

Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

87

Florian Langenbucher

# Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 87

Florian Langenbucher

## Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6656-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0735-0 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung	17
Problemstellung	17
Gang der Darstellung	18
B) Grundlagen des Geschäftsführerverhältnisses	20
I) Trennungstheorie oder Einheitstheorie	21
1. Trennungstheorie	21
2. Einheitstheorie	23
3. Stellungnahme	26
a) Kein anderes Ergebnis nach der Trennungstheorie	28
b) Kein besserer Schutz durch Einheitstheorie	28
c) Einheitliche Abberufungs- und Anstellungskompetenz	29
d) Schwächen der Einheitstheorie	30
4. Ergebnis	31
II) Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses	31
1. Rechtsprechung des BGH	32
2. Rechtsprechung des BAG	33
3. Geschäftsführer kein Arbeitnehmer	34
a) Repräsentantenstellung	35
b) Keine zu Arbeitnehmern vergleichbare Abhängigkeit	36
c) Vorrangprinzip	38
d) Keine Eingliederung	39
e) Unternehmerfunktion	40
f) Gesetzliche Regelungen	40
g) Vergleich zu leitenden Angestellten	41
h) Keine Einzelfallbetrachtung	42
4. Geschäftsführer als Arbeitnehmer	42
a) Repräsentantenstellung irrelevant	45
b) Persönliche Abhängigkeit	46
c) Eingliederung in den Betrieb	48
d) Keine Unternehmerstellung	49
e) Vorrangprinzip	49
f) Gesetzliche Regelungen	50

*Inhaltsverzeichnis*

g) Europarechtliche Einflüsse	51
5. Relevanz des Streits	52
6. Stellungnahme	52
7. Anwendung einzelner Vorschriften und Grundsätze	57
8. Parallelen und Unterschiede zum AG-Vorstandsmitglied	57
III) Ergebnis	57
C) Die Konsequenzen der Abberufung im „Normalfall“	59
I) Voraussetzungen der Abberufung	59
II) Weiterbeschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers	61
1. Arbeitsrechtlicher Beschäftigungsanspruch	62
2. Weiterbeschäftigungsanspruch nach wirksamer Abberufung	63
a) Rechtsprechung	64
b) Grundsätzlich kein Weiterbeschäftigungsanspruch	67
c) Abkehr vom Weiterbeschäftigungsanspruch	70
d) Grundsätzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch	70
e) Unvollkommene Beschäftigungspflicht	74
f) Kein Weiterbeschäftigungsanspruch, aber Befreiung vom Wettbewerbsverbot	75
g) Stellungnahme	76
aa) Beschäftigung als Geschäftsführer	76
bb) Beschäftigung unterhalb der Organebene	76
cc) Erweiterte Auslegung des Anstellungsvertrages	78
dd) Verfassungsrechtliche Korrektur?	79
ee) Befreiung vom Wettbewerbsverbot	82
h) Zwischenergebnis	82
3. Weiterbeschäftigungsanspruch nach unwirksamer Abberufung	83
III) Tätigkeitspflicht des Geschäftsführers	83
1. Rechtsprechung	84
2. Literatur	86
a) Zustimmende Ansichten	86
b) Ablehnende Ansicht	88
c) Vermittelnde Ansichten	92
aa) Einseitige Fortzahlung im Einzelfall unzumutbar	92
bb) Verlust der Organstellung als wichtiger Grund	93
cc) Tätigkeitspflicht durch Vertragsauslegung	95
dd) Tätigkeitspflicht nach Änderungskündigung	96
ee) Tätigkeitspflicht bei gleichrangigem Organ	97



ff) Tätigkeitspflicht in Ausnahmefällen	98
3. Stellungnahme	98
a) Beschränkung durch Anstellungsvertrag	98
b) Umwandlung des Anstellungsvertrages in Arbeitsverhältnis	99
c) Anpassung der anstellungsvertraglichen Pflichten	100
d) Zwischenergebnis	101
e) Schadensminderungspflicht	102
f) Tätigkeitspflicht aus dem Rechtsgedanken der §§ 326 Abs. 2, 615 Satz 2 BGB	102
g) Tätigkeitspflicht in Ausnahmefällen	102
h) Tätigkeitspflicht über eine Änderungskündigung	106
i) Zwischenergebnis	107
IV) Ergebnis zur Beschäftigung nach der Abberufung	108
V) Vergütungsansprüche	108
1. Rechtsgrundlage im GmbHG	110
2. Rechtsgrundlage im BGB	110
a) Annahmeverzug	110
b) Unmöglichkeit	112
aa) Umfang der geschuldeten Tätigkeit / Inhalt des Anstellungsvertrages	113
bb) Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung	115
(1) Rechtsprechung	116
(2) Unmöglichkeit bejahende Ansichten	117
(3) Unmöglichkeit ablehnende Ansichten	119
(4) Abweichende Ansätze	120
(5) Stellungnahme	122
1) Möglichkeit anderer leitender Tätigkeiten	122
2) Möglichkeit der Wiedereinräumung der gesellschaftsrechtlichen Stellung	123
3) Beschäftigungshindernis im Verantwortungsbereich der Gesellschaft	123
4) Kein Berufen auf die Unmöglichkeit aufgrund eigener Verursachung	126
5) Fehlende Mitwirkungshandlung	127
6) Annahmeverzug nach den Abgrenzungskriterien des BAG	128
7) Weitere Ansätze	128

*Inhaltsverzeichnis*

8) Zwischenergebnis	128
(6) Rechtsfolgen	129
(7) Annahmeverzug bei der Möglichkeit der Zuweisung anderer Tätigkeiten	134
c) Zwischenergebnis	137
3. Fortzahlung der Vergütung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB?	137
a) Verantwortlichkeit nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB im Allgemeinen	137
aa) Verletzung von Pflichten	139
(1) Rechtsprechung des BGH	140
(2) Herrschende Lehre	140
(3) Abweichende Literaturansichten	142
(4) Stellungnahme	143
bb) Nichtbeachtung von Obliegenheiten	144
cc) Vertragliche Übernahme eines Beitrags	146
dd) Sphärentheorien	147
ee) Vertragliche Risikoübernahme	148
ff) Zwischenergebnis	152
b) Verantwortlichkeit der Gesellschaft für die aus der Abberufung folgende Unmöglichkeit	152
aa) Grundsätzlich verantwortlich	152
bb) Keine Verantwortlichkeit	155
cc) Stellungnahme	156
c) Ergebnis	159
4. Kürzung des Verzugslohns wegen Ablehnung einer zumutbaren Alternativtätigkeit	159
a) Tätigkeiten unterhalb der Organebene grundsätzlich unzumutbar	161
b) Tätigkeiten unterhalb der Organebene potentiell zumutbar	162
c) Stellungnahme zur potentiellen Zumutbarkeit von Tätigkeiten unterhalb der Organebene	165
d) Vereinbarkeit mit der Ablehnung einer Tätigkeitspflicht	168
aa) Argumente für eine Tätigkeitspflicht	169
bb) Argumente gegen eine Tätigkeitspflicht	170
cc) Stellungnahme	171
e) Grenzen der Zumutbarkeit	172
aa) Restriktive Ansätze	173
bb) Vergleich der Verantwortung	173
cc) Die zu erwartende Arbeitsatmosphäre	174

dd) Einfluss des Verschuldens	174
(1) Niedrigere Zumutbarkeitsschwellen bei Verschulden des Abberufenen	175
(2) Höhere Zumutbarkeitsschwellen bei Verschulden des Abberufenen	176
(3) Keine Berücksichtigung des Verschuldens	178
ee) Zweistufige Ansätze	178
ff) Stellungnahme	181
(1) Konkreter Vergleich der Selbständigkeit und Verantwortung	181
(2) Die zu erwartende Arbeitsatmosphäre	183
(3) Einfluss des Verschuldens	184
(4) Zweistufige Modelle	187
(5) Zwischenergebnis	188
(6) Vereinbarkeit mit Meinungsbild zur Tätigkeitspflicht	189
f) Ergebnis zur Kürzung des Vergütungsanspruchs	192
5. Ergebnis zu den Vergütungsansprüchen	192
VI) Kündigungsrecht des Geschäftsführers	193
D) Möglichkeiten abweichender Vertragsgestaltung	194
I) Grenzen der Vertragsgestaltung	195
II) AGB-Kontrolle	195
1. Gesellschaftsrechtliche Bereichsausnahme	196
2. Geschäftsführer als Verbraucher im Verbraucherkreditrecht	199
a) Rechtsprechung	200
b) Literatur	202
aa) Geschäftsführer als Verbraucher	202
bb) Geschäftsführer kein Verbraucher	205
cc) Differenzierung nach Gesellschafterstellung	208
dd) Geschäftsführer als dritte Kategorie	209
c) Stellungnahme	210
aa) Fremd-Geschäftsführer	210
bb) Gesellschafter-Geschäftsführer	213
cc) Geschäftsführer als dritte Kategorie	216
d) Zwischenergebnis	217
3. Geschäftsführer als Verbraucher bei Abschluss des Anstellungsvertrages	217
a) Rechtsprechung	217

*Inhaltsverzeichnis*

b) Literatur	219
aa) Geschäftsführer als Verbraucher	219
bb) Geschäftsführer als Unternehmer	221
cc) Differenzierung nach Einfluss als Gesellschafter	223
dd) Dritte Kategorie	226
ee) Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zum Verbraucherkreditrecht	227
c) Stellungnahme	228
4. Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts	233
a) Rechtsprechung	233
b) Literatur	234
aa) Keine Anwendung des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB	234
bb) Analoge Anwendung des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB	235
cc) Besonderheiten des Geschäftsführer- Dienstverhältnisses	239
dd) Nur Besonderheiten aus der Doppelrolle	240
c) Stellungnahme	240
5. Zwischenergebnis	244
III) Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten	244
1. Kündigungsfrist	245
a) Rechtsprechung	245
b) Literatur	248
aa) Für eine analoge Anwendung des § 622 BGB	248
(1) Analogie nach dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.08.1969	252
(2) Analogie nach dem Kündigungsfristengesetz vom 07.10.1993	253
(3) Anwendung des § 622 Abs. 2 BGB	255
(4) Zwingend oder dispositiv?	256
(5) Anwendung des § 622 BGB auf beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer	259
bb) Gegen analoge Anwendung des § 622 BGB	259
(1) Keine Analogie nach dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.08.1969	259
(2) Keine Analogie nach dem Kündigungsfristengesetz vom 07.10.1993	261
(3) Weitere Argumente gegen eine Analogie	262
c) Stellungnahme	263
aa) Gesetzeslücke nach dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz	264

bb)	Vergleichbare Interessenlage	265
cc)	Gesetzeslücke nach dem Kündigungsfristengesetz	266
dd)	Anwendung des § 622 Abs. 1 BGB auf den Geschäftsführer mit beherrschendem Einfluss?	267
ee)	Analoge Anwendung des § 622 Abs. 2 BGB?	268
ff)	Zwingend oder dispositiv?	268
d)	Ergebnis	270
2.	Koppelungsklauseln	270
a)	Rechtsprechung	271
b)	Literatur	275
aa)	Koppelung durch Fiktion einer Kündigungserklärung	276
bb)	Koppelung durch Einräumung eines Rechts zur ordentlichen Kündigung	278
cc)	Koppelung durch Einräumung eines Rechts zur außerordentlichen Kündigung	279
dd)	Koppelungsklausel in Form einer auflösenden Bedingung mit Auslaufzeit	281
c)	Begründung der Zulässigkeit	283
d)	Einschränkende Ansichten	285
aa)	Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB	286
(1)	Koppelungsklauseln nicht überraschend	286
(2)	Koppelungsklauseln (potentiell) überraschend	287
1)	Nicht überraschende Koppelungsklauseln	288
2)	Überraschende Koppelungsklauseln	289
(3)	Stellungnahme	292
bb)	Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt	294
cc)	Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB	297
dd)	Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB	298
(1)	Koppelungsklauseln regelmäßig transparent	298
(2)	Strengerer Transparenzmaßstab	299
(3)	Stellungnahme	301
1)	Maßstab der Transparenz	301
2)	Recht zur ordentlichen Kündigung	302
3)	Kündigungsfiktion	303
4)	Auflösende Bedingung	303
(4)	Zusammenfassung	304
ee)	Vereinbarkeit mit dem Trennungsprinzip	304
(1)	Verstoß gegen § 134 BGB i. V. m. § 38 GmbHG	304

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Abweichung vom Trennungsprinzip nicht sittenwidrig	307
(3) Abweichung vom Trennungsprinzip als unangemessene Benachteiligung?	307
ff) Mangelnde Interessenabwägung	308
gg) Abhängigkeit von der Ausgestaltung der Bestellung	309
hh) Fristlos bzw. mit kurzer Frist wirkende Koppelungsklauseln	309
(1) Unvereinbarkeit mit § 626 BGB und § 622 BGB	309
(2) Fristlos wirkende Koppelungsklauseln unangemessen benachteiligend?	313
(3) Stellungnahme	314
(4) Fristlos wirkende Koppelungsklauseln intransparent gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB?	317
1) Recht zur außerordentlichen Kündigung	318
2) Vereinbarung der Abberufung als wichtigem Grund	319
(5) Ergebnis	320
ii) Koppelungsklauseln in befristeten Verträgen oder solchen mit längeren Kündigungsfristen	320
(1) Auslegung von Koppelungsklauseln in befristeten Verträgen	321
(2) Unwirksamkeit aufgrund der Unklarheitenregel	323
(3) Fehlender Schutz vor Willkür	324
(4) Weitere Anforderungen	325
(5) Vereinbarkeit mit § 305c Abs. 1 BGB	326
1) Koppelungsklauseln in langfristigen Verträgen überraschend	326
2) Auch bei befristeten Verträgen nicht unbedingt überraschend	327
3) Stellungnahme	328
(6) Vereinbarkeit mit § 622 Abs. 6 BGB	330
1) Anwendbarkeit des § 622 Abs. 6 BGB auf das Anstellungsverhältnis	330
2) Keine Anwendung des § 622 Abs. 6 BGB	333
3) Stellungnahme	336
(7) Koppelungsklauseln in langfristigen Verträgen unangemessen benachteiligend?	339
1) Meinungsstand	339
2) Stellungnahme	342

(8) Vereinbarkeit mit dem Transparenzgebot	345
1) Meinungsstand	346
2) Stellungnahme	347
a. Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung	348
b. Kündigungsfiktion	349
c. Auflösende Bedingung	350
3) Fazit	350
(9) Wegfall der versprochenen Vergütung	351
(10) Koppelung nur mit wichtigem Grund	351
(11) Keine angemessene Gegenleistung	352
jj) Kompensationsklauseln	352
(1) Meinungsstand	352
(2) Stellungnahme	355
e) Ergebnis	357
3. Wegfall der Vergütung nach der Abberufung	359
a) Abbedingung der Risikoübernahme der Gesellschaft	359
b) Übernahme der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für bestimmte Gründe	362
c) Wegfall der variablen Vergütung	363
aa) Meinungsstand	363
bb) Stellungnahme	365
d) Ergebnis	367
4. Freistellungsklausel	367
5. Tätigkeitspflicht und Weiterbeschäftigungsanspruch	368
a) Erweiterung der geschuldeten Tätigkeit	369
b) Rechtsfolgen der Tätigkeitspflicht	370
aa) Meinungsstand	370
bb) Stellungnahme	372
c) Auswirkungen auf den Weiterbeschäftigungsanspruch	373
aa) Meinungsstand	373
bb) Stellungnahme	375
d) Arbeitsverhältnis	376
aa) Rechtsprechung	376
bb) Literatur	378
cc) Stellungnahme	382
dd) Zwischenergebnis	384
e) Weitere Modalitäten	385
f) Isolierte Vereinbarung eines Weiterbeschäftigungs- anspruchs bzw. einer Tätigkeitspflicht	386

*Inhaltsverzeichnis*

g) Ergebnis	389
6. Modifikation der Anrechnung nach § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB	391
7. Vereinbarung der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes	393
a) Rechtsprechung	394
aa) BGH	394
bb) Entscheidung der Vorinstanz	396
cc) Entscheidung des BGH zum BAT	397
dd) Entscheidung des OLG Hamm	397
b) Literatur	398
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	399
bb) Ablehnende Ansicht	401
cc) Konsequenzen nach der herrschenden Auffassung	403
(1) Erstreckung auf Auflösung nach §§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG	403
(2) Verlust der Organstellung als personenbedingter Kündigungsgrund	406
(3) Abmahnungserfordernis bei verhaltensbedingter Kündigung	407
(4) Betriebsbedingter Kündigungsgrund bei abberufenem Geschäftsführer	408
(5) Weitere Folgen der vereinbarten Geltung des KSchG	409
c) Stellungnahme	410
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	410
bb) Auflösung gegen Abfindung	413
cc) Kündigungsgründe	416
dd) Weitere Folgen der vereinbarten Geltung des KSchG	417
d) Ergebnis	418
8. Befristeter Anstellungsvertrag	419
9. Abfindungszusage	419
IV) Zusammenfassung zu Gestaltungsmöglichkeiten	420
E) Zusammenfassung und Ausblick	424
I) Thesen	424
II) Ausblick	428
Literaturverzeichnis	431