

66. Fachtagung des VKD e.V.

Strategie und Absicherung bei (un)freiwilligem Ausscheiden von Geschäftsführer/innen

Referentin: RAin Susanne Boemke

Boemke und Partner Rechtsanwälte mbB, Leipzig

Boemke und Partner



Rechtsanwälte

Inhalte

1. Kündigungsrechte der Parteien in befristeten und unbefristeten DVen eines/einer GF/in
2. Einzelne Kündigungsgründe
3. Was ist während einer Freistellung zu beachten?
4. Wettbewerbsverbote während Kündigungsfristen/ Freistellungen
5. Möglichkeiten und Grenzen von Abfindungsregelungen
6. Haftung nach Abberufung

Arbeits- oder Dienstverhältnis

- Kündigungsrechte bestimmen sich nach der rechtlichen Einordnung des GF-Anstellungsverhältnisses



- Regelmäßig als **Dienstverhältnis**; BAG v. 11.06.2020, Az.: 2 AZR 374/19

§ 611a BGB

*(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.
[...]*

- GF unterliegt zwar den Weisungen der Gesellschafterversammlung; dies ist aber mit einem arbeitgeberseitigen Weisungsrecht nicht vergleichbar
- ◡ GF ist i.d.R. weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person (nur in extremen Ausnahmefällen)

- Keine Anwendung von Arbeitnehmerschutzregelungen, wie:
 - KSchG, § 14 Abs. 1 S. 1
 - Vorschriften des BGB für Arbeitsverhältnisse, z.B. ordentliche Kündigungsfristen, § 622 BGB
 - TzBfG
- Es gelten die Vorschriften des BGB über Dienstverhältnisse!



Auch bei innerbetrieblichen Aufstieg (vorheriges AV wird beendet und lebt nach Beendigung des GF-Verhältnisses nicht wieder auf); BAG, Urteil v. 05.06.2008, Az.:2 AZR 754/06

- **Tipp:** Überprüfung RSV!



GF-Verhältnisse fallen nicht unter Arbeitsrechtsschutz

Befristet vs. unbefristet

- beide Varianten haben Vor- und Nachteile
- egal ob befristet oder unbefristet:
 - für GF ist seine Absicherung bei Beendigung wichtig
 - Beendigung des Anstellungsverhältnisses ist immer von Organstellung zu trennen
 - Außer bei Kopplungsklauseln (aus Sicht des/der GF nicht zu empfehlen) endet das DV nicht mit Abberufung



- Abberufung, z.B. § 38 GmbHG, bedarf keiner besonderen Begründung und kann jederzeit erfolgen
- Kündigung des Anstellungsverhältnisses unter Beachtung einer ordentlichen Kdg.-Frist oder nur außerordentlich (Vorliegen eines wichtigen Grundes nötig, § 626 BGB) möglich

Befristet

- nach Gesetz kein ordentliches Kdg.-Recht, § 620 BGB



- müsste vertraglich ausdrücklich vereinbart werden, § 620 Abs. 2 BGB
- Ausnahme Insolvenz, 113 InsO = 3-Monatsfrist
- Ansonsten nur außerordentlich mit wichtigem Grund kündbar
- Sicherheit für die Dauer der Befristung
- Aber: möchte GF kündigen, gilt dies auch für ihn/sie
- **Tipp:** wenn mgl., Vereinbarung eines ordentlichen Kdg.-Rechts während der Befristung nur für GF



Unbefristet

- Abschluss auf unbestimmte Zeit
- Oft aber zusätzlich befristet auf das Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze bzw. Bezug von ungekürzter Altersrente
- Gesetzlich ordentliches Kündigungsrecht
- Unabhängig hiervon außerordentliches Kündigungsrecht
- Nachteil eines unbefristeten DV: DV kann jederzeit ordentlich gekündigt werden; ohne besondere Gründe und damit ohne den besonderen Schutz, den AN haben

- Ordentliche Kündigungsfristen nach § 622 BGB, wenn keine besondere Kündigungsfrist vereinbart:

Betriebszugehörigkeit	Kündigungsfrist bis zum Ende eines Kalendermonats
< 2 Jahre	4 Wochen
≥ 2 Jahre	1 Monat
≥ 5 Jahre	2 Monate



sehr kurze Kündigungsfristen



Tipp:

- möglichst lange Kündigungsfristen vereinbaren (üblich sechs Monate, zum Ende des Monats oder des Quartals)
- Ordentliches Kündigungsrecht (teilweise) ausschließen, z.B. für einen gewissen Zeitraum

Kündigungsgründe nach § 626 BGB

- Für ordentliche Kdg. bedarf es keines Grundes (anders als im Arbeitsverhältnis)
- Für außerordentliche Kdg. bedarf es eines wichtigen Grundes (zweistufige Prüfung); § 626 BGB:
 - Insolvenzverschleppung
 - Handeln im ständigen Widerspruch zu rechtmäßigen Weisungen der Gesellschafter
 - Bereicherungen zu Lasten der Gesellschaft, wie unberechtigte Spesenabrechnung oder Untreue
 - grob fahrlässiges Verhalten bei der Aufstellung des Jahresabschlusses, welches zu erheblichen Nachteilen für die GmbH führt
 - Überschreiten der GF-Befugnis (mit Gewicht)
 - (Verdacht von) Straftaten, auch außerdienstlich
 - Verweigerung v. berechtigtem Auskunftsverlangen der Gesellschafter bzw. Unterlassen von Information

- Kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kdg. ist:
 - Abberufung als GF (aber f. GF ein außerordentl. Kdg.-Recht)
 - wirtschaftlicher Misserfolg oder Nichterreichen von Umsatzzielen (außer bei schuldhafter Verursachung, z.B. Spekulation)
 - Insolvenz
 - Generell rechtfertigen wirtschaftliche bzw. sonstige unternehmensbezogene Gründen nur ausnahmsweise eine außerordentl. Kdg.
 - Wegfall der Organstellung durch z.B. Fusion/Verschmelzung
 - Vertrauensentzug durch die Gesellschafter (nur wenn eine normale Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist und der/die abberufene GF/in wesentlich zum Zerwürfnis beigetragen hat)
 - Erkrankung auch über längeren Zeitraum, z.B. 6 Monate

Beachte:

Vielfach ausgesprochene außerordentliche Kdg. wegen Zerstörung bzw. Wegfall des Vertrauensverhältnisses ist fast immer unwirksam!

Hürden einer außerordentlichen Kdg.

- Gesellschafterversammlung/AR müssen einen wirksamen Beschluss über die Kündigung fassen, § 46 Nr. 5 GmbHG
- 
- Kündigungsvoraus. = Unwirksamkeit der Kdg., wenn Beschluss nicht alle formalen Voraus. erfüllt
 - Kdg-Erklärungsfrist von 2 Wochen des § 626 Abs. 2 BGB muss gewahrt sein (Beginn bei Kenntnis der Gesellschafterversammlung bzw. AR)
 - „Echter“ wichtiger Grund muss vorliegen (aber kein Abmahnungserfordernis)
 - Aber: kein Anhörungsrecht/-pflicht des GF vor Ausspruch der Kdg., außer bei Verdachtskdg.
 - Keine gesetzliche Schriftform, aber eventl. vertraglich
 - Nachweis des Zugangs (innerhalb der 2 Wochen des § 626 Abs. 2 BGB)

Freistellung

- nach der Abberufung besteht das DV fort mit Führungsaufgaben unterhalb der Organebene
- Aber regelmäßig Freistellung (für die Dauer der ordentl. Kdg.-Frist oder bis Ende der Befristung)
- Wechselseitige Pflichten bleiben vom Grundsatz her erhalten
- Ungekürzter Vergütungsanspruch
- Anspruch auf Urlaub läuft weiter

Freistellung



widerruflich

jederzeit Anordnung
v. Arbeit mgl.

keine Anrechnung v.
Urlaub mgl.

Wettbewerbsverbot, § 60
HGB, gilt

Aber: Anrechnung von
Zwischenverdienst,
§ 615 S. 2 BGB

unwiderruflich

kein Rückruf mgl.

keine Verpflichtung zur
Arbeitsleistung

Anrechnung v. Urlaub
durch Erklärung mgl.

Wettbewerbsverbot, § 60
HGB, gilt i.d.R.

i.d.R. keine Anrechnung
von Zwischenverdienst,
§ 615 S. 2 BGB

Wettbewerbsverbot während Freistellung

- Auch während Freistellung besteht Wettbewerbsverbot gem. § 60 HGB bis zum Ende des DV fort
- Ausnahme bei Freistellung unter Anrechnung v. Zwischenverdienst, gem. § 615 S. 2 BGB oder ausdrücklichem Verzicht; BAG, Urteil v. 06.09.2006, Az.: 5 AZR 703/05
- bei Konkurrenzfähigkeit kann Gesellschaft auf Unterlassung klagen, auch im Rahmen einer e.V.
- Forderung/Klage u.U. auf Schadensersatz (materieller Schaden muss aber nachgewiesen werden)
- Aber: Es muss Konkurrenzfähigkeit sein (örtlich und inhaltlich)



nicht jede Tätigkeit ist verboten

Abfindungsregelungen

- Abfindungen können finanzielles Risiko bei unfreiwilliger Beendigung des DV etwas abmildern
- Vereinbarung in DV oder Aufhebungsvertrag notwendig
- Abfindungsregelung nicht für den Fall der wirksamen außerordentlichen Kündigung möglich, da sonst unzumutbare Erschwerung des fristlosen Kündigungsrechts; BGH, Urteil v. 17.03.2008, Az.: II ZR 239/06
- Bei einer Vereinbarung über eine Abfindung sollte geregelt werden:
 - Mindestabfindung
 - Höchstabfindung
 - oder Einmalbetrag, z. B. i. H. v. 50 % der sich für 3 Jahre ergebenden Jahresgesamtvergütung
 - Fälligkeit
 - Verrerbbarkeit
 - Anrechnung von anderweitigen Einkünften

Strategie nach Ausspruch einer Kdg.

- Sichern Sie sich ab!
- Gerichtliches Vorgehen gegen Kdg. beim LG (keine 3-Wochen-Frist wie im AV)
- Sie müssen Ihre Arbeitsleistung nicht anbieten
- Und/Oder Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit Regelungen zu:
 - Höhe der fortzuzahlenden Vergütung
 - Unwiderrufliche Freistellung
 - Verzicht auf Wettbewerbsverbot
 - Keine Anrechnung von Zwischenverdienst
 - Abfindungszahlung
 - Turbo-/Sprinterklausel
 - Nutzung Dienstwagen bis Ende des DV oder finanzieller Ausgleich
 - Eventl. Sprachregelung

Problematik Haftung beim Ausscheiden

- GF hat keinen Anspruch auf Entlastung, § 46 Nr. 5 GmbHG (auch nicht einklagbar)
 - Eher üblich, dass zunächst keine Entlastung erteilt wird
 - Gesellschafterversammlung/Aufsichtsrat darf diese aus Fürsorgepflicht der Gesellschaft ggü. auch noch nicht erteilen, bis nicht abschließend alle Angelegenheiten für das jeweilige Geschäftsjahr geklärt sind
 - Fehlende Entlastung ist noch keine Aussage über mgl. Haftung und schon gar nicht über berechnete Schadenersatzansprüche
-  • In Ruhe abwarten!

- Haftung endet mit Abberufung trotz noch nicht stattgefundener Austragung aus dem jeweiligen Register



- sowohl strafrechtlich als auch im OrdnungswidrigkeitenR als auch deliktisch (§§ 823 ff. BGB)
- nicht nur für eigenes Tun, sondern auch aus Garantenstellung wegen Unterlassen
- Unabhängig hiervon: Grundsatz im ZivilR von der Dominanz der Innenhaftung (§ 43 Abs. 1 und 2 GmbHG) und der Außenhaftung durch die Gesellschaft

- Haftung bleibt aber bestehen für sämtliche Ansprüche, welche auf Verschulden (durch Tun oder Unterlassen des/der GF/in) bis Abberufung entstanden sind



- Ggü. Gesellschaft Verjährung innerhalb von 5 Jahren, § 43 Abs. 4 GmbHG
- Beginnt mit Entstehung des Anspruchs
- Unabhängig von Kenntnis der Gesellschafterversammlung oder des AR
- Ggü. Dritten aus ZivilR Verjährung innerhalb von 3 Jahren, § 195 BGB bzw. 10 Jahren bei Schadensersatz, § 199 Abs. 3 BGB
- Im StrafR/OrdnungswidrigkeitenR Verjährung je nach Delikt; i.d.R. 5 Jahre im StrafR, § 78 Abs. 3 Ziff. 4 StGB und bis zu 3 Jahren nach § 31 OWiG

- **Wichtig:**

- optimale Absicherung durch Haftpflicht und D § 0-Versicherung (inkl. Strafrechtsschutz)
- Regelungen zur Haftungserleichterung im DV



nur Haftung bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz;

alt., Anwendung der Grundsätze der AN-Haftung

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Boemke und Partner  Rechtsanwälte

Kontakt und weitere Informationen unter:
www.boemke-partner.de