Die rufschädigende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses eines GmbH-Geschäftsführers

Von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der
Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen
zur Erlangung des akademischen Grades einer Doktorin der
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften genehmigte Dissertation

vorgelegt von

Konstantina Ntzemou

Berichter: Univ.-Prof. Dr. jur. Christian Huber
Hon.-Prof. Dr. jur. Christoph Terbrack

Tag der mündlichen Prüfung: 16.08.2021

Diese Dissertation ist auf den Internetseiten der Universitätsbibliothek online verfügbar.

Mein besonderer Dank gilt:

Herrn Prof. Dr. Christian Huber für die wohlwollende Betreuung und Kritik bei der Erarbeitung und Fertigstellung der Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Christoph Terbrack für die konstruktive Teilhabe an der mündlichen Doktorprüfung.

Herrn Paul Schultess, der meine Arbeit durch seine Anregungen und produktiven Gespräche beeinflusst hat.

Herrn Prof. Dr. Ingo Reuter und Frau Christina Schulze für die Durchsicht der Arbeit.

Meinem Ehemann Panagiotis Angelopoulos für seine Geduld und Liebe.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis I
Abbildungsverzeichnis VII

Einleitung 1
1. Teil: Die Stellung des Geschäftsführers in der GmbH 2
I. Die Trennung zwischen Anstellungs- und Organverhältnis 2
1. Das Organverhältnis – eine Vorbemerkung 2
2. Das Anstellungsverhältnis 3
3. Das Trennungsprinzip 4
3.1. Die Trennungstheorie 4
3.2. Die Vorrangtheorie 6
3.3. Die Einheitstheorie 7
3.4. Zwischenfazit 7
4. Die Auswirkungen der Vorrangtheorie auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses – eine Zusammenfassung und ein Ausblick . 9
1. Vorbemerkung 11
2. Die unternehmerische und die rechtlich gebundene Entscheidung 12
2.1. Der Pflichtenkatalog des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG 14
2.1.1. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Organverhältnis 14
2.1.1.1. Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung und die Legalitätspflicht 15
2.1.1.2. Die interne Pflichtenbindung 16
2.1.1.3. Die externe Pflichtenbindung 18
2.1.1.4. Die Treuepflicht des Geschäftsführers 20
2.1.1.4.1. Das Verbot der eigennützigen Ausnutzung der Organstellung 21
2.1.1.4.2. Die Verschwiegenheitspflicht des Geschäftsführers 21
2.1.2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Pflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG 22
2.2. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Anstellungsverhältnis 22
2.3. Zwischenfazit 24
3. Die unternehmerische Entscheidung im Mittelpunkt des unternehmerischen Wirkens des Geschäftsführers 24
3.1. Der Beurteilungsspielraum 25
3.2. Der Ermessensspielraum 25
3.3 Juristische Überprüfungsmöglichkeit einer unternehmerischen Entscheidung: Die Business Judgement Rule im deutschen Recht 26
4. Zusammenfassendes Zwischenfazit 30
III. Die Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses 32
1. Vorbemerkung 32

2. Der Geschäftsführer als Dienstverpflichteter 34
3. Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer 35
3.1. Die Ansicht des BAG 36
3.1.1. Sonderstellung: Der Gesellschaftereschäftsführer und der Gesellschafter-Geschäftsführer mit maßgeblichen Einfluss 37
3.1.2. Sonderstellung: Der Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung ohne maßgeblichen Einfluss und der Fremdeschäftsführer 38
3.2. Die Ansicht der Sozialgerichte 39
3.3. Parallelwertung: Vorstandsmitglieder einer AG als Arbeitnehmer? 41
3.4. Der unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff 42
3.4.1. Leitungsorgane einer Gesellschaft als Arbeitnehmer nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff 44
3.4.2. Zwischenfazit 46
3.5. Die Auswirkungen des Arbeitnehmerbegriffs nach § 611a BGB auf die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages von Leitungsorganen als Dienst- oder Arbeitsvertrag 47
3.6. Stellungnahme 49
IV. Zwischenergebnis zu Teil 1 56
2. Teil: Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers im Fokus arbeitsrechtlicher Normen 58
I. Die Anwendung des KSchG auf das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers 58
1. Vorbemerkungen 58
2. Allgemeine Voraussetzungen für eine analoge Anwendbarkeit des KSchG auf GmbH-Geschäftsführer 59
2.1. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke 59
2.2. Die Voraussetzung der Rechtsähnlichkeit 60
2.3. Die analoge Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Kündigungsschutzvorschriften – eine Subsumtion 60
2.4. Kein Widerspruch gegen gesellschaftsrechtliche Normen und Grundgedanken – eine Subsumtion 60
2.5. Zwischenfazit 63
3. Vertragliche Vereinbarung des gesetzlichen Kündigungsschutzes 64
4. Abfindungsklauseln als ausreichende Reaktionsmöglichkeit auf eine rechtswidrig ausgesprochene Kündigung? 68
5. Zwischenfazit 71
II. Die Tatbestände der §§ 620 ff. BGB im Fokus des Gesellschaftsrechts 72
1. Vorbemerkungen 72
2. Grundlegende Anforderungen des formellen Verfahrens 74
2.1. Zuständigkeit 74
2.2. Verfahren und Form 75

2.2.1. Beschluss 75
2.2.2. Erklärung 76
2.2.3. Form und Begründung 76
2.2.4. Die Anwendung des § 623 BGB 77
2.3. Der Sonderfall der Koppelung von Widerruf der Organstellung und Kündigung des Anstellungsvertrages durch Koppelungsklauseln 78
3. Die ordentliche Kündigung 80
3.1. Vorbemerkungen 80
3.2. Widerruf der Organstellung als Voraussetzung für die fristgebundene ordentliche Kündigung 81
3.3. Maßgebliche Kündigungsfrist 83
3.3.1. § 622 BGB als Schutzvorschrift 83
3.3.2. Zwischenfazit 85
3.4. Die Einführung einer Interessenabwägung bei der ordentlichen Kündigung? 86
3.5. Entkräftung denkbarer Kritik 86
4. Zwischenfazit 87
5. Die außerordentliche Kündigung 88
5.1. Vorbemerkungen 88
5.2. Widerruf nach § 38 Abs. 1 GmbHG als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB 89
5.3. Der Sonderfall der satzungsmäßigen Koppelung von Widerruf aus wichtigem Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und außerordentlicher Kündigung 91
5.4. Das Abmahnungserfordernis 93
5.5. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB 96
5.6. Interessenabwägung im Einzelfall 97
5.7. Die Fallgruppen zum wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB 98
5.7.1. Betriebsbedingte Kündigungsgründe 99
5.7.2. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe – Pflichtverletzungen 101
5.7.3. Personenbedingte Kündigungsgründe 102
5.7.3.1. Schädigung der Gesellschaft durch eine nachträglich erkennbare Fehlentscheidung im Rahmen des unternehmerischen Ermessens-spielraums 104
5.7.3.2. Die Gefahr der Rückschaufehler 105
III. Zwischenergebnis zu Teil 2 109
I. Die unternehmerische Fehlentscheidung als Kündigungsgrund 110
1. Vorbemerkung 110
2. Das Entscheidungsumfeld 110
1. Vorbemerkung 111
2. Die rechtlich gebundene Fehlentscheidung 111
3. Die unternehmerische Fehlentscheidung 112

3.1. Die maßgebliche Betrachtungsperspektive 112
3.2. Die Beurteilungskriterien 114
3.3. Die Anwendungsvoraussetzungen der BusinessJudgement Rule 114
3.3.1. Handeln „zum Wohle der Gesellschaft“ 116
3.3.2. „Handeln auf der Grundlage angemessener Information“ 117
3.3.3. „Vernünftigerweise annehmen dürfen“ 118
3.3.4. Keine Ausschlussgründe 119
4. Die BusinessJudgement Rule als Kündigungsschranke 120
5. Beweislast 123
6. Praxishinweis 124
III. Zwischenergebnis Teil 3 125
4. Teil: Die rufschädigende Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages 128
I. Reaktionsmöglichkeiten des Geschäftsführers auf eine unberechtigt ausgesprochene Kündigung des Anstellungsvertrages 128
1. Vorbemerkung 128
2. Der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 130
3.1. Der Einfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB 134
3.2. Rechtswidrigkeit einer außerordentlichen Kündigung aufgrund unzureichender Berücksichtigung der Interessen des Geschäftsführers im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB 134
4. Zwischenfazit 136
5.2. Die Überprüfung der ordentlichen Kündigung anhand der Generalklausel des § 242 BGB 137
5.3. Inhalt des „Kündigungsschutzes“ § 242 BGB 138
5.4. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen „Treu und Glauben“ 140
5.5. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung wegen Verstoßes gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs 143
5.5.1. Das Rechtsmissbrauchsverbot und das Gebot nach Treu und Glauben zu handeln 144
5.5.1.1. Individueller Rechtsmissbrauch 144
5.5.1.2. Institutioneller Rechtsmissbrauch 145
5.5.2. Paralleler Fall: Kündigung von Absatzmittlungsverträgen 145
5.5.3. Einordnung des Kündigungsverhaltens der Gesellschaft 146
5.5.3.1. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer von der Gesellschaft *konkret* gebilligten unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung ... 147

5.5.3.2. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung wegen Verstoßes gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung aus Anlass einer von der *allgemeinen Unternehmenspolitik* gebilligten unternehmerischen Entscheidung 148

5.5.4. Zwischenfazit 150

5.5.5. Das Prinzip des venire contra factum proprium 151

5.5.5.2. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Gebot des venire contra factum proprium 154

5.6. Zwischenfazit 154

5.7. Rechtswidrigkeit einer ordentlichen Kündigung aufgrund Verstoßes gegen § 242 BGB wegen unzureichender Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts 155

5.8. Zusammenfassendes Zwischenfazit 156

II. Zwischenergebnis 157

III. Das Image einer Person und der Ehrenschutz des llgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen des Delikts- und Vertragsrechts 157

1. Vorbemerkung 157

2. Das Image einer Person und das Persönlichkeitsbild nach *Beuthien* 159

3. Zwischenfazit Das Berufsbild als Persönlichkeitsteilbild 161

4. Das Image in der juristischen Literatur 161

5. Die berufliche Ehre als Persönlichkeitsbild in der Rechtsprechung 163

5.1. Die Leserbrief-Entscheidung 164

5.2. Die Mephisto-Entscheidung 165

6. Zwischenfazit 166

7. Die berufliche Ehre als Ausfluss der Berufsausübungsfreiheit? ... 168

IV. Die Einbettung des Images und des Berufsbilds in die Systematik der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB) 169

1. Der Persönlichkeitsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB) 169

1.1. Rechtswidrigkeit des Eingriffs 170

1.2. Verschulden 171

1.3. Rechtsfolgen 172

2. Die Verletzung von Image und Berufsbild einer Person als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB) Anforderungen an eine Ehrverletzung 173

2.1. Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung 175

2.2. Der Ausspruch einer Kündigung als das Image und das Berufsbild einer Person schädigenden Handlung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts 176

2.2.1. Der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung als eine die Ehre und das Image verletzende Handlung 179

2.2.2. Der Ausspruch einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung als eine die Ehre und das Image verletzende Handlung 180

3. Folgeansprüche - Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB 181

3.1. Darlegungs- und Beweislast 182

3.2. Bemessungsfaktoren 183

3.3. Nachteil für das Fortkommen nach § 842 BGB 183

3.4. Beweislast 185

4. Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff StGB 186

5. Zwischenfazit 186

1. Vorbemerkung 187

1.1. Ausspruch einer unberechtigten Kündigung als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB 188

1.2. Entkräftung denkbarer Kritik 191

2. Schadensersatz aus §§ 611 Abs. 1, 241 Abs. 2, 242, 280 Abs. 1 BGB 191

3. Verschulden 191

VI. Zwischenergebnis zu Teil 5 192

5. Teil: Ergebnis **194**

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (juristische Fachzeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
APS	Ascheid/Preis/Schmidt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
Az.	Aktenzeichen
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Bd.	Band
BeckOK	Beck-Online Kommentar
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
DB	Der Betrieb

Del. Ch	Delaware Chancery Reports (Berichte über Fälle, über die der Court of Chancery entschieden hat und über Berufungen beim Supreme Court of Delaware)
ders.	derselbe
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ErfkArbR	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	folgende (Seite)
ff	folgende (Seiten)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.A.	herrschende Ansicht
Halbs.	Halbsatz
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar-Bürgerliches Gesetzbuch
HK	Handkommentar
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int´l, Inc.,	International Corporation
J. Applied Psychol.	Journal of Applied Psychology (Fachzeitschrift im Bereich der Psychologie)
J. Experimental Psychol.	Journal of Applied Psychology (Fachzeitschrift im Bereich der Psychologie
JA	Juristische Ausbildung
jurisPK	juris PraxisKommentar
jurisPK-BGB	juris PraxisKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
Komm.	Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera
m.	mit
m. Anm.	mit Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MHdb.	Münchener Handbuch
MHdb. ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MHLS	Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MüKo	Münchener Kommentar
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift – Spezial
NK	NomosKommentar
NK-BGB	NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OK	Onlinekommentar
OLG	Oberlandesgericht
Psych. Bull.	Psychological Bulletin (Fachzeitschrift im Bereich der Psychologie)
r+s	recht+schaden
RdA	Recht der Arbeit
RegBegr.	Regierungsbegründung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RVA	Reichsversicherungsamt
Rz.	Randzahl, Randziffer
S.	Satz
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SIA	GmbH im lettischen Recht
sog.	sogenannt
Sonderbeil.	Sonderbeilage
SozR	Sozialrecht
St. Rspr.; st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung, ständige Rechtsprechung
St.; st.	Ständige
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u.a.	und andere; unter anderem
u.U.	unter Umständen
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.09.2005
US	United States
v.	versus
VermBG	Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer
Vgl., vgl.	Vergleiche, vergleiche
VO	Verordnung
VO/EWG	Verordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Vorb.	Vorbemerkung
VRR	Verkehrsrechtsreport
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Schweiz)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Im Zuge der globalen Finanzkrise erhielten die Diskussion um das Selbstverständnis und die Verantwortung von Leitungsorganen ein beträchtliches Maß an Aufmerksamkeit. Insbesondere Geschäftsleiter größerer Unternehmen sind hinsichtlich ihrer persönlichen Haftung für unternehmerische Misserfolg und für persönliche Versäumnisse zu einem beliebten Diskursthema und Angriffsziel in der medialen Öffentlichkeit geworden. Nicht selten werden Geschäftsführer durch ihre Tätigkeit für führende Unternehmen in einschlägigen Kreisen mit dem Namen jenes Unternehmens identifiziert, sodass unternehmerischer Erfolg und Misserfolg mit der Person des Geschäftsführers verknüpft werden. Das berufliche Fortkommen eines Geschäftsführers steht und fällt mit der Tätigkeit in einem Unternehmen. Die Geschäftsführerposition in Unternehmen ist auf doppelte Weise gekennzeichnet: Hat die Gesellschaft durch das unternehmerische Handeln des Geschäftsführers Erfolg, spiegelt sich dies im Marktwert des Geschäftsführers wider. Umgekehrt sinkt sein Marktwert mit den Misserfolgen des von ihm geleiteten Unternehmens.
Die Gesellschaft reagiert hierauf oftmals mit der Abberufung des Geschäftsführers von seinem Amt. Daneben spricht sie eine Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses aus, ohne überhaupt das Vorliegen einer unternehmerischen Fehlentscheidung des Geschäftsführers geprüft zu haben und nachweisen zu können.

Angesichts der Tatsache, dass die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers nach § 35 GmbHG jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist möglich ist und auch die ordentliche Kündigung des zugrunde liegenden Anstellungsvertrages wegen der Unanwendbarkeit des Kündigungs-schutzgesetzes keiner Gründe bedarf, sind GmbH-Geschäftsführer „kündigungsrechtliches Freiwild“.[1] In der freien Wirtschaft kommt es nicht selten vor, dass Arbeitgeber oder, in diesem Fall, die Gesellschaft aus mehr oder weniger „konstruierten“ Gründen sogar fristlos kündigen. Dies hat oftmals fatale Folgen für den weiteren beruflichen Werdegang des Geschäftsführers.

[1] Der Begriff geht zurück auf *Bauer/Diller*, GmbHR 1998, 809; *Diller*, NZG 2011, 254; *Stagat*, NZA 2010, 975; zur Problematik siehe auch *Miller,* ZIP 1981, 578, 580.

Der Verlust einer solchen Position zeitigt nicht selten die öffentliche Diskreditierung und einen damit einhergehenden Reputationsverlust.

Das Ziel dieser Dissertation ist es, rechtliche Reaktionsmöglichkeiten gegen willkürlich ausgesprochene Geschäftsführerkündigungen zu entwickeln. Es werden Überlegungen angestellt, ob und welche Kündigungsschranken hier anwendbar sind und ob sich daraus Maßnahmen des Geschäftsführers gegen unberechtigte Kündigungen herleiten lassen.

1. Teil: Die Stellung des Geschäftsführers in der GmbH

I. Die Trennung zwischen Anstellungs- und Organverhältnis

1. Das Organverhältnis – eine Vorbemerkung

Der GmbH-Geschäftsführer nimmt eine Doppelstellung als Organ der Gesellschaft einerseits und Angestellter bzw. Dienstnehmer der Gesellschaft andererseits ein.[2]

Die Organstellung des Geschäftsführers, aufgrund der er die Gesellschaft nach außen im gesamten Rechts- und Geschäftsverkehr vertritt, wird ihm durch die Bestellung verliehen. Anders als die Erteilung einer Prokura nach § 48 Abs. 1 HGB, die eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist und zu ihrer Wirksamkeit lediglich den Zugang beim Empfänger voraussetzt, handelt es sich bei der Bestellung zum Geschäftsführer um einen internen Akt der Willensbildung, der der rechtsgeschäftlichen Umsetzung gegenüber dem Bestellten bedarf – vornehmlich durch Bestellungsangebot an den Geschäftsführer und dessen Annahme.[3] Unabhängig von einer ohnehin nur deklaratorischen Eintragung im Handelsregister ist diese mit ihrer Annahme durch den Geschäftsführer sofort wirksam. Durch die Bestellung des Geschäftsführers wird dieser in sein Amt berufen und dessen organschaftlichen Rechte und Pflichten sowie dessen organschaftliche Vertretungsmacht werden

---

[2] *Trölitzsch,* in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 11 Rn. 4.

[3] BGH GmbHR 1973, 279, 280.

begründet.[4] Schon mit seiner Bestellung ist der Geschäftsführer folglich verpflichtet, sein Amt und die sich hieraus ergebenden Pflichten auszuüben.[5][6]
Die Bestellung erfolgt in der Regel durch einen gesonderten Beschluss der Gesellschafterversammlung (§§ 46 Nr. 5, 47 Abs. 1 GmbHG). Daneben ist auch eine Bestellung in der Satzung (§ 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG) möglich.
Allerdings regelt die Bestellung allein nicht das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers. Das bedeutet, dass die persönliche, schuldrechtlich ausgestaltete Rechtsbeziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft noch bestimmt werden muss. So regeln weder die Organstellung noch das Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung beispielsweise Arbeitszeit, Arbeitsort, Vergütung und Fragen des Kündigungsschutzes. Da die Bestellung viele elementare Punkte offenlässt, muss sie entsprechend durch einen schuldrechtlichen Vertrag, der neben das durch die Bestellung begründete Organverhältnis tritt und einen hiervon komplementären Bereich regelt, ergänzt werden.

2. Das Anstellungsverhältnis

Die Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, die nicht bereits durch das Organverhältnis geregelt wird, ist in einem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag näher ausgestaltet. Vertragspartner des Geschäftsführers beim Abschluss des Vertrages über die Anstellung ist die Gesellschaft, die dabei gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG grundsätzlich durch die Gesellschafterversammlung vertreten wird und nicht durch weitere, eventuell noch vorhandene Geschäftsführer. Die Anstellungskompetenz folgt der Bestellungskompetenz. Fällt die Gesellschaft unter das Mitbestimmungsgesetz oder besteht ein fakultativer Aufsichtsrat, auf den durch die Satzung die Zuständigkeit zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers übertragen worden ist, ist der Aufsichtsrat auch zum Abschluss des Anstellungsvertrages zuständig.[7] Im Kern besteht die Wirkung des Anstellungsvertrags darin, dass sich der

[4] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 1.
[5] *Neu*, Die Beendigung der Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern, 23.
[6] Eine Ausnahme hierzu stellt der Fremdgeschäftsführer dar, der kein Organ der Gesellschaft ist und lediglich Geschäftsführeraufgaben aufgrund seines mit der Gesellschaft geschlossenen Anstellungsvertrages wahrnimmt. Die Pflicht zur Geschäftsführung, damit einhergehend auch der Anspruch auf die Geschäftsführung, ergibt sich hier erst durch den Anstellungsvertrag.
[7] BGHZ 113, 237, 241 f; *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 35 Rn. 20, 21.

Geschäftsführer über die ihm durch das Gesetz obliegenden Geschäftsführungspflichten hinaus schuldrechtlich zur Führung der Geschäfte verpflichtet und hierfür auch während der gesamten Zeit seiner Tätigkeit das Entgelt festsetzt.

3. Das Trennungsprinzip

Der Geschäftsführer ist durch zwei Rechtsverhältnisse mit der Gesellschaft verbunden und hat aus diesem Grunde eine Doppelstellung inne. Bei der Beurteilung der Frage nach Reaktionsmöglichkeiten auf eine unberechtigte Beendigung des Anstellungsverhältnisses muss zunächst geklärt werden, in welchem Verhältnis diese beiden Rechtsverhältnisse zueinander stehen. Dann kann festgestellt werden, ob etwaige anwendbare Kündigungsschutzvorschriften ausreichende Kündigungsschranken darstellen oder ob diese gar nicht auf den Anstellungsvertrag anwendbar sind. Eine Kollision mit inhaltlich anderslautenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen und Wertungen könnte der Anwendung der Kündigungsschutzvorschriften auf den Anstellungsvertrag entgegenstehen.

3.1. Die Trennungstheorie

Nach der gefestigten Rechtsprechung[8] und herrschenden Meinung in der Literatur,[9] sind Organ- und Anstellungsverhältnis getrennte Rechtsverhältnisse (sog. Trennungstheorie) und folgen jeweils eigenen Regeln.[10] Beide Verhältnisse seien voneinander getrennt, aber weder im Sinne der zivilrechtlichen Abstraktion von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft noch im Sinne des § 139 BGB, sondern im Sinne eines sich überschneidenden und ergänzenden Gleichlaufs.[11] Da bereits mit der Bestellung des Geschäftsführers die organschaftlichen Rechte und Pflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG begründet werden und es somit auf den Abschluss eines Anstellungsvertrages nicht ankommt, bildet dieser „lediglich“ die schuldrechtliche Grundlage für die

---

[8] BGH NZG 2010, 827, 828; BGH NJW 1984, 733, 734; BGH NJW 1981, 757, 758; So auch das BAG in seiner Rspr. vgl. hierzu BAG NZA 2008, 168, 169.
[9] *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 35 Rn. 32; *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 251; *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 2; *Hueck*, in: FS: Hilger/Stumpf, 365, 366; *Fleck,* in: FS Hilger/Stumpf, 197, 202.
[10] BGH DStR 2002, 2182, 2183.
[11] *Neu*, a.a.O., 24.

Übernahme des Geschäftsführeramtes. Durch ihn entstehen die Rechte und Pflichten, die mit dem Amt des Geschäftsführers einhergehen. Quelle der organschaftlichen Rechte und Pflichten sei daher nur die Bestellung zum Geschäftsführeramt.[12] Das Anstellungsverhältnis vervollständige die durch die Bestellung bereits begründeten Rechte und Pflichten des Geschäftsführers, ist aber in seinem Bestand vom Organverhältnis zunächst unabhängig.

Trotz der weithin anerkannten Trennung der beiden Rechtsverhältnisse können die tatsächlich existierenden Wechselwirkungen beider Rechtsverhältnisse miteinander nicht geleugnet werden. Dies zeigt sich am Beispiel des Abschlusses des Anstellungsvertrages. Dieser wird zu dem Zweck abgeschlossen, den Geschäftsführer auch schuldrechtlich zu einer auf Gesellschaftsrecht basierenden Amtsausübung zu verpflichten und ihm im Gegenzug hierzu eine Gegenleistung zu gewähren.

Besonders deutlich wird die gegenseitige Wechselwirkung bei dem theoretisch denkbaren, in der Praxis aber unwahrscheinlichen Fall der Beendigung nur eines Rechtsverhältnisses: Wird nur die Bestellung nach § 38 Abs. 1 GmbHG widerrufen, erhält der Geschäftsführer weiterhin seinen Lohn, ohne sein Amt ausüben zu können. Wird nur der Anstellungsvertrag gekündigt, muss er sein Amt wegen der noch wirksamen Bestellung ausüben, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten.

Diese Wechselwirkung begründet zuweilen auch Konflikte. Besonders deutlich wird dies im Aktienrecht im Hinblick auf die gesetzlich festgelegte Dauer der Bestellung eines Vorstandmitglieds. Die Höchstdauer der Bestellung wird durch § 84 Abs. 1 AktG auf fünf Jahre begrenzt; eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit ist möglich, jedoch darf diese ebenfalls für jeweils höchstens fünf Jahre erfolgen. Eine nicht anderweitige, nicht mit der Bestellungsdauer im Gleichlauf stehende schuldrechtliche Regelung wäre aufgrund der Privatautonomie möglich, würde aber mit der gesellschaftsrechtlichen Regelung aus § 84 Abs. 1 AktG kollidieren. Dies wäre indes eine rechtlich widersprüchliche Situation, die jedoch keine gesellschaftsrechtlichen Schwierigkeiten begründen würde.

---

[12] Vgl. *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 57; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 3 ff, 163 f m.w.N.

3.2. Die Vorrangtheorie

Vertreter der „Vorrangtheorie“[13] lösen diese Kollisionskonflikte durch die vorrangige Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Normen. *Martens*[14] relativiert dagegen dieses pauschale Vorrangprinzip zugunsten der organschaftlichen Bestellung. Der Vorrang des Gesellschaftsrechts soll nur bei konkreten Kollisionen mit dem Dienstvertragsrecht gelten. Organ- und Anstellungsverhältnis existieren als Anspruchs- und Haftungsgrundlagen nebeneinander und ergänzen sich gegenseitig.[15] Wird im Anstellungsvertrag auf die Geschäftsführertätigkeit Bezug genommen, so verpflichtet dies den Geschäftsführer schuldrechtlich, die Aufgaben, die sich aus der Organstellung ergeben, mit dem an diesen gerichteten Sorgfaltsmaßstab zu erfüllen. Sofern der Anstellungsvertrag darüber hinaus die Organpflichten konkretisiert oder ergänzt,[16] besteht eine Verpflichtung zur Befolgung dieser aus dem Anstellungsvertrag resultierenden Pflichten nur insoweit, wie die Konkretisierung oder Ergänzung sich im Rahmen der geltenden gesellschaftsrechtlichen Normen und der Gesellschaftssatzung bewegt.

Widersprechen die aus Gesetz und Gesellschaftssatzung sich ergebenden Geschäftsführerpflichten mit den vertraglich begründeten Pflichten des Geschäftsführers und führt eine sinn- und interessengerechte Auslegung zwischen Organpflichten nach Gesetz und Satzung und solchen Pflichten, die sich aus dem Anstellungsvertrag ergeben, zu keinem befriedigenden Ergebnis, so gebührt der ersteren der Vorrang.[17] Dieser unbedingte Vorrang des Gesellschaftsrechts kann überhaupt nur dann greifen, wenn die Geschäftsführerpflichten bereits durch Gesetz und Satzung präzisiert sind.[18] Geschäftsführerpflichten, die originär im Anstellungsvertrag und nicht durch Gesetz oder Satzung geregelt werden, können von dieser Vorrangregelung nicht betroffen sein. Dies zeigt sich am Beispiel des Wettbewerbsverbots. Aus der organschaftlichen Stellung und der daraus folgenden Treuepflicht des

---

[13] *Martens,* in: FS Hilger/Stumpf, 437, 442; *ders.,* in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 91, abweichend zur anfangs streng vertretenen Trennungstheorie auch *Fleck,* ZHR 149 (1985), 387, 397, wonach das Anstellungsverhältnis vertragliche Pflichten nur konkretisieren bzw. ergänzen, nicht aber gesellschaftsrechtlich einschränken kann.

[14] *Martens*, in: FS Werner, 495, 506 f, 509, 511.

[15] *Fleck*, ZHR 149 (1985) 387, 397; *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 11 ff.

[16] *Reuter,* in: FS Zöller, 487, 491; *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 8.

[17] *Fleck,* ZHR 149 (1985), 387, 398; *Martens,* in: FS Hilger/Stumpf, 437, 443, 444*; ders.,* in: FS Werner, 495, 506; *Tebben,* in: MHLS, GmbHG, § 6 Rn. 153.

[18] Siehe hierzu weiter unten 1. Teil, II. 2.1, 2.1.1., 2.1.1.1., 2.1.1.2.

Geschäftsführers ergibt sich während seiner Amtszeit ein gesetzliches Wettbewerbsverbot – auch ohne besondere Vereinbarung im Anstellungsvertrag.[19] Dieses gilt – trotz Widerruf der Bestellung – bis zur Beendigung des Anstellungsvertrages fort. Sofern die Gesellschaft eine Bindung des Geschäftsführers an das Wettbewerbsverbot auch nach Beendigung des Anstellungsvertrages herbeiführen möchte, bedarf es hierfür einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung im Anstellungsvertrag in Form eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots.[20] An diesem Beispiel ist die Notwendigkeit einer parallelen Existenz der gesellschaftsrechtlichen Normen und des Anstellungsvertrages erkennbar.

3.3. Die Einheitstheorie

Die früher teilweise[21] und neuerdings von *Baums*[22] erneut vertretene Einheitstheorie, wonach Organ- und Anstellungsverhältnis ein einheitliches Rechtsverhältnis im Sinne eines „Geschäftsführungsvertrages“[23] darstellen und dieses sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsrecht richtet, ist abzulehnen, da es für diese Theorie gerade im Gesellschaftsrecht keine Anhaltspunkte gibt. Insbesondere ist die Einheitstheorie nicht mit der inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannten Möglichkeit der Drittanstellung von Organmitgliedern vereinbar.[24] Ist nämlich der Anstellungsvertrag mit einer anderen Gesellschaft abgeschlossen und der Geschäftsführer von einer anderen Gesellschaft zum Geschäftsführer bestellt worden, dann ist dies nur durch zwei verschiedene Verträge möglich.[25]

3.4. Zwischenfazit

Um Rechtswirklichkeit und Praxis miteinander zu vereinbaren, sollten entsprechend der Vorrangtheorie beide Rechtsverhältnisse getrennten Regeln

---

[19] Siehe hierzu 1. Teil, II. 2.2.
[20] *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 14, Rn. 14; Eckert/Köpple, NZA 2020, 1453, 1455.
[21] *Godin,* ZAkDR 1938, 596, 597.
[22] *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 3 ff, insb. Die strikte Unterscheidung von Organstellung und Dienstverhältnis solle aufgegeben werden; ähnlich *Hohlfeld,* GmbHR 1987, 255.
[23] *Diller,* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 82, m.w.N.
[24] *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 84.
[25] So auch *Diller,* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 84, mit Verweis auf *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 58 ff.

unterliegen, eine Wechselwirkung dieser in den vom Gesellschaftsrecht und der jeweiligen Satzung zulässigen Grenzen aber zugelassen werden.

Gegen die Einheitstheorie sprechen weiter die unterschiedlichen Beendigungstatbestände für das jeweilige Rechtsverhältnis. Die Organstellung des Geschäftsführers wird durch Abberufung, der Anstellungsvertrag wird durch Kündigung beendet. Die strenge Anwendung der Einheitstheorie erweist sich in diesem Fall als nicht sachgerecht, denn demnach müsste die Kündigung durch ein eigenständiges, gleichzeitig das Organ- und Anstellungsverhältnis beendende Rechtsinstrument umgesetzt werden.

Das ausschlaggebende Argument, das für die Vorrangtheorie spricht, ist, wie zutreffend auch die Vertreter der Trennungstheorie feststellen, dass schon mit Bestellung die Pflicht zur Geschäftsführertätigkeit begründet wird und den Geschäftsführer die organschaftlichen Rechte und Pflichten unabhängig von einer schuldrechtlichen Verpflichtung treffen. Auf das Bestehen und den Inhalt eines schuldrechtlichen Anstellungsvertrages kommt es hierfür nicht entscheidend an.[26] Allerdings vermag nur die Vorrangtheorie durch das Instrument der sinn- und interessengerechten Auslegung, stets vor dem Hintergrund einer gesellschafts- und satzungsrechtlichen Rechtmäßigkeit, die Rechte und Pflichten aus dem Organverhältnis und dem Anstellungsverhältnis zu verbinden. Der Anstellungsvertrag hat dadurch nicht nur die Rolle einer schuldrechtlichen Plattform, die die vermögensrechtlichen Regelungen bestimmt, sondern bietet auch Raum für eine bedeutungsmäßig zumindest mit der Satzung gleichgeordnete, flexible Anpassung der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers an aktuelle Gegebenheiten. Diese beruht darauf, dass der Anstellungsvertrag im Vergleich zur Satzung einfacher abzuändern ist, ohne dass seine Regelungen in die gesellschaftsrechtlich vorgegebene Funktionsweise eingreifen.

Dem möglichen Standpunkt, dass solche Konkretisierungen auch durch fakultative Vereinbarungen in der Satzung vorgenommen werden könnten und es somit eines Anstellungsvertrages eben nicht bedarf, kann entgegengesetzt werden, dass die Satzung als „Verfassung des Unternehmens“ auch für künftige Gesellschafter Bindungswirkung entfaltet und für den allgemeinen

[26] *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387, 397.

Rechtsverkehr Bedeutung hat.[27] Ein ständiger Eingriff durch Satzungsänderungen in Fällen, in denen Anpassungen der Geschäftsführerrechte und Pflichten notwendig werden, entspricht nicht ihrem Zweck. Betrifft eine Konkretisierung der Geschäftsführertätigkeit im Anstellungsvertrag die Person des Geschäftsführers und stellen sich personenbedingte Änderungen ein, können die betroffenen Parteien flexibler und schneller durch eine Vertragsänderung auf die neuen Gegebenheiten reagieren.

Dem Trennungsprinzip wird durch die Vorrangtheorie keinesfalls eine Absage erteilt. Denn auch sie akzeptiert die Behandlung des jeweiligen Vertrages nach den ihm zugrunde liegenden Regeln, respektiert aber gleichzeitig die sich ergebenden Wechselwirkungen und die tatsächliche enge Verflechtung beider Rechtsverhältnisse.

4. Die Auswirkungen der Vorrangtheorie auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses – eine Zusammenfassung und ein Ausblick

Die bisherige Erörterung hat ergeben, dass der GmbH-Geschäftsführer durch zwei getrennt voneinander zu behandelnde Rechtsverhältnisse, die dennoch in einer Wechselwirkung stehen können, mit der GmbH verbunden ist. In der gesellschaftsrechtlichen Bestellung des Geschäftsführers liegt nicht gleichzeitig auch der Abschluss eines Anstellungsvertrages.

Beide Rechtsverhältnisse stehen rechtlich selbstständig nebeneinander und können daher auch rechtlich unabhängig voneinander nach den jeweils dafür geltenden Regelungen beendet werden.[28] Der nach § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit mögliche Widerruf der organschaftlichen Bestellung beendet nicht automatisch den Anstellungsvertrag.[29] Vielmehr bedarf es eines gesonderten Beendigungstatbestandes.

So ist zum Beispiel bei der außerordentlichen Beendigung eines Anstellungsvertrages grundsätzlich immer ein wichtiger Grund gemäß § 626 BGB und die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist gemäß § 626 Abs. 2

---

[27] *Wicke,* GmbHG, § 2 Rn. 2.
[28] So auch BGH DStR 2002, 2182, 2183.
[29] *Fleck*, WM 1981, Sonderbeil. 3, 10.

BGB erforderlich.[30] Als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kommen vor allem Pflichtverletzungen des Geschäftsführers in Betracht. Beispiele hierfür sind erhebliche Kompetenzüberschreitungen im Verhältnis zu anderen Organen, Schädigungen des Gesellschaftsvermögens durch rechtswidrige Zuwendungen von Gesellschaftsvermögen an sich selbst oder Dritte, Nichtbeachtung von Organisations- oder Überwachungspflichten oder verbotener Wettbewerb zulasten der GmbH. Aber auch Sachverhalte, die in der persönlichen Situation des Geschäftsführers begründet liegen, z. B. dauerhafte Unfähigkeit zur Ausübung der Tätigkeit infolge von Erkrankung, in Ausnahmefällen sogar betriebsbedingte Gründe können eine fristlose Kündigung durch die GmbH rechtfertigen.[31]

Im Einzelfall kann die Unterscheidung zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis durch sogenannte Koppelungs- oder Gleichlaufklauseln durchbrochen werden. Werden Koppelungsklauseln[32] in den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers aufgenommen, wird mit der Beendigung der Organstellung auch der Anstellungsvertrag zum nächsten zulässigen Zeitpunkt ordentlich gekündigt.[33] Möglich ist also die Vereinbarung, dass die Gesellschaft den Anstellungsvertrag ordentlich kündigen darf, wenn die Organstellung zuvor widerrufen wurde. Weiter kann in Betracht gezogen werden, dass der Widerruf der Organstellung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen könnte.[34] An diesem Punkt wird einerseits die zuvor dargestellte praktische Wechselwirkung zwischen Organverhältnis und Anstellungsverhältnis, andererseits die Konfliktträchtigkeit, die die Verbindung beider Rechtsverhältnisse in sich trägt, deutlich.

Um festzustellen, welches Verhalten des Geschäftsführers die GmbH zu einer Beendigung des Anstellungsvertrages berechtigt, werden im nächsten Abschnitt die rechtlichen und berufsspezifischen Anforderungen an den Geschäftsführer

[30] Vgl. *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 461, 494.
[31] Vgl. *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 465 ff; näher hierzu siehe 2. Teil, II. 5.7.
[32] Näher hierzu 2. Teil, II. 2.3 und II. 5.3.
[33] *U. H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 432.
[34] Näher hierzu 2. Teil, II. 5.3. und II. 3.2.

erörtert. Der Fokus liegt dabei auf die den Geschäftsführer treffenden und seinen Aufgabenbereich konturierenden Pflichten.

II. Die Pflichten des Geschäftsführers: Zwischen unternehmerischem Spielraum und objektivem Pflichtenkatalog

1. Vorbemerkung

In den letzten Jahrzehnten sind zahlreiche Geschäftsführer aufgrund von Verstößen gegen Gesetz und Satzung von ihrem Amt abberufen und gekündigt worden. Ein häufiger Grund ist fehlender wirtschaftlicher Erfolg durch das unternehmerische Wirken des Geschäftsführers, das neben Haftungsfolgen auch den Verlust der Geschäftsführerposition nach sich zieht. Zu beachten ist, dass der Geschäftsführer Fremdverwalter und nicht selbst Unternehmer ist. Das unternehmerische Risiko liegt alleine bei der Gesellschaft.[35] Der Geschäftsführer kann nur für fehlerhafte operationelle Entscheidungen zur Verantwortung gezogen werden. Mit den üblichen Zielen gewinnorientierter Unternehmen ist dabei das Eingehen geschäftlicher Risiken für einen Geschäftsführer selbstverständlich. Es ist eine Gratwanderung zwischen zulässigen und unangemessenen geschäftlichen Risiken, die schnell zu angreifbaren Entscheidungen des Geschäftsführers führen.

Um nachweisen zu können, dass eine bestimmte Entscheidung, die zu einem unerwünschten Ergebnis, insbesondere zu wirtschaftlichem Verlust, geführt hat, innerhalb des unternehmerischen und rechtlichen Dürfens des Geschäftsführers lag, muss sich der Geschäftsführer umfassend über seine Pflichten und sein rechtlich geschütztes Dürfen informieren. Nur der rechtlich gut informierte Geschäftsführer vermag die immanenten Risiken seines unternehmerischen Wirkens professionell und ordnungsgemäß zu beherrschen. Insbesondere ist dies wichtig, um nachzuweisen, dass eine aufgrund einer solchen Entscheidung ausgesprochene Kündigung fehlerhaft und folglich unbegründet ist.[36]

Zu unterscheiden ist zwischen der unternehmerischen Entscheidung und der gesetzlich gebundenen Entscheidung eines Geschäftsführers.

Beide Entscheidungsarten unterliegen anderen rechtlichen Anforderungen und einem unterschiedlichen richterlichem Überprüfungsrahmen.

---

[35] *U.H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 8.
[36] *Ek*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 1.

2. Die unternehmerische und die rechtlich gebundene Entscheidung

Im Mittelpunkt des Wirkens des Geschäftsführers stehen Entscheidungen. Gleichzeitig bilden diese in vielen Fällen den Anknüpfungspunkt für den Ausspruch einer Kündigung. Das UMAG verzichtet auf die positivrechtliche Definition der unternehmerischen Entscheidung.[37] Demgegenüber definiert der Gesetzesentwurf zum UMAG den Begriff der unternehmerischen Entscheidung durch die Gegensätzlichkeit zur rechtlich gebundenen Entscheidung.[38] Eine unternehmerische Entscheidung liegt dann **nicht** vor, wenn der Organträger gesetzlich normierte, satzungsmäßige, anstellungsvertragliche[39] oder von Weisungsbeschlüssen der Gesellschafterversammlung vorgezeichnete Pflichten[40] ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum bei seinem Handeln beachten muss.

Die unternehmerische Entscheidung ist umgekehrt eine positive Entscheidung im Sinne einer bewussten Auswahl einer Handlungsmöglichkeit, die auch in dem Entschluss bestehen kann, nichts zu tun.[41] Es ist folglich unstrittig, dass unter den Begriff der unternehmerischen Entscheidung solche Entscheidungen zu subsumieren sind, die wegen noch nicht absehbarer künftiger Entwicklungen infolge einer außergewöhnlichen Eilbedürftigkeit oder aufgrund sonstiger Umstände ein unausweichliches Unsicherheitselement in sich tragen.[42] Die bewusste Wahl des Geschäftsführers zwischen mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen[43] oder auch die bewusste Entscheidung, nicht tätig zu werden,[44] führt immanent die Gefahr mit sich, dass die getroffene Wahl im Nachhinein von Dritten als von Anfang an erkennbar falsch angesehen wird.[45] So birgt jegliche Entscheidung immer auch das Risiko, im Nachhinein als unternehmerisches Versagen bewertet zu werden und zur Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages zu führen. Das Geschäftsführerhandeln kann dann auch hier als mangelhaft angesehen werden,

---

[37] *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2105.
[38] BT-Drucks. 15/5092, 11, 41.
[39] BT-Drucks. 15/5092, 11.
[40] Vgl. *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 137.
[41] *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 117.
[42] *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 6, 9 ff, 23.
[43] *U.H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 56.
[44] *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 137.
[45] *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 56, m.w.N.; *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2105.

wenn nicht beachtet wird, dass es gerade das Wesensmerkmal der unternehmerischen Entscheidung ist, dass unvorhersehbare Entwicklungen im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung nicht voraussehbar sind. Oft ist nicht erkennbar, welche der zur Verfügung gestandenen Entscheidungsalternativen sich für das Unternehmen als wirtschaftlich am vorteilhaftesten herausstellen sollte.[46]

Die unternehmerische Entscheidung steht in engem Zusammenhang mit der grundsätzlichen Aufgabe des Geschäftsführers, die Gesellschaft zu führen. Dieser Aufgabe widerstrebt im Grundsatz die gerichtliche Inhaltskontrolle unternehmerischer Entscheidungen des Geschäftsführers.[47]
Im US-amerikanischen Rechtssystem wurde dieser Konflikt erkannt und durch Einführung der Business Judgement Rule im Jahre 1994 den Leitungsorganen von Gesellschaften einen gewissen Handlungsspielraum eingeräumt. Die US-amerikanische Business Judgement Rule regelt, dass unternehmerische Entscheidungen, die auf der Grundlage angemessener Information und Vorbereitung getroffen werden, grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind.[48] Dem in den Grenzen von Rechtmäßigkeit und Loyalität agierenden Geschäftsführer ist bei seinen unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich ein Ermessensspielraum im Sinne eines „Rechts auf Irrtum“ oder eines *„safe harbor“* (sicheren Hafens) zuzubilligen.[49]

Gebundene Entscheidungen hingegen, die nicht mit einer unvermeidbaren Ungewissheit behaftet sind, sind einer tatbestandlichen Subsumtion zugänglich[50] und unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung.[51] § 43 Abs. 1 GmbHG enthält hierfür den Grundtatbestand der Sorgfaltspflichten, wonach der Geschäftsführer bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hat, was inzident eine Hinwendung zu den dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten erfordert, wie im Folgenden gezeigt wird.

---

[46] *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 56.
[47] *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 110.
[48] *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 110.
[49] *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 111.
[50] Vgl. *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2105 f.
[51] Vgl. *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 157, 158.

2.1. Der Pflichtenkatalog des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG

Die Pflichten des Geschäftsführers lassen sich in die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung, die Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft und die Verschwiegenheitspflicht sowie weitere, im Anstellungsvertrag gesondert vereinbarte Pflichten unterteilen.[52] Diese Pflichten lassen sich in zwei Oberkategorien zusammenfassen, nämlich in die aus dem Organverhältnis fließenden Pflichten des Geschäftsführers und die gesondert begründeten, aus dem individuellen Anstellungsvertrag resultierenden Pflichten.[53]
Die Pflichten der Geschäftsführer können weiter kategorisiert werden in Pflichten gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern sowie gegenüber Dritten und im öffentlichen Interesse bestehende Pflichten.[54]

Sinn und Zweck dieses Abschnitts ist es nicht, den Pflichtenkatalog des Geschäftsführers bis ins Detail zu untersuchen, sondern einen Überblick über die wesentlichen Handlungs- bzw. Unterlassungsgebote des Geschäftsführers zu geben. Dies hilft, die Frage zu beantworten, wann eine Kündigung und eine sofortige Abberufung aus dem Organverhältnis als rechtswidrig einzustufen ist.

2.1.1. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Organverhältnis

Der Geschäftsführer hat seine Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen und seine ihm nach § 43 Abs. 1 GmbHG und durch sonstige Gesetze persönlich auferlegten Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen.[55] Mit § 43 Abs. 1 GmbHG regelt der Gesetzgeber den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab für die Haftung des Geschäftsführers als Organ, der funktional dem Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB entspricht, aber gleichzeitig – wie die Parallelvorschrift des § 93 Abs. 1 S.1 AktG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“) – auf die speziellen Aufgaben eines Unternehmensleiters abgestimmt ist, somit eine „Doppelfunktion“,[56] als Pflichtenquelle des Geschäftsführers einerseits und als Maßstab für das Verschulden andererseits, innehat.[57]

---

[52] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 18.
[53] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 18.
[54] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 9.
[55] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 10.
[56] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 10.
[57] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 10.

2.1.1.1. Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung und die Legalitätspflicht

Dem Geschäftsführer obliegt aufgrund seiner Organstellung die Verpflichtung, die Geschäfte der Gesellschaft so zu führen, dass Unternehmensziele in bestmöglicher Weise erreicht werden, die Vorteile der Gesellschaft gewahrt werden und die Gesellschaft vor Schäden bewahrt wird.[58]

Die Ausübung dieser unternehmerischen Führungsfunktion umfasst neben der Bestimmung der Unternehmenspolitik auch die Unternehmensplanung, die Unternehmenskoordination und die Unternehmensüberwachung sowie das zur Erreichung der Gesellschaftsziele erforderliche, laufende Tagesgeschäft.[59] Vom Geschäftsführer wird dabei gefordert, die Sorgfalt eines selbstständigen treuhänderischen Verwalters fremder Vermögensinteressen in einer leitenden Position an den Tag zu legen.[60] Der Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ ist bewusst offen gehalten.[61] Der Gesetzgeber berücksichtigt damit den Umstand, dass die GmbH wegen ihrer erwerbswirtschaftlichen und zukunftsgerichteten Zielsetzung „nach vorne offen“[62] ist.

Diese dem Geschäftsführer zuzubilligende Handlungsfreiheit und das Verhalten des Geschäftsführers insgesamt werden begrenzt durch die Pflicht zur Einhaltung der geltenden Gesetze.[63] Dies kann unter dem Begriff der Legalitätspflicht des Geschäftsführers zusammengefasst werden und ist Teil der Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung.[64]

Für den GmbH-Geschäftsführer wird die Legalitätspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG abgeleitet. Der GmbH-Geschäftsführer muss die Gesetze

---

[58] *Stephan/Tieves,* in: MüKoGmbHG, § 35 Rn. 82.
[59] *Ek*, a.a.O., 6.
[60] OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1264; OLG Zweibrücken NZG, 1999, 506, 506 f; OLG Jena NZG 1999, 121, 122; *Paefgen,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 166; *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 410; *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 3.
[61] Vgl. *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 10.
[62] Vgl. *Lutter*, AcP (180) 1980, 84, 91 f.
[63] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 74.
[64] Für die Aktiengesellschaft regelt § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG dies zwar nicht expressis verbis, mittelbar folgt die Gesetzesbindung jedoch aus § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG. Darin ist der Haftungsausschluss zugunsten des Vorstands und kraft der Verweisung auf § 93 AktG in § 116 AktG auch des Aufsichtsrats, durch Hauptversammlungsbeschluss davon abhängig, dass es sich um einen gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss handelt.

einhalten und ist der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er sie schuldhaft verletzt.[65] Einen weiteren beredten Ausdruck hat dieser Grundsatz für die GmbH in § 62 Abs. 1 GmbHG und, parallel hierzu, für die Aktiengesellschaft in § 396 Abs. 1 AktG gefunden.

Die Legalitätspflicht besteht aus zwei Teilbereichen.[66] Zum einen muss der Geschäftsführer im internen Verhältnis zur GmbH alle Vorschriften einhalten, die seine Pflichten gegenüber der GmbH konkretisieren (interne Pflichtenbindung). Zum anderen muss er dafür Sorge tragen, dass die Gesellschaft im Außenverhältnis, d.h. in den Beziehungen zu Dritten, rechtmäßig handelt (externe Pflichtenbindung).[67] Der Verstoß des Geschäftsführers gegen die aus § 43 Abs. 1 GmbHG sich ergebenden Pflichten sowie das Unterlassen einer, aufgrund gebotener Informationssammlung ex ante erkennbarer konkreten Entscheidung, führt zur vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der getroffenen Entscheidung.

2.1.1.2. Die interne Pflichtenbindung

Die interne Pflichtenbindung wird durch Vorschriften des GmbHG, der Bestimmungen der Satzung, dem Unternehmensgegenstand sowie der Geschäftsordnung konkretisiert und verlangt vom Geschäftsführer die Einhaltung dieser gegenüber der Gesellschaft.[68] Der Geschäftsführer muss die im GmbHG[69] und in den sonstigen Gesetzen präzisierten Pflichten erfüllen.

---

[65] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 1, 12, 13, 37b.
[66] *Fleischer,* NJW 2009, 2337.
[67] *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 17.
[68] BGH NZG 2013, 293, 294, 295; OLG Köln NZG 2009, 1223.
[69] Hierzu zählen u.a. die Anmeldung der Gesellschaft, § 7 GmbHG, die Anmeldung der Geschäftsführer, § 29 GmbHG, Einreichung der Gesellschafterliste, § 40 Abs. 1 GmbHG, Einberufung der Gesellschafterversammlung, § 49 Abs.1 GmbHG, Anmeldung der Änderung eines Gesellschaftsvertrages, § 54 GmbHG (s. aber auch § 129 FGG), Anmeldung der Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung, §§ 57, 58 GmbHG, Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft, § 65 GmbHG, Einreichung des Jahresabschlusses, § 325 HGB und die nun in § 15a Abs. 1 InsO geregelte Insolvenzantragspflicht. Weiter seien ausschnittsweise Pflichten erwähnt, die auch jedes Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft treffen. So muss der Geschäftsführer Änderungen in der Person des Geschäftsführers sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anmelden (§ 39 GmbHG). Bei der Aktiengesellschaft trifft die Pflicht, Änderungen des Vorstandes oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 81 AktG), den Vorstand. Außerdem treffen den GmbH-Geschäftsführer und den Vorstand einer Aktiengesellschaft, zahlreiche Berichts-, Informations- und Auskunftspflichten. Geschäftsführer und Vorstand müssen bei bestehendem Betriebsrat (§ 1 Abs. 1 BetrVG), die Arbeitnehmer (§ 81 BetrVG), den Betriebsrat (§§ 74, 90, 92 BetrVG) und u.U. den Wirtschaftsausschuss (§ 106 BetrVG) unterrichten.

Neben der Pflicht des Geschäftsführers, mit anderen Mitgeschäftsführern, anderen Gesellschaftsorganen und den sonstigen Gesellschaftern loyal zusammenzuarbeiten,[70] gehört zur internen Pflichtenbindung insbesondere die Pflicht des Geschäftsführers, die Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft zu wahren, die durch die Satzung[71] und das Gesetz bestimmt wird sowie Zustimmungs- und/oder Mitwirkungserfordernisse der Gesellschafterversammlung oder eines unter Umständen existenten Aufsichtsrates zu beachten.[72] Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen sind von ihm zu berücksichtigen.[73] Weisungen müssen befolgt werden (Folgepflicht).[74] Dieser Grundsatz findet seinen gesetzlichen Niederschlag in § 37 Abs. 1 GmbHG. Kompetenzüberschreitungen des Geschäftsführers stellen immer eine Verletzung des § 43 Abs. 1 GmbHG dar.[75]

Eine bedeutsame Einzelausprägung der Bindung an die Kompetenzordnung ist die Pflicht des Geschäftsführers, sich an den satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) zu halten.[76] Der Unternehmensgegenstand begründet zum einen die Pflicht, die Grenzen einzuhalten, die sich aus ihm ergeben,[77] und zum anderen die Pflicht, den Unternehmensgegenstand nach besten Kräften zu fördern. Hiernach darf der Geschäftsführer die unternehmerische Tätigkeit der Gesellschaft nicht auf Bereiche erweitern, die nicht vom Unternehmensgegenstand umfasst werden.[78] Umgekehrt ist es dem Geschäftsführer nicht gestattet, zum Unternehmensgegenstand gehörende erwerbswirtschaftliche Betätigungsfelder aufzugeben, deren weitere Verfolgung betriebswirtschaftlich noch möglich und sinnvoll ist.[79] Verstöße in beiden Richtungen stellen Pflichtverletzungen i. S. d. § 43 Abs. 1 GmbHG dar.

---

[70] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 17.
[71] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 26; *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 81.
[72] BGH NJW 2002, 173; BGH NJW-RR 1995, 669, 670.
[73] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 81.
[74] *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 19.
[75] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 27.
[76] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 28.
[77] Vgl. BGH NZG 2013, 293, 294, 295.
[78] Vgl. BGH NZG 2013, 293, 294, 295.
[79] Vgl. *Fleischer,* NJW 2009, 2337.

Um diesen Pflichten nachzukommen, muss der Geschäftsführer für eine Organisation der Gesellschaft sorgen, die ihm den dafür notwendigen Überblick über die wirtschaftliche Lage der GmbH-Gesellschaft ermöglicht.[80] Die an den Vorstand einer Aktiengesellschaft in § 91 Abs. 2 AktG gerichtete Pflicht zur Einrichtung eines Überwachungssystems zum Zwecke der Früherkennung von den Fortbestand des Unternehmens gefährdenden Entwicklungen (sog. Frühwarnsystem) ist allerdings auf den Geschäftsführer der GmbH weder direkt noch analog anzuwenden.[81]

2.1.1.3. Die externe Pflichtenbindung

Im Außenverhältnis ist der Geschäftsführer dafür verantwortlich, dass Ge- und Verbote, die originär an die Gesellschaft als Rechtssubjekt gerichtet sind, eingehalten werden.[82] Diese Rechtsbindung der Gesellschaft im Außenverhältnis wirkt sich auf das Innenverhältnis derart aus, dass die Gesellschaftsorgane im Rahmen ihrer Leitungspflicht gegenüber der Gesellschaft gehalten sind, die externen, strikten Rechtsbindungen zu beachten.[83] Die externen Pflichtenbindungen werden also kraft der Leitungspflicht vom Außenverhältnis in das Innenverhältnis transportiert. [84]

Ein rechtswidriges Verhalten der Gesellschaft im Außenverhältnis stellt gleichzeitig eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers im Verhältnis zur Gesellschaft dar,[85] da die Gesellschaften und auch ihre Organmitglieder die Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten und durchzusetzen haben.[86] Die Rechtslage im Innen- als auch im Außenverhältnis ist daher identisch.[87] Erweisen sich Gesetzesverstöße in der Gesamtschau von wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen oder zur Abwendung wirtschaftlicher und „reputativer“

---

[80] *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 29.
[81] Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 61; a.A. *Lücke/Simon,* in: HK-GmbHG, § 43 Rn. 27, die den Rechtsgrund für die Etablierung eines Risikomanagementsystems in der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sehen und daher keines analogen Rückgriffs auf § 93 Abs. 2 AktG bedarf.
[82] BGH NJW 1997, 130, 132.
[83] *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 24.
[84] *Paefgen*, ebenda.
[85] *Bayer,* in: FS K. Schmidt, 85, 90 f; *Meier/Wick,* WM 2017, 1338, 1339, 1340; BGH NJW 2011, 88, 92; a.A.: *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 506, 515: „Einen strikten Gleichlauf mit der Außenverantwortlichkeit der Gesellschaft kann und muss es nicht geben.“
[86] *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 142.
[87] *Meier/Wick*, WM 2017, 1338, 1339, 1340.

Nachteile für ein Unternehmen als durchaus sinnvoll,[88] können diese grundsätzlich nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, die Gesetzesverstöße seien mit Blick auf das geringe Entdeckungs- und Verfolgungsrisiko im Vergleich zum absehbaren Nutzen ex ante vorteilhaft und damit im Interesse der Gesellschaft gewesen, sog. „nützliche Pflichtverletzungen".[89] Die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln steht somit über dem Wohl und den Interessen eines jeden Unternehmens („Law-as-Limit"-Theorie im Gegensatz zur „Law-as-Price"-Theorie).[90]

Ausnahmen bestehen allerdings im privatrechtlichen Bereich. Vertraglich begründete Pflichten der Gesellschaft oder solche, die sich aus gesetzlichen Schuldverhältnissen ergeben nehmen am absoluten Vorrang der Legalitätspflicht nicht teil.[91] Die Erfüllung letztgenannter Pflichten kann in das Ermessen des Geschäftsführers fallen.[92] Der Geschäftsführer hat nicht die Pflicht, sämtliche Vertragspflichten der Gesellschaft gegenüber Dritten zu erfüllen. So kann es unter Umständen vorteilhafter sein, einen Prozess und eine Verurteilung zum Schadensersatz abzuwarten, als eine Vertragspflicht sofort zu erfüllen. Den Geschäftsführer trifft keine Sorgfaltspflichtverletzung, wenn er nach sorgfältiger Abwägung der unternehmerischen Risiken zu diesem Ergebnis kommt.[93] Auch Fälle, mit einer unklaren oder umstrittenen Rechtslage werden von der absoluten Legalitätspflicht ausgenommen.[94] In solchen Fällen wird dem Geschäftsführer ein Ausübungsspielraum eingeräumt, in dessen Rahmen der

---

[88] *Meier/Wick*, WM 2017, 1338.

[89] *Fleischer,* ZIP 2005, 141, 144; *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78; die ganz h.A. sieht sich mit ihrer These, dass Verstöße im Außenverhältnis zugleich auch Verstöße im Innenverhältnis bedeuten, dann Angriffen ausgesetzt, wenn Verstöße im Außenverhältnis „im Interesse" der Gesellschaft erfolgen, sog. „nützliche Gesetzesverstöße" (näher hierzu *Mayer/Wick,* WM 2017, 1338).

[90] *Fleischer,* ZIP 2005, 141, 147; bei der „Law-as-Price"-Theorie und der „Law-as-Limit"-Theorie handelt es sich um zwei grundverschiedene Ausgangspositionen der Berichterstatter der Principles of Corporate Governance des American Law Institute. Das American Law Institute ist bestrebt, die Rechtspflichten der Leitungsorgane in einem umfassenden Regelwerk zusammenzufassen. Die „Law-as-Price"-Theorie wird von der Minderauffassung im Schrifttum vertreten und spricht sich gegen eine Gesetzesbindung der Verwaltungsorgane von Gesellschaften aus, sofern der Gesetzesverstoß für die Gesellschaft vorteilhaft ist. Zentraler Einwand der Gegenansicht ist, dass die „Law-as-Price"-Theorie den normativen Charakter des Rechts verkenne (näher hierzu *Fleischer,* ZIP 2005, 141, 147).

[91] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 15; *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78.

[92] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 79a.

[93] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 40.

[94] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78 m.w.N.; *Habersack,* in: FS Uwe H. Schneider, 429, 436; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 149 f.

Geschäftsführer den für die Gesellschaft günstigsten Standpunkt einnehmen darf.[95]

Letztlich gelten im Rahmen des Geschäftsführerhandelns auch die allgemein anerkannten Rechtfertigungsgründe. Allgemein gilt, dass ein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG die Rechtswidrigkeit indiziert, diese jedoch im Einzelfall wegen der Einschlägigkeit von besonderen Rechtfertigungsgründen rechtmäßig sein kann.[96] Rechtfertigungsgründe können sich dabei sowohl aus dem GmbH-Recht als auch aus dem Strafrecht und dem allgemeinen Zivilrecht ergeben.[97] Ausnahmsweise liegt nach § 34 StGB kein pflichtwidriges Handeln des Geschäftsführers vor, wenn er zum Schutz von Leib und Leben in Unrechtsstaaten tätigen Mitarbeitern falsche Steuererklärungen für eine Übergangszeit entgegen den dort geltenden Vorschriften nicht unverzüglich korrigiert, um ein Evakuierungsprogramm vorzubereiten.[98] Der Geschäftsführer handelt auch nach § 904 BGB und § 34 StGB gerechtfertigt, wenn er einen gegen geltendes Recht verstoßenden Vergleich mit einem Vertragspartner der Gesellschaft unterschreibt, wenn der Vergleichsschluss zur Abwehr schwerwiegender Schäden der Gesellschaft erforderlich war.[99]

2.1.1.4. Die Treuepflicht des Geschäftsführers

Die weitreichenden Befugnisse des Geschäftsführers korrelieren mit der Treuepflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft.[100] Bei Beachtung der Treuepflicht kommt dem Geschäftsführer kein unternehmerisches Ermessen zu.[101] Grob lässt sich die Treuepflicht in die Pflicht zur Förderung[102] der Gesellschaft unterteilen und in das Verbot, die Stellung als Geschäftsführer für

[95] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 36, 37; vgl. auch *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78, m.w.N.
[96] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 41.
[97] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 41.
[98] *Fleischer,* in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 41.
[99] *Ehmann/Walden,* NZG 2013, 806, 808.
[100] Vgl. *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 26.
[101] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 56a.
[102] Im Rahmen der Fürsorgepflicht muss der Geschäftsführer seine ganze Arbeitskraft für die Gesellschaft einsetzen. Liegen besondere Umstände vor, muss der Geschäftsführer Überstunden leisten und ggf. seinen Urlaub verschieben oder abbrechen. Sein Amt darf er grundsätzlich ohne wichtigen Grund niederlegen. Dies darf allerdings nicht zur Unzeit geschehen.

eigene Interessen auszunutzen.[103] Im Einzelnen sind folgende Einzelausprägungen der Treuepflicht hervorzuheben.

2.1.1.4.1. Das Verbot der eigennützigen Ausnutzung der Organstellung

Aus der Treuepflicht folgt, dass der Geschäftsführer sich, ihm nahestehende Personen oder Dritte nicht auf Kosten der Gesellschaft durch Zuwendungen oder durch Unterlassung der Geltendmachung von Ansprüchen[104] und durch die Aneignung von an die Gesellschaft gerichteten Erwerbschancen[105] begünstigen darf. Dieses Verbot gilt auch, wenn der Geschäftsführer sich selbstständig machen möchte, auch dann, wenn der Geschäftsführer privat von einer Geschäftschance erfährt. Verstößt der Geschäftsführer hiergegen, macht er sich aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB und § 826 BGB und § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig. Die GmbH ist dann berechtigt, aufgrund des darin liegenden schweren Vertrauensbruches das Bestellungsverhältnis des Geschäftsführers zu widerrufen sowie das Anstellungsverhältnis zu kündigen.[106]

Diese unter dem Begriff der „Geschäftschancenlehre“[107] geführte Untersagung greift dann, wenn eine Geschäftschance dem Unternehmensgegenstand der GmbH zugerechnet wird und darüber hinaus auch, wenn damit ähnliche, aber nicht identische Betätigungsfelder von Tochtergesellschaften berührt werden.[108]

2.1.1.4.2. Die Verschwiegenheitspflicht des Geschäftsführers

Aus der Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung und der Treuepflicht des Geschäftsführers folgt eine § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und § 34 Abs. 1 Satz 2 GenG

---

[103] *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 42.
[104] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 38.
[105] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 38;
[106] Vgl. *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 55; *U.H. Schneider,* in*:* Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 209. Zu den zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches alternativen Handlungsmöglichkeiten der GmbHG, insbesondere zum Eintrittsrecht in das eingegangene Geschäft analog § 88 Abs. 2 AktG, § 113 HGB, siehe *U.H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 209.
[107] Mit der Geschäftschancenlehre ähnlich, aber nicht identisch ist das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers. Hiernach ist es dem Geschäftsführer nicht gestattet, im geschäftlichen Unternehmensbereich der GmbH unternehmerisch tätig zu werden. Dieses Verbot beginnt mit der Bestellung des Geschäftsführers und endet mit dessen Ausscheiden. Auch in diesem Fall hat die GmbH bei Eintritt eines Schadens einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB und § 826 BGB und § 43 Abs. 2 GmbHG. *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 48, 55; *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 39; *U. H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 167.
[108] *Klöhn,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 53.

entsprechende Pflicht des Geschäftsführers, über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse[109] sowie alle vertraulichen Angaben, die die Gesellschaft betreffen und ihm durch oder im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Geschäftsführer bekanntgeworden sind, gegenüber Außenstehenden zu schweigen.[110] Erteilen die Gesellschafter dem Geschäftsführer im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis eine Weisung, mit bestimmten Informationen vertraulich umzugehen, so muss der Geschäftsführer diese befolgen, unabhängig davon, ob ein objektives Erfordernis zum vertraulichen Umgang mit einer bestimmten Information besteht.[111]

2.1.2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Pflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG

Verstößt der Geschäftsführer gegen Pflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG, unterliegt das hiergegen verstoßende Handeln einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung. Die Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung seiner gegenüber der Gesellschaft bestehenden Pflichten ist in § 43 Abs. 2 GmbHG geregelt. Der vertraglichen Anspruchsgrundlage aufgrund schuldhafter Verletzung des Geschäftsführervertrages kommt gegenüber der gesetzlichen Haftungsgrundlage des § 43 Abs. 2 GmbHG keine eigenständige Bedeutung zu. Diese nimmt die vertragliche Haftungsgrundlage als zusätzliche gesetzliche Anspruchsgrundlage und als Spezialregelung in sich auf.[112]

2.2. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Anstellungsverhältnis

Primär[113] ergeben sich die an die Organstellung gebundenen Pflichten des Geschäftsführers aus § 43 GmbHG. Originär organschaftliche Pflichten, wie die Verschwiegenheitspflicht oder das Wettbewerbsverbot, existieren losgelöst von einer etwaigen ausdrücklichen Regelung im Anstellungsvertrag.[114]

---

[109] Zu den Geheimnissen zählen u.a. Produktionsverfahren, Absatzzahlen und Geschäftsverbindungen. Vertrauliche Informationen können an Dritte nur weitergegeben werden, wenn dies vom Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt ist. *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 20.

[110] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 20; *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 144; BGH NJW 1975, 1412 f.

[111] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 146; *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 47; siehe auch BGH NJW 1975, 1412 f. zur Verstärkung des Verschwiegenheitsgebots für Aufsichtsratsmitglieder in der Satzung.

[112] BGH ZIP 1989, 1390, 1392, dazu BGH EWiR 1989, 779, m. Anm. *Gravenhorst.*

[113] *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, 437, 442.

[114] Zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot siehe *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 174.

In seiner Grundlage ist der Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers regelmäßig[115] ein auf besondere Dienstleistungen gerichteter Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 611 BGB).[116] Neben den ohnehin aus den §§ 675, 611 ff. BGB sich ergebenden Pflichten, z. B. Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gegenüber der Gesellschaft (§ 666 BGB), Herausgabe von Vorteilen, die der Geschäftsführer im Zusammenhang mit seiner Amtsführung erlangt hat (§ 667 BGB), verpflichtet sich der Geschäftsführer durch den Anstellungsvertrag zusätzlich schuldrechtlich, seine Organpflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG höchstpersönlich[117] mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes[118] zu erfüllen. Über die Organpflichten hinaus können ihm zusätzliche Pflichten auferlegt werden, die keinen unbedingten Sachzusammenhang mit der Organstellung aufweisen müssen.
Hierzu zählen etwa ein Zustimmungsvorbehalt bei einer Nebentätigkeit, die Pflicht zur Einhaltung bestimmter, im Anstellungsvertrag geregelter Arbeitszeiten und u.U. auch eine Residenzpflicht des Geschäftsführers am Gesellschaftssitz.[119]

Möglich ist auch im Rahmen des Anstellungsvertrages, den haftungsrechtlichen Maßstab des Geschäftsführers, dem dieser aufgrund § 43 GmbHG unterliegt, zu präzisieren. Daraus folgt, dass die Verletzung von im Anstellungsvertrag vorgenommenen Verhaltensgeboten einen Sorgfaltsverstoß indiziert.[120]

Nicht selten kommt es vor, dass die im Anstellungsvertrag getroffenen Regelungen im Verhältnis zum gesetzlichen Organisationsrecht, zum Gesellschaftsvertrag und den Einzelzuweisungen im Widerspruch stehen.[121] Rechtlich zulässig modifizierte, ergänzte bzw. neu eingeführte Pflichten sind im Einklang mit der hier gefolgten Vorrangtheorie solche, die nicht gegen

---

[115] Zur Problematik, ob der Anstellungsvertrag auch ein Arbeitsvertrag sein kann, siehe unten 1. Teil, III. 3.
[116] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 3. Zum Meinungsstreit, ob der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ein Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag ist, siehe unten 1. Teil, III. 2 und 3.
[117] *Tebben,* in: MHLS, GmbHG, § 6 Rn. 152.
[118] Vgl. *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 18.
[119] *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 57.
[120] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 310.
[121] Vgl. *Thüsing*, in: v. Westphalen/Thüsing, VertrR/AGB-Klauselwerke, Geschäftsführerverträge, Rn. 103.

gesellschaftsrechtliche Regelungen verstoßen. Diese hat der Geschäftsführer vorrangig zu beachten.

2.3. Zwischenfazit

Liegt eine rechtlich gebundene Entscheidung vor, unterliegt diese der vollen gerichtlichen Überprüfung anhand des Maßstabs des § 43 Abs. 1 GmbHG und den zuvor dargestellten Geschäftsführerpflichten. Liegt hiergegen kein Verstoß vor, so besteht kein Anlass, dem Geschäftsführer für das Ergebnis einer auf Grundlage dieser Maßstäbe getroffenen Entscheidung die Verantwortung zuzuweisen. Eine hierauf gestützte Beendigung des Anstellungsverhältnisses darf nicht erfolgen.

3. Die unternehmerische Entscheidung im Mittelpunkt des unternehmerischen Wirkens des Geschäftsführers

„Handeln bedingt Entscheidungen."[122] Das Gegenteil zur gebundenen Entscheidung ist die unternehmerische Entscheidung, die nicht durch das Gesetz, die Satzung oder die Weisungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgezeichnet ist.[123]

Unternehmensziele zu erreichen, bedeutet gleichzeitig auch, unternehmerisch wirken zu müssen. Eine Pflicht, die darin besteht, solche Maßnahmen zu unterlassen, die im Rahmen des unternehmerischen Risikos auch Nachteile für das Unternehmen mit sich bringen können, darf nicht auferlegt werden. Um allerdings unbillige Risiken zu vermeiden, muss der Geschäftsführer während des Entscheidungsprozesses[124] Entscheidungsalternativen und Erkenntnismöglichkeiten beurteilen und abwägen.[125] Hierbei hat er gesicherte und erprobte betriebswirtschaftliche Erkenntnisse zugrunde zu legen. *Mutter*[126] stellt fest, dass die betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre hierfür Regeln entwickelt hat, die von der Unternehmenspraxis angewendet werden „können".

---

[122] *Semler,* in: FS Ulmer, 627.
[123] *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 137, 138.
[124] *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 8.
[125] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 27.
[126] *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 206.

Der Geschäftsführer ist u.a. angehalten, die Liquidität des Unternehmens, die wirtschaftliche Lage und Entwicklung sowie die Personalpolitik laufend zu beobachten und die betrieblichen Abläufe sowie die Position gegenüber Wettbewerbern des Unternehmens jederzeit zu überblicken. Er soll mit der gebotenen Sorgfalt handeln und entscheiden.
Eine juristische Verwendbarkeit als haftungsbegründende Pflichten im Sinne eines „Müssen" sieht *Mutter*[127] hierin aber nicht, sodass weiterhin die Rechtswissenschaft gefordert bleibt.

3.1. Der Beurteilungsspielraum

Die Beurteilung dieser verschiedenen betriebswirtschaftlichen Parameter, d.h. die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Tatbestand unter Berücksichtigung der vorbezeichneten Entscheidungskriterien erfüllt ist, unterliegt einem **Beurteilungsspielraum**. Die Entscheidung, ob also die Voraussetzungen zur Vornahme einer bestimmten unternehmerischen Entscheidung durch den Geschäftsführer bestehen, unterliegt seiner persönlichen **Beurteilung**. *Semler*[128] hält zutreffend eine Anlehnung gesellschaftsrechtlicher Überlegungen an die öffentlich-rechtlichen Überlegungen zum Beurteilungsspielraum für angebracht. Die Folge davon ist, dass die Gerichte und in entsprechender Weise die Organe, die nachträglich die getroffene Entscheidung in den Blick nehmen, diese nur eingeschränkt nachprüfen dürfen.

3.2. Der Ermessensspielraum

Auf der Rechtsfolgenseite, d.h. bei der Frage, ob bei Erfüllen der Voraussetzungen zur Vornahme einer Handlung eine bestimmte Maßnahme auch tatsächlich durchgeführt wird, unterliegt dem **Ermessen** des Entscheidungsorgans, also dem Ermessen des Geschäftsführers.

Das dem Handelnden zur Verfügung stehende Ermessen ist nicht vollkommen frei, sondern muss die Gebote der Ordnungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit und

---

[127] *Mutter*, ebenda.
[128] *Semler,* in: FS Ulmer, 627, 633; a.A.: *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 241.

die ihm gesetzlich, satzungsgemäß und vertraglich auferlegten Sorgfaltspflichten berücksichtigen. Der Geschäftsführer hat die zu erwartenden Chancen gegen die drohenden Risiken abzuwägen und zu reflektieren, ob das von ihm geplante Verhalten erforderlich, geeignet oder angemessen ist. Überwiegen die Risiken, darf er grundsätzlich die beabsichtigte Handlung nicht vornehmen.[129]

Insgesamt zeigt der vorstehende Überblick, dass die unternehmerische Entscheidung im Zusammenhang mit dem in die Zukunft gerichteten Handeln des Geschäftsführers von vielen Variablen geprägt ist, deren rechtliche Überprüfungsmöglichkeit nur bruchstückhaft möglich ist.

3.3 Juristische Überprüfungsmöglichkeit einer unternehmerischen Entscheidung: Die Business Judgement Rule im deutschen Recht

In der im **Organhaftungsrecht der Aktiengesellschaften** viel beachteten und diskutierten Entscheidung *ARAG/Garmenbeck*[130] hat der BGH die Verpflichtung des Aufsichtsrats einer AG festgestellt, den Vorstand bei Pflichtverletzungen auf jeden Fall in Anspruch zu nehmen, notfalls auch gerichtlich. Beim zugrundeliegenden Sachverhalt wandten sich die Kläger, die Mitglieder des Aufsichtsrats der Beklagten, eine in der Rechtsform einer AG geführte Rechtsschutzversicherung, gegen ihren Vorstandsvorsitzenden. Der Vorstandsvorsitzende der Beklagten führte Geschäftsbeziehungen mit einer in London gegründeten, inzwischen zusammengebrochenen G. Ltd., welche Anlagen- und Anlagevermittlungsgeschäfte in Form eines "Schneeball-Systems" betrieb. Nach Zusammenbruch der G. Ltd. erlitt die Beklagte einen Schaden von rund 40 Mio. €. Die Beklagte verbürgte sich ohne Rückversicherung für die Schulden dieses Unternehmens. Der Aufsichtsrat der Beklagten hatte Anträge der Kläger, den Vorstand in Anspruch zu nehmen, zweimal abgelehnt.

Der BGH hatte in dieser Entscheidung die Doktrin aufgestellt, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte einer Aktiengesellschaft ein weiter

---

[129] Vgl. *Semler,* in: FS Ulmer, 627, 635.
[130] BGHZ 135, 244 *(ARAG/Garmenbeck).*

Handlungsspielraum zugebilligt werden müsse und nicht jeder beim Unternehmen eingetretene Nachteil auf eine pflichtwidrige Ausübung der Leitungsmacht zurückzuführen sei.[131] Der BGH erkannte dabei an, dass ein Unternehmensleiter neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch der Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen ausgesetzt sei, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln.[132]

Hieraus folgt, dass einem Unternehmensleiter ein breiter unternehmerischer Ermessensspielraum zuzugestehen ist, um die Unternehmensziele erreichen zu können. Dies bedingt, dass sich aus einer unternehmerischen Entscheidung, die sich für die Gesellschaft nachteilig ausgewirkt hat, nur innerhalb enger Grenzen eine Pflichtverletzung ableiten lässt.[133] Von der Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Mitglieder des Vorstands will der BGH dann eine Ausnahme machen, *„wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.“*[134] Der BGH berücksichtigt im Ergebnis das Unternehmensinteresse auch für die Frage, ob nicht ausnahmsweise von der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen abgesehen werden kann.[135] Eine schuldhafte Verletzung von Geschäftsfleiterpflichten kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen eines am Unternehmenswohl orientierten, auf sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhenden Handelns deutlich überschritten und die Bereitwilligkeit, unternehmerische Risiken einzugehen, deutlich und unverantwortlich überspannt wurde.[136] Die mit einer unternehmerischen Entscheidung verbundene Unsicherheit, die nahezu nie ausgeschlossen werden kann und bei Entscheidungen unter erheblichem Zeitdruck nur noch intensiviert wird, führt zu der allgemeinen Auffassung, dass die Vorstandsmitglieder nicht pflichtwidrig handeln, wenn sie auf Grundlage der subjektiven Betrachtung ex ante annehmen durften, sorgfaltsgemäß zu handeln.[137] Den Leitungsorganen wurde ein „weiter Ermessenspielraum“ und

---

[131] BGH NJW 1997, 1926, 1927 *(ARAG/Garmenbeck)* = BGH DStR 1997, 880, 883 m. Anm. *Goette*.
[132] BGH NJW 1997, 1926, 1927 *(ARAG/Garmenbeck).*
[133] *Mertens,* in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 19.
[134] BGH JZ 1997, 1071, 1074, 1075 m. Anm. *Dreher*.
[135] BGH JZ 1997, 1071, 1074, 1075 m. Anm. *Dreher*.
[136] BGH NJW 1997, 1926, 1927, 1928 *(ARAG/Garmenbeck).*
[137] *Meier/Wick,* WM 2017, 1338, 1344.

eine eigene, der richterlichen Kontrolle entzogene Einschätzungsprärogative eingeräumt.[138]

Der Gesetzgeber hat diese aufgestellten Grundsätze aufgegriffen und durch das UMAG vom 22.09.2005 für das Recht der Aktiengesellschaften einen neuen Satz 2 in § 93 Abs. 1 AktG mit dem Inhalt eingefügt, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln" – und somit ist das pflichtkonforme Handeln des Vorstandes einer Aktiengesellschaft definitorisch bestimmt.[139] Für Fehler im zugebilligten unternehmerischen Entscheidungsspielraum besteht also keine Haftung.[140] Die unwiderlegliche Vermutung für ein pflichtgemäßes Geschäftsführerhandeln setzt folgende sechs Merkmale voraus:

1. Eine unternehmerische Entscheidung,
2. Handeln in Übereinstimmung mit Recht, Gesetz und Satzung,
3. Handeln zum Wohle der Gesellschaft,
4. Handeln auf der Grundlage angemessener Information,
5. Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse,
6. Handeln im guten Glauben.[141]

Die Vorschrift des § 93 Abs. 1 AktG beruht auf der Erkenntnis, dass die Haftung der Leitungsorgane keine Erfolgshaftung, sondern eine Haftung für das pflichtwidrige Verhalten,[142] also für Verhaltensunrecht ist. Hierin findet sich die Kodifikation der „Business Judgement Rule" im deutschen Recht wieder, für die die Corporate Governance Principles des American Law Institute als Vorbild dienten. Die als Leitbild dienende US-amerikanische „Business Judgement Rule" geht von zwei Leitprinzipien aus: Zum einen ist es der Gedanke, dass es unzumutbar und praxisfremd ist, einen „Director", der nach bestem Wissen und Gewissen sich bemühte, der Gesellschaft zu nutzen, persönlich haften zu lassen. Zum anderen liegt ihr die Einsicht zugrunde, dass Richter zur inhaltlichen

---

[138] *Meier/Wick,* WM 2017, 1338, 1344.
[139] näher hierzu: *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 55-63.
[140] BT-Drucks. 15/5092, 11 ff.
[141] *U.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 55.
[142] *Meier/Wick*, WM 2017, 1338, 1344.

Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen nicht geeignet sind.[143] In die weiteren Gedanken einzubinden ist die zusätzliche Erkenntnis, die sich aus der amerikanischen „Business Judgement Rule“ ergibt, nämlich dass der Schutz des unternehmerischen Ermessens an die unbegrenzte Loyalität der für die Gesellschaft handelnden Personen geknüpft ist. Hieraus ergibt sich für das US-amerikanische Recht, dass die Lösung des Ermessensproblems auf der Verbindung zwischen den beiden grundsätzlichen Pflichtkategorien, die der Leitungspflicht der Leitungsorgane ihr wesentliches Gepräge geben, liegt, nämlich der Treuepflicht (duty of loyalty) und der Sorgfaltspflicht (duty of care).[144] *Paefgen* sieht dieses Prinzip auch im deutschen Recht verankert und spricht einer unternehmerischen Ermessensentscheidung Richtigkeitsgewähr dann zu, wenn diese von einem unbefangenen Gesellschaftsorgan getroffen wurde.[145]

Obwohl die Business Judgement Rule im deutschen AktG geregelt ist, ist ihre Anwendung und der darin aufgegriffene Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens nicht nur auf die Norm des § 93 AktG und den Aktiengesellschaften beschränkt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Business Judgement Rule über die Aktiengesellschaft hinaus *„in allen Formen unternehmerischer Betätigung“* Anwendung finden.[146] Der darin ausgedrückte Grundgedanke des Geschäftsleiterermessens ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG begrenzt, sondern findet sich in allen Formen unternehmerischer Betätigung. Eine positivrechtliche Regelung ist nicht notwendig. Das Regelungsmuster, das für das Aktienrecht zu § 93 AktG gefunden wurde, und die Literatur sowie Rechtsprechung dazu können ohne weiteres als Anknüpfungs- und Ausgangspunkt für die weitere Rechtsentwicklung dienen.[147] Das Schrifttum bejaht ganz überwiegend ihre Geltung auch für Entscheidungen der GmbH-Geschäftsführung.[148]

---

[143] *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 151, m.w.N.
[144] *Paefgen*, a.a.O., 172, m.w.N.
[145] *Paefgen*, a.a.O., 176.
[146] BT-Drucks. 15/5092, S. 12; a.A. *Jungmann*, in: FS K. Schmidt, 831 ff.
[147] BT-Drucks. 15/5092, 12.
[148] *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 8; ders., NZG 2011, 521, 523; *Ziemons*, in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 134; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 23; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 128; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 847 f; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Großkommentar GmbHG, § 43 Rn. 111; *U.H. Schneider*, in: Scholz,

Zu beachten ist, dass der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich klarstellt, dass das Handeln im Einklang mit den dort normierten und aus der Business Judgement Rule resultierenden Kriterien ausschließlich die Ebene der Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens betrifft und die Verschuldensebene nicht tangiert. Hat der Vorstand also den Haftungsfreiraum des § 93 Abs. 1 Satz 2 nicht erreicht, bedeutet dies nicht gleichzeitig, dass er automatisch in die Haftungszone gerät. Die Haftung hängt vielmehr von weiteren Voraussetzungen ab, etwa von einem vorwerfbaren Verhalten, sodass diese bei fehlendem Verschulden entfallen kann.[149] Die Gesetzesbegründung gibt an, dass bei illegalem Verhalten im Einzelfall das Verschulden fehlen,[150] bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „erforderlich", „wirtschaftlich", „vorteilhafter" im Rahmen der Legalitätsplicht das fehlende Verschulden also noch nachgewiesen werden kann.[151]

4. Zusammenfassendes Zwischenfazit

Festgestellt wurde, dass der Geschäftsführer durch die getrennt zu behandelnden Rechtsverhältnisse, durch das Organverhältnis einerseits und das Anstellungsverhältnis andererseits, zweifach mit der Gesellschaft verbunden ist. Vorrang haben hierbei die dem Organverhältnis und dem Anstellungsverhältnis zugrunde liegenden gesellschaftsrechtlichen Normen.

Im Zentrum der Geschäftsführertätigkeit steht das unternehmerische Handeln, das sich in die gebundene Entscheidung und die unternehmerische Entscheidung untergliedert. Während die gebundene Entscheidung der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt, wird dem Geschäftsführer bei der unternehmerischen

---

GmbHG, § 43 Rn. 50 ff; *Spindler*, in: MüKoAktG, § 93 Rn. 43, 57; a.A.: *Jungmann*, dieser vertritt die Ansicht, die Business Judgement Rule könne ohne Weiteres auf die GmbH keine Anwendung finden. Die GmbH sei in der Praxis eher personalistisch strukturiert, obwohl sie im Ausgangspunkt noch an einem kapitalistisch strukturierten Gesetz orientiert sei. Die Ratio der Business Judgement Rule, Geschäftsleiter von risikoaversem Verhalten abzuhalten, könne nach Jungmann bei der GmbH keine Geltung beanspruchen. Die GmbH habe es in der Hand, den Haftungsmaßstab des § 43 GmbH im Gesellschaftsvertrag zu verändern und damit der Business Judgement Rule in ihrer Gesellschaft zur Geltung zu verhelfen. Auf diese Weise kann die GmbH den Geschäftsleitern den notwendigen Anreiz schaffen, Entscheidungen risikounabhängig zu fällen. *Jungmann*, in: FS K. Schmidt, 831, 850.

[149] *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589, 590.

[150] BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2085.

[151] Vgl. *Spindler*, NZG 2005, 865, 872; vgl. auch *Fleischer*, WM 2005, 909, 917; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2102; *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589, 590.

Entscheidung ein Entscheidungsspielraum zugebilligt. Für Fehler in diesem Entscheidungsspielraum haftet der Geschäftsführer nicht.

Es ist offensichtlich, dass das Risiko besteht, die Intention der Norm des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der Business Judgement Rule ad absurdum zu führen, wenn das Anstellungsverhältnis aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung beendet wird, obwohl diese den Anforderungen der Business Judgement Rule genügt hat.
Eine **außerordentlich** ausgesprochene Kündigung, die aus Anlass von wirtschaftlichem Misserfolg oder dem Nichterreichen des vorgegebenen Umsatzziels ausgesprochen wurde, ist nur möglich, wenn diese Ergebnisse dem Geschäftsführer durch falsche operative Maßnahmen zugerechnet werden können.[152] Eine unternehmerische Entscheidung, die den Maßstäben der Business Judgement Rule genügt und bereits auf Pflichtwidrigkeitsebene ausscheidet, unterliegt nicht der Prüfung, ob sie auf Verschuldensebene dem Geschäftsführer zugerechnet werden kann.
Erfolgt eine außerordentliche Kündigung aus Anlass einer solchen Maßnahme, die **haftungsrechtlich** auf Tatbestandsebene die Voraussetzungen einer Pflichtverletzung nicht erfüllt, ist fraglich, ob sie auch im Rahmen der Kündigungsprüfung einen Grund zur Kündigung darstellen darf. Vielmehr ist zu fragen, ob eine solche operative Maßnahme des Geschäftsführers auch bei der Prüfung der Voraussetzungen des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes auf Tatbestandsebene ausscheiden sollte, sodass ein Gleichlauf zwischen Haftungs- und Kündigungsgrund des Anstellungsverhältnisses hergestellt werden könnte.

Welche Auswirkungen die Business Judgement Rule auf die Beendigung des Anstellungsvertrages hat, ist von der Rechtsnatur des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages und der zu beantwortenden Frage abhängig, ob ein Rückgriff auf diese im Kündigungsfall notwendig ist.
Erforderlich ist zunächst die rechtliche Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers, auch vor dem Hintergrund der neuen europarechtlichen Entwicklungen.

---

[152] *Henssler*, in: MüKoBGB, § 626 Rn. 41.

III. Die Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses

1. Vorbemerkung

Die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages des GmbH-Geschäftsführers als Dienst- oder Arbeitsvertrag ist seit vielen Jahren umstritten. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass bei einer **unentgeltlichen** Wahrnehmung des Geschäftsführeramtes ein Auftragsverhältnis nach § 662 ff. BGB vorliegt.[153] Dies wird regelmäßig bei Geschäftsführern zutreffen, die gleichzeitig Gesellschafter, d.h. sog. Gesellschafter-Geschäftsführer,[154] und mehrheitlich an der Gesellschaft beteiligt sind und daher vorrangig Gesellschaftsinteressen wahren wollen. Bei Fremd- und Minderheitsgesellschaftergeschäftsführern wird hingegen die **Entgeltlichkeit** nach § 612 BGB vermutet.[155]

Unproblematisch sind auch die Sonderfälle der Drittanstellung, wenn also der Anstellungsvertrag nicht mit der GmbH abgeschlossen wird, sondern mit einem Dritten. Der zugrunde liegende Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist in diesen Fällen ein Arbeitsvertrag, da die Anstellungsverhältnisse so ausgestaltet sind, dass sie auch zu einer „Tätigkeit außerhalb der Geschäftsführung“ verpflichten[156]. In der Praxis betrifft dies Sachverhalte der GmbH & Co. KG und Konzernfälle.[157] Im ersteren Fall ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH oftmals bei der KG als Arbeitnehmer angestellt, sodass sich die Rechtsfolgen nach dem Arbeitsrecht bestimmen. Bei Konzernen kommt es häufig vor, dass leitende Angestellte der Konzernmutter bei Tochtergesellschaften als Geschäftsführer berufen werden, ohne dass die Arbeitnehmerstellung bei der Muttergesellschaft berührt wird. Der Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft dient gleichzeitig als Anstellungsvertrag des Geschäftsführers für seine Tätigkeit bei der Tochtergesellschaft.[158] Die Folge ist, dass insgesamt das Arbeitsrecht und somit auch das KSchG auf Geschäftsführer in Drittanstellung Anwendung findet.[159]

---

[153] *Hürten,* in: MAH, GmbH-Recht, § 9 Rn. 1.
[154] Zur rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrages eines Gesellschafter-Geschäftsführers, siehe weiter unten 1. Teil, III. 3.1.1. und 3.1.2.
[155] *Stein,* in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 160, 191.
[156] BeckRS 2003, 12496, Rz. 32; *Rocco*, Der GmbH-Geschäftsführer, 177.
[157] OLG Celle AP HGB § 161 Nr. 4
[158] *Rocco*, Der GmbH-Geschäftsführer, 177.
[159] BeckRS 2003, 12496, Rz. 18.

Bei entgeltlichen Anstellungsverträgen ist die Einordnung als Dienstvertrag oder als Arbeitsvertrag strittig. Der Streit hat nicht nur theoretische Bedeutung. Die Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG regelt zwar ausdrücklich die Unanwendbarkeit der Kündigungsschutzvorschriften der §§ 1-13 KSchG auf den Geschäftsführer und alle sonstigen Organvertreter juristischer Personen.[160] Aber die rechtliche Einordnung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ist trotz dieser Bereichsausnahme entscheidend, denn die eventuelle Bejahung einer Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers eröffnet die Frage nach der direkten Anwendung der Vorschriften des KSchG. Insbesondere gilt dies für jene, die nicht im ersten Abschnitt des KSchG enthalten sind. Auch sonstige zivilrechtliche Bestimmungen, die originär auf ein Arbeitsverhältnis zugeschnitten sind, fänden in diesem Fall Anwendung auf das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers. Hierzu gehört insbesondere die Norm des § 622 BGB, die die Grundkündigungsfristen für Arbeitnehmer vereinheitlicht.[161]

Erst nach Feststellung der auf den Anstellungsvertrag anzuwendenden Normen kann die Prüfung vorgenommen werden, welche Möglichkeiten dem Geschäftsführer zur Verfügung stehen, um gegen die unberechtigte Beendigung seines Anstellungsvertrages vorzugehen.

Der Schlüsselbegriff für die Einordnung unter einen bestimmten Vertragstypus ist der des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer – und somit dem Arbeitsrecht zuzuordnen – ist, wer aufgrund eines zivilrechtlich einzuordnenden Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.[162] Ferner wird noch untersucht werden, ob § 611a BGB, der seit dem 01.04.2017 den Begriff des

---

[160] Hierunter fallen die Mitglieder des jeweiligen Vertretungsorgans, also insbesondere Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (§ 78 AktG), einer Genossenschaft (§ 24 GenG), eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 II BGB), einer rechtsfähigen Stiftung (§ 86 i.V.m. § 26 II BGB), die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (§ 278 II AktG iVm §§ 161 II, 125 HGB) und die Geschäftsführer einer GmbH (§ 35 I GmbHG), auch solche einer GmbH & Co. KG (§ 170 HGB i.V.m. § 35 I GmbHG); Auch der besondere Vertreter eines rechtsfähigen Vereins nach § 30 BGB fällt unter § 14 I Nr. 1, aber nur insofern, als dass seine Vertretungsmacht auf der Satzung beruht.

[161] Vgl. *Linck*, in: APS, Kündigungsrecht, § 622 BGB Rn. 7.

[162] *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 88. Zum Arbeitnehmerbegriff nach § 611a BGB siehe 1. Teil, III. 3.5.

Arbeitsvertrages legal definiert, neue rechtliche Erkenntnisse für die Einordnung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages liefert. Zu klären ist, ob der Gesetzgeber vielmehr nur an die Rechtsprechung des BAG anknüpft und „unter wörtlicher Wiedergabe der Leitsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung" festlegt, wer Arbeitnehmer ist."[163]

Die Diskussion in der deutschen Rechtswissenschaft darüber, ob der GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer oder Dienstverpflichteter ist, ist festgefahren. Die weiterhin bestehende Uneinigkeit, die durch die neuen Impulse des Europarechts[164] befördert werden, verleihen dieser Thematik eine fortwährende Aktualität. Die Auseinandersetzung fokussiert sich auf den Begriff der persönlichen Abhängigkeit. Diese ist im Wesentlichen als Weisungsunterworfenheit einer Person definiert. Dabei kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort und sonstige Modalitäten der Tätigkeit regeln.[165] Ob dem GmbH-Geschäftsführer solche Weisungen erteilt werden können, wird im Rahmen der nachfolgenden Prüfung untersucht.

2. Der Geschäftsführer als Dienstverpflichteter

Die herrschende Meinung in der gesellschaftsrechtlichen Literatur[166] und der BGH[167] sprechen sich dafür aus, das entgeltliche Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers als freien Dienstvertrag (§§ 675, 611 BGB) zu qualifizieren.
Demnach sei der Geschäftsführer die Repräsentationsfigur der Gesellschaft und übe Arbeitgeberfunktionen aus. So trete er insbesondere gegenüber anderen Arbeitnehmern als sozialer Gegenspieler auf,[168] der über ihre Anstellung und Entlassung entscheide. Die ihm zugesprochene unternehmerische Freiheit und seine gesetzlichen Mindestpflichten (§§ 41, 43 Abs. 3 GmbHG; § 15a Abs. 1 InsO), von denen er weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch die

[163] *Reill-Ruppe*, AuR 2018, 173; *Boemke*, RdA 2018, 1.
[164] Hierzu siehe 1. Teil, III. 3.4.
[165] BAG NJW 2015, 572, 574.
[166] *Titzes,* in: Ehrenberg, Hdb. des gesamten Handelsrechts, 545 ff; *Beurskens,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 6 Rn. 54; *Preis,* in: ErfKArbR, § 611 BGB, Rn. 7; *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Hdb., I. § 14 Rn. 3 ff.; vgl. auch: *Jaeger*, NZA 1998, 961, 963; *Holthausen*/*Steinkraus*, NZA-RR 2002, 281, 282.
[167] St. Rspr. BGH NJW 1981, 1270 f; BGH NJW 1978, 756; BGH NJW 1953, 1465 f.
[168] *Titzes*, in: Ehrenberg, Hdb. des gesamten Handelsrechts, 545 ff; *Kempermann,* in: ArbRAktuell 2016, 201, 202.

Gesellschafter befreit werden kann, verhindern seine Einstufung als Arbeitnehmer.[169] Zwar unterliege der Geschäftsführer einem Weisungsrecht, dieses beziehe sich allerdings nur auf das organschaftliche Bestellungsverhältnis und sei an keine arbeitsrechtlichen Weisungen gebunden.[170]

3. Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer

Die in der arbeitsrechtlichen Literatur vertretene Gegenmeinung[171] betont dagegen die soziologische Nähe zu den leitenden Angestellten,[172] die unstrittig Arbeitnehmer sind. Dies gelte vor allem für all jene, die nicht durch entsprechende Kapitalbeteiligung oder durch sonstigen Einfluss auf die juristische Person Unternehmerstellung einnehmen. Das kann sowohl auf GmbH-Geschäftsführer als auch auf Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft zutreffen.

Das zentrale Argument der Ansicht, die den Geschäftsführer unter dem Arbeitnehmerbegriff subsumiert, ist das uneingeschränkte Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung nach § 37 Abs. 1 GmbHG.[173] Die Weisungsabhängigkeit ist das entscheidende Kriterium des klassischen Arbeitnehmerbegriffs und spricht für die Einordnung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer.

Die gegenüber der Gesellschaftsversammlung gegebene Weisungsgebundenheit[174] nach § 37 GmbHG begründe die soziale Schutzbedürftigkeit[175] und die tatsächliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von der Gesellschaft.[176] Der Geschäftsführer stelle seine gesamte Arbeitskraft

---

[169] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 3a; *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 261; *Nägele,* BB 2001, 305, 306

[170] *Kleindiek,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 3a; *G. Hueck,* in: FS Hilger/Stumpf, 365, 377; *G. Hueck*, ZfA 1985, 25, 29 f; *Schulze/Hintzen,* ArbRAktuell 2012, 263, 264; *Boemke*, ZfA 1998, 209, 212 ff; *U. H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn 261; BGH GmbHR 2007, 606, 607; zustimmend insoweit BAG EWiR 1999, 1093, 1094, m. Anm. *Wank*, qualifiziert jedoch trotzdem den Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer.

[171] *Preis,* in: ErfKArbR, § 611a BGB Rn. 89; *Kania*, in: Küttner, Personalbuch, *Geschäftsführer* Rn. 17; *Holthausen/Steinkraus*, NZA-RR 2002, 281, 282; *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457, 1460; *Köhl*, DB 1996, 2597, 2600 ff, insbes. 2601.

[172] *G. Hueck,* in: FS Hilger/Stumpf, 365, 368.

[173] *Trinkhaus,* DB 1968, 1756, 1759; *Henssler,* RdA 1992, 289, 293.

[174] *Trinkhaus,* DB 1968, 1756, 1759; *Hromadka*, Das Recht der leitenden Angestellten, 326; *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, 92, 224; *Henssler*, RdA 1992, 289.

[175] *Preis,* Arbeitsrecht, § 8 Rn. 212; *Bellstedt*, GmbHR 1976, 236, 238.

[176] *Molitor,* in: FS Ehrenberg, 41, 57 ff; *G. Hueck*, in: Molitor/Hueck/Rietzler, Der Arbeitsvertrag, 31 ff.

der Gesellschaft zur Verfügung und erhalte als Gegenleistung ein Gehalt, das seine Existenzgrundlage bilde. Dies ist nicht zwingend höher als das Gehalt eines sonstigen Arbeitnehmers[177] und rechtfertigt daher die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers als Arbeitsvertrag. Schließlich zeigen u.a. § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AZO, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 und 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG, § 3 Abs. 1 Satz 2 MitbestG und § 1 Abs. 3 lit. a 3. VermBG, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers ausgeht, da es ansonsten einer gesetzlichen Ausschlussfunktion in diesen Normen nicht bedurft hätte.[178]

3.1. Die differenzierte Ansicht des BAG

Das BAG geht inzwischen in ständiger Rechtsprechung[179] davon aus, dass die Statusbeurteilung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer oder freier Dienstnehmer nicht nur von der Organstellung abhängen darf.[180] Maßgeblich für die Qualifizierung als Arbeitnehmer ist entsprechend den allgemeinen Kriterien, dass der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft weisungsgebunden ist und nicht selbstständig tätig wird.[181]

Eine andere Beurteilung sei auch nicht aufgrund der Organ- bzw. Repräsentationsfunktion zu rechtfertigen. Die Repräsentation der Gesellschaft, die unternehmerische Willensbildung und die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen sei, zumindest bei einer Mehrpersonengeschäftsführung, auch dann noch möglich, wenn einzelne Mitglieder der Geschäftsführung wegen entsprechender Weisungsabhängigkeit materiell-rechtlich als Arbeitnehmer anzusehen seien.[182]

Da sich in einem solchen Fall der Geschäftsführerstatus und die Arbeitnehmereigenschaft nicht ausschlössen, müsse immer auf die Umstände

---

[177] *Miller*, ZIP 1981, 578, 579.
[178] *G. Hueck,* in: FS Hilger/Stumpf, 365, 368, 369.
[179] BAG NJW 2015, 572, 574; BAG NZA 1999, 987, 988; vgl. auch BAG ZIP 1992, 1496; BAG AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46.
[180] BAG NZA 1999, 987, 988.
[181] BAG NZA 1999, 987, 988; zur Arbeitnehmereigenschaft eines Musiklehrers, der auf Basis eines „freien Dienstvertrages“ an einer Musikschule tätig war, siehe BAG NJW-Spezial 2018, 210 f.
[182] BAG NZA 1999, 987, 988.

des Einzelfalls abgestellt[183] und nach den allgemeinen Grundsätzen für die Begründung der Arbeitnehmerstellung das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft geprüft werden.[184]

Das unternehmerische Weisungsrecht nach § 37 GmbHG dient der Abgrenzung der Organkompetenzen untereinander[185] und sagt nichts über den arbeitsrechtlichen Status des Geschäftsführers aus. Es steht der Gesellschaft auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer zu.[186] Daher ist nach Auffassung des BAG zu prüfen, ob der Gesellschaft außerdem eine über § 37 GmbHG hinausgehende arbeitsbegleitende Weisungsbefugnis zusteht und somit die Umstände, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, bestimmen kann.[187]

Entscheidend sollen laut Urteilen des BAG insbesondere die Regelungen hinsichtlich der Arbeitszeit, des Urlaubes oder der Berichtspflicht sein.[188] Die Kennzeichen eines freien Dienstverhältnisses sind nach Auffassung des BAG: Kann der Geschäftsführer seine Arbeitszeit im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse frei und eigenverantwortlich gestalten? Braucht er sich den Urlaub nicht genehmigen zu lassen, sondern muss er diesen nur mit anderen Leitungspersonen absprechen? Ist er nur den Gesellschaftern auf Verlangen nach § 51a Abs. 1 GmbHG, nicht aber anderen Geschäftsführern zur Berichterstattung verpflichtet?[189]

3.1.1. Sonderstellung: Der Gesellschafter-Geschäftsführer und der Gesellschafter-Geschäftsführer mit maßgeblichen Einfluss

Hält der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschaftsanteile, stellt sich im Fortgang der zuvor dargestellten Ansicht des BAG die Frage der (fehlenden) Weisungsabhängigkeit.[190] Im Falle von Gesellschafter-Geschäftsführern mit

[183] *Schulze/Hintzen,* ArbRAktuell 2012, 263, 264.
[184] BAG ZIP 1983, 607 f.
[185] So auch in der Literatur *G. Hueck,* in: FS Hilger/Stumpf, 365, 377, ders. in: ZfA 1985, 25, 29 f; *Eckardt,* ZfA 1987, 467, 472.
[186] BAG ZIP 2006, 821 f.
[187] *Nägele*, BB 2001, 305, 306; BAG ZIP 2006, 821 m. Anm. *Kamanabrou*; BAG NZA 1999, 987, 989.
[188] *Nägele*, BB 2001, 305, 306.
[189] *Nägele*, BB 2001, 305.
[190] *Reinfelder,* RdA 2016, 87, 94.

einer Kapitalbeteiligung von mehr als 50 % ist eine Weisungsgebundenheit und somit die Arbeitnehmerstellung abzulehnen. Ebenso ist ein Minderheitsgesellschafter, der eine Sperrminorität besitzt und 50 % oder weniger der Gesellschaftsanteile hält und an ihn adressierte Weisungen verhindern kann, grundsätzlich kein Arbeitnehmer.[191]

In beiden Konstellationen hat der Geschäftsführer einen derartigen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft, dass er über seine Gesellschafterstellung faktisch die Leitungsmacht nicht nur in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen der Gesellschaft als solche, sondern auch in Bezug auf die Geschäftsführertätigkeit innehat.[192]

3.1.2. Sonderstellung: Der Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung ohne maßgeblichen Einfluss und der Fremdgeschäftsführer

Bei einem Minderheits- oder Fremdgeschäftsführer[193] bestimmt sich die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Dienstverhältnis anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls.[194] Das BAG nimmt an, dass Geschäftsführer einer GmbH dann Arbeitnehmer sind, wenn die Gesellschafterversammlung ihnen gegenüber weisungsbefugt[195] und ihre Position von dem Wohlwollen übergeordneter Organe abhängig ist.[196] Dies ist bei einem gesellschaftsrechtlich nicht bestimmend beteiligten GmbH-Geschäftsführer in aller Regel der Fall, da dieser angesichts der dominierenden Stellung der Gesellschafterversammlung an deren Weisungen gebunden ist und (vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmung) gemäß § 38 I GmbHG jederzeit aus der Geschäftsführung abberufen werden kann.
Diese Grundsätze können beim Fremdgeschäftsführer entsprechend angewendet werden. Genauso wie ein leitender Angestellter übe er seine Tätigkeit auf der Grundlage eines Anstellungsvertrages aus. Da er nicht Gesellschafter ist, ist er,

---

[191] BAG NZA 2014, 1293, 1295; vgl. Anm. hierzu: NJW-Spezial 2014, 721; BAG EWiR 2015, 199, 200, m. Anm. *Plagemann*.
[192] *Reinfelder,* RdA 2016, 87, 90; BAG NZA 2014, 1293, 1295; vgl. auch BAG NZA 1998, 939, 940.
[193] Fremdgeschäftsführer ist der Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital nicht beteiligt ist.
[194] BAG NZA 2014, 1293, 1295; BAG ; BAG NZA 1999, 987, 988.
[195] BAG NZA 2014, 1293, 1295.
[196] *Oberthür,* NZA 2011, 253, 254, 255 f.

wie der Minderheitsgesellschafter, von den Weisungen der Gesellschafterversammlung abhängig und somit weisungsgebunden.[197]

3.2. Die Ansicht der Sozialgerichte

Das BSG stellte in seiner früheren Rechtsprechung im Einklang mit *Staab*[198] für eine sozialversicherungsrechtliche und somit abhängige Tätigkeit nicht nur auf die formale Rechtslage ab, sondern auch auf die faktische Ausübung nicht gegebener Rechte. Im Ergebnis solle der Geschäftsführer, der die Rechtsmacht hat, als auch derjenige, der die Gesellschaft ohne entsprechende Rechtsmacht tatsächlich leitet, nicht abhängig beschäftigt sein.[199] In diesen Fällen leistet der Gesellschafter seine Tätigkeit als Geschäftsführer für die Gesellschaft unmittelbar aufgrund seiner Gesellschafterstellung und erfüllt somit eine Gesellschafterpflicht,[200] sodass er auf der Grundlage eines freien Dienstvertrages tätig wird.[201] Der Fremdgeschäftsführer sei, so das BSG, ausnahmslos abhängig beschäftigt.[202] Voraussetzung war die faktische Führung der Geschäfte nach eigenem Belieben, ohne dass andere Gesellschafter ihn daran hinderten.[203]

In Abkehr von dieser Linie argumentiert das BSG[204] nunmehr[205] in Übereinstimmung mit dem BAG, lässt aber auch, anders als der BGH und das BAG, sozialversicherungsrechtliche Aspekte mit einfließen. Zur Beantwortung der Frage, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt oder nicht, stellt das BSG für den Gesellschafter-Geschäftsführer auf seinen Beteiligungsgrad am Stammkapital, bei fehlender oder geringer Kapitalbeteiligung, auf eine gesellschaftsrechtlich eingeräumte Rechtsmacht ab. Der Geschäftsführer müsse über seine Gesellschafterstellung hinaus über eine ihm gesellschaftsrechtlich eingeräumte Rechtsmacht verfügen, die Geschicke der Gesellschaft bestimmen oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung

---

[197] Vgl. *Fabritius*/*Markgraf*, NZS 2016, 808, 810.
[198] *Staab,* NZA 1995, 608, 613.
[199] *Staab*, NZA 1995, 608, 613.
[200] Rückschluss aus *Altmeppen,* in: Altmeppen, GmbHG, § 6 Rn. 47, § 46 Rn. 46, 47.
[201] BAG NZA 1998, 939, 940.
[202] BSG ZIP 2018, 2366, 2368.
[203] BSGE 111, 257 f.
[204] Die Problematik der Sozialversicherungspflicht und somit der abhängigen Beschäftigung von GmbH-Geschäftsführern hat bereits das Reichsversicherungsamt (RVA) beschäftigt. Hierzu siehe auch *Schnapp*, JA 2017, 1077, 1078.
[205] BeckRS 2020, 24446, Rz. 19; *Kern,* NZS 2020, 959; BSG ZIP 2018, 2366, 2368;

verhindern zu können. Dies sei nur möglich, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer mehr als 50 % der Anteile am Stammkapital hält[206] oder bei fehlender bzw. geringer Kapitalbeteiligung eine auf das Vorliegen einer umfassenden, d.h. einer die gesamte Unternehmenstätigkeit und nicht nur auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität verfügt.[207] Maßgeblich seien allein die gesellschaftsrechtlich eingeräumten formalen Verhältnisse.[208] Außerhalb des Gesellschaftsvertrages eingeräumte Stimmbindungsabreden[209], Vetorechte[210] oder Treuhandvereinbarungen über Gesellschaftsanteile sind nicht zu berücksichtigen.[211] Sie vermögen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse nicht mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben[212] und werden als rein schuldrechtliche Abreden nicht ins Handelsregister eingetragen.[213] Entscheidend sei das rechtliche unverrückbare Erscheinungsbild am Anfang der Tätigkeit des Geschäftsführers (Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände).[214]

Im Ergebnis stellt auch das BSG auf die Frage einer Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers als entscheidendes Kriterium ab, gesteht aber eine tatsächliche Aufweichung dieses Kriteriums in der Praxis ein. Die Weisungsgebundenheit hat sich bei Diensten höherer Art zu einer „funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verflüchtigt.[215] Dabei bleiben diese Dienste selbst noch fremdbestimmt, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes „aufgehen“.[216] Das Weisungsrecht und die „Eingliederung“ in einem fremden Betrieb existieren in dieser Konstellation nur noch in einer „homöopathischen Verbindung“.[217]

---

[206] BSG BeckRS 2020, 24446, Rz. 19; *Kern,* NZS 2020, 959.
[207] BSG ZIP 2018, 2366, 2368.
[208] BSG ZIP 2018, 2366, 2368; BSGE 119, 216 f; BSGE 111, 257 f.
[209] BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 26, Rz. 25.
[210] BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 28, Rz. 26.
[211] BeckRS 2020, 24446, Rz. 17 f.
[212] BeckRS 2020, 24446, Rz. 19.
[213] BeckRS 2020, 24446, Rz. 17; *Kern,* NZS 2020, 959.
[214] *Schnapp*, JA 2017, 1077, 1083; BSG ZIP 2018, 2366, 2368.
[215] *Schnapp*, JA 2017, 1077, 1079; BSGE 16, 289.
[216] St. Rspr. seit BSGE 16, 289, 294; BSG NZS 2013, 181, 182.
[217] *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 49; *Schnapp*, JA 2017, 1077, 1078 f.

3.3. Parallelwertung: Vorstandsmitglieder einer AG als Arbeitnehmer?

Der BGH vertritt seit der Entscheidung des 2. Senats aus dem Jahr 1953[218] die Auffassung, dass ein Vorstandsmitglied einer AG niemals Arbeitnehmer sein kann, sondern freier Dienstnehmer. Diese Auffassung teilt auch die überwiegende Meinung in der Literatur.[219] Die Begründung verläuft parallel zur Begründung der freien Dienstnehmerstellung des GmbH-Geschäftsführers.
Die juristische Person sei zwar Vertragspartner des Arbeitnehmers und somit Arbeitgeber im Rechtssinne (sog. abstrakter Prinzipal). Da die juristische Person selbst allerdings handlungsunfähig sei, übe der Vorstand de facto die Arbeitgeberfunktion aus.[220] Obwohl auch leitende Angestellte ebenso selbstständig über Einstellung sowie Entlassung von Arbeitnehmern entscheiden können, wie sich aus § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG und § 5 Abs. 3 BetrVG ergibt, diese also auch Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen, wird ihre Arbeitnehmereigenschaft allerdings nicht bezweifelt.[221] Die herrschende Ansicht zieht hierbei ebenfalls die Regelungen der § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, § 5 Abs. 1 ArbGG heran und schließt aus der ausdrücklichen Ausnahme vertretungsbefugter Organmitglieder aus dem Schutzbereich dieser Normen auf ihren fehlenden Arbeitnehmerstatus. Wer auf der Arbeitgeberseite steht, kann nicht gleichzeitig auch Arbeitnehmer sein. Eine Arbeitnehmerstellung des Vorstandsmitglieds sei mit ihrer freien Leitungsmacht aus § 76 AktG nicht vereinbar.

Auch die Mindermeinung stützt sich zur Begründung des arbeitsrechtlichen Charakters des Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitglieds im Wesentlichen auf die gleichen Argumente wie bei der Beantwortung derselben Frage hinsichtlich des Anstellungsvertrages des GmbH-Geschäftsführers. Dabei wird vertreten, dass auch Vorstandsmitglieder sozial abhängig sein können, weil sie gemäß §§ 84 Abs. 3, 111 AktG unter der Aufsicht des Aufsichtsrates stehen und von dessen Vertrauen getragen werden müssen.[222] Weiter führen die Vertreter

---

[218] BGHZ 10, 187, 191.
[219] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 147; *Bertram*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechtshandbuch, § 104 Rn. 61.
[220] *Fleck,* in: FS Hilger/Stumpf, 197, 203.
[221] *Diller,* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 92.
[222] *Schumacher-Mohr*, Die vorzeitige Beendbarkeit des Anstellungsverhältnisses eines AG-Vorstandsmitglieds gegen seinen Willen, 39

dieser Meinungen aus, dass eine Arbeitnehmer- bzw. freie Dienstnehmereigenschaft wegen der unterschiedlichen unternehmerischen Organisationsbedingungen und der konkreten Ausgestaltung des unternehmerischen Betätigungsfeldes im jeweiligen Unternehmen nicht von vornherein anhand der formalen Kriterien zur typologischen Eingrenzung des Arbeitnehmerbegriffs begründet werden kann. Vielmehr muss im Einzelfall und abhängig vom rechtstechnischen Handlungssystems der jeweiligen juristischen Person entschieden werden.[223]

3.4. Der unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

Die Europäische Union nimmt in den letzten Jahren vermehrt Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht. Sowohl die europäische Gesetzgebung als auch die darauf aufbauende Rechtsprechung des EuGH haben teilweise großen Einfluss auf die nationalen Arbeitsrechtsvorschriften. Die Auswirkungen erfolgen einerseits durch den Erlass von Richtlinien oder Verordnungen und andererseits durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Zum Arbeitnehmerbegriff enthalten europäische Rechtsnormen keine Definition. Lediglich die RL 2002/14/EG enthält in Art. 2 d eine Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, die sich aber darin erschöpft, dass sie auf die jeweils einzelstaatlichen Begriffsdefinitionen verweist.[224]
Die Begriffsmerkmale des europäischen Arbeitnehmerbegriffs werden deshalb grundlegend durch die EuGH-Rechtsprechung geprägt. Hiernach ist der Arbeitnehmerbegriff in der Regel bei jeder unionsrechtlichen Regel unter Berücksichtigung der von ihr verfolgten Ziele und der systematischen Stellung autonom zu bestimmen.[225] Im Zusammenhang mit einer unionsrechtlichen Norm sind drei mögliche Wege zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs denkbar.[226]
In der ersten Bestimmungsmöglichkeit wird der Arbeitnehmer ausdrücklich in der jeweiligen Unionsvorschrift autonom definiert, sodass es ausschließlich auf die Einordnung des GmbH-Geschäftsführers unter die konkrete Definition

[223] *Martens,* in: FS Hilger/Stumpf, 437, 440, 441, 444.
[224] *Wank*, EuZW 2018, 21, 22.
[225] Vgl. EuGH EuZW 2014, 946; EuGH NJW 2011, 2343, 2344; EuGH EuZW 1998, 372, 374; so auch aktuell BGH ZIP 2019, 960, 963.
[226] *Boemke*, RdA 2018, 1.

ankommt.[227] Enthält eine europarechtliche Regelung keine eigene Arbeitnehmerdefinition, so besteht zweitens die Möglichkeit, dass die jeweilige Regelung ausdrücklich oder auf dem Wege der Auslegung ermittelt und auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten verweist.[228] Liegt kein Verweis auf das nationale Recht vor, so ist drittens zwingend auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zurückzugreifen, der den nationalen Begriffsbestimmungen gegenüber vorrangig ist.[229]

In seiner Rechtsprechung legt der EuGH den Arbeitnehmerbegriff zugrunde, wie er von ihm im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV definiert wurde.[230] Hiernach ist ein Arbeitnehmer eine Person, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person, deren Weisungen folgend, Leistungen erbringt und dafür als Gegenleistung eine Vergütung erhält.[231]
Die Frage, ob ein weisungsgebundenes Unterordnungsverhältnis vorliegt, ist dabei im Einzelfall nach Maßgabe aller Gesichtspunkte und aller Umstände zu beurteilen, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten charakterisieren.[232]
Der EuGH nimmt diesen Arbeitnehmerbegriff im Rahmen seiner Rechtsprechung nicht als starre Größe an, sondern variiert[233] diesen entsprechend dem Anwendungsbereich und der Zielsetzung der jeweils einschlägigen unionsrechtlichen Verordnung und Richtlinie.[234] Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist somit wegen seiner Orientierung an der jeweiligen Richtlinienzielsetzung einer flexibleren Auslegung zugänglich als der des BAG und des BGH, der sich an einem starren Prüfungsschema ausrichtet.

Mit der Frage des weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnisses des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft hat sich der EuGH in vier richtungsweisenden Entscheidungen auseinandergesetzt. In diesen

---

[227] *Boemke*, RdA 2018, 1, 5.
[228] *Boemke*, RdA 2018, 1, 5, m.w.N.
[229] Vgl. *Commandeur/Kleinebrink,* NZA-RR 2017, 449, 450.
[230] *Lunk/Hildebrand,* NZA 2016, 129, 130.
[231] St. Rspr. EuGH NJW 2015, 2481, 2482 (*Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Techni*k); *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rn. 15 ff.
[232] EuGH NJW 2011, 2343, 2345; EuGH NZA 2016, 183, 185.
[233] *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129; *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR, 2017, 449.
[234] Z.B.: Art. 45 AEUV, Art. 157 AEUV, Art. 31 GRC.

Entscheidungen hat der EuGH mehrfach ausgeführt, dass Leitungsorgane einer Gesellschaft Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein können.

3.4.1. Leitungsorgane einer Gesellschaft als Arbeitnehmer nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff

In einer frühen Entscheidung zu dieser Frage urteilte der EuGH in der Rechtssache *Asscher,*[235] dass ein Geschäftsführer und Einzelgesellschafter einer Gesellschaft nicht als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen sei. Ohne dies näher zu erläutern, begründete der EuGH seine Entscheidung mit der Bemerkung, der Alleingesellschaftergeschäftsführer übe seine Tätigkeit gerade nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses aus.[236]

In der Rechtssache *Danosa*[237] hatte der EuGH auf Grundlage der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG über die Arbeitnehmereigenschaft einer Fremdgeschäftsführerin einer GmbH nach litauischem Recht zu entscheiden. Er stellte klar, dass der Arbeitnehmerbegriff nicht nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht unterschiedlich ausgelegt werden kann, sondern anhand objektiver Kriterien definiert werden muss, damit die einheitliche Rechtsanwendung innerhalb der europäischen Union gewährleistet wird.[238]
Maßgebliches Merkmal des Arbeitsvertrages und somit des Arbeitnehmerbegriffs sei, so der EuGH, dass eine Person innerhalb einer bestimmten Zeit für eine andere weisungsabhängige Leistungen gegen Entgelt erbringe.[239] Dies ergibt sich inzwischen aus Art. 45 EGV und Art. 7 VO/EWG Nr. 1612/68. Die Eigenschaft als Gesellschaftsorgan einer Kapitalgesellschaft als solche schließe das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses gegenüber der Kapitalgesellschaft nicht von vornherein aus. Das Vorhandensein des Unterordnungsverhältnisses setze vielmehr die Vorabprüfung der Bedingungen, unter denen das Organ bestellt wurde, die Art der ihm auferlegten Aufgaben, den Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, den Umfang der Organbefugnisse und die Aufsicht, der es innerhalb der jeweiligen Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann,

[235] EuGH NJW 1996, 2921.
[236] EuGH NJW 1996, 2921, 2922.
[237] EuGH NZA 2011, 143 *(Dita Danosa/LKB Lizzings SIA).*
[238] EuGH NZA 2011, 143, 145 *(Dita Danosa/LKB Lizzings SIA).*
[239] EuGH NZA 2011, 143, 145 *(Dita Danosa/LKB Lizzings SIA).*

voraus.[240] Für die Annahme einer Weisungsabhängigkeit lässt der EuGH es genügen, wenn das Organ einen eigenen Ermessenspielraum für die Ausübung seiner Aufgaben hat, es aber einem übergeordneten Organ zur Rechenschaftslegung verpflichtet und einer jederzeit möglichen Abberufbarkeit ausgesetzt ist. Hieraus folgt, je kleiner der originär eigenständige unternehmerische Freiraum des Geschäftsführers ist, desto eher werden ihm vom Europarecht Arbeitnehmereigenschaften zuzuerkennen sein.[241] Für den EuGH ist weiter von Bedeutung, ob und inwieweit der Geschäftsführer jederzeit von seinem Amt abberufen werden kann, was nach deutschen Recht nach § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit möglich ist.

Unter Verweis auf die bereits in der *Danosa*-Entscheidung entwickelten Kriterien wiederholte der EuGH seine Rechtsprechung in der *Balkaya*-Entscheidung,[242] die die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG[243] zum Gegenstand hatte. Er bejahte in dieser Entscheidung die Arbeitnehmereigenschaft eines Fremdgeschäftsführers einer deutschen GmbH. Er betonte erneut, dass ein Organmitglied einer Gesellschaft, das keine Anteile an der Gesellschaft hält[244] und „*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, die Voraussetzungen erfüllt, um als „Arbeitnehmer" im Sinne des Unionsrechts zu gelten.*"[245]

In der Sache *Holterman Ferho Exploitatie*[246] urteilte der EuGH im Jahre 2015 über die Arbeitnehmereigenschaft des Direktors einer niederländischen Holding-Gesellschaft und gleichzeitigen Geschäftsführers ihrer drei deutschen GmbH-Tochtergesellschaften. Der EuGH hielt an seiner ständigen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff im Falle des weisungsabhängigen

---

[240] EuGH NZA 2011, 143, 145 *(Dita Danosa/LKB Lizzings SIA).*
[241] Vgl. *Commandeur/Kleinebrink,* NZA-RR, 2017, 449, 451.
[242] EuGH NJW 2015, 2481, 2484 *(Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik).*
[243] Vgl. zum Begriff des den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmens i.S.d. Massenentlassungs-RL, EuGH NZG 2018, 1236 *(„Bichat").*
[244] EuGH NJW 2015, 2481, 2484 *(Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik).*
[245] EuGH NJW 2015, 2481, 2482, 2483 *(Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik).*
[246] EuGH EuZW 2015, 922 *(Holterman Ferho Exploitatie ua/Spies von Büllesheim).*

Unterordnungsverhältnisses einer Person fest und machte deutlich, dass die Möglichkeit der Beeinflussung der Willensbildung durch die Anteilseigner-Eigenschaft einer Person den Arbeitnehmerstatus ausschließe.[247]

Klar ist, dass, unter Anwendung des durch die EuGH-Rechtsprechung geprägten Arbeitnehmerbegriffs es jedenfalls für die unionsrechtliche Einordnung des GmbH-Geschäftsführers im Ergebnis auf die verschiedenen Beteiligungsgrade an der Gesellschaft ankommt. Eine abschließende Aussage dahingehend, in welchem Umfang eine Beteiligung an der Gesellschaft – gegebenenfalls im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Umstände – für oder gegen eine Einordnung als Arbeitnehmer erforderlich ist, trifft der EuGH bislang nicht.[248]

3.4.2. Zwischenfazit

Der EuGH macht mit diesen Entscheidungen zumindest deutlich, dass es für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft auf ein Unterordnungsverhältnis ankommt, das wiederum auf der Weisungsgebundenheit und der freien Abberufbarkeit des Leitungsorgans beruht.[249]

Somit setzt nach den *Asscher-, Danosa-*, *Balkaya-* und *Holterman-*Entscheidungen der unionsrechtliche Arbeitnehmerbergriff für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern voraus, dass das Mitglied

1. Leistungen für die Gesellschaft erbringt,
2. seine Tätigkeit nach Weisungen und Aufsicht eines anderen Gesellschaftsorgans ausübt und
3. als Gegenleistung ein Entgelt erhält.

Hinzugefügt werden durch den EuGH weitere Kriterien, nämlich die des Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses und des Innehabens von Gesellschaftsanteilen.

Bemerkenswert ist, dass der EuGH im Rahmen der Prüfung der Weisungsgebundenheit keine Differenzierung zwischen gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Weisungen vornimmt. Hieraus und in Kombination mit der

---

[247] EuGH EuZW 2015, 922, 924 *(Holterman Ferho Exploitatie ua/Spies von Büllesheim).*
[248] Im *Danosa*-Fall hielt die Geschäftsführerin keine Gesellschaftsanteile, ebenso im *Balkaya*-Fall. Im *Holterman*-Fall besaß der Geschäftsführer zwar Anteile an der Gesellschaft, die Mehrheit der Anteile besaß allerdings der Gesellschafter *Holterman*. Im Fall *Asscher* hielt der Geschäftsführer alle Anteile an der Gesellschaft.
[249] *Löw,* DB 2020, 2338.

freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH nach § 38 Abs. 1 GmbHG wird überwiegend die Schlussfolgerung gezogen, dass die Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zum Ergebnis führt, Fremdgeschäftsführer[250] oder Geschäftsführer mit geringer Beteiligung an einer GmbH, die wegen der dominierenden Stellung der Gesellschafterversammlung an deren Weisungen gebunden sind und (vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmung) gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit abberufen werden können, Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sind.[251] Dies gilt jedenfalls, sofern und solange ihr Anteil in Bezug auf Gesellschafterbeschlüsse keine satzungsmäßige Sperrminorität begründet.[252] Im Umkehrschluss liegt keine Arbeitnehmereigenschaft vor, wenn das Leitungsorgan aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann. Jedenfalls fallen **Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft** nicht unter den Arbeitnehmerbegriff des EuGH, da sie ihre Tätigkeit weisungsfrei gemäß § 78 Abs. 1 AktG ausüben und nach § 84 Abs. 3 AktG nur aus einem wichtigen Grund abberufen werden können.[253]

3.5. Die Auswirkungen des Arbeitnehmerbegriffs nach § 611a BGB auf die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages von Leitungsorganen als Dienst- oder Arbeitsvertrag

Die am 01. April 2017 eingeführte Norm des § 611a BGB zählt die Merkmale auf, die ein Arbeitnehmer auf sich vereint. Die systematische Stellung der Norm als Unterfall des Dienstvertrages lässt zunächst vermuten, dass eine Abgrenzung des Arbeitsvertrages zum Dienstvertrag gewollt ist. Ausdrücklich erklärtes Ziel des Gesetzgebers war indessen im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung die Abgrenzung zum Werkvertrag, um den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu reduzieren.[254]

---

[250] *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 264.
[251] *Oberthür,* NZA 2011, 253, 254; *Lunk/Hildebrand,* NZA 2016, 129, 130 f, 135; *Lunk*, NZA 2015, 917.
[252] *Lunk*, NZA 2015, 917, 919.
[253] *Oberthür,* NZA 2011, 253, 254.
[254] *Zundel,* NJW 2017, 132.

Bis auf die Weisungsgebundenheit, die den Definitionskern der persönlichen Abhängigkeit darstellt und in § 611a Abs.1 Satz 3 BGB legaldefiniert wird,[255] handelt es sich bei den einzelnen Tatbestandmerkmalen der Norm um eine Aneinanderreihung verschiedener Obersätze vieler BAG- und BGH-Entscheidungen.[256] Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte § 611a BGB die Rechtslage ja gerade nicht ändern. Es sollte vielmehr eine *„1:1-Kodifizierung"* der Rechtsprechung zur Klarstellung in Gesetzesform gebracht werden, die *„die Rechtslage in Deutschland unverändert lasse"*[257]. Die Folge ist, dass zur Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale auf die BAG- und BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen werden muss, sodass die bisher in der Judikatur bestehenden Grundprinzipien zum Arbeitnehmerbegriff uneingeschränkt weiter anwendbar sind. Die zuvor getätigten Feststellungen zur Unvereinbarkeit der Eigenart der Geschäftsführertätigkeit mit den Merkmalen des Arbeitnehmers beanspruchen weiterhin Geltung.

Bei genauer Betrachtung der Norm werden die Vertreter der Meinung, die den GmbH-Geschäftsführer aufgrund seiner Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung den Arbeitnehmern zuordnen, in ihrer Argumentation jedenfalls nicht gestärkt. In Satz 3 wird das Tatbestandsmerkmal der Weisungsgebundenheit legaldefiniert und ist hiernach dann gegeben, wenn die Tätigkeit durch den Betroffenen nicht autonom organisiert, sondern wesentlich durch eine andere Person vorgegeben wird. Diese Definition ist der Umkehrschluss zum Begriff des Selbstständigen im Sinne des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, der positiv regelt, dass derjenige, der im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, eine selbstständig tätige Person ist.[258] Das unbestimmte Tatbestandsmerkmal „im Wesentlichen frei" eröffnet einen Gestaltungsspielraum, der in der Rechtsprechung durch Feststellungen zur „Eigenart der jeweiligen Tätigkeit" gefüllt wird.

---

[255] *Preis*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 176.
[256] Vgl. *Richardi*, NZA 2017, 36.
[257] BT-Drucks. 18/10064, 4; *Maties*, Arbeitsrecht, 4 Rn. 14.
[258] Vgl. *Weigert/Luther,* ArbRAktuell 2017, 557, 558, 559.

In Satz 2 wird das Tatbestandsmerkmal der Weisungsgebundenheit mittels einer Kann-Vorschrift und unter Verweis auf abstrakte Bezugsgrößen des Weisungsrechts konkretisiert.[259]

Gerade die Eigenart der Tätigkeit eines GmbH-Geschäftsführers widerspricht starren Vorgaben, was zumindest Zeit und Ort der Tätigkeit betrifft. Der Geschäftsführer ist keine Person, die ausschließlich ihre Arbeitszeit ableistet. Er muss gerade zur Erreichung der Unternehmensziele flexibel und ständig nach Geschäftserfolg streben. Aber auch die Gestaltung der Tätigkeit ist im Ergebnis frei. Die Vorgaben der Gesellschaft reduzieren sich grundsätzlich auf bestimmte Unternehmensziele und die allgemeine Unternehmenspolitik. Wie diese erreicht werden, liegen in der unternehmerischen Entscheidungs- und Wirkungsfreiheit des Geschäftsführers, der gerade deswegen zum Geschäftsführer bestellt wurde, um die fehlende Expertise der übrigen Gesellschafter auszugleichen.

Im Ergebnis führt die 1:1-Kodifizierung jedenfalls zu keiner Verstärkung der Ansicht, die den GmbH-Geschäftsführer den Arbeitnehmern zuordnet, sodass auch weiterhin in der Praxis unklar bleiben wird, ob der Geschäftsführer freier Dienstnehmer oder Arbeitnehmer ist.

3.6. Stellungnahme

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern und Minderheitsgesellschaftern mit Sperrminorität weder die nationalen noch die unionsrechtlichen Anforderungen für eine Arbeitnehmereigenschaft gegeben sind. Die rechtliche Qualifizierung des nicht die Gesellschaft beherrschenden Geschäftsführers und des Fremdgeschäftsführers wird hingegen unterschiedlich bewertet. Der BGH verneint die Arbeitnehmereigenschaft, wohingegen das BAG, das BSG und der EuGH diese bei Weisungsabhängigkeit und, so der EuGH weiter, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls bejahen. Die Norm § 611a BGB trägt zur Diskussion keine neuen Argumente bei.

---

[259] *Wank* versteht § 611a Abs. 1, Satz 3 BGB als eine weitere, von § 611a Abs.1, Satz. 2 BGB abweichende Arbeitnehmerdefinition. *Wank*, AuR 2017, 140 f.

Das Argument der Mindermeinung in der Literatur, die im Ausschluss des Geschäftsführers aus dem Anwendungsbereich bestimmter Arbeitnehmerschutzvorschriften wie § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG oder § 5 Abs.1 Satz 2 ArbGG die vom Gesetzgeber gewollte Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers sieht, da es andernfalls eines solchen Ausschlusses nicht bedurft hätte, widerspricht sich selbst. Die herangezogenen Ausschlusstatbestände nehmen auch den leitenden Angestellten, der unstreitig Arbeitnehmer ist, aus ihrem Anwendungsbereich heraus. Aus den genannten Bestimmungen kann nicht für Organmitglieder ein Tatbestand hergeleitet werden, der für leitende Angestellte nicht gilt.

Ebenso verhält es sich mit der eher übereilt wirkenden Schlussfolgerung der Mindermeinung, das Geschäftsführergehalt sei nicht unbedingt höher als das eines leitenden Angestellten. Es handelt sich hierbei wohl kaum um eine verallgemeinerungsfähige Aussage, die über den rechtlichen Charakter des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers zu entscheiden vermag, zumal es auf die finanzielle Größe der jeweils anstellenden Gesellschaft ankommt.

Gemeinsam ist der Argumentationsstruktur der literarischen Mindermeinung, des BAG und des EuGH, dass in Abgrenzung zum Dienstvertrag für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages die persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers, die im Ergebnis aus der Weisungsgebundenheit resultiert, erforderlich ist.

Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers ist als maßgebliches Kriterium für die Einordnung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages als Arbeitsvertrag jedoch insgesamt abzulehnen. Der Geschäftsführer unterliegt zwar nach § 37 GmbHG den Weisungen der Gesellschafterversammlung. In den Fällen der Drittanstellung unterliegt der Geschäftsführer gem. § 308 Abs. 1 und 2 AktG analog den Weisungen des beherrschenden Unternehmens und überlagert somit die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung in der abhängigen GmbH.[260] In der GmbH & Co KG übt das Weisungsrecht ausschließlich die Gesellschafterversammlung der Komplementärgesellschaft aus. Dieses

[260] *Servatius*, in: MHLS, GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 121, 123.

Weisungsrecht erstreckt sich auch auf die Angelegenheiten der KG, die der Geschäftsführer in Wahrnehmung seiner Funktion als Organ der Komplementärgesellschaft durchführt. Den Kommanditisten der KG steht kein Weisungsrecht zu, § 164 HGB.[261]

Gleichwohl steht der Geschäftsführer an der Spitze der Arbeitsorganisation der Gesellschaft und hat die Arbeitsabläufe der Gesellschaft seinerseits durch eigene Weisungen, die im Einklang mit den Weisungen stehen müssen, die durch die Unternehmensziele vorgegeben sind, zu gestalten. Die Weisungen des Geschäftsführers gegenüber den Arbeitnehmern haben einen ganz anderen inhaltlichen Charakter als die Weisungen der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer.[262] Letztere sind grundsätzlich nur gesellschaftsrechtlicher Natur[263] und berühren nicht das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers.[264] Sie dienen der Bestimmung der Geschäftspolitik und betreffen einzelne Maßnahmen des Tagesgeschäfts der Gesellschaft.[265] Die Weisungen der Gesellschafterversammlung beziehen sich auf unternehmerische Entscheidungen und betreffen dem konkreten Handeln des Geschäftsführers vorgelagerte Fragen.[266] Weisungen des Geschäftsführers gegenüber den Arbeitnehmern hingegen sind arbeitsbegleitende Weisungen, die die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen.[267] Zutreffend weist *de Beauregard*[268] darauf hin, dass der Geschäftsführer Unternehmer und nicht „Abteilungsleiter“ sei.

Zwar betrachtet die Mindermeinung, das BAG, das BSG und der EuGH die Weisungsgebundenheit jeweils von einem unterschiedlichen Blickwinkel aus, was allerdings nichts daran ändert, dass die rechtliche Qualität der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers missinterpretiert wird. Der Folgepflicht des Geschäftsführers steht ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht der Gesellschaft gegenüber.[269] Diese Folgepflicht trifft alle Geschäftsführer, unabhängig ob diese Fremd-, Minderheits- oder

---

[261] *Oetker,* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 37, Rn. 16.
[262] *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 452.
[263] *U.H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 266.
[264] Ähnlich *Hohlfeld*, GmbHR 1987, 255, 257.
[265] *U.H. Schneider/S. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 37.
[266] *Langenbucher*, Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers, 37.
[267] *Boemke*, RdA 2018, 1, 2.
[268] *de Beauregard,* Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, § 3 Rn. 9.
[269] *U.H. Schneider/S. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 37;

Mehrheitsgeschäftsführer sind. Das Gesetz knüpft nämlich das Ausmaß der organschaftlichen Pflichten nicht an das Verhältnis, das die zum Geschäftsführer bestellte Person bei ihrer Bestellung zur Gesellschaft hat, sondern zieht sogar den Kreis der für das Geschäftsführeramt geeigneten Personen sehr weit. Zum Geschäftsführer einer GmbHG können gem. § 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG Gesellschafter oder dritte fremde Personen bestellt werden, sofern es sich um eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person handelt, § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG.[270] Nach wirksamer Bestellung,[271] entstehen für den Geschäftsführer die organschaftlichen Rechte und Pflichten unabhängig davon, ob er in Fremdorganschaft tätig wird oder Minderheits-, bzw. Mehrheitsgeschäftsführer ist.

Das BAG erkannte zum einen, dass das Weisungsrecht aus § 37 GmbHG der Abgrenzung der Organkompetenzen untereinander dient,[272] argumentierte zum anderen aber, ein Arbeitsvertrag läge dann vor, wenn der Geschäftsführer einer Weisungsgebundenheit in Bezug auf das Wo, Wie und Wann der zu leistenden Tätigkeit unterliege.[273] Die Regelung der Modalitäten der Leistungserbringung betreffen tendenziell untergeordnete, im Anstellungsvertrag geregelte Pflichten. Reduziert man diese Pflichten auf ihre teleologische Existenzberechtigung, so kommt man zu dem Ergebnis, dass die Pflichten praktische und organisatorische Fragen regeln sollen und nicht etwa mit dem Ziel in den Anstellungsvertrag aufgenommen wurden, die rechtliche Natur des Anstellungsvertrages zu begründen.

Der EuGH wiederum stellt zwar klar, dass es für die Begründung des Arbeitnehmerstatus zusätzlich zum Weisungsrecht eine Rechenschaftspflicht des Geschäftsführers gegenüber einem übergeordneten Organ und seine jederzeitige Abberufbarkeit bedarf. All dies liege nicht in dem Fall vor, in dem der Geschäftsführer maßgeblich an der Willensbildung der Gesellschaft beteiligt sei. Der EuGH missversteht aber die Rechenschaftspflicht als arbeitsrechtliche Pflicht und übersieht dabei ihre fehlende Verankerung im Arbeitsrecht.

---

[270] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 36 II 2, § 14 II 2.
[271] Siehe hierzu 1. Teil, I. 1.
[272] BAG GmbHR 1999, 925, 926 f.
[273] BAG GmbHR 1999, 925, 927.

Die Rechenschaftspflicht des Geschäftsführers resultiert aus dem Anstellungsvertrag und den Normen §§ 675, 611 BGB und ist gleichzeitig Ausfluss der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht. Die Rechenschaftspflicht ist folglich gerade keine typisch arbeitsrechtliche Pflicht. Auch die Aufnahme einer Rechenschaftspflicht in den Anstellungsvertrag gibt ihr keinen arbeitsrechtlichen Charakter. Die Rechenschaftspflicht besteht ferner unabhängig vom Grad der Beteiligung des jeweiligen Geschäftsführers an der Gesellschaft. Vereinfacht gesagt, ein Minderheitsgeschäftsführer ist nicht mehr zur Rechenschaft verpflichtet als ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit erheblicher Beteiligung an der Gesellschaft.

Die stets gegebene Möglichkeit zur Abberufung des Geschäftsführers kann ebenfalls nicht als Argument für seine Arbeitnehmerstellung herangezogen werden. Die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit, die unter Umständen im Anstellungsvertrag wiederholt wird, ist eine gesellschaftsrechtliche Regelung, die ausschließlich im GmbH-Recht verankert ist und durch arbeitsrechtliche Normen, die den Geschäftsführer schützen sollen, nicht kompensiert werden kann und auch nicht kompensiert werden soll. Liegt im Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung ein Vertrauensbruch vor und wird dieser aus diesem Grund abberufen, vermögen nach heutiger Rechtslage auch arbeitsrechtliche Instrumente, wie z.B. die Kündigungsschutzklage, nichts an der Situation zu ändern. Da der Geschäftsführer seine Abberufung durch seine Stimme verhindern kann, lässt sich aus der Abberufungsmöglichkeit nach § 38 Abs. 1 GmbHG kein Argument für die Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers herleiten.
Im Übrigen kann die Einflussnahme des stimmberechtigten Geschäftsführers, der mehr als 50 % der Anteile an der Gesellschaft hält, oder desjenigen, dessen Stimme mit Sperrminorität ausgestattet ist, durch Satzungsbestimmungen eingeengt werden, indem er von der Beschlussfassung über seine Abberufung nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen wird.
Bei Anwendung zumindest einer europarechtlichen Norm wird erkennbar, dass die vom EuGH gebildeten Kriterien zumindest in einem Anwendungsfall versagen. In Art. 2 Abs. 1 und 2 der Massenentlassungsrichtlinie wird

vorgesehen, dass Arbeitnehmervertreter bei der Entscheidung der Durchführung einer Massenentlassung zu hören sind. Es stellt sich die Frage, ob der Geschäftsführer Arbeitnehmer ist und durch die Arbeitnehmervertretung repräsentiert wird oder ob nicht vielmehr der Arbeitgeber durch den Geschäftsführer vertreten wird. Die Richtlinie jedenfalls verweist in Art. 1b für den Begriff der Arbeitnehmervertreter auf die nationalen Vorschriften. Die einschlägige nationale Norm des § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG versagt Organmitgliedern, die zur Vertretung der juristischen Person berufen sind, ausdrücklich die Arbeitnehmereigenschaft. Wenn folglich nach der Richtlinie nationales Recht für die jeweilige Begriffsbestimmung maßgeblich sein soll und wenn diese Rechtsordnung bestimmte Personengruppen ausklammert, dann kann EU-Recht nicht quasi „durch die Hintertür", durch eine richtlinienkonforme Auslegung, die ausgeklammerten Personen wiederum einer Richtlinie unterstellen.[274] Hierin zeigt sich, wie inkonsequent der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist, was der fehlenden Definition durch den europäischen Gesetzgeber geschuldet ist. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Harmonisierung erfordert einheitliche Definitionen zu zentralen Begriffen des europäischen Arbeitsrechts. Dem EuGH bleibt nach heutiger Rechtslage nichts anderes übrig, als eine „zielorientierte" oder auch „ergebniskonforme" Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs anzuwenden, die mehr zu Rechtsunsicherheit führt, als dass sie Klarheit schafft.

Ebenfalls zur Rechtsunsicherheit führt auch die Ansicht von *Staab*[275]. Nach *Staab* ist nicht die formale Stellung des Geschäftsführers maßgeblich, sondern seine tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme. In dieser Ansicht wird versucht, den Arbeitnehmerbegriff nicht formaljuristisch zu definieren. Dies bezweckt die Annäherung an die praktische Realität des Wirtschaftslebens. Der Begriff stößt aber gerade in der Praxis auf Schwierigkeiten, nämlich dann, wenn es um die Frage der Nachweisbarkeit einer tatsächlichen Möglichkeit der Einflussnahme geht.

[274] Vgl. *Wank*, EuZW 2018, 21, 24.
[275] *Fabritius/Markgraf,* NZS 2016, 808, 810.

Folglich taugt der Begriff der Weisungsgebundenheit allein nicht, um die persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von der anstellenden Gesellschaft und somit seinen Arbeitnehmerstatus zu begründen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Zuordnung des Geschäftsführers, unabhängig von dessen Beteiligung an der Gesellschaft, insgesamt zur freien Dienstnehmerstellung erfolgen muss.

Zum Vergleich können Vorstandsmitglieder unter keinen Umständen unter dem Arbeitnehmerbegriff subsumiert werden. In § 76 Abs. 1 AktG ist vorgesehen, dass Vorstandsmitglieder die Gesellschaft in eigener Verantwortung leiten. Zwar kann ein Einfluss auf die Geschäftsleitung je nach Ausgestaltung des Organisationssystems der Gesellschaft, also unter Umständen durch Weisungen einer übergeordneten Gesellschaft innerhalb eines Konzerns, erfolgen. Dies ist aber eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme und kann außerhalb von in einem Konzern verbundenen Aktiengesellschaften nicht zu einer weiteren Ausnahme führen.[276] Letztlich beschränkt sich die Rechenschaftspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat aus § 90 AktG ausschließlich auf die konkreten Berichte.[277]

Die Einordnung als Arbeitnehmer ist auch nicht erforderlich, denn im Gegensatz zum Widerruf der Bestellung eines Geschäftsführers ist für die Wirksamkeit einer Abbestellung von Vorstandsmitgliedern das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG erforderlich. Ein solcher Grund liegt nach § 84 Abs. 3 Satz 3 AktG insbesondere bei einer groben Pflichtverletzung, der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug vor, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Ein Schutz vor unberechtigter Beendigung der Bestellung ist bereits gesetzlich vorgesehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Zuordnung des GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer wegen seiner herausgehobenen Stellung als Organ der Gesellschaft scheitert. Vielmehr muss eine Zuordnung zum Dienstvertragsrecht

---

[276] *Jenderek,* Die arbeitsrechtliche Stellung geschäftsführender Organmitglieder im Internationalen Privatrecht, 22.
[277] *Jenderek*, ebenda.

erfolgen. Die **uneingeschränkte** Anwendung von Arbeitsrecht bremst möglicherweise die Einsatzfreude und Effektivität der Leitungsorgane.[278]
Die **direkte** Anwendung von rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften ist daher ausgeschlossen.

Eine dem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit kann sich wegen des jederzeit und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglichen Widerrufs mit der Folge einer anschließenden ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses ergeben. Ein Schutz lässt sich womöglich mit einer analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften erreichen.

IV. Zwischenergebnis zu Teil 1

Beim GmbH-Geschäftsführer sind seine Organstellung als Vertreter der von ihm geleiteten Gesellschaft und sein im Rahmen eines Dienstvertrages geregeltes Anstellungsverhältnis bei der GmbH zu unterscheiden. Beide Rechtsverhältnisse sind rechtlich voneinander unabhängig und strikt getrennt zu betrachten. Die grundsätzliche Aufgabe des Geschäftsführers ist es, die in der Satzung definierten Gesellschaftsziele mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ zu fördern. Im Mittelpunkt seines unternehmerischen Wirkens steht eine Entscheidungshandlung des Geschäftsführers. Differenziert wird zwischen der gebundenen Entscheidung und der unternehmerischen Entscheidung. Letztere beruht auf einer unternehmerischen Ermessensentscheidung des Geschäftsführers. Das Wesensmerkmal solcher unternehmerischen Entscheidungen ist ihre Risikoträchtigkeit. Die Umsetzung einer neuen strategischen Ausrichtung, die Übernahme eines anderen Unternehmens oder die Realisierung einer neuen Geschäftsidee bedürfen operativer und taktischer Entscheidungen des Geschäftsführers, die in der Absicht getätigt werden, den unternehmerischen Erfolg positiv zu beeinflussen. Jedoch ist solchen Entscheidungen stets das Risiko immanent, dass sich die erhoffte Prognose nicht verwirklicht und der Gesellschaft stattdessen ein Verlust oder sogar ein Schaden entsteht. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftsführer mit einer unternehmerischen Entscheidung eine Pflichtverletzung begangen hat, werden die gesamten Umstände der

[278] *Diller,* Gesellschafter und Gesellschafterorgane als Arbeitnehmer, 56.

Entscheidung anhand der Business Judgement Rule, die durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ins deutsche Recht übertragen wurde, überprüft. Sinn und Zweck der Business Judgement Rule ist die Gewährung von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit, die offenbar dann der Gefahr, ad absurdum geführt zu werden, gegenübersteht, wenn der Geschäftsführer sich haftungsrechtlich im „sicheren Hafen" befindet, jedoch „kündigungsrechtliches Freiwild" darstellt.

Finden arbeitsrechtliche Normen auf das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers keine oder keine hinreichende Anwendung, um den Geschäftsführer ausreichend vor willkürlichen Kündigungen zu schützen, könnten womöglich die Grundsätze der Business Judgement Rule auch im Kündigungsrecht eine Rolle als Kündigungsschranke für Kündigungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung dienen. Wegen der Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG finden die Kündigungsschutznormen der §§ 1 – 13 KSchG keine Anwendung auf den Geschäftsführer. Die Anwendung sonstiger arbeitsrechtlicher Normen setzt regelmäßig das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Auf den GmbH-Geschäftsführer werden Vorschriften, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen, dann angewendet, wenn sein Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre. Eine generelle Einordnung des GmbH-Geschäftsführers zur Gruppe der Arbeitnehmer verbietet sich, weil seine Organstellung letztlich als wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses überwiegt.[279] Ob arbeitsrechtliche Vorschriften auf den GmbH-Geschäftsführer dennoch analoge Anwendung finden, hängt weiter vom persönlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Norm ab. Nachfolgend werden die heute geltenden Kündigungsschranken des Anstellungsvertrages des GmbH-Geschäftsführers untersucht.

[279] *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 197, 208.

2. Teil: Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers im Fokus arbeitsrechtlicher Normen

I. Die Anwendung des KSchG auf das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers

1. Vorbemerkungen

Mangels Arbeitnehmerstatus genießt der GmbH-Geschäftsführer in aller Regel im Falle seiner Entlassung nicht den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Dies wird durch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG klar ausgeschlossen.[280] Der Kündigungsschutz gilt auch dann, wenn – entgegen der hier vertretenen Ansicht – das der Organstellung zugrunde liegende Vertragsverhältnis des Geschäftsführers ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis wäre.[281] Prozessrechtlich flankierend regelt § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, dass Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person nicht als Arbeitnehmer gelten und ihnen somit der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten verwehrt ist. Im Gegensatz zu den Kündigungserschwerungen aus dem Kündigungsschutzgesetz, denen zufolge die kündigende Partei für die Rechtfertigung einer Kündigung personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe darlegen, beweisen und **sozial rechtfertigen** muss, erschöpfen sich die Kündigungsschranken einer Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ohne Geltung des Kündigungsschutzgesetzes einerseits in **formellen Kündigungsanforderungen**,[282] die aus den §§ 620 ff. BGB und aus dem Gesellschaftsrecht entspringen und andererseits **Fallgruppen**[283] entstammen, die als Ersatz für die fehlenden, positiv geregelten materiellen Kündigungsschranken dienen.

Im Laufe der Zeit hat sich der Gedanke entwickelt, gewisse arbeitsrechtliche Vorschriften und Grundsätze, die dem Arbeitnehmerschutz dienen, von Fall zu Fall analog anzuwenden.[284] Es muss daher festgestellt werden, ob und welche Normen des Arbeitsrechts im Falle einer Kündigung des Anstellungsvertrages als Kündigungsschranke fungieren und dem Geschäftsführer im Weiteren eine

---

[280] So auch bestätigt durch BGH NJW 2010, 2343.
[281] Siehe hierzu auch BAG NZA 2018, 358, 360.
[282] Siehe hierzu weiter unten 2. Teil, II. 2. ff.
[283] Siehe hierzu weiter unten 2. Teil, II. 5.7. ff.
[284] *Fleck*, in FS Hilger/Stumpf, 197, 199.

Abwehrmöglichkeit an die Hand geben, um den durch die unberechtigt erfolgte Kündigung entstandenen wirtschaftlichen und persönlichen Schaden wieder auszugleichen.

Diese Prüfung erfolgt in zwei Schritten: Zunächst wird geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Analogiebildung vorliegen. Im zweiten Schritt wird untersucht, ob die arbeitsrechtlichen Normen, trotz des Vorliegens der für eine Analogiebildung erforderlichen Voraussetzungen, vorrangig anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Normen und Grundgedanken widersprechen.

2. Allgemeine Voraussetzungen für eine analoge Anwendbarkeit des KSchG auf GmbH-Geschäftsführer

Unter einer Analogie versteht man die Übertragung der für einzelne Tatbestände im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen anderen, gleichwohl ähnlichen Tatbestand, von dem ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Erwägungen und Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass der herangezogenen Normen hat leiten lassen, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre.[285]

2.1. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke

Die analoge Anwendbarkeit von Arbeitnehmerschutzvorschriften auf im Rahmen eines Dienstverhältnisses beschäftigte GmbH-Geschäftsführer setzt erst einmal das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke voraus. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine bestimmte rechtliche Regelung im Ganzen unvollständig ist, d.h. wenn sie keine Regel für einen solchen Fall enthält, die nach der zugrunde liegenden Regelungsabsicht einer Regelung bedarf.[286] Der konkrete Fall darf dabei nicht bewusst vom Gesetzgeber ungeregelt geblieben sein. Folglich dürfen auch GmbH-Geschäftsführer nicht bewusst bei der Schaffung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften unberücksichtigt geblieben sein.

---

[285] *Grüneberg,* in: Palandt BGB, Einl. Rn. 48.
[286] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 370 ff., insbes. 372.

2.2. Die Voraussetzung der Rechtsähnlichkeit

Weiter bedarf es für die Analogiebildung, dass beide Tatbestände in ihrem rechtlichen Gehalt derart ähnlich sind, dass sie rechtlich gleich zu bewerten sind. Dem liegt das rechtstaatliche Gebot zugrunde, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist.[287] Es ist somit zu fragen, ob der Sinn und Zweck, der den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zugrunde liegt, auch die GmbH-Geschäftsführer betreffen. Zu betrachten ist daher im Einzelnen die Ratio jeder in Betracht kommenden Arbeitnehmerschutzvorschrift, die eine rechtliche Möglichkeit gibt, unberechtigte Arbeitnehmerkündigungen zu überprüfen.

2.3. Die analoge Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Kündigungsschutzvorschriften – eine Subsumtion

Das Kündigungsschutzgesetz setzt für seine direkte Anwendung das Vorliegen eines Arbeitsvertrages voraus. Auf Dienstverträge ist es nicht anwendbar, obwohl sowohl ein Dienst- als auch ein Arbeitsvertrag auf die entgeltliche Erbringung von Diensten gerichtet sind. Weiter existieren keine dem KSchG in der Stärke vergleichbaren Kündigungsschranken für Organmitglieder oder gesetzliche Vertreter von juristischen Personen, sodass folglich zu prüfen ist, ob eine Regelungslücke bestehen könnte.

Aufgrund der unmissverständlichen Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG werden Organmitglieder juristischer Personen von der Anwendung des KSchG ausdrücklich ausgeschlossen. Hieraus wird zum einen geschlussfolgert, dass dem Gesetzgeber die Existenz dieser Personengruppe bei Schaffung des KSchG bewusst gewesen ist, und zum anderen, dass er eine gezielte Entscheidung gegen die Anwendbarkeit des KSchG auf diese Personengruppen getroffen hat. Es mangelt folglich an einer planwidrigen Regelungslücke.

2.4. Kein Widerspruch gegen gesellschaftsrechtliche Normen und Grundgedanken – eine Subsumtion

Da Geschäftsführer und allgemein Organmitglieder vielfältigen gesellschaftsrechtlichen Normen unterliegen, die, wie aufgezeigt,[288] vorrangig

---

[287] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 381.
[288] Siehe zum Trennungsprinzip oben 1. Teil, I. 3.

zu beachten sind, muss geprüft werden, ob diese potenziell anwendbaren Normen des Arbeitsrechts nicht **auch** mit gesellschaftsrechtlichen Regelungen und Grundsätzen kollidieren. Der Geschäftsführer ist gleichzeitig Dienstnehmer und Organ der Gesellschaft. Diese Wechselbeziehung beschreibt *Goette*[289] wie folgt:

„… gilt es, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Dienstverhältnis eines solchen Organmitglieds nicht um seiner selbst willen, also isoliert, besteht, sondern dass es maßgeblich von der zu erfüllenden organschaftlichen Aufgabe geprägt ist. Nur wenn die ungestörte Funktion des Organverhältnisses gewährleistet bleibt, ist Raum für die Übertragung arbeitsrechtlicher Prinzipien auf das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers."

Steht die Rechtsstellung als Organ im Vordergrund, können die Normen und die Grundsätze des Arbeitsrechts nicht anwendbar sein.[290] Nicht auszuschließen ist, dass eine analoge Anwendung aufgrund der überragenden Funktion des GmbH-Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft daher scheitern wird. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft gefährdet oder gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien ausgehebelt werden würden.

Eine analoge Anwendung der durch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ausgeschlossenen Normen bedeutet einen Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Grundpfeiler.
In § 38 Abs. 1 GmbHG wird die jederzeitige Abberufung des GmbH-Geschäftsführers statuiert. Wendet man das KSchG **analog** an, würde dies diese Möglichkeit aushebeln. Aufgrund des Trennungsprinzips bedeutet zwar die Beendigung des Anstellungsvertrags nicht gleichzeitig die Abberufung vom Geschäftsführeramt. Fest steht aber, dass unabhängig von einer rechtmäßig oder rechtswidrig ausgesprochenen Kündigung die Abberufung möglich ist. Wird allerdings der Anstellungsvertrag beendet und erhebt der Geschäftsführer gegen die ausgesprochene Kündigung Kündigungsschutzklage, wird sich die Gesellschaft in einer Situation des Stillstands befinden.

---

[289] *Goette*, in: FS Wiedemann, 873, 886.
[290] *Gissel*, Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, 158.

Die wirtschaftlichen Belastungen, welche für die Gesellschaft daraus entstehen können, dass bei frei widerruflicher Bestellung des Geschäftsführers das Anstellungsverhältnis wegen fehlender Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung nach Maßgabe des analog anwendbaren § 1 KSchG möglicherweise nicht aufgelöst werden könnte, werden zwar – wie der in § 38 Abs. 1 GmbHG geregelte Vorbehalt zugunsten der sich aus bestehenden Verträgen ergebenden Entschädigungsansprüche – vom Gesetz grundsätzlich hingenommen. Aber diese mittelbare Auswirkung ist potentiell geeignet, die Gesellschafterversammlung in ihrer Abberufungsentscheidung zu beeinflussen.[291]

Denn selbst wenn der Geschäftsführer sein Amt nicht mehr wahrnimmt, bedeutet die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zumindest ein finanzielles Risiko für die Gesellschaft, da diese, sollte sich die Rechtswidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung im Prozess herausstellen, zur Nachzahlung der Geschäftsführerbezüge verpflichtet wäre.[292] Die Gesellschaft wäre in ihrer finanziellen Leistungsfreiheit gehemmt. Denkbar wäre, den Geschäftsführer bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage vom Geschäftsführeramt zu suspendieren und zunächst den Ausgang des Klageverfahrens vor seiner Abberufung abzuwarten. Sollte die Kündigung wirksam ausgesprochen worden sein, könnte die Gesellschaft die Abberufung des bis dahin suspendierten Geschäftsführers mit Rechtskraft des Urteils erklären. Dies könnte allerdings für den Geschäftsführer zur untragbaren Situation führen, dass er zwar einerseits keinen Einfluss mehr auf die operative Geschäftsführung hat, andererseits jedoch im Außenverhältnis weiterhin als Geschäftsführer im Amt, mit den damit einhergehenden Haftungsrisiken, gilt.

Ginge man folglich von einer analogen Anwendung des KSchG aus, ist die Organisationsfreiheit der Gesellschaft gefährdet. Die Möglichkeit der Gesellschaft, sich jederzeit vom Geschäftsführer nach § 38 Abs. 1 GmbHG zu trennen, wäre erschwert. Die Norm des § 14 Abs. Abs. 1 Nr. 1 KSchG stellt aber gerade die enge Verzahnung zur gesellschaftsrechtlichen Regelung des § 38

[291] Vgl. BGH ArbRAktuell 2010, 405, m. Anm. *Arnold*
[292] Ähnlich argumentiert *Diller*, Gesellschafter und Gesellschafterorgane als Arbeitnehmer, 3 ff.

Abs. 1 GmbHG heraus.[293] Im umgekehrten Fall wäre durch das Moment des Stillstands die ungestörte Funktion des Geschäftsführungsorgans beeinträchtigt und mit § 35 Abs. 1 GmbHG nicht zu vereinbaren,[294] da der Geschäftsführer sich in einer rechtlich ungewissen Situation befindet. Eine nicht mehr auf das Gesellschaftswohl ausgelegte Handlungsmotivation des Geschäftsführers ist nicht auszuschließen.

Ein vergleichbarer Gedanke findet sich durch die Regelung des § 14 Abs. 2 KSchG: Auf leitende Angestellte,[295] die unstreitig Arbeitnehmer sind[296] und aufgrund ihrer hervorgehobenen Position im Unternehmen eine gewisse Nähe zur Geschäftsführung haben, ist zwar das KSchG anwendbar; Bestandsschutz besteht für sie im Ergebnis aber nicht, weil der Arbeitgeber im Fall der Sozialwidrigkeit der Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung bewirken kann.[297] Diese Flexibilität dient einem schnellen personellen Wechsel auf der Führungsebene eines Unternehmens und findet sich auch im Handelsrecht wieder. Nach § 52 Abs. 1 HGB kann eine erteilte Prokura jederzeit und ohne wichtigen Grund widerrufen werden, ohne dass Einschränkungen aus dem, der Prokura zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, den Widerruf einschränken dürfen.[298] Diesem Gedanken, nämlich der schnellen Reaktionsmöglichkeit, dient die Norm des § 38 Abs. 1 GmbHG auf Organebene.

2.5. Zwischenfazit

Die analoge Anwendung der durch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG für nicht anwendbar erklärten Normen des KSchG sind mangels Regelungslücke und wegen Verstoßes gegen gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien nicht möglich.

---

[293] *Wank*, in: FS Wiedemann, 588, 608.
[294] OLG Frankfurt am Main BeckRS 2009, 25535, Rz. 24.
[295] Der Gesetzgeber bedient sich in § 14 Abs. 2 KSchG der typologischen Methode. Er nennt beispielhaft den Geschäftsführer und den Betriebsleiter und stellt sodann den Bezug zu diesen rechtstatsächlichen Prototypen des leitenden Angestellten durch das Merkmal der Ähnlichkeit her. Der Geschäftsführerbegriff ist hierbei nicht technisch iSd des GmbHG zu verstehen. Diese Geschäftsführer fallen als Organvertreter bereits unter § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Gemeint sind vielmehr nur diejenigen Personen, die eine ähnlich leitende Funktion haben wie ein Geschäftsführer oder Betriebsleiter. (*Rinck*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 3 E Rn. 11; *Volkening*, in: BeckOK Arbeitsrecht, 58. Edition, Stand 01.12.2020, § 14 Rn. 16.
[296] *Leuchten/Hund*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 1 A Rn. 88.
[297] *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, Rn. 1343.
[298] *Schubert*, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, § 52, Rn. 3.

3. Vertragliche Vereinbarung des gesetzlichen Kündigungsschutzes

Sowohl die direkte als auch die analoge Anwendung des KSchG auf Anstellungsverträge von Geschäftsführern scheiden aus. Um die Situation des kündigungsrechtlich schutzlos gestellten Geschäftsführers im Kündigungsfall zu verbessern, wird versucht, den fehlenden Kündigungsschutz durch die vertragliche Vereinbarung materieller Normen des Kündigungsschutzgesetzes auszugleichen. Die GmbH müsste demnach personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe für die Rechtmäßigkeit einer ausgesprochenen Kündigung darlegen und beweisen können.[299]

Die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung des Kündigungsschutzes hat der BGH in seinem Urteil vom 10.05.2010 ausdrücklich bejaht.[300] In dem zu Grunde liegenden Sachverhalt hatten die Parteien in dem auf unbestimmte Dauer geschlossenen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag folgende Bestimmung vereinbart:

„Für Kündigungen gelten im Übrigen zugunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte."

Nachdem es zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer zu Unstimmigkeiten gekommen war, berief die beklagte Gesellschaft den Kläger als Geschäftsführer ab und erklärte die fristlose, hilfsweise die fristgerechte Kündigung des Dienstvertrages. Der Kläger bestand auf der Unwirksamkeit der Kündigung seines Dienstvertrages mangels sozialer Rechtfertigung und unter Berufung auf den vertraglich vereinbarten Kündigungsschutz.

Nach Ansicht des BGH sprechen Rechtsgründe nicht gegen die individualvertragliche Vereinbarung der Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen des § 1 KSchG. Der BGH führte in diesem Urteil aus, dass das KSchG wegen der ausdrücklichen Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht anwendbar sei, die rechtliche Einstufung des Geschäftsführervertrages als Dienstvertrag aber nicht ausschließe, dass die

[299] *Stagat,* NZA 2010, 975, 976.
[300] BGH NJW 2010, 2343, 2344 m. Anm. *Dzida.*

Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren und auf diesen Weg deren Regelungsinhalt zum Vertragsinhalt machen könnten.[301]

Der BGH gesteht zwar ein, dass wegen der vorrangingen Geltung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen solche dienstvertraglichen Abreden nicht in die gesetzliche oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen dürfen. Der BGH geht aber im Folgenden davon aus, dass die entsprechende Geltung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes die Grenze privatautonomer Gestaltung nicht überschreiten würden. Die Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung werde durch die Einschränkung der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit zwar berührt, aber nur mittelbar. Die finanziellen Auswirkungen, die sich für die Gesellschaft daraus ergeben könnten, dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers trotz frei widerruflicher Organstellung wegen Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung nach § 1 KSchG nicht beendet werden könne, könne die Gesellschafter in ihrer Abberufungsentscheidung zwar beeinflussen. Diese mittelbare Auswirkung werde aber von § 38 Abs. 1 GmbHG hingenommen. Weiter führt der BGH aus, dass die in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthaltene negative Fiktion keinen Anhalt dafür biete, dass mit der dort getroffenen Abgrenzung des Anwendungsbereiches des KSchG gleichzeitig die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung zugunsten des Geschäftsführers ausgeschlossen werden sollte.

Der BGH verkennt hier, dass die privatautonome Gestaltungsfreiheit ihre Grenzen im materiellen Recht findet. Der gesetzgeberische Wille besagt eindeutig und unmissverständlich in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, dass auf Organe und gesetzliche Vertreter juristischer Personen die Normen des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung finden. Alle Normen des geschriebenen Rechts verwirklichen Gerechtigkeitsvorstellungen des parlamentarischen Gesetzgebers und sind mit einer „Leitbildfunktion“ ausgestattet.[302] Die individualvertragliche Vereinbarung vermag an dem

[301] BGH NJW 2010, 2343, 2344 m. Anm. *Dzida.*
[302] *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 839.

eindeutigen gesetzgeberischen Willen nichts zu ändern. Die Privatautonomie darf den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht aushebeln und an seine Stelle treten.

Unabhängig von der Frage, ob eine solche Vereinbarung unmittelbar, mittelbar oder gar nicht gegen das Vorrangprinzip verstößt, hat der BGH die Möglichkeit eröffnet, den Inhalt des Kündigungsschutzgesetzes durch eine **contra legem** erfolgte Interpretation des § 14 Abs. 1 S. 1 KSchG auf Anstellungsverhältnisse anzuwenden.

Das ebenfalls vom BGH angeführte Argument, § 38 Abs. 2 GmbHG knüpfe die Abberufung an einen wichtigen Grund an, sodass auch die Einschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch die entsprechende Geltung von § 1 KSchG nicht als Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der GmbH-Gesellschaft angesehen werden können, geht ins Leere. § 38 Abs. 2 GmbHG ist eine originär gesellschaftsrechtliche Norm und betrifft das von einer Kündigung des Anstellungsvertrages grundsätzlich abstrakt zu behandelnde Organverhältnis.
Die vertragliche Verknüpfung des KSchG mit dem Anstellungsvertrag des Geschäftsführers führt zu einer wenig homogenen Vereinbarung. Die Stellung des Geschäftsführers als Organ ist in der Regel abhängig vom unbedingten Vertrauen der Gesellschafter. Deshalb muss die grundlose Abberufungsmöglichkeit zu jeder Zeit nach § 38 Abs.1 GmbHG weiterhin gewährleistet bleiben und darf nicht durch anstellungsvertragliche Vereinbarungen auch nur mittelbar tangiert werden. Dieser Leitgedanke verträgt sich schwer mit der Schutzrichtung des KSchG, der sozialen Besitzstandswahrung. Ob eine andere Würdigung geboten wäre, wenn die Abberufung willkürlich, d.h. ohne Grund und ohne Vertrauensverlust, erfolgt, kann zunächst dahinstehen.[303]

Weiter unbeantwortet lässt der BGH die Frage, ob es sich bei § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG um dispositives Recht handelt. Der BGH meint zwar, bei den Regeln des KSchG handelt es sich um einseitig zwingendes Recht mit

[303] OLG Hamm BeckRS 2007, 05083 Rz. 4.

der Folge, dass zugunsten des Arbeitnehmers eine das KSchG ausdehnende Vereinbarung getroffen werden kann. Beim Geschäftsführer handelt es sich aber gerade nicht um einen Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber hat für § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG die gesetzestechnische Ausgestaltung einer negativen Fiktion gewählt. Die genannten Personengruppen sollen ohne Rücksicht darauf, ob angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis angesehen werden müsste, allein wegen ihrer organschaftlichen Stellung aus dem Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes ausgeklammert werden.[304] Eine „ausdehnende" Disposition über Normen des KSchG ist daher **nur zugunsten von Arbeitnehmern** möglich.

Die in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG niedergeschriebene Gerechtigkeitsvorstellung des Gesetzgebers kann durch eine privatautonome Vereinbarung nicht überholt werden. Die individualvertraglich vereinbarte Geltung des Inhalts des Kündigungsschutzgesetzes läuft dem gesetzlich niedergelegten Willen des Gesetzgebers zuwider und ist kein ausreichender Schutzmechanismus zur Abwehr einer rechtswidrig erklärten Kündigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrags.

In der Praxis ist nicht auszuschließen, dass GmbH-Geschäftsführer mit einer guten Verhandlungsposition aus Anlass dieses Urteils die Geltung des KSchG zu vereinbaren versuchen werden. Einer Gesellschaft ist von einer solchen Vereinbarung jedoch abzuraten. Denn als Kündigungsgrund dürfte bei einem Geschäftsführer in der Regel eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG in Betracht zu ziehen sein. Sollte jedoch ein Kündigungsgrund nicht vorliegen, wäre die Gesellschaft nach der Abberufung des Geschäftsführers zu seiner Weiterbeschäftigung zu unveränderten finanziellen Konditionen verpflichtet.[305]

[304] BAG NZA 2002, 854, 855.
[305] BGH GWR 2010, 344, m. Anm. *Otte*.

4. Abfindungsklauseln als ausreichende Reaktionsmöglichkeit auf eine rechtswidrig ausgesprochene Kündigung?

Die Vereinbarung der Geltung des KSchG wird vom BGH[306] weiter so ausgelegt, dass auch die Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung nach §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Basis einer Parteivereinbarung möglich sei. Zwar sei ausgeschlossen, eine richterliche Auflösungsbefugnis kraft Parteivereinbarung zu schaffen. Die Vereinbarung könne aber so verstanden werden, dass die Gesellschaft sich durch einseitige Erklärung gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung vom Anstellungsvertrag lösen könne. Die Abfindungshöhe könne einer gerichtlichen Überprüfung nach Maßgabe der §§ 315 ff. BGB unterzogen werden. [307]

Ist die Kündigung des Geschäftsführers materiell nicht gerechtfertigt, ist bei Vereinbarung der Anwendung des KSchG die Rechtsfolge der Vertragsauflösung gemäß §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG der einzige Weg, sich vom Geschäftsführer zu trennen.

Diese vertragliche Vereinbarung bietet weniger Schutz als erhofft, da sich die Vereinbarung auch auf die Vorschriften der §§ 14 Abs. 2, Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2, 10 KSchG beziehen wird.[308] Diese Normen regeln, dass eine Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung gegen Festsetzung einer Abfindung bei Personen, die zur Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, möglich ist. Da viele Geschäftsführer zu solchen Personalentscheidungen berechtigt sind, liefe diese vertragliche Vereinbarung auf das Recht der Gesellschaft hinaus, den Dienstvertrag gegen Zahlung einer Abfindung zu beenden. Allerdings entwertet der BGH den sich daraus ergebenden Bestandsschutz, indem er großzügig ermöglicht, im Wege der Auslegung eine Befugnis der Gesellschaft zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu erlangen.[309] Eine vertragliche Vereinbarung der Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung nach §§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG würde darauf

[306] BGH NJW 2010, 2343, 2344, 2345 m. Anm. *Dzida*.
[307] BGH NJW 2010, 2343, 2344, 2345 m. Anm. *Dzida.*
[308] BGH NJW 2010, 2343, 2345 m. Anm. *Dzida*.
[309] BGH ArbRAktuell, 2010, 405, m. Anm. *Arnold*.

hinauslaufen, dass sich die Gesellschaft die fehlenden materiellen Voraussetzungen für die Rechtfertigung einer Kündigung freikauft.

Möglich erscheint eine andere Wertung dadurch, dass für leitende Angestellte das Gesetz in §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 KSchG die Möglichkeit, einen Auflösungsantrag zu stellen, ausdrücklich vorsieht. Indes ist es nicht vorstellbar, dass der Schutz des Geschäftsführers weiter geht als der eines leitenden Angestellten, der Arbeitnehmer ist.[310] Dies würde aber der Fall sein, wenn der Arbeitgeber einen leitenden Angestellten durch Abfindungszahlung – trotz materiell nicht gerechtfertigter Kündigung – entlassen würde, wohingegen der Gesellschaft diese Möglichkeit gegenüber einem GmbH-Geschäftsführer nach geltendem Recht mangels Anwendbarkeit der §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 KSchG verwehrt bliebe. Diese Erleichterung wird damit begründet, dass der leitende Angestellte regelmäßig eine Vertrauensstellung innehabe,[311] die wohlgemerkt auch der Geschäftsführer einer GmbH innehat. Hier ergeben sich Strukturparallelen.

Der leitende Angestellte ist, anders als der Geschäftsführer als Organ einer juristischen Person, nach § 14 Abs. 2 KSchG grundsätzlich in den allgemeinen Kündigungsschutz einbezogen.[312] Der Unterschied, der für leitende Angestellte im Vergleich zu den Arbeitnehmern existiert ist, dass § 3 KSchG keine Anwendung findet. Ihnen ist also nicht gestattet, bei einer Kündigung gem. § 3 KSchG Einspruch beim Betriebsrat einzulegen mit dem Ziel, eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Mit dieser Ausnahmeregelung wird berücksichtigt, dass das BetrVG gem. § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf leitende Angestellte keine Anwendung findet.[313] Diese durch das Gesetzt vorgesehenen unterschiedlichen Behandlungsansätzen für leitende Angestellte und Geschäftsführer finden ihre Rechtfertigung in den quantitativen Abstufungen, die zwischen einem Geschäftsführer als Organ und einem leitenden Angestellten als Arbeitnehmer existieren. Ein leitender Angestellter ist

---

[310] So auch *Langenbucher*, Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers, 41.
[311] *Hergenröder*, MüKoBGB, KSchG § 14 Rn. 26.
[312] *Rinck*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 3 E Rn. 11
[313] *Hergenröder*, MüKoBGB, KSchG § 14 Rn. 24.

regelmäßig dem zuständigen Geschäftsführer unmittelbar nachgeordnet[314] und delegiert Aufgaben, die in seinem Zuständigkeitsbereich fallen in der Regel an den leitenden Angestellten. Darüber hinaus hat der GmbH-Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft eine statutarische Position inne. Die GmbH ist ohne Geschäftsführer handlungsunfähig, ohne leitenden Angestellten nicht.
Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich am Ergebnis daraus, dass dem leitenden Angestellten die Möglichkeit der Abfindungszahlung aus §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 KSchG vor Eingehung seines Rechtsverhältnisses bekannt ist. Diese Kenntnis vor Eingehung eines Anstellungsverhältnisses ist dem GmbH-Geschäftsführer verwehrt. Vielmehr ist er davon abhängig, dass die Gesellschaft der vertraglichen Vereinbarung der Geltung des KSchG zustimmt, wovon den Gesellschaften gerade abgeraten wird.

Weiter ist einer Gesellschaft von der ausschließlichen Vereinbarung der §§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz KSchG analog ebenfalls abzuraten. Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 KSchG kann nur im Kündigungsschutzprozess erfolgen. Liegt die Kündigung des Anstellungsverhältnisses vor, müsste der GmbH-Geschäftsführer, auch wenn er die Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit Abfindungszahlung erreichen will, gleichzeitig die Kündigung selbst angreifen, da andernfalls der Auflösungsantrag unzulässig ist.[315] Zum einem stellt sich die Frage, inwiefern ein Kündigungsschutzprozess in diesem Zusammenhang sinnvoll ist, da das KSchG - bis auf die Normen des §§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 KSchG - schon gar nicht anwendbar ist und somit die zugrunde liegende Kündigung gar nicht überprüft werden kann. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft langwierige Abfindungsverhandlungen führen wird, die im Interesse beider Parteien vermieden werden sollten. Um solche umständlichen Gerichtsverhandlungen zu vermeiden und die Höhe der Abfindung im Vorfeld für beide Parteien einkalkulieren zu können, erscheint es sinnvoller, anstelle der vertraglichen Vereinbarung der Geltung des KSchG, die wie festgestellt aus vielerlei Hinsicht unpassend ist, auf die Vereinbarung einer konkreten Abfindung als Ausgleich für den fehlenden Kündigungsschutz zu rekurrieren.[316] Das rechtsstaatliche

[314] *Dörsam*, BC 2000, 90, 91.
[315] *Biebl*, in: APS Kündigungsrecht, § 14 KSchG Rn. 5.
[316] Vgl. BGH GWR 2010, 344, m. Anm. *Otte*.

Rechtmäßigkeitsgebot wird hierbei indes gegen Geld erkauft. Für den Geschäftsführer ist dies kein ausreichendes Instrument, die ausgesprochene Kündigung auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen. Allerdings ist der GmbH-Geschäftsführer in diesem Fall wenig schutzwürdig, da er einer solchen Vereinbarung zugestimmt hat und auf das Vorliegen materieller Kündigungsvoraussetzungen bereits im Vorhinein verzichtet hat.

5. Zwischenfazit

Aufgezeigt wurde, dass der Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ein Dienstvertrag ist. Ungeachtet seiner rechtlichen Qualität ist wegen des ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers, der in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG manifestiert wurde, das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar. Die vom BGH befürwortete privatautonome Geltungsvereinbarung verstößt gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Ihre Vereinbarung ist im Übrigen für Gesellschaften wenig empfehlenswert und wird daher in der Praxis kaum oder nur selten vorkommen. Die Zahlung einer Abfindung ist eine Möglichkeit für beide Parteien, sich kurz und schmerzlos voneinander zu trennen. Ihre Vereinbarung setzt allerdings den vertraglichen Konsens beider Parteien voraus. Es ist fraglich, ob einer solchen Vereinbarung jede Gesellschaft zustimmen wird.

Die Zahlung einer Abfindung ist aber kein Instrument zur Überprüfung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit von ausgesprochenen Kündigungen und vermag einen durch den Ausspruch einer rechtswidrigen Kündigung etwaig verursachten Rufschaden nicht auszugleichen.

Das Gesetz und auch die Rechtsprechung enthalten bis zum heutigen Zeitpunkt keine dem KSchG der Intensität nach entsprechenden materiellen Kündigungsschranken. Es gelten lediglich formelle Kündigungsschranken für die Kündigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages.

Es gilt daher zu prüfen, ob originär aus dem Gesellschaftsrecht herrührende Kündigungsschranken entwickelt werden können, die die bisher existierenden formellen und materiellen Kündigungsschranken intensivieren, systematisieren

und von vornherein für die Parteien greifbar machen. Der Geschäftsführer muss in der Lage sein, rechtlich einordnen zu können, welcher Sachverhalt für ihn die Beendigung seines Anstellungsvertrages bedeuten könnte.

Diese Möglichkeit wird zunächst durch Untersuchung der Beendigungstatbestände, die auf Geschäftsführer-Anstellungsverträge anwendbar sind, überprüft. Dabei werden die Beendigungstatbestände durch das Prisma der gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten und der Rechte und Pflichten der Geschäftsführertätigkeit betrachtet. Eine besondere Hinwendung erfolgt dabei zu dem wichtigen Kündigungsgrund bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB.

II. Die Tatbestände der §§ 620 ff. BGB im Fokus des Gesellschaftsrechts

1. Vorbemerkungen

Der BGH[317] beschreibt sehr charakteristisch die Realität der Kündigungen von Geschäftsführeranstellungsverträgen:

„Diese Kündigung trägt ihre Rechtfertigung in sich; sie ist von dem Geschäftsführer hinzunehmen, auf welchen Erwägungen sie auch beruhen mag“

Zugespitzt kann gesagt werden, dass die Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages „einfach so“ und „egal warum“ hinzunehmen sei. So verkündete es jedenfalls der BGH in einem Urteil, bei dem es um die Kündigung eines Geschäftsführers ging, der sich weigerte, in einer von der Gesellschaft vorformulierten Erklärung schriftlich anzuordnen, dass im Unternehmen der Gesellschaft bestimmte Klebstoffe, die Silikon enthielten, bei der Datenträger-Herstellung weiter verwendet werden durften. Diese Forderung war gestellt worden, obwohl die Automobilindustrie als Abnehmer dieser Datenträger verlangte, dass die hergestellten Produkte absolut silikonfrei sein müssten. Die Kündigung gilt auch dann, wenn die Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer ein Vorhaben richtet, das er nicht erfüllen muss, weil es unvertretbar ist. Das bedeutet, dass selbst bei Verfolgung eines nach arbeitsrechtlichen Vorgaben nicht billigenswerten Ziels die Gesellschafterversammlung den aus ihrer Sicht missliebigen Geschäftsführer entlassen kann.[318]

---

[317] BGH NZG 2004, 90, 91.
[318] BGH NZG 2004, 90 = BGH DStR 2003, 2174, 2175, m. Anm. *Goette*.

Immerhin unterliegt der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag den Regelungen über die Beendigung von Anstellungsverhältnissen nach den §§ 620 ff. BGB. Dieses kann entweder durch Kündigung, durch vereinbarten Zeitablauf, durch vertragliche Aufhebung oder durch Bedingungseintritt bei Vereinbarung einer sog. Koppelungsklausel beendet werden. Relevant für die aufgeworfene Frage der Kündigungsschranken ist die einseitig von der anstellenden Gesellschaft ausgehende Beendigung des Anstellungsverhältnisses, folglich die ordentliche sowie außerordentliche Kündigung.

Aus dem Trennungsprinzip ergibt sich, dass die Beendigung des Anstellungsverhältnisses vom Widerruf der Bestellung nach § 38 Abs. 1 GmbHG sowohl beim Fremdgeschäftsführer als auch beim Gesellschafter-Geschäftsführer zu unterscheiden ist. Der Verlust der Organstellung führt nicht gleichzeitig zur Beendigung des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses. Vielmehr ist gesondert zu prüfen, ob die nötigen Voraussetzungen für eine wirksam erklärte Kündigung vorliegen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dann, wenn sog. Koppelungsklauseln[319] vereinbart wurden. In diesem Fall ist der Bestand des Anstellungsvertrages auflösend bedingt an die Organstellung des Geschäftsführers geknüpft.[320] Möglich ist auch die Vereinbarung, dass mit dem Widerruf der Bestellung gleichzeitig auch das Anstellungsverhältnis als ordentlich oder außerordentlich gekündigt gelten soll.[321]

Im Folgenden werden die für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers anwendbaren Normen der §§ 620 ff. BGB auf ihren Schrankengehalt hin untersucht. Ein besonderer Schwerpunkt wird auf den wichtigen Grund des § 626 Abs. 1 BGB und die Frage gelegt, inwiefern eine unternehmerische Entscheidung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrages bedeuten kann.

---

[319] Hierzu siehe unten 2. Teil, II. 2.3. und 5.3.

[320] BGH NJW 1989, 2683, 2684; OLG Saarbrücken GmbHR 2013, 758, 759; zu den Anforderungen an die Eindeutigkeit einer solchen Abrede auch BGH DStR 1999, 1537, m. Anm. *Goette*.

[321] *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 6 Rn. 44.

2. Grundlegende Anforderungen des formellen Verfahrens

2.1. Zuständigkeit

Für die Kündigung des Anstellungsvertrages eines GmbH-Geschäftsführers einer mitbestimmungsfreien Gesellschaft fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz. In § 46 Nr. 5 GmbHG ist lediglich die Kompetenz der Gesellschafterversammlung zur Bestellung und Abberufung geregelt. Hieraus wird geschlossen, dass das für den Abschluss des Anstellungsvertrages zuständige Organ gleichzeitig kraft der Annexkompetenz zu ihrer Auswahlkompetenz aus § 46 Nr. 5 GmbHG auch für dessen Kündigung zuständig ist.[322] Möglich ist aber auch, dass die Beendigungskompetenz durch einen einfachen Gesellschafterbeschluss auf eine andere Institution der Gesellschaft übertragen werden kann.[323] In diesem Fall muss der Kündigungserklärung ein Original des Gesellschafterbeschlusses beigefügt werden, um eine eventuelle Zurückweisung der Kündigung gemäß § 174 Satz 1 BGB zu verhindern.[324]

Die vorab dargestellten Grundsätze gelten auch bei der außerordentlichen Kündigung. Durch Satzung kann die Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat, einen fakultativen Aufsichtsrat oder einen anderen Gesellschafter übertragen werden.[325] Unterliegt die GmbH dem Mitbestimmungsgesetz, ist für die Kündigung zwingend der Aufsichtsrat zuständig,[326] wobei nicht das Verfahren nach § 31 MitbestG einzuhalten ist, sondern ein Beschluss mit einfacher Mehrheit genügt (§ 29 MitbestG). Problematisch wird der Fall der Kündigung eines Geschäftsführers sein, der den Anstellungsvertrag mit einem Dritten, etwa im Falle einer GmbH & Co. KG, mit der KG abgeschlossen hat. Grundsätzlich ist in diesem Fall die GmbH die einzige vertretungsberechtigte Komplementärin der KG und ihr Vertreter, nämlich der Geschäftsführer, handlungs- und vertretungsbefugt. Dies führt zu der Situation, dass in diesem Fall der

---

[322] BGH DStR 2018, 1929, 1930, BGH EWiR 2018, 551, m. Anm. *Bochmann/Cziupka*; *U.H.Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz GmbHG, § 35 Rn. 427, 311.
[323] BGH GmbHR 2013, 645, 646, m. Anm. *Brötzmann*.
[324] *U.H.Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz GmbHG, § 35 Rn. 427.
[325] BGH NJW-RR 1990, 739, 740.
[326] BGH NJW 1984, 733, 734; vgl. ferner *Habersack*, in: MitbestR, § 31 Rn. 37 ff; *Heermann*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 52 Rn. 304 m.w.N.; zur Vertretung der Gesellschaft mit fakultativem Aufsichtsrat gegenüber ehemaligen Geschäftsführern: BGH AG 1990, 359; a.A. *Rittner*, DB 1979, 973.

Geschäftsführer für seine eigene Kündigung zuständig wäre. Dies wird allerdings dadurch entschärft, dass gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG diese Kompetenz auf die Gesellschafter der GmbH und nicht der KG übertragen wird.[327] Ist die KG Alleingesellschafterin der GmbH, sind die Gesellschafter der KG für die Kündigung zuständig, §§ 164 Satz 1, 2. Halbs., 116 Abs. 2 HGB. [328]

2.2. Verfahren und Form

2.2.1. Beschluss

Die Kündigung des Anstellungsvertrages erfolgt durch einen wirksamen Gesellschafterbeschluss, der sich nach den §§ 47 ff. GmbHG richtet. Hierfür genügt die einfache Stimmenmehrheit nach § 47 Abs. 1 GmbHG, es sei denn, die Satzung enthält eine hiervon abweichende Regelung. Bei dem Beschluss handelt es sich um eine materielle Wirksamkeitsvoraussetzung und zwar auch bei einer Einmann-GmbH.[329] Mangelt es an einem Beschluss, ist die Kündigung unwirksam[330] und kann auch durch eine rückwirkende Genehmigung der Gesellschafter nicht rückwirkend geheilt werden.

Der Beschluss ist im Rahmen einer Gesellschafterversammlung zu fassen, wobei es unschädlich ist, wenn die Gesellschafter bei der Beschlussfassung nicht anwesend sind. Ausreichend ist, dass die Gesellschafter gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG ordnungsgemäß geladen wurden und gemäß § 51 Abs. 2 GmbHG angekündigt wurde, dass der Beschluss die ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages zum Gegenstand hat. Bei der Abstimmung über eine ordentliche Kündigung, ebenso wie bei der Anstellung, kann der Gesellschafter-Geschäftsführer mitstimmen.[331] Etwas anderes gilt, wenn die Kündigung[332] aus einem wichtigen Grund erfolgt, folglich eine außerordentliche Kündigung vorliegt.[333] In diesem Fall ist der

---

[327] *K. Schmidt,* in: Scholz, GmbHG § 46 Rn. 84.
[328] *Neu*, Die Beendigung der Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern,49.
[329] BGH NJW 1995, 1750, 1751.
[330] OLG Nürnberg NZG 2001, 810, 811; *Lunk*, ZIP 1999, 1777 f; für fehlenden Aufsichtsratsbeschluss bei der AG: OLG Karlsruhe NZA 2005, 300, 301 f.
[331] *K. Schmidt,* in: Scholz, GmbHG, § 46 Rn. 76, der die grundsätzliche Stimmrechtsbefugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung anerkennt. Im Rückschluss bedeutet dies, dass er auch als Annexkompetenz über seine Kündigung abstimmen darf.
[332] Gleiches gilt, wenn die Abberufung aus wichtigem Grund erfolgt. Siehe hierzu 2. Teil, II. 2.3 und 5.3.
[333] *K. Schmidt,* in: Scholz, GmbHG, § 47 Rn. 141 und § 46 Rn. 76.

Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 47 Abs. 4 GmbHG von der Abstimmung der Gesellschafter ausgeschlossen.[334] Dieses Stimmverbot folgt aus dem Grundsatz des bestehenden Verbotes: „Richter in eigener Sache zu sein." Dieses Stimmrechtsverbot erfolgt berechtigterweise, da davon auszugehen ist, dass die Abgabe der Stimme des betroffenen Gesellschafters, von dem auszugehen ist, dass er regelmäßig eine Kündigung verhindern möchte, nur im guten Glauben sich selbst gegenüber erfolgt und die Willensbildung der Gesellschaft nur verfälschen könnte

2.2.2. Erklärung

Neben dem Gesellschafterbeschluss ist eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung die Kündigungserklärung. Diese ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss dem betroffenen Geschäftsführer zugehen. Das zuständige Gesellschaftsorgan muss den Zugang der Kündigungserklärung an den Geschäftsführer bewirken, wobei die Möglichkeit, einen Gesellschafter oder weitere Geschäftsführer zur Abgabe der Erklärung zu ermächtigen, nicht ausgeschlossen ist.[335] Eines gesonderten Zugangsaktes bedarf es allerdings in diesen Fällen nicht, in denen der betroffene Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung, in der der Beschluss zur Kündigung des Anstellungsvertrages gefasst wurde, anwesend gewesen[336] und ihr Erklärungsgehalt aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts unmissverständlich zu bestimmen gewesen ist.

2.2.3. Form und Begründung

Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses ist grundsätzlich formlos möglich. Eine Begründung der Kündigung, gleich von welcher Seite sie ausgesprochen wird, ist nicht erforderlich.[337] Gemäß § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB müssen dem Gekündigten nach Ausspruch der Kündigung auf Verlangen die Kündigungsgründe schriftlich mitgeteilt werden müssen.

---

[334] OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050, 1053; *Lohr*, NZG 2001, 826, 827.
[335] *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 52.
[336] OLG Düsseldorf NZG 2004, 478, 480; *Zöllner,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46 Rn. 36.
[337] BGH NZG 2004, 90, 91.

2.2.4. Die Anwendung des § 623 BGB

Fraglich ist, ob die Formvorschrift des § 623 BGB, der für die Kündigung von Arbeitsverträgen die Schriftform verlangt, auf den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers, der, wie bereits festgestellt wurde, grundsätzlich kein Arbeitsvertrag ist, Anwendung findet. In erster Linie ist dies aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts abzulehnen. § 623 BGB findet auf Dienstverträge keine Anwendung. Somit stellt sich im Weiteren die Frage nach einer analogen Anwendung der Norm.

Die analoge Anwendung der Norm würde sich jedenfalls anbieten, um Fälle von objektiv unberechtigten Kündigungen nachweisen zu können. Die Vorschrift dient dem Übereilungsschutz bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Der kündigenden Partei sollen die Folgen, die mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbunden sind, vor Augen geführt werden. Würde die Norm des § 623 BGB auch auf den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers analog Anwendung finden, wäre dies ein zusätzliches Instrument, um unberechtigten Kündigungen vorzubeugen, zumal die anstellende GmbH, zumindest theoretisch, die Möglichkeit hätte, das tatsächliche Vorliegen von Kündigungsgründen zu überprüfen. Die Schriftform hilft dabei, innezuhalten und zu überlegen.[338] Außerdem wäre die schriftliche Fixierung der Kündigung, verlangt man zusätzlich die Begründung der Kündigung, eine wesentliche Erleichterung für den gekündigten Geschäftsführer, um im Nachhinein die objektiv unberechtigte Kündigung darlegen und beweisen zu können und somit einen eventuellen – noch zu prüfenden – Rufschaden zu vermeiden.

Zum Teil wird eine analoge Anwendung[339] der Norm auf Minderheitsgeschäftsführer gefordert.[340] Nach herrschender Meinung ist eine solche Analogie jedoch abzulehnen, da es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.[341] Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift ausdrücklich auf Arbeitsverhältnisse beschränkt, mithin Dienstverträge hiervon bewusst ausgenommen. Möchte sich der Geschäftsführer allerdings absichern, besteht

---

[338] *Fischer*, NJW 2003, 2417, 2418.
[339] Hierzu siehe auch 2. Teil, I. 2.
[340] *Spilger*, in: KR, § 623 BGB, Rn. 422.
[341] OLG Düsseldorf NZG 2004, 478, 480; *Zimmer,* BB 2003, 1175, 1176 f; *Oetker*, in: Staudinger BGB (2019), § 623 Rn. 12.

freilich die Möglichkeit, die Wahrung der Schriftform für die Kündigung des Anstellungsvertrages privatautonom als vereinbarte Regelung im Anstellungsvertrag vorzusehen.

2.3. Der Sonderfall der Koppelung von Widerruf der Organstellung und Kündigung des Anstellungsvertrages durch Koppelungsklauseln

Das in § 38 Abs. 1 GmbHG verankerte Trennungsprinzip zwischen Widerruf der Organstellung und Beendigung des Anstellungsvertrages wird in der Praxis durch Koppelungsklauseln[342] durchbrochen. Vereinbart wird, dass im Fall des Widerrufs der Bestellung auch das Anstellungsverhältnis enden soll.

Der BGH stellte in seinem Urteil vom 21.06.1999[343] fest, dass eine Koppelungsklausel auch im Verhältnis zu § 38 Abs. 1 GmbHG unbedenklich zulässig sei.[344] Nach dem Inhalt der Klausel war die Abberufung als Geschäftsführer „jederzeit“ und „unbeschadet der Ansprüche auf Bezüge“ möglich. Diese Abberufungsklausel reduzierte der BGH durch Auslegung aber dahingehend, dass sie nur dann eingreifen könne, wenn ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliege und es sich daher auch um eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages nach § 626 Abs.1 BGB handele.[345]

In Betracht kommen auch Klauseln, nach denen in der Abberufung gleichzeitig eine Kündigung des Anstellungsvertrages zum nächstmöglichen Termin, d.h. unter Einhaltung der Kündigungsfrist, die für eine ordentliche und somit grundlos mögliche Kündigung einzuhalten ist, liegt. Solche Klauseln[346] sind rechtlich nicht zu beanstanden,[347] da durch die Abberufung lediglich die

---

[342] In BGH NJW 1998, 1480 stellte dieser fest, dass eine Koppelungsklausel in einem Fremdgeschäftsführervertrag nicht nach den §§ 133, 157 BGB dahingehend ausgelegt werden darf, dass auch die grundlose Abberufung des Geschäftsführers als fristlose Kündigung zu werten sei. Eine solche Koppelung führt dazu, dass eine freie, also in das Belieben der Gesellschaft gestellte Kündigungsmöglichkeit des Anstellungsvertrages ermöglicht werden würde. Siehe hierzu auch weiter unten 2. Teil, II. 5.3.

[343] BGH NJW 1999, 3263.

[344] BGH NJW 1999, 3263, 3264.

[345] BGH NJW 1999, 3263, 3264.

[346] Zur Vereinbarung der Beendigung des Organverhältnisses als auflösende Bedingung für den Bestand des Anstellungsvertrages siehe *U.H. Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 433.

[347] *Jaeger/Steinbrück,* in: MüKoGmbHG, § 35 Rn. 393; für die Aktiengesellschaft BGH ZIP 1989, 1190, 1191.

Kündigung fingiert wird, die andernfalls in einer getrennten Erklärung ausgesprochen werden müsste.[348] Insgesamt können folglich solche schuldrechtlich vereinbarten Klauseln nur Bestand haben, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung vorliegen.[349]

Durch die Schuldrechtsmodernisierung und die seit dem 01.01.2002 geltende Neuregelung des AGB-Rechts sind solche Klauseln nunmehr ausdrücklich in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts gerückt worden.[350] Zudem ist abschließend geklärt, dass im Sinn von § 13 BGB der Abschluss eines Anstellungsvertrages weder der selbstständigen noch der gewerblichen Tätigkeit eines Gesellschaftsorgans zuzurechnen ist, sondern ein Verbraucherhandeln darstellt.[351] Dieses Ergebnis gilt sowohl für Fremdgeschäftsführer als auch für Gesellschafter-Geschäftsführer.[352] Begründet wird dies damit, dass der Abschluss eines Dienstvertrages zwischen Organ und Gesellschaft privates Handeln im Sinne von § 13 BGB darstellt. Der Geschäftsführer sei kein Kaufmann[353] und darum auch mit Sicherheit kein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB, wenn er einen Anstellungsvertrag unterzeichnet.[354]

Nach § 310 Abs. 2 Nr. 3 BGB findet immer dann eine richterliche Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB statt, wenn der Verbraucher nicht in der Lage war, auf ihre inhaltliche Gestaltung tatsächlich Einfluss zu nehmen.[355] Für eine solche tatsächliche Einflussnahme wäre erforderlich, dass die Gesellschaft als AGB-Verwenderin gegenüber dem Geschäftsführer den Inhalt der Koppelungsklausel ernsthaft zur Disposition stellt. Dies wäre dann der Fall, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer eine Vertragsgestaltung anbieten würde, die die Trennungswirkungen von § 38 Abs. 1 GmbHG exakt beachtet.[356] Denn nur in diesem Fall werden beim Widerruf der Organstellung die

[348] *Jaeger/Steinbrück*, in MüKooGmbHG, § 35 Rn. 393.
[349] BGH NJW 1999, 3263, 3264.
[350] Siehe zur historischen Entwicklung solcher Koppelungsklauseln hin zu AGB-Klauseln ausführlich *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 835 ff.
[351] BAG NJW 2010, 2827, 2829.
[352] BGH NJW 2000, 3133, 3135, 3135.
[353] BGH NJW 2006, 996, 998.
[354] *Westphalen, Graf v*., BB 2015, 834, 836, m.w.N.
[355] BGH NJW 2010, 1131, 1133.
[356] *Westphalen, Graf v*., BB 2015, 834, 837, m.w.N.

Kündigungsvoraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB und die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB beachtet, ohne dass allein schon die Tatsache des Widerrufs der Bestellung aus wichtigem Grund an sich ungekürzt auf die Beendigung des Anstellungsvertrages durchschlägt.[357] Denn – wie noch aufgezeigt werden wird – sind die Schutzfunktionen für den wichtigen Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und den fristlosen Kündigungsgründen bei Dienstverträgen nach § 626 Abs. 1 BGB unterschiedlich.[358] Der entscheidende Schutz zugunsten des Geschäftsführers liegt gerade in der Geltung der dienstvertraglichen Norm des § 626 Abs. 1 und 2 BGB und der darin erforderlichen Interessenabwägung. Ob in der Praxis eine einseitige Vertragsgestaltung durch die Gesellschaft die Regel sein wird und der Anwendungsbereich des AGB-Rechts eröffnet ist, ist fraglich. Anstellungsverträge zwischen einem GmbH-Geschäftsführer und der Gesellschaft werden überwiegend ausgehandelt, sodass keine einseitige Vertragsgestaltung seitens der Gesellschaft stattfindet. Die Einordnung als AGB ist somit theoretisch und in Einzelfällen möglich, wird jedoch nicht den Regelfall darstellen.

3. Die ordentliche Kündigung

3.1. Vorbemerkungen

Da, wie aufgezeigt, der Anstellungsvertrag ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter ist, wird dieser nach den §§ 620 ff. BGB beendet. Ist der Anstellungsvertrag nur auf bestimmte Zeit eingegangen, so endet dieser mit dem Ablauf der Zeit, für den er geschlossen wurde, gemäß § 620 Abs. 1 BGB. Ist eine solche Befristung nicht vorhanden, so kann dieser nach den §§ 621 bis 622 BGB gekündigt werden. Das Verhältnis der fristgebundenen ordentlichen Kündigung zum grundsätzlich jederzeit möglichen Widerruf der Organstellung nach § 38 Abs. 1 GmbHG wird nachfolgend untersucht.

---

[357] So auch *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 837.
[358] BGH NJW 1989, 2683, 2684.

3.2. Widerruf der Organstellung als Voraussetzung für die fristgebundene ordentliche Kündigung

Im Gegensatz zur Abberufung eines Vorstandsmitglieds, die nach § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG nur wegen eines wichtigen Grundes erfolgen kann, ist der Widerruf der Bestellung zum GmbH-Geschäftsführer, unabhängig davon, ob es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer oder einen Fremdgeschäftsführer handelt, gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit und ohne einen nachprüfbaren sachlichen Grund[359] möglich. Eine solche Parallele, wie in § 38 Abs. 1 GmbHG originär geregelt, besteht auch bei der bereits erwähnten Prokura. Auch sie kann jederzeit und ohne Grund nach § 52 Abs.1 HGB widerrufen werden. Das der Prokura zugrunde liegende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft bleibt wegen der Abstraktheit der Vollmacht vom Widerruf der Prokura unberührt.[360] Zwar ist das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, anders als das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft bei der Prokura-Erteilung, nicht die rechtliche Causa für seine Bestellung. Dennoch wird aus dieser parallelen Wertung klar, dass die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit der Prokura als auch der Organstellung, ein zwingendes Korrektiv ihrer grundsätzlich unbeschränkten Vertretungsmacht darstellt.

Besonders kritisch erscheint diese jederzeit bestehende Widerrufsmöglichkeit aus der Organposition im Sonderfall der anstellungsvertraglich vereinbarten Koppelung[361] von Widerruf und Kündigung, mit der Folge, dass mit Widerruf der Organstellung der Anstellungsvertrag – in der Regel unter Bezugnahme auf das ordentliche Kündigungsrecht des § 621 BGB – beendet wird. Das gesetzlich verankerte Trennungsprinzip in § 38 Abs. 1 GmbHG regelt, dass die Abberufung eines Geschäftsführers keine Auswirkungen auf sein Anstellungsverhältnis besitzt. Demgegenüber stehen die Interessen der Gesellschaft als Verwenderin einer Koppelungsklausel, möglichst bald die Frage zu klären, **wann** das Anstellungsverhältnis mit dem Geschäftsführer als beendet anzusehen ist.

---

[359] *Schmidt,* in: Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, § 38 Rn. 22.
[360] *Schubert*, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, § 52 Rn. 3.
[361] Siehe zu dieser Problematik bei der außerordentlichen Kündigung 2. Teil, II. 5.3. und 3.2.

Bei einem „jederzeit“ möglichen Widerruf der Bestellung nach § 38 Abs. 1 GmbHG fehlt es in der Regel an einem außerordentlichen Kündigungsgrund, sodass nur der Weg über die ordentliche Kündigung nach § 621 BGB bleibt. Doch geht diese ins Leere, wenn es sich um einen befristeten Dienstvertrag handelt oder eine vertragliche Kündigungsfrist vereinbart ist, die länger ist als die des § 621 BGB.

Es manifestiert sich das eingangs dargestellte Bild des GmbH-Geschäftsführers als „kündigungsschutzrechtliches Freiwild“ in dem Fall, dass der Dienstvertrag die „jederzeit“ mögliche Abberufung an die Kündigungserklärung koppelt, ohne auf weiterhin bestehende, bleibende Rechte aus dem Dienstvertrag hinreichend im Rahmen einer Kündigungsfrist Rücksicht zu nehmen.[362] Ein solches Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Leitbildfunktion des **Trennungsprinzips, wonach beide Rechtsverhältnisse nach den jeweils einschlägigen Normen beendet werden müssen,** ohnehin unzulässig und verstößt bei Verwendung einer AGB-Klausel gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu begründende Unwirksamkeit der Koppelungsklausel führt über § 306 Abs. 2 BGB dazu, dass § 38 Abs. 1 GmbHG zum Tragen kommt,[363] mit der Folge, dass die den Anstellungsvertrag beherrschenden Normen des Dienstvertrages nach den §§ 611 ff. BGB uneingeschränkt zugunsten des Geschäftsführers gelten.[364]

Einen selbst durch den Ausspruch des Widerrufs und einer darauf beruhenden Kündigung an sich erlittenen Imageschaden vermag dies aber nicht zu vermeiden. Eine gesellschaftsrechtliche Regelung zur Relativierung der freien Widerrufsmöglichkeit der Bestellung zum GmbH-Geschäftsführer, die der GmbH-Geschäftsführer im Falle einer anschließend ausgesprochenen, objektiv unberechtigten Kündigung fruchtbar machen könnte, existiert jedenfalls nicht.

Um die Gesellschaft dennoch gegen die Gefahren der nach § 37 Abs. 2 GmbHG unbeschränkbaren Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers im

---

[362] *Westphalen, Graf v*., BB 2015, 834, 840.
[363] Diese Rechtsfolge tritt nach § 307 Abs. 2 Nr. BGB auch dann ein, wenn im Anstellungsvertrag eine Koppelung zwischen Organstellung und Bestand des Anstellungsvertrages im Sinne einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB vereinbart wird, sofern der Widerruf der Organstellung erfolgt. Hierzu siehe auch *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 840.
[364] So auch *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 840.

Außenverhältnis einerseits zu schützen, was ja Sinn und Zweck der jederzeit möglichen Widerrufsmöglichkeit ist, den Geschäftsführer andererseits nicht direkt mit dem sofortigen Widerruf und der anschließenden, den §§ 621 ff. BGB entsprechenden Kündigung seines Anstellungsvertrages zu konfrontieren, bietet es sich an, einen Widerruf nicht sofort auszusprechen, sondern diesen vorab auf Sachlichkeit hin zu überprüfen. Für diesen Überprüfungszeitraum kann neben dem Geschäftsführer ein weiterer Geschäftsführer berufen werden, um einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Einzelgeschäftsführer zuvorzukommen. In den Fällen, in denen die Geschäftsführung mehreren Geschäftsführern gemeinsam obliegt, besteht ein solches Erfordernis nicht. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es keine Notwendigkeit gibt, an einem jederzeit und ohne nachvollziehbaren Grund möglichen Widerruf des Geschäftsführers festzuhalten.

3.3. Maßgebliche Kündigungsfrist

Bei Ausspruch der ordentlichen Kündigung ist vorrangig die im Anstellungsvertrag vereinbarte Kündigungsfrist einzuhalten,[365] es sei denn, diese ist kürzer als die gesetzliche Frist. Besteht keine vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist oder ist diese Vereinbarung unwirksam, gilt die gesetzliche Kündigungsfrist. Fraglich ist, welche gesetzliche Kündigungsfrist einschlägig ist.

3.3.1. § 622 BGB als Schutzvorschrift

Problematisch ist das Thema, ob sich im Rahmen der ordentlichen Kündigung die Frist nach § 621 oder § 622 BGB bestimmt. Für den Dienstvertrag jedenfalls ist mit § 621 BGB eine eindeutige gesetzliche Regelung vorhanden. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich beim Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers, unabhängig vom Grad seiner Beteiligung, um einen Dienstvertrag. Schon allein aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 621 BGB ist jedenfalls auf den Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers, der zugleich eine beherrschende Gesellschafterstellung innehat, § 621 BGB anzuwenden.

---

[365] *U. H. Schneider/Hohenstatt,* in: Scholz GmbHG, § 35 Rn. 446.

Kündigungsfristen ermöglichen den Vertragsparteien, sich auf die Vertragsbeendigung einzustellen und evtl. nach anderen Vertragspartnern zu suchen. Besonders lange Kündigungsfristen dienen regelmäßig dem Schutz einer strukturell unterlegenen Vertragspartei wie dem Arbeitnehmer, der in der Regel sofort eine neue Arbeitsstelle finden muss. Ein maßgeblich an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer, der wegen seines Stimmrechts Einfluss auf die Kündigungsentscheidung nehmen und eine solche verhindern kann, befindet sich in der Regel nicht in dieser Situation, sodass es keines erhöhten Schutzes bedarf.

Anders hingegen ist dies bei einem Fremd- oder Minderheitsgeschäftsführer. Wegen der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit zu Arbeitnehmern soll nach Ansicht des BGH auf diese Personenkreise § 622 Abs. 1 und 2 BGB analog anwendbar sein.[366] Fraglich ist allerdings, ob hierfür bereits eine planwidrige Regelungslücke besteht. Weder im Rahmen des Arbeitsrechts-bereinigungsgesetzes von 1969[367] noch beim Kündigungsfristengesetz von 1993[368] hat der Gesetzgeber bei der jeweiligen Änderung des § 622 BGB den Dienstvertrag eines Geschäftsführers bedacht,[369] obschon jedenfalls im Jahre 1993 der Streit um die analoge Anwendbarkeit des § 622 auf Fremd- bzw. Minderheitsgeschäftsführer bekannt gewesen ist.[370] Hierin wird eine planwidrige Regelungslücke für Kündigungsfristen in Bezug auf GmbH-Geschäftsführer gesehen. Dies sei eine Folge davon, dass § 622 BGB in der vor dem 14.08.1969 geltenden Fassung ebenso für die „zur Leistung von höherer Art Angestellten“ und daher auch für GmbH-Geschäftsführer galt. Durch Änderung des § 622 BGB habe der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, die bisher unter den § 622 BGB fallenden Rechtsverhältnisse anders zu bewerten.[371]
Gegen eine analoge Anwendung des § 622 BGB auf Fremd- oder Minderheitsgeschäftsführer, hat sich das BAG in seiner jüngst hierzu

[366] So BGH NZG 2005, 968, 970; BGH NJW 1987, 2073, 2074; BGH NJW 1981, 1270, 1271; *Lunk*, ZIP 1999, 1770, 1780; *Bauer*, DB 1979, 2178 f; *Miller*, BB 1977, 723, 724 ff; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 6 Rn. 53.
[367] Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.08.1969, BGBl. I 1969, 1106.
[368] Kündigungsfristengesetz vom 07.10.1993, BGBl. I 1993, 1668.
[369] So auch *Neu*, Die Beendigung der Anstellungsverhältnisse von GmbH Geschäftsführern, 62.
[370] So auch das BAG in seiner jüngeren Entscheidung BAG NJW 2020, 2824, 2827; Vgl. *Löw*, DB 2020, 2338, 2340.
[371] Vgl. BGH NJW 1981, 1270, 1270 f.

ergangenen Entscheidung vom 11.06.2020 ausgesprochen.[372] Das Gericht hatte über die Kündigung des Anstellungsvertrages einer Fremdgeschäftsführerin zu entscheiden, die in scharfer Form die Kompetenz der Organvertreter infrage gestellt und diese Kritik auch nach Mahnung fortgesetzt hatte. Der Anstellungsvertrag verwies hinsichtlich der Kündigungsfristen auf die gesetzlichen Bestimmungen. Das BAG wendet auf Rechtsverhältnisse des GmbH-Geschäftsführers nicht die Kündigungsfristen des § 622 BGB und argumentiert ebenfalls damit, dass bei der Neufassung des § 622 BGB im Jahre 1993, die Ansicht des BGH zwar bekannt gewesen ist, aber dennoch nicht in die gesetzliche Regelung übernommen wurde. Diese Vorschrift sei ihrem Wortlaut nach nur auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses anzuwenden.[373]

3.3.2. Zwischenfazit

M. E. ist die Interpretation des Ausdrucks „zur Leistung von höherer Art Angestellten“ ausschließlich ergebnisorientiert. Hätte der Gesetzgeber eine Ausweitung auf den GmbH-Geschäftsführer oder allgemein auf Vertretungsorgane einer Gesellschaft bezweckt, hätte die Ausweitung auf „Gesellschaftsorgane“ oder „Vertretungsorgane einer Gesellschaft“ unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Aus der fehlenden expliziten bzw. auf ein Vertretungsorgan einer Gesellschaft schließenden Benennung, ist der dogmatische Schluss zu ziehen, dass keine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Wegen der für freie Dienstverträge existierenden Regelung des § 621 BGB fehle es an einer planwidrigen Reglungslücke, die eine analoge Anwendung zuließe. Daher ist es rechtlich ohne Bedeutung, ob das Fristenregime in § 622 BGB gegenwärtig noch als interessengerechter anzusehen ist, als die Kündigungsfristen aus § 621 BGB.[374] Somit darf § 622 BGB insgesamt nicht auf Geschäftsführeranstellungsverträge angewendet werden.

[372] BAG NJW 2020, 2824, 2827.
[373] BAG NJW 2020, 2824, 2827.
[374] BAG NJW 2020, 2824, 2827.

3.4. Die Einführung einer Interessenabwägung bei der ordentlichen Kündigung?

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist die ordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers wegen der Nichtanwendbarkeit des KSchG ohne sachlichen Grund unter Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist möglich.
In der gegebenen Konstellation der jederzeitigen Abberufungs- und Kündigungsmöglichkeit sollte für eine ordentliche Kündigung des Geschäftsführers vorher eine Interessenabwägung erfolgen.
Die Einführung einer Interessenabwägung bedeutet nicht, dass die kündigende Gesellschaft an einen eigentlich nicht erforderlichen, wichtigen Grund mittelbar gebunden ist. Vielmehr soll damit ein Moment des Innehaltens geschaffen werden. Dabei soll die Gesellschaft die Vor- und Nachteile einer Kündigung gegeneinander abwägen. Die Einführung einer Interessenabwägung bedeutet ebenfalls nicht, dass die Kündigung zeitlich erschwert wird. Die ordentliche Kündigung zielt wegen ihrer Fristbindung, im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung, ohnehin nicht auf eine schnelle Beendigung des Anstellungsvertrages.

3.5. Entkräftung denkbarer Kritik

Gegen diese Argumentation könnte eingewendet werden, dass den Interessen des Geschäftsführers schon durch die Kündigungsfrist aus § 621 BGB Rechnung getragen wird. Diese gewährt ihm ausreichend Zeit, um sich auf die Beendigung seines Anstellungsverhältnisses einzustellen und sich nach einer neuen Stelle umzusehen. Hinzu kommt, dass die Handlungsfreiheit der kündigenden Gesellschaft nicht durch überhöhte Kündigungsbeschränkungen unnötig eingeschränkt werden darf. Die Gesellschaft muss weiterhin die Möglichkeit haben, sich im Rahmen ihrer Personalhoheit frei zu bewegen und ordentliche Kündigungen aussprechen dürfen.

Grundsätzlich ist dieser Aussage zuzustimmen. Zu bedenken ist aber, dass es sich um den Sonderfall der Beendigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages handelt, der auch im Interesse der kündigenden Gesellschaft risikobehaftete operative Entscheidungen trifft. Will der Geschäftsführer nicht das Risiko der Kündigung seines Anstellungsvertrages

wegen einer defensiven Führung der Geschäfte riskieren, muss er ständig bemüht sein, mit einer offensiven und risikoreichen Geschäftsführung den Ansprüchen zu genügen. Sowohl ein zu offensives wie auch ein zu defensives Verhalten kann ihn in eine kündigungsrelevante Situation bringen.

Die Einführung einer Interessenabwägung erschwert nicht wesentlich die Kündigungsfreiheit der Gesellschaft. Vor allem bedeutet diese keine dauerhafte Bindung der Gesellschaft an den Geschäftsführer. Sie knüpft diese lediglich an eine rational erforderliche Entscheidung, die unter Vornahme einer Interessenabwägung erfolgt.

4. Zwischenfazit

Die Privatrechtsordnung wird vom Grundsatz „Pacta sunt servanda“ beherrscht. Abgeschlossene Verträge sind einzuhalten. Bei Dauerschuldverhältnissen, wie dem unbefristeten Geschäftsführer-Anstellungsvertrag, würde dies eine ewige Bindung des Geschäftsführers mit der Gesellschaft bedeuten. Vertragliche Ewigkeitsbindungen müssen aber verhindert werden. Denn sonst würde das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, das durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird, im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen aufgehoben.[375] Der Grundsatz „Pacta sunt servanda“ steht daher unter dem Vorbehalt, Dauerschuldverhältnisse einseitig durch Kündigung zu beenden. Die ordentliche Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages an überhöhte Kündigungsanforderungen zu binden, würde diesem Grundsatz zuwiderlaufen.

Die Untersuchung der Beendigungstatbestände hat gezeigt, dass der Geschäftsführer bei der ordentlichen Kündigung nicht ohne eigene Einwirkungsmöglichkeit ist. Deutlich wird dies durch die Möglichkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers – im Gegensatz zum Fremdgeschäftsführer –, bei der Abstimmung über seine ordentliche Kündigung mitzustimmen.

Die Möglichkeit der Koppelung eines „jederzeit“ möglichen Widerrufs und der fristgebundenen ordentlichen Kündigung ist vor dem Hintergrund des weiterhin bestehenden Erfordernisses der Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen, nicht zu beanstanden. Zu überdenken wäre einzig die Einführung einer

[375] *Großfeld/Gersch*, JZ 1988, 937 u. 945; *Ulmer*, in: FS Möhring, 295, 303.

Interessenabwägung bei der ordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages. Dies dient vor allem auch dem Fremdgeschäftsführer, der, anders als der Gesellschafter-Geschäftsführer, bei der Abstimmung über seine ordentliche Kündigung nicht mitstimmen kann. Die kündigende Gesellschaft soll vor Ausspruch einer Kündigung, die sie auslösenden Gründe und die Folgen, die die Kündigung in der Person des Geschäftsführers nach sich zieht, gegeneinander abwägen. Die Interessenabwägung soll ein Gegengewicht zum fehlenden Kündigungsschutz darstellen und keine unnötige Erschwerung des ordentlichen Kündigungsrechts.

5. Die außerordentliche Kündigung

5.1. Vorbemerkungen

Die außerordentliche Kündigung beendet das Anstellungsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Der Ausspruch der außerordentlichen Kündigung ist nach der gefestigten Rechtsprechung[376] nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Wegen der besonderen Stellung des Geschäftsführers werden, entsprechend zu den wichtigen Kündigungsgründenden für einen leitenden Angestellten, nicht zu hohe Anforderungen an den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages gesetzt.[377] Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist und unter Berücksichtigung aller Umstände sowie Abwägung der beiderseitigen Interessen dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann.[378]

Folglich wird eine zweistufige Prüfung vorgenommen. Auf der ersten Stufe wird objektiv das Vorliegen eines die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grundes überprüft. Auf der zweiten Stufe wird eine Interessenabwägung vorgenommen. Abzuwägen sind hierbei die Umstände des Einzelfalls. Im Falle einer unternehmerischen Fehlentscheidung sind dies das Gewicht dieser unternehmerischen Fehlentscheidung, die Folgen für die

[376] BAG NJW NJW 2011, 167, 167; BAG NJW 2006, 2939, 2940, 2940, m. Anm. *Mengel*.
[377] *Thüsing*, in: v. Westphalen/Thüsing, VertR/AGB-Klauselwerke, Geschäftsführerverträge Rn. 309; *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Hb., § 13 Rn. 7.
[378] BGH NJW-RR 1996, 156.

Gesellschaft, das Verschuldensmaß, der Vertrauensverlust, aber auch die sozialen Folgen für den Geschäftsführer[379] und die noch ausstehende Dauer des Anstellungsverhältnisses bei ordentlichem Ablauf.[380] Diese Interessenabwägung muss selbst dann erfolgen, wenn ohne Zweifel von einer schwerwiegenden Pflichtverletzung auszugehen ist.[381] Es drängt sich an dieser Stelle die Frage auf, inwiefern der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung aufgrund einer unternehmerischen Fehlentscheidung einen Rufschaden bewirken kann, der bei Vornahme der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden muss.
Zu untersuchen ist auch, wann der Rufschaden des Geschäftsführers schwerer wiegt als seine Verfehlung und ob die kündigende Gesellschaft verpflichtet ist, ihre Interessen einem potenziellen Rufschaden des Geschäftsführers ggf. unterordnen muss. Nach Abwägung der beiderseitigen Interessen darf die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu seinem ordentlichen Ablauf der Gesellschaft nicht zugemutet werden.

Untersucht wird zunächst das Verhältnis des Widerrufs nach § 38 GmbHG zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB und im Anschluss daran die Koppelungsmöglichkeit dieser beiden Beendigungsinstrumente. Nähere Erläuterung findet dabei die Frage nach einem Abmahnungserfordernis vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung. Abschließend wird die unternehmerische Fehlentscheidung als wichtiger Kündigungsgrund im Rahmen einer systematischen Darstellung der wichtigen Kündigungsgründe erläutert.

5.2. Widerruf nach § 38 Abs. 1 GmbHG als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB

Da der Anstellungsvertrag regelmäßig nur die Beschäftigung als Geschäftsführer zum Inhalt hat, wird für den abberufenen Geschäftsführer mit dem Verlust der Organstellung die Dienstleistungspflicht nach § 275 BGB unmöglich. Der Anstellungsvertrag kann zwar einen Anspruch auf Beschäftigung[382] in einer ähnlichen Position vorsehen, eine Position unterhalb der Geschäftsführerebene

[379] OLG Düsseldorf BB 1987, 567, 568.
[380] OLG Celle GmbHR 2005, 541, 542, m. Anm. *Moll*.
[381] BAG NZA 2010, 1227, 1231; BAG NJW 1986, 342, 343; BAG NJW 1976, 2180, 2181. Ausführlich zur Interessenabwägung *Niemann*, in: ErfKArbR, § 626 BGB Rn. 24 ff.
[382] *Diller*, NZG 2011, 254, 256

wird allerdings typischerweise nicht vereinbart.[383] Zu überlegen ist daher, ob die **Tatsache des Verlustes der Organstellung** durch Widerruf nach § 38 Abs. 1 GmbHG allein und nicht die Umstände, die den Verlust begründeten, als Grund für eine außerordentliche Kündigung ausreichend sein könnten.[384]

Anders als bei der außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrages, braucht der wichtige Grund für den Widerruf nicht in der Person des Geschäftsführers zu liegen.[385] Letzterer kann grundlos erfolgen.[386] Der Begriff des wichtigen Grundes für den Widerruf ist weiter derjenige, der für die außerordentliche Kündigung enger konturiert. Wird somit nach erfolgter Interessenabwägung das Vorliegen eines die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Grundes festgestellt, so liegt gleichzeitig immer auch ein den Widerruf der Organstellung rechtfertigender Grund vor.

Da für die außerordentliche Kündigung ein Fehlverhalten des Geschäftsführers vorliegen muss, würde im Falle der Kündigung des Anstellungsverhältnisses wegen Verlusts der Organstellung die Gesellschaft selbst den Grund für die Kündigung eröffnen. Somit würde sie einen Umstand außerhalb des Verantwortungsbereichs der betroffenen Person schaffen und die stärker die Interessen des Geschäftsführers berücksichtigende Interessenabwägung der außerordentlichen Kündigung aus § 626 Abs. 1 BGB dadurch umgehen. Der Geschäftsführer wäre völlig schutzlos. Das Prinzip, dass der Widerruf und die Kündigung in ihren Voraussetzungen und in ihrer Wirksamkeit grundsätzlich getrennt zu betrachten sind, würde aufgehoben. Ein Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip wäre gegeben.

Auch eine dahingehende Vertragsgestaltung durch Koppelungsklauseln, die das unbedingte Ende des Anstellungsvertrages für den Zeitpunkt des Widerrufs der Bestellung als Geschäftsführer vorsieht, hat der BGH[387] in der Vergangenheit verworfen. Eine dahingehende Auslegung würde wegen der jederzeit

---

[383] BGH ZIP 2011, 122, 123; zustimmend *Lunk/Rodenbusch,* NZA 2011, 497, 498 f; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Anh. Rn. 28.
[384] *U. H. Schneider/S. H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 38 Rn. 34.
[385] *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 38 Rn. 35.
[386] *U. H. Schneider/S. H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 38 Rn. 43 ff.
[387] BGH NJW 1998, 1480.

bestehenden Möglichkeit der Abberufung des Geschäftsführers nach § 38 Abs. 1 GmbHG infolge der Koppelung zu einem in das Belieben der GmbH gestellten freien Kündigungsrecht hinsichtlich des Dienstvertrags führen. Diese Auslegung würde die GmbH einseitig bevorteilen. Sie würde nicht nur das Erfordernis des Vorliegens wichtiger Gründe für die außerordentliche Kündigung überflüssig machen, sondern eine dienstvertraglich vorgesehene ordentliche Kündigungsmöglichkeit ins Leere laufen lassen.[388]

5.3. Der Sonderfall der satzungsmäßigen Koppelung von Widerruf aus wichtigem Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und außerordentlicher Kündigung

In der Satzung kann festgelegt werden, dass die Abberufung nur aus wichtigem Grund erfolgen darf, § 38 Abs. 2 GmbHG. Ein wichtiger Abberufungsgrund ist dann anzunehmen, wenn eine grobe Pflichtverletzung sowie die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorliegt, die die Gesellschafterversammlung zum Widerruf des Geschäftsführers aus dem Organverhältnis berechtige. Besonderheit erlangt eine solche Satzungsbestimmung, wenn sie kumulativ mit einer Koppelungsklausel, die den Widerruf der Organstellung und die Kündigung des Anstellungsvertrages miteinander verbindet, vorliegt. Soll ein rechtlich nicht zu beanstandender Gleichlauf zwischen Widerruf der Organstellung und außerordentlicher Kündigung durch Koppelungsklauseln ermöglicht und durch eine Koppelung die Schutzfunktion des § 626 BGB nicht unterlaufen werden, bedarf es eines Gleichlaufs von wichtigem Widerrufsgrund und außerordentlichem Kündigungsgrund nach § 38 Abs. 2 GmbHG einerseits und § 626 Abs.1 BGB andererseits. Gleiches gilt für die jeweils im Rahmen des § 38 Abs. 1 GmbHG und § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmende Interessenabwägung.

Ein Vergleich der Maßstäbe des wichtigen Grundes nach § 38 Abs. 2 GmbHG und des § 626 Abs. 1 BGB ist erforderlich. § 38 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nennt als Abberufungsgründe die „grobe Pflichtverletzung“ oder die „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung“. Ob ein wichtiger Grund letztlich vorliegt, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden. Die maßgeblichen Voraussetzungen für

[388] BGH NJW 1998, 1480.

eine Abberufung aus wichtigem Grund sind umschrieben. Der Gesetzgeber hat mit § 38 Abs. 2 GmbHG verdeutlicht, dass die Position des Geschäftsführers gestärkt werden kann. Eine gesetzliche Pflicht zur Bindung des Widerrufs an das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 38 Abs. 2 GmbHG besteht indes nicht. § 38 Abs. 2 GmbHG macht, anders als § 626 Abs. 1 BGB der einen Maßstab zur Gesetzesauslegung vorgibt, richtungsweisende Vorgaben zur Auslegung einer Satzungsklausel. Welches Ausmaß die Auslegung nehmen soll, bestimmen letztlich die Parteien.[389] Bei einer solchen Abberufungsentscheidung sollen alle Umstände unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen gewürdigt werden. Für eine Abberufung muss im Ergebnis festgestellt werden, dass es der Gesellschaft nicht länger zugemutet werden kann, die Organstellung des betreffenden Geschäftsführers weiterhin aufrechtzuerhalten.[390]

Auf der Seite des wichtigen Kündigungsgrundes nach § 626 Abs. 1 BGB ist ein solcher Grund dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als so gewichtig anzusehen sind, dass das Vertragsverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit nicht bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigung fortgesetzt werden kann.[391] Wegen dieses Gleichlaufs der Anforderungen an den wichtigen Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und § 626 Abs. 1 BGB wird teilweise vertreten, dass eine Koppelungsklausel in einem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag dann nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu beanstanden ist, wenn die für die Abberufung nötigen Tatbestände der groben Pflichtverletzung und die der schwerwiegenden Pflichtverletzung als Kündigungstatbestand nach § 626 Abs. 1 BGB parallel geschaltet werden.[392] Die Abberufung ersetzt in diesem Falle die Erklärung der fristlosen Kündigung des Dienstvertrages, sodass beide Rechtsakte in eins fallen.[393]

Dem ist nicht zu folgen. Zutreffend ist, dass der wichtige Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und derjenige nach § 626 Abs.1 BGB gleichgeschaltet sein können. Die Zulässigkeit einer solchen Koppelung scheitert an den

[389] Vgl. *U.H. Schneider/S.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 38 Rn. 16.
[390] BGH DStR 2001, 1312, 1313.
[391] BAG NJW 2011, 2905, 2906.
[392] *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 843.
[393] *Tschöpe/Wortmann,* NZG 2009, 85, 89; *Westphalen, Graf v.,* BB 2015, 834, 843.

unterschiedlichen Maßstäben, die an die Interessenabwägung bei der Widerrufsentscheidung einerseits und bei der Kündigungsentscheidung andererseits anzusetzen sind. Denn auf der zweiten Ebene bedarf der Widerruf der Bestellung zum Zwecke seiner Legitimation einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen. Nur dadurch wird das Merkmal der Unzumutbarkeit der weiteren Tätigkeit des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft im Sinn eines wichtigen Grundes zum Widerruf seiner Bestellung zutreffend erfüllt. Bei der jeweils vorzunehmenden Interessenabwägung ist die Gewichtung der in Ausgleich zu bringenden beiderseitigen Interessen beim Widerruf einerseits und der Kündigung andererseits nicht identisch. Bei der Abwägung im Rahmen der Widerrufsentscheidung wird den Interessen der Gesellschaft stärkeres Gewicht beigemessen als dem Interesse des Geschäftsführers am Erhalt seiner Amtsstellung, die vornehmlich mit Einfluss und sozialer Reputation verbunden ist.[394] Die individuellen Interessen des Geschäftsführers werden hingegen erst bei der Frage der Beendigung des Anstellungsvertrages berücksichtigt.[395]

Hieran scheitert m. E. die Koppelung von Widerruf aus wichtigem Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG und außerordentlicher Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB. Der Sinn und Zweck der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 2 BGB ist, die Interessen der gekündigten Partei vor Ausspruch der Ultima-Ratio-Entscheidung angemessen in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und abzuwägen. Die so konstruierte Klausel umgeht diese Hürde und setzt sich somit über eine Norm, die ausnahmsweise und ausschließlich dem Schutz des Geschäftsführers dient, hinweg.

5.4. Das Abmahnungserfordernis

Die Übertragung des im Arbeitsrecht geltenden Grundsatzes des Erfordernisses einer Abmahnung auf Geschäftsführer bzw. Organmitglieder lehnt der BGH ab. In seiner Grundsatzentscheidung vom 14.02.2000[396] stellte er ausdrücklich fest, dass eine Abmahnung des Geschäftsführers entbehrlich ist. Das Institut der Abmahnung sei ein im Arbeitsrecht geltendes Prinzip, das im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit von sozial abhängig Beschäftigten entwickelt worden sei.

---

[394] *U.H. Schneider/S.H. Schneider,* in: Scholz, GmbHG, § 38 Rn. 43.
[395] Vgl.: *Henssler*, in: MüKoBGB, § 626 Rn. 89-91.
[396] BGH NJW 2000,1638, 1639.

Dieser Gedanke könne auf Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft nicht übertragen werden, da diese regelmäßig die ihnen obliegenden Pflichten und die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen kennen. Einer darüber hinaus gehenden Ermahnung bedürfe es nicht. Diese Auffassung hat der BGH mit Urteil vom 10.09.2001[397] bestätigt.

Nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform wurden in der Literatur Bedenken geäußert, ob sich die Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf die Regelung in § 314 Abs. 2 BGB halten lasse.[398] Diese Bedenken teilte der BGH nicht. Die Entbehrlichkeit der Abmahnung ergebe sich auch aus § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB wie der BGH in seinem Beschluss vom 02.07.2007[399] klargestellt hat. Die Norm verweise auf § 323 Abs. 2 BGB, wonach unter besonderen Umständen und nach Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Rücktritt gerechtfertigt sei. Nach Auffassung des BGH ist die Funktion des Geschäftsführers ein solcher besonderer Umstand.
Der BGH verkennt, dass § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB lediglich auf § 323 Abs. 2 **Nr. 1 und 2** BGB verweist. Der Hinweis des BGH, wonach § 323 Abs. 2 **Nr. 3** BGB eine entsprechende Anwendung findet, ist rechtlich schwer zu verteidigen.

Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass die Stellung des Geschäftsführers und seine damit einhergehende Verantwortung gegenüber der Gesellschaft wenig Freiraum für **offensichtlich** gegen Geschäftsführerpflichten verstoßende Handlungen und Entscheidungen lässt. Ein offensichtlicher Verstoß des Geschäftsführers gegen seine Kardinalpflichten macht das Abmahnungserfordernis indes entbehrlich. Insbesondere macht eine Abmahnung, deren Sinn und Zweck es ist, die handelnde Person auf ihre vertraglichen Pflichten und deren Einhaltung aufmerksam zu machen, dann keinen Sinn, wenn der Geschäftsführer ersichtlich in Kenntnis seiner Pflichten und mit Vorsatz pflichtwidrig handelt.

Dem BGH ist nicht darin zuzustimmen, dass eine Abmahnung vor der Kündigung eines Geschäftsführers aufgrund eines Fehlverhaltens, das nach

---

[397] BGH DB 2001, 2438.
[398] *Schumacher-Mohr,* DB 2002, 1606.
[399] BGH NZG 2007, 674.

erfolgter Abmahnung abgestellt werden könnte, deshalb entbehrlich sein soll, weil dieser seine Pflichten **in der Regel** kenne. Richtigerweise darf die Gesellschaft an den Geschäftsführer einen höheren Sorgfaltsmaßstab bei der Erfüllung der Geschäftsführerpflichten stellen, als dies bei einem leitenden Angestellten, der in der Regel Arbeitnehmer ist, der Fall ist, obwohl auch beim leitenden Angestellten die gesteigerte Loyalitätspflicht bereits dazu führt, dass der Beurteilungsmaßstab bei einem Fehlverhalten „strenger" ist als bei „regulären" Arbeitnehmern. Bei leitenden Angestellten können bereits Verhaltensweisen eine Kündigung rechtfertigen, die bei einem anderen Arbeitnehmer unter dem Einfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lediglich eine Abmahnung rechtfertigen.[400] Aber dies darf nicht dazu führen, dass aufgrund von Pflichtverletzungen des Geschäftsführers mit vernachlässigbar geringen Folgen für die Gesellschaft eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung erfolgt. Dies würde sonst bedeuten, dass an den Geschäftsführer übertrieben hohe Anforderungen gestellt würden, die angesichts der Vielzahl der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben und der hohen Verantwortung nicht zu vertreten sind.

In einer zweiten Argumentationslinie führt der BGH[401] aus, dass eine Abmahnung nicht in Betracht komme, wenn Pflichtverstöße so gravierend seien, dass sie zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu den Gesellschaftern oder anderen Organen der Gesellschaft führten. Diese Aussage rechtfertigt erneut die Entbehrlichkeit einer Abmahnung nur in den Fällen besonders schwerwiegender Verstöße gegen Geschäfts-führerpflichten. Um nicht bei jeder zwischenmenschlichen Differenz die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses behaupten zu können, sollten hierunter nur solche Verhaltensweisen subsumiert werden, die geeignet sind, nachhaltig die gute und wirtschaftlich erfolgreiche Zusammenarbeit zu zerstören.[402]

Eine klare und endgültige Absage an das Erfordernis der Abmahnung erteilte der BGH[403] mit seinem Urteil aber nicht. Die Verwendung des Begriffs

---

[400] *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2011, 55, 57.
[401] BGH NJW 2000, 1638, 1639.
[402] BGH NJW 2000, 1638, 1639; in dem hier entschiedenen Fall bezeichnete der Geschäftsführer kurz nach seinem Amtsantritt, den Alleingesellschafter gegenüber Mitarbeitern und Bewerbern als „Wurzel allen Übels" und als „ganz einfachen Mann, nicht besonders gebildet".
[403] BGH NJW 2000, 1638, 1639.

„regelmäßig“ lässt darauf schließen, dass der BGH in bestimmten Ausnahmesituationen eine Abmahnung für erforderlich hält.[404] Zwar mag der Geschäftsführer im Gegensatz zum Arbeitnehmer nicht einer sozialen Abhängigkeit unterliegen, dennoch bedeutet eine außerordentliche Kündigung eine Absage an ihn als „Berufsausüber“.

Die Abmahnung kann auch durch die Besonderheiten im Einzelfall erforderlich werden.[405] Erstmals hat der BGH[406] das einzelfallbezogene Abmahnungserfordernis in seinem Urteil vom 09.11.1992 angedeutet.

Vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung sollte sorgfältig geprüft werden, ob der Geschäftsführer einem Irrtum in Bezug auf seine Geschäftsführerpflichten unterliegt. Sollte Grund zu der Annahme bestehen, dass der Geschäftsführer nicht mutwillig gegen Regeln verstößt bzw. er sich über die Reichweite seiner Pflichten im Unklaren ist, sollte vor dem Aussprechen einer außerordentlichen Kündigung eine Abmahnung erfolgen.

Die vorherige Abmahnung wahrt als Warninstrument damit nicht allein das Interesse des Geschäftsführers am Erhalt seines Anstellungsverhältnisses. Sie dient ebenso dem Schutz der Gesellschaft vor dem Ausspruch rechtswidriger Kündigungen, die Grund für anschließende Schadensersatzprozesse des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft sein können.

5.5. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB

Die Kündigung aus wichtigem Grund kann nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des für die außerordentliche Kündigung berechtigenden Sachverhalts ausgesprochen werden.[407] Abzustellen ist auf die Kenntnis des zum Ausspruch der Kündigung berechtigten Organs, namentlich der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats bei der mitbestimmten GmbH.[408] Ist der

[404] Vgl. BGH DStR 2000, 696, 697, m. Anm. *Goette.*
[405] Vgl. BGH DStR 2000, 696, m. Anm. *Goette.*
[406] BGH NJW 1993, 463, 464, Verfahrensfortgang: BGH, Beschluss vom 03.07.1995 – II ZR 187/94. Siehe hierzu BGH DStR 1995, 1120, m. Anm. *Goette*.
[407] BGH WM 1976, 379.
[408] *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 6 Rn. 84, § 46 Rn. 48, § 53 Rn. 70.

Kündigungsgrund ein pflichtwidriges Dauerverhalten, so beginnt die Ausschlussfrist nicht, bevor der Geschäftsführer dieses Verhalten beendet hat.[409] Der BGH entschied in seinem Urteil aus dem Jahre 1976, dem die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung eines Geschäftsführers zu Grunde lag, der aufgrund jahrelanger schlechter Führung der Geschäfte, die die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft zur Folge hatte, dass der Vorwurf des dauerhaften Versagens ein Gesamtverhalten sei, das sich nur auf bestimmte Einzeltatsachen stützen könne.[410] Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB werde nur gewahrt, wenn der kündigungsberechtigten Partei in den letzten beiden Wochen vor der Kündigung Umstände bekannt werden, die ein weiteres und letztes Glied des Kündigungssachverhalts bilden. Erfolgt trotz einer solchen Kenntnis die Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers, so hängt die Zulässigkeit einer späteren, mit dem gleichen Vorwurf begründeten Kündigung davon ab, ob der Geschäftsführer sein zu beanstandendes Tun oder Unterlassen fortsetzt, sodass ein innerer Zusammenhang mit seinem früheren Verhalten vorliegt.[411] Wird die außerordentliche Kündigung auf mehrere Pflichtverstöße gestützt, die nicht in einem inneren Zusammenhang stehen, ist die Frist in Bezug auf jeden einzelnen Pflichtverstoß einzuhalten.[412]

5.6. Interessenabwägung im Einzelfall

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes reicht für die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nicht aus. Vielmehr setzt ihre Rechtmäßigkeit eine Interessenabwägung voraus. Anders als die Interessenabwägung beim Widerruf kann sie diesmal vordergründig auf die Gesellschaftsinteressen fokussiert werden, wenn dabei die Interessen beider Vertragsteile und somit auch die individuellen Interessen des Geschäftsführers berücksichtigt werden.
Der BGH[413] stellte fest, dass der Geschäftsführer insoweit ein Interesse an einer Weiterbeschäftigung hat, weil die Nichtbeschäftigung als Ansehensverlust empfunden wird. Der Ansehensverlust ist nicht nur eine Empfindung. Der Geschäftsführer hat in der Regel ein Interesse daran, die Wahrung seines

[409] BGH GmbHR 2005, 1049, 1050; vgl. *Niemann*, in: ErfKArbR, § 626 BGB Rn. 212.
[410] WM 1976, 379.
[411] WM 1976, 379, 380
[412] BGH DStR 2001, 861, 862.
[413] BGH NZG 2011, 112, 113.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Persönlichkeitsbild, das mit dem Innehaben der aktuellen Geschäftsführerposition eng verknüpft ist, vor Beeinträchtigungen, die es durch (willkürliche) Beendigungen des Anstellungsvertrages erfahren kann, zu schützen.
Wie später untersucht und festgestellt werden wird,[414] kann der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung den Ruf des Geschäftsführers beschädigen und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Die kündigende Gesellschaft sollte daher vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung in die Abwägung miteinbeziehen, dass die Gefahr, nachträglich wegen einer unberechtigten Kündigung zur Rechenschaft gezogen zu werden, nicht ausgeschlossen werden kann.

5.7. Die Fallgruppen zum wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB

Der für die Kündigung ausschlaggebende, darum wichtige Grund liegt grundsätzlich im Verhalten bzw. der Person des Geschäftsführers, ohne dass dies zwingend bedeuten muss, dass der Geschäftsführer gegen Bestimmungen des Anstellungsvertrages verstoßen haben muss.[415] Ein pflichtwidriges oder sogar schuldhaftes Verhalten ist bemerkenswerterweise nicht zwingend erforderlich.[416] Selbst objektive Umstände, die die Person des Geschäftsführers ausmachen, wie etwa dauernde Arbeitsunfähigkeit,[417] können wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung sein.

Der zugrunde zu legende Maßstab bei der Beurteilung des wichtigen Grundes ist nicht das subjektive Empfinden des zu kündigenden Teils, sondern ob objektiv, aus Sicht eines verständigen Betrachters unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen, der weiteren Zusammenarbeit die Grundlage entzogen ist.[418] Dass die subjektive Sicht ausgeblendet wird, mag zwar in der Theorie stimmen, nicht jedoch in der Praxis. So gehören doch immer auch subjektive Empfindungen bei der Betrachtung eines die Kündigung rechtfertigenden Sachverhaltes mit dazu. Letzteres wird dadurch bestätigt, dass selbst zu einer

[414] Näher hierzu 4. Teil, I. 3.1. und IV. 2., insbes. 2.2, 2.2.1 und 2.2.2.
[415] BGH NJW 1991, 1681, 1682.
[416] Vgl. BGH BeckRS 2012, 25974, Rz. 52; vgl. auch BGH NJW 1997, 2055, 2056.
[417] BGH NZA 2004, 1271, 12722, 1274.
[418] OLG München BeckRS 2015, 14222, Rz. 46.

Zeit, zu welcher der die Kündigung rechtfertigende, wichtige Grund nicht einmal ansatzweise bestanden hat, der Kündigungsberechtigte dem zu Kündigenden sein Kündigungsvorhaben anzeigt. Diese Ankündigung wird im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung einer anschließend erklärten außerordentlichen Kündigung komplett ausgeblendet.[419]

Besonderes Gewicht bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, kann der Frist nach § 626 Abs. 2 BGB beigemessen werden, wenn sie zur einschlägigen Kündigungsfrist für eine ordentliche Kündigung nach § 621 BGB vergleichbar ist. Angenommen, der Geschäftsführer und die Gesellschafter haben keine besondere vertragliche Regelung zu den Kündigungsfristen geregelt und die Vergütung des Geschäftsführers wird nach Monaten bemessen, dann würde die ordentliche Kündigung gem. § 621 Nr. BGB zum 15. eines Monats zum Schluss des Kalendermonats erklärt werden. Unter diesen Umständen, die je nach Einzelfall zu prüfen sind, können an den wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsverhältnisses besonders strenge Anforderungen bei der Abwägung der Gesamtumstände gestellt werden. Gleiches gilt, wenn das Ende des Anstellungsverhältnisses aufgrund vertraglicher Befristung unmittelbar bevorsteht.[420]

Die Rechtsprechung zur Kündigung von Organmitgliedern ist von der Einteilung in Fallgruppen[421] geprägt. Nachfolgend wird eine Systematisierung der Kündigungsgründe[422] anhand der aus dem Arbeitsrecht bekannten Fallgruppen vorgenommen.

5.7.1. Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Obwohl der wichtige Grund für die außerordentliche Kündigung grundsätzlich in der Person des Geschäftsführers liegen muss[423], wird von diesem Grundsatz abgewichen, denn auch betriebsbedingte Gründe können die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers rechtfertigen. So liegt z.B. ein wichtiger Grund

[419] Vgl. BGH WM 1975, 761.
[420] BGH BeckRS 1968, 31368038, Rz. 4.
[421] Vgl. für die Rspr. bis 2014 *Schulte Westenberg*, NZA-RR 2014, 225 ff.
[422] Vgl. so auch *Tschöpe/Wortmann*, NZG 2009, 161, 162.
[423] Siehe hierzu 2. Teil, II. 5.7.2, 5.7.3.

für die außerordentliche Kündigung auch dann vor, wenn die kündigende Gesellschaft keine Umsätze mehr gemacht hat, zum Beispiel weil sie ihren Hauptgeschäftspartner verloren hat. Unabhängig davon, ob der Verlust des Hauptgeschäftspartners vom Geschäftsführer zu vertreten ist, berechtigt dies die Gesellschaft zu einer außerordentlichen Kündigung.[424] Dennoch kann eine außerordentliche Kündigung, die auf einem der Entscheidungsmacht des Geschäftsführers entzogenen Sachverhalt beruht, einen stark diskreditierenden Charakter haben. Sie vermittelt besonders intensiv den Eindruck des Versagens oder sogar der Unredlichkeit.[425] So entschied der BGH[426] in einem Fall, in dem einem unbefristet angestellten Geschäftsführer aufgrund wirtschaftlichen Niedergangs der Gesellschaft fristlos gekündigt wurde, dass die kündigende Gesellschaft beim Ausspruch der außerordentlichen Kündigung hätte berücksichtigen müssen, dass eine außerordentliche Kündigung stärker als eine ordentliche Kündigung einen diffamierenden Charakter hat. Dieser Synergieeffekt zwischen außerordentlicher Kündigung und Diffamation bleibt bei der Beurteilung des wichtigen Grundes aber außen vor.[427]

Als betriebsbedingter Kündigungsgrund kann weiter auch die Zerstörung des Vertrauens zu den Gesellschaftern gezählt werden.[428] Diese Fallgruppe wird auch insbesondere dann relevant, wenn die Geschäftsführung zwei oder mehreren Geschäftsführern obliegt. Besteht ein tiefgreifendes und unheilbares Zerwürfnis mit einem Mitgeschäftsführer, sodass eine Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht mehr möglich ist, kann jedem der Geschäftsführer gekündigt werden, wenn er zu dem Zerwürfnis beigetragen hat. Dass der gekündigte Geschäftsführer einen erhöhten Verursachungsanteil gegenüber dem anderen Mitgeschäftsführer trägt, ist dabei nicht erforderlich.[429] Indes kann nicht geleugnet werden, dass in die Abwägung Sympathien der Gesellschafterversammlung eine Rolle spielen werden.

---

[424] BGH WM 1975, 761.
[425] BGH WM 1975, 761, 762.
[426] BGH WM 1975, 761, 762.
[427] Vgl. BGH WM 1975, 761, 762; dieser Gesichtspunkt findet im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung. Insbesondere ist in einem solchen Fall die ordentliche Kündigung als milderes Mittel zu bevorzugen. Ob diese den diffamierenden Charakter und insbesondere das Bild des Versagens bei einer erfolgten Kündigung – die auf einem vom Geschäftsführer unverschuldeten Sachverhalt beruht – entfallen lässt, ist indessen fraglich.
[428] Vgl. ähnlich *Tschöpe/Wortmann,* NZG 2009, 161, 166 f.
[429] BGH NZG 2009, 386, 388.

Nicht nur die Meinung der Gesellschafterversammlung, sondern auch die rechtliche Meinungsbildung des zur Überprüfung der außerordentlichen Kündigung angerufenen Gerichts lassen bei der Bewertung des Verhaltens des gekündigten Geschäftsführers eine gewisse opportunistische Anfälligkeit erkennen. Die Ansicht, metaphorisch ausgedrückt, den Geschäftsführer als „kündigungsrechtliches Freiwild“ aufzufassen, trifft zu. Die in der zweiten Stufe vorzunehmende Abwägung sollte im Interesse der Gesellschaft, die sich im Falle einer rechtswidrig erklärten außerordentlichen Kündigung Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sehen könnte, so objektiv wie möglich erfolgen.

Gerade in Sachverhalten, die nicht einseitig von einem Verhalten oder einer Entscheidung einer bestimmten Person geprägt sind, sollte die ordentliche Kündigung als Alternative zur außerordentlichen Kündigung vordergründig in Betracht gezogen werden.

5.7.2. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe – Pflichtverletzungen

Die bedeutendste Fallgruppe ist die der Verletzung von Geschäftsführerpflichten. Klassische Fälle der Kündigung[430] eines Geschäftsführers aufgrund einer Organpflichtverletzung sind:

- Korruption, Unterschlagung oder sonstiger finanzieller Eigennutz
- Verstoß gegen zentrale Verpflichtungen des bürgerlichen Rechts, Strafrechts, Steuerrechts, Wettbewerbsrechts oder gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften
- Verstoß gegen Bilanzierungsvorschriften
- verbotene Wettbewerbstätigkeit bzw. Nebentätigkeiten und Ausnutzung von Erwerbschancen des Unternehmens zur Verfolgung eigener, privater Interessen
- Verstoß gegen Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. Berichtspflichten

[430] Die nachfolgend dargestellten Kündigungsgründe können gleichzeitig auch Gründe für die Abberufung des Geschäftsführers sein.

- Pflichtwidrige Niederlegung des Geschäftsführeramtes bzw. Vorenthaltung der Arbeitsleistung
- Pflichtverstöße bei der Führung und im Umgang mit Mitarbeitern
- schädigendes außerdienstliches Verhalten
- Schädigung der Gesellschaft durch pflichtwidrige (gebundene-) Geschäftsführungsentscheidungen

5.7.3. Personenbedingte Kündigungsgründe

In Anlehnung an den aus dem Aktienrecht folgenden Widerrufsgrund der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 84 Abs. 3 AktG wird die Fallgruppe der personenbedingten Kündigungsgründe gebildet. Sie entspricht der Fallgruppe zur Kündigung aus personenbedingten Gründen im Arbeitsrecht.[431] Ein personenbedingter Grund im Sinne dieser Fallgruppe ist etwa die Unfähigkeit zur Wahrnehmung des Geschäftsführeramtes, kurz geschäftliches Versagen, z.B. wegen altersbedingtem Leistungsschwund, lang andauernder Krankheit und weiterer aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit bekannter, paralleler Fallkonstellationen.

Aus dem zuvor Festgestellten ist auch das Nichterreichen eines Unternehmensziels aufgrund einer unternehmerischen Fehlentscheidung unter das Tatbestandsmerkmal des personenbedingten Kündigungsgrunds zu subsumieren. Die Auswahl einer unternehmerischen Entscheidung, die nicht zum angestrebten Ergebnis führte und stattdessen mit wirtschaftlichem Misserfolg endete, kann, streng genommen, sofern dem Geschäftsführer gekündigt werden soll, wegen fachlicher Unzulänglichkeit zur Geschäftsführung mithin als geschäftliches Versagen[432] subsumiert werden. Ein in der Person des Geschäftsführers liegender Grund wäre annehmbar.
Insbesondere der Fall des geschäftlichen Versagens ist teilweise derart allgemein gefasst, dass hierunter sämtliche unternehmerische Fehlentscheidungen, die im Ergebnis nicht das gewünschte unternehmerische Resultat erzielt haben, subsumiert werden können.

---

[431] *Tschöpe/Wortmann*, NZG 2009, 161, 164.
[432] BGH WM 1976, 379, 380.

Anerkannt ist, dass eine außerordentliche Kündigung und der Widerruf der Organstellung dann gerechtfertigt sind, wenn die Geschäfte schlecht geführt wurden. Hat die Gesellschaft die kontinuierliche schlechte Führung der Geschäfte nachgewiesen, so sind die außerordentliche Kündigung und der Widerruf rechtmäßig. Wird eine außerordentliche Kündigung damit begründet, dass der Geschäftsführer in dem ihm anvertrauten Amt über längere Zeit hinweg laufend versagt habe, so geht es um die Beurteilung eines Gesamtverhaltens, das sich nur auf bestimmte Einzeltatsachen stützen kann.[433] Eine **einzelne unternehmerische Fehlentscheidung** vermag folglich eine außerordentliche Kündigung **dann** zu rechtfertigen, wenn diese das Ergebnis einer kontinuierlichen Führungsstrategie des Geschäftsführers war, die im Nachhinein von der Gesellschaft als Ergebnis einer „schlechten Geschäftsführung" befunden wurde. Weiter stellt die **einzelne unternehmerische Fehlentscheidung**, die einen wirtschaftlichen Misserfolg nach sich gezogen hat, einen wichtigen Grund zur Kündigung dar, wenn diese dem Geschäftsführer zugerechnet werden kann.[434]

Was „Geschäfte führen" bedeutet, unterliegt keinen klar vorgegebenen und nachprüfbaren Regeln. Die Geschäftsführung setzt Geschäftssinn und unternehmerisches Gespür voraus und ist vom jeweiligen Führungsstil der Einzelperson abhängig. In der Praxis ist die **Darstellung** einer besonders gravierenden unternehmerischen Fehlentscheidung, die aufgrund schlechter Führung der Geschäfte getroffen wurde und deren Vornahme das Vertrauensverhältnis **vermeintlich** derart schwer erschüttert hat, dass ein weiteres Festhalten am Geschäftsführer nicht tragbar ist, nicht ausgeschlossen. Zudem kann nachträglich der ohnehin individuell unterschiedliche Führungsstil als defizitär dargestellt werden. Genau darin liegt eine Schwachstelle im Kündigungsrecht des Geschäftsführers. Das „unternehmerische Führen" einer Gesellschaft kann schwer rechtskonstruktiv erfasst werden, um das Handeln des Geschäftsführers in dieser Hinsicht kündigungsrechtlich zu fassen und hierfür Kündigungsschranken zu bilden.

---

[433] BGH WM 1976, 379, 380.
[434] *Henssler*, in: MüKoBGB, § 626 Rn. 34.

Bis auf die Fallgruppe der „unternehmerischen Fehlentscheidung“ lassen sich die sonstigen Kündigungsgrundkonstellationen klar umreißen. Liegt ein sie rechtfertigender Sachverhalt vor, kann bei Subsumtion des Sachverhalts unter die jeweiligen Merkmale einer einschlägigen Fallgruppe diese einer bestimmten Fallgruppe zugeordnet werden. Insbesondere ist die nachträgliche Überprüfung des Vorliegens oder Nichtvorliegens des Kündigungsgrunds möglich.
Im Falle einer unternehmerischen Entscheidung ist dies wegen der zahlreichen aufgezeigten Variablen gerade nicht möglich. Daher gilt es, diese Fallgruppe näher zu betrachten und Kriterien zu entwickeln, um ex post kündigungsrechtlich unternehmerische Entscheidungen zu überprüfen. Sind diese im Einklang mit den zu entwickelnden Kriterien getroffen worden, darf der auf ihnen beruhende Sachverhalt nicht mehr als Grundlage für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung herangezogen werden.

5.7.3.1. Schädigung der Gesellschaft durch eine nachträglich erkennbare Fehlentscheidung im Rahmen des unternehmerischen Ermessens-spielraums

Unproblematisch als wichtiger Kündigungsgrund eingeordnet werden können die Fälle objektiv nachweisbaren pflichtwidrigen Geschäftsführerhandelns, wie beispielsweise die Nichteinrichtung eines effektiven Compliance-Systems[435] oder die Gefährdung der Vermögenslage der Gesellschaft durch den Abschluss außergewöhnlicher und offensichtlich grob nachteiliger Geschäfte, die gegenüber der Gesellschafterversammlung nicht hinreichend offengelegt werden.[436]

Wirtschaftliche Misserfolge, das Nichterreichen der vorgegebenen Umsatzziele und sonstige Managementfehler rechtfertigen die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages nur, wenn diese ihm zurechenbar sind.[437] Wann dies der Fall ist, bleibt oftmals offen. Zumindest wird der Ausspruch einer Kündigung auf hiervon abweichende Gründe gestützt. Dazu zählt beispielsweise eine angeblich kontinuierlich schlechte Führung der Geschäfte. Daher sollen gerade solche unternehmerischen Entscheidungen im

[435] Thüringer OLG DStR 2010, 126.
[436] BGH NZG 2002, 46, 47.
[437] *Henssler*, in: MüKoBGB, § 626 Rn. 34.

Folgenden näher betrachtet werden, die sich erst nach Beendigung einer konkreten Handlung als falsch herausstellen. Wie lässt sich die Zurechenbarkeit einer solchen unternehmerischen Fehlentscheidung kündigungsrechtlich erfassen?

Unternehmerische Entscheidungen von Geschäftsführern sind nicht selten Risikoentscheidungen, die oftmals eilig getroffen werden müssen.[438] Nicht selten befinden sich Geschäftsführer in der Situation, unvorhergesehene Probleme lösen zu müssen und möglichst richtige operative Entscheidungen im laufenden Tagesgeschäft zu treffen. Trotz Vorbereitung und Einholung entsprechender Informationen durch die Geschäftsführer kann unternehmerischen Entscheidungen ihr immanenter Prognosecharakter nicht genommen werden.[439] Informationsdefizite und kognitive Grenzen der Erkenntnismöglichkeiten führen dazu, dass nicht alle Entscheidungsfaktoren gleichzeitig erfasst werden können.[440] Es verbleibt regelmäßig ein Entscheidungsfeld, das mehrere Handlungsalternativen mit jeweils unterschiedlichen Gewinnpotenzialen, Risiken und Wahrscheinlichkeiten beinhaltet.[441]

5.7.3.2. Die Gefahr der Rückschaufehler

Dass erfolgloses unternehmerisches Handeln nicht notwendig ein Verstoß gegen die rechtlichen Leitungspflichten der Gesellschaftsorgane darstellt, kommt in dem Bestreben der Rechtsprechung[442] und Rechtslehre[443] zum Ausdruck, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des unternehmerischen Handelns eine Sicht **ex ante** zugrunde zu legen.[444] Das zur Kündigung des Geschäftsführers berechtigende Organ hat bei Beurteilung einer die Kündigung berechtigenden Lage im Grundsatz keine von einem Richter wesentlich abweichende Sicht auf

---

[438] So auch *Easterbrook/Fischel,* The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 99 ("Often managers must act now and learn later; delay for more study may be the worst decision."); das immanente Risiko und den Zeitdruck betont auch *Fleischer,* ZGR 2001, 1, 24; *Krause*, BB 2009, 1370; *Loritz/Wagner,* DStR 2012, 2189, 2192; *Poelzig*, WM 2008, 1009, 1014.
[439] *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, 63.
[440] *Knappke*, Effizienz der Vorstandshaftung, 15 f.
[441] *Fleischer*, FS Wiedemann, 827, 831.
[442] BGH NZG 2008, 389, 390.
[443] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 21; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 139 f, m.w.N.
[444] *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, 63.

den zur Entscheidung vorliegenden Fall. Im Falle des Geschäftsführers muss die Gesellschafterversammlung nach Vornahme einer konkreten unternehmerischen Entscheidung und des Eintritts der von ihr gezeitigten Folgen ex post die Frage beantworten, ob eine konkrete vom Geschäftsführer getroffene Entscheidung objektiv pflichtwidrig gewesen ist und ob sie daher die Gesellschaft zur außerordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages berechtigt. Führte die zu beurteilende Geschäftsführerentscheidung zu einem unerwünschten Resultat, folgt in der Praxis regelmäßig die Kündigung des Geschäftsführers. Zwar sind auch die Gerichte, die sich letztlich mit der Frage befassen, ob die Kündigung des Anstellungsvertrages rechtmäßig gewesen ist, gehalten, das Verhalten der handelnden Personen aus der Sicht, die ex ante bestanden hat, zu beurteilen.[445] Dies stellt aber auch erfahrene Richter vor Herausforderungen und schwierige Entscheidungen.[446]

Damit die Gesellschaft nicht nachträglich gerichtlich wegen einer objektiv unberechtigten Kündigung herangezogen wird, sollte zum Ausspruch der Kündigung berechtigende Organ mindestens der Maßstab angesetzt werden, den auch das anschließend zur Beurteilung des Sachverhaltes berufene Gericht anzusetzen hat. Die forensische Bewertung eines Sachverhalts wird aber durch verhaltenspsychologische Erscheinungen beeinflusst. Die richterliche Bewertung wird davon beeinflusst, dass der Richter weiß, welchen Verlauf bestimmte Ereignisse und die sie begründenden Entscheidungen tatsächlich genommen haben. Dadurch kann eine Entscheidung eines Geschäftsführers im Nachhinein kaum mehr neutral bewertet werden.[447]

Empirische Studien aus der psychologischen Verhaltensforschung haben belegt, dass die Kenntnis des anschließenden Geschehensablaufs den Betrachter ex post dazu bewegt, die Wahrscheinlichkeit des eingetretenen Schadens höher einzuschätzen, als diese sich aus der allein relevanten Perspektive ex ante in

---

[445] BGHZ 126, 181, 193; BGHZ 75, 96, 113; *Goette*, in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123, 141; für die Schweiz etwa *Bär,* ZBJV 106 (1970), 457, 462: „Der Richter darf keine nachträgliche Prognose stellen, d.h. er sollte in nun hergestellter Kenntnis des schädigenden Verlaufs nicht leicht annehmen, man hätte mit etwas derart rechnen müssen."

[446] Interessant auch die empirischen Untersuchungen zum Haftungsrecht der Ärzte bei *Arkes* u.a. in: J. Applied Psychol., 252 (1981) 66.

[447] *Fleischer*, NZG 2011, 521, 523; *Freitag/Korch,* ZIP 2012, 2281, 2284; *Steinbeck/Lachenmaier,* NJW 2014, 2086, 2089.

Wirklichkeit dargestellt hat.[448] Der Beurteilende – Richter und/oder die Gesellschafterversammlung – neigt regelmäßig dazu, unter dem Einfluss der Kenntnis des tatsächlich eingetretenen Geschehensablaufs den Eintritt des Ereignisses als (wesentlich) naheliegender zu bewerten.[449] **Es besteht folglich die latente Gefahr, dass sich das für die Kündigung zuständige Organ bei Beurteilung einer bestimmten Situation von einer ex post gewonnenen Erkenntnis beeinflussen lässt, die dem ex ante handelnden Geschäftsführer nicht bekannt gewesen sein konnte.**

In der Psychologie werden solche kognitiven Verzerrungen, bei denen die Betroffenen nach Eintritt von Handlungsfolgen sich systematisch falsch an frühere Vorhersagen erinnern, als Rückschaufehler bzw. *„handsight bias"* bezeichnet.[450] Dabei werden die ursprünglichen Schätzungen in Richtung der tatsächlich eingetretenen Folgen verzerrt wahrgenommen und dargestellt. Im Rückblick wird tendenziell systematisch die Möglichkeit überschätzt, dass das Ereignis vorhersehbar gewesen ist. Die Erklärung ist, dass die Kenntnis der eintretenden Folgen die Interpretation und Wertung der damit zusammenhängenden Sachverhalte verändert und sich dadurch das gesamte geistige „Koordinatensystem" in Richtung auf das Eintreten der Sachlage verschiebt. Die Konsequenz ist die meist unzutreffende und einseitige Rekonstruktion von in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten und das damit einhergehende Urteil zulasten desjenigen, der für den Schaden verantwortlich ist.[451] Dieser Zusammenhang wurde erstmals von *Baruch Fischoff* dargestellt.[452] Zuvor existierte in der deutschen Rechtswissenschaft dieser Gedanke als richterliches Bewertungskriterium. Der BGH hatte es im

---

[448] Instruktiv *Fischoff*, J. Experimental Psychol.: 1975, 288 ff.; grundlegend ferner *Hawkins/Hastie*, Psych. Bull. 107 (1990), 311 ff; vgl. auch *Fleischer,* in: FS Wiedemann, 827, 830 ff; *Fleischer/Schmolke/Zimmer,* Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: Holger Fleischer, Daniel Zimmer (hrsg) Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 58; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 67 f; ausführlich zum Phänomen der „hindsight bias" bei der Vorstandshaftung *Ott/Klein*, AG 2017, 209 ff.

[449] *Fleischer*, NZG 2011, 521, 522; *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2284; *Steinbeck/Lachenmaier,* NJW 2014, 2086, 2089.

[450] Siehe etwa *Rachlinski*, in: Sunstein, Behavioural Law and Economics, 95 ff.; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086, 2089; weiter: *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 250 ff.

[451] *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086, 2089 ff.

[452] *Fischoff*, in: J. Experimental Psychol.: 1975, 288 ff; *Rachlinski*, in: Sunstein, Behavioural Law and Economics, 95, 112.

Kali+Salz-Urteil[453] aus dem Jahr 1978 für hinlänglich gehalten, *„dass die an der Entscheidung beteiligten Organe nach dem tatsächlichen Bild, wie es sich zur Zeit der Beschlussfassung darbot, aufgrund sorgfältiger, von gesellschaftsfremden Erwägungen freier Abwägung davon ausgehen durften“,* dass der Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt sei. Im „*Herstatt*“-Urteil entschied der BGH, dass eine rückblickende Betrachtung der Einschätzung der wirtschaftlichen Gegebenheiten für die Beurteilung der Frage, ob das handelnde Organ die Gebote kaufmännischer Sorgfalt und Vorsicht beachtet hat, irrelevant ist.[454] Auch im *ARAG/Garmenbeck*-Urteil kommt die Betonung auf die Beurteilung ex ante Beurteilung von Organhandeln in der Bemerkung des BGH zum Ausdruck, dem Leitungsorgan sei im Rahmen des Eingehens bewusster gesellschaftsrechtlicher Risiken ein Recht auf Fehlbeurteilung und Fehleinschätzung zuzugestehen.[455] Der BGH formulierte dadurch das *„Verbot, aus späterer besserer Erkenntnis auf vorheriges Versagen zu schließen“*[456] und antizipiert damit die Diskussion um die Erscheinung der *„hindsight bias“*- Jahre, bevor es diesen Begriff gab, in fachspezifischen Diskursen.

Bei der Beurteilung von unternehmerischen Entscheidungen sollte folglich vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung die Gefahr solcher Rückschaufehler zumindest als Abwägungsfaktor beachtet werden. Im Rahmen der Interessenabwägung müssen alle für und gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechender Faktoren gegeneinander abgewogen werden. Den Interessen des Geschäftsführers steht die Ursache, die die Kündigung zu rechtfertigen vermag, gegenüber. In der Bewertung einer unternehmerischen Entscheidung ist die Gefahr der Rückschaufehler immanent. Eine Interessenabwägung mit der wahren Ursache kann nur erfolgen, wenn sie in ihrer Gesamtheit betrachtet wird.
Die unterlassene Abwägung dieses der unternehmerischen Entscheidung immanenten Rückschaufehlers bedeutet einen Abwägungsmangel im Rahmen der Interessenabwägung des § 626 Abs. 1 BGB und führt zu einer unzureichenden Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB. Die Folge davon

[453] BGHZ 71, 40, 49 f.
[454] BGH NJW 1979, 1823, 1827; *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1.
[455] Vgl. BGHZ 135, 244, 253.
[456] *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1; *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands, 1.

ist, dass die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB nicht vorliegen. Der Ausspruch einer darauf beruhenden außerordentlichen Kündigung ist somit rechtswidrig.

III. Zwischenergebnis zu Teil 2

Der Status quo der aus den §§ 620 ff. BGB resultierenden Kündigungsschranken ist vor allem für die außerordentliche Kündigung als defizitär zu beurteilen. Die vorgenommene Systematisierung erleichtert die kündigungsrechtliche Einordnung eines bestimmten Verhaltens des Geschäftsführers und konkreter Situationen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können.
Ungenügend ist die kündigungsrechtliche Erfassung der unternehmerischen Fehlentscheidung. Festgestellt wurde, dass wirtschaftlicher Misserfolg nur bei Zurechnung einen Kündigungsgrund darstellt. Weiterhin vermag „geschäftliches Versagen“ die außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.
Die unternehmerische Fehlentscheidung wurde zum Zweck der Einbettung in eine systematische Darstellung der Kündigungsgründe unter den Oberbegriff des „geschäftlichen Versagens“ subsumiert. Die rechtskonstruktive Erfassung dieses Begriffs ist nur schwer möglich, da auch subjektive Faktoren eine Rolle spielen.

Gefordert ist daher die kündigungsrechtliche Erfassung einer einzelnen unternehmerischen Fehlentscheidung. Beantwortet werden muss die Frage, wann eine unternehmerische Fehlentscheidung dem Geschäftsführer kündigungsrechtlich zurechenbar ist oder nicht. Dabei muss die kündigungsrechtliche Erfassung der unternehmerischen Fehlentscheidung zwei entscheidende Faktoren berücksichtigen: Sie muss dem immanenten Prognosecharakter der unternehmerischen Entscheidung und der Gefahr der Rückschaufehler Rechnung tragen.

3. Teil: Kriterien für die objektive Würdigung einer unternehmerischen Entscheidung durch die Gesellschafterversammlung vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung

I. Die unternehmerische Fehlentscheidung als Kündigungsgrund

1. Vorbemerkung

Da auf Geschäftsführer der Kündigungsschutz des KSchG nicht anwendbar ist und die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung ausgesprochenen Kündigung anhand der nur eingeschränkten Schutz bietenden Normen der §§ 620 ff. BGB beantwortet wird, müssen inhaltliche Kündigungsschranken originär aus dem Gesellschaftsrecht gebildet werden.

Die letzte Möglichkeit des Geschäftsführers, den Gesellschafterbeschluss über die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrages anzugreifen, ist dessen gerichtliche Überprüfung. Der Beschluss über die Kündigung des Anstellungsvertrages eines GmbH-Geschäftsführers unterliegt, wie alle sonstigen Gesellschafterbeschlüsse, der gerichtlichen Beurteilung. Damit diese Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung standhalten kann, muss sie von der Gesellschafterversammlung im Einklang mit den Kriterien getroffen werden, die das Gericht bei einer nachträglichen Rechtmäßigkeitskontrolle zugrunde legen muss und darf.

Im Weiteren liegt der Fokus auf den Kündigungsschranken für den Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung** aus Anlass einer **unternehmerischen Fehlentscheidung**.

Die ordentliche Kündigung wird im Folgenden **nur am Rande** erläutert. Dies beruht darauf, dass, wie bereits festgestellt,[457] das Recht zur ordentlichen Kündigung wegen der grundrechtlich gewährleisteten Kündigungsfreiheit nur ausnahmsweise eingeschränkt werden darf.

2. Das Entscheidungsumfeld

Betrachtet man die vorgenommene Strukturbildung der gebundenen Entscheidung einerseits und der unternehmerischen Entscheidung andererseits, so wird ein gemeinsamer Umstand deutlich: Beim Ausspruch einer

[457] Hierzu siehe 2. Teil, II. 3.5.

außerordentlichen Kündigung wird vordergründig auf die nach außen erkennbare Umsetzung der Entscheidung und das eingetretene negative Ergebnis angeknüpft. Der Entscheidungs**vorgang**, in dem sich der Geschäftsführer vor Vornahme der Entscheidung befunden hat, wird, geblendet durch das ungewollte Ergebnis, nicht oder nicht hinreichend betrachtet. Das Abstellen auf das Entscheidungs**ergebnis** als maßgeblichen Faktor im Rahmen der Kündigungsentscheidung ist indessen unvertretbar, was nachfolgend aufgezeigt werden soll. Die Kontrolle muss sich vielmehr auf das Entscheidungsverfahren selbst und nicht auf eine Ergebniskontrolle konzentrieren. Zu prüfen ist folglich, wann eine Entscheidung des Geschäftsführers eine kündigungsrelevante Fehlentscheidung darstellt, die ihm zurechenbar ist.

II. Ermittlung der unternehmerischen Fehlentscheidung

1. Vorbemerkung

Der Weg zur Ermittlung der unternehmerischen Fehlentscheidung wird maßgeblich von der Beantwortung der Frage geprägt, ob eine gebundene Entscheidung oder eine unternehmerische Ermessensentscheidung vorliegt.

2. Die rechtlich gebundene Fehlentscheidung

Liegt eine rechtlich gebundene Entscheidung[458] vor, kann und darf dem Geschäftsführer kein Vorwurf gemacht werden, sofern er die ihn treffenden Geschäftsführerpflichten im Entscheidungsfindungsprozess beachtet hat.

Das den Beschluss zur Kündigung fassende Organ und anschließend das mit der Überprüfung der Kündigungsentscheidung angerufene Gericht haben nach Feststellung des Vorliegens einer gebundenen Entscheidung diese anhand der ausführlich dargestellten Geschäftsführerpflichten zu überprüfen.

Eine gebundene Entscheidung ist dann eine Fehlentscheidung, wenn sie unter Verletzung der bestehenden Regeln für das Entscheidungsverfahren zustande gekommen ist.[459] Liegt **kein** Verstoß vor, ist **kein** Geschäftsführerhandeln gegeben, das Anlass zu einer Kündigung geben könnte.

---

[458] Siehe hierzu 1. Teil, II. 2 sowie 2.1. ff.

[459] Vgl. Zur Diskussion über das Vorliegen einer unternehmerischen Fehlentscheidung vor Einführung der Business Judgement Rule in das deutsche Aktienrecht *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 184, m.w.N.

3. Die unternehmerische Fehlentscheidung

Die unternehmerische Entscheidung ist keine isolierte Handlung, sondern vielmehr ein Teilglied eines umfassenden Entscheidungsprozesses.[460] Unsicherheitselemente, die zwischen Umsetzungshandlung und Handlungsergebnis eintreten und dem zuvor erwarteten Verlauf der Umsetzungshandlung in eine andere Richtung führen können, liegen insbesondere bei unternehmerischen Entscheidungen außerhalb des Machtbereichs des handelnden Leitungsorgans. Wirtschaftlich vielversprechende Entscheidungen können noch in ihrer Umsetzungshandlung durch außerhalb der unternehmerischen Einflussmöglichkeiten liegende Veränderungen dieser Grundlagen entwertet oder gar konterkariert zu werden.[461] Die Betrachtung des Entscheidungsergebnisses als Grundlage für einen Kündigungsausspruch ist daher unvertretbar.

3.1. Die maßgebliche Betrachtungsperspektive

Wie die Richter befinden sich auch die Gesellschafter in einer parallelen Beurteilungssituation aus der ex ante Perspektive. Sowohl die Richter als auch die Gesellschafter sind gezwungen, das Verhalten des handelnden Geschäftsführers zu rekonstruieren und ex ante zu beurteilen.[462]

Gesellschafter und Richter müssen überprüfen, ob der Geschäftsführer bei Vornahme einer konkreten unternehmerischen Entscheidung einer Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung unterlag.[463] Dabei ist auf die Informationen abzustellen, über die der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Vornahme der konkreten Entscheidung verfügte oder verfügen konnte.

Das zur Kündigung befugte Organ und das zur Überprüfung angerufene Gericht müssen jeweils beachten, dass unternehmerische Entscheidungen unter sehr

---

[460] *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 8.
[461] *Mutter*, a.a.O., 179.
[462] BGHZ 126, 181, 193; BGHZ 75, 96, 113; *Goette,* in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123, 141; für die Schweiz etwa *Bär,* ZBJV 106 (1970), 457, 462: *„Der Richter darf keine nachträgliche Prognose stellen, d.h. er sollte in nun hergestellter Kenntnis des schädigenden Verlaufs nicht leicht annehmen, man hätte mit etwas derart rechnen müssen."*
[463] Vgl. *Fleischer,* in: FS Wiedemann, 827, 828, sieht in der Verletzung der Sorgfalts- und Treupflicht die maßgeblichen Gründe für das Anknüpfen von Haftungsfolgen im Rahmen der Geschäftsleiterverantwortung.

unsicheren Umständen und entsprechend auf der Grundlage unvollständiger, durch allgemeine Marktstimmungen oder betriebswirtschaftliche Trends, in subjektiver Hinsicht verzerrter[464] Informationen getroffen werden und somit Risiken in sich bergen. Das mit der Geschäftsführung betraute Organ ist aber gerade dazu da, solche Entscheidungen meistens unter Zeitdruck zu treffen, in Risiken auch Chancen zu erkennen und die Chancen in einen Geschäftserfolg umzuwandeln. Die Gesellschafter wollen den Geschäftserfolg, also wollen sie dementsprechend auch, dass der Geschäftsführer Risiken eingeht.[465] Auch aus volkswirtschaftlicher Perspektive ergibt sich das Bedürfnis, übertrieben risikoaversem und damit innovations- und entwicklungshemmendem Verhalten von Geschäftsleitern entgegenzutreten.[466]

Verlangt die Gesellschaft Erfolg, so muss gleichzeitig auch die Ausübung des Geschäftsführerermessens geschützt werden. Die Gesellschaft muss anerkennen, dass ein Risiko auch die Möglichkeit des Misserfolgs einschließt.[467] Tut sie das nicht und hat der Geschäftsleiter bei der geringsten Fehlentscheidung Haftungs- und/oder Kündigungsfolgen zu befürchten, werden Geschäftsleiter dazu übergehen, sich für Investitionsprojekte mit einem tendenziell eher geringen Risiko zu entscheiden.[468] Eine solche Risikoaversion würde zu

---

[464] RegBegr. zum UMAG, S. 23; BT-Drucks. 15/5092, 12, 23.

[465] Entsprechend zur Aktiengesellschaft: *„Shareholders don´t want (or shouldn´t rationally want) directors to be risk averse.“* (Gagliardi v. TriFoods Int´l, Inc., 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996)).

[466] Zugespitzt *Brömmelmeyer* für das Recht der Aktiengesellschaften, WM 2005, 2065, 2066: *„Tatsächlich lebt die Marktwirtschaft von der Risikobereitschaft der Marktakteure. Findet sich niemand, der in neue Produkte investiert, so verliert der Innovationswettbewerb seine Dynamik. Kostenintensive – also potentiell riskante – Investitionen unterbleiben. Der Innovationswettbewerb als Entdeckungsverfahren (von Hayek) bedarf jedoch der Entdecker, so dass Risikobereitschaft generell positiv zu bewerten und nicht als Pflichtverletzung i.S.v. § 93 Abs. 2 AktG einzustufen ist – auch nicht, wenn sich das Risiko später als Schaden verwirklicht. Die Risiko- und Rollenverteilung im Kapitalgesellschaftsrecht ist eindeutig: Unternehmerische Fehlentscheidungen des Vorstands sind Teil des unternehmerischen Risikos der Aktionäre; sie können dieses Risiko steuern, sie können es aber nicht i. S. einer Erfolgshaftung auf den Vorstand abwälzen*“; *Ruffner*, ZSR 119 (2000), 195, 205 f., vgl. insbes. 206 [zum schweizerischen Recht]: „Volkswirtschaftlich wünschbare Entwicklungen in Zukunftsbranchen sind vielfach nur um den Preis des individuellen Scheiterns einzelner Gesellschaften und Unternehmer zu haben“; des Weiteren: *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 228: „Unternehmerischer Erfolg ist ohne das Eingehen von Risiken, ohne das Verlassen ausgetretener Pfade bzw. das rasche Handeln ohne umfassende Absicherung bei kurzfristigen Marktturbulenzen im Einzelfall nicht denkbar“.

[467] Ähnlich für die Aktiengesellschaft: *Staehlin/Sarasin,* in: FS Bär, 363, 369: „Niemand wird gezwungen, einer Aktiengesellschaft Kapital zur Verfügung zu stellen. Es liegt mit anderen Worten von vornherein eine Einwilligung [der Aktionäre] vor, mit dem zur Verfügung gestellten Kapital wirtschaftlich tätig zu werden; ebendieses wirtschaftliche tätig zu werden schließt aber mit ein, dass ein Vermögensschaden eintreten kann.“ (*Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 830).

[468] *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 830.

negativen Auswirkungen in der gesamten Volkswirtschaft führen[469] und liegt auch nicht im Interesse der Gesellschaften.[470]

Hieraus folgt, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein konkreter unternehmerischer Misserfolg auf einer die Kündigung des Geschäftsführervertrages rechtfertigenden unternehmerischen Fehlentscheidung beruht, der wesentliche Gedanke ist, die Möglichkeit eine Entscheidung so und nicht anders zu treffen, dem Geschäftsführer nicht zum Vorwurf gemacht werden darf. Dies gilt auch dann, wenn die Entscheidung einen Schaden oder sonstigen Nachteil für die Gesellschaft zeitigt.

War die Wahrscheinlichkeit des tatsächlichen Eintritts des avisierten unternehmerischen Erfolgs auf der Grundlage der Informationen und Abwägungskriterien, die der Geschäftsführer in die Ermessensentscheidung hat einfließen lassen, zumindest genauso wahrscheinlich wie der Misserfolg, so liegt auch im kündigungsrechtlichen Sinn kein vorwerfbares Verhalten vor. War die Annahme, ein bestimmter unternehmerischer Erfolg werde eintreten, begründet, so ist eine auf das Ausbleiben des Erfolgs beruhende Beendigung des Geschäftsführeramtes und außerordentliche Kündigung des Geschäftsführervertrages erst recht unbegründet.

3.2. Die Beurteilungskriterien

Kommt die Rechtmäßigkeitsprüfung einer Kündigung zum Ergebnis, der unternehmerische Misserfolg beruhe auf einer unternehmerischen Entscheidung, muss, bevor voreilig die **Rechtmäßigkeit** einer Kündigung festgestellt wird, in einem zweiten Schritt überprüft werden, ob der Weg zur Entscheidungsfindung nicht doch **fehlerlos** vom Geschäftsführer beschritten wurde.

3.3. Die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgement Rule

Für den Bereich der Geschäftsführerhaftung hat sich durch die Business Judgement Rule ein Überprüfungsrahmen für unternehmerische Entscheidungen

[469] *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 830, m.w.N.
[470] *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 830.

von Geschäftsleitern etabliert.[471] Möglicherweise lassen sich hieraus auch Kündigungsschranken für die außerordentliche Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Fehlentscheidung herleiten. Hierbei muss beachtet werden, dass Haftung und Kündigung voneinander unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Während Haftung das Einstehen müssen eines Rechtssubjekts mit seinem Vermögen für einen in der Vergangenheit entstandenen Schaden bedeutet, ist Sinn und Zweck einer Kündigung nicht die „Bestrafung" für vorangegangenes missbilligtes Verhalten, sondern zukünftige Schäden, die möglicherweise von dieser Person ausgehen können, zu vermeiden. Dennoch kann es interessengerecht sein, eine Parallele zwischen Haftungsvoraussetzungen und Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung zu ziehen, da der Kern beider Begriffe die Pflichtverletzung ist. Lediglich der Bezug zur Zeit ist ein unterschiedlicher. Die Haftung versucht in der Vergangenheit entstandenen Schaden durch eine Pflichtverletzung auszugleichen, mit der Kündigung versucht man zukünftigen Schaden abzuwenden.

Der Weg zur Entscheidungsfindung ist im Haftungsrecht nur dann fehlerlos erfolgt, sodass ein dem Geschäftsführer vorwerfbares Fehlverhalten i.S.e. Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn er in Anlehnung an § 93 Abs. 1 S. 2 AktG *„[…] bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln".*

Die Gesetzesbegründung beruht auf einer Einteilung der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG in *„fünf […] Merkmale"*.[472]

Neben dem Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung müssen *„Gutgläubigkeit, Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, Handeln zum Wohle der Gesellschaft und Handeln auf der Grundlage angemessener Information"* vorliegen.[473] Sind diese Merkmale kumulativ erfüllt, liegt ausweislich der Formulierung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG keine Pflichtverletzung vor.

---

[471] Hierzu siehe 1. Teil, II. 3.3.
[472] BT-Drucks. 15/5092, 11.
[473] BT-Drucks. 15/5092, 11.

3.3.1. Handeln „zum Wohle der Gesellschaft“

Ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft soll nach der Gesetzesbegründung im Streben nach bzw. in einer *„langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen“* liegen.[474] Zur Frage, was mit dem Begriff des „Unternehmens-“ bzw. „Gesellschaftsinteresses“ gemeint ist, haben sich unterschiedliche Positionen[475] herausgebildet, die dem vom Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG formulierten Konsens unterliegen. Dem Vorstand wird ein *„Handeln zum Wohl der Gesellschaft“* gestattet, solange sein Handeln zumindest der *„langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen* zu dienen geeignet ist.“[476] Im Regelfall geht das eine mit dem anderen Einher.

Innerhalb dieses Merkmals wird überprüft, ob der Geschäftsführer bei seiner Entscheidungsfindung „unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen und ohne unmittelbaren Eigennutz“ gehandelt hat.[477] Der Geschäftsführer muss „unbefangen und unabhängig“ sein.[478] Bei einem Interessenkonflikt soll es sich um eindeutige und in der konkret zu entscheidenden Sache relevante Interessenpositionen handeln.[479] Ausreichend ist auch, wenn ein Interessenkonflikt eng verwandte bzw. nahestehende Personen aus dem Kreis des Leitungsorgans betrifft.[480] Zur Bestimmung dieses Personenkreises kann jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer solchen Personen Vorteile zukommen lässt, die auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung nach § 138 Abs. 1 InsO zu den nahestehenden Personen zählen, auf diese Bestimmung zurückgegriffen werden. Die Parallelität beruht dabei darauf, dass beide Sachverhalte mit besonderer Skepsis von der

---

[474] BT-Drucks. 15/5092, 11.
[475] Zu den einzelnen Ansichten *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands, 21, m.w.N.
[476] Vgl. *Pfertner*, a.a.O., 55.
[477] BT-Drucks. 15/5092, 11 f.
[478] BT-Drucks. 15/5092, 11 f. Eine Pflichtverletzung scheidet nur aus, wenn „Sondereinflüsse außerhalb des Unternehmensinteresses (...) die Entscheidung nicht beeinflusst haben, was bei Handeln zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen von dem Geschäftsleiter nahestehenden Personen oder Gesellschaften (angeblich) offensichtlich unterstellt werden“ kann. (BT-Drucks. 15/5092).
[479] *Pfertner*, a.a.O., 57; *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, 323, 333 ff.
[480] *Pfertner*, a.a.O., 57; *Fleischer,* in: Hdb. Vorstandsrecht, § 7 Rn. 56; *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, 323, 335.

Rechtsordnung betrachtet werden, da sie im Zusammenwirken mit Personen erfolgen, die aus persönlichen, gesellschaftsrechtlichen oder ähnlichen Gründen miteinander verbunden erscheinen und einen besonderen Zugang zu sachverhaltsrelevanten Informationen haben.[481]

Ein weiteres *„implizites Merkmal"* des *„Handelns zum Wohle der Gesellschaft"* soll der gute Glaube sein.[482] Der Geschäftsführer muss in dem guten Glauben handeln, die getroffene Entscheidung diene dem Wohl der Gesellschaft. Dies ist dann der Fall, wenn die Entscheidung die Marktstellung der Gesellschaft oder ihre wirtschaftliche Lage stärken soll.[483]
Bösgläubigkeit ist, wie etwa bei § 932 Abs. 2 BGB, nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei grober Fahrlässigkeit anzunehmen. Glaubt er selbst nicht an die Richtigkeit seiner Entscheidung und nimmt er den Misserfolg dadurch in Kauf, dass er massive Anhaltspunkte für sein Eintreffen ignoriert, verdient er keinen Schutz.[484] Dies gilt selbst dann, wenn ein anderer Geschäftsführer in derselben Situation und mit demselben Kenntnisstand hätte annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.[485]

3.3.2. „Handeln auf der Grundlage angemessener Information"

Eine unternehmerische Entscheidung muss auf der Grundlage hinreichender Information getroffen werden. Die Business Judgement Rule schützt nur den Wagemutigen, nicht den Unbesonnenen, der sich über sein Handeln und dessen Auswirkungen nicht rechtzeitig, ausreichend und sorgfältig informiert hat.[486] Die Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung konzentriert sich folglich auf die Entscheidungsvorbereitung – auf die sorgfältig geschaffene Informationsgrundlage, die eine rationale Entscheidung erst erlaubt und nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit.[487] Charakteristisch sind die Worte von *Druey:*[488]

---

[481] *Schoon*, in: BeckOK InsO, 21. Edition, Stand 15.10.2020, § 138 Rn. 1.
[482] *Pfertner*, a.a.O., 58.
[483] *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.
[484] *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 843.
[485] *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.
[486] *Fleischer,* in FS Wiedemann, 827, 840.
[487] *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2067.
[488] *Druey*, in: FS Goette, 57, 72.

„Sorgfalt ist eine Eigenschaft situationsbezogenen Verhaltens. Erst aus der Situation heraus können die Gebote der Sorgfalt bestimmt werden. Ungewissheit, objektiv oder beim Entscheidungssubjekt, ist eine Eigenschaft vieler Elemente der Situation. Ungewissheit der Situation setzt sich fort in der Ungewissheit der Beurteilung des gebotenen Verhaltens. Es ergibt sich daraus mangels Richtmaßes eine Zone, in welcher der Vorwurf der Unsorgfalt eingeengt wird; diese Zone des ungewissen Richtmaßes ist im Fall des Unternehmensmanagements denkbar ausgeprägt. Auch und namentlich Informationsbeschaffung unterliegt, als „Katze im Sack", immer der Ungewissheit."

Die Informationsgrundlage braucht nicht vollständig zu sein.[489] Der Informationsbedarf richtet sich nach der Bedeutung und der Tragweite der Entscheidung,[490] der Kostenintensivität der Informationsbeschaffung[491] und der Informationsrelevanz.[492]

Zu beachten ist schließlich, dass selbst die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zur Kodifizierung der Business Judgement Rule durch das UMAG zugestand, dass „die unternehmerische Entscheidung nicht verrechtlicht oder (schein-)objektiviert werden" solle.[493] Sie beruhe auf Intuition, Erfahrung und Vorstellungsvermögen sowie auf dem Fingerspitzengefühl für künftige Entwicklungen und einem Gefühl für die Märkte.[494]

3.3.3. „Vernünftigerweise annehmen dürfen"

Das handelnde Leitungsorgan ist angehalten, vor seiner Entscheidung eine ausreichende Tatsachengrundlage zu schaffen.[495] Welche Informationen

---

[489] *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 81, 304 f., mit dem Hinweis, dass Verfügbarkeit von Informationen und spätere Effizienz-Beurteilung in keinem Zusammenhang stehen. Eine umfangreiche Informationsrecherche führe sehr häufig zur Entscheidungsunlust oder gar Entscheidungsunfähigkeit.

[490] Ähnlich *Kock/Dinkel,* NZG 2004, 441, 444.

[491] Dazu *Richter/Furubotn,* Neue Institutionenökonomik, 61 f.

[492] BT-Drucks. 15/5092, 12: Welche Intensität der Informationsbeschaffung im Sinne der Norm „angemessen" ist, hat der Geschäftsleiter anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung und unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe zu entscheiden.

[493] BT-Drucks. 15/5092, 11 f.

[494] Kritisch zu Entscheidungen „aus dem Bauch heraus" auch: *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2106.

[495] *Spindler,* in: MüKoAktG, § 93 Rn. 55 m.w.N.; vor Kodifizierung der Business Judgement Rule siehe zu diesem entsprechenden Erfordernis die *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung, BGH NJW 1997, 1926, 1928.

„*angemessen*“ sind, bestimmt sich subjektiv ex ante aus der Perspektive des handelnden Organs.[496] Diese subjektive Sichtweise wird durch das Merkmal „annehmen dürfen“ eingeschränkt und in objektiver Hinsicht begrenzt.[497] Die subjektive Einschätzung des handelnden Organs gilt solange als vertretbar, wie das Leitungsorgan diese „vernünftigerweise“ annehmen durfte.[498] Das Merkmal „vernünftigerweise“ muss im Einzelfall ausgelegt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird dem handelnden Organ in den Grenzen seiner Sorgfaltspflicht ein erheblicher Spielraum eingeräumt, den Informationsbedarf abzuwägen und sich selbst ein Bild davon zu machen.[499] Die Informationsauswahl und das angemessene Informationsniveau beurteilt dabei individuell das handelnde Organ.[500]

3.3.4. Keine Ausschlussgründe

Für die Anwendung der Business Judgement Rule dürfen neben dem positiven Vorliegen der drei Anwendungsvoraussetzungen keine Ausschlussgründe vorliegen. Die Business Judgement Rule kommt dann nicht zur Anwendung, wenn der Geschäftsführer eine Treuepflicht verletzt hat. Ebenso verdient der Geschäftsführer keinen Schutz, wenn er einen Gesetzesverstoß, wie z.B. Verstöße gegen die Anti-Korruptionsgesetze, begangen hat. Dies folgt bereits aus dem universalen Geltungsanspruch der Rechtsordnung, die dem Handlungsermessen des Geschäftsführers Grenzen zieht.[501] Weiter steht dem Geschäftsführer der Schutz der Business Judgement Rule nicht zu, wenn er das Gesellschaftsvermögen schmälert, ohne dass damit ein Vorteil für die Gesellschaft erkennbar ist.[502] Der Geschäftsführer darf kein Geschäft eingehen, mit dem unmittelbar existenzielle Risiken verbunden sind, die den Bestand des Unternehmens gefährden. Risiken, die über das bei allen Geschäften nicht auszuschließende allgemeine Insolvenzrisiko hinausreichen und die im Falle

[496] BT-Drucks. 15/5092, 11: „[…] die Voraussetzungen der Entscheidungsfindung sind also aus der Sicht des betreffenden Organs zu beurteilen.“
[497] BT-Drucks. 15/5092, 11.
[498] BT-Drucks. 15/5092, 11.
[499] BT-Drucks. 15/5092, 12.
[500] BT-Drucks. 15/5092, 12.
[501] Entsprechend zur Leitungsmacht des Vorstands einer AG *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 845.
[502] Entsprechend bei der Aktiengesellschaft *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 827, 845.

ihrer Realisierung das ganze Unternehmen ersichtlich in den Abgrund reißen könnten, hat der Geschäftsführer zu vermeiden.[503]

4. Die Business Judgement Rule als Kündigungsschranke

Organpflichtverletzungen durch Leitungsorgane sind ein weites Feld und ein in der Presse stark besprochenes Thema, was nicht zuletzt auch ein Grund dafür ist, dass sich Gesellschaften durch den in der Öffentlichkeit ausgeübten Druck zu entsprechenden Entscheidungen veranlasst sehen. Nicht auszuschließen ist, dass sich Gesellschaften zu einer Kündigungsentscheidung gedrängt fühlen, noch bevor ein bestimmter Sachverhalt medial diskutiert wird. Sowohl die wechselnde öffentliche Wahrnehmung der Tätigkeit von Leitungsorganen als auch die daraus resultierende Beeinflussung der Gesellschaften verunsichern Leitungsorgane nachhaltig.

Hinzu tritt die fehlende normative Präzisierung der Kündigungsschranken einer außerordentlichen Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers, die die Unsicherheit des Leitungsorgans weiter verstärkt und gleichzeitig die Heranziehung anderer kündigungsrechtlicher Kriterien zur nachträglichen Überprüfung des Geschäftsführerhandelns und somit zur Überprüfung der Kündigungsentscheidung erforderlich macht.

Liegt ein vermutlich kündigungsrelevanter Sachverhalt vor, ist die kündigende Gesellschaft schon im eigenen Interesse angehalten, diesen Sachverhalt auf eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers hin zu überprüfen, bevor eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird.
Das Fruchtbarmachen der Business Judgement Rule als Ersatz für die bestehende gesetzliche Lücke und die sich in ihr manifestierten Überprüfungskriterien für das Geschäftsleiterhandeln schließen den Kreis zu den bereits untersuchten Organpflichten, anhand derer gebundene Geschäftsführerentscheidungen gemessen werden.

Bei der Überprüfung einer außerordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung wird die Frage beantwortet, wann sich der

[503] *Gehrlein*, NZG 2020, 801, 807.

Geschäftsführer (noch) pflichtgemäß und im Rahmen der Grundsätze der Business Judgement Rule verhalten hat und wann dieser Rahmen, der zu einer zu rechtfertigenden Kündigung führen kann, überspannt wurde.
Wegen der besonderen kündigungsrechtlichen Situation des Geschäftsführers muss ein systematischer Gleichlauf von Pflichtenmaßstab, Haftung und Kündigung eingehalten werden. Bei einer außerordentlichen Kündigung gilt es folglich, den schmalen Grat zwischen einer mit der Business Judgement Rule im Einklang stehenden unternehmerischen Entscheidung und möglicherweise pflichtwidrigem Handeln von Geschäftsleitern zu untersuchen. Zu beachten ist, dass strikt zwischen den gebundenen und unternehmerischen Entscheidungen zu unterscheiden ist; während die Einhaltung von Legalitätspflichten und sonstigen niedergeschriebenen Pflichten verbindlich ist und diese keinen Ermessensspielraum zulassen, können nachträglich sich als falsch herausstellende unternehmerische Entscheidungen, die im Einklang mit der Business Judgement Rule getroffen wurden und auf Tatbestandsebene schon keine Pflichtverletzung darstellen, ihre Kündigungsrelevanz verlieren. Es existiert kein Automatismus, der bei Entstehung eines Schadens oder bei Nichteintritt des geplanten Erfolges eo ipso zu einem sowohl Haftung als auch Kündigung rechtfertigenden Sachverhalt führt.

Die Business Judgement Rule soll bei unternehmerischen Fehlentscheidungen zusätzlich als **materiellere Kündigungsschranke für die außerordentliche Kündigung** von Geschäftsführeranstellungsverträgen herangezogen werden. Aus dieser ergibt sich somit eine dreistufige Prüfungsreihenfolge. Diese setzt sich zusammen aus der Frage, ob **(1)** eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, **(2)** der unternehmerischen Entscheidung zugrunde liegende und die außerordentliche Kündigung auslösende Sachverhalt ein Verhalten des Geschäftsführers zum Gegenstand hat, das gegen die Grundsätze der Business Judgement Rule verstößt, und **(3)** ob das gegen die Business Judgement Rule verstoßende Verhalten derart schwer wiegt, dass unter Abwägung der beiderseitigen Interessen das Interesse der Gesellschaft an der sofortigen Beendigung der weiteren Beschäftigung des Geschäftsführers gegenüber dem Interesse des Letzteren an der Beibehaltung seiner Organfunktion überwiegt.

Ergibt die Tatbestandsprüfung der außerordentlichen Kündigung, dass die kumulativen Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht erfüllt sind, entfällt bereits die, die außerordentliche Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung mit der Folge, dass nur eine ordentliche Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages möglich bleibt. Beruft sich die kündigende Gesellschaft auf einen Vertrauensverlust als wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung, der auf der unternehmerischen Fehlentscheidung beruht, die nach den zuvor entwickelten Kriterien gerade keine Pflichtverletzung darstellt, sind die in die Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB einzufließenden Abwägungskriterien zu beachten. Bei der außerordentlichen Kündigung ist stets das Verschulden zu beachten, das indes keine notwendige Voraussetzung des Kündigungsgrundes, aber ein elementares Bewertungsprinzip im Rahmen der Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung ist.[504] Für die Frage, ob der kündigenden Gesellschaft die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, sind unter anderem das Maß des durch die unternehmerische Fehlentscheidung bewirkten Vertrauensverlusts und der Verschuldensgrad im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen. Denklogisch kann aber eine unternehmerische Fehlentscheidung, die keine Pflichtverletzung darstellt, nicht zur Verschuldensfrage vordringen. Die kündigende Gesellschaft sollte in dem Fall, in dem anhand der Kriterien der Business Judgement Rule keine Pflichtverletzung vorliegt, dem Geschäftsführer ordentlich kündigen und nicht versuchen, über den wichtigen Grund des Vertrauensverlusts eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Problematisch wird dies bei befristet abgeschlossenen Anstellungsverträgen, die nicht ordentlich kündbar sind und nur der Weg über die außerordentliche Kündigung offen ist. Die ordentliche Kündigung eines befristeten Anstellungsverhältnisses ist praktisch überhaupt nur dann möglich, wenn die Parteien ein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart haben. Zur Vermeidung entsprechender Konflikte ist daher auch bei befristeten Anstellungsverträgen die Vereinbarung eines ordentlichen Kündigungsrechts zu empfehlen.

[504] *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 65 Rn. 3083.

Die in der Business Judgement Rule sich widerspiegelnden Wertungen und die darin verankerten Regeln sind somit ein geeigneter Maßstab zur Überprüfung einer außerordentlichen Kündigung, zum jetzigen Zeitpunkt allerdings (noch) nicht als normativer Prüfungsmaßstab etabliert.

5. Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines die außerordentliche Kündigung **rechtfertigenden Sachverhalts** obliegt im Rahmen des herkömmlichen Arbeitsrechts der kündigenden Partei.[505] Es könnte erwogen werden, diese Beweislastreglung parallel auf die zuvor entwickelten Rechtmäßigkeitskriterien anzuwenden. Behauptet die Gesellschaft, eine unternehmerische Entscheidung sei fehlerhaft getroffen worden, so muss diese die Fehlerhaftigkeit nachweisen und alternativ beweisen, zu welchem wirtschaftlichen Ergebnis die ihrer Ansicht nach richtigerweise zu treffende Entscheidung geführt hätte. Die Gesellschaft müsste also darlegen und beweisen, dass und weshalb der Geschäftsführer gegen die Business Judgement Rule schuldhaft verstoßen hat.

Da der Vorstand einer Aktiengesellschaft und entsprechend der Geschäftsführer einer GmbH das Geschehen näher betrachten kann als die Gesellschaft, normiert § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine vollständige Beweislastumkehr. Sobald es der Gesellschaft gelingt, darzulegen, dass eine Maßnahme der Geschäftsleitung ein zu missbilligendes Ergebnis zeitigte, obliegt dem Leitungsorgan der Beweis, dass die Voraussetzungen der Business Judgement Rule erfüllt sind und die angegriffene Maßnahme keine Pflichtverletzung darstellt.[506] Handelte der Geschäftsführer im Einklang mit der Business Judgement Rule, entfällt die Pflichtwidrigkeit seines Handelns, und ein Kündigungsgrund darf nicht angenommen werden.

Eine solche Beweislastumkehr, wie in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG normiert, ist für die Rechtsordnung nichts Ungewöhnliches. Prominent ist zum Beispiel die Beweislastumkehr in Produkthaftungsfällen. Da der Geschädigte in Produkthaftungsfällen regelmäßig in Beweisnot käme, wenn er das Verschulden

---

[505] *Rinck*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 3 E Rn. 156.

[506] Vgl. OLG Düsseldorf GWR 2015, 452 m. Anm. *Aurich*; vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf EWiR 2016, 45, m. Anm. Wilsing/Kleemann.

des Herstellers an der Fehlerhaftigkeit des Produkts beweisen müsste, hat der BGH seit dem grundlegenden *„Hühnerpest-Urteil“*[507] vom 26.11.1968 die Beweislast in der Produkthaftung nach § 823 BGB umgekehrt. Bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt ging es darum, dass nicht ausreichend immunisierte Flaschen eines Impfserums gegen Hühnerpest dazu führten, dass diese trotz Impfung in einer Hühnerfarm ausgebrochen ist und viele Hühner dabei endeten. Seitdem obliegt es grundsätzlich dem Geschädigten zu beweisen, dass ein Fehler des Produkts vorgelegen hat, der kausal zu einem Schaden geführt hat. Umgekehrt obliegt es dem Hersteller zu beweisen, dass ihn an der Fehlerhaftigkeit des Produkts kein Verschulden trifft.[508]

Die darin liegende Durchbrechung der gewöhnlichen zivilprozessualen Beweislastverteilung beruht auf dem Gedanken der Sachnähe, der auch im Bereich der Organhaftung greift und in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG rechtlich normiert wurde: Das betreffende Leitungsorgan kann die Umstände seines Handels und die Faktoren, die für eine pflichtgemäße Geschäftsführung sprechen, besser überblicken als die kündigende Gesellschaft, die dahingehend regelmäßig in Beweisnot geriete. Ferner können Ermessenentscheidungen des Geschäftsführers grundsätzlich nur dann auf ihre Pflichtgemäßheit überprüft werden, wenn das jeweilige Leitungsorgan darlegt, welche Überlegungen im Einzelfall für das Leitungsorgan ausschlaggebend waren.[509]

6. Praxishinweis

Zunächst mag es als Erschwerung klingen, dem Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast für sein pflichtenkonformes Handeln aufzubürden. Der Geschäftsführer hat es selbst in der Hand, die eigene unternehmerische Entscheidung zu dokumentieren und im Kündigungsprozess das im Einklang mit der Business Judgement Rule stehende Handeln darzulegen und zu beweisen.

Es empfiehlt sich, den gesamten Entscheidungsprozess zu dokumentieren. Dieser beginnt bereits bei der Sachverhaltsaufklärung und führt über die

---

[507] BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

[508] *Hess*, in: Vertriebsrecht, 2. Kapitel, § 12. Rn. 77; Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung mit der Zeit etwas relativiert. Bei der Beweislastumkehr sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden und zwar bei Konstruktions- und Fabrikationsfehlern, Instruktionsfehlern und besonderen Dokumentationspflichten. Näher hierzu *Hess*, in Vertriebsrecht, 2. Kapitel, § 12 Rn. 76 ff.

[509] *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 Rn. 267.

abgewogenen Handlungsoptionen zur Einschätzung der jeweiligen Folgen und schließlich zur Risikoabwägung.[510] Da die Business Judgement Rule ein nachweisbar bewusstes Verhalten voraussetzt,[511] muss, um Unterlassungen zu rechtfertigen, objektiv nachvollziehbar sein, welche Handlungsoptionen geprüft und warum diese verworfen wurden.[512] Da im Rahmen der Business Judgement Rule nur eine informierte Entscheidung eine richtige Entscheidung sein kann und der geforderte angemessene Umfang der Informationen von externen Faktoren wie (unverschuldetem!) Zeitdruck abhängig ist, empfiehlt es sich, diese außerhalb der Person des Geschäftsführers stehenden Rahmenbedingungen des Entscheidungsprozesses ebenfalls zu dokumentieren.[513]

III. Zwischenergebnis Teil 3

Die Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens verdeutlicht, dass eine Erfolgshaftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft nicht in Frage kommt.[514] Die Haftung für jegliche Fehlentscheidungen im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums scheidet somit aus. Die Verankerung des Geschäftsleiterermessens in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und seine darüber hinausgehende analoge Geltung auch für die GmbH-Geschäftsführer führen dazu, dass bestimmte unternehmerische Entscheidungen nicht Teil des Tatbestandes der (Sorgfalts-)Pflichtverletzung sind. Die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen keinesfalls eine Pflichtverletzung vorliegt, schafft die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule. Sie schafft einen *„sicheren Hafen“* für alle unternehmerischen Fehlentscheidungen, die die zugehörigen Voraussetzungen erfüllen.[515] So wird sichergestellt, dass der ex post erkannte wirtschaftliche Misserfolg einer unternehmerischen Entscheidung weder als Fehlverhalten eingestuft noch als Indiz für ein Fehlverhalten gelten kann.[516] Der Geschäftsführer (und allgemein jedes Leitungsorgan) ist aufgrund der Tatsache, dass nach den Grundsätzen der Business Judgement Rule keine Pflichtverletzung vorliegt, nicht haftbar.

---

[510] *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589, 595.
[511] Vgl. *S. Schneider,* DB 2005, 707, 709; *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2085; vgl. auch *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256.
[512] *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589, 595.
[513] *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589, 595.
[514] RegBegr. zum UMAG, 21.
[515] *Fleischer*, NJW 2005, 3525, 3528.
[516] *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2106.

Die Business Judgement Rule regelt (nur) die Haftungsfrage. Im Arbeitsrecht hingegen ist es nicht erforderlich, dass der zur Kündigung berechtigende Sachverhalt gleichzeitig eine etwaige Haftungsfrage des Arbeitnehmers parallel beantwortet. Im Falle eines gekündigten Arbeitnehmers besteht nicht zwangsläufig ein Gleichlauf zwischen Haftung und Kündigung.[517] Bei der Kündigung ist lediglich eine „vertragliche Störung" erforderlich. Im Fall der Kündigung eines Geschäftsführers ist in dieser fehlenden Parallele ein Ungleichgewicht zu sehen, insbesondere da dem Geschäftsführer aufgrund der Koppelungsmöglichkeit von Abberufung und Kündigung unter Verzicht auf einen wichtigen Grund sofort gekündigt werden kann.[518]

Die durch die Business Judgement Rule erfolgte Einstufung einer bestimmten Entscheidung, die nicht als Pflichtverletzung anzusehen ist, muss auch außerhalb des Haftungsrechts Geltung zugesprochen werden, wollte man ihre Existenzberechtigung verstärken. Kündigungsrechtlich stellt eine unternehmerische Entscheidung, die unter Umständen wirtschaftlichen Misserfolg nach sich zieht, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar, wenn dem Geschäftsführer der wirtschaftliche Misserfolg zugerechnet werden kann. Aber dieselbe Entscheidung kann nicht im Haftungsrecht keine Pflichtverletzung darstellen und gleichzeitig im Kündigungsrecht ein wichtiger Kündigungsgrund im Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB sein. Eine unternehmerische Fehlentscheidung, die nach den Kriterien der Business Judgement Rule haftungsrechtlich den Geschäftsführer nicht einmal ansatzweise tangiert und auch keinen Haftungsfall für die D&O Versicherung darstellt, die dann greift, wenn ein Leitungsorgan bei Ausführung seines Amtes eine schadensverursachende Pflichtverletzung verschuldet hat,[519] darf keine massiven kündigungsrechtliche Folgen nach sich ziehen.
Die Wertungen der Business Judgement Rule würden ausgehebelt, wenn zwischen Haftung und außerordentlicher Kündigung wegen des gleichen Verhaltens kein Gleichklang bestünde. Die Intention der Business Judgement Rule wird so nicht erfüllt. Denn wenn das Leitungsorgan in seiner

[517] Z.B. einem unentschuldigt seiner Arbeit ferngebliebenen Arbeitnehmer wird vordergründig gekündigt. Gegen ihn wird kein Schadensersatzanspruch geltend gemacht.
[518] Näher hierzu 2. Teil, II. 3.2.
[519] *Ziemons,* in: MHLS, GmbHG, § 43 Rn. 558.

Handlungsfreiheit und ihren Konsequenzen sich zwar haftungsrechtlich in einem „sicheren Hafen“ befindet, ihm aber weiterhin eine außerordentliche Kündigung droht, muss der Geschäftsführer fürchten, dass jede wirtschaftlich erfolglose Entscheidung zur außerordentlichen Kündigung führen kann.

Haftungsnormen vermögen durch die Androhung von Sanktionen verhaltenssteuernde Anreize zu setzen. Daher soll die Business Judgement Rule gerade verhindern, dass der Geschäftsführer nicht in seiner Entscheidungsfreude gehemmt wird. Eine außerordentliche Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung, die im Einklang mit den Anforderungen der Business Judgement Rule getroffen wurde, ist angreifbar. Im Rahmen eines anschließenden Prozesses, bei dem die Rechtmäßigkeit der Kündigung überprüft wird, ist festzustellen, dass die getroffene unternehmerische Entscheidung des Geschäftsführers **keine** Pflichtverletzung darstellt. Die unternehmerische Entscheidung, die wirtschaftlichen Misserfolg nach sich gezogen hat, muss folglich schon auf der Ebene des Tatbestandes als Merkmal des wichtigen Grundes ausscheiden. Schon der Ausspruch der außerordentlichen Kündigung selbst darf entsprechend nicht erfolgen.

Die fehlende Einheit zwischen Haftungs- und Kündigungsrecht im GmbH-Recht führt andernfalls dazu, dass sich der Geschäftsführer möglichst zurückhaltend verhält und versucht, jegliches Risiko auszuschließen bzw. zu umgehen. Dies hat zur Folge, dass er die Entwicklung des Unternehmens gefährdet. Hieraus könnte ihm wiederum im Umkehrschluss ein Versagensvorwurf gemacht werden. Es wird deutlich, dass die unternehmerische Freiheit des Geschäftsführers nur dann sichergestellt werden kann, wenn in Bezug auf die Bewertung seiner unternehmerischen Entscheidungen haftungs- und kündigungsrechtlich eine Einheit besteht.

Die kündigende Gesellschaft kann sich letztlich in dem Fall, in dem ein wichtiger Grund mangels Pflichtverletzung nicht vorliegt, nur durch Ausspruch einer ordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages vom Geschäftsführer lösen.

4. Teil: Die rufschädigende Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages

I. Reaktionsmöglichkeiten des Geschäftsführers auf eine unberechtigt ausgesprochene Kündigung des Anstellungsvertrages

1. Vorbemerkung

Die Untersuchung hat bereits aufgezeigt, dass dem Ermessensspielraum des Geschäftsführers nur ein unzureichender Schutz vor der Beendigung der Organstellung und des Anstellungsvertrages gegenübersteht.

Die fehlende Einheit zwischen dem haftungsrechtlichen Handlungsfreiraum und dem kündigungsrechtlichem Sanktionismus führt zu einer in sich widerspruchsvollen Einbettung des Geschäftsführers in das Zivil- und Gesellschaftsrecht. Zum einen bestehen bis heute keine ausreichenden Kündigungsschranken, an denen eine **außerordentliche Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Fehlentscheidung** gemessen werden kann. Zum anderen besteht kein dem KSchG entsprechender nachträglicher Überprüfungsmechanismus zur nachträglichen Rechtmäßigkeitskontrolle einer ausgesprochenen Kündigung. Dabei kann es durchaus unternehmerische Fehlentscheidungen geben, die dem Geschäftsführer zuzurechnen sind und damit die Kündigung des Anstellungsvertrages rechtfertigen.

In der Realität ziehen Unternehmen bei einem unternehmerischen Fehlschlag es vor, das Leitungsorgan an den Pranger zu stellen, „Schuld“ zu personifizieren, die negative Aufmerksamkeit auf das Leitungsorgan zu lenken und von der Gesellschaft an sich abzulenken. Das Eigeninteresse des Geschäftsführers am Erhalt seiner Position wird in diesem Zusammenhang nicht als wichtig eingeschätzt.

Den unzureichenden materiellen Kündigungsschranken für den Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung kann durch eine geschäftsführerfreundliche Auslegung der Normen des §§ 620 ff. BGB begegnet werden. **Bei der außerordentlichen Kündigung** aus Anlass unternehmerischer Fehlentscheidungen **sollte zusätzlich die Business Judgement Rule als materielle Kündigungsschranke** herangezogen werden.

Nicht beantwortet wurde die Frage, wie der Geschäftsführer auf eine erkennbar unberechtigt ausgesprochene Kündigung trotz des Fehlens eines dem KSchG entsprechenden Kündigungsschutzes reagieren kann. Die heute für das Arbeitsrecht geltenden Kündigungsschutzbestimmungen des KSchG schränken die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ein. Denn eine ordentliche Kündigung führt im Anwendungsbereich des KSchG grundsätzlich nur dann zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn - unter Einhaltung der für Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsfristen des § 622 BGB, die in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Gründe - betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Kündigungsgründe vorliegen.[520] In diesen Fällen bedarf es zur Entscheidung über die soziale Rechtfertigung der Kündigung einer alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenabwägung, die der Richter im Kündigungsschutzprozess im gesetzlich vorgegebenen Rahmen beachten muss.[521] Dabei sind die zentralen Prinzipien, die für alle Kündigungsgründe gelten, das Ultima-Ratio-Prinzip, das Prognoseprinzip und das Prinzip der Interessenabwägung.[522] Die Nichtanwendbarkeit des KSchG auf den Geschäftsführer führt am Beispiel der ordentlichen Kündigung dazu, dass ihm ohne Grund, ohne Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB[523] und ohne Beachtung der zuvor genannten arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien gekündigt werden kann. Auch im Vergleich zum leitenden Angestellten ist der GmbH-Geschäftsführer hier schlechter gestellt. Der leitende Angestellte ist, bis auf die Besonderheit, dass er im Falle einer Kündigung keinen Einspruch beim Betriebsrat gem. § 3 KSchG einlegen kann, in den Kündigungsschutz des KSchG nach § 14 Abs. 2 KSchG einbezogen.[524]

Erforderlich ist, einen alternativen Kündigungsschutz fruchtbar zu machen. Nachfolgend wird ein solcher alternativer Kündigungsschutz untersucht. Hierbei wird erneut zwischen der **ordentlichen und außerordentlichen Kündigung differenziert**. Im Rahmen des alternativen Kündigungsschutzes für eine außerordentliche Kündigung werden die zuvor vorgeschlagenen, aus der

[520] *Vossen*, in APS Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 1, 61.
[521] *Vossen*, in APS Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 61, 65.
[522] *Vossen*, in APS Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 62.
[523] Siehe hierzu 2. Teil, II. 3.3.1, 3.3.2.
[524] Siehe hierzu 2. Teil, I. 4.

Business Judgement Rule fließenden alternativen Kündigungsschranken berücksichtigt und damit verknüpft.

2. Der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

Die Kündigungsfreiheit des kündigenden Dienst- bzw. Arbeitgebers wird als Ausfluss der Vertragsfreiheit von den Art. 2 Abs. 1 GG und 12 Abs.1 GG geschützt. Dieser Kündigungsfreiheit steht die aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Schutzpflicht des Staates gegenüber, die den Gesetzgeber und hilfsweise die rechtsprechende Gewalt verpflichtet, auf gravierende Ungleichgewichte zwischen Dienst- bzw. Arbeitnehmer und Dienst- bzw. Arbeitgeber zu reagieren.[525] Im *Warteschleifen*-Urteil[526] von 1991, entschied das BVerfG, dass das Grundgesetz über Art. 12 GG einen Mindeststandard an Kündigungsschutz gewährleistet. Gegenstand des Urteils war die Regelung im Einigungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 31.08.1990, wonach Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten im öffentlichen Dienst der DDR unter bestimmten Voraussetzungen ruhen und beendet werden konnten. Das Gericht erteilte dabei zugleich den Hinweis, dass die damals geltenden Kündigungsschutzvorschriften der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht ausreichend Rechnung tragen, betonte aber, dass die aus Art. 12 Abs. 1 GG fließende Freiheit auf freie Berufswahl nicht nur die Entscheidung für eine bestimmte Beschäftigung, sondern auch die Fortsetzung und Beendigung eines Berufs umfasse.[527]

Somit drängt sich die Frage auf, ob auch die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses an grundrechtlichen Werten und Inhalten gemessen werden muss. Die Frage des Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist nicht neu. Dieses Thema wurde von der Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur bereits in der Vergangenheit kontrovers behandelt.

In der Literatur[528] ist die Aussage anzutreffen, dass über eine allgemeine Grundrechtsabwägung **nicht** ein de facto bestehender Kündigungsschutz

[525] BVerfG NJW 1994, 36; BVerfG NZA 1990, 389; *Hanau*, in: FS Dieterich, 201, 205.
[526] BVErfGE 84, 133 = BVerfG NJW 1991, 1667 *(Warteschleife)*.
[527] BVerG NJW 1991, 1667, 1668.
[528] *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 58 Rn. 2680.

konstruiert werden darf, den der Gesetzgeber ausdrücklich nicht wollte.[529] Beim Kündigungsschutzgesetz handele es sich nämlich um konkretisiertes Verfassungsrecht,[530] sodass bei den vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Fallgruppen ein darüber hinaus gehender Kündigungsschutz nicht erforderlich sei. Dagegen argumentierte *Oetker,*[531] dass diese im Kern zutreffende Aussage nicht darüber hinwegtäuschen dürfe, dass die wertsetzende Bedeutung der Grundrechtsordnung nicht zur Disposition des einfachen Gesetzes stehe und daher ein grundrechtlich gefordertes Ergebnis nicht mit dem Hinweis auf eine einfachrechtlich getroffene Abgrenzungsentscheidung abgewehrt werden dürfe. Meines Erachtens ist *Preis* zuzugestehen, dass eine nach dem KSchG rechtmäßige Kündigung nicht durch eine nachträgliche Überprüfung durch die Grundrechte für rechtswidrig erklärt werden darf. Dort, wo der Gesetzgeber eine klare Interessenbewertung getroffen hat, ist kein Raum für eine isolierte Interessenabwägung durch die Rechtsprechung.[532]

Ist aber der Grundkonflikt zwischen Dienst- bzw. Arbeitgeber und Beschäftigten durch den völligen Verzicht auf materielle Kündigungsbeschränkungen gar nicht oder nur gering durch einen gesetzgeberischen Interessenausgleich gelöst, tritt die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte stärker in den Vordergrund.[533]

In der Literatur[534] und der Rechtsprechung[535] ist inzwischen anerkannt, dass die Grundrechtsnormen *„nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern zugleich eine objektive Wertordnung verkörpern, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben.“*[536] Mit dieser Aussage setzte das BVerfG einen eindeutigen Anstoß für

---

[529] Vgl. *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 58 Rn. 2680.
[530] *Preis*, in: Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, § 13 Rn. 198.
[531] *Oetker*, AuR 1997, 41, 48.
[532] *Preis*, NZA 1997, 1256, 1258.
[533] Hierzu aber auch *Preis*, NZA 1997, 1256, 1258.
[534] *Dreier*, in: GG, Bd. I., Vorb. Art. 1 Rn. 82; *Münch, v./Kunig,* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Art. 1-19 Rn. 17; *Sachs*, in: Grundgesetz, Vor. Art. 1 Rn. 66; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG. Bd. 1, Art. 1 Rn. 159, 167, *Fabisch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 66
[535] BVerfGE 42, 133 *(Wahlwerbung*); BVerfGE 34, 269 *(Soraya)*; BVerfGE 32, 311 *(Grabsteinwerbung)*; BVerfGE 30, 173 *(Mephisto)*; BVerfGE 7, 198, 207 *(Lüth);* BGHZ 50, 133; BGHZ 39, 124; BGHZ 38, 317; BGHZ 33, 145.
[536] BVerfGE 7, 198, 207 *(Lüth).*

die Diskussion um die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Das „*Lüth"*-Urteil[537] des Bundesverfassungsgerichts vom 15.01.1958 gilt hierbei als Meilenstein in der Grundrechtsdogmatik der mittelbaren Drittwirkung. Es beschäftigt sich mit dem Hamburger Senatsdirektor und Leiter des Presseamtes *Erich Lüth,* der mittels offenen Briefes zum Boykott des Films „*Unsterbliche Geliebte"* von *Veit Harlan* aufgerufen hatte. Hintergrund des Aufrufs war der Umstand, dass *Veit Harlan* in der Zeit des Nationalsozialismus Regisseur des antisemitischen Propagandafilms *„Jud Süß"* war und daher am wenigsten geeignet sei, den im Nationalsozialismus eingebüßten moralischen Ruf des deutschen Films wiederherzustellen. Das BVerfG nahm in seiner Urteilsbegründung an, dass Grundrechte auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten Beachtung finden müssen und von den Gerichten über die einfachgesetzlichen Einbruchstellen, insbesondere die zivilrechtlichen Generalklauseln, zu gewährleisten sind.[538] Die Grundrechte haben daher auch heute noch, trotz der Existenz des KSchG im Kündigungsrecht, eine hervorragende Bedeutung.[539]
Eine ausgesprochene Kündigung ist auf erhebliche Grundrechtsverstöße hin zu prüfen, wenn der Gesetzgeber keine einfachrechtlich konkretisierte Grundrechtsabwägung vorgenommen hat,[540] wie dies bei der nicht dem Schutzbereich des KSchG unterliegenden und an keinen Sachgrund gebundenen ordentlichen Kündigung der Fall ist.

Einigkeit besteht inzwischen darüber, dass die Grundrechte durch Anwendung **kündigungsrechtlicher Generalklauseln**,[541] insbesondere die **Abwägungsnorm des § 626 Abs. 1 BGB**, zur Geltung gebracht werden dürfen und müssen.[542] Eine solche Norm **fehlt gerade bei der ordentlichen Kündigung**. Im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung und den § 626 Abs. 1 BGB findet hier **keine Berücksichtigung der Interessen und Grundrechtspositionen des Gekündigten** statt. Bei einer nicht vom KSchG erfassten ordentlichen Kündigung sollen folglich Grundrechtsverstöße über eine

[537] BVerfGE 7, 198 f. *(Lüth).*
[538] BVerfGE 7, 198, 205 *(Lüth).*
[539] *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 58 Rn. 2676.
[540] *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 58 Rn. 2680.
[541] Die früher vom BAG vertretene unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ist abzulehnen.
[542] *Preis*, in: Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, § 13 Rn. 198.

Interpretation der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB gemessen werden und ggf. zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.[543]

Der hier zu untersuchende Fall der Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers aus Anlass einer unternehmerischen Ermessensentscheidung zeigt gerade, dass diese Problematik des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG auch heute noch in Einzelfällen seine Aktualität nicht verloren hat. Provokant formuliert, ist der Geschäftsführer der Kündigungswillkür der Gesellschaft ausgeliefert[544]. Dieser Kündigungswillkür steht ausschließlich die Einhaltung bestimmter Kündigungsfristen gegenüber, bei denen es sich lediglich um formale Kriterien handelt, die durch Verschieben des Beendigungszeitpunktes nach hinten einen Zeitschutz,[545] aber keinen Kündigungsschutz im eigentlichen Sinne gewähren, der darin liegt, dass eine Kündigung unmittelbar begrenzt und eingeschränkt wird.[546] Hierin besteht eine gesetzliche Lücke, die nicht zu rechtfertigen ist. Denn wären lediglich formale Schranken zu beachten, gälte der Grundsatz der „wertfreien Kündigung".[547]

3. Der Grundrechtseinfluss bei der außerordentlichen Kündigung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB

Im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB fordert der Gesetzgeber den Kündigenden bei einer außerordentlichen Kündigung ausdrücklich dazu auf, eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen. Bei der vorzunehmenden Güter- und Interessenwahrnehmung spielen aufseiten des Gekündigten Umstände, wie die Bedeutung des betroffenen Interesses, die Kündigungsfolgen und sein vorausgegangenes Verhalten eine Rolle. Aufseiten des Kündigenden werden insbesondere der Zweck und das Motiv, das mit der Kündigung verfolgt wird, berücksichtigt.[548]

---

[543] Vgl. grundlegend BVerfG NZA 1998, 470, 472; im Folgenden siehe auch BAG NZA 2001, 1071; zum Ganzen *Oetker,* AuR 1997, 41 ff.; *Preis,* NZA 1997, 1256, 1264; *Wank*, in: FS Hanau, 295; *Otto*, in: FS Wiese, 353; *Hanau*, in: FS Dieterich, 201, 203, 209; *Löwisch*, BB 1997, 782, 784 f; *Gragert*, NZA 2000, 961, 968; *Urban*, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 108 f; *Bengsch*, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 122 ff;

[544] Vgl. *Oetker*, AuR 1997, 41.

[545] *Schrank*, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung, 171 f [zum österreichischen Recht].

[546] *Oetker*, AuR 1997, 41.

[547] *Dietz*, NJW 1951, 941; *Preis*, NZA 1997, 1256, 1258.

[548] *Witzleb*, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 16.

Verstöße gegen grundrechtliche Wertungen werden bei der außerordentlichen Kündigung im Rahmen der Kündigungsgründe nach § 626 Abs. 1 BGB sanktioniert, sodass ein Rückgriff auf den § 242 BGB allein obsolet ist. Die widerstreitenden Interessen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft können ausreichend im Rahmen der Interessenabwägung[549] des § 626 Abs. 1 BGB überprüft werden.

3.1. Der Einfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB

Festgestellt wurde, dass der Gesetzgeber zur Sicherung der grundrechtlichen Interessen des zu Kündigenden bei der außerordentlichen Kündigung das Instrument der Interessenwahrnehmung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB vorgesehen hat. Inwieweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Abwägung nach § 626 Abs. 1 BGB Berücksichtigung finden muss und ob seine etwaige Verletzung zur Rechtswidrigkeit der Kündigung führen kann, wird nachfolgend überprüft.

3.2. Rechtswidrigkeit einer außerordentlichen Kündigung aufgrund unzureichender Berücksichtigung der Interessen des Geschäftsführers im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB

Eine Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB erfolgt nur, sofern dem Geschäftsführer eine unternehmerische Fehlentscheidung nachgewiesen werden kann, die zuvor anhand der entwickelten Kündigungsschranken aus der Business Judgement Rule überprüft wurde. Das Ergebnis dieser Untersuchung muss die Zurechenbarkeit der unternehmerischen Fehlentscheidung an den Geschäftsführer beweisen. Die Prüfung anhand der aus der Business Judgement Rule entwickelten materiellen Kündigungsvoraussetzungen ist ein unabdingbarer Schritt, der vor der vorzunehmenden Interessenabwägung stattfinden muss. Eine Interessenabwägung im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB, die aus Anlass einer unternehmerischen Fehlentscheidung erfolgt, die nach den entwickelten Kündigungsschranken **kündigungsrechtlich keine Fehlentscheidung** darstellt, ist eine Interessenabwägung im luftleeren Raum

[549] Hierzu siehe ausführlich 2. Teil, II. 5.6. und auch 5.7.3.2.

und rechtlich sinnlos.[550] Die außerordentliche Kündigung ist bereits wegen des Fehlens eines wichtigen Kündigungsgrundes rechtswidrig.

Hingegen birgt eine erwiesenermaßen dem Geschäftsführer zurechenbare unternehmerische Fehlentscheidung, die zu einer Kündigung des Anstellungsvertrages führte und ohne Vornahme einer **hinreichenden** Interessenabwägung erfolgte, die Gefahr in sich, die Interessen des Geschäftsführers zu verletzen und eine rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung zu begründen.
Die Gefahr der im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung liegt darin, dass durch die Abwägung der widerstreitenden Interessen zu einer praktischen Relativierung, bis hin zu einer Auflösung des Persönlichkeitsschutzes, erfolgen kann. Im Allgemeinen kommt es bei der Beurteilung des Persönlichkeitsschutzes auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an. Im Rahmen der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB wird das Interesse des kündigenden Dienstgebers am Erhalt der Integrität seines Wirtschaftsbetriebs in der Regel aber höher wiegen als das Interesse des Dienstverpflichteten am Erhalt seiner Tätigkeit und am Schutz seines Rufs, der durch ihn als Berufsträger geprägt wird und durch den er wiederum geprägt wird. Die vorgenommene Interessenabwägung läuft in der Praxis für das unterliegende Interesse, hier den Ruf des Dienstverpflichteten, ins Leere. Schwerer wiegt dies im Rahmen des § 38 Abs. 1 GmbHG. Eine Interessenabwägung soll nach dieser Norm gar nicht stattfinden. Dies bedeutet jedenfalls die vollständige Aufhebung des Persönlichkeitsschutzes des GmbH-Geschäftsführers im GmbH-Recht.

Indes kann nicht von der Gesellschaft verlangt werden, dass diese sich zur Hüterin der Geschäftsführerinteressen erklärt. Es sollte lediglich vor Augen geführt werden, dass die unzureichende Berücksichtigung der Geschäftsführerinteressen im Rahmen der Interessenabwägung zu einem Abwägungsmangel führen kann. Der Geschäftsführer könnte sich auf den Standpunkt stellen, sein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht fließender Ruf als Geschäftsführer wurde nur unzureichend oder gar nicht berücksichtigt. Der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung stelle für ihn daher eine

[550] Siehe hierzu 3. Teil, III.

rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung dar, die ihn zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der kündigenden Gesellschaft berechtige.

Die Annahme, der Geschäftsführer habe eine unternehmerische Entscheidung getroffen, die nicht den beabsichtigten Erfolg herbeiführte und ihm deswegen aufgrund geschäftlichen Versagens außerordentlich gekündigt wird, lässt sich einfach treffen. Vor allem die aufgezeigten Schwierigkeiten, ex ante den Erfolg oder Misserfolg der Ermessensentscheidung vorherzusehen, lassen die im Anschluss an die Ermessensentscheidung ausgesprochene Kündigung als willkürlich erscheinen. Umso wichtiger ist es, in Anbetracht dieser immanenten Gefahr, die persönlichen Interessen des Geschäftsführers stärker in den Vordergrund zu stellen, um nicht nachträglich dem aufgezeigten Vorwurf einer willkürlichen Kündigung ausgesetzt zu werden.

4. Zwischenfazit

Anknüpfungspunkt für eine gerechte Interessenabwägung ist im Fall der außerordentlichen Kündigung aufgrund einer erfolglos gebliebenen unternehmerischen Entscheidung, die gerade **wegen der aufgezeigten Parameter** eine von der kündigenden Gesellschaft gewollte Risikoentscheidung ist, die richtige Gewichtung der widerstreitenden Interessen. Den persönlichen Interessen des Geschäftsführers muss in der Abwägungsentscheidung über den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung aus Anlass einer getroffenen unternehmerischen Entscheidung ein höheres Gewicht beigemessen werden als dem Rahmen solcher Entscheidungen, denen ein anderer Kündigungssachverhalt zugrunde liegt.

5. Die Notwendigkeit der Überprüfung einer ordentlichen Kündigung anhand der Generalklausel des § 242 BGB

5.1. Vorbemerkung

Der Gesellschaft steht natürlich nicht nur das Instrument der außerordentlichen Kündigung zur Verfügung. Ihr steht frei, dem Geschäftsführer ordentlich im Rahmen der vertraglich vereinbarten oder der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 621 BGB zu kündigen.

Auch kann die rechtswidrige außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden.
Liegen also die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB **nicht** vor und stellt sich heraus, dass dem Geschäftsführer keine unternehmerische Fehlentscheidung angelastet werden kann, verbleibt der Gesellschaft dennoch der Weg über die ordentliche Kündigung. Diese ist grundlos möglich. Ob die ordentliche Kündigung aber im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung des Geschäftsführers „aus welchen Erwägungen sie auch immer beruhen mag“ „hingenommen werden muss“, um es mit den Worten des BGH[551] zu sagen, wird nachfolgend untersucht.

5.2. Die Überprüfung der ordentlichen Kündigung anhand der Generalklausel des § 242 BGB

Vor Inkrafttreten des KSchG dienten die §§ 138, 242 BGB als allgemeiner Kündigungsschutz.[552] Mit der gesetzgeberischen Entscheidung zur Einführung des KSchG im Jahre 1951 manifestierte sich der grundsätzliche gesetzgeberische Wille außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG, nicht über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB einen weiteren Kündigungsschutz zu konstruieren.[553]

Das BAG vertrat in seinem Grundsatzurteil[554] vom 14.05.1964 die Ansicht, dass Verstöße gegen Treu und Glauben, die bereits im Rahmen von § 1 KSchG zu würdigen, nicht zusätzlich am Maßstab des § 242 BGB zu messen sind. Dies

---

[551] BGH NZG 2004, 90, 91.
[552] *Preis*, in: APS Kündigungsrecht, Grundlagen J. Rn. 30.
[553] *Preis*, ebenda.
[554] BAG NJW 1964, 1543.

beruhe darauf, dass das KSchG den Grundsatz von Treu und Glauben für seinen Geltungsbereich abschließend konkretisiert habe.
Dies zwingt jedoch nicht zu dem Umkehrschluss, dass eine ordentliche Kündigung außerhalb des KSchG „grundlos“ erfolgen darf. Daher erkannte das BAG in seiner weiteren Entwicklung im Urteil vom 08.06.1972,[555] dass sich gerade der Anwendungsbereich des KSchG und die unzulässige Rechtsausübung nicht decken, sodass neben dem KSchG auch der Grundsatz von Treu und Glauben in bestimmten Fällen seine Wirksamkeit entfalten kann. Der Ausspruch einer Kündigung ist somit in bestimmten Ausnahmefällen, die nicht schon im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigen sind, und in Fällen der Nichtanwendbarkeit des KSchG weiter an den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB gebunden, der von Amts wegen zu beachten ist.

Zur letztgenannten Fallgruppe gehört wegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG der Geschäftsführer einer GmbH. Bei der ordentlichen Kündigung, die sachgrundlos erfolgen kann, ist eine Berücksichtigung von Interessen und grundrechtlich geschützten Positionen des zu Kündigenden wie in § 626 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen. Die ausgesprochene Kündigung unterliegt daher mangels Anwendung des KSchG keinen weiteren Überprüfungskriterien als dem durch die formellen Voraussetzungen der §§ 622 ff. BGB gesteckten Überprüfungsrahmen. Das Erfordernis eines Mindestüberprüfungsrahmens durch die zivilrechtlichen Generalklauseln, die wegen ihrer Elastizität in der Lage sind, den grundrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen, drängt sich in einem Rechtsstaat auf.

5.3. Inhalt des „Kündigungsschutzes“ in § 242 BGB

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG müssen Treueverstöße des Kündigenden, soweit diese nicht die Frage betreffen, inwieweit der Kündigende bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung auf den Erhalt des Beschäftigungsplatzes des zu Kündigenden Rücksicht nehmen muss,[556] sondern sich aus anderen besonderen Gründen und Anlässen ergeben, in bestimmten

[555] BAG NJW 1972, 1878, 1879; BAG AP KSchG 1969 §13 Nr. 1, m. Anm. *Schleßmann*.

[556] Diese Frage wurde bereits abschließend durch das KSchG geregelt und soll nur für die dem Schutzbereich dieses Gesetzes unterworfenen Personengruppen Beachtung finden.

Fällen eine Überprüfung nach allgemeinen Maßstäben des § 242 BGB über sich ergehen lassen.[557] Während *Preis*[558] die Ansicht vertritt, dass der Abgrenzung des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes die eindeutige gesetzliche Bewertung zu entnehmen ist, dass dem Kündigenden keinen materiellen Begründungserfordernissen unterworfen sein sollte, er mithin die „willkürliche" Kündigung als vom gesetzgeberischen Willen getragen sieht, vertritt *Oetker*[559] die Meinung, dass der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ohne Anbindung an sachbezogene und anerkennenswerte Gründe, die mit dem Beschäftigungsverhältnis in Zusammenhang stehen, der grundrechtlichen Schutzpflicht, die das Bundesverfassungsgericht aus Art. 12 Abs. 1 GG hergeleitet hat, widerspricht. Diesen Gedanken führte *Oetker* weiter aus und konkretisierte den Maßstab des § 242 BGB für den Fall der ordentlichen Kündigung durch Rückgriff auf die in § 1 Abs. 2 KSchG genannte Trias der Kündigungsgründe.[560] *Wank*[561] fordert eine abgeschwächte Inhaltskontrolle dahingehend, „ob ansatzweise personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe für eine Kündigung" gegeben sind. *Lakies*[562] verlangt in Anlehnung hierauf „eine Plausibilitätskontrolle hinsichtlich der vorgetragenen Kündigungsgründe."

Diese Ansichten sind zu respektieren, aber nicht zu akzeptieren. Der Maßstab, den § 242 BGB zur Überprüfung einer ordentlich ausgesprochenen Kündigung liefert, braucht nicht zwanghaft an arbeitsrechtliche Grundprinzipien gekoppelt zu sein. Die Existenzberechtigung des § 242 BGB liegt gerade darin, eine unabhängige und letzte Überprüfungskategorie auf die Vereinbarkeit von rechtlichen Ergebnissen mit höherwertigen sittlichen Werten zu sein. Der Überprüfungsmaßstab, der aus § 242 BGB folgt, muss folglich ein aus dem ursprünglichen Bedeutungsgehalt und Leistungsmaßstab des Grundsatzes von Treu und Glauben spezifischer sein.

---

[557] Vgl. BAG NJW 1960, 67, 69.
[558] *Preis*, NZA 1997, 1256, 1267.
[559] *Oetker*, AuR 1997, 41, 50, 51.
[560] *Oetker*, AuR 1997, 41, 52.
[561] *Wank,* in: MHdB ArbR, § 110 Rn. 33; *ders.,* ZIP 1986, 206, 210.
[562] *Lakies*, DB 1997, 1078, 1082.

Das BAG drückte in einem Grundsatzurteil,[563] dessen zugrunde liegender Sachverhalt die anlasslose Kündigung eines zum 01.11.1955 angetretenen Arbeitsverhältnisses einer Verkäuferin mit Schreiben vom 15.11.1955 und mit Wirkung zum 31.12.1955 ist, den Leistungsmaßstab des § 242 BGB und dessen Anwendbarkeit außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG wie folgt aus:

„Diese allumfassende Rechtsvorschrift stellt jede Rechtsausübung unter die Grenzen von Treu und Glauben und damit unter den Gedanken eines sittlichen Rechts. Ihr Anwendungsbereich ist vielgestaltig und nahezu unübersehbar, ihre Spannweite sehr groß; auf der einen Seite ihres Wirkungsbereichs ist sie eine letzte Sicherheitsvorschrift dort, wo formales Recht zum sittlichen Unrecht wird und wo allgemeine sittliche Vorstellungen und höherwertigere schützenswerte Interessen es gebieten, der Rechtsausübung des einzelnen aus ethischer Sicht oder aus übergeordneten Gesichtspunkten oder schlechthin aus Gründen der Vernunft Schranken zu setzen, deren Überschreitung nicht mehr Rechtens ist. […] Ihrem Wirkungskreis ist auch die Frage unterworfen, inwieweit Kündigungen gegen Treu und Glauben verstoßen […].“

Daraus folgt, dass eine Kündigung, deren Rechtmäßigkeit an § 242 BGB gemessen wird, an den ursprünglichen, aus diesem Gedanken resultierenden Sittlichkeitskategorien zu messen sein muss. Eine ordentliche Kündigung ist rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam, wenn sie mit den allgemeinen, aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und aus der Fürsorgepflicht zu entnehmenden Anforderungen unvereinbar ist.[564] Der Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben ergreift die Kündigung dann direkt in ihrem Bestand.[565]

5.4. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen „Treu und Glauben“

Die Wurzel des Grundsatzes „Treu und Glauben“ liegt im Römischen Recht und hat die gesamte westliche Rechtstradition geprägt.[566] Dessen Bausteine *fides*

[563] BAG NJW 1960, 67, 69.
[564] BAG NJW 1961, 1085, 1086.
[565] BAG NJW 1961, 1085, 1086.
[566] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242, Rn. 6, 7.

(bona fides), die Erwartung normgerechten Verhaltens, folglich die Einhaltung eines Versprechens,[567] das entsprechende Vertrauen des Adressaten darauf und der objektive Maßstab zur Bewertung von Rechtsverhältnissen *aequitas*, der für die Feststellung herangezogen wurde, dass eine rechtliche Entscheidung so und nicht anders lauten durfte, wurden in unserer heutigen Tradition aufgegriffen.
§ 242 BGB ist indes eine Norm, die in ihrer Entwicklung nicht bei den Grundsätzen des römischen Rechts stehengeblieben ist, deren Grundaussagen aber trotz Schwankungen unangreifbar erscheinen und ein unentbehrliches Instrument zur „gerechten" Einzelfallentscheidung bilden.[568] Letztendlich liegt der Zweck des § 242 BGB darin, die Verhaltensanforderungen innerhalb von Schuldverhältnissen gegenüber solchen Verhaltensanforderungen abzugrenzen, die gegenüber jedermann bestehen.[569] Die gesteigerte Pflichtbindung, die das Gebot von Treu und Glauben beinhaltet, wird nicht schlechthin gegenüber jedermann ausgelöst, sondern setzt eine besondere Verbindung, sei es eine „speziell herausgehobene Interessenverknüpfung", sei es ein „qualifizierter" sozialer Kontakt, voraus.[570] Aus der systematischen Stellung des § 242 BGB im allgemeinen Schuldrecht folgt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben nur innerhalb von rechtlichen Sonderverbindungen zur Anwendung kommt. Diese Voraussetzung ist weit auszulegen, sodass eine besondere rechtliche Beziehung genügt. Neben dem Hauptanwendungsfall der vertraglichen Schuldverhältnisse werden auch gesetzliche Schuldverhältnisse, wie z.B. aus unerlaubter Handlung erfasst.[571]

Die Norm des § 242 BGB enthält keinen Rechtssatz, unter den unmittelbar subsumiert werden kann.[572] Als Generalklausel bedarf sie vielmehr der Konkretisierung, die grundsätzlich der Rechtsprechung obliegt. Diese ist jedoch bei der Ausfüllung des Prinzips von Treu und Glauben nicht frei, sondern muss diese Norm nach den Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung

[567] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242, Rn. 8.
[568] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 101.
[569] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 128; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, 67 f, m.w.N.
[570] *Sutschet,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 242 Rn. 14.
[571] *Sutschet,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 242 Rn. 14; BGH NJW 1986, 1244, 1245.
[572] *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 BGB, Rn. 10.

ausfüllen,[573] die durch die fundamentalen Begriffe der Norm „Treu“ und „Glauben“ beherrscht werden.

Der unbestimmte Rechtsbegriff „Treue“ betrifft eine „innere und äußere“ Haltung[574] gegenüber dem Vertragspartner, der durch Loyalität, Wohlverhalten, Verlässlichkeit, Zuverlässigkeit,[575] Aufrichtigkeit[576], Rücksichtnahme[577] und Gewissenhaftigkeit geprägt ist.[578] Unbeschadet der Gefahr einer schematischen Subsumtion,[579] sollten diese Schlüsselbegriffe zumindest einen Ausgangs- und Orientierungspunkt für die Argumentation im Einzelfall bilden.[580]

Misst man nun den Sachverhalt der Kündigung des Geschäftsführers aus Anlass einer getroffenen Ermessensentscheidung, die zuvor von der kündigenden Gesellschaft und ihrer Unternehmenspolitik initiiert[581] worden ist, an den Schlüsselbegriffen „Treu und Glauben“, so legt dies den Rückschluss auf ein Verhalten nahe, das gegen die ursprünglichsten Prinzipien des besagten Grundsatzes verstößt. Der Geschäftsführer, der geradezu angehalten wird, unternehmerische operative Risiken einzugehen, darf auf eine loyale Haltung der Gesellschaft und zumindest darauf vertrauen, dass diese gerade wegen eines solchen gebilligten, sogar gewollten Risikos keine Kündigung aussprechen und bei Vorliegen eines befristeten Anstellungsvertrages dessen Auslaufen abwarten wird. Bei unbefristeten Verträgen darf die generelle Kündigungsfreiheit der Gesellschaft indes nicht eingeschränkt werden, doch der Geschäftsführer darf zumindest darauf vertrauen, dass ihm nicht im unmittelbaren zeitlichen Kontext

---

[573] *Pfeiffer,* in: jurisPK- BGB, § 242 BGB, Rn. 10.
[574] *Grüneberg*, in: Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 6; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 140.
[575] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242, Rn. 140; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 6.
[576] *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 6; *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 140.
[577] *Grüneberg,* in: Palandt, § 242 Rn. 6.
[578] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 140.
[579] Vgl. *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, § 7 Rn. 7; *Beater,* AcP (194) 1994, 82, 89; *Weber, R.*, AcP (192) 1992, 516, 517 f., 520, 563, 565; ders. Erwiderung auf *Beater* AcP (194) 1994, 90, 92; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 210.
[580] *Beater,* AcP (194) 1994, 82, 89; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 102, 109, 115.
[581] Zur Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz gegenüber der AG, trotz zuvor erklärter Einwilligung des Alleinaktionärs, in das haftungsbegründende Immobiliengeschäft Geschäft siehe BGH ZIP 2018, 1923 ff = BGH GWR 2019, 266, m. Anm. *Ritz* sowie BGH ZGR 2019, 324, m. Anm. *Goette*.

seiner Entscheidung gekündigt wird. Der Geschäftsführer soll darauf vertrauen dürfen, dass während der Umsetzungsphase der von der Gesellschaft konkret gebilligten oder von der Unternehmenspolitik getragenen und im Einklang mit der Business Judgement Rule stehenden Entscheidung eine Kündigung nicht erfolgen wird. Ihm muss die Gelegenheit eingeräumt werden, der Gesellschaft eine gegebenenfalls positive Entwicklung der Maßnahme und somit sein richtiges Handeln nachweisen zu können. Indes ist zuzugestehen, dass das Gesetz durch das Prinzip der Kündigungsfreiheit dem Kündigenden einen Freiraum zugesteht. Die Kündigungsfreiheit deckt aber nicht solche Tatbestände ab, in denen der Kündigende dem Kündigenden einen Nachteil zufügt, der über den Verlust des Beschäftigungsverhältnisses hinausgeht.[582] Die Kündigung eines Beschäftigungsverhältnisses zeitigt gewiss den Verlust der Einnahmequelle für die Bestreitung des Lebensunterhalts. Eine Kündigung bedeutet aber auch den Verlust eines sich erarbeiteten beruflichen Status, der nicht aus willkürlichen Gründen tangiert werden darf.[583]

Zur Feststellung ob dieser Sachverhalt gegen § 242 BGB verstößt, ist es notwendig, diesen einer aus dem Prinzip von „Treu und Glauben“ folgenden Fallgruppe unterzuordnen.

5.5. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung wegen Verstoßes gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs

Auf den ersten Blick lässt die Formulierung „Rechtsmissbrauch“ vermuten, dass diese Fallgruppe nur dann eingreift, wenn ein Recht zum Zwecke der Schädigung der Gegenpartei bewusst zweckentfremdet wird. Auf den Fall bezogen müsste der kündigenden Gesellschaft eine Schädigungsabsicht unterstellt und nachgewiesen werden, was in der Praxis kaum möglich sein wird. Tatsächlich ist diese Fallgruppe auch dann einschlägig, wenn die Ausübung eines Rechts aus anderen Gründen das Gebot von Treu und Glauben verletzt.[584] Für das Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbots und der aus ihn abgeleiteten Fallgruppen, zu der insbesondere die des *venire contra factum proprium* zählt,

[582] BAG NJW 1961, 1085, 1086.
[583] Hierzu siehe 4. Teil, III.
[584] *Schulze*, in: HK-BGB, § 242 Rn. 21; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § 242 Rn. 32 ff., *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 216.

ist es zunächst erforderlich, eine möglichst präzise Einordnung dieser Prinzipien unter die übergeordneten Rechtsgedanken vorzunehmen.

5.5.1. Das Rechtsmissbrauchsverbot und das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln

Der Rechtsmissbrauch ist eine besondere Ausprägung treuwidrigen Verhaltens und eine Fallgruppe innerhalb des § 242 BGB und des Gebots, nach Treu und Glauben Pflichten zu erfüllen. Im Grundsatz wird einer Vertragspartei im konkreten Fall ein Rechtsvorteil oder die Ausübung eines ihr zustehenden Rechts verweigert, das aus bestimmten Umständen bzw. den an sie anknüpfenden Rechtsnormen resultieren müsste.[585]

Wenn Recht daher mit Recht im Recht kollidiert, muss es sich offenbar selbst ins Wort fallen.[586] Die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung erlaubt daher, jede atypische Interessenlage zu berücksichtigen, die ein Abweichen von dem „an sich" geltenden Recht in den Rechtsfolgen erforderlich erscheinen lässt. Das Gebot von „Treu und Glauben" führt somit dazu, dass zusätzliche Tatbestandsmerkmale in die konkrete Rechtsanwendung eingeführt werden, die im Tatbestand der einschlägigen Rechtsnormen nicht enthalten sind.[587]

Um eine korrekte Einordnung des Verhaltens der kündigenden Gesellschaft unter das Rechtsmissbrauchsverbot vorzunehmen, müssen zunächst die beiden Erscheinungsformen des Rechtsmissbrauchs unterschieden werden. Differenziert wird zwischen dem individuellen und dem institutionellen Rechtsmissbrauch.

5.5.1.1. Individueller Rechtsmissbrauch

Beim individuellen Rechtsmissbrauch verstößt die Rechtsausübung nach einer vorgenommenen Abwägung im Einzelfall gegen Treu und Glauben.[588]

Hierbei verletzt der Gläubiger, obwohl er sich in der Regel im Rahmen des Norm- oder Institutszwecks bewegt, die Interessen des Schuldners aus in seiner

---

[585] *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242, Rn. 203.
[586] *Guski*, AcP (218) 2018, 630.
[587] *Schubert,* in: MüKoBGB, § 242 Rn. 206.
[588] Vgl. *Krebs*, in: NK-BGB, § 242 Rn. 67; *Heinrich*, in: FS Laufs, 585, 596; *Olzen/Looschelders,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 217.

Person liegenden Gründen. Solche sind etwa schikanöses oder arglistiges Verhalten.[589] Seinen tatsächlichen Schwerpunkt hat der individuelle Rechtsmissbrauch in einer Sonderbeziehung, weil dort ein individuelles Verhalten der Beteiligten den Partner am ehesten zu schädigen vermag und durch diese Sonderbeziehung, insbesondere aus § 242 BGB, intensivere Sorgfaltspflichten begründet werden, die ein bestimmtes Gläubigerverhalten, das gegen diese Rücksichtspflichten verstößt, eher als missbräuchlich erscheinen lassen.[590]

5.5.1.2. Institutioneller Rechtsmissbrauch

Der von *Siebert*[591] in seiner Schrift von 1934 entwickelte institutionelle Rechtsmissbrauch dient vielmehr als Innenschranke des Rechts und missbilligt die Rechtsausübung als solche.[592] Er liegt vor, wenn Normen, Rechtsinstitute oder Rechtsstellungen sinnwidrig gebraucht werden.[593] Nach der Innentheorie geht es dabei um die unterlassene Beachtung der immanenten Schranken einer Norm oder eines Rechtsinstituts und damit um die Frage, ob ein Verhalten, das sich auf eine konkrete Norm stützt, durch sie gedeckt wird.[594]

5.5.2. Paralleler Fall: Kündigung von Absatzmittlungsverträgen

Die Befürwortung einer Kündigungsschranke aus § 242 BGB vertritt *Ulmer*[595] in den Fällen der Kündigung des Absatzmittlungsvertrages eines Vertragshändlers durch den Hersteller. Bei diesen Fällen besteht eine Wertungsparallele mit dem hier untersuchten Fall. *Ulmer* befürwortet einen Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot, wenn der Kündigende sich durch die Vertragsbeendigung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setze. Die Kündigung des Herstellers sei widersprüchlich, wenn der Vertragshändler vor Ausspruch der Kündigung zu größeren Investitionen veranlasst wurde und so bei ihm die berechtigte Erwartung geweckt wurde, der Hersteller wolle am Vertrag festhalten. *Ulmer* bejaht eine Treuepflichtverletzung, wenn der Hersteller ohne

---

[589] *Raiser*, in: Summum Ius Summa Iniuria, 145, 150.
[590] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 31.
[591] *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 91 f; *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242, Rn. 211.
[592] *Schubert*, MüKoBGB, § 242, Rn. 211.
[593] *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 91, 98; *Raiser*, a.a.O., 151.
[594] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 30, m.w.N.
[595] *Ulmer*, Der Vertragshändler, 459, 460, 463.

Rücksicht auf Vermögensnachteile beim Vertragshändler willkürlich kündigt und dies in der Absicht erfolgt, den Vertragspartner zu schädigen, oder wenn wegen der Begleitumstände die Kündigung nicht mit Treu und Glauben vereinbar ist.[596] Die Entscheidung, die der Geschäftsführer tätigt, erfolgt zwar nicht auf sein eigenes, sondern auf Risiko der Gesellschaft. Sie erfolgt aber im Vertrauen auf die Billigung dieser Entscheidung und in der berechtigten Erwartung, die unternehmerische Entscheidung, die von der Unternehmenspolitik gedeckt ist, werde keine für ihn nachteiligen Konsequenzen nach sich ziehen.

5.5.3. Einordnung des Kündigungsverhaltens der Gesellschaft

Die Differenzierung zwischen den beiden Anwendungsfällen liegt darin, dass sich beim institutionellen Missbrauch der Vorwurf bereits aus Sinn und Zweck des Rechtsinstituts, beim individuellen Rechtsmissbrauch hingegen erst aus einem Verhalten des Gläubigers ergibt.[597]

Im Allgemeinen wird angenommen, dass ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Rahmen des § 242 grundsätzlich weder Vorsatz noch überhaupt ein Verschulden voraussetzt.[598] Dieser Grundsatz kann in dieser Allgemeinheit nicht stehenbleiben. Für die Bedeutung subjektiver Momente ist nämlich wiederum zwischen dem institutionellen und dem individuellen Rechtsmissbrauch zu unterscheiden. Der institutionelle Rechtsmissbrauch, bei dem die aus dem Rechtsinstitut ergebenden Rechtsfolgen deshalb zurücktreten müssen, weil sie zu einem untragbaren Ergebnis führen,[599] wird ein objektiver Abwägungsmaßstab zugrunde gelegt, während den subjektiven Verschuldensmomenten keine besondere Rolle zukommt.[600] Der an ein bestimmtes Verhalten einer Partei anknüpfende individuelle Rechtsmissbrauch führt durch ein konkret zurechenbares und zumindest fahrlässiges Verhalten zur Missbilligung des Ergebnisses.[601]

---

[596] *Ulmer*, Der Vertragshändler, 466.
[597] *Olzen/Looschelders,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 217.
[598] *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242 Rn. 214.
[599] *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 242 Rn. 40; *Heinrich*, in: FS Laufs, 585, 592, *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 217.
[600] *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242, Rn. 243, 214.
[601] *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242, Rn. 214.

Im ersten Fall bedeutet dies, dass es nicht einmal auf die billigende Inkaufnahme einer Schädigung des Geschäftsführers durch die Aussprache der Kündigung durch die Gesellschaft, geschweige denn auf eine Schädigungsabsicht ankommt. Im zweiten Fall müsste an ein subjektives Moment angeknüpft und der kündigenden Gesellschaft zumindest die billigende Inkaufnahme einer Schädigung nachgewiesen werden. Die genaue Einordnung erfordert die Differenzierung zwischen der Kündigung aus Anlass einer konkret gebilligten und einer der allgemeinen Unternehmenspolitik unterliegenden unternehmerischen Entscheidung.

5.5.3.1. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer von der Gesellschaft ***konkret*** gebilligten unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung

Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung, die nicht den gewünschten Erfolg erreichte, erscheint zunächst nicht rechtsmissbräuchlich, betrachtet man diese Handlung durch das institutionelle Rechtsmissbrauchsprisma. Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung enthält nämlich keine immanente Selbstverbotsschranke. Die grundlos erfolgende, ja sogar die willkürliche Kündigung ist (zurzeit noch) von der Rechtsordnung gewollt und gebilligt.

Auf den ersten Blick scheint dieser Kündigungssachverhalt auch durch den individuellen Rechtsmissbrauchsfokus nicht verwerflich zu sein, denn das vorhergehende Verhalten der Gesellschaft, der Ausspruch einer von der Rechtsordnung gebilligten sachgrundlosen ordentlichen Kündigung ist rechtlich nicht negativ belastet.

Der Fokus darf aber nicht nur auf die Billigung der Ermessensentscheidung durch die Gesellschaft einerseits und den Ausspruch der Kündigung andererseits gelegt werden. Den Geschäftsführer und die Gesellschaft verbindet kein herkömmlicher schuldrechtlicher Vertrag. Das sie verbindende dienstvertragliche Rechtsverhältnis ist durch eine besondere Treuebindung geprägt, bei dem die Parteien in stärkerem Maße als sonst die Interessen der

anderen Partei zu respektieren haben und für sie verantwortlich sind.[602] Diese eingangs erläuterte Sonderbeziehung, die den faktischen Schwerpunkt des individuellen Rechtsmissbrauchs ausmacht, erhebt eine grundsätzlich von der Rechtsordnung gebilligte Handlung (die ordentliche Kündigung) zu einer missbräuchlichen Wahrnehmung eines grundsätzlich dem Gläubiger zustehenden Rechts. Die Wahrnehmung des Kündigungsrechts wird in diesem Fall aufgrund der Wechselwirkung beider Momente, nämlich der Billigung der unternehmerischen Entscheidung einerseits und der daraufhin erfolgenden Kündigung andererseits, im Ergebnis zu einem individuell verwerflichen Gesamtmoment. Die zuvor erfolgte Billigung der Entscheidung korrespondiert nicht mit der anschließenden Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages aus Anlass gerade dieser Entscheidung. Die Ausübung des Kündigungsrechts muss daher verwehrt bleiben.

5.5.3.2. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung wegen Verstoßes gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung aus Anlass einer von der *allgemeinen Unternehmenspolitik* gebilligten unternehmerischen Entscheidung

Fraglich ist, ob dasselbe Ergebnis gelten muss, wenn eine bestimmte unternehmerische Entscheidung nicht konkret gebilligt wurde, aber von der allgemeinen Unternehmenspolitik getragen wird und mit den Kriterien der Business Judgement Rule im Einklang steht.

Hier hat die Unterscheidung zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch im Ergebnis keine Auswirkung, weil in beiden Fällen erst der Bezug zum Einzelfall die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs erlaubt.[603] Es muss eine Situation vorliegen, die es nach Abwägung der beiderseitigen Interessen als untragbar erscheinen lässt, das aus der Anwendung des Gesetzes folgende Resultat zu akzeptieren.[604] Es ist rechtmissbräuchlich, vom Geschäftsführer im Rahmen der allgemeinen Unternehmenspolitik zu verlangen, unternehmerische Risiken einzugehen und im Nachhinein ihm aufgrund des realisierten, aber gewollten und gebilligten Risikos zu kündigen.

---

[602] *Schreiber*, in: HK-BGB, § 611 Rn. 8, 14.
[603] *Olzen/Looschelders,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 217.
[604] *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 219.

Dieses Gesamtmoment steht auch im Widerspruch zu den vorab untersuchten Grundsätzen der Business Judgement Rule, deren Existenzgrund und ihre Rechtfertigung dem Aktienrecht entstammen. Es bestand wohl immer Einigkeit darüber, dass auch negative Entwicklungen in Unternehmen unter der Verantwortung des Vorstands als Leitungsorgan der Aktiengesellschaft auftreten können, die dennoch keine haftungsrechtliche Verantwortung auslösen sollen.[605] Auf die GmbH parallel angewendet, bedeutet dieser Grundsatz, dass der Geschäftsführer ebenso nicht für jede unerwünschte Unternehmensentwicklung haften soll, zumal das Unternehmen in einem gesamtwirtschaftlichen Umfeld steht, das er nur sehr bedingt beeinflussen kann. „Haftung" ist ungleich „Kündigung". „Haftung" bedeutet, losgelöst von den dogmatischen Definitionsversuchen in der Rechtswissenschaft, im weiteren Sinne das Einstehen-Müssen des Schuldners für einen eingetretenen Schaden und erst im engeren Sinn, das Unterworfen-Sein des Schuldnervermögens gegenüber dem Zugriff des geschädigten Gläubigers, sodass auch die Kündigung aus Anlass eines bestimmten Sachverhalts zumindest eine „Quasi-Haftung" im Sinne eines „Quasi-Einstehen-Müssens" darstellt.

Leitungsorgane sollen aber nicht von vornherein für jede bloße schadensauslösende Fehlentwicklung verantwortlich gemacht werden. Erst recht nicht, wenn sie im Einklang mit der Business Judgement Rule handelten. Dieser Grundgedanke findet sich schon im Entwurf des ersten aktienrechtlichen Reformgesetzes aus dem Jahr 1884. Darin hieß es, dass *„die Mitglieder des Vorstandes für ein missglücktes oder Schaden bringendes Geschäft (nur) einstehen (müssen), wenn sie nicht den Beweis führen, dass von ihnen die Eingehung und Abwicklung des Geschäfts selbst mit der bezeichneten Sorgfalt erfolgt ist".*[606] Vergleichbar ist die amtliche Begründung zu § 84 AktG aus dem Jahr 1937: *„Eine Haftung des Vorstands für den Erfolg seiner Geschäftsführung ohne Rücksicht auf sein Verschulden würde nur zur Folge haben, dass die Verantwortungsfreudigkeit eines Vorstandsmitglieds erheblich herabgemindert*

[605] *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands, 3.
[606] *Lutter*, ZIP 2007, 841, m.w.N. und die Nachweise bei *v. Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 645.

und ihm jeder Mut zur Tat genommen wird".[607] Der Vorstand habe eine *„Pflicht zum Vorangehen und Initiieren, eine Pflicht zum Streben und Wagen".*[608]

5.5.4. Zwischenfazit

Die Koppelung von **konkret gewollter unternehmerischer Entscheidung** oder im Rahmen der **allgemeinen Unternehmenspolitik** gebilligter unternehmerischer Entscheidung – Misserfolg – Kündigung kann in ihrer wechselwirkenden Gesamtschau im Einzelfall aufgrund der zuvor dargestellten Grundsätze rechtsmissbräuchlich und daher rechtswidrig sein.

Die Kündigung aus Anlass einer konkret gewollten unternehmerischen Entscheidung ist zudem als individueller Rechtsmissbrauch einzuordnen und bereits unter dieser Erscheinungsform rechtsmissbräuchlich.

Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass der Gesellschaft das Kündigungsrecht für immer verwehrt bleibt. Zur Vornahme einer rechtlich ausgewogenen Entscheidung ist es interessengerechter, danach zu differenzieren, ob ein befristeter oder ein unbefristeter und somit ordentlich kündbarer Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vorliegt. Im ersteren Fall sollte der reguläre Auslauf des Vertrages von der Gesellschaft hingenommen werden, wenn die Gesellschaft sich vom Geschäftsführer letztendlich und unabhängig von einem Grund vom Geschäftsführer trennen möchte.
Im letzteren Fall muss vermieden werden, dass einerseits der Gesellschaft nicht der zuvor festgestellte Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Kündigungsrechts gemacht wird, und anderseits die Kündigungsfreiheit der Gesellschaft nicht unbillig eingeschränkt werden darf. Um diesen zwei kritischen Momenten zu entsprechen empfiehlt sich, dass die Gesellschaft keine ordentliche Kündigung im unmittelbaren zeitlichen Kontext und während der Umsetzungsphase der unternehmerischen Entscheidung, die sich als unternehmerische Fehlentscheidung herausstellte, ausspricht. Dem Geschäftsführer muss die Chance eingeräumt werden, sich bezüglich der getroffenen, operativen unternehmerischen Entscheidung zu rehabilitieren. Eine

---

[607] Amtliche Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 71.
[608] *Fleischer*, ZIP 2004, 685, m.w.N.

ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags muss, **unabhängig** von der unternehmerischen Fehlentscheidung des Geschäftsführers, die entweder konkret gebilligt oder von der Unternehmenspolitik getragen und im Einklang mit der Business Judgement Rule getroffen wurde, immer möglich bleiben.

5.5.5. Das Prinzip des venire contra factum proprium

Genau diese zuvor dargestellte Koppelung des nicht zu beanstandendem Verhaltens der Gesellschaft (Ausspruch der Kündigung) und des Geschäftsführers (Vornahme einer unternehmerischen Entscheidung) einerseits und dem ungewollten Ergebnis und der Kündigung andererseits, könnte auch unter die aus dem Rechtsmissbrauchsverbot entwickelte Fallgruppe des venire contra factum proprium zu subsumieren sein.[609] Für die Fallgruppe des venire contra factum proprium wird synonym hierzu der deutsche Begriff „widersprüchliches Verhalten“ verwendet und soll näher betrachtet werden.

5.5.5.1. Funktion und Anwendung des venire contra factum proprium

Das Gebot des venire contra factum proprium spielt in einer sehr großen Zahl von Urteilen eine Rolle[610] und gehört zu den wohl am meisten angewandten Rechtssätzen in Deutschland.[611] *Ernst Wolf*[612] war einst der Meinung, das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens bilde nicht nur „ein unverzichtbares Element unserer Rechtsordnung“[613], sondern gehöre vielmehr „zu den Grundelementen des Rechts überhaupt“[614]. *Canaris*[615] vermutete den tieferen Grund der rechtsethischen Missbilligung des Selbstwiderspruchs „letztlich in dem Widerspruchsverbot der Gerechtigkeitsidee selbst“. Vieles spricht dafür, in dem Element des „Selbstwiderspruchs“ ein bedeutsames rechtsethisches Unrechtselement zu sehen.[616] *Canaris* warnte gleichzeitig aber auch, mit dem bloßen Hinweis auf einen angeblichen Selbstwiderspruch, vor einer

---

[609] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 31 ff, 38 ff; umfassend *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1 ff.
[610] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 28
[611] Zur rechtsdogmatischen Einordnung des Rechtssatzes, siehe ausführlich *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1 ff; *Liebs,* JZ 1981, 160, vgl. auch *Dette*, a.a.O, 28.
[612] *Wolf*, AcP (153) 1954, 97 ff; vgl. auch *Singer*, a.a.O., 1 dort, m.w.N.
[613] *Wolf*, AcP (153) 1954, 97, 135.
[614] *Wolf*, AcP (153) 1954, 97, 135 f.
[615] *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 288, 302.
[616] *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 288, 302.

schematischen Anwendung des Rechtsgedankens.[617] Denn anders als die Sittenwidrigkeit weist der Selbstwiderspruch tatsächlich keinen selbstständigen Unwertgehalt auf.[618] Dies wird darin deutlich, dass es kein ethisches Postulat gibt, das verbietet, sich selbst zu widersprechen.[619] Ebenso steht es jedem ohne vertragliche Bindung frei, sein Verhalten zu ändern.[620] Wer von seinem Recht Gebrauch macht, tut regelmäßig kein Unrecht, selbst wenn hierdurch einem anderen ein Nachteil zugefügt wird (qui suo iure utitur, neminem laedit).[621] Würde unsere Rechtsordnung nicht von der grundsätzlichen Geltendmachung von Rechten ausgehen, wurde sie sich ad absurdum führen.[622]

Eine dominierende Rolle für die Herleitung einer übergeordneten Begründung dieses rechtethischen Prinzips ist der von *Canaris*[623] wesentlich geprägte Vertrauensgedanke. Wer veranlasse, dass bei einem anderen in Bezug auf einen Sachverhalt oder die Geltendmachung von Rechten Vertrauen entstehe, muss sich an dem geschaffenen Vertrauenstatbestand festhalten lassen. Der Vertrauensschutzgedanke, der als fundamentales Prinzip der Rechtsordnung und zu den obersten Rechtsgrundsätzen zählt,[624] gebietet es, die Interessen desjenigen, der zu Recht vertraut hat, höher zu bewerten als die Interessen dessen, der in zurechenbarer Weise (unzutreffendes) Vertrauen verursacht hat.

Der Gedanke des venire contra factum proprium ist das prägende Element bei – bei formaler Betrachtung der Rechtslage – der Begründung „an sich“ nicht bestehender Ansprüche und Rechte. *Canaris* unternimmt dabei den Versuch, das Prinzip des venire contra factum proprium in sein großangelegtes „Bewegliches System“[625] einzufügen, in flexibler Weise mit dem Vertrauensgedanken zu

---

[617] *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 287; vgl. auch *Wieling*, AcP (176) 1976, 334, 336 f.
[618] *Griesbeck*, Venire contra factum proprium, 1; *Dette*, a.a.O., 38.
[619] Vgl. *Riezler*, Venire contra factum proprium, 110.
[620] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 38, dort m.w.N.
[621] *Dette*, a.a.O., 39, dort m.w.N.
[622] *Dette*, a.a.O., 39, dort m.w.N.
[623] Vgl. zu diesem Ausdruck *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 266.
[624] *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 197 (Ziff. 3.), 198 (Ziff. 5), 212;
Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 3.
[625] *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 302 ff; vgl. ders., in: Bewegliches System, 103, 110 ff.

verbinden und „kraft rechtsethischer Notwendigkeit“ hieraus konkrete Rechtsfolgen abzuleiten.[626]

Diesen Ansatz griff *Dette*[627] auf und vervollständigte ihn dahingehend, dass nicht nur die Begründung an sich nicht bestehender Rechte, sondern auch der Rechtsverlust aufgrund widersprüchlichen Verhaltens mithilfe des beweglichen Systems zu bewältigen ist. Nach *Dette* sei Rechtsfolge des venire contra factum proprium eine materielle Rechtsänderung. Das Handeln im Missbrauchsbereich betreffe die Rechtstellung selbst. Dem Rechtsinhaber ist die Ausübung des Rechts nunmehr verwehrt.[628] Rechtskonstruktiv wird der Grundsatz des venire contra factum proprium quasi als „Joker“ in einen Haupttatbestands-/Rechtsfolgesatz eingebettet und dort als Ersatz fehlender Tatbestandsmerkmale, als negatives Tatbestandsmerkmal eingebaut.[629]

Durch die Herleitung des venire contra factum proprium aus dem Vertrauensschutzgedanken wird deutlich, worum es beim Gedanken des Verbots des Selbstwiderspruchs geht, nämlich um den Schutz einer begründeten Vorstellung über die Beständigkeit des Verhaltens eines anderen, die schutzwürdig erscheint.[630]

Ein für sich allein betrachtet nicht zu missbilligendes Verhalten vermag die spätere Rechtsausübung unzulässig zu machen, wenn sich das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick darauf als vorrangig schutzwürdig erscheinen.[631] Das Verhalten kann als widersprüchlich bewertet werden, wenn das frühere Verhalten mit dem späteren Verhalten sachlich unvereinbar ist oder beim Gegner ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde.[632]

---

[626] *Canaris,* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 270 f, 287 ff, 302, 372 ff; siehe auch *Riezler*, Venire contra factum proprium, 165 f und 167 f; vgl. auch *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 2.
[627] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 51 ff., 83 ff.
[628] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 38 ff.
[629] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 83 ff.
[630] *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 49.
[631] BGH NJW 2014, 3030, 3032; BGH NJW-RR 2013, 1057, 1061; BGH NJW-RR 2013, 757, 759.
[632] *Schubert*, in: MüKoBGB, § 242 Rn. 309.

5.5.5.2. Rechtswidrigkeit der ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Gebot des *venire contra factum proprium*

Der Ausspruch einer ohne Grund erfolgten Kündigung ist allein betrachtet wegen der vom Gesetz gebilligten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nicht verwerflich. Allerdings darf der Geschäftsführer auf eine zuvor durch die Gesellschaft gebilligte unternehmerische Entscheidung vertrauen und davon ausgehen, dass eine Entscheidung, zu der er angehalten wurde, nicht der Anlass sein wird, ihm ordentlich zu kündigen.[633]

Das Vorverhalten der Gesellschaft führt dazu, dass die materielle Rechtslage, das „an sich" gegebene ordentliche Kündigungsrecht, geändert wird, weil dieses Vorverhalten beim Geschäftsführer ein zu schützendes Vertrauen für die Dauer der Umsetzungsphase der unternehmerischen Entscheidung auslöst.

Spricht die Gesellschaft eine ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses aus Anlass einer unfruchtbar gebliebenen unternehmerischen Entscheidung aus, die im Einklang mit den Maßstäben der Business Judgement Rule getroffen wurde und sich innerhalb des Risikos bewegte, das der Geschäftsführer gerade wegen seiner Position eingehen sollte, so handelt die Gesellschaft nach dem verpönten Prinzip „venire contra factum proprium". Es kann nämlich nicht dem Geschäftsführer unterstellt werden, dass er damit rechnen muss, bei Realisierung des unternehmerischen Risikos gekündigt zu werden.

Die Bewertung des Verhaltens der Gesellschaft als widersprüchlich reflektiert, dass insbesondere die Erwartung der Gesellschaft an den Geschäftsführer risikobereit zu sein, mitunter sich **antizyklisch** zu verhalten und das Unerwartete[634] zu tun, um hohe wirtschaftliche Erfolge zu erzielen, nicht die Grundlage einer Kündigung sein darf.

5.6. Zwischenfazit

Wird dem Geschäftsführer aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung gekündigt, die die Gesellschaft zuvor entweder konkret gebilligt hat oder die sich im Rahmen der allgemeinen Unternehmenspolitik sich bewegte, verstößt dieses

---

[633] Siehe zur alternativ möglichen Vorgehensweise im Falle des Kündigungswunsches der Gesellschaft 4. Teil, I. 5.5.4.

[634] Vgl. BT-Drucks. 15/5092, 12.

Verhalten gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium*. Das der Gesellschaft ordentlich zustehende Kündigungsrecht entfällt

Bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung verhält sich die Gesellschaft widersprüchlich, wenn sie einerseits die Eingehung eines gewünschten Risikos, andererseits dem Geschäftsführer bei Realisierung eines immanenten Risikos ordentlich kündigt. Dies gilt jedenfalls solange, wie die Abwicklung der konkreten unternehmerischen Entscheidung andauert. Die ordentliche Kündigung darf die Gesellschaft aus anderem Anlass, der nicht die von ihr konkret gebilligte oder von der Unternehmenspolitik und im Einklang mit der Business Judgement Rule sich bewegenden unternehmerischen Entscheidung ist, aussprechen.

5.7. Rechtswidrigkeit einer ordentlichen Kündigung aufgrund eines Verstoßes gegen § 242 BGB wegen unzureichender Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Bei der ordentlichen Kündigung, die sachgrundlos erfolgen kann, ist eine Berücksichtigung von Interessen und grundrechtlich geschützten Positionen des zu Kündigenden nicht vorgesehen. Mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ist dies nicht zu vereinbaren, sodass auch hier ein Mindestschutz aus den zivilrechtlichen Generalklauseln zu gewährleisten ist. Das Rechtsmissbrauchsverbot führt dazu, dass seine Nichtbeachtung zur Unzulässigkeit eines ausgeübten Rechts führt.[635]

Eine Kündigung kann sich aufgrund vielfältiger Gründe als rechtswidrig erweisen. So ist beispielsweise eine zur Unzeit ausgesprochene Kündigung[636] aufgrund der Modalitäten ihrer Ausübung als treuwidrig zu betrachten.[637] Die Rechtsprechung legt aber zur Feststellung der Treuwidrigkeit strenge Maßstäbe an. Eine Kündigung ist z. B. nicht schon deshalb rechtswidrig, weil sie zeitlich

---

[635] Sog. Innentheorie; BGH NJW-RR 2005, 619, 620; BGHZ 30, 140, 145; BAG NJW 2011, 2684, 2686; Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 242 Rn. 38; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § 242 Rn 33, 36; *Hohmann*, JA 1982, 112; *Gernhuber,* JuS 1983, 764, 765; *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 216.

[636] BAG NZA 2000, 437, 438.

[637] Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt BGB, Vorbem § 620 Rn. 49; krit. *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Hb., § 129 Rn. 20.

in Zusammenhang mit dem Tod eines nahen Angehörigen steht.[638] Hinzutreten müssen im Einzelfall weitere Umstände. Dabei erlangt der Anspruch des Beschäftigten auf Achtung seiner Persönlichkeit besondere Bedeutung.[639]

Der im Rahmen der Generalklauseln des § 626 Abs. 2 BGB und § 242 BGB fruchtbar zu machende Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und das eventuell neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und Schutz beanspruchende Image einer Person werden nachfolgend untersucht. Die festgestellten Grundsätze können auf die Interessenabwägung des § 626 Abs. 1 BGB und des § 242 BGB analog übertragen werden.

5.8. Zusammenfassendes Zwischenfazit

Die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts bei Vorliegen einer **konkret gebilligten unternehmerischen Fehlentscheidung** oder einer unternehmerischen Fehlentscheidung, die sich im Rahmen der konkret gebilligten Unternehmenspolitik bewegte und im Einklang mit der Business Judgement Rule getroffen wurde, ist rechtsmissbräuchlich und daher rechtswidrig.

Dieses Kündigungsverhalten verstößt weiter gegen den Grundsatz des venire contra factum proprium mit der Folge, dass das der Gesellschaft ordentlich zustehende Kündigungsrecht entfällt. Der Geschäftsführer vertraut auf die zuvor erfolgte Billigung der konkreten Entscheidung oder der allgemeinen Unternehmenspolitik, in die die konkrete Entscheidung eingebettet ist. Dieses Vertrauen wird also gerade und wegen einer Billigungsentscheidung der Gesellschaft begründet. Mit *Canaris* muss daher „kraft rechtsethischer Notwendigkeit“ das Kündigungsverhalten der Gesellschaft als rechtswidrig eingestuft werden. Mit *Dette* entfällt schon tatbestandsmäßig das ordentliche Kündigungsrecht aufgrund dieses widersprüchlichen Verhaltens.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die ordentliche Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Fehlentscheidung, die den Maßstäben der Business-Judgement Rule genügt, gegen § 242 BGB verstößt und daher rechtswidrig ist.

---

[638] BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB; *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 822

[639] *Looschelders/Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 822.

II. Zwischenergebnis

Somit rechtfertigt eine unternehmerische Entscheidung nur dann eine **außerordentliche Kündigung**, wenn diese **nicht** im Einklang mit den Grundsätzen der Business Judgement Rule getroffen wurde. Dann kann sie dem Geschäftsführer kündigungsrechtlich als missbilligtes Verhalten zugerechnet werden. Die Prüfung einer außerordentlichen Kündigung und die Einbettung der zuvor entwickelten Kündigungsschranken erfolgt insgesamt bei der Prüfung des wichtigen Kündigungsgrundes nach § 626 Abs. 1 BGB. Hierbei sind auch die zur Interessenabwägung festgestellten Grundsätze zu berücksichtigen.

Wenn eine **ordentliche Kündigung** oder die **Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung** aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung, die im Einklang mit den Grundsätzen der Business Judgement Rule getroffen wurde, ausgesprochen wird, ist diese Kündigung **rechtsmissbräuchlich und verstößt zusätzlich gegen das Prinzip des venire contra factum proprium**.

Geprüft wird im Folgenden, inwiefern der Geschäftsführer durch den Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wurde.

III. Das Image einer Person und der Ehrenschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen des Delikts- und Vertragsrechts

1. Vorbemerkung

„Ehre ist eine zutiefst geschichtliche Größe.“[640] Der Ehrenschutz, also der Schutz des Einzelnen vor Angriffen auf die persönliche Ehre durch Behaupten oder Verbreiten von Äußerungen, die die Wertschätzung einer Person in der Gesellschaft beeinträchtigen, ist die Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes mit der längsten Tradition. Nach dem vorherrschenden dualistischen („normativ-faktischen“) Ehrbegriff[641] umfasst die Ehre den Achtungsanspruch des Einzelnen, der ihm aufgrund seines Menschseins und somit als Träger geistiger

[640] *Welzel,* ZStW 57 (1938), 28.
[641] *Pegge/Pegel,* in: MüKoStGB, Vorb. zu § 185 Rn. 18.

und sittlicher Werte zukommt (sog. innere Ehre), als auch die darauf beruhende soziale Geltung, d.h. seinen guten Ruf innerhalb der Gesellschaft (sog. äußere Ehre).[642] Das Rechtsgut der personalen Ehre ist eine Facette der Personenwürde, aus dem sich ein dem Menschen berechtigterweise zustehender Geltungswert ergibt, der als „personaler" und „sozialer" Geltungswert unverletzlich ist und nur von dem Ehrträger selbst durch sein eigenes Verhalten gemindert werden kann.[643]

Dass die Ehre nicht nur im Sinne eines jedem Menschen zukommenden Anspruchs auf Wertschätzung gemeint und anerkannt wird, sondern auch der Geltungsanspruch eines Berufsträgers,[644] folglich seine berufliche Ehre,[645] oder, weitläufiger bekannt, sein Image, einen gleichartigen Achtungsanspruch genießt, ist inzwischen allgemein anerkannt.[646] Die gesellschaftliche Entwicklung hat dazu geführt, dass Kennzeichen einer Person nicht nur ihr Name oder ihr Bild sind, sondern auch Verhaltensweisen, für die der Markt bereit ist, um für ihre Nutzung, wenn nicht sogar Ausnutzung einen Preis zu zahlen.[647] Der Grund dafür ist die Anerkennung von menschlicher Arbeit und Leistung.[648] Selbst das GG verpflichtet den öffentlichen Arbeitgeber in Art. 33 Abs. 2 GG, sich bei der Auswahlentscheidung in einem Stellenbesetzungsverfahren vom Grundsatz der Bestenauslese leiten zu lassen. Dieser Grundsatz dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Fachliches Niveau und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Das Grundgesetz erkennt somit die Eignung und auch Nichteignung einer Person für eine bestimmte Tätigkeit an.

---

[642] Leitentscheidung des Großen Senats aus dem Jahre 1957, BGHSt 11, 67; siehe auch *Pegge/Pegel,* in: MüKoStGB, Vorb. zu § 185 Rn. 18.
[643] *Pegge/Pegel,* in: MüKoStGB, Vorb. zu § 185 Rn. 27.
[644] Zur „Geschäftsehre" einer Person siehe auch BGH GRUR 2015, 293, 294.
[645] Der Begriff der „beruflichen Ehre" wird als existent schon vorausgesetzt und verwendet. Siehe dazu auch BGH NJW 1997, 2513.
[646] Siehe hierzu weiter unten 4. Teil, III.
[647] *Beuthien*, NJW 2003, 1220, 1221.
[648] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rn. 30.

Dieser Grundsatz hat sich im privaten Sektor ebenfalls etabliert. Offene Stellen sollen mit den am besten geeigneten Bewerbern besetzt werden, um sich so wirtschaftlichen Erfolg und Leistungsoptimierung zu sichern.
Erfolgen hingegen relevante Ehrverletzungen, ist gerade dieses Erfordernis der modernen Welt, zu den besten zu gehören, in Gefahr. Um eine die berufliche Ehre und das berufliche Image schädigende Handlung feststellen zu können, muss zunächst der Sinngehalt und die rechtswissenschaftliche Kontur dieser beiden Begriffe entwickelt werden.

2. Das Image einer Person und das Persönlichkeitsbild nach *Beuthien*

Die *Marlene-Dietrich*[649]-Entscheidung bewog *Beuthien*[650] dazu, sich mit dem vermögenswerten Image einer Person auseinanderzusetzen. In dem genannten Rechtsstreit war die Tochter und Erbin von *Marlene Dietrich* gegen die Verwendung von (Vor-)Namen, Bildnissen und charakteristischer Posen ihrer berühmten Mutter in Verbindung mit Merchandising-Artikeln und Werbeanzeigen vorgegangen. *Beuthien* knüpft dabei an den Begriff Image an und stellt sich die Frage, ob dem Image einer Person Vermögenswert zukommt. Er ebnet den Weg für die Entwicklung des Rechts am Persönlichkeitsbild.[651] Unter dem Image wird seiner Ansicht nach das Persönlichkeitsbild eines Menschen verstanden, das durch die Verdichtung verschiedener Persönlichkeitsmerkmale entsteht und auf die Mitmenschen als die die betreffende Person wesenseigene Persönlichkeit ausstrahle.[652]
Zum Persönlichkeitsbild gehören nach *Beuthien* neben den körperlichen, geistigen und seelischen Merkmalen auch Charaktereigenschaften, besondere Tätigkeiten, geistige und musische Fähigkeiten und alle eigenpersönlichen Lebensdaten,[653] wozu auch die Bildung und der berufliche Lebensweg einer Person gehört.

[649] BGHZ 143, 214 (*Marlene Dietrich*).
[650] *Beuthien*, NJW 2003, 1220.
[651] *Beuthien*, NJW 2003, 1220 ff.
[652] *Beuthien*, NJW 2003, 1220, 1221.
[653] *Beuthien,* Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 310.

Nach *Beuthien* macht sich die Werbewirtschaft das Image prominenter Personen[654] für Werbezwecke zunutze und ist bereit, hierfür ein Entgelt zu zahlen. *Beuthien* fasst das Image daher als Wirtschaftsgut auf und erhebt es zu einem vermögensrechtlich schützenswerten (Persönlichkeits-)Gut, das als Recht unter § 823 Abs. 1 fällt.[655] Sobald das Persönlichkeitsbild einer bestimmten Person das Interesse der Mitmenschen erweckt, gewinnt es einen gesellschaftlichen Informationswert, wird zum verwertungsfähigen Wirtschaftsgut und, soweit dieses rechtlich schutzwürdig wird, zum Rechtsgut.[656] Dieser Gedanke entstammt dem Bereich der medialen Vermarktung des Persönlichkeitsbildes einer Person mit Bekanntheitsgrad. Je höher der Bekanntheitsgrad ist, desto stärker ist das soziale Interesse der Mitmenschen und der Medien an der jeweiligen Persönlichkeit. Vermarktung bedeutet dabei, dass etwas zum Gegenstand von Angebot und Nachfrage gemacht wird. Sobald nach einzelnen Persönlichkeitsbildern eine Nachfrage Dritter besteht, wird dieses zum Wirtschaftsgut.[657] Vermarktbares Wirtschaftsgut ist folglich nach *Beuthien* die *„nach außen wirkende und sich damit von der Person ablösende Persönlichkeitsausstrahlung, mithin der Eindruck, den die Person mittels der ihr wesenseigenen Persönlichkeitsmerkmale auf andere Personen macht.“*[658]

Da die Persönlichkeit eines Menschen insgesamt Schutz verdient, gilt es auch, das Persönlichkeitsbild einer Person, das sich allgemein aus dem Lebensbild und dem Charakterbild der Person zusammensetzt und sich in verschiedene Facetten, mithin einzelnen **Persönlichkeitsteilbildern** auffächern lässt (etwa das Berufsbild), vor Verletzungen zu bewahren.[659]

---

[654] Das gilt nicht nur für prominente Personen, sondern grundsätzlich für alle, für deren Daten und deren aus ihnen aggregiertes Profil eine Nachfrage besteht, vgl. *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12, Rn. 41 m.w.N.

[655] Es fällt auch unter 812 Abs. 1, 678 Abs. 2 und § 1922 BGB, *Beuthien*, NJW 2003, 1220, 1221.

[656] *Beuthien/Schmölz,* Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 16 ff.

[657] *Beuthien/Schmölz,* a.a.O., 62.

[658] *Beuthien*, Schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch kommerzielle Interessen der Person?, 75, 77.

[659] *Beuthien,* Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 309 f.

Beuthien verwendet die Begriffe Image und Persönlichkeitsbild[660] zwar gleichbedeutend,[661] in seinen ab dem Jahr 2003[662] erschienenen Schriften zum Persönlichkeitsschutz spricht er aber nicht mehr von Image, sondern ausschließlich von Persönlichkeitsbild.[663]

3. Zwischenfazit – Das Berufsbild als Persönlichkeitsteilbild

Die vorbenannten Ausführungen können parallel auf das Persönlichkeitsteilbild eines Menschen[664] und sein persönliches Berufsbild übertragen werden. Das Profil als Berufsträger, d.h. als eine in einem bestimmten Beruf tätige Person, erarbeitet sich diese durch ihren Lebenslauf und ihre Leistungen, die auf ihre persönlichen Fähigkeiten beruhen. Dieses Bild als Berufsträger ist für die Gruppe der potenziellen Dienst- oder Arbeitgeber, die im Aufgabengebiet des einzelnen Berufsträgers wirtschaften und unternehmerisch tätig werden, ein Gut. Dieses wollen sie dahingehend verwerten, dass sie aus den dem Berufsträger zuerkannten Fähigkeiten und Leistungen einen positiven Nutzen ziehen. Das berufliche Persönlichkeitsbild, das Image eines Berufsträgers, ist mithin ein verwertbares Wirtschaftsgut, das es zu schützen gilt.

4. Das Image in der juristischen Literatur

Gesellschaftliche Entwicklungen haben dazu geführt, dass das Image einer Person, wozu unter anderem ihre Stimme, Schriftzüge, Gebärden und typische Verhaltensweisen gehören, einen wirtschaftlichen Wert hat und verwertbar ist.[665] Das heißt, der Markt ist bereit, für die Nutzung einen Preis zu bezahlen.[666] Das gilt nicht nur für namhafte Persönlichkeiten, sondern im Grundsatz für alle Personen, für deren Eigenschaften und den aus ihnen aggregiertem Profil eine Nachfrage besteht.[667] Der Grund dafür ist keine schmerzfreie oder gar moralisch verwerflich übertriebene Verehrung einer Person, keine alle Werte kommerzialisierende Missachtung von menschlicher Würde, sondern vor allem

---

[660] Von nun an werden die Begriffe Image und Persönlichkeitsbild gleichbedeutend verwendet.
[661] *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 63 m.w.N.
[662] *Beuthien*, NJW 2003, 1220.
[663] *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 63; *Beuthien*, Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307 ff.
[664] *Beuthien*, Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 310.
[665] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rdnr. 41.
[666] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rdnr. 41.
[667] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rdnr. 41.

die Anerkennung einer – stets zu beurteilenden – menschlichen Leistung, die nicht nur aber auch (in einem klassischen Sinn) dann vorliegt, wenn sie das Resultat ihrer Fähigkeiten und mühevoller Arbeit gewesen ist.[668]

Ladeur[669] hat sich vertieft mit dem Image in den Medien auseinandergesetzt, die er nicht mehr als bloße Transporteure (i.S.v. Vermittlern) von Inhalten sieht, sondern unter dem Zwang einer „Ökonomie der Aufmerksamkeit“[670] als Elemente, die die öffentliche Meinung gestalten und verändern.[671] *Ladeur* sieht in den Medien die einzige Möglichkeit, ein Image zu erzeugen, und versteht sie daher als Plattform, die von Personen genutzt werden, um ein bestimmtes Image aufzubauen und es wirtschaftlich verwertbar zu machen.[672] Dies gelte insbesondere für die Filmwirtschaft, aber auch für alle Bereiche, in denen durch Werbung ein Image erzeugt werden muss. Für *Ladeur* ist Image daher ein Persönlichkeitsbild, das in erster Linie von den Massenmedien aufgebaut und vom Identitätsträger[673] maßgeblich verändert und mitgestaltet wird.[674]
Ladeur[675] spricht sich dafür aus, den Schutz des Images von Personen in den Medien nicht mehr dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern als ein quasi-eigentumsrechtlich geschütztes Interesse dem in § 22 KUG geschützten Recht am eigenen Bild zuzuordnen. Dies habe den Vorteil, besser berücksichtigen zu können, ob und wie weit das Image als eine Marke nach den Bedingungen des Mediums selbst aufgebaut worden sei und somit den Verfügungsbedingungen des Mediums ausgesetzt bleiben könne.

Plaikner[676] versteht unter Image die Summe der Vorstellungen und Meinungen, die die gesamte oder Teile der Öffentlichkeit von einem Gegenstand (Unternehmen, Institutionen, Berufsstände) oder einer Person haben.[677] *Plaikner* bezieht also in den Kreis der Imageträger nicht nur die genannten

---

[668] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rdnr. 41.
[669] *Ladeur*, NJW 2000, 1977 ff.
[670] *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1979, dort m.w.N.
[671] *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1979.
[672] Vgl. *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1979.
[673] Hierunter fallen Politiker, Medienakteure, Schauspieler und Sportler, *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1981.
[674] *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 67; *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1979.
[675] *Ladeur*, NJW 2000, 1977, 1980.
[676] *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485; *Vacca*, a.a.O., 65.
[677] *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485.

Gegenstände, sondern auch Einzelpersonen ein. Das Image setze sich aus mehreren Faktoren wie Wissen und Kenntnisse, eigene und fremde Erfahrungen, dem äußeren Auftreten, dem Erscheinungsbild, Informationen und Meinungen zusammen und sei als veränderliche Größe Einflüssen unterworfen. Das Image sei stets ein Gemisch aus Urteilen und Vorurteilen, aus rationalen und emotionalen Faktoren. Konkret ist *Plaikner* der Meinung, dass das Image die Einstellung gegenüber einzelnen Imageträgern beeinflusst. Erwartungen und Leistungsbeurteilungen, die an einzelne Imageträger[678] herangetragen werden, werden durch das Bild, das von den jeweiligen Imageträgern besteht, maßgeblich beeinflusst. Insbesondere die Akzeptanz ihres Leistungsangebotes und die Bereitschaft, dieses in Anspruch zu nehmen, wird vom Image beeinflusst.

Zusammenfassend kann als gemeinsamer Nenner festgestellt werden, dass die individuelle Persönlichkeit mit ihren wesenseigenen Identitätsmerkmalen der maßgebliche Faktor für die Imageentwicklung ist. Das Image ist das Abbild der Persönlichkeit eines einzelnen Menschen, das entsteht, sobald das Individuum sich in die Öffentlichkeit begibt und dort einen gesellschaftlichen Eindruck hinterlässt.[679]

Bezogen auf das Image eines Berufsträgers ist zu konstatieren, dass dieses in der Akzeptanz seiner beruflichen Leistungen und der Bereitwilligkeit Dritter liegt, sein Leistungsangebot anzunehmen und hierfür eine wertentsprechende Gegenleistung zu zahlen. Die zu zahlende Gegenleistung ist entsprechend seiner Image-Akzeptanz hoch oder niedrig, steigend oder sinkend.

5. Die berufliche Ehre als Persönlichkeitsbild in der Rechtsprechung

Die Würde des Menschen gemäß Art. 1 GG, die ihm durch seine bloße Existenz bereits zukommt, und das Recht des Einzelnen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG stehen an oberster Stelle des gesamten

---

[678] *Plaikner* bezieht diese Aussage auf den Berufsstand der Notare. Siehe hierzu *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485, m.E. ist diese Aussage auf alle potentiellen Träger eines Images anwendbar, da *Plaikner* auch von der Einzelperson spricht.

[679] Vgl. ähnlich *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 71.

Wertesystems des Grundgesetzes. Die Würde kann dem Menschen nicht aufgehoben werden, sie kann nur verletzt werden.
In der Rechtsprechung hat das Persönlichkeitsbild die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Beginn seiner Entwicklung an begleitet, jedoch nur als dessen besonderer Ausdruck.[680] Das BVerfG und der BGH setzten sich bereits seit etwa Mitte des 20 Jahrhunderts mit der Verletzung des Persönlichkeitsbilds[681] und den Elementen, die unter *Beuthiens* Begriff vom Persönlichkeitsbild fallen, auseinander.

Die nachfolgenden Entscheidungen[682] zeigen, dass der Einzelne nicht nur als Privatperson einen Achtungsanspruch gegenüber der Allgemeinheit hat, sondern auch in der Rolle eines Berufsträgers die Entstellung seines Berufsbildes und seines Images durch die Verbreitung unwahrer Tatsachen seitens anderer nicht dulden muss. Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur erkennen das Berufsbild als schützenswertes Rechtsgut an.

5.1. Die Leserbrief-Entscheidung

Für den Schutz des Persönlichkeitsbilds ist die *Leserbrief-Entscheidung*[683] des BGH aus dem Jahr 1954, in der erstmals das allgemeine Persönlichkeitsrecht[684] als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt wurde, grundlegend. Dieser Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine Wochenzeitschrift, die sich über *Hjalmar Schacht*, den Präsidenten der Reichsbank und Wirtschaftsminister der NS-Zeit kritisch geäußert hatte, ein von dessen Rechtsanwalt verfasstes Schriftstück, mit dem er die Richtigstellung der Äußerungen verlangte, in der Rubrik „Leserbriefe“ veröffentlichte. Die

---

[680] *Beuthien*, Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 316.
[681] *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 71.
[682] Eine weitere Entscheidung des BGH, die den Eingriff in das Berufsbild betrifft, ist die Ginseng-Entscheidung (BGH NJW 1961, 2059, 2060). In diesem Fall geht es um einen Hochschullehrer dem wahrheitswidrig unterstellt wurde, fachfremde Forschung zu betreiben. Die Werbung erwecke den Eindruck, als habe er standeswidrig seinen Namen für ein Präparat, das als sexuelles Kräftigungsmittel wirke, zur Verfügung gestellt. In diesem Zusammenhang führe die Berufung auf seine wissenschaftliche Autorität dazu, dass er seinen Ruf als Hochschullehrer einbüße und in der Öffentlichkeit, vor allem vor seinen Studenten, lächerlich gemacht werde.
[683] BGHZ 13, 334 (*Leserbriefe*).
[684] BGHZ 13, 334, 338 (*Leserbriefe*); s.a. BGHZ 24, 72, 77 (*Krankenpapiere*) dort m.w.N.
Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht lehnte das Reichsgericht hingegen in st. Rspr. ab RGZ 69, 401, 403 f. (*Nietzsche-Briefe*); RGZ 79, 397, 398; RGZ 113, 413, 414 f.

inhaltliche Veröffentlichung erfolgte in derart verkürzter Form, dass der unzutreffende Eindruck entstand, es handele sich um eine persönliche Stellungnahme des Rechtsanwalts.[685] Der BGH argumentierte, dass jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts Ausfluss der Persönlichkeit des Verfassers sei. Die veränderte Wiedergabe in der Öffentlichkeit vermittele, so der BGH, ein „falsches Persönlichkeitsbild" und sei als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und in das zu schützende Berufsbild des Rechtsanwalts zu werten.[686]

5.2. Die Mephisto-Entscheidung

In der *Mephisto-Entscheidung*[687] aus dem Jahr 1968 klagte *Peter Gorski*, der Adoptivsohn und Alleinerbe des verstorbenen Schauspielers *Gustaf Gründgens,* gegen die Verbreitung des Romans von *Klaus Mann „Mephisto-Roman einer Karriere"*. Der Roman schildert den Aufstieg des Schauspielers *Hendrik Höfgen,* der unter Verzicht auf alle menschlichen und ethischen Bindungen, als Mitläufer und im Pakt mit den Machthabern des NS-Regimes, seine künstlerische Karriere vorantreibt. Zahlreiche Einzelheiten *Höfgens* – sein Aussehen, sein soziales Umfeld, die Theaterstücke, an denen er mitwirkte und ihre zeitliche Reihenfolge sowie der berufliche Werdegang insgesamt – entsprechen dem äußeren Erscheinungsbild von *Gründgens*. Das Gericht befand, dass der Roman ein *„negativ verzerrtes verunglimpfendes Charakter- und Lebensbild von Gründgens*[688]*"* vermittele und in der Gesamtschau ein *„verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild von Gründgens"*[689] entstehen lasse.

5.3. „Frischzellenkosmetik"

Der BGH urteilte zudem über den Schutz des Persönlichkeitsbildes des verstorbenen Wissenschaftlers *Paul Niehans*, aus Anlass der unberechtigten Verwendung von dessen Namen in einer täuschenden Werbung, in einer Entscheidung[690] aus dem Jahr 1984. Der im Jahr 1971 verstorbene *Prof. Dr. Paul*

---

[685] BGHZ 13, 334 (*Leserbriefe*).
[686] *Beuthien,* Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 316.
[687] BGH NJW 1968, 1773, 1774 (*Mephisto*).
[688] BGH NJW 1968, 1773, 1775 (*Mephisto*).
[689] BGH NJW 1968, 1773 *(Mephisto).*
[690] BGH GRUR 1984, 907.

Niehans entwickelte die sogenannte Cellulartherapie, bei der Frischzellen injiziert werden. Klägerin ist die Tochter und Alleinerbin des Verstorbenen. Die Beklagte betrieb in München einen Kosmetiksalon und vertrieb unter anderem kosmetische Produkte unter der Bezeichnung „La Prairie“. In einer dazu herausgegebenen Werbeschrift wird die Kosmetikserie in Großbuchstaben wie folgt beschrieben:
"Die biologisch aktive Hautpflege-Linie entwickelt nach Erkenntnissen der Frischzellen-Therapie von Professor Dr. med. Paul Niehans."
Auf der folgenden Seite stand *„Klinik La P. Professor Dr. med. Paul Niehans Vater der Frischzellen-Therapie“*. Am Ende wird über eine Verwenderin dieser Kosmetika bemerkt: *„Sie nimmt auf diese Weise teil an den Vorzügen der Original-Frischzellen-Therapie nach Professor Niehans.“* Der verstorbene *Prof. Niehans* war allerdings an der Entwicklung der Kosmetikserie *„La Prairie“*, die erst sechs Jahre nach seinem Tod auf den Markt kam, nicht beteiligt. Er soll sogar nach Aussage seiner Tochter die Anwendung der Frischzellentherapie auf dem Gebiet der Kosmetik abgelehnt haben. Zudem ergab eine Prüfung, dass in den Präparaten keine Frischzellen oder biologisch aktive Zellen enthalten waren.

Das Gericht entschied vor dem Hintergrund, dass der verstorbene *Prof. Niehans* die Anwendung der Frischzellentherapie auf Kosmetika stets abgelehnt hatte und keine biologisch aktiven Zellen in den Präparaten enthalten waren. Die Werbung sei daher eine Täuschung, und sein Ansehen und das der von ihm entwickelten Frischzellentherapie können erheblichen Schaden erleiden.
Es bestehe die Gefahr, dass der Eindruck entstehe, die Frischzellentherapie von *Prof. Niehans* täusche die Verwendung solcher Zellen insgesamt nur vor. Damit könne die Frischzellentherapie als Lebenswerk von *Prof. Niehans* in Misskredit geraten. Er selbst verliere seine Glaubwürdigkeit, wodurch sein Ansehen als Wissenschaftler und als Person im Kern getroffen werde.

6. Zwischenfazit

Die herrschende Definition des Image-Begriffs setzt den Fokus auf die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Verdichtung einer Gesamtheit von

Persönlichkeitsmerkmalen bei einer Person (Image) durch die Öffentlichkeit insgesamt und die Medien im Speziellen. *Plaikner* erkannte zutreffend den wirtschaftlichen Wert des Images auch für Berufsgruppen. Sein Argument, das Image beeinflusse die Einstellung gegenüber dem Imageträger, die Akzeptanz seines Leistungsangebotes und die Bereitschaft, dieses in Anspruch zu nehmen, kann auch auf eine einzelne Person in ihrer Eigenschaft als Berufsträger übertragen werden, da *Plaikner* nicht nur Berufsgruppen, sondern auch Einzelpersonen in den Kreis der Imageträger mitaufnimmt.[691] Der BGH erkannte z.B. in seinem Urteil vom 23.06.2009, bei dem es um die Bewertung eines Lehrers in einem Internetportal ging, dass sich der Einzelne im beruflichen Bereich auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breite Öffentlichkeit wegen der Wirkungen, die seine Tätigkeit für andere habe, einstellen müsse und bezog sich damit auf die berufliche Sphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.[692]

Zu den Kennzeichen eines Berufsträgers gehören die Ausbildung, Auszeichnungen, berufliche Leistungen, Erfolge oder auch Misserfolge, die sich alle im Lebenslauf widerspiegeln. Ein gutes berufliches Image hat positiven Einfluss auf das Vertrauen, die Zufriedenheit von Arbeit- und Dienstgeber und die Loyalität der Geschäftspartner. Somit hat es direkte Auswirkung auf die monetäre Gegenleistung, die ein Berufsträger für sein berufliches Wirken fordert und erhält. Das **Image kann und muss für sich den Schutz in Anspruch nehmen, der bereits einzelnen Bereiche der Persönlichkeit, wozu u.a. das Berufsbild gehört**, zukommen. Das Persönlichkeitsbild der Rechtsprechung ist stark am Ehrbegriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts orientiert. Es spiegelt die soziale Geltung, die der Einzelne für die Achtung seiner selbst bedarf, wider. Im Ergebnis haben beide Begriffe den gleichen Aussagekern, der auf dem Fundament des Ehrbegriffs fußt: Der Einzelne muss es nicht schutzlos hinnehmen, in ein falsches Licht gerückt zu werden. Diese gebräuchliche Redewendung aus der Alltagssprache, fasst die Rechtsprechung und Literatur

---

[691] *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485; Vgl. auch BGH NJW 2009, 2888, 2889. Der BGH vertritt in diesem Fall, in dem es um die Bewertung eines Lehrers in einem Internetportal ging, dass sich der Einzelne im beruflichen Bereich auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breite Öffentlichkeit wegen der Wirkungen, die seine Tätigkeit für andere habe, einstellen müsse.
[692] NJW 2009, 2888, 2889; Vgl. auch OLG Jena NJW-RR 2010, 1709, 1710.

unter der Überschrift „Darstellung im falschen Licht“ für die zahlreichen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zusammen.[693]

Bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts werden seit der *Marlene-Dietrich*-Entscheidung, die einen persönlichkeitsrechtlichen Vermögensschutz anerkannt hat, nicht nur immaterielle Schäden, sondern auch verletzte vermögensrechtliche Positionen ersetzt.

7. Die berufliche Ehre als Ausfluss der Berufsausübungsfreiheit?

Ergänzend sollte zu Art. 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 GG noch Art. 12 Abs. 1 GG als die Reputation eines Berufsträgers stärkendes Grundrecht hinzugezogen werden.[694] Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. Das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG betrifft in der bestehenden Wirtschaftsordnung insbesondere das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmer.[695] Dazu zählt auch die auf die Förderung des beruflichen Erfolgs gerichtete Außendarstellung eines Berufsträgers einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste.[696] Die zusätzliche Verankerung des sozialen Geltungsanspruchs eines Berufsträgers in Art. 12 Abs. 1 GG stärkt dessen Schutzumfang und macht den wirtschaftlichen Bezug des Reputationsschutzes nach außen deutlich.[697] Parallel zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht schützt das Grundrecht nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen im beruflichen Umfeld, die für das Verhalten der Teilnehmer im geschäftlichen Umfeld von Bedeutung sein könnten, selbst wenn die Inhalte sich für den Berufsträger

---

[693] *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 76, m.w.N.

[694] Vgl. zum parallelen Gedanken zum Schutz des Unternehmenspersönlichkeitsrechts *Ziegelmayer*, GRUR 2012, 761, 762; BGH NJW 2008, 2110, 2112.

[695] BVerfG NJW 2002, 2621, 2622 *(Glykolwein). Der „Glykolwein-“* Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass in den 80er Jahren nach Bekanntwerden mehrerer Funde von Diethylenglykol (DEG) in bestimmten Weinen, die Bundesregierung aus Gründen der Verbraucherinformation eine Liste DEG-haltiger Weine, die u.a. den Jahrgang, das Herkunftsland, die Namen der Abfüller, der Importeure und der Händler nannte. Dies führte dazu, dass die betroffenen Kreise große Umsatzeinbußen verzeichneten und eine Grundrechtsverletzung aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs.1 und 2 Abs. 1 GG rügten; BVerfG NJW 1972, 573.

[696] BVerfG NJW 2005, 1483; BVerfG NJW 2002, 2621, 2622 *(Glykolwein)*; BVerfGE 85, 248, 256; BVerfGE 85, 97, 104; BVerfGE 94, 372, 389;

[697] *Ziegelmayer*, GRUR 2012, 761, 762.

nachteilig auswirken können.[698] Ein Anspruch auf Darstellung des Berufsträgers, so wie er gesehen werden möchte, kann nicht bestehen. Jedoch besteht ein Anspruch auf eine Darstellung, die auf richtigen und wahren Tatsachen beruht. Dies allein fördert letztlich das Ziel, im geschäftlichen Umfeld ein möglichst hohes Maß an richtiger Informiertheit der Akteure im jeweiligen geschäftlichen Umfeld zu erreichen.

IV. Die Einbettung des Images und des Berufsbilds in die Systematik der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB)

1. Der Persönlichkeitsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB)

Der Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, worunter der soziale Wert- und Achtungsanspruch der dem Menschen wegen seines Menschseins und des damit verbundenen intrinsischen Werts fällt, verpflichtet die gesamte staatliche Gewalt.[699] Diesen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag hat der BGH durch Schaffung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dessen Qualifizierung als „sonstiges Recht“ im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB umgesetzt.[700] Durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das aus dem Schutz der Menschenwürde und der Handlungsfreiheit abgeleitet wird (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG) schützen Rechtsprechung[701] und Literatur[702] die Persönlichkeit eines Einzelnen. Der BGH[703] erkennt das allgemeine Persönlichkeitsrecht als einheitliches und umfassendes Recht des Einzelnen gegenüber jedermann auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit an. Unter dem Persönlichkeitsrecht wird das unveräußerliche, höchstpersönliche Recht auf Schutz und Entfaltung der Persönlichkeit verstanden. Der Rechtsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB zielt auf den Schutz ideeller

---

[698] Vgl. zum gleichen Gedanken über die Verbreitung von Informationen über Unternehmen am Markt BVerfG NJW 2002, 2621, 2622 *(Glykolwein)*.
[699] BVerfGE 87, 209, 228.
[700] BGHZ 50, 133, 143. (*Mephisto*).
[701] BGHZ 143, 214 (*Marlene Dietrich*); BGHZ 50, 133, 143 (*Mephisto*); BGH NJW 1961, 2059, 2060; BGHZ 26, 349 (*Herrenreiter*); BGHZ 24, 72 (*Krankenpapiere*); BGHZ 13, 334 (*Leserbrief*).
[702] *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 139.
[703] BGHZ 50, 133, 143 (*Mephisto*)

Beeinträchtigungen und auf den Schutz vor rechtswidriger wirtschaftlicher Verwertung des Persönlichkeitsbildes ab.

Anspruchsvoraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB ist die zurechenbare und rechtswidrige Verletzung eines besonders geschützten Rechtsguts. Neben den ausdrücklich genannten Rechtsgütern sind auch „sonstige Rechte", die denselben rechtlichen Ausschließlichkeitscharakter wie die in Absatz 1 ausdrücklich genannten Rechtsgüter haben und von jedermann zu beachten sind, geschützt.[704] Wegen des offenen Tatbestands bedarf es bei der Beeinträchtigung des Rechtsguts einer gewissen Erheblichkeit des Eingriffs und schon hier einer Interessenabwägung.[705]

1.1. Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Zusätzlich muss die Widerrechtlichkeit des Eingriffs hinzukommen. Wegen des offenen Tatbestands gilt hier nicht der Grundsatz, dass die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert.[706] Die Struktur des Rechts am Persönlichkeitsbild und m.E. auch die des Images eines Berufsträgers entspricht, als dessen Facette, der des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Als offener Tatbestand wird die Herausarbeitung der Verletzungshandlung daher verlangt.[707] Ist die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung nicht evident, muss sie im Rahmen einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung positiv festgestellt werden. Die Interessenabwägung wird dann vorgenommen, wenn das Recht am Persönlichkeitsbild und das Image Grundrechten anderer gegenüberstehen.
So kann bei der Güter- und Interessenabwägung der Aspekt der Kündigungsfreiheit der Gesellschaft,[708] die Ausfluss der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG ist, unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen eine Rolle spielen. Das Handlungsunrecht liegt in diesem Fall in der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch die kündigende Partei. Die kündigende Partei ist angehalten, vor Ausspruch der Kündigung den Sachverhalt genau zu überprüfen und sich vom Weg der Entscheidungsfindung des

[704] *Sprau,* in: Palandt BGB, § 823 Rn. 11.
[705] Vgl. BGH NJW 2006, 830, 840 *(Kirch/Deutsche Bank AG und Breuer)*
[706] BGH NJW 1966, 1617, 1618; vgl. auch BGH NJW 1962, 32, 33.
[707] Vgl. *Beuthien*, Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 320.
[708] Dies gilt allgemein auch für die Kündigungsfreiheit des Dienst- bzw. Arbeitgebers.

Geschäftsführers Klarheit zu verschaffen. Die unzureichende Sachverhaltsaufklärung führt einerseits zu einer falschen Einschätzung der unternehmerischen Entscheidung als vom Geschäftsführer verschuldet oder unverschuldet und andererseits zu einer falschen Gewichtung der in Abwägung zu bringenden jeweiligen Interessen. Die Folge ist ein weiteres Rechtswidrigkeitsmoment, das in der gestörten Güter- und Interessenabwägung liegt.

1.2. Verschulden

Die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der rechtswidrige Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schuldhaft erfolgt.
Als Schuldformen kommen Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 BGB in Betracht. Entsprechend dem Wortlaut aus § 823 Abs. 1 BGB erstreckt sich das Verschulden auf den gesamten objektiven Tatbestand, d.h. auf die Verletzungshandlung, den Verletzungserfolg und die haftungsbegründende Kausalität. Das Verschulden bezieht sich dagegen nicht auf die haftungsausfüllende Kausalität zwischen Verletzungserfolg und Schaden.[709]
Der Eingriff in das Persönlichkeitsbild, konkreter in das Berufsbild und das Image, muss schuldhaft erfolgen. Je stärker die Beendigung eines Anstellungsvertrages das Recht am Persönlichkeitsbild zu beeinträchtigen vermag, desto höher fällt der Sorgfaltsmaßstab aus. Die Verletzung der Verpflichtung zur sorgfältigen Prüfung des Kündigungssachverhalts und Kündigungsvoraussetzungen begründet die Rechtswidrigkeit des verletzenden Verhaltens. Je prekärer die Angelegenheit für den Ruf und die Ehre des Gekündigten ist und je schwerwiegender die zu besorgenden Folgen sind, umso sorgfältiger hat der Kündigende den Wahrheitsgehalt der zur Kündigung führenden Tatsachenbehauptungen zu untersuchen.[710]

Willkürlich ausgesprochene Kündigungen gibt es immer wieder, wenngleich der kündigende Vertragsteil, geschützt durch die grundrechtlich manifestierte Kündigungsfreiheit in Art. 2 Abs.1 GG, den Schaden, den das Berufsbild und das Image einer Person erleidet, nicht in Betracht zieht. Die in dieser Arbeit

[709] *Staudinger*, in: HK-BGB, § 823 Rn. 84.
[710] Vgl. EGMR NJW 2009, 3145, 3147 f. (*Affaire July u. Sarl Libération/Frankreich*) zur Berichterstattung in den Medien.

aufgezeigten Gefahren sollen zumindest zu einer Diskussion darüber führen, ob willkürliche und ohne Grund erfolgte Kündigungen zum einen rechtswidrig sind und zum anderen eine relevante Verletzungshandlung nach § 823 Abs. 1 BGB darstellen.

Problematischer sind die fahrlässigen Verstöße, wenn die kündigende Vertragspartei nicht hinreichend den Kündigungssachverhalt aufgeklärt oder die Kündigungsvoraussetzungen überprüft hat. Es ist erforderlich, dass der Ausspruch einer Kündigung zuvor hinlänglich untersucht wurde. Wie weiter unten[711] aufgezeigt wird, hat im vorliegenden Fall der rechtswidrige Ausspruch der Kündigung als Handlung selbst ehrverletzende Wirkung.

1.3. Rechtsfolgen

Die rechtswidrige und schuldhafte Verletzung des Persönlichkeitsrechts führt dazu, dass der Verletzte einen Schadensersatzanspruch nach §§ 249 ff. BGB, die um die Sondervorschriften in den §§ 842 ff. BGB ergänzt werden,[712] hat. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution hat der Schädigende in § 249 BGB den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Geschützt wird in diesem Zusammenhang das Integritätsinteresse des Geschädigten, d.h. das Interesse am Erhalt seiner materiellen Güter. Die Norm des § 842 BGB dient weiter der Klarstellung, dass auch Nachteile für den Erwerb und das Fortkommen einer Person als Erwerbsschäden ersatzfähig sind.

§ 252 BGB bestimmt ergänzend, dass der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) umfassen kann. Der mittelbare Gewinn ist ein mittelbarer Schaden, der in Satz 2 der Norm nicht definiert wird. Es wird lediglich dessen Ermittlung geregelt. Die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns wird dadurch nicht nur auf das eingeschränkt, was bei gewöhnlichem Lauf der Dinge und mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte,[713] sondern umfasst alle Vermögensvorteile, die dem Geschädigten zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch nicht zugeflossen und daher nicht mehr

[711] Hierzu siehe unten 4. Teil, IV. 2.2, 2.2.1, 2.2.2.
[712] *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 1.
[713] *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 3.

zugekommen sind, ohne das schädigende Ereignis aber zugeflossen wären.[714] Es kommt nicht darauf an, dass die Gewinnchance im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bereits vorhersehbar war.[715] Auch unerwartete Gewinnchancen stellen einen ersatzfähigen Schaden dar.[716] Nach § 252 Satz 2 BGB braucht der Geschädigte nur die Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Gelingt ihm dies, so besteht zu seinen Gunsten die Vermutung, dass der Gewinn tatsächlich erwirtschaftet worden wäre.

Vorab wurde erläutert, weshalb das konkrete Persönlichkeitsbild in Form des Berufsbilds und das Image einen Vermögenswert haben, den andere und der Rechtsgutsinhaber selbst sich zunutze machen können.

2. Die Verletzung von Image und Berufsbild einer Person als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB) – Anforderungen an eine Ehrverletzung

Ehrverletzungen liegen vor, wenn der Einzelne beschimpft, verächtlich gemacht oder herabgewürdigt wird, wenn ihm Eigenschaften zugesprochen werden, die Dritte als unhaltbar und intolerabel betrachten.[717] Solche Herabsetzungen erfolgen unter anderem auch dann, wenn ihm menschliche oder berufliche Unzulänglichkeiten vorgeworfen werden, die einen darüber hinausgehenden Vorwurf enthalten. Hierzu gehört der Vorwurf des beruflichen Versagens.[718]
Unhaltbare herabsetzende Kritik an beruflichen Leistungen kann die persönliche Ehre des Berufsträgers berühren, wenn diese kritischen Äußerungen an die Öffentlichkeit gelangen und nach Art und Inhalt nicht nur qualitative Mängel der Leistungen des Berufsträgers betreffen, sondern geeignet sind, ihm auch individuelle Unzulänglichkeiten zuzuschreiben,[719] die allerdings unzutreffend sind. Wird einem Berufsträger gegenüber Dritten Versagen bei seiner beruflichen Leistung vorgeworfen, greift dies folglich unmittelbar in seine

[714] *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 4.
[715] *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 6; *Spallino*, in: NK-BGB, § 252 Rn. 3.
[716] Vgl. *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 6.
[717] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rn. 100.
[718] *Rixecker*, in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rn. 100.
[719] *Rixecker*, in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rn. 100; vgl. *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 146.

Marktchancen ein. Eine mögliche Folge sind Gewinneinbußen für den Berufsträger. Ein ungerechtfertigter Eingriff in den sozialen Geltungsanspruch eines Berufsträgers kann seinen beruflichen Erfolg nachhaltig beeinflussen, denn die Gefahr, dass sich Dienst- und Arbeitgeber, Geschäftspartner und potenzielle Geschäftspartner abwenden, besteht.

Im Mittelpunkt steht hierbei die Äußerung als Mittel zur Ehrverletzung, deren Sinngehalt zunächst einmal auf Verständnisalternativen hin überprüft werden muss, da dieser maßgeblich den Grundrechtsschutz beeinflusst. Da das „sich äußern“ durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt wird, muss bei Äußerungen zwischen Tatsachenbehauptungen, die nur dann grundrechtlichen Schutz genießen, wenn sie der Wahrheit entsprechen, und Meinungsäußerungen, die einen viel weiteren Schutz durch Art. 5 Abs. 1 GG als Tatsachenbehauptungen genießen, unterschieden werden. Meinungsäußerungen sind durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt, obgleich sie wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, begründet oder unbegründet sind. Die Grenze zur Versagung des grundrechtlichen Schutzes wird dann überschritten, wenn die Meinungsäußerung durch Abwägung der Interessen, die für die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht fließende Ehre streiten, mit denen, die die Meinungsfreiheit verfolgt, festgestellt werden.

Erfolgt eine Kündigung eines Berufsträgers aufgrund der falschen Tatsachenbehauptung, er habe eine fehlerhafte Entscheidung im Rahmen seines beruflichen Wirkungskreises getroffen, wird das Bild eines tadellosen Berufsträgers angegriffen und verfälscht. Erforderlich ist hierfür, dass die Kündigung, die falsche Tatsachenbehauptung der unternehmerischen Fehlentscheidung und dadurch der in ihr liegende Versagensvorwurf an die Öffentlichkeit gelangt. Dies ist - wenn auch nicht immer – durch branchenspezifische Medien und auch durch die Mund-zu-Mund Propaganda in den Fällen, in denen die kündigende Gesellschaft kein Stillschweigen über die Umstände einer Kündigung behält, nicht auszuschließen. Die Person wird in einem anderen, d.h. belastenden Licht wahrgenommen, nämlich als ein Berufsträger, der nicht in der Lage ist, „richtige“ Entscheidungen zu treffen.

Wird eine außerordentliche Kündigung des Geschäftsführervertrages aus Anlass einer erfolglos gebliebenen unternehmerischen Entscheidung des Geschäftsführers ausgesprochen und wird im Wege der Interessenabwägung dem Umstand, dass keine erkennbaren Anhaltspunkte vorhanden waren, die zum damaligen Zeitpunkt gegen das Treffen der bestimmten unternehmerischen Handlung sprachen, nicht gebührend Rechnung getragen, so wird die Kündigungsentscheidung zulasten der beruflichen Ehre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des beruflichen Images des Geschäftsführers getroffen. Gerade in diesem Fall, in dem ex post die Ermessensentscheidung betrachtet wird, gebührt allerdings dem Interesse des Geschäftsführers zum Ersatz seiner ideellen Einbußen der Vorrang.

2.1. Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung

Tatsachen sind Äußerungen, die auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können.[720] Sie beziehen sich auf Sachverhalte, die beobachtet, erforscht, gemessen werden können, sowie darauf, dass ihr Vorhandensein insgesamt festgestellt werden kann.[721] Ob eine Äußerung als Tatsachenbehauptung einzustufen ist, ist davon abhängig, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist. Eine Äußerung, die auf Werturteilen beruht, kann sich als Tatsachenbehauptung erweisen, in dem Fall und soweit beim Adressaten gleichzeitig die Vorstellung von ganz bestimmten, in die Wertung eingekleideten Vorgängen hervorgerufen wird.[722]

Weist ein Werturteil einen Tatsachenkern auf oder ruft ein Werturteil die Vorstellung bestimmter Vorgänge bei den Empfängern hervor, deren Richtigkeit bewiesen werden kann, handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung.[723] Die Erklärung ist hingegen insgesamt als Werturteil zu qualifizieren, wenn sie *„in*

---

[720] BVerfGE 94, 1 m.w.N.

[721] *Rixecker,* in: MüKoBGB, Anh. zu § 12 Rn. 181.

[722] BGH NJW 1994, 2614, 2615. Bei dem hier zugrunde liegenden Fall klagte der Herausgeber eines Börsenjournals und Verleger eines Nachrichtenmagazins, der den „Allgemeinen Deutschen Nachrichtendienst“ (ADN) der ehemaligen DDR erwerben wollte, gegen eine Veröffentlichung in einem Magazin. In diesem Artikel steht über die Absicht der Übernahme: „Die Segnungen des Kapitalismus kennt *H* [Anm.: Kläger], 54, ganz genau. Der studierte Ökonom weiß, wie man Millionen macht. Wie man gekonnt pleite geht, das weiß er auch ... Außer einem zwiespältigen Ruf hat *H* nicht viel vorzuweisen. Sein Börsenblatt gilt in der Branche als mäßiger Tippdienst, die Kleinagentur D laviert seit Jahren am Rande des Abgrunds. Zweimal hat H schon pleite gemacht ...“.

[723] *Wagner,* in: MüKoBGB, § 824 Rn. 16 dort m.w.N.

entscheidender Weise durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt"[724] ist und die tatsächliche Behauptung als substanziell mangelhaft in den Hintergrund tritt.

In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die erkenntnistheoretischen Grundlagen der Rechtsprechung brüchig seien, denn der Mensch könne objektive Vorgänge nur subjektiv wahrnehmen und seine Wahrnehmung nur in subjektiver Färbung wiedergeben.[725]

Die Zulässigkeitsfeststellung der Äußerung bedarf einer umfassenden Abwägung der jeweils betroffenen Interessen, bei der alle relevanten Umstände zu berücksichtigen sind.[726] Die Abwägung hängt bei Tatsachenbehauptungen im Wesentlichen vom Wahrheitsgehalt der Äußerung ab. Wahre Aussagen müssen grundsätzlich hingenommen werden, selbst wenn sie nachteilig für den Betroffenen sind, unwahre hingegen nicht.[727] Meinungen hingegen sind Äußerungen, die durch wertende Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind.[728] Vermengen sich wertende und tatsächliche Elemente in einer Äußerung, dann kann die Richtigkeit der tatsächlichen Elemente im Rahmen der Abwägung eine Rolle spielen. Erhält die Meinungsäußerung erwiesenermaßen unwahre oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen, so tritt in der Regel die Meinungsäußerungsfreiheit hinter das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurück.[729]

2.2. Der Ausspruch einer Kündigung als das Image und das Berufsbild einer Person schädigenden Handlung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das Recht am Persönlichkeitsbild einer Person ist verletzt, wenn auf diese ein neues Licht fällt, durch die deren Persönlichkeitsbild verändert wird.[730] Dabei wird durch Tatsachenbehauptungen und Werturteile in eigenpersönliche

---

[724] *Wagner,* in: MüKoBGB, § 824 Rn. 16.
[725] *Tilmann*, NJW 1975, 758, 760 f; vgl. auch *Wenzel*, GRUR 1970, 278, 280; *Pärn*, NJW 1979, 2544 f.
[726] BVerfG NJW 2008, 358, 359; BGH NJW 2008, 2110, 2111.
[727] BGH NJW 2008, 2110, 2111.
[728] BVerfGE 85, 1, 15.
[729] BGH NJW 2008, 2110, 2111.
[730] *Beuthien,* Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307, 316.

Lebensdaten eingegriffen.[731] Der Ausspruch einer Kündigung[732] hat, unabhängig von den ihr zugrunde liegenden Gründen immer einen negativen Beigeschmack. Mit ihr wird grundsätzlich ein weitergehendes Unwerturteil über die gekündigte Person verbunden. Dienst- und Arbeitsverhältnisse werden grundsätzlich mit dem Ziel einer länger andauernden Beschäftigung abgeschlossen. Erfolgt die Kündigung seitens des Dienst- bzw. Arbeitgebers, wird zunächst ein tadelnswertes Fehlverhalten vermutet oder an mangelnde berufliche Fähigkeiten des Gekündigten gedacht, die zur Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses führten. Sowohl das Berufsbild als auch berufliche Ehre des Gekündigten erfahren in diesem Moment eine meistens nachhaltig wirkende, ernsthafte Beeinträchtigung. Der Äußerung einer Kündigung wohnt ein Tatsachengehalt inne. Mit Ausspruch der Kündigung werde für einen unbefangenen Dritten zum Ausdruck gebracht, dass der betreffenden Person der Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens und/oder der Vorwurf von persönlichen Eigenschaften wie Verhaltensweisen, die die Kündigung rechtfertigen, gemacht wird. Wird der Kündigungsgrund offengelegt - im vorliegenden Fall eine erfolglose unternehmerische Entscheidung - entsteht in der öffentlichen Wahrnehmung der Eindruck, dass der Geschäftsführer unqualifiziert ist oder zumindest schlechte geschäftliche Entscheidungen trifft. Diese Meinung wird öffentlich verbreitet, wenn sie beispielsweiße Gegenstand der Berichterstattung in einem Branchenmedium ist. Diese Aussage ist eingebettet in die Bewertung des Geschäftsführers als eine Person, die mit wirtschaftlichen Instrumentarien, wie sie die marktwirtschaftliche Ordnung zur Verfügung stellt, nicht umzugehen weiß. Aus diesen Gründen ist der Ausspruch einer Kündigung als Tatsachenbehauptung und nicht als Werturteil zu bewerten, da in beiden Fällen das der gekündigten Person zum Vorwurf gemachte Verhalten nach objektiven Maßstäben und wirtschaftswissenschaftlichen Instrumentarien nachprüfbar ist.

An diesem Punkt ist zuzugestehen, dass der Ausspruch einer Kündigung ein von der Rechtsordnung vorgesehenes Instrumentarium zur Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses darstellt, für das der Rechtsstaat – zumindest im

---

[731] *Beuthien,* ebenda.

[732] Die Wertentscheidungen nachfolgender Ausführungen können analog auch auf die Auswirkungen eines grundlosen Widerrufs der Geschäftsführerbestellung angewendet werden.

Arbeitsverhältnis – durch die Kündigungsschutzklage ein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Verfügung stellt. In diesem Verfahren kann die Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Kündigung überprüft und festgestellt werden. In der allgemeinen Verkehrsanschauung ist hinreichend bekannt, dass gegenüber erteilten Kündigungen der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten beschritten werden kann und damit die Wirksamkeit, folglich also die Recht**mäßigkeit** der ausgesprochenen Kündigung stets unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung steht. Erweist sich eine ausgesprochene Kündigung als rechtswidrig, ist der Arbeitgeber gegebenenfalls verpflichtet, den Arbeitnehmer durch Wiedereinstellung zu rehabilitieren.[733] Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein wegen Verdachts einer rechtswidrigen Handlung entlassener Arbeitnehmer diesen Vorwurf entkräftet oder sogar das Gegenteil beweist. In einer ausgesprochenen Kündigung kann grundsätzlich also noch kein rechtserheblicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gekündigten gesehen werden.[734] Bei Feststellung der **Rechtswidrigkeit** der ausgesprochenen Kündigung wird die Rechtslage und die Tatsachengrundlage, auf der die Kündigung beruht, bestätigt. Die Beeinträchtigung von Ruf und Berufsbild sind in diesem Fall rechtmäßig. Ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine relevanten Ausprägungen, nämlich in den Ruf und das Berufsbild des Gekündigten, liegt in dem Fall nicht vor.

Anders ist es hingegen in den Fällen,[735] in denen von der Rechtsordnung kein eigens dafür vorgesehenes Überprüfungsinstrument entsprechend der Kündigungsschutzklage des KSchG und insbesondere keine normierten materiellen Kündigungsschranken vorgesehen sind, wie dies im Falle der Kündigung von Geschäftsführeranstellungsverhältnissen aktuell noch der Fall ist. Folgt man nicht der hier vertretenen Auffassung, materielle Kündigungsschranken aus der Business Judgement Rule herzuleiten oder folgt man dieser Auffassung, werden diese Kündigungsschranken jedoch im Rahmen der Kündigungsentscheidung völlig ausgeblendet, kann sich der Geschäftsführer

[733] AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 50; AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 2.
[734] LAG München, Urteil vom 30.12.2010, Az. 11 Sa 520/09.
[735] Existiert ein gesetzlich geregeltes Verfahren der Rechtspflege zur Überprüfung der Recht- oder Rechtswidrigkeit einer Kündigung, ist die Rechtswidrigkeitsgrenze dann überschritten, wenn bewusst unwahre Behauptungen und diffamierende Schmähkritik vorliegen.
Vgl. LAG München, Urteil vom 30.12.2010, Az. 11 Sa 520/09.

zwar an die ordentlichen Gerichte wenden. Diese werden allerdings mangels (bis heute) anerkannter materieller Kündigungsschranken neben der Überprüfung der formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einen „Einzelfallmaßstab“ anlegen, der über Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung entscheidet. Durch den unzureichenden Überprüfungsmechanismus wird die Kündigung in der Regel nur auf formelle Kündigungsschranken hin überprüft, ihr materieller (Un-)Wertgehalt ist nicht Gegenstand des ordentlichen Zivilverfahrens. In diesen Fällen ist der erfolgte Eingriff in die berufliche Ehre und das Berufsbild auf der einen Seite allein aufgrund formell eingehaltener Voraussetzungen rechtmäßig. Ihr materieller Unwertgehalt besteht aber weiterhin als Möglichkeit. Die Beeinträchtigung in Bezug auf das berufliche Fortkommen und die berufliche Ehre ist zudem massiv.

Viel wichtiger ist es daher in diesen Fällen, dass der Gekündigte **Recht in umgekehrter Richtung** beanspruchen kann, nämlich durch Anstrengung eines gerichtlichen Verfahrens, bei dem er die Chance hat, darzulegen und zu beweisen, dass die ausgesprochene Kündigung rechtswidrig gewesen ist und seinem Ruf und seinem Berufsbild Schaden zugefügt hat. Die Folge ist die Beeinträchtigung seines beruflichen Fortkommens.

Untersucht wird nun, inwiefern der Ausspruch einer Kündigung an sich eine Ehrverletzung darstellen kann.

2.2.1. Der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung als eine die Ehre und das Image verletzende Handlung

Insbesondere das Instrument der ordentlichen Kündigung dient nicht dazu, Beschäftigte wegen mangelnder Leistungen zu kündigen, sondern unter anderem auch, um auf veränderte betriebliche Umstände zu reagieren. Selbst wenn der Ausspruch der Kündigung bereits als Handlung eine Ehrverletzung darstellt, wäre diese durch als dringend eingestufte betriebliche Gründe gerechtfertigt.
Die Interessenabwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Interesse des Kündigenden an seiner beruflichen Handlungsfreiheit geht hier grundsätzlich zugunsten des Art. 2 Abs. 1 GG aus. Selbst wenn die Kündigung in diesem Fall einen negativen Beiklang haben sollte, kann dieser

durch Offenlegung der wahren Kündigungsgründe entschärft werden. Eine bleibende Ehrverletzung aufseiten des Gekündigten ist in diesem Fall nicht zu befürchten.

2.2.2. Der Ausspruch einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung als eine die Ehre und das Image verletzende Handlung

Problematischer ist der Fall einer **ordentlichen Kündigung** und darüber hinaus auch der einer **außerordentlichen Kündigung**, die auf ein Verhalten des Gekündigten (verhaltensbedingte Kündigung) oder einen Zustand in der Person des Gekündigten (personenbedingte Kündigung) zurückzuführen ist. Zur Beantwortung der Frage, ob in diesem Fall der Ausspruch der Kündigung mit ihrem Bekanntwerden reputationsschädigende Wirkung hat, muss vorab geklärt werden, ob die Kündigung[736] aus Anlass eines in engem sachlichen und örtlichen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit stehenden und einen bestimmten historisch abgrenzbaren Lebensvorgang bildenden Verhaltens des Gekündigten steht. Wird Vorstehendes bejaht, suggeriert dies der Außenwelt, dass der Ausspruch der Kündigung aufgrund eines Sachverhaltes erfolgte, der zur Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich geeignet ist. Dies legt weiter nahe, dass die Kündigung auf einem wahren Sachverhalt beruhen muss, der tatsächlich zur Kündigung berechtigt. Im Ergebnis wird dem Gekündigten durch Ausspruch der Kündigung zunächst die persönliche und/oder fachliche Fähigkeit abgesprochen, für diese Position geeignet zu sein.

Der Ausspruch einer (personen- oder verhaltensbedingten) Kündigung sind eine dem Beweis zugängliche Tatsache und eine Folgetatsache immanent. Nämlich, dass

1. ein die Kündigung rechtfertigender Sacherhalt vorgelegen hat,
2. der auf eine bestimmte Eigenschaft bzw. Handlung oder ein Gesamtverhalten des Gekündigten zurückzuführen ist, das von solcher Art und Natur ist, dass die weitere Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses nicht gerechtfertigt werden kann.

Die Behauptung, ein bestimmter, die Rechtfertigung einer Kündigung stützender Sachverhalt sei auf die Person des Gekündigten zurückzuführen, ist

[736] Gemeint sind die ordentliche und die außerordentliche Kündigung.

grundsätzlich geeignet, die berufliche Ehre und das Berufsbild des Gekündigten zu verletzen. Der Gekündigte ist für die Beschäftigung in der konkreten Position nicht geeignet.

Nicht von Bedeutung ist die Differenzierung zwischen personenbedingter und/oder verhaltensbedingter Kündigung. Ob eine (charakterliche) Eigenschaft in der Person des Gekündigten oder ein Verhalten desselben zur Kündigung geführt hat, ist dem Beweis zugänglich. Liegt der Vorwurf beruflichen Versagens vor, kann anhand objektiver Kriterien überprüft werden, ob der gekündigte Berufsträger bei einer Handlung bzw. Entscheidung gegen Regeln der Wissenschaft oder gegen anerkannte Standards des jeweiligen Berufsfeldes verstoßen hat. Hier schließt sich der Kreis zu den Voraussetzungen der Business Judgement Rule und dem Ruf, ihnen materielle Kündigungsschranken für Kündigungen aus Anlass unternehmensbezogener Entscheidungen zu entnehmen.

3. Folgeansprüche - Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB

Bei Erfüllung des Tatbestands des § 823 Abs. 1 BGB hat der Geschädigte Anspruch auf Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Der Geschädigte hat nach dem Grundsatz der Totalreparation Anspruch auf den vollen Ausgleich aller Nachteile, ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens des Schädigers. Für den Umfang der Haftung ist es irrelevant, ob der Schädiger vorsätzlich, grob fahrlässig oder leicht fahrlässig gehandelt hat, sodass sich das Verschulden des Schädigers bloß auf die Verletzungshandlung, den Ausspruch einer rufschädigenden Kündigung und die Rechtsgutsverletzung, den Rufschaden, zu beziehen braucht. Auf den zukünftigen Erwerbsschaden als Folgeschaden der Primärrechtsgutsverletzung muss sich der Vorsatz nicht beziehen.[737] Der gekündigte Geschäftsführer wird in einem Prozess auf Ersatz seines Fortkommensschadens aufgrund einer rufschädigenden Kündigung geltend machen, die Beendigung des Anstellungsverhältnisses habe einen nachhaltigen Rufschaden nach sich gezogen, der ihn sein gesamtes Berufsleben begleiten wird. In der Zukunft wird der Geschäftsführer geringere Verdienstmöglichkeiten haben, da sein Marktwert stagniert. Eine Positions- und Gehaltssteigerung wird er, wenn überhaupt, dann, im Vergleich zu seinem

[737] Vgl. *Staudinger,* in: HK-BGB, § 823 Rn. 84.

Werdegang ohne das schädigende Ereignis, erst verzögert erreichen, nachdem er sich wieder in seinem Berufsfeld auf einer niedrigeren Position profiliert hat.

Zentral geht es um die Frage, wie die berufliche Entwicklung des Geschäftsführers ohne das Schadensereignis verlaufen wäre.[738] Hierfür bedarf es gemäß § 252 BGB einer Prognose gemäß dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, namentlich auf der Grundlage dessen, was zur Ausbildung und bisherigen beruflichen Situation des Geschädigten festgestellt werden kann.[739]

3.1. Darlegungs- und Beweislast

An das Treffen einer Prognose hinsichtlich der zukünftigen beruflichen Entwicklung dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.[740] Denn Zweck des § 252 Satz 2 Alt. 1 BGB ist es, dem Geschädigten den Beweis zu erleichtern. Zwar muss er die Tatsachen darlegen, aus denen sich die Prognose eines zukünftigen Gewinns ergibt, und in den durch § 287 ZPO gezogenen Grenzen beweisen.[741] Die volle Gewissheit, dass der Gewinn tatsächlich gezogen worden wäre, ist aber nicht erforderlich.[742] Bleibende Risiken können mit einem gewissen Abschlag berücksichtigt werden.[743]

Ausgangspunkt für den Schadensersatz ist der Kontinuitätsgrundsatz, dass die weitere berufliche Entwicklung so verlaufen wäre wie bis zum schädigenden Ereignis.[744] Der geschädigte Geschäftsführer kann sich auf die Behauptung und den Nachweis derjenigen Tatsachen beschränken, bei deren Vorliegen die Vermutung aus § 252 Satz 2 BGB eingreift (Anknüpfungstatsachen).[745] Die vorgetragenen Anknüpfungstatsachen müssen geeignet sein, die nach § 287 ZPO vorzunehmende Schadenschätzung auch in Bezug auf die Wahrscheinlichkeitsprüfung zu ermöglichen.

---

[738] BGH r+s 2000, 415, 416 zum Schadensersatz aufgrund einer Körperverletzung; BGH r+s 1998, 195; OLG Köln NJOZ 2014, 169, 172, 173.
[739] BGH r+s 2000, 415, 416; BGH r+s 1998, 195; BGH NJW 1997, 937, 938; BGH NJW 1981, 818, 819; OLG Köln NJOZ 2014, 169, 172, 173.
[740] BGH NJW 2005, 3348, m.w.N.
[741] *Oetker,* in: MüKoBGB, § 252 Rn. 37.
[742] BGH NJW 2005, 3348, m.w.N.
[743] *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 38.
[744] *Ch. Huber*, in: NK-BGB, § 843 Rn. 10, m.w.N.
[745] *Oetker,* in: MüKoBGB, § 252 Rn. 37.

3.2. Bemessungsfaktoren

Beweisrechtlich ist zunächst davon auszugehen, dass das in dem letzten Einkommenssteuerbescheid ausgewiesenen Nettoeinkommen den Mindestschaden darstellt.[746] Besonders zu berücksichtigen ist aber, dass auch die wahrscheinliche künftige berufliche Entwicklung zu berücksichtigen ist.[747] Einem gekündigten Geschäftsführer hängt ein merkantiler Minderwert an, der darauf beruht, dass seiner Leistungsfähigkeit nicht mehr getraut wird. Insoweit kann eine Parallele zum merkantilen Minderwert bei Kraftfahrzeugen gezogen werden, ohne dass darin eine unzulässige Gleichstellung der Person des Geschäftsführers mit einer Maschine, sondern nur die schadensersatzrechtliche Berücksichtigung von Marktgegebenheiten liegt.[748]

In die Schadensschätzung einzubeziehen sind die Entwicklungschancen des Geschäftsführers, die abhängig sind von

1. Alter,
2. Ausbildung,
3. Berufserfahrung,
4. Fähigkeiten des Geschäftsführers
5. Umfang und Bedeutung seiner bisherigen Tätigkeiten,
6. bisherige Gehaltsentwicklung des Geschäftsführers.

Es ist grundsätzlich damit zu rechnen, dass der Geschäftsführer im weiteren Verlauf seiner beruflichen Laufbahn eine Gehaltsteigerung erreichen würde, die er aufgrund der nunmehr erfolgten Kündigung gar nicht oder verzögert, z.B. erst nach einer längeren Bewerbungsphase oder nach der Akzeptanz von schlechter bezahlten Stellen, erreichen wird, sodass es zu einem Schadenseintritt kommt.

3.3. Nachteil für das Fortkommen nach § 842 BGB

Die Norm entspricht den schadensrechtlichen Grundsätzen nach §§ 249 ff. BGB und dient lediglich der Klarstellung, dass auch Nachteile für den Erwerb und das Fortkommen einer durch eine unerlaubte Handlung verletzten Person, zu den Vermögensschäden gehören, ersatzfähig sind.[749] Der Unterschied zwischen Nachteilen für das Fortkommen und Nachteilen für den Erwerb besteht

---

[746] *Oetker,* in: MüKoBGB, § 252 Rn. 24, 29.
[747] *Oetker,* in: MüKoBGB, § 252 Rn. 34.
[748] Vgl. entsprechend *Oetker,* in: MüKoBGB, § 252 Rn. 26.
[749] *Spindler,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 842 Rn. 1.

wiederum darin, dass erstere weniger greifbar sind.[750] Die in ihrem Recht verletzte Person hat auf solche Gegenleistungen zum Zeitpunkt der Schadenshandlung keinen rechtlich gesicherten Anspruch.[751] Er hätte sie allerdings nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge erzielt.[752] Zu ersetzen sind alle wirtschaftlichen Einbußen[753] des Geschädigten, soweit er seine Arbeitskraft wegen der Verletzung nicht einsetzen kann.[754] Auf den ersten Blick könnte der Einwand erhoben werden, der Geschädigte sei trotz Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Lage, seinen Beruf auszuüben. Eine körperliche oder geistige Beeinträchtigung, die ihn daran hindern könnte, liege nicht vor. Dies wäre eine unzulässige Einengung der Norm und steht im Widerspruch zu ihrem Sinn und Zweck. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 842 BGB setzt gerade eine gegen eine Person gerichtete unerlaubte Handlung voraus, sodass alle Verletzungen von persönlichen Rechtsgütern, wie Körper und Gesundheit, Ehre, allgemeines Persönlichkeitsrecht etc., von der Norm erfasst werden.[755] Obwohl der Wortlaut von „gerichtetem“ Handeln spricht, muss es nicht zielgerichtet auf die Schädigung einer Person sein. Ausreichend ist auch fahrlässiges Handeln.[756] Gegen eine Person gerichtet sind also nicht nur Eingriffe in die körperliche Integrität des Menschen, sondern auch solche in die Freiheit, die Ehre oder in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.[757] Darauf abzustellen ist, dass der Geschäftsführer aufgrund des erlittenen Rufschadens daran gehindert ist, seine Arbeitskraft derart einzusetzen, wie er dies ohne den Rufschaden hätte tun können. Hierfür spricht, dass der Verlust einer noch nicht rechtswirksam begründeten Aussicht auf eine Erwerbsstellung als Nachteil für das Fortkommen zu ersetzen ist.[758] Denn § 842 BGB umfasst auch hypothetische Einkommenszuwächse aufgrund möglicher Beförderungen.[759] Ersatzfähig ist also die Chance auf berufliches Fortkommen, die nicht nur dann beeinträchtigt wird, wenn lediglich ein körperlicher Schaden eingetreten ist. Das Merkmal

---

[750] *Ch. Huber*, in: NK-BGB, § 843, Rn. 7.
[751] *Ch. Huber*, in: NK-BGB, § 843, Rn. 7, m.w.N.
[752] *Ch. Huber*, in: NK-BGB, § 843, Rn. 7, m.w.N.
[753] Die Berechnung des Schadens entspricht derjenigen unter 4. Teil, IV. 3.1. und 3.2. erläuterten. Siehe auch, *Spindler,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 842 Rn. 5.
[754] *Spindler,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 842 Rn. 5.
[755] *Spindler,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 842 Rn. 2.
[756] *Staudinger*, in: HK-BGB, § 842 Rn. 2.
[757] *A. Teichmann,* in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § 842 Rn. 2.
[758] *Spindler,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § 842 Rn. 8.
[759] *Ch. Huber*, in: NK-BGB, § 843 Rn. 7, m.w.N.

„Fortkommen“ verdeutlicht, dass nicht nur aktuelle Erwerbseinbußen erfasst werden, sondern auch die Verringerung der nach den tatsächlichen Gegebenheiten begründeten Aussicht auf wirtschaftliches oder berufliches „Vorwärtskommen“ ersatzpflichtig ist.[760]

Bereits im Jahre 1953 entschied der BGH[761] in einem Fall, bei dem ein der NSDAP angehörender technischer Direktor einer Zuckerfabrik aufgrund der Weitergabe unrichtigen und entstellten Materials durch den beklagten NSDAP-Ortsgruppenleiter aus seinem Dienstverhältnis entlassen wurde, dass im Rahmen der Schadensermittlung die Stellung des Geschädigten im Erwerbsleben und die hierdurch gegebenen Verdienstmöglichkeiten, wie sie ohne das schädigende Ereignis und den durch die verursachten Verlust der früheren Berufsposition bestanden haben würde, zu berücksichtigen sind.[762] Der BGH erkannte dabei an, dass bei Feststellung der besonderen Leistungen und einer günstigen Konjunkturlage dem Geschädigten auch Ersatz für die entgangene Besserstellung zu leisten ist, wenn er infolge der schädigenden Kündigungshandlung an entsprechenden Verdienstmöglichkeiten gehindert wurde (§ 252 BGB). Dabei kann der Schaden nur unter Anstellung hypothetischer Erwägungen ermittelt werden, welche Einnahmen der Geschädigte ohne den Verlust seiner Stellung in einem bestimmten Zeitraum erzielt hätte.[763] Diese vom BGH im Jahr 1958 aufgestellten Grundsätze zum Fortkommensschaden beanspruchen auch heute noch Geltung.[764]

3.4. Beweislast

Fällt der bisherige Werdegang des Geschäftsführers weder besonders positiv noch negativ auf, ist die übliche Laufbahnentwicklung zugrunde zu legen.

Will sich eine Partei auf eine Abweichung von der durchschnittlichen Entwicklung berufen, muss sie die dafür relevanten Tatsachen darlegen und ggf. beweisen.[765] Sprechen die bisherigen Leistungen des Geschäftsführers dafür, dass er eine bestimmte Karriere hätte einschlagen können, müssen die dadurch zu erzielenden Einkünfte berücksichtigt werden.

---

[760] *Staudinger*, in: HK-BGB, § 842 Rn. 5.
[761] BGH NJW 1953, 977.
[762] BGH NJW 1953, 977, 978.
[763] BGH NJW 1953, 977, 978.
[764] Vgl. etwa *Wagner,* in: MüKoBGB, § 842, Rn. 29.
[765] *Wagner,* in: MüKoBGB, § 842 Rn. 29.

4. Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB

Lagen die mit Ausspruch der Kündigung immanenten Vorwürfe nachweislich nicht vor, ist die Anwendbarkeit der Schutzgesetzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB neben § 823 Abs. 1 BGB und § 824 BGB grundsätzlich möglich, sofern die Kündigung Dritten gegenüber zur Kenntnis gebracht wird. Da die kündigende Gesellschaft zuvor hätte nachprüfen können, ob die zur Kündigung führenden Vorwürfe vorliegen, kann sie sich auch nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen gemäß § 193 StGB.

5. Zwischenfazit

Der Ausspruch einer rechtswidrigen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung zieht wegen der Rechtsgutsverletzung der persönlichen Ehre nach §§ 823 Abs.1, 249 Abs.1, 252 BGB einen Schadensersatzanspruch nach sich.

Bei der Bezifferung des dem Geschäftsführer zustehenden Schadensersatzes geht es im Kern um die Ermittlung seines beruflichen Werdegangs in Geld, der ohne den Ausspruch der ehrverletzenden Kündigung eingetreten wäre.

Im Rahmen dieses zu ermittelnden **Fortkommensschadens,** der wesentlich durch die klarstellende Norm des § 842 BGB geprägt wurde, sind die hypothetischen Einkommenszuwächse[766] zu ermitteln. Dabei sind die in der Person des geschädigten Geschäftsführers liegenden Umstände, die sich je nach Gang der Entwicklung günstig oder ungünstig auf die Einkommensmöglichkeit auswirken, festzustellen. Ein Geschäftsführer, der besonders herausgehobene Leistungen vorzuweisen und gut bezahlte Anstellungsverhältnisse hatte, erfährt durch eine unberechtigte Kündigung eine Beeinträchtigung dieses positiven Bildes mit der Folge, dass er ungünstigere Verdienstmöglichkeiten in Kauf nehmen muss und seine bevorzugten Berufs- und Erwerbsmöglichkeiten gar nicht mehr oder erst zu einem späteren Zeitpunkt, als es die allgemeine hypothetische Entwicklung ohne das schädigende Ereignis mit sich bringen würde, wahrnehmen kann. Mögliche Karrieresprünge müssen berücksichtigt und anhand der fachlichen Qualifikationen und des bisherigen Einsatzes des Geschädigten prognostiziert werden.[767]

---

[766] *Wagner,* in: MüKoBGB, § 842 Rn. 29.
[767] *Wagner,* in: MüKoBGB, § 842 Rn. 29.

V. Der Ausspruch einer das Image und das Berufsbild schädigenden Kündigung als vertragliche Nebenpflichtverletzung

1. Vorbemerkung

Die Norm des § 280 Abs. 1 BGB ist die Anspruchsgrundlage auch für den Fall, dass eine Vertragspartei eine aus dem Schuldverhältnis resultierende Verpflichtung „zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen" der anderen Vertragspartei (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt.

In § 241 Abs. 2 BGB werden selbst keine Pflichten statuiert, sondern es wird vorausgesetzt, dass entsprechende Schutzpflichten sich dem Schuldverhältnis entnehmen lassen.[768] Im Bereich des Arbeitsrechts kann sich eine vertragliche Haftung des Arbeitsgebers in der Regel aus jeder Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, gleichgültig ob Haupt- oder Nebenpflichten (§ 280 Abs. 1 bzw. § 241 Abs. 2 BGB), ergeben.[769] Die sich aus dem jeweiligen Schuldverhältnis ergebenden Rücksichtspflichten, finden ihre dogmatische Herleitung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB.[770] Die Rücksichtspflichten werden in zwei große Gruppen unterteilt: Die Informationspflichten einerseits und die Fürsorge- und Obhutspflichten andererseits. Bei der letzten Fallgruppe liegt der Unterschied darin, dass sich Obhut auf einen Gegenstand bezieht, während Fürsorge Rücksichtnahme auf eine Person meint.[771]

Mit Eingang eines Vertragsverhältnisses und des sich daraus ergebenden notwendigen sozialen Kontakts der Vertragspartner untereinander, wird eine faktische Einwirkungsmöglichkeit der Vertragspartner auf die Rechtsgütersphäre und Interessen des jeweiligen Vertragspartners geschaffen.[772] Der Vertragspartner ist stärker verletzbar als ein Dritter, mit dem kein Vertragsverhältnis besteht.[773] Wird ein Dienstverhältnis begründet, öffnet der Dienstnehmer dem Dienstgeber die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechtsgüter, wozu das allgemeine Persönlichkeitsrecht, aber auch die Grundrechte des Dienstnehmers insgesamt gehören.

---

[768] *Ernst,* in: MüKoBGB, § 280 Rn. 93.
[769] *B. Schwab*, NZA-RR 2006, 505.
[770] *A. Teichmann,* JA 1984, 545 f.; *ders.*, JA 1984, 709, 712.
[771] *Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 436, 487.
[772] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 712, *Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 394, 395.
[773] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 712.

§ 242 BGB knüpft an eine soziale Rolle[774] nämlich dahingehend an, dass von dem einzelnen Vertragspartner erwartet werden soll, die berechtigten Interessen des anderen Vertragsteils nach „Treu und Glauben“ zu respektieren und zu schützen. Aus § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem jeweiligen Schuldverhältnis folgt die Pflicht zur Fürsorge gegenüber dem anderen Teil, also zur Rücksichtnahme auf die andere Vertragspartei.[775] Die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rücksichtnahmepflichten treten neben die allgemeinen Normen des Rechtsgüterschutzes aus §§ 823 ff. BGB.[776] Der Vorteil dabei ist, dass § 241 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 BGB, auch direkte Vermögensbeeinträchtigungen der anderen Vertragspartei schützt.[777]

Inhaltlich geht die Verpflichtung des Vertragspartners grundsätzlich dahin, dass er schutzwürdige materielle und/oder immaterielle Rechtsgüter des anderen nicht verletzt[778] und vermeidbare Schädigungen unterlässt.[779] Der Begriff „vermeidbar“ stellt auf die Zumutbarkeit einer vorzunehmenden Güterabwägung ab; gegeneinander abzuwägen ist das Verhältnis zwischen Gefährdung des zu schützenden Rechtsguts und dem zu betreibenden Aufwand, die Gefährdung zu beseitigen.[780]

1.1. Ausspruch einer unberechtigten Kündigung als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

Die in § 241 Abs. 2 BGB genannten Rücksichtspflichten begründen auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs[781] im Rahmen von bestehenden Schuldverhältnissen. Der Rechtsinhaber ist angehalten, seine Rechte unter Berücksichtigung der Interessen seines Vertragspartners auszuüben.[782] Eine Vertragspartei, die ein Gestaltungsrecht ausübt, das gegen materielle

[774] *A. Teichmann,* JA 1984, 545.
[775] *Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 487.
[776] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 712.
[777] *Canaris*, JZ 2001, 499, 519; *Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 423.
[778] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 713.
[779] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 713.
[780] *A. Teichmann*, JA 1984, 709, 713.
[781] *Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 424.
[782] Vgl. *Olzen,* in: Staudinger BGB (2019), § 241 Rn. 424.

Kündigungsschranken verstößt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und handelt pflichtwidrig im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB.[783]

Wird eine Kündigung unter Nichtbeachtung der sie rechtfertigenden Voraussetzungen ausgesprochen, so verletzt der Kündigende die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Interessen des Gekündigten.
Im Falle des Geschäftsführers ist die Gesellschaft angehalten, vor Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung** die vorab aufgezeigten Kündigungsschranken zu prüfen und die gegenseitigen Interessen abzuwägen.
Der Ausspruch einer erkennbar unberechtigten außerordentlichen Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes ist rechtswidrig. Wird nachträglich festgestellt, dass der Geschäftsführer bei Vornahme der zur Kündigung veranlassenden unternehmerischen Entscheidung innerhalb des anerkannten Pflichtenmaßstabs und innerhalb der Grenzen der Business Judgement Rule gehandelt hat und diese Grundsätze nicht vor Ausspruch der Kündigungsentscheidung angewandt wurden, ist die ausgesprochene Kündigung rechtswidrig und berechtigt ihn zur Geltendmachung des ihm durch die Kündigung entstandenen Schadens.

Weiter kann Anlass dazu bestehen, eine **außerordentliche Kündigung** als Treuepflichtverletzung einzustufen, der Umstand sein, dass der Geschäftsführer verpflichtet ist, bestimmte Risikoentscheidungen zum Zwecke der Gewinnoptimierung zu treffen, die sich im Nachhinein als falsch herausstellen. Eine Missachtung dieses Umstands bewirkt im Rahmen der Interessenabwägung der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht. Die vorzunehmende Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung muss zwischen den Interessen des Kündigenden und den Interessen des Gekündigten abwägen, zu denen auch die Grundrechte zählen.[784] Dabei darf es nicht ausschließlich bei einer pauschalen Aussage bleiben, die Interessen des Geschäftsführers seien in die Interessenabwägung miteingeflossen. Vielmehr bedarf es einer tatsächlich vorgenommenen und begründeten Interessenabwägung, die **einer nachträglichen**

[783] Vgl. BGH NJW 2009, 1262, 1263.
[784] Vgl. *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2019), § 242 Rn. 144, 145.

Schlüssigkeitsüberprüfung zugänglich ist. Dabei ist klarzustellen, dass es im Rahmen der vertraglichen Nebenpflichtverletzung nicht darauf ankommt, ob auch eine Ehrverletzung tatsächlich vorliegt. Es genügt schon die unvollkommene Ausübung der Interessenabwägung, bzw. die unterlassene Prüfung der Kündigungsentscheidung anhand der aufgestellten Kriterien der Business Judgement Rule, um eine solche Verletzung und den vertraglichen Schadensersatzanspruch zu begründen. Die Durchsetzung dieses vertraglichen Schadensersatzanspruchs ist in der Praxis tragfähiger als die von vielen Einzelfaktoren abhängige Geltendmachung einer Persönlichkeitsverletzung.

Die **ordentliche Kündigung** eines GmbH-Geschäftsführers ist nach der gegenwärtigen Rechtslage wegen Nichtanwendbarkeit des KSchG ohne sachlichen Grund unter bloßer Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist grundsätzlich rechtmäßig möglich. Auch wenn die kündigende Gesellschaft folglich an sich die Möglichkeit hat, eine ordentliche Kündigung auszusprechen, ohne dass sie Gefahr läuft, nachträglich mit ihrer Rechtswidrigkeit konfrontiert zu werden, muss sie trotzdem vor Ausspruch der Kündigung auf schutzwürdige Belange des Geschäftsführers, insbesondere auf drohende Gefährdungen seiner wirtschaftlichen Existenz, Rücksicht nehmen.[785] In diese Überlegung fließen zum einen das Interesse der kündigenden Partei ein, von einem ihr zustehenden Recht Gebrauch zu machen, und zum anderen das Integritätsinteresse der gekündigten Partei mit ein. Insbesondere ist bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung zu beachten, dass auch im nicht vom KSchG behüteten Anstellungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer die Grundsätze des venire contra factum proprium und dem Verbot der unzulässigen Rechtsausübung weiterhin Geltung beanspruchen, deren Verletzung einen Verstoß gegen § 241 Abs. 2 BGB darstellt. Eine Verletzung dieser Grundsätze führt zum Wegfall des an sich bestehenden ordentlichen Kündigungsrechts.[786] Wie bereits festgestellt, ist es daher sachgerechter, keine ordentliche Kündigung im unmittelbaren zeitlichen Kontext der Umsetzungsphase der unternehmerischen Entscheidung auszusprechen und zuvor deren endgültiges Resultat abzuwarten.[787]

---

[785] Vgl. *Bachmann*, in: MüKoBGB, § 241 Rn. 103.
[786] Ausführlich hierzu 4. Teil, I. 5.4. insbes. aber 5.5. ff.
[787] Siehe hierzu 4. Teil, I. 5.4., 5.5.4.

1.2. Entkräftung denkbarer Kritik

Hiergegen könnte man einwenden, dass die Rücksichtnahmepflicht kein dauerhaftes Bindungsrecht des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft bedeuten darf. Immerhin habe die Gesellschaft durch Einhaltung der Kündigungsfristen im Rahmen der ordentlichen Kündigung und durch Nennung eines wichtigen Grundes und nach erfolgter Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung die – zurzeit einzigen – Kündigungsschranken überwunden.

Zu bedenken ist aber, der berechtigten Erwartung des Geschäftsführers gerecht zu werden, dass der Anstellungsvertrag besteht, solange er in Bezug auf eine konkrete operative Maßnahme auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Verknüpfung mit der Business Judgement Rule als Kündigungsschranke für Geschäftsführeranstellungsverträge bleibt also bestehen.

2. Schadensersatz aus §§ 611 Abs. 1, 241 Abs. 2, 242, 280 Abs. 1 BGB

Die Verpflichtung zum Schadensersatz beruht darauf, dass ein bestimmtes Ereignis zu einem konkreten Schaden geführt hat.[788] Kündigt die Gesellschaft dem Geschäftsführer schuldhaft rechtswidrig und entsteht ihm hierdurch ein Schaden, ist sie zum Ausgleich des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch kann auf der Grundlage der vertraglichen Nebenpflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB fußen.
Der Umfang des Schadensersatzanspruchs, der aus der vertraglichen Anspruchsgrundlage geltend gemacht wird, richtet sich nach §§ 249 ff. BGB.[789]

3. Verschulden

Den Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht muss die kündigende Gesellschaft zu vertreten haben. Der Verschuldensmaßstab richtet sich auch hier

---

[788] BGHZ 4, 192, 196; *Ebert,* in: Erman BGB, Vor § 249 Rn. 2.
[789] Die unter 4. Teil, IV. 3.1. und 3.2. genannten Grundsätze sind auch im Rahmen des vertraglichen Schadensersatzanspruchs anwendbar. M. E. sprechen keine Gründe dagegen, die Rechtsgedanken zu § 842 BGB in die Ermittlung des vertraglichen Schadensersatzanspruchs miteinfließen zu lassen.

nach § 276 BGB. Der Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht muss auf ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten zurückzuführen sein. Das Verbot, keine treuwidrige Kündigung auszusprechen, verlangt von der Gesellschaft, dass sie ihr Verhalten auf eine Pflichtwidrigkeit hin überprüft. Sie handelt dann schuldhaft, wenn sie bei Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung die Rücksichtnahmepflicht verletzt. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaft aus Unachtsamkeit bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Entscheidung den Umstand nicht beachtet, dass ihre Kündigung in besonderen Ausnahmefällen auch gegen § 242 BGB verstoßen könnte.

Bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung handelt sie schuldhaft, wenn sie die Voraussetzungen des Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht hinreichend überprüft und den Interessen des Geschäftsführers nicht das ihnen gebührende Gewicht im Rahmen der Interessenabwägung zuerkennt.

VI. Zwischenergebnis zu Teil 5

Das Persönlichkeitsbild und das Image eines Berufsträgers haben im Ergebnis den gleichen Aussagekern: Der Einzelne darf nicht schutzlos in ein falsches Licht gerückt werden. Eine rechtswidrig ausgesprochene ordentliche oder außerordentliche Kündigung, die Dritten gegenüber zur Kenntnis gebracht wird, hat immer einen negativen Beiklang. Mit ihr wird in den meisten Fällen ein weitergehendes Unwerturteil über die gekündigte Person verbunden. Dieses Unwerturteil wird solange aufrechterhalten, bis im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens die Unbegründetheit der ausgesprochenen Kündigung festgestellt wird.

Sieht die Rechtsordnung kein eigens dafür vorgesehenes Überprüfungsinstrument vor und existieren keine normierten materiellen Kündigungsschranken entsprechend denjenigen des KSchG, ist die Aufhebung des zunächst durch den Ausspruch der Kündigung zum Ausdruck gebrachte Unwerturteil schwieriger. Der Gang vor die ordentlichen Gerichte gewährleistet nur die Überprüfung anhand formeller Kündigungsschranken und Fallgruppen. Die Möglichkeit der Neutralisierung des zunächst entstandenen makelbehafteten Bildes ist rechtlich zumindest nicht gewährleistet. Die Gefahr, dass das

berufliche Fortkommen des Geschäftsführers beeinträchtigt wird, bleibt weiterhin bestehen.

Der Geschäftsführer kann nach einer solchen Kündigung ein gerichtliches Verfahren anstrengen, bei dem er darlegt und beweist, dass die ausgesprochene Kündigung rechtswidrig gewesen ist und zu einem Rufschaden führte. Dieser Rufschaden beeinträchtigt negativ sein berufliches Fortkommen.
Der geltend gemachte Fortkommensschaden berücksichtigt die hypothetischen Einkommenszuwächse, die der Geschäftsführer im Laufe seines beruflichen Werdegangs erzielt hätte.

5. Teil: Ergebnis

Im Mittelpunkt des Geschäftsführerwirkens steht die unternehmerische Entscheidungshandlung. Sie ist gleichzeitig in vielen Fällen Anknüpfungspunkt für den Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung.

Wegen des progressiven Handelns des Geschäftsführers sind unternehmerische Entscheidungen von vielen Variablen geprägt. Die Gefahr, dass die getroffene unternehmerische Entscheidung im Nachhinein von Dritten wegen des Phänomens des Rückschaufehlers angeblich als von Anfang an erkennbar falsch und als unternehmerisches Versagen bewertet wird, ist immanent. Dieser Gefahr steht die eingeschränkte rechtliche Überprüfungsmöglichkeit einer unternehmerischen **Ermessens**entscheidung gegenüber. Zur Überprüfung von solchen unternehmerischen Entscheidungen wurden die aus dem US-amerikanischen Recht stammenden Prinzipien der Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 des AktG aufgenommen und beanspruchen Geltung auch für Ermessenentscheidungen von GmbH-Geschäftsführern. Die Intention ist, Leitungsorganen, die im Einklang mit den Prinzipien der Business Judgement Rule handeln, Entscheidungsfreiheit zu gewähren, ohne Angst vor haftungsrechtlichen Konsequenzen haben zu müssen. Ein ex post erkannter wirtschaftlicher Misserfolg, der auf einer unternehmerischen Entscheidung des Geschäftsführers beruht, wird, wenn diese in Einklang mit den Prinzipien der Business Judgement Rule getroffen wurde, nicht als pflichtverletzendes Fehlverhalten eingestuft.

Diese haftungsrechtliche Harmonie zwischen **Handlungs**- und **Haftungs**freiraum, spiegelt sich nicht im Kündigungsrecht wider. Wegen der Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG finden die Kündigungsschutznormen der §§ 1 bis 13 KSchG keine Anwendung auf den Geschäftsführer. Die Anwendung sonstiger arbeitsrechtlicher Normen scheitert an der fehlenden Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers. Dieser wird wegen seiner Organstellung als prägendes rechtliches Merkmal seiner Tätigkeit, unabhängig von einer etwaigen Beteiligung an der GmbH, **nicht** als Arbeitnehmer eingestuft.

Eine der Intensität des KSchG entsprechende nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit für eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung besteht nicht. Der Geschäftsführer hat nur die Möglichkeit, den Beschluss, mit dem seine Kündigung erfolgte, im ordentlichen Zivilverfahren auf formelle Mängel und in Grenzen auf das Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes anhand der in der Rechtsprechung bestehenden Fallgruppen nach § 626 Abs. 1 BGB zu überprüfen. Spezielle, die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und der unternehmerischen Entscheidungen berücksichtigende Kündigungsschranken, an denen der Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung **vorher** und **nachher** gemessen werden kann, existieren (noch) nicht.

Die auf eine Kündigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages **anwendbaren** kündigungsrechtlichen Normen der §§ 620 ff. BGB, können nur im eingeschränkten Rahmen zugunsten des Geschäftsführers vertraglich ausgestaltet werden. Der Geschäftsführer kann wegen § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit und ohne nachprüfbaren Grund von seinem Amt abberufen werden und sachgrundlos, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist, ordentlich gekündigt werden. Wegen dieser doppelten grundlosen Trennungsmöglichkeit des Geschäftsführers von der Organstellung einerseits und seinem Anstellungsvertrag andererseits, sollte für den Fall der **ordentlichen Kündigung** eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages das Erfordernis einer Interessenabwägung eingeführt werden. Hierin ist keine unnötige Erschwerung des grundrechtlich manifestierten ordentlichen Kündigungsrechts zu sehen. Der Gesellschaft soll die Gelegenheit gegeben werden, zu prüfen, ob der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung tatsächlich erforderlich ist. Hierin liegt auch keine Erschwerung in zeitlicher Hinsicht. Wegen des Erfordernisses der Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, ist die ordentliche Kündigung ohnehin nicht auf eine schnelle Beendigung des Anstellungsvertrages ausgerichtet.

Defizitärer ist die rechtliche Behandlung der außerordentlichen Kündigung. In dieser Dissertation wurde der Fokus auf eine fehlgeschlagene unternehmerische Entscheidung gelegt. Diese stellt **haftungsrechtlich** keine Pflichtverletzung dar, kann aber kündigungsrechtlich als Folge eines geschäftlichen Versagens eingeordnet werden. Hierin liegt ein wichtiger Kündigungsgrund nach § 626

Abs. 1 BGB, der die Gesellschaft zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn dem Geschäftsführer eine unternehmerische Fehlentscheidung zugerechnet werden kann. Um das von der Business Judgement Rule verfolgte Ziel zu stärken, müssen ihre grundlegenden Prinzipien auch im Kündigungsrecht als Kündigungsschranken miteinfließen. Eine unternehmerische Entscheidung, die auf Haftungsebene keine Pflichtverletzung bedeutet, kann auf kündigungsrechtlicher Ebene nicht bis zur Zurechnungsprüfung vorstoßen. Soll dem Geschäftsführer ein geschützter Handlungsfreiraum gegeben werden, dann darf dieselbe Handlung, die haftungsrechtlich keine Konsequenzen nach sich zieht, kündigungsrechtlich keine andere Bewertung erfahren. Daher sollten die Grundsätze der Business Judgement Rule als Kündigungsschranken beim Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung aus Anlass einer unternehmerischen Fehlentscheidung eingeführt werden.
Spricht die Gesellschaft die außerordentliche Kündigung aus und stellt im Nachhinein fest, dass dem Geschäftsführer keine unternehmerische Fehlentscheidung unterlaufen ist, weil diese im Einklang mit der Business Judgement Rule getroffen wurde, stellt sich die Frage, ob der Ruf des Geschäftsführers nicht schon mit Bekanntwerden des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung geschädigt wurde.

Ist das KSchG nicht anwendbar, findet in besonderen Ausnahmefällen ein Mindest-Kündigungsschutz über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB und der Abwägungsnorm des § 626 Abs. 1 BGB statt. Die ordentliche oder außerordentliche Kündigung wird auf krasse Grundrechtsverstöße und auf ihre Konformität mit der Gesamtrechtsordnung hin überprüft. Liegt ein Verstoß vor, ist die Kündigung unwirksam.

Die **ordentliche Kündigung** ist **rechtsmissbräuchlich** und damit unwirksam, wenn sie mit den allgemeinen, aus den Grundsätzen von **Treu und Glauben** zu entnehmenden Anforderungen unvereinbar ist. Der Geschäftsführer, der von der Gesellschaft angehalten wird, progressive unternehmerische Entscheidungen zu treffen, darf darauf vertrauen, dass ihm wegen der entscheidungsimmanenten Risiken nicht gekündigt wird. Die Verbindung der **konkret gewollten unternehmerischen Entscheidung** oder im Rahmen der **allgemeinen Unternehmenspolitik** gebilligten unternehmerischen Entscheidung mit einer

Kündigung bei Misserfolg ist in ihrer wechselwirkenden Gesamtschau rechtsmissbräuchlich und daher rechtswidrig.

Die **ordentliche Kündigung** verstößt in diesem Fall auch gegen den Rechtsgrundsatz des **venire contra factum proprium**. Wer durch sein Verhalten bei einem Dritten ein berechtigtes Vertrauen schafft, muss sich an dem geschaffenen Vertrauenstatbestand festhalten können.
Die Billigung einer konkreten unternehmerischen Entscheidung schafft beim Geschäftsführer das berechtigte Vertrauen, dass diese Entscheidung nicht der Anlass sein wird, ihm ordentlich zu kündigen. Die Billigung durch die Gesellschaft als vertrauensschaffender Akt führt dazu, dass die materielle Rechtslage, nämlich das bestehende ordentliche Kündigungsrecht, entfällt.
Gleiches gilt für den Fall, dass der Geschäftsführer eine unternehmerische Entscheidung trifft, die nicht konkret von der Gesellschaft gebilligt wurde, sich aber innerhalb des Rahmens bewegt, den die gebilligte Unternehmenspolitik vorgab. Die konkrete Billigung der Unternehmenspolitik, die Einhaltung des von ihr vorgegebenen Rahmens und die Einhaltung der Grundsätze der Business Judgement Rule schaffen beim Geschäftsführer den zu schützenden **Vertrauenstatbestand**. Die Gesellschaft kann nicht die Entscheidungsgewalt für einzelne unternehmerische Entscheidungen an den Geschäftsführer delegieren und anschließend innerhalb der von ihr gebilligten, sogar gewünschten Unternehmenspolitik lege artis getroffene Entscheidungen zum Anlass für den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nehmen. Ein Geschäftsführer muss sich auf das ihm entgegengebrachte Vertrauen, das durch eine Anstellung ausgedrückt wird, auch bei Misserfolgen grundsätzlich berufen können.

Das ordentliche Kündigungsrecht der Gesellschaft darf dabei nicht bis in Ewigkeit entfallen. Zu betonen ist, dass es ihr nun lediglich verwehrt ist, dem Geschäftsführer aus Anlass solcher zuvor beschriebenen Handlungen zu kündigen, die im Einklang mit der Business Judgement Rule keine Pflichtverletzung darstellen. Dieser Kündigungsschutz des Geschäftsführers bedarf im Interesse der Kündigungsfreiheit der Gesellschaft seinerseits einer Einschränkung in zeitlicher Hinsicht dadurch, dass der Ausspruch einer

Kündigung der Gesellschaft nach Beendigung der Umsetzungsphase der unternehmerischen Entscheidung wieder möglich sein muss.

Im Rahmen der Abwägungsnorm des § 626 Abs. 1 BGB wurde festgestellt, dass eine unternehmerische Fehlentscheidung nur dann ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung ist, wenn diese Fehlentscheidung nicht im Einklang mit den Grundsätzen der Business Judgement Rule getroffen wurde. Die **Einbettung der aus der Business Judgement Rule entwickelten Kündigungsschranken erfolgt bei der Prüfung des wichtigen Kündigungsgrundes des § 626 Abs. 1 BGB.** In die anschließende Interessenabwägung des § 626 Abs. 1 BGB sollten die Interessen des Geschäftsführers an die Integritätsbewahrung seines Rufs und der Faktor einbezogen werden, dass sich eine – voreilig – ausgesprochene außerordentliche Kündigung im Nachhinein als rechtswidrig herausstellen kann. Es besteht die Gefahr einer nachhaltigen Rufschädigung des Geschäftsführers.

Der grundrechtlich geschützten Kündigungsfreiheit steht das Interesse des Einzelnen gegenüber, nicht grundlos in ein falsches Licht gerückt zu werden. Der Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung hat einen negativen Beiklang. Denn mit ihr wird meistens ein Unwerturteil über die gekündigte Person verbunden. Es entsteht das Bild eines unfähigen Geschäftsführers, der für diese Position nicht geeignet ist. Dieser Makel wird solange aufrechterhalten, bis in einem anschließenden Gerichtsverfahren die Unbegründetheit der Kündigung festgestellt wird. Diese nachträgliche Feststellung erweist sich dann als schwieriger, wenn die Rechtsordnung kein speziell an den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts angepasstes Verfahren vorsieht, bei dem die Rechtmäßigkeit einer Kündigung anhand von niedergeschriebenen Kündigungsschranken überprüft werden kann, wie dies bei der Kündigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages der Fall ist.

Dem Geschäftsführer steht zurzeit nur der Weg zu den ordentlichen Zivilgerichten offen. Eine solche Klage kann er mit dem Ziel verfolgen, festzustellen, dass der Ausspruch einer rechtswidrigen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung seinen Ruf geschädigt hat. Dieser Rufschaden

beeinträchtigt sein Fortkommen nachhaltig. Eine Positions- und Gehaltssteigerung wird er, wenn überhaupt, nur verzögert und erst nach einer Profilierungsphase auf niedrigeren Positionen erreichen können.

Praxistauglicher ist es indes eine vertragliche Nebenpflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB geltend zu machen. Im Rahmen der vertraglichen Nebenpflichtverletzung kommt es nicht darauf an, ob auch eine Ehrverletzung vorliegt. Die unvollkommen ausgeübte Interessenabwägung, bzw. die unterlassene Prüfung der Kündigungsentscheidung anhand der aufgestellten Kriterien der Business Judgement Rule genügt, um eine solche Verletzung und den vertraglichen Schadensersatzanspruch zu begründen. Die Durchsetzung dieses vertraglichen Schadensersatzanspruchs ist in der Praxis einfacher als die von vielen Einzelfaktoren abhängige Geltendmachung einer Persönlichkeitsverletzung.

Das Kündigungsrecht für Geschäftsführer-Anstellungsverträge bedarf einer neuen Struktur, indem es einerseits das gesellschafsrechtliche Gefüge und anderseits die Besonderheiten der unternehmerischen Entscheidung eines Geschäftsführers in Ausgleich bringt. Die Kriterien der Business Judgement Rule sollten daher auch in das Kündigungsrecht miteinfließen und so eine Einheit zwischen dem sie begründenden Haftungsfreiraum und dem Kündigungsschutz bilden.

Literaturverzeichnis

Altmeppen, Holger	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 10. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Altmeppen, GmbHG, § Rn.)
Arkes, Hal Richard/ Wortmann, Robert/ Saville, Paul/ Harkness, Allan	Hindsight bias among physicians weighing the likelihood of diagnoses, Journal of Applied Psychology, 252, 1981, 66 ff. (zit.: *Arkes*, u.a. in: J. Applied Psychol., 252 (1981), 66)
Arnold, Christian	Vereinbarung der Geltung des KSchG für GmbH-Geschäftsführer, Anm. zu BGH, Urteil vom 10. 5. 2010 - II ZR 70/09, ArbRAktuell 2010, 405 (zit.: BGH ArbRAktuell 2010, 405, m. Anm. *Arnold*)
Ascheid, Reiner/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid	Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: APS Kündigungsrecht, §/Buchst. Gesetz/Stichwort Rn.)
Aurich, Bastian	Anwendbarkeit der Business Judgement Rule erfordert substantiierten Vortrag des Vorstandsmitglieds, Anm. zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.1.2015 – I-6 U 48/14, GWR 2015, 452 (zit.: OLG Düsseldorf GWR 2015, 452, m. Anm. *Aurich*)
Bachmann, Gregor	Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?, ZHR 177 (2013), 1 ff. (zit.: *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1)
Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman	Beck`scher Online Kommentar zum BGB, Edition 56, Stand: 01.11.2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand 01.11.2020, § Rn.)
Bär, Rolf	Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970), 457 ff. (zit.: *Bär*, ZBJV 106 (1970), 457) [Schweiz]
Bauer, Jobst-Hubertus	Die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf den Fremdgeschäftsführer der GmbH, DB 1979, 2178 ff. (zit.: *Bauer,* DB 1979, 2178)
Bauer, Jobst-Hubertus/ Diller, Martin	Koppelung von Abberufung und Kündigung bei Organmitgliedern. Zulässige Gestaltung oder sittenwidrige Falle?, GmbHR 1998, 809 ff. (zit.: *Bauer/Dilller,* GmbHR 1998, 809)
Baumbach, Adolf/ Hueck Alfred	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 22. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § Rn.)
Baums, Theodor	Der Geschäftsleitervertrag, 1987, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag)

Bayer, Walter — Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
(zit.: *Bayer,* in: FS K. Schmidt, 85)

Beater, Axel — Generalklauseln und Fallgruppen (Erwiderung auf Ralph Weber, AcP 1992, 516 ff.), AcP (194) 1994, 82 ff.
(zit.: *Beater*, AcP (194) 1994, 82)

Bellstedt, Christoph — Vertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers nach seinem Ausscheiden, GmbHR 1976, 236 ff.
(zit.: *Bellstedt,* GmbHR 1976, 236)

Bengsch, Karen — Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis - Ein Beitrag zur kündigungsrechtlichen Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB, 2005, Duncker und Humblot, Berlin
(zit.: *Bengsch*, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis)

Beuthien, Volker — Was ist vermögenswert, die Persönlichkeit oder ihr Image? Begriffliche Unstimmigkeiten in den Marlene-Dietrich-Urteilen, NJW 2003, 1220 ff.
(zit.: *Beuthien*, NJW 2003, 1220)

Beuthien, Volker (Hrsg.) — Schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch kommerzielle Interessen der Person? - Kritik an den Marlene-Dietrich-Entscheidungen des BGH – in: Persönlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode, 2002, Nomos, Baden-Baden
(zit.: *Beuthien*, Schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch kommerzielle Interessen der Person?, 75)

Beuthien, Volker — Das Recht am Persönlichkeitsbild (Lebensbild), in: Horst-Peter Götting, Christian Schertz, Walter Seitz (hrsg) Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 1. Aufl. 2008, C.H. Beck, München
(zit.: *Beuthien*, Das Recht am Persönlichkeitsbild, 307)

Beuthien, Volker/ Schmölz, Anton — Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte - Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, 1999, C.H. Beck, München
(zit.: *Beuthien/Schmölz,* Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte)

Bochmann, Christian/ Cziupka, Johannes — Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für Abschluss, Änderung und Beendigung des Dienstvertrags eines GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu BGH, Urteil vom 03.07.2018 - II ZR 452/17, EWiR 2018, 551
(zit.: BGH EWiR 2018, 55, m. Anm. *Bochmann/Cziupka*)

Boemke, Burkhard — Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1 ff. (zit.: *Boemke,* RdA 2018, 1)

Boemke, Burkhard — Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht, ZfA 1998, 209 ff. (zit.: *Boemke,* ZfA 1998, 209)

Bork, Reinhard/ Schäfer, Carsten — GmbHG-Kommentar, 4. Aufl. 2019, RWS-Verlag (zit.: *Bearbeiter,* in: Bork/Schäfer, GmbHG, § Rn.)

Bosch, Nikolaus/ Lange, Knut Werner — Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, 225 ff. (zit.: *Bosch/Lange,* JZ 2009, 225)

Brömmelmeyer, Christoph — Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, 2065 ff. (zit.: *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065)

Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich — Allgemeines Schuldrecht, 44. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, Rn.)

Brötzmann, Ulrich — Geschäftsführer: Beginn der Zweiwochenfrist für die fristlose Kündigung des Dienstvertrags aus wichtigem Grund, Anm. zu BGH, Urteil vom 09.04.2013 – II ZR 273/11, GmbHR 2013, 645 (zit.: BGH GmbHR 2013, 646, m. Anm. *Brötzmann*)

Bürkle, Jürgen/ Fecker, Jörg — Business Judgement Rule: Unternehmerischer Haftungsfreiraum für leitende Angestellte, NZA 2007, 589 ff. (zit.: *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589)

Canaris, Claus-Wilhelm — Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, C.H. Beck, München (zit.: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht)

Canaris, Claus-Wilhelm — Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in: Franz Bydlinski, Heinz Krejci, Bernd Schilcher, Viktor Steininger (hrsg) Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, Springer-Verlag, Wien, New York (zit.: *Canaris,* in: Bewegliches System, 103)

Canaris, Claus-Wilhelm — Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 ff. (zit.: *Canaris*, JZ 2001, 499)

Coing, Helmut — Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, Walter de Gruyter, Berlin (zit.: *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, (Ziff.))

Commandeur, Gert/ Kleinebrink, Wolfgang — Der Status des Geschäftsführers als Arbeitnehmer – Geschäftsführer als Subjekt unionsrechtlicher Schutzvorschriften, NZA-RR 2017, 449 ff. (zit.: *Commandeur/Kleinebrink,* NZA-RR 2017, 449)

Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner — NomosKommentar BGB, Band 2/1: §§ 241-610, 3. Aufl. 2016, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-BGB, § Rn.)

Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner — NomosKommentar BGB, Band 2/2: §§ 611-853, 3. Aufl. 2016, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-BGB, § Rn.)

David Ziegelmayer — Die Reputation als Rechtsgut - Plädoyer für die Stärkung des sozialen Geltungsanspruchs von Unternehmen im Netz, GRUR 2012, 761 ff. (zit.: *Ziegelmayer*, GRUR 2012, 761)

de Beauregard, Paul Melot — Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, 2011, C.H. Beck, München (zit.: *de Beauregard*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, § Rn.)

Dette, Hans Walter — Venire contra factum proprium nulli conceditur: Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts, 1985, Duncker und Humblot, Berlin (zit.: *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur)

Dietz, Rolf — Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, 941 ff. (zit.: *Dietz*, NJW 1951, 941)

Diller, Martin — Kündigung, Kündigungsschutz und Weiterbeschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers, NZG 2011, 254 ff. (zit.: *Diller*, NZG 2011, 254)

Diller, Martin — Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Diller,* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer)

Dörsam, Matthias — Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten, BC 2000, 90 ff. (zit.: *Dörsam*, BC 2000, 90)

Dreher, Meinrad — Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH, DStR 1993, 1632 ff. (zit.: *Dreher*, DStR 1993, 1632)

Dreher, Meinrad — Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR175/95, JZ 1997, 1071, 1074 ff. (zit.: BGH JZ 1997, 1071, 1074, m. Anm. *Dreher*)

Dreier, Horst — Grundgesetz Kommentar, Band I Artikel 1 – 19, 3. Aufl. 2013, Mohr Siebeck, Tübingen, (zit.: *Bearbeiter*, in: GG Bd. I., Art. Rn.)

Druey, Jean Nicolas — Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule in: Festschrift für Wulf Otto zum 65. Geburtstag, 2011, C.H. Beck, München (zit.: *Druey,* in: FS Goette, 57)

Dzida, Boris — Vereinbarung von Kündungsschutz im Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu BGH, Urteil vom 10. 5. 2010 - II ZR 70/09, NJW 2010, 2343 (zit.: BGH NJW 2010, 2343, m. Anm. *Dzida*)

Easterbrook, Frank/ Fischel, Daniel — The Economic Structure of Corporate Law, 4. Aufl. 1991, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England (zit.: *Easterbrook/Fischel,* The Economic Structure of Corporate Law, 1991,)

Eckardt, Bernd — Der Geschäftsführer der GmbH - ein Arbeitnehmer?, ZfA 1987, 467 ff (zit.: *Eckardt,* ZfA 1987, 467)

Eckert, Niklas/ Köpple, Benjamin — Schicksal nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern nach Abberufung, NZA 2020, 1453 ff (zit.: *Eckert/Köpple,* NZA 2020, 1453)

Ehmann, Erik/ Walden, Daniel — Rückforderung von zum Abkauf von Anfechtungsklagen geleisteten Zahlungen, NZG 2013, 806 ff (zit.: *Ehmann/Walden,* NZG 2013, 806)

Ek, Ralf — Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 2011, C.H. Beck, München, (zit.: *Ek*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers)

Ensthaler, Jürgen/ Füller, Jens Thomas/ Schmidt, Burkhard — GmbHG – Kommentar, 2. Aufl. 2009, Luchterhand Verlag, Neuwied (zit.: *Bearbeiter,* in: Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, § Rn.)

Etzel, Gerhard/ Bader, Peter/ Fischermeyer, Ernst u.a. — KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Aufl. 2016, Luchterhand Verlag, Neuwied (zit.: *Bearbeiter,* in: KR, §/Gesetz Rn.)

Fabisch, Dieter — Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010, Peter Lang, Berlin (zit.: *Fabisch,* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht)

Fabritius, Burkhard/ Markgraf, Alexander-R. — Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern - Ein Überblick nach Fallgruppen in Ansehung der neuen Rechtsprechung des BSG, NZS 2016, 808 ff. (zit.: *Fabritius/Markgraf*, NZS 2016, 808)

Falkenhausen von, Joachim — Die Haftung außerhalb des Business Judgment Rule, NZG 2012, 644 ff. (zit.: *Falkenhausen*, NZG 2012, 644)

Fastrich, Lorenz — Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, Beck, München (zit.: *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle)

Fischer, Ulrich — Die Bestellung von Arbeitnehmern zu Organmitgliedern juristischer Personen und das Schicksal ihres Arbeitsvertrags, NJW 2003, 2417 ff. (zit.: *Fischer,* NJW 2003, 2417)

Fischoff, Baruch — Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement Under Uncertainty, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, 1975, Vol. 1, No. 3, 288 ff. (zit.: *Fischoff,* J. Experimental Psychol.: 1975, 288)

Fleck, Hans-Joachim — Das Organmitglied - Unternehmer oder Arbeitnehmer?, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, 1983, Beck, München (zit.: *Fleck,* in: FS: Hilger/Stumpf, 197)

Fleck, Hans-Joachim Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR (149) 1985, 387 ff. (zit.: *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387)

Fleck, Hans-Joachim Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH, WM 1981, Sonderbeilage 3 (zit.: *Fleck,* WM 1981, Sonderbeil. 3)

Fleischer, Holger Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 ff. (zit.: *Fleischer,* NJW 2009, 2337)

Fleischer, Holger Aktienrechtliche Legalitätspflicht und "nützliche" Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 ff. (zit.: *Fleischer*, ZIP 2005, 141)

Fleischer, Holger Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, 521 ff. (zit.: *Fleischer,* NZG 2011, 521)

Fleischer, Holger Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder - eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthaftung des Managements -, WM 2005, 909 ff. (zit.: *Fleischer,* WM 2005, 909)

Fleischer, Holger Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 ff. (zit.: *Fleischer,* ZGR 2001, 1)

Fleischer, Holger Die "Business Judgment Rule" im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, C.H. Beck, München (zit.: *Fleischer,* in: FS Wiedemann, 827)

Fleischer, Holger Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Hdb. Vorstandsrecht, § Rn.)

Fleischer, Holger Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, 3525 ff. (zit.: *Fleischer*, NJW 2005, 3525)

Fleischer, Holger Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff. (zit.: *Fleischer*, ZIP 2004, 685)

Fleischer, Holger/ Goette, Wulf Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 2: §§ 35- 52, 3. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MüKoGmbHG, § Rn.)

Freitag, Robert/ Korch, Stefan — Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), ZIP 2012, 2281 ff.
(zit.: *Freitag/Korch,* ZIP 2012, 2281)

Fridgen, Alexander/ Geiwitz, Arndt/ Göpfert, Burkard — Beck`scher Online Kommentar zur InsO, Edition 21, Stand: 15.10.2020, C.H. Beck, München
(zit.: *Bearbeiter,* in: BeckOK InsO, 21. Edition, Stand 15.10.2020, § Rn.)

Fuhlrott, Michael — Die rechtliche Stellung leitender Angestellter, ArbRAktuell 2011, 55 ff
(zit.: *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2011, 55)

Gehrlein, Markus — Sorgfaltsmaßstab der Organ- und Insolvenzverwalterhaftung – Anwendbarkeit der Business Judgement Rule, NZG 2020, 801 ff
(zit.: *Gehrlein*, NZG 2020, 801)

Gernhuber, Joachim — § 242 BGB - Funktionen und Tatbestände, JuS 1983, 764 ff
(zit.: *Gernhuber*, JuS 1983, 764)

Gissel, Ralf — Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, 1987, Carl Heymanns Verlag, Köln
(zit.: *Gissel*, Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer)

Godin, Freiherr von René — Über die Natur des Vorstandsvertrages, ZAkDR 1938, 596 ff.
(zit.: *Godin*, ZAkDR 1938, 596)

Goette, Wulf — AG: Pflicht des Aufsichtsrats zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand, Anm. zu BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95, DStR 1997, 880 ff
(zit.: BGH DStR 1997, 880, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf — Der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, C.H. Beck, München
(zit.: *Goette,* in: FS Wiedemann, 873)

Goette, Wulf — GmbH: Fristlose Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages, Anm. zu BGH, Beschluss vom 03.05.1999 - II ZR 35/98, DStR 1999, 1537 ff (zit.: BGH DStR 1999, 1537, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf — Keine Abmahnung vor fristloser Kündigung des GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu BGH, Urteil vom 14.02.2000 – II ZR 218/98, DStR 2000, 696 ff
(zit.: BGH DStR 2000, 696, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf — Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers, Anm. zu BGH, Beschluss vom 03.07.1995 - II ZR 187/94, DStR 1995, 1120 ff
(zit.: BGH DStR 1995, 1120, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf — GmbH: Ordentliche Kündigung des abberufenen GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu. BGH, Urteil vom 03.11.2003 – II ZR 158/01, DStR 2003, 2174 ff (zit.: BGH DStR 2003, 2174, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf — Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München (zit.: *Goette*, in: FS: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 23)

Goette, Maximilian — Rechtmäßiges Alternativverhalten im Organhaftungsrecht, Anm. zu BGH, Urteil vom 10.07.2018 – II ZR 24/17, ZGR 2019, 324 ff (zit.: BGH ZGR 2019, 324, m. Anm. *Goette*)

Goette, Wulf/ Habersack, Mathias/ Kalss, Susanne — Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Band: §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MüKoAktG, § Rn.)

Gottwald, Peter Haas, Ulrich — Insolvenzrechtshandbuch, 6. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechtshandbuch, § Rn.)

Graf von Westphalen, Friedrich — Koppelungsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsverträgen - das scharfe Schwert von § 307 BGB, BB 2015, 834 ff (zit.: *Westphalen, Graf v.*, BB 2015, 834)

Graf von Westphalen, Friedrich — Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL März 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Westphalen/Thüsing, VertrR/AGB-Klauselwerke, Schlagwort Rn.)

Gragert, Nicola — Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, 961 ff (zit.: *Gragert*, NZA 2000, 961)

Gravenhorst, Wulf — Geltung der Verjährungsfrist des § 43 IV GmbHG auch für Ansprüche aus Verletzung des Anstellungsvertrages, Anm. zu BGH, Urteil vom 12.06.1989 - II ZR 334/87, EWiR 1989, 779 ff (zit.: BGH EWiR 1989, 779, m. Anm. *Gravenhorst*)

Griesbeck, Michael — Venire contra factum proprium – Versuch einer systematischen und theoretischen Erfassung, 1978, Würzburg (zit.: *Griesbeck*, Venire contra factum proprium)

Groß, Volker — Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht: Statusbeurteilung im Spannungsfeld von Sozialschutznormen u. Gesellschaftsrecht, 1987, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Groß,* Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers)

Großfeld, Bernhard/ Gersch, Hans-Georg — Zeitliche Grenzen von privaten Schuldverträgen, JZ 1988, 937 ff (zit.: *Großfeld/Gersch*, JZ 1988, 937)

Guski, Roman — Rechtsmissbrauch als Paradoxie, AcP (218) 2018, 630 ff (zit.: *Guski*, AcP (218) 2018, 630)

Habersack, Mathias — Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 2011, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Habersack,* in: FS Uwe H. Schneider, 429)

Habersack, Mathias/ Henssler, Martin/ Hanau, Peter/ Ulmer, Peter — Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: MitbestR, § Rn.)

Hachenburg, Max — Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, §§ 32-52, 6. Auflage, Berlin 1956/1959, 6. Aufl. 1956/1959, Walter de Gruyter, Berlin (zit.: *Bearbeiter,* in: Hachenburg, GmbHG, § Rn.)

Hanau, Peter — Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in: Richterliches Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, 1999, C.H. Beck, München (zit.: *Hanau,* in: FS Dieterich, 201)

Hanau, Peter/ Adomeit, Klaus — Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2005, Luchterhand, Neuwied (zit.: *Hanau/Adomeit,* Arbeitsrecht)

Harbarth, Stephan — Unternehmerisches Ermessen des Vorstands im Interessenkonflikt, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70 Geburtstag, 2012, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, 323)

Hawkins, Scott A./ Hastie, Reid — Hindsight: biased judgements of past events after the outcomes are known, Psych Bull, 107 (1990), 311 ff (zit.: *Hawkins/Hastie,* Psych Bull 107 (1990), 311)

Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan/ Schmidt Jessica — Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) Band I, §§ 1- 34, 3. Aufl. 2017, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MHLS, GmbHG, § Rn.)

Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan/ Schmidt Jessica — Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) Band II, §§ 35-88, 3. Aufl. 2017, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MHLS, GmbHG, § Rn.)

Heinrich, Christian — Die Generalklausel des § 242 BGB, in: HUMANIORA Medizin - Recht - Geschichte, in: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg (zit.: *Heinrich,* in: FS Laufs, 585)

Henssler, Martin — Das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder, RdA 1992, 289 ff. (zit.: *Henssler,* RdA 1992, 289)

Henssler, Martin	beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, Stand: 15.10.2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, § Rn.)
Henssler, Martin/ Strohn, Lutz	Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, §. Rn.)
Herberger, Maximilian/ Martinek, Michael/ Rüßmann, Helmut/ Weth, Stefan/ Würdinger, Markus	juris Praxis-Kommentar BGB, Band 2, 9. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter,* in: jurisPK-BGB, § Rn.)
Hohlfeld, Matthias	Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeberfunktion und Arbeitnehmereigenschaft, GmbHR 1987, 255 ff (zit.: *Hohlfeld,* GmbHR 1987, 255)
Hohmann, Harald	§ 242 BGB und unzulässige Rechtsausübung in der Rechtsprechung des BGH, JA 1982, 112 ff (zit.: *Hohmann*, JA 1982, 112)
Holthausen, Joachim/ Steinkraus, Astrid	Die janusköpfige Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im Arbeitsrecht, NZA-RR 2002, 281 ff (zit.: *Holthausen/Steinkraus,* NZA-RR 2002, 281)
Hommelhoff, Peter	Die Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, 1982, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: *Hommelhoff,* Die Konzernleitungspflicht)
Hoor, Gerd	Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104 ff (zit.: *Hoor,* DStR 2004, 2104)
Hromadka, Wolfgang	Das Recht der leitenden Angestellten im historisch-gesellschaftlichen Zusammenhang, 1979, C.H. Beck, München (zit.: *Hromadka*, Das Recht der leitenden Angestellten)
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht, 1953, Boehlau, Münster/Köln (zit.: *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht)
Hueck Götz	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925, Franz Steiner Verlag, Mannheim (zit.: *G. Hueck*, in: *Molitor/Hueck/Rietzler,* Der Arbeitsvertrag)
Hueck Götz	Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, 1983, Beck, München (zit.: *G.Hueck,* in: FS: Hilger/Stumpf, 365)
Hueck, Götz	Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, 25 ff (zit.: *G. Hueck*, ZfA 1985, 25)

Hüffer, Uwe/ Koch, Jens	Aktiengesetz: AktG, 14 Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch, AktG, § Rn.)
Ihrig, Hans-Christoph	Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098 ff (zit.: *Ihrig*, WM 2004, 2098)
Jaeger, Georg	Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, 961 ff (zit.: *Jaeger,* NZA 1998, 961)
Jenderek, Fabian	Die arbeitsrechtliche Stellung geschäftsführender Organmitglieder im Internationalen Privatrecht, 2015, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Jenderek,* Die arbeitsrechtliche Stellung geschäftsführender Organmitglieder im Internationalen Privatrecht)
Joecks, Wolfgang/ Miebach Klaus (Hrsg)	Münchener Kommentar zum StGB, Band 4: §§ 185 - 262 StGB, 3. Aufl. 2017, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoStGB, § Rn.)
Jungmann, Carsten	Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrechts?, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70 Geburtstag, 2009 Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Jungmann,* in: FS K. Schmidt, 831)
Kahnemann, Daniel	Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, Siedler Verlag, München (zit.: *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 250)
Kamanabrou, Sudabeh	Arbeitsrecht, 2017, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, Rn.)
Kamanabrou, Sudabeh	Kündigungsschutz ohne Wartezeit für abberufenen GmbH-Geschäftsführer bei Weiterbeschäftigung als Arbeitnehmer, Anm. zu BAG, Urteil vom 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, ZIP 2006, 821 ff. (zit.: BAG ZIP 2006, 821, m. Anm. *Kamanabrou*)
Kempermann, Maximiliane	Wann sind Geschäftsführer Arbeitnehmer? Abgrenzungskriterien und praktische Hinweise, ArbRAktuell 2016, 201 ff (zit.: *Kempermann,* ArbRAktuell 2016, 201)
Kern, Uli	Gesellschaftsvertrag entscheidet über ein Beschäftigungsverhältnis des GmbH Geschäftsführers, NZS 2020, 959 (zit.: *Kern*, NZS 2020, 959)
Kiel, Heinrich/ Lunk, Stefan/ Oetker, Hartmut	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MHdB ArbR, § Rn.)
Kiel, Heinrich/ Lunk, Stefan/ Oetker, Hartmut	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band II, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MHdB ArbR, § Rn.)

Klausing, Friedrich — Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und "amtlicher Begründung", 1937, Carl Heymanns Verlag, Berlin (zit.: *Klausing,* Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien)

Knappke, Till Christopher — Effizienz der Vorstandshaftung, 2008, Verlag Dr. Kovač, Hamburg (zit.: *Knappke,* Effizienz der Vorstandshaftung)

Kock, Martin/ Dinkel, Renate — Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen - Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, 441 ff (zit.: *Kock/Dinkel,* NZG 2004, 441)

Köhl, Dietmar — Die Einschränkung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, DB 1996, 2597 ff (zit.: *Köhl,* DB 1996, 2597)

Krause, Nils — Managerhaftung und Strategien zur Haftungsvermeidung, BB 2009, 1370 ff (zit.: *Krause,* BB 2009, 1370)

Krieger, Gerd — Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München (zit.: *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats)

Kuntz, Thilo — Geltung und Reichweite der Business Judgement Rule in der GmbH, GmbHR 2008, 121 ff (zit.: *Kuntz*, GmbHR 2008, 121)

Ladeur, Karl-Heinz — Persönlichkeitsschutz und "Comedy" - Das Beispiel der Fälle SAT 1/Stahnke und RTL 2/Schröder, NJW 2000, 1977 ff (zit.: *Ladeur*, NJW 2000, 1977)

Lakies, Thomas — Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, 1078 ff (zit.: *Lakies*, DB 1997, 1078)

Langenbucher, Florian — Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers, 2020, Nomos (zit.: *Langenbucher*, Das Anstellungsverhältnis des abberufenen GmbH-Geschäftsführers)

Langenbucher, Katja — Vorstandshandeln und Kontrolle - Zu einigen Neuerungen durch das UMAG, DStR 2005, 2083 ff (zit.: *Langenbucher*, DStR 2005, 2083)

Larenz, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft)

Liebs, Detlef — Rhythmische Rechtssätze. - Zur Geschichte einiger lateinischer Rechtsregeln -, JZ 1981, 160 ff (zit.: *Liebs*, JZ 1981, 160)

Lohr, Martin — Die fristlose Kündigung des Dienstvertrages eines GmbH-GF, NZG 2001, 826 ff (zit.: *Lohr,* NZG 2001, 826)

Loritz, Karl-Georg/ Wagner, Klaus — Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten, DStR 2012, 2189 ff (zit.: *Loritz/Wagner,* DStR 2012, 2189)

Löw, Hans-Peter — Kündigungsfristen bei Dienstverträgen von GmbH-Fremdgeschäftsführern – Divergenzen bei der Rechtsprechung von BAG und BGH?, DB 2020, 2338 ff (zit.: Löw, *DB* 2020, 2338)

Löwisch, Manfred — Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, 782 ff (zit.: *Löwisch*, BB 1997, 782)

Lunk, Stefan — Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917 ff (zit.: *Lunk*, NZA 2015, 917)

Lunk, Stefan — Rechtliche und taktische Erwägungen bei Kündigung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, ZIP 1999, 1777 ff (zit.: *Lunk,* ZIP 1999, 1777)

Lunk, Stefan/ Hildebrand, Inga — GmbH-Geschäftsführer und Massenentlassungen - Konsequenzen der Balkaya-Entscheidung des EuGH für Geschäftsführer, Arbeitnehmer und Gesellschafter, NZA 2016, 129 ff (zit.: *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129)

Lunk, Stefan/ Rodenbusch, Vincent — Der Weiterbeschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers, NZA 2011, 497 ff (zit.: *Lunk/Rodenbusch*, NZA 2011, 497)

Lutter, Marcus — Theorie der Mitgliedschaft, AcP (180) 1980, 84 ff (zit.: *Lutter,* AcP (180) 1980, 84)

Lutter, Marcus — Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 ff (zit.: *Lutter,* ZIP 2007, 841)

Lutter, Marcus/ Hommelhoff Peter — GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Bearbeiter,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § Rn.)

Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian — Kommentar zum Grundgesetz: GG Band I, 7. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art., Rn.)

Martens, Klaus-Peter — Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, 1983, Beck, München (zit.: *Martens,* in: FS Hilger/Stumpf, 437)

Martens, Klaus-Peter — Die außerordentliche Beendigung von Organ- und Anstellungsverhältnis, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, 1984, Walter de Gruyter, Berlin (zit.: *Martens,* in: FS Werner, 495)

Martinek, Michael/ Semler, Franz-Jörg, Flohr, Eckhard — Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Vertriebsrecht, Kapitel, § Rn.)

Meier, Johannes/ Wick, Katrin — Inter- bzw. Intradisziplinarität bei der Unternehmensleiterhaftung, WM 2017, 1338 ff (zit.: *Meier/Wick*, WM 2017, 1338)

Mengel, Anja — Außerordentliche Kündigung wegen privater Internetnutzung – Aufrufen pornographischer Seiten, Anm. zu BAG, Urteil vom 27.04.2006 – 2 AZR 386/05, NJW 2006, 2939 (zit.: BGH NJW 2006, 2939, m. Anm. *Mengel*)

Miller, Fritz-Georg — Zur Abhängigkeit bei GmbH-Geschäftsführern, ZIP 1981, 578 ff (zit.: *Miller*, ZIP 1981, 578)

Miller, Fritz-Georg — Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers – Rechtliche Einordnung und gesetzliche Mindestkündigungsfrist, BB 1977, 723 ff (zit.: Miller, BB 1977, 723)

Molitor, Erich — Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen, in: Festschrift für Victor Ehrenberg zum 30. März 1926, 1927, T. Weicher, Leipzig, (zit.: *Molitor,* in: FS Ehrenberg, 41)

Moll, Wilhelm — Geschäftsführer: Kündigung aus wichtigem Grunde wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot, Anm. zu OLG Celle, Urteil vom 09.02.2005 - 9 U 178/04, GmbHR 2005, 541 (zit.: OLG Celle GmbHR 2005, 541, m. Anm. *Moll*).

Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid — Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: ErfKArbR, §/Gesetz, Rn.)

Mutter, Stefan — Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft)

Nägele, Stefan — Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers, BB 2001, 305 ff (zit.: *Nägele,* BB 2001, 305)

Neu, Peter — Die Beendigung der Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern, 2000, Peter Lang, Frankfurt am Main (zit.: *Neu*, Die Beendigung der Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern)

Oberthür, Nathalie — Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, 253 ff (zit.: *Oberthür,* NZA 2011, 253)

Oetker, Hartmut — Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes? AuR 1997, 41 ff
(zit.: *Oetker*, AuR 1997, 41)

Oetker, Hartmut — Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, C.H. Beck, München
(zit.: *Bearbeiter*, in. Oetker, Handelsgesetzbuch, § Rn.)

Oppenländer, Frank/ Trölitzsch, Thomas — Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, C.H. Beck, München
(zit.: *Bearbeiter,* in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § Rn.)

Othmar, Jauernig — Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 17. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § Rn.)

Ott, Nicolas/ Klein, Karen — Hindsight Bias bei der Vorstandshaftung wegen Compliance-Verstößen, AG 2017, 209 ff (zit.: *Ott/Klein*, AG 2017, 209)

Otte, Sabine — Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes im Geschäftsführerdienstvertrag ist wirksam, Anm. zu BGH, Urteil vom 10. 5. 2010 - II ZR 70/09, GWR 2010, 344
(zit.: BGH GWR 2010, 344, m. Anm. *Otte*)

Otto, Hansjörg — Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, 1998, Luchterhand, Neuwied (zit.: *Otto,* in: FS Wiese, 353)

Otto, Harro — Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NJW 2006, 575 (zit.: *Otto*, NJW 2006, 575)

Paefgen, Walter — Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
(zit.: *Paefgen,* Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG)

Palandt, Otto — Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, C.H. Beck, München
(zit.: Bearbeiter, in: Palandt BGB, § Rn.)

Pärn, Franziskus — Tatsachenmitteilung und Tatsachenbehauptung. Zur Naturalrestitution beim Rechtsschutz der Persönlichkeit, NJW 1979, 2544 ff
(zit.: *Pärn*, NJW 1979, 2544)

Pfertner, Bernd — Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands, 2017, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands)

Plagemann, Hermann — Kein Arbeitsverhältnis des in GmbH mitarbeitenden Gesellschafters bei mehr als 50 % der Stimmrechte, Anm. zu BAG, Beschluß vom 17.09.2014 – 10 AZB 43/14, EWiR 2015, 199 ff.
(zit.: BAG EWiR 2015, 199, m. Anm. *Plagemann*)

Plaikner, Dietmar — Das Image der Notare in der Öffentlichkeit, MittBayNot 2002, 485 (zit.: *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485)

Poelzig, Dörte — Die Verantwortlichkeit des Vorstands für den Abkauf missbräuchlicher Anfechtungsklagen – Der Einfluss des UMAG auf die Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr „räuberischer" Aktionäre –, WM 2008, 1009 ff (zit.: *Poelzig,* WM 2008, 1009)

Pospiech, Lutz — Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, 2017, Peter Lang GmbH, Berlin (zit.: *Pospiech,* Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung)

Preis, Ulrich/ Temming, Felipe — Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Preis/Temming,* Arbeitsrecht, § Rn.)

Preis, Ulrich — Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, 1256 ff (zit.: *Preis*, NZA 1997, 1256)

Rachlinski, Jeffrey J. — A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsightv in: Behavioral Law and Economics, Edt. Sunstein, Cass R., 2000, Cambridge University Press (zit.: *Rachlinski,* in: Sunstein, Behavioral Law and Economics, 95)

Raiser, Ludwig — Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum Ius Summa Iniuria 1963, 145 ff., Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Raiser,* in: Summa Ius Summa Iniuria, 145)

Reill-Ruppe, Nicole — Arbeitnehmerstatus aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, AuR 2018, 173 ff (zit.: *Reill-Ruppe*, AuR 2018, 173)

Reinfelder, Waldemar — Arbeitnehmer-Gesellschafter-Geschäftsführer, RdA 2016, 87 ff (zit.: *Reinfelder,* RdA 2016, 87)

Reuter, Dieter — Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag Band I, 1998, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: *Reuter,* in: FS Zöller, 487)

Richardi, Reinhard — Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen-§ 611 a BGB, NZA 2017, 36 ff (zit.: *Richardi,* NZA 2017, 36)

Richter, Rudolf/ Furubotn, Eirik — Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik)

Riezler, Erwin — Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht, 1912, Duncker und Humblot, Berlin (zit.: *Riezler*, Venire contra factum proprium)

Rittner, Fritz — Die Anstellungsverträge der GmbH-Geschäftsführer und das Mitbestimmungsgesetz, DB 1979, 973 ff

(zit.: *Rittner*, DB 1979, 973)

Ritz, Sebastian — Rechtmäßiges Alternativverhalten bei fehlender Zustimmung des Aufsichtsrats, Anm. zu BGH, Urteil vom 10.07.2018 – II ZR 24/17, GWR 2019, 266 ff (zit.: BGH GWR 2019, 266, m. Anm. *Ritz*)

Rocco, Jula — Der GmbH-Geschäftsführer, 5. Aufl. 2019, Springer, Berlin (zit.: *Rocco*, Der GmbH-Geschäftsführer)

Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Kreikebohm, Ralf/ Udsching, Peter — Beck`scher Online Kommentar Arbeitsrecht, Edition 58, Stand: 01.12.2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: BeckOK Arbeitsrecht, 58. Edition, Stand 01.12.2020, § Rn.)

Roller, Jürgen (Hrsg.) — Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Küttner, Personalbuch *Stichwort* Rn.)

Römermann, Volker — Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MAH, GmbH-Recht, § Rn.)

Roth, Markus — Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001, C.H. Beck, München (zit.: *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands)

Ruffner, Markus — Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften - Eine ökonomische Analyse, ZSR 119 (2000), 195 ff (zit.: *Ruffner,* ZSR 119 (2000), 195) [Schweiz]

Sachs, Michael — Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Grundgesetz, Art. Rn.)

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina — Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1- 240 BGB, 8. Aufl., 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MüKoBGB, § Rn.)

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Hrsg) — Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 241-310, 8. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: MüKoBGB, § Rn.)

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Hrsg) — Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: §§ 535-630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KschG, MiLoG, 8. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, Gesetz § Rn.)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg) — Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: §§ 705 - 853 BGB, 8. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, § Rn.)

Saenger, Ingo/ Inhester, Michael — GmbHG-Handkommentar, 4. Aufl. 2020, Nomos (zit.: *Bearbeiter,* in: HK-GmbHG, § Rn.)

Schäfer, Carsten — Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253 ff (zit.: *Schäfer*, ZIP 2005, 1253)

Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus — Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2005, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg (zit.: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 67)

Schaub, Günter — Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Schaub, Arbeitsrechts-Hb., § Rn.)

Schleßmann, Karl — Anm. zu BAG, Urteil vom 08.06.1972 – 2 AZR 336/71, AP KSchG 1969 § 13 Nr. 1 (zit.: BAG AP KSchG 1969 § 13 Nr. 1, m. Anm. *Schleßmann*)

Schmidt, Karsten — Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, §)

Schmolke, Klaus Ulrich/ Fleischer, Holger/ Zimmer, Daniel — Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: Holger Fleischer, Daniel Zimmer (hrsg) Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main (zit.: *Fleischer/Schmolke/Zimmer,* Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: Holger Fleischer, Daniel Zimmer (hrsg) Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht)

Schnapp, Friedrich E. — Die Versicherungspflicht von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern, JA 2017, 1077 ff (zit.: *Schnapp,* JA 2017, 1077)

Schneider, Sven — "Unternehmerische Entscheidungen" als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule, DB 2005, 707 ff (zit.: *S.Schneider,* DB 2005, 707)

Scholz, Franz — Kommentar zum GmbH-Gesetz Band I, 12. Aufl. 2018, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Bearbeiter,* in: Scholz, GmbHG, § Rn.)

Scholz, Franz — Kommentar zum GmbH-Gesetz Band II, 11. Aufl. 2014, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Bearbeiter,* in: Scholz, GmbHG, § Rn.)

Schrader, Peter/ Schubert, Jens M. — Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer, DB 2005, 1457 ff (zit.: *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457)

Schrank, Franz — Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung, 1982, Braumüller, Wien [Österreich] (zit.: *Schrank,* Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung)

Schulte Westenberg, Michael — Die außerordentliche Kündigung im Spiegel der Rechtsprechung, NZA-RR 2014, 225 ff (zit.: *Schulte Westenberg,* NZA-RR 2014, 225)

Schulze, Marc-Oliver/ Hintzen, Martina — GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer?, ArbRAktuell 2012, 263 ff (zit.: *Schulze/Hintzen,* ArbRAktuell, 2012, 263)

Schulze, Reiner/ Dörner, Heinrich/ Ebert, Ina/ Hoeren, Thomas/ Kemper, Rainer/ Saenger, Ingo/ Scheuch, Alexander/ Schreiber, Klaus/ Schulte-Nölte, Hans/ Staudinger, Ansgar/ Wiese, Volker — Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 10. Aufl. 2019, Nomos Verlag, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter*, HK-BGB, § Rn.)

Schumacher-Mohr, Marion — Die vorzeitige Beendbarkeit des Anstellverhältnisses eines AG-Vorstandmitglieds gegen seinen Willen, 2004, Centaurus Verlag & Media UG, Herbolzheim (zit.: *Schumacher-Mohr,* Die vorzeitige Beendbarkeit des Anstellungsverhältnisses eines AG-Vorstandsmitglieds gegen seinen Willen)

Schumacher-Mohr, Marion — Das Abmahnungserfordernis im Fall der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern, DB 2002, 1606 ff (zit.: *Schumacher-Mohr*, DB 2002, 1606)

Schwab, Brend — Die Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis - Eine Übersicht 2. Teil: Die Haftung des Arbeitgebers, NZA-RR 2006, 505 ff (zit.: *Schwab*, NZA-RR 2006, 505)

Schwerdtfeger, Gunther — Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 1), NZS 1998, 49 ff. (zit.: *Schwerdtfeger,* NZS 1998, 49)

Semler, Johannes — Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, De Gruyter (zit.: *Semler,* in: FS Ulmer, 627)

Siebert, Wolfgang — Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, Elwert, Marburg (zit.: *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung)

Singer, Reinhard — Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, C.H. Beck, München (zit.: *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens)

Spindler, Gerald — Haftung und Aktionärsklage nach dem neuen UMAG, NZG 2005, 865 ff (zit.: *Spindler*, NZG 2005, 865)

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard — Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 1: §§ 1-149, 4. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Spindler/Stilz, AktG, § Rn.)

Staab, Helmut — Der Arbeitnehmer-Gesellschafter der GmbH im Spannungsfeld zwischen Arbeitnehmerschutz und gesellschaftsrechtlichem Gläubigerschutz, NZA 1995, 608 ff (zit.: *Staab,* NZA 1995, 608)

Staehlin, Thomas/ Sarasin, Christophe — Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität - Eine Bilanz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrisiken für den Verwaltungsrat, in: Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, 1998, Stämpfli Verlag, Bern (zit.: *Staehlin/Sarasin*, in: FS Bär, 363) [Schweiz]

Stagat, Rolf — Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer, NZA 2010, 975 ff (zit.: *Stagat*, NZA 2010, 975)

Stahlhacke, Eugen/ Preis, Ulrich/ Vossen, Reinhard — Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter,* in: Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, § Rn.)

Staudinger von, Julius — Staudinger, Kommentar zum BGB Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (2019), Neubearbeitung 2019 (zit.: *Bearbeiter,* in: Staudinger BGB, 2019, § Rn.)

Staudinger von, Julius — Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 620 – 630 (2019), Neubearbeitung 2019 (zit.: *Bearbeiter,* in: Staudinger BGB, 2019, § Rn.)

Staudinger von, Julius — Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 823 E-I, 824, 825 (2009), Neubearbeitung 2009 (zit.: *Bearbeiter,* in: Staudinger BGB, 2009, § Rn.)

Steinbeck, Anja/ Lachenmaier, Andreas — Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, NJW 2014, 2086 (zit.: *Steinbeck/Lachenmaier,* NJW 2014, 2086)

Streinz, Rudolf — EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. Rn.)

Teichmann, Arndt — Nebenpflichten aus Treu und Glauben 2. Teil: Vertragliche und „nachvertragliche" Leistungspflichten, Schutzpflichten, JA 1984, 709 ff (zit.: *Teichmann*, JA 1984, 709)

Teichmann, Arndt — Nebenpflichten aus Treu und Glauben 1. Teil: Vorvertragliche Informationspflichten, JA 1984, 545 ff. (zit.: *Teichmann*, JA 1984, 545)

Thole, Christoph — Managerhaftung für Gesetzesverstöße Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR (173) 2009, 504 ff (zit.: *Thole,* ZHR 173 (2009), 504)

Tilmann, Winfried — Haftungsbegrenzung im Äußerungsdeliktsrecht, NJW 1975, 758 ff (zit.: *Tilmann*, NJW 1975, 758)

Titze, Heinrich — Das kaufmännische Hilfspersonal in: Viktor, Ehrenberg (hrsg) Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band II, 1918, O.R. Reisland, Leipzig (zit.: *Titze,* in: Ehrenberg, Hdb. des gesamten Handelsrechts, 545)

Trinkhaus, Hans — Aktuelle Probleme des Rechts der leitenden Angestellten [im weitesten Sinne] (I. Teil), DB 1968, 1756 ff. (zit.: *Trinkhaus,* DB 1968, 1756)

Tschöpe, Ulrich — Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. 2019, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: *Bearbeiter*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil Buchst. Rn.)

Tschöpe, Ulrich/ Wortmann, Florian — Abberufung und außerordentliche Kündigung von geschäftsführenden Organvertretern – Grundlagen und Verfahrensfragen, NZG 2009, 85 ff (zit.: *Tschöpe/Wortmann*, NZG 2009, 85)

Tschöpe, Ulrich/ Wortmann, Florian — Der wichtige Grund bei Abberufungen und außerordentlichen Kündigungen von geschäftsführenden Organvertretern, NZG 2009, 161 ff (zit.: *Tschöpe/Wortman,* NZG 2009, 161)

Ulmer, Peter — Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht. Zum Einfluß der Treupflicht auf die einseitige Vertragsbeendigung, in: Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, 1975, C.H. Beck, München (zit.: *Ulmer,* in: FS Möhring, 295)

Ulmer, Peter — Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, 1969, C.H. Beck, München (zit.: *Ulmer*, Der Vertragshändler)

Ulmer, Peter/ Habersack, Mathias/ Löbbe, Marc — GmbHG - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 29-52, 2. Aufl. 2016, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Bearbeiter,* in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § Rn.)

Urban, Sandra — Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes. Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz, 2001, Duncker und Humblot, Berlin (zit.: *Urban*, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes)

Vacca, Thomas — Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild, 2017, Tectum Wissenschaftsverlag, Marburg
(zit.: *Vacca*, Das vermögenswerte Persönlichkeitsbild)

von Münch, Ingo/ Kunig Philip — Grundgesetz-Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl. 2012, C.H. Beck, München
(zit.: *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. Rn.)

Wank, Rolf — Rechtsweg für Klagen eines GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu BAG, Beschluß vom 06.05.1999 – 5 AZB 22/98, EWiR 1999, 1093 ff
(zit.: BAG EWiR 1999, 1093, m. Anm. *Wank*)

Wank, Rolf — Neues zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH, EuZW 2018, 21 ff
(zit.: *Wank,* EuZW 2018, 21)

Wank, Rolf — Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, 140 f
(zit.: *Wank*, AuR 2017, 140)

Wank, Rolf — Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, in: Festschrift für Peter Hanau, 1999, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
(zit.: *Wank,* in: FS Hanau, 295)

Wank, Rolf — Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, 206 ff
(zit.: *Wank*, ZIP 1986, 206)

Weber, Ralph — Erwiderung zu Axel Beater, AcP (194) 1994, 82, AcP (194) 1994, 90 ff
(zit.: *Weber, R.*, AcP (194) 1994, 90)

Weber, Ralph — Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP (192) 1992, 516 ff
(zit.: *Weber, R.*, AcP (192) 1992, 516)

Weigert, Daniel-René/ Luther, Mörle Happ — Keine Änderung der Rechtslage durch § 611a BGB – oder doch?, ArbRAktuell 2017, 557 ff (zit.: *Weigert/Luther*, ArbRAktuell 2017, 557)

Welzel, Hans — Über die Ehre von Gemeinschaften, ZStW 57 (1938), 28 ff
(zit.: *Welzel*, ZStW 57 (1938), 28)

Wenzel, Karl Egbert — Empfiehlt es sich, § 824 Abs. 1 BGB in Anlehnung an den heutigen Stand der Rechtsprechung zum Eingriff in den Gewerbebetrieb und zum Persönlichkeitsrecht neu zu fassen?, GRUR 1970, 278 ff
(zit.: *Wenzel*, GRUR 1970, 278)

Westermann, Harm Peter/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg — Erman BGB, Band I, 16. Aufl. 2020, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
(zit.: *Bearbeiter,* in: Erman BGB, § Rn.)

Wicke, Hartmut — GmbHG, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Wicke,* in: GmbHG, § Rn.)

Wieling, Hans Josef — Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP (176) 1976, 334 ff (zit.: *Wieling*, AcP (176) 1976, 334)

Witzleb, Normann — Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002, Mohr Siebeck, Tübingen (zit.: *Witzleb*, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien)

Wilsing, Hans-Ulrich/ Kleemann, Marcel — Haftung des AG-Vorstands wegen Zinsswap-Geschäften zum Zinshedging ohne entsprechende Unterlegung mit Darlehensverträgen, Anm. zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.01.2015 – I-6 U 48/14, EWiR 2016, 45 ff (zit.: OLG Düsseldorf EWiR 2016, 45, m. Anm. *Wilsing/Kleemann*)

Wolf, Ernst — Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP (153) 1954, 97 ff (zit.: *Wolf*, AcP (153) 1954, 97)

Zimmer, Mark — Kündigungen im Management: § 623 BGB gilt nicht für GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände, BB 2003, 1175 ff (zit.: *Zimmer,* BB 2003, 1175)

Zundel, Frank — Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2016 - Gesetzgebung sowie Inhalt und Umfang arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten, NJW 2017, 132 ff (zit.: *Zundel,* NJW 2017, 132)