

Aktuelle Entwicklungen bei der Organberatung

Zur wachsenden Bedeutung des AGG und der AGB-Kontrolle im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Leitungsorganen kapitalistischer Körperschaften

RA Hans-Ulrich Wilsing / RA Dr. Daniel Meyer, EMBA, Düsseldorf

Der Beitrag gibt einen Überblick, inwieweit bei der Beratung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften neben gesellschafts- auch arbeits- und verbraucherschutzrechtliche Vorschriften zu beachten sind. Die aktuelle Rechtsprechung verdeutlicht die zunehmende Bedeutung dieser Regelungen: so hatte z. B. das OLG Köln jüngst über die Reichweite der Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf Leitungsorgane zu entscheiden und das BAG über die Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers einer GmbH sowie die Inhaltskontrolle der Regelungen des Anstellungsvertrags gem. §§ 305 ff. BGB.

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Arbeitnehmereigenschaft der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften
- III. Reichweite und Inhalt der Anwendbarkeit des AGG auf Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften
 1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich von § 6 Abs. 3 AGG
 2. Feststellung einer (Alters-) Diskriminierung
 3. Rechtfertigung altersbedingter Ungleichbehandlungen - Altersgrenzen
- IV. Organanstellungsverträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)
 1. Verbrauchereigenschaft von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern
 2. Praktische Konsequenzen für die Beurteilung von Organanstellungsverträgen
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Lange wurde das Organisationsrecht der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften vorwiegend als rein gesellschaftsrechtliche Materie verstanden. Diese Einschätzung lässt sich inzwischen nicht mehr uneingeschränkt halten. Vielmehr kommt den - oftmals europarechtlich motivierten - Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer und Verbraucher eine stetig wachsende Bedeutung zu. Längst nehmen diese auch bei der Organberatung eine wichtige Rolle ein. Das verdeutlichen einige bemerkenswerte nationale und europäische Gerichtsurteile des vergangenen Jahres. So hatte sich der EuGH einmal mehr mit der Auslegung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs zu befassen, und zwar im konkreten Fall in Bezug auf den Vorstand einer lettischen Aktiengesellschaft¹⁾. Dem OLG Köln lag ein Fall zur Entscheidung vor, in dem es die Reichweite der Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf den Fremdgeschäftsführer einer GmbH zu beurteilen hatte²⁾. Schließlich äußerte sich das BAG zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers einer GmbH sowie zu der Frage, inwiefern auf den Anstellungsvertrag die §§ 305 ff. BGB Anwendung finden³⁾. Der vorliegende Beitrag soll einen kurzen Überblick über diese Entscheidungen vermitteln und die Praxis für deren mögliche Folgen sensibilisieren.

II. Arbeitnehmereigenschaft der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften

Ob Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft Arbeitnehmer sind bzw. der von ihnen geschlossene Anstellungsvertrag⁴⁾ ein Arbeitsverhältnis begründet, ist vor allem für den Kreis der auf sie anwendbaren Bestimmungen relevant. Fehlt es an der Arbeitnehmereigenschaft, greifen für das Organmitglied die allgemeinen dienstrechtlichen Regelungen ein, wie z. B. der allgemeine Kündigungsschutz nach §§ 620 f., 626 BGB⁵⁾. Die Klassifizierung als Arbeitnehmer bzw. die Annahme eines Arbeitsverhältnisses haben hingegen die zusätzliche Anwendbarkeit von - zumeist dem Arbeitnehmerschutz dienenden - Spezialgesetzen oder Einzelbestimmungen zur Folge (z. B. § 2 Abs. 2 ArbZG, § 2 BUrlG, § 1 Abs. 1 KSchG, § 1 Nr. 1 MuSchG sowie §§ 622 Abs. 1, 623 BGB). Der Gesetzgeber hat oftmals vertretungsberechtigte Organmitglieder von juristischen Personen - insbesondere also GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder der AG - vom Arbeitnehmerbegriff ausgenommen (vgl. nur § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, §§ 14 Abs. 1 Nr. 1, 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Angesichts dieser gesetzlichen Wertung und mit dem Argument, Organmitglieder übten i. d. R. die Arbeitgeberrolle für die sie beschäftigende juristische Person aus, sehen auch die nationale Rechtsprechung und das

überwiegende Schrifttum Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften grundsätzlich als selbstständige Dienstnehmer an⁶⁾. Während dies für AG-Vorstandsmitglieder nahezu ausnahmslos gilt⁷⁾, kann ein GmbH-Geschäftsführer nach Auffassung des BAG im Einzelfall als Arbeitnehmer anzusehen sein⁸⁾. Ungeachtet dessen wenden das BAG und der BGH arbeitsrechtliche Vorschriften außerdem auf Organmitglieder an, soweit es sich um Bestimmungen handelt, die sich auf das Schutzbedürfnis von Personen beziehen, die aus ihrer persönlichen Dienstleistung ihren Lebensunterhalt beziehen⁹⁾. Wegen seiner Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern kann dies auch für einen GmbH-Geschäftsführer gelten¹⁰⁾.

In eine ähnliche Richtung zielt die aktuelle europäische Rechtsprechung. So hat jüngst der EuGH in einer Entscheidung im Zusammenhang mit der Mutterschutzrichtlinie¹¹⁾ die Arbeitnehmereigenschaft des Organmitglieds einer lettischen Aktiengesellschaft bejaht, welches seine Tätigkeit nach Weisung eines anderen Organs ausführte und jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden konnte¹²⁾. Eine solche Stellung entspricht dem gesetzlichen Leitbild des GmbH-Fremdgeschäftsführers. Insofern liegt die Entscheidung in gewisser Weise auf der Linie der deutschen Rechtsprechung. Für die weitere Entwicklung des deutschen Arbeitnehmerbegriffs dürfte sie nicht zu unterschätzende Konsequenzen haben: Vor allem kann die Fremdgeschäftsführerin einer GmbH hiernach durchaus dem MuSchG unterfallen¹³⁾. Auch über den konkreten Fall hinaus wird die europarechtliche Auslegung des Arbeitnehmer^[DB 2011 S. 342]begriffs zumindest für nationale Vorschriften mit europarechtlichem Hintergrund virulent. So legt die Entscheidung z. B. nahe, den typischen GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer i. S. von § 6 Abs. 1 AGG zu behandeln¹⁴⁾. Das würde bedeuten, dass dessen Betätigung in deutlich stärkerem Maße dem Diskriminierungsschutz unterliegt (dazu sogleich unter III.) Welche weiteren Folgen die Entscheidung im Einzelnen nach sich ziehen wird, bleibt abzuwarten. In jedem Fall führt sie der Praxis eindringlich die Relevanz arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften für Geschäftsführer einer GmbH vor Augen.

III. Reichweite und Inhalt der Anwendbarkeit des AGG auf Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften

Es ist bereits angeklungen, dass das AGG im vorliegenden Zusammenhang zunehmend an Bedeutung gewinnt. Das Gesetz verschafft Arbeitnehmern einen umfassenden Schutz vor unmittelbaren oder mittelbaren Ungleichbehandlungen aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität); gem. §§ 6 Abs. 1, 2 Abs. 1 AGG sind u. a. der Zugang zur Erwerbstätigkeit und der berufliche Aufstieg, aber auch die Beschäftigungsverhältnisse einschließlich des Arbeitsentgeltes und der Entlassungsbedingungen vom Diskriminierungsschutz umfasst. Für Organmitglieder, insbesondere für Geschäftsführer/innen (soweit diese nicht bereits Arbeitnehmer i. S. von § 6 Abs. 1 AGG sind) und Vorstände ordnet § 6 Abs. 3 AGG - jedoch beschränkt auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg - eine entsprechende Anwendung des AGG an. Mit einer Entscheidung des OLG Köln¹⁵⁾ liegt nun erstmals obergerichtliche Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex vor, der für Unternehmen insbesondere wegen der nicht unerheblichen Haftungsrisiken von Interesse ist. Denn sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen lösen gem. § 15 Abs. 1 und 2 AGG Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche aus, deren Bemessung sich nach der Höhe der oft beträchtlichen Geschäftsführer- oder Vorstandsvergütung richten kann¹⁶⁾. Im konkreten Fall hat das Gericht die beklagte GmbH wegen Altersdiskriminierung zur Zahlung von zwei Bruttomonatsgehältern verurteilt, weil diese das auslaufende Anstellungsverhältnis ihres bei Vertragsende 62 Jahre alten Fremdgeschäftsführers mit der Absicht der Einführung einer unternehmensweiten Altersgrenze von 65 Jahren nicht verlängern wollte¹⁷⁾. Die Entscheidung behandelt einige bislang kontrovers diskutierte Fragen und führt zu einer weiteren Konturierung des Tatbestands des § 6 Abs. 3 AGG.

1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich von § 6 Abs. 3 AGG

In Ansehung der beispielhaften Auflistung findet die Vorschrift ohne Weiteres auf GmbH-Geschäftsführer/innen und Vorstandsmitglieder Anwendung. Dabei stellt das Gericht klar, dass aus der "entsprechenden" Anwendbarkeit des AGG, die § 6 Abs. 3 AGG anordnet, grundsätzlich keine Verringerung des Schutzniveaus folgt, sondern allenfalls Besonderheiten im Rahmen der Rechtfertigungstatbestände zu beachten sein können¹⁸⁾. Die Entscheidung bot indes keinen Anlass, sich mit der Frage zu befassen, ob der Diskriminierungsschutz allein das Anstellungsverhältnis oder auch den Bestellungsakt betrifft, was insbesondere im Hinblick auf Aufsichtsratsmitglieder Bedeutung erlangt, da diese zumeist keinen separaten Anstellungsvertrag abschließen. Wegen des offenen Wortlauts von § 6 Abs. 3 AGG ("Organmitglieder" bzw. "Zugang zur Erwerbstätigkeit") und vor dem Hintergrund der extensiven europarechtlichen Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinie¹⁹⁾ ist von der Anwendbarkeit des AGG auch auf den korporationsrechtlichen Bestellungsakt auszugehen²⁰⁾. Folglich sind Aufsichtsratsmitglieder vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst, zumindest wenn ihre Tätigkeit in Ansehung der erzielten Einnahmen als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist²¹⁾.

Das OLG Köln hat eine weite Auslegung des Zugangsbegriffs i. S. von §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 6 Abs. 3 AGG gewählt. "Zugang zur Erwerbstätigkeit" meint danach nicht nur den erstmaligen, sondern auch den erneuten Zugang bzw. die Fortsetzung nach Beendigung einer Tätigkeit²²⁾. Damit folgt das Gericht der schon zuvor überwiegenden Auffassung im Schrifttum²³⁾. Da Geschäftsführer/innen, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig für einen befristeten Zeitraum tätig werden,

ist folglich nicht nur bei der Erstberufung, sondern auch bei der Verhandlung und Entscheidung über die Verlängerung der Organtätigkeit verstärkt auf die Einhaltung des AGG zu achten. Noch einmal sei aber darauf hingewiesen, dass für Fremdgeschäftsführer einer GmbH, sofern sie im Einzelfall Arbeitnehmer i. S. von §§ 6 Abs. 1, 2 Abs. 1 AGG sind, sämtliche der in § 2 Abs. 1 AGG genannten Aspekte und damit z. B. auch das bezogene Entgelt und die Entlassungsbedingungen dem Diskriminierungsschutz unterfallen.

2. Feststellung einer (Alters-) Diskriminierung

Zur Annahme einer Altersdiskriminierung gelangt das OLG Köln unter Rückgriff auf die Beweislastumkehr gem. § 22 AGG²⁴), und dies obwohl nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 AGG lediglich die Bestimmungen "dieses Abschnitts" (§§ 6-19 AGG) für Organmitglieder Anwendung finden²⁵). Nach dem Vortrag unstrittiger Indizien für eine (Alters-) Benachteiligung durch den Benachteiligungskläger ist es demnach Sache des Be[DB 2011 S. 343]klagen, den erforderlichen Beweis zu erbringen, dass allein andere Gründe als das Alter oder ein anderes in § 1 AGG genanntes Motiv für die Entscheidung maßgeblich waren. Zur Entlastung genügt es dabei nach Auffassung des Gerichts nicht, dass die Entscheidung zusätzlich durch nicht-diskriminierende Aspekte i. S. eines Motivbündels veranlasst wurde²⁶).

Für Unternehmen bedeutet dies, dass sie bei der Vorbereitung von Personalentscheidungen auf der Leitungsebene verstärkt auf die AGG-Konformität ihres Verhaltens zu achten haben werden. So sollte das Anforderungsprofil für Geschäftsführungs-, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder jede - auch nur mittelbare - Diskriminierung, z. B. nach dem Geschlecht, vermeiden und sich auf die Nennung tätigkeitsbezogener Beschreibungen beschränken; Fragebögen und Interviews sollten keine Fragen zu den Merkmalen des § 1 AGG enthalten²⁷). Im Rahmen des Prozesses der Entscheidungsfindung ist das über eine Anstellung oder Bestellung entscheidende Gremium gehalten, eine ablehnende Entscheidung nicht einmal hilfsweise oder ergänzend auf eines der Kriterien des § 1 AGG zu stützen, geschweige denn dies hiermit zu begründen. Etwas anderes gilt nur, wenn rechtfertigende Gründe für eine Ungleichbehandlung bestehen. Außerdem sollten die - diskriminierungsfreien - entscheidungserheblichen Gründe sorgfältig schriftlich dokumentiert werden, um notfalls im Prozess den Vortrag von Indizien, die eine Diskriminierung begründen, entkräften zu können²⁸). So selbstverständlich und nahe liegend dies klingen mag - der Fall des OLG Köln belegt, dass in der Unternehmenspraxis im Organbereich in dieser Hinsicht teilweise noch keine ausreichende Sensibilität für dieses Thema besteht und die notwendige Sorgfalt nicht immer angewendet wird²⁹). Schließlich sollte vor einer ablehnenden Entscheidung gründlich geprüft werden, ob eine mildere, diskriminierungsfreie Handlungsalternative als eine Ablehnung besteht. Das OLG Köln hat im konkreten Fall z. B. eine lediglich drei- statt fünfjährige Wiederbestellung erwogen³⁰).

3. Rechtfertigung altersbedingter Ungleichbehandlungen - Altersgrenzen

Für die Rechtfertigung altersbedingter Ungleichbehandlungen bedarf es gem. § 10 Satz 1 und 2 AGG der Verfolgung eines legitimen Ziels unter Verwendung angemessener und erforderlicher Mittel. In § 10 Satz 3 AGG nennt das Gesetz nicht abschließend einige Regelbeispiele zulässiger Ungleichbehandlungen³¹). Als legitime Ziele kommen nicht nur Gründe des Allgemeinwohls, sondern auch aner kennenswerte betriebs- und unternehmensbezogene Interessen in Betracht³²). Einem Unternehmen ist es damit - ungeachtet der weiteren Erfordernisse der Angemessenheit und Erforderlichkeit - nicht per se verwehrt, sich zur Begründung altersbedingter Ungleichbehandlungen ausschließlich auf seine unternehmerischen Einzelinteressen zu berufen. Das OLG Köln stellt aber klar, dass es insofern stets einer substantiierten Darlegung der hinter der Ungleichbehandlung stehenden legitimen Interessen und Ziele bedarf³³). Ein pauschaler Verweis auf nicht näher erläuterte betriebliche Gründe genügt nicht. In diesem Zusammenhang erlaubt die Entscheidung Rückschlüsse auf den rechtlichen Umgang mit Alters(höchst)grenzen, nach denen Organmitglieder mit Erreichen eines bestimmten Alters automatisch aus ihrer Position ausscheiden oder Bewerber nicht mehr angestellt bzw. bestellt werden. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit solcher praktisch weit verbreiteten Altersgrenzen ist unbestritten³⁴). Zudem entspricht die Festlegung von Altersgrenzen in der Satzung eines Unternehmens den Grundsätzen guter Unternehmensführung, wie die Empfehlungen für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in Ziff. 5. 1.2 Abs. 2 Satz 3 sowie Ziff. 5. 4.1 Satz 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) verdeutlichen. Der DCGK legt sich auf kein bestimmtes Alter fest. Während für Aufsichtsratsmitglieder Altersgrenzen zwischen 70-75 Jahren üblich sind³⁵), schlägt die Literatur für Vorstandsmitglieder - teils unter Rückgriff auf das Schrifttum zum AGG - Altersgrenzen zwischen 58-63 Jahren vor³⁶). Dies spiegelt sich auch in der Unternehmenspraxis wider: Für die Hälfte aller Vorstände der DAX 30-Unternehmen gilt eine Altersgrenze von 60 Jahren³⁷).

Dass die zuletzt genannten Schwellenwerte pauschal mit dem AGG vereinbar sind, muss bezweifelt werden. So deutet § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG - auch im Fall seiner entsprechenden Anwendbarkeit auf Leitungsorgane - darauf hin, dass grundsätzlich nur das Erreichen des gesetzlichen Rentenalters hinreichender Grund für eine Altersungleichbehandlung sein kann³⁸). Für den hiervon zu unterscheidenden Fall der Festlegung einer Altersgrenze unterhalb des Rentenzugangsalters kann der bloße Wunsch zur Einführung einer bestimmten Altersgrenze hingegen ebenso wenig als legitimes Ziel ausreichen wie der Wunsch nach personeller Kontinuität auf der Führungsebene³⁹). Auch das Argument, mit der Festlegung der Altersgrenze den Empfehlungen des DCGK zu folgen, dürfte allein noch kein legitimes Ziel darstellen. Denn

der DCGK enthält jedenfalls in seinem Empfehlungs- und Anregungsteil kein verbindliches Recht⁴⁰). Inwiefern die von der Literatur i. Ü. vorgeschlagenen Ziele, z. B. die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit des Leitungsorgans⁴¹), dessen gute gesundheitliche Verfassung⁴²) oder dessen Akzeptanz in der Belegschaft und gegenüber Geschäftspartnern⁴³) für eine altersbedingte Ungleichbehandlung ausreicht^[DB 2011 S. 344] und eine Altersgrenze zu rechtfertigen geeignet sind, wird maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls abhängen und die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung zeigen. In Anbetracht dieser verbleibenden Ungewissheit geraten Unternehmen in den Konflikt, ob und in welcher Form sie sich an die Kodex-Empfehlungen halten sollen⁴⁴). Ein möglicher Ausweg besteht darin, entgegen der Kodexempfehlung von der Etablierung fester Altersgrenzen abzusehen und dies auch mit der Begründung, sich bei der Auswahl qualifizierter Kandidaten nicht pauschal einschränken zu wollen, offen zu kommunizieren⁴⁵).

IV. Organanstellungsverträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Zuletzt soll der Themenkomplex der Anwendbarkeit von §§ 305 ff. BGB auf den Anstellungsvertrag der Organe von Kapitalgesellschaften kurz beleuchtet werden.

1. Verbrauchereigenschaft von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern

Dazu lässt eine jüngere Entscheidung des BAG aufhorchen. Indem es den Anstellungsvertrag des Fremdgeschäftsführers einer GmbH als Verbrauchervertrag i. S. des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einstuft, behandelt es diesen ungeachtet der nur einmaligen Verwendungsabsicht wegen der Vorformulierung des Vertrags und des Umstandes, dass der Vertrag durch das anstellende Unternehmen gestellt wurde, als AGB gem. § 305 Abs. 1 BGB⁴⁶). Die Verbrauchereigenschaft des GmbH-Fremdgeschäftsführers⁴⁷) begründet das BAG neben dessen Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern damit, dass dieser seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft und nicht im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Verantwortungsbereich ausübe, sodass er das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit nicht unmittelbar selbst trage⁴⁸). Weil Vorstandsmitglieder einer AG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung gem. § 76 Abs. 1 AktG nicht weisungsgebunden sind und da bei vielen Vorstandsmitgliedern börsennotierter Unternehmen die variablen Vergütungsbestandteile bis zu 25% der Jahresgesamtbezüge ausmachen und sie damit oftmals unmittelbar sowohl am Unternehmenserfolg als auch am unternehmerischen Risiko teilhaben⁴⁹), könnte man die Entscheidung des BAG insoweit für nicht übertragbar halten. Dieser Überlegung steht jedoch ein Urteil des OLG Hamm aus dem Jahr 2007 entgegen. Darin ließ es zumindest den Aspekt der fehlenden Weisungsabhängigkeit für eine Ablehnung der Verbrauchereigenschaft nicht ausreichen⁵⁰). Auch das Schrifttum geht überwiegend davon aus, dass ein Vorstandsmitglied bei dem Abschluss seines Anstellungsvertrags i. d. R. als Verbraucher i. S. von § 13 BGB zu qualifizieren ist⁵¹). Für die Beratungspraxis ist es daher ratsam, sich dieser Einschätzung anzuschließen und sie der Organberatung zugrunde zu legen.

2. Praktische Konsequenzen für die Beurteilung von Organanstellungsverträgen

Aus der Anwendbarkeit von § 310 Abs. 3 BGB auf Organanstellungsverträge folgt, dass diese als von der Gesellschaft gestellt gelten (Nr. 1)⁵²) und bereits bei nur einmaliger Verwendung eines solchen Vertrages die volle AGB-Kontrolle eingreifen kann⁵³). Etwas anderes gilt nur, wenn man bei der in der Praxis verbreiteten Verwendung vorformulierter Anstellungsverträge die Klauseln individuell aushandelt. Dafür muss der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt der AGB ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verwendungsgegner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen einräumen, woran das BAG jedoch strenge Maßstäbe anlegt: Das bloße Führen von Verhandlungen über eine gewisse Dauer und das Erläutern oder Erörtern des Vertragsinhalts genügen noch nicht. Zudem kommt für die Anstellungskörperschaft erschwerend hinzu, dass sie nach den Grundsätzen zur abgestuften Darlegungslast qualifiziert vortragen muss, wie die Klauseln zur Disposition gestellt wurden und welche Umstände den Schluss auf eine Billigung durch den Verwendungsgegner zulassen⁵⁴). Gesellschaften sind daher gut beraten, Vertragsverhandlungen sorgfältig zu dokumentieren und ausgetauschte Vertragsentwürfe zu archivieren⁵⁵).

Von praktischer Relevanz ist ferner die Anwendbarkeit der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB⁵⁶). Weil Auslegungszweifel zulasten des AGB-Verwenders gehen, hat ein Unternehmen bei Abfassung des Anstellungsvertrages auf eine eindeutige und verständliche Formulierung zu achten, z. B. bei der Vereinbarung von Boni oder sonstigen Incentive-Programmen⁵⁷). Zudem legt das BAG hinsichtlich der Auslegung von AGB-Klauseln beim GmbH-Geschäftsführer bemerkenswerterweise die für Arbeitnehmer geltenden Maßstäbe an⁵⁸). Der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung wird daher im vorliegenden Zusammenhang eine wachsende Bedeutung zukommen. Schließlich wird bei der Gestaltung von Organanstellungsverträgen künftig der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB eine verstärkte Beachtung zu schenken sein. Zu den typischen Vertragsinhalten, deren AGB-rechtliche Zulässigkeit danach zweifelhaft sein kann, zählen wirtschaftlich erhebliche Vertragsregelungen wie etwa Wettbewerbsverbote, Widerrufsvorbehalte vertraglich zugesagter Leistungen⁵⁹), Bindungsklauseln, die einen Wegfall von Zahlungsansprüchen zur Folge haben, "Kopplungsklauseln", die Anstellung und Bestellung miteinander verbinden, sowie Vertragsstrafenklauseln⁶⁰).

V. Zusammenfassung

Der kurze Überblick, den der vorliegende Beitrag vermitteln soll, veranschaulicht, dass der vormals gesellschaftsrechtlich bestimmte Bereich des Organisationsrechts der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften zunehmend von arbeitsrechtlichen und Verbraucherschutzrechtlichen Regelungen durchdrungen wird. Da [DB 2011 S. 345](#) durch werden Verhandlungsspielräume der (Vertrags-) Parteien zunehmend eingeschränkt und Organmitglieder den Arbeitnehmern und Verbrauchern zusehends angenähert. Dies trifft in besonderem Maße auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH zu, die in weitem Maße den Vorschriften zum Arbeitnehmer- und Verbraucherschutz unterfallen können. Aber auch für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften ist eine gesteigerte Regelungsdichte festzustellen, wie die Anwendbarkeit des AGG auf deren Erst- und Wiederwahl sowie bei Vorständen zudem die Anwendbarkeit der [§§ 305 ff. BGB](#) auf ihren Anstellungsvertrag verdeutlichen. Der Bereich der Organberatung wird dadurch noch vielschichtiger.

Informationen zu den Autoren

Hans-Ulrich Wilsing ist Rechtsanwalt und Partner im Düsseldorfer Büro der internationalen Sozietät Linklaters LLP; *Dr. Daniel Meyer*, EMBA ist dort als Rechtsanwalt tätig.

Fußnoten:

- 1) EuGH-Urteil vom 11. 11. 2010 - Rs. C-232/09, Danosa, ZIP 2010 S. 2414.
- 2) OLG Köln, Urteil vom 9. 7. 2010 - 18 U 196/09, n. rkr., [DB 2010 S. 1878](#).
- 3) BAG-Urteil vom 19. 5. 2010 - 5 AZR 253/09, [DB 2010 S. 2048](#) = NJW 2010 S. 2827.
- 4) Zur Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem Anstellungsvertrag und organisationsrechtlichem Bestellungsakt vgl. [BGH-Urteil vom 10. 5. 2010 - II ZR 70/09, DB 2010 S. 1518 \(1519\)](#); [Hueck/Fastrich](#), in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 6 Rdn. 25; [Hüffer](#), AktG, 9. Aufl. 2010, § 84 Rdn. 2; [Lutter](#), BB 2007 S. 725 (726).
- 5) Siehe z. B. zur Anwendbarkeit von [§ 626 BGB](#) auf den Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers OLG Jena, Urteil vom 12. 8. 2009 - 7 U 244/07, NZG 2010 S. 226, m. Anm. [Wilsing/Ogorek](#), NZG 2010 S. 216.
- 6) BAG-Urteil vom 17. 1. 1985 - 2 AZR 96/84, NZA 1986 S. 68; [BGH-Urteil vom 10. 1. 2000 - II ZR 251/98, DB 2000 S. 813](#) = NJW 2000 S. 1864 (1865); [Bauer/Arnold, ZIP 2008 S. 993](#); [Fleischer](#), in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 84 Rdn. 25; [Noack](#), in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdn. 172 ff.; [Weidenkaff](#), in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, Einf. v. § 611 Rdn. 23.
- 7) Vgl. etwa [BGH-Urteil vom 16. 12. 1953 - II ZR 41/53, DB 1954 S. 281](#) = NJW 1954 S. 505 (507); vom 7. 12. 1961 - II ZR 117/60, DB 1962 S. 96 = NJW 1962 S. 340 (343); [Hüffer](#), a.a.O. (Fn. 4), § 84 Rdn. 11; [Reufels](#), in: Hümmelich/Reufels (Hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2. Aufl. 2011, 3 Rdn. 28. Etwas anderes kann allenfalls in Konzernsachverhalten gelten; vgl. [Richardi/Fischinger](#), in: Staudinger, BGB, 2011, Vorbem zu §§ 611 ff. Rdn. 331.
- 8) [BAG-Beschluss vom 13. 7. 1995 - 5 AZB 37/94, DB 1995 S. 2271](#) = NJW 1995 S. 3338 (3339).
- 9) Vgl. [BAG-Urteil vom 15. 4. 1982 - 2 AZR 1101/79, DB 1983 S. 1442 \(1444\)](#); dazu [Weidenkaff](#), a.a.O. (Fn. 6), Einf. v. § 611 Rdn. 23.
- 10) [BAG-Urteil vom 9. 5. 1985 - 2 AZR 330/84, DB 1986 S. 1474 \(1475\)](#); [BGH-Urteil vom 29. 1. 1981 - II ZR 92/80, DB 1981 S. 982 f.](#) (jew. zu [§ 622 Abs. 1 BGB](#)); s. auch [Preis](#), in: [ErfKomm-ArbR](#), 11. Aufl. 2011, [§ 611 BGB](#) Rdn. 138.
- 11) [RL 92/85/EWG vom 19. 10. 1992, AbIEG 1992 Nr. L 348 S. 1](#).
- 12) EuGH vom 11. 11. 2010, a.a.O. (Fn. 1), ZIP 2010 S. 2414 (2415 f.); vgl. auch bereits vom 7. 5. 1998 - Rs. C-350/96, NZG 1998 S. 809 (811).
- 13) Ebenso [Bauer](#), GWR 2010 S. 586.
- 14) Ebenso [Löw](#), GmbHR 2010 S. R305 (R306). In diesem Sinne bereits [Schlachter](#), in: [ErfKomm-ArbR](#), 11. Aufl. 2011, § 6 AGG Rdn. 5; [Thüsing](#), in: [MünchKomm-BGB](#), 5. Aufl. 2007, § 2 AGG Rdn. 8; a. A. [Lingemann](#), in: [Prütting/Wegen/Weinreich](#), BGB, 5. Aufl. 2010, § 6 AGG Rdn. 7.
- 15) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2).
- 16) [Bauer/Arnold, ZIP 2008 S. 993](#); [Jaeger](#), in: FS Bauer, 2010, S. 494 (500 f.). Zurückhaltender insoweit OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), [DB 2010 S. 1878 \(1883\)](#).
- 17) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2).
- 18) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), [DB 2010 S. 1878 \(1882\)](#). Zustimmend [Raif](#), GWR 2010 S. 537; [Schlachter](#), a.a.O. (Fn. 14), § 6 AGG Rdn. 6. Ebenso bereits [Belling](#), in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 6 AGG Rdn. 4; [Jaeger](#), a.a.O. (Fn. 16), S. 495 (496 f.); [Kamanabrou](#), RdA 2006 S. 321 (324); a. A. [Arnold](#), ArbRAktuell 2010 S. 536; [Bauer](#), NZA 2005 S. 32 (33); [ders./Arnold](#), ZIP 2008 S. 993 (996).
- 19) [RL 2000/78/EG vom 27. 11. 2000, AbIEG 2000 Nr. L 303 S. 16](#). Die RL sieht keine Differenzierung zwischen Anstellung und Bestellung vor.
- 20) [Eßer/Baluch](#), NZG 2007 S. 321 (328); [Horstmeier](#), GmbHR 2007 S. 125 (126); [Krause](#), AG 2007 S. 392 (394); [Lutter](#), BB 2007 S. 725 (726); [Schlachter](#), a.a.O. (Fn. 14), § 6 AGG Rdn. 6; [Thüsing](#), a.a.O. (Fn. 14), § 2 AGG Rdn. 6. Eine solche Auslegung durch den EuGH halten - trotz ablehnender Haltung - auch [Bauer/Arnold](#), ZIP 2008 S. 993 (998) für möglich.
- 21) [Bauer/Arnold, AG 2007 S. 807 \(809\)](#); [Eßer/Baluch](#), NZG 2007 S. 321 (328); [Kocher](#), BB 2010 S. 264; [Krause](#), AG 2007 S. 392 (393); [Lutter](#), BB 2007 S. 725 (730).
- 22) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), [DB 2010 S. 1878 \(1879\)](#). Zustimmend [Arnold](#), ArbRAktuell 2010 S. 536; [Raif](#), GWR 2010 S. 537; [Schlachter](#), a.a.O. (Fn. 14), § 2 AGG Rdn. 4; kritisch [Löw](#), GmbHR 2010 S. R305 (R306).
- 23) [Bauer/Arnold](#), ZIP 2008 S. 993 (999); [Boecken](#), NZS 2005 S. 393 (394); [Jaeger](#), a.a.O. (Fn. 16), S. 495 (499); [Horstmeier](#), GmbHR 2007 S. 125 (126); [Thüsing](#), a.a.O. (Fn. 14), § 2 AGG Rdn. 7; a. A. [Eßer/Baluch](#), NZG 2007 S. 321 (329); einschränkend auch [Lutter](#), BB 2007 S. 725 (728 f.).
- 24) Diese Beweislastverteilung wendet das OLG Köln i. Ü. auch auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen von § 15 AGG an; zur berechtigten Kritik daran vgl. [Arnold](#), ArbRAktuell 2010 S. 536 und [Raif](#), GWR 2010 S. 537.
- 25) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), [DB 2010 S. 1878 \(1879 f.\)](#). Für die Anwendung von § 22 AGG auch bereits [Bauer/Arnold](#), ZIP 2008 S. 993 (997); [Jaeger](#), a.a.O. (Fn. 16), S. 495 (500); [Lingemann](#), a.a.O. (Fn. 14), § 6 AGG Rdn. 8; a. A. [Eßer/Baluch](#), NZG 2007 S. 321 (325).

- 26) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), **DB 2010 S. 1878 (1879)**.
- 27) *Horstmeier*, GmbHR 2007 S. 125 (128).
- 28) Vgl. auch *Horstmeier*, GmbHR 2007 S. 125 (128).
- 29) Im zugrunde liegenden Fall waren Interna über den Entscheidungsprozess aus der Aufsichtsratssitzung in die Lokalpresse gelangt.
- 30) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), **DB 2010 S. 1878 (1881 f.)**.
- 31) *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 10 AGG Rdn. 3; *Schlachter*, a.a.O. (Fn. 14), § 10 AGG Rdn. 1; *Weidenkaff*, a.a.O. (Fn. 6), § 10 AGG Rdn. 3.
- 32) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), **DB 2010 S. 1878 (1880, 1882)**. So auch EuGH-Urteil vom 12. 10. 2010 - Rs. C-45/09, Rosenblatt, **DB 2010 S. 2339 (2341)**; **BAG-Urteil vom 22. 1. 2009 - 8 AZR 906/07, DB 2009 S. 2045 = NZA 2009 S. 945 (949)**; *Annuß*, BB 2006 S. 1629 (1633); *Kamanabrou*, RdA 2006 S. 321 (329); *Lutter*, BB 2007 S. 725 (727 f.); *Schlachter*, a.a.O. (Fn. 14), § 10 AGG Rdn. 1; a. A. noch *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002 S. 1234 (1237).
- 33) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), **DB 2010 S. 1878 (1880 f.)**. So auch bereits EuGH-Urteil vom 5. 3. 2009 - Rs. C-388/07, Age Concern England, NZA 2009 S. 305 (308); **BAG-Urteil vom 13. 10. 2009 - 9 AZR 722/08, DB 2010 S. 397 = NZA 2010 S. 329 (332)**.
- 34) *Bauer/Arnold*, ZIP 2008 S. 993 (999); *Fleischer*, a.a.O. (Fn. 6), § 76 Rdn. 124; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 23 Rdn. 38; *Jaeger*, a.a.O. (Fn. 16), *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 6 Rdn. 33.
- 35) *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK Kommentar, 4. Aufl. 2010, Rdn. 1024; *Strieder*, DCGK Praxiskommentar, 2005, S. 117.
- 36) *Kremer*, a.a.O. (Fn. 35), Rdn. 951, 954; *Lutter*, BB 2007 S. 725 (729 f.); *Strieder*, a.a.O. (Fn. 35), S. 107. Noch weiter (50 Jahre) gehen *Bauer/Arnold*, ZIP 2008 S. 993 (1000).
- 37) So das Ergebnis einer empirischen Erhebung im Auftrag der Hans Böckler Stiftung vom Juni 2010; im Internet abrufbar unter www.boeckler.de/pdf/mbf_gutachten_evers.pdf, S. 6.
- 38) *Bauer/Arnold*, ZIP 2008 S. 993 (1000); *Eßer/Baluch*, NZG 2007 S. 321 (329); *Lutter*, BB 2007 S. 725 (727); abw. *Jaeger*, a.a.O. (Fn. 16), S. 494 (497 f.). Zur grundsätzlichen Europarechtskonformität von § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG vgl. jüngst EuGH vom 12. 10. 2010, a.a.O. (Fn. 32), **DB 2010 S. 2339 (2340)**; dazu *Bauer/Diller*, **DB 2010 S. 2727 (2728)**; *Bauer/v. Medem*, NJW 2010 S. 3771 (3772) und *Bayreuther*, NJW 2011 S. 19 (20).
- 39) OLG Köln vom 9. 7. 2010, a.a.O. (Fn. 2), **DB 2010 S. 1878 (1881)**.
- 40) *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK Kommentar, 4. Aufl. 2010, Rdn. 43.
- 41) *Kremer*, a.a.O. (Fn. 35), Rdn. 954.
- 42) *Bauer/Göpfert/Krieger*, **DB 2005 S. 595 (598)**.
- 43) *Bauer/Arnold*, ZIP 2008 S. 993 (1000).
- 44) *Thüsing*, a.a.O. (Fn. 14), § 2 AGG Rdn. 7.
- 45) So ging z. B. die Fresenius Medical Care AG als einziges der 30 DAX-Unternehmen vor, vgl. die Entschensserklärung vom Dezember 2010; im Internet abrufbar unter www.fmc-ag.de/files/Entsprechenserklaerung_2010_2_dt.pdf.
- 46) BAG vom 19. 5. 2010, a.a.O. (Fn. 3).
- 47) Dazu bereits **BGH-Urteil vom 5. 6. 1996 - VIII ZR 151/95, DB 1996 S. 2069 (2071)**; vom 28. 6. 2000 - VIII ZR 240/99, **DB 2000 S. 1809 (1810 f.)**; vom 8. 11. 2005 - XI ZR 34/05, **DB 2006 S. 99 f.**
- 48) BAG vom 19. 5. 2010, a.a.O. (Fn. 3), NJW 2010 S. 2827 (2829).
- 49) Vgl. *Wilsing/Kleißl*, BB 2008 S. 2422 (2423 f.).
- 50) OLG Hamm, Beschluss vom 18. 7. 2007 - 8 Sch 2/07, AG 2007 S. 910 (911).
- 51) *Bauer/Baeck/v. Medem*, NZG 2010 S. 721 (723); *Fleischer*, NZG 2010 S. 561 (562); *Micklitz*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2007, § 13 Rdn. 49; *Reufels*, a.a.O. (Fn. 7), 3 Rdn. 58; *Tomicic*, in: Krauß/Weise, Beck'sche Online-Formulare Vertragsrecht, 2010, 2. 3.3 Rdn. 2. Teilweise einschränkend *Mülbert*, in: FS Hadding, 2004, S. 582; ablehnend *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 Rdn. 99.
- 52) *Hümmerich*, NZA 2006 S. 709 (712).
- 53) OLG Hamm vom 18. 7. 2007, a.a.O. (Fn. 50); *Bauer/Baeck/v. Medem*, NZG 2010 S. 721 (723); *Fleischer*, NZG 2010 S. 561 (562); *Hümmerich*, NZA 2006 S. 709 (712); *Ley*, BB 2010 S. 2441 (2442); *Reufels*, a.a.O. (Fn. 7), 3 Rdn. 56 ff.; *Tomicic*, a.a.O. (Fn. 51), 2. 3.3 Rdn. 2.
- 54) BAG vom 19. 5. 2010, a.a.O. (Fn. 3), NJW 2010 S. 2827 (2829).
- 55) So schon *Ley*, BB 2010 S. 2441 (2442).
- 56) Vgl. BAG vom 19. 5. 2010, a.a.O. (Fn. 3), NJW 2010 S. 2827 (2830).
- 57) *Gaul/Ludwig*, GmbHR 2010 S. R321 (R322); *Ley*, BB 2010 S. 2441 (2442).
- 58) BAG vom 19. 5. 2010, a.a.O. (Fn. 3), NJW 2010 S. 2827 (2829 f.).
- 59) Hierzu jüngst **BAG-Urteil vom 13. 4. 2010 - 9 AZR 113/09, DB 2010 S. 1943**; *Gaul/Kaul*, BB 2010 S. 181.
- 60) *Gaul/Ludwig*, GmbHR 2010 S. R321 (R322).