibrücken 05. Juni 2003 – 4 U 117/02)
- ◆ Fälschen von Rechnungsbelegen (OLG Hamm 25. Juni 2003 – 8 U 172/02)

### 3. BEENDIGUNG VON GESCHÄFTSFÜHRERVERHÄLTNISSEN

Wichtiger Grund nur erforderlich, wenn im Dienstvertrag der Widerruf der Bestellung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt ist oder im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes.

Für die Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund ist die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 nicht zu wahren (OLG Naumburg 21. November 2013 – 1 U 105/13)

Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses

§ 84 Abs. 3 Satz 4 AktG bestimmt, dass der Widerruf der Bestellung eines Vorstands einer AG sofort und so lange wirksam ist, bis die Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wird.

Wegen des Verweises in § 31 Abs. 1 MitbestG gilt dies auch für mitbestimmte GmbHs nach dem MitbestG. Ungeklärt ist die Rechtslage bei der nicht mitbestimmten GmbH oder mitbestimmter GmbH nach dem DrittelbetG.

### 3. BEENDIGUNG VON GESCHÄFTSFÜHRERVERHÄLTNISSEN

Amtsniederlegung durch den GF ist an keine Förmlichkeiten geknüpft.

Ist empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem für die Bestellung zuständigen Organ (BGH 08. Februar 1993 – II ZR 58/92).

Mit Zugang dieser Willenserklärung ist die Amtsniederlegung wirksam.

Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund darf nicht zur Unzeit erfolgen, ansonsten Schadensersatzansprüche (OLG Köln 18. September 1996 – 26 U 4/96).



## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### b) Befristetes Anstellungsverhältnis

Annahme: Der GF ist kein Arbeitnehmer i.S.v. § 3 Abs. 1 TzBfG: Keine Beschränkung beim Abschluss befristeter Dienstverhältnisse nach § 14 TzBfG.

§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG findet keine entsprechende Anwendung. Vorstand kann höchstens auf die Dauer von fünf Jahren bestellt werden. Entsprechendes gilt für die Laufzeit des Anstellungsvertrages.

Befristeter Anstellungsvertrag endet mit Ablauf des nächsten Tages, auf das das Vertragsverhältnis eingegangen ist.

Vorsicht bei Vertragsklauseln, die auf eine Beendigung des Vertragsverhältnisses wegen Erreichen eines bestimmten Lebensalters gerichtet sind. Diskriminierungsgefahr im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG (EuGH 02. Juni 2022 – C-587/20; BGH 26. März 2019 – II ZR 244/17).

Problem der Altersbefristung. GF ist Beschäftigter i.S.d. § 6 Abs. 1 AGG

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### c) Unbefristetes Anstellungsverhältnis

Kündigung unter Beachtung der gesetzlichen/vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist.

Gesetzliche Kündigungsfrist?

§ 621 BGB oder § 622 BGB ?

Für § 622 Abs. 1 und 2 BGB (BGH 09. März 1987 – II ZR 132/86; 26. März 1984 – II ZR 120/83)

Für § 621 BGB (BAG 11. Juli 2020 – 2 AZR 374/19)

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

BGH 05. November 2024 – II ZR 35/23:

*Zutreffend ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, welcher § 621 BGB für einschlägig erachtet, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs widerspricht, wonach auf Geschäftsführer, die keine Mehrheitsgesellschafter sind, die zum Nachteil des Geschäftsführers grundsätzlich nicht abdingbaren (§ 622 Abs. 4, 5 BGB) Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse entsprechend anzuwenden sind, und zwar auch dann, wenn wie hier der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Komplementärin einer Kommanditgesellschaft ist, den Anstellungsvertrag unmittelbar mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen hat.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

*Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. [...] Deshalb ist eine bewusste Wertentscheidung des Gesetzgebers, den persönlichen Anwendungsbereich des § 622 BGB ausschließlich auf Arbeitsverhältnisse zu beschränken, von der das Bundesarbeitsgericht ausgeht, nicht erkennbar.*

*Entgegen der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts hat der Bundesgerichtshof an seiner Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Kündigungsfristengesetzes festgehalten.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### d) Kündigungsgründe

- ◆ § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG:

*Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.*

Negative Fiktion des § 14 Abs. 1 KSchG

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Erstes Problem:

Organstellung zum Zeitpunkt der Kündigung

BAG 21. September 2017 – 2 AZR 865/16:

*[...] Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die organschaftliche Stellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht.*

Rechtsfrage bislang abschließend nicht entschieden.

Zur Vertiefung: *Zaumseil*, Kündigungsschutz von Geschäftsführern einer GmbH & Co. KG, NZA 2024, 1324.

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Zweites Problem:

Unmittelbare Organstellung

Übertragung der Rechtsprechung des BAG zu § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG?

BAG 20. August 2003 – 5 AZB 79/02:

*Der Geschäftsführer der Komplementär GmbH einer KG ist Kraft Gesetzes zur Vertretung dieser Personengesamtheit berufen und gilt daher nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer iSd Arbeitsgerichtsgesetzes.*

Zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist KG, diese wird durch die Komplementär GmbH von Gesetzes wegen vertreten (§§ 161 Abs. 2, 125, 170 HGB, § 35 Abs. 1 GmbHG).

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS



GF ist zur gesetzlichen Vertretung der KG berufen.  
So auch BGH 08. Januar 2007 – II ZR 267/05

Bei anderen Formen der Drittanstellung gilt die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 KSchG nicht.

KSchG ist nicht unionsrechtlich determiniert.

Eine generelle Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

BAG 27. April 2021 – 2 AZR 540/20



## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Drittes Problem

Benachteiligungsverbot

BGH 26. März 2019 – II ZR 244/17

*Das Berufungsgericht hat zutreffend eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers im Sinne von § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 1 AGG bejaht. Die Regelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags räumt der Beklagten ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kläger ein. Damit ist das Kündigungsrecht der Beklagten an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch wird der Kläger wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführers nicht bestehen würde.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Auf unbestimmte Zeit geschlossene Verträge mit Kündigungsfrist nach Gesetz oder Vertrag.

Jedenfalls problematisch, wenn ein jüngerer Nachfolge-GF bestellt wird.

Ausweg:

Im Anstellungsvertrag kann die Anwendbarkeit des ersten Teils des KSchG vereinbart werden.

BGH 10. Mai 2010 – II ZR 70/09

*Die rechtliche Einstufung des Geschäftsführeranstellungsvertrags als freier Dienstvertrag schließt es aber nicht aus, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

*Vertragsinhalt machen. [...] Der Wirksamkeit einer Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen stehen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht entgegen. [...]*

*Auch die Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung nach § 14 Abs. 2 Satz 2, § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist einer modifizierenden Parteivereinbarung zugänglich.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Rechtsmissbrauch

Arbeitnehmer wird zum GF bestellt und nachfolgend gekündigt.

BAG 15. Mai 2013 – 7 AZR 494/11; BAG 18. Juli 2012 – 7 AZR 443/09

*Ein Rechtsmissbrauch ist gegeben, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbarten Weise entgegen dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

### e) Fristlose Kündigung

Es gilt die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Fristbeginn ist die Kenntnis des kündigungsberechtigten Organs  
(Gesellschafterversammlung/Aufsichtsrat)

BGH 05. November 2024 – II ZR 35/23; BGH 02. Juli 2019 – II ZR 155/18

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Exkurs: Ist ein freiwilliger Beirat oder Aufsichtsrat gegründet, dürfen die Gesellschafter auch in den Fällen, in denen Kündigungskompetenz auf den AR/BR übertragen wurde, selbst entscheiden. Wörtlich:

*Die Gesellschafter können auch einzelne Entscheidungen dieses Gremiums mit vertragsändernder Mehrheit ändern. Sie müssen eine Entscheidung des Beirats bzw. Aufsichtsrats aber gar nicht erst abwarten, sondern können mit gesellschaftsvertragsändernder Mehrheit selbst in der Sache entscheiden.*

## 4. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS

Keine Abmahnung

BAG 14. Februar 2000 – II ZR 218/98

*Eine Abmahnung des Klägers war nicht geboten. Das Institut der Abmahnung ist im Arbeitsrecht im Hinblick auf die soziale Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter entwickelt worden. Dieser Schutzgesichtspunkt kann bei Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften nicht ausschlaggebend sein. Sie kennen regelmäßig die ihnen obliegenden Pflichten und sind sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im Klaren.*

## 5. HAFTUNG

### a) Grundsätzliches

Der GF einer GmbH haftet persönlich bei einer Vielzahl von Einzelsachverhalten. Wesentliche Haftungsfelder sind:

- ◆ Die Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG,
- ◆ die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Hauptanwendungsfall ist die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz (Beispiel: InsO)
- ◆ Die Haftung wegen Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten, insbesondere im Kontext des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB, aus der Verletzung steuerrechtlicher Pflichten, Bestimmungen des Umweltschadensgesetzes oder Wasserhaushaltsgesetzes.



## 5. HAFTUNG

### b) Haftung gegenüber der Gesellschaft

Grundlage der Haftung ist § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG:

- (1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.*
- (2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.*

Im Falle der Drittanstellung erstreckt sich der Schutzbereich des § 43 Abs. 2 GmbHG auch auf die Kommanditgesellschaft (BGH 4. März 2023 – II ZR 162/21; BGH 22. September 2020 – II ZR 141/19).

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn die Geschäftsführung auf eine Kommanditisten-GmbH übertragen ist (BGH 14. März 2023 – II ZR 162/21).

## 5. HAFTUNG

### c) Die Organpflichten im Einzelnen

- ◆ Pflicht zur Geschäftsleitung  
Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)

*Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*

Wird im GmbH-Recht entsprechend angewandt (BGH 20. Februar 1995 – II ZR 9/94;  
BGH 19. Juni 2012 – II ZR 243/11)

## 5. HAFTUNG

Risikogeschäfte sind nicht per se pflichtwidrig, sondern nur dann, wenn der GF seine Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt (BGH 21. April 1997 – II ZR 175/95; BGH 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15).

Eine Pflichtverletzung besteht nicht nur bei eigenem Handeln, sondern auch wenn Mitgeschäftsführer oder Mitarbeiter pflichtwidrig handeln (BGH 15. Januar 2013 – II ZR 90/11).

- ◆ Buchführungspflicht § 41 GmbHG
- ◆ Kapitalerhaltungspflicht
- ◆ Berichts- und Informationspflicht §§ 49 Abs. 3, 51a GmbHG

## 5. HAFTUNG

Problem der Darlegungs- und Beweislast

§ 93 Abs. 2 AktG: Beweislastumkehr nach der der Vorstand darlegen und beweisen muss, dass die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet wurde.

Wird auf Schadensersatzansprüche der GmbH gegenüber dem GF entsprechend angewandt (BGH 22. Juni 2021 – II ZR 140/20; BGH 26. November 2007 – II ZR 161/06; BGH 04. November 2002 – II ZR 224/00).

## 5. HAFTUNG

### d) Minimierung des Haftungsrisikos

- ◆ Einwilligung der Gesellschafterversammlung
- ◆ Entlastungsbeschluss (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Entlastung bedeutet Präklusion. Gesellschaft kann Ansprüche gegenüber dem GF nicht mehr geltend machen, soweit diese im Zeitpunkt des Entlastungsbeschlusses bekannt waren oder bei sorgfältiger Prüfung hätten bekannt sein können (BGH 15. April 2014 – II ZR 44/13; BGH 13. März 2012 – II ZR 50/09; BGH 22. September 2000 – II ZR 141/19).  
Anspruch auf Entlastung besteht nicht (BGH 20. Mai 1985 – II ZR 165/84).

## 5. HAFTUNG

Haftungsmilderung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs (BAG 24. Oktober 2018 – 7 ABR 23/17; BAG 13. Dezember 2012 – 8 AZR 432/11; BAG 14. Dezember 2000 – 8 AZR 92/00).

Kommt nicht in Betracht (BGH 25. Juni 2001 – II ZR 38/99; Kammergericht Berlin 09. Oktober 1998 – 14 U 4823/96)

Gegenmeinung (OLG Zweibrücken 18. August 2022 – 4 U 198/21) für den Fall, dass keine spezifisch organschaftliche Pflicht des Geschäftsführers verletzt ist (CEO-Fraud, a.A. LG Stuttgart 13. November 2023 – 33 O 1/23 KfH)

## 5. HAFTUNG

### ◆ Verzicht und Vergleich

Uneingeschränkt zulässig. Es ist Sache der Gesellschafter, darüber zu befinden, ob ein GF wegen Pflichtverletzungen zur Rechenschaft gezogen werden soll oder nicht.

Keine entsprechende Anwendung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG (BGH 18. September 2000 – II ZR 15/99).

## 5. HAFTUNG

- ◆ Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist zulässig (OLG Hamm 08. März 2023 – I-8 U 198/20).

Deshalb auch andere Formen der Beschränkung der Haftung möglich, so z. B. auf eine bestimmte Höhe oder Einbeziehung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches.

- ◆ Abschluss einer D&O-Versicherung wichtig  
Abwehr- und/oder Deckungsschutz ist getrennt zu beurteilen  
Kein Deckungsschutz bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit



## 5. HAFTUNG

### ◆ Vorsicht beim Aufhebungsvertrag

In vielen Aufhebungsverträgen zwischen einer GmbH und ihrem GF findet sich folgende Klausel:

*Mit Abschluss und Erfüllung dieser Vereinbarung sind, soweit gesetzlich zulässig, sämtliche wechselseitigen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis erledigt.*

Richtig:

*Aus dem Dienstverhältnis und **dem Organverhältnis***

## 5. HAFTUNG

### e) Haftung gegenüber Dritten

- ◆ Haftung wegen Insolvenzverschleppung  
Zahlungsunfähigkeit § 64 GmbHG  
Überschuldung § 19 Abs 2 InsO
- ◆ Verletzung von Schutzgesetzen  
§§ 41 ff GmbHG (Buchführungspflicht) offen gelassen BGH 13. April 1994 – II ZR 16/93  
§ 68 GmbH (Gesellschaft befindet sich in Liquidation) ist Schutzgesetz (OLG Frankfurt am Main 18. März 1998 – 13 U 280/96)  
§ 266a StGB, Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt  
Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG (OLG Frankfurt 17. November 2011 – 12 U 33/11)  
  
MiLoG ist kein Schutzgesetz (BAG 30. März 2023 – 8 AZR 120/22)

## 6. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

### a) Eigene Sozialversicherungsangelegenheiten

Fremdgeschäftsführer ist sozialversicherungspflichtig Beschäftigter nach § 7 Abs. 1 SGB IV.

Ein Gesellschafter-GF ist nicht per se Kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern muss, um nicht als anhängig beschäftigt angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der zumindest 50 vH der Anteile am Stammkapital hält oder bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag über eine umfassende, die gesamte unternehmenstätig erfasste Sperrminorität verfügt.

BSG 13. März 2023 – B 12 R 4/21 R

## 6. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Dies betrifft auch Gesellschafter-GF einer Rechtsanwalts GmbH (BSG 28. Juni 2022 – B 12 R 4/20 R). Weisungsabhängige Tätigkeit wird nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist.

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht angenommen (BVerfG 10. November 2022 – BVR 1785/22)

**Vorsicht:** SG Neubrandenburg 10. September 2024 – S 7 BA 7/37:

*Ein Gesellschafter-GF einer aus zwei Personen bestehenden GmbH, der 50 vH der Anteile am Stammkapital hält, ist nur dann selbstständig, wenn ihm gegenüber dem anderen Gesellschafter bei Stimmengleichheit ein im Gesellschaftervertrag verankertes Stichentscheidungsrecht zusteht.*

## 6. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Anspruch auf Kurzarbeitergeld immer dann, wenn GF beitragspflichtig Beschäftigter ist i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV.

SG Kassel 23. Februar 2006 – S 11 AL 1435/03

SG Duisburg 08. September 2005 – S 12 AL 219/04

SG Magdeburg 02. Dezember 2024 – S 20 AL 193/21 und S 20 AL 222/20

Unfallversicherung

GF ist Beschäftigter nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VII im Gegensatz zum Vorstand einer AG (BSG 14. Dezember 1999 – B 2 U 38/98 R; BSG 12. Mai 2020 – B 12 R 11/19 R; BSG 15. Dezember 2020 – B 2 U 4/20 R).

## 6. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

### b) Fremde Sozialversicherungsangelegenheiten

#### § 266a StGB

Wer Sozialversicherungsbeiträge nicht oder nicht ordnungsgemäß abführt, ist strafbar.  
Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren, in besonders schweren Fällen bis zu 10 Jahren.

Die Probleme in der Praxis stecken nicht in der ordnungsgemäßen Abführung der Beiträge, der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer, sondern in der Beschäftigung Dritter, die als nicht beitragspflichtig angesehen werden, tatsächlich jedoch beitragspflichtig sind.

## 7. PROZESSUALES

### a) Rechtsweg

#### § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG

*Als Arbeitnehmer gelten nicht in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind.*

Maßgeblich, ob Organverhältnis besteht. Auf Frage ob Dienst- oder Arbeitsverhältnis, kommt es an dieser Stelle nicht an.

## 7. PROZESSUALES

Grundsatz:

*Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs richtet sich nach den tatsächlichen Umständen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit*

(BAG 03. Dezember 2014 – 10 AZR 98/14)

Für das Eingreifen der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG kam es bis zu der o.g. Entscheidung auf die Umstände zum Zeitpunkt der Klageerhebung an (BAG 15. November 2013 – 10 AZB 28/13; BAG 26. Oktober 2012 – 10 AZB 55/12).

Rechtsprechungsänderung durch

BAG 22. Oktober 2014 – 10 AZB 46/14 und BAG 03. Dezember 2014 – 10 AZB 98/14; BAG 8. September 2015 – 9 AZB 21/15

Jetzt: Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung



## 7. PROZESSUALES

Folge:

Für Verfahren um die Wirksamkeit einer Kündigung eines GF-Anstellungsvertrages hat § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG seine praktische Relevanz verloren.

Verbleibt die Frage, ob der GF Arbeitnehmer ist i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG.

Ein Dienstverhältnis wird durch den Abberufungsakt nicht zum Arbeitsverhältnis und der Organvertreter nicht zum Arbeitnehmer oder zur arbeitnehmerähnlichen Person (BAG 08. Februar 2022 – 9 AZB 40/21; BAG 21. Januar 2019 – 9 AZB 23/18)

GF nicht arbeitnehmerähnliche Person (BAG 08. Februar 2022 – 9 AZB 40/21)

Zuständigkeit nur für sog. Sic-non-Fall gegeben, also wenn der geltend gemachte Anspruch nur dann begründet ist, wenn ein Arbeitsverhältnis gegeben ist.

## 7. PROZESSUALES

Konsequenz:

Keine Zuständigkeit für Anspruch auf Urlaubsabgeltung eines GF

Keine Zuständigkeit für eine Klage gegen eine fristlose Kündigung eines GF

Aber zuständig, wenn GF geltend macht, AN zu sein.

Originäre Zuständigkeit:

Landgericht, dort Kammer für Handelssachen (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG)

Entscheidung durch Vorsitzenden oder voll besetzte Kammer (§ 349 Abs. 3 ZPO)

## 7. PROZESSUALES

Darlegungslast:

Im Haftungsprozess nach § 43 Abs. 2 GmbHG: Siehe Folie Nr. 57 ff

Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zur Begründung des Rechtswegs liegt beim GF

Streitwert im Bestandsschutzverfahren:

Arbeitsgericht: Vierteljahresverdienst (§ 42 Abs. 2 GKG)

Landgericht: bis zum dreifachen Jahresgehalt (§ 42 Abs. 1 GKG)

LETZTE FOLIE

**ENDE**

