

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Holger Altmeppen, Universität Passau – Prof. Dr. Alfred Bergmann, Vors. Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Prof. Dr. Wulf Goette, Vors. Richter am BGH a. D., Ettlingen – Prof. Dr. Jürgen Götz, Rechtsanwalt, Bad Soden am Taunus – Prof. Dr. Mathias Habersack, Universität München – Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Universität Köln – Prof. Dr. Dieter Leuring, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hanno Merkt, Universität Freiburg – Prof. Dr. Peter O. Mülbart, Universität Mainz – Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Dr. Kersten von Schenck, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt a. M. – Dr. Sven H. Schneider, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. (em.) Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann, Universität Tübingen – Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin beim BGH, Karlsruhe

NZG 9/2020

20. März 2020 · 23. Jahrgang · Seite 321–360

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Weber, Frankfurt a. M.

Aufsätze

Rechtsanwalt Professor Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln*

Koppelungsklauseln in GmbH-Geschäftsführerverträgen auf dem Prüfstand

In § 38 I GmbHG ist das Trennungsprinzip verankert. Danach ist der Widerruf der Bestellung eines Geschäftsführers zum Organ der GmbH „zu jeder Zeit“ zulässig; doch die dem Geschäftsführer zustehenden Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen „bleiben unberührt“. In § 38 II GmbHG heißt es dann, dass der Widerruf im Gesellschaftsvertrag auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt werden kann. Ziel von Koppelungsklauseln im Dienstvertrag eines Geschäftsführers ist es jedoch, genau dieses Trennungsprinzip durch eine Klausel aufzuheben, so dass – mit unterschiedlicher Akzentuierung – der Widerruf auch zur Beendigung des Dienstvertrags führt. Auch wenn die Rechtsprechung des BGH seit Langem solche Konstruktionen für wirksam erachtet, bestehen doch – vor allem auch gegen die Rechtsprechung des BGH – erhebliche Bedenken, die sich vorwiegend aus § 307 BGB herleiten lassen.

I. Ausgangsentscheidung des BGH vom 29.5.1989

Auch wenn dieses Urteil zu § 84 III AktG ergangen ist, so wird man doch seine präjudizielle Wirkung für die Parallelvorschrift in § 38 I GmbHG kaum in Abrede stellen können.¹ Seine Kernaussage lässt sich dahin zusammenfassen: Eine Koppelung zwischen dem Ende der Organbestellung und der Beendigung des Dienstvertrags² ist auf vertraglicher Ebene zulässig.³ Beruht jedoch der Widerruf der Bestellung auf Gründen, welche nicht als fristlose Kündigungsgründe iSv § 626 II BGB ausreichen, dann ist jedenfalls die nicht abdingbare Mindestkündigungsfrist des § 622 I 2 BGB zu beachten.⁴ In einer etwas später ergangenen Entscheidung hatte der BGH über eine Konstellation zu befinden, wonach die Abberufung des Geschäftsführers durch einen entsprechenden Beschluss des Aufsichtsrats „jederzeit“ zulässig war,

dass diese aber „unbeschadet der Ansprüche auf die Bezüge“ vollzogen werde.⁵ Der zugrunde liegende Dienstvertrag war hier für die Dauer von drei Jahren fest abgeschlossen; eine ordentliche Kündigung war mithin ausgeschlossen. Der BGH gab daher dem Berufungsgericht im Rahmen einer Zurückweisung auf, die Frage zu prüfen, ob hier auch die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung des Dienstvertrags nach § 626 II BGB erfüllt seien. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist diesen Vorgaben im Blick auf die Wirksamkeit von Koppelungsklauseln bislang weithin gefolgt.⁶

Doch die hier zu vertiefende Frage zielt in einem ersten Schritt darauf ab, ob diese Rechtsprechung im Blick auf die neueste Judikatur zum AGB-Recht nach wie vor gerechtfertigt ist. Diese Frage ist vor allem deswegen erwägenswert, weil sich praktisch kein bislang zur Wirksamkeit einer Koppelungsklausel ergangenes Urteil – ausgenommen (teilweise)

* Der Autor ist Namensgeber der überörtlichen Sozietät *Friedrich Graf v. Westphalen & Partner* Köln; er ist Honorarprofessor an der Universität Bielefeld.

1 BGH NJW 1989, 2683.

2 Die vertragliche Regelung lautete: „Sollte die Bestellung als Vorstandsmitglied und Vorsitzender des Vorstands gem. § 75 III AktG (wichtiger Grund) widerrufen werden, so endet damit auch dieser Dienstvertrag“.

3 So auch BGH NJW 1981, 2748, .

4 BGH NJW 1989, 2683 (2684).

5 BGH NZG 1999, 1215 (1216) = NJW 1999, 3263 (3264).

6 Kritisch allerdings OLG Karlsruhe NZG 2017, 226; im Übrigen OLG München Urt. v. 24.3.2016 – 23 U 1884/15, BeckRS 2016, 6453; OLG Saarbrücken NZG 2013, 784; OLG Hamm FD-HGR 2007, 225407; OLG Düsseldorf NZG 200, 209 – fristlose Kündigung; LG Düsseldorf DStR 1992, 1139; LG Frankfurt a. M. Urt. v. 11.12.2013 – 3-03 O 156/12, BeckRS 2016, 12480; LG Mosbach Urt. v. 8.7.2015 – 4 O 5/15 KfH, BeckRS 2015, 116479; hierzu auch Werner NZA 2015, 1234.

das jüngste Urteil des *OLG Karlsruhe*⁷ – damit auseinandersetzt, dass zum einen für die rechtliche Qualifikation des Status eines Geschäftsführers § 13 BGB⁸ gilt und in seinem Gefolge dann eben auch § 310 III BGB und damit die verbraucherspezifischen Parameter der richterlichen Inhaltskontrolle.

II. Beachtung AGB-rechtlicher Mindeststandards

1. Revision des Grundsatzurteils des BGH vom 29.5.1989

a) Anerkennen des Verbraucherstatus § 13 BGB

Ohne weitere Anfrage⁹ muss man dem damaligen dogmatischen Ansatz des *BGH* in seinem Urteil vom 29.5.1989¹⁰ zu Gute halten, dass der Gesetzgeber erst im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts zum 1.1.2002¹¹ § 310 IV BGB in Geltung gesetzt und festgelegt hat, dass der Arbeitnehmer als Verbraucher nach § 13 BGB einzuordnen ist:¹² Erst von diesem Tag an sind die strengen Regeln der richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 305 b ff. BGB grundsätzlich auch für Geschäftsführer als Verbraucher zur Anwendung berufen.¹³ Selbst wenn ein Geschäftsführer einer GmbH arbeitsrechtlich nicht die Stellung eines „Arbeitnehmers“ oder die einer „arbeitnehmerähnlichen“ Person einnimmt,¹⁴ so ändert dies im Rahmen von § 310 III BGB in der Sache nichts daran, dass er den Status eines Verbrauchers gem. § 13 BGB genießt. Für den Status eines Fremdgeschäftsführers, der also nicht gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter¹⁵ ist und daher den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen ist, ist dieser Status mittlerweile von der Rechtsprechung auch anerkannt.¹⁶ Das gilt im Übrigen – ohne diese GmbH-typische Begrenzung – auch für den Status eines Vorstands.¹⁷

b) Berücksichtigung von § 310 III Nr. 1 und Nr. 2 BGB

Bejaht man diesen Ausgangspunkt, dann führt kein Weg daran vorbei, sogleich im Blick auf die Verwendereigenschaft § 310 III Nr. 1 BGB in Stellung zu bringen. Danach ist es so, dass die gesetzliche Vermutungsregel gilt:¹⁸ AGB werden danach als vom Unternehmer gestellt angesehen, soweit es sich nicht erweist, dass der Verbraucher sie in den jeweiligen Vertrag eingeführt hat. Insoweit trägt der Unternehmer die Beweislast.¹⁹ Dabei gilt diese Vermutungsregel des § 310 III Nr. 1 BGB auch dann, wenn es sich um so genannte Drittbedingungen handelt, also um solche, die auf Vorschlag eines Dritten (Muster) in den Vertrag einbezogen worden sind;²⁰ auch für diese wird vermutet, dass der Unternehmer sie gestellt hat.²¹

Doch damit nicht genug, § 310 III Nr. 2 BGB bestimmt darüber hinaus, dass die Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle sowie die insoweit vorgeschalteten strikten Regeln der Auslegung von AGB nach § 305 c II BGB auch dann Geltung beanspruchen, wenn die betreffende Vertragsklausel nur zur Einmalverwendung bestimmt ist.²² Dass sie gleichwohl vorformuliert sein muss, liegt auf der Hand, wird aber durch die Fragestellung beantwortet, ob denn der Unternehmer den Verbraucher mit den betreffenden Vertragsklauseln bei Vertragsabschluss konfrontiert hat.²³ Denn unter dieser Voraussetzung war der Verbraucher/Geschäftsführer nicht in die Lage versetzt, auf die Gestaltung der einzelnen Klauseln tatsächlich auch Einfluss iSv § 310 III Nr. 2 BGB zu nehmen.²⁴ Das reicht aus, um eine vorformulierte Einmalbedingung in den Bereich der richterlichen Inhaltskontrolle zu bringen.

Abweichendes ist nur dann zu bejahen, wenn der Verbraucher/Geschäftsführer durch den Unternehmer (GmbH) in die Lage versetzt worden ist, selbst alternative Textvorschläge zu unterbreiten, welche dann auch für ihn die effektive Möglichkeit einschlossen, dass er auf diese Weise seine eigenen Interessen auch tatsächlich durchsetzen kann.²⁵ Vieles spricht insoweit dafür, dass man auch den Regelsatz der Rechtsprechung zum Begriff des Aushandelns nach § 305 I 3 BGB im Rahmen der Einflussnahme auf die Vertragsgestaltung nach § 310 III Nr. 2 BGB parallel schaltet,²⁶ weil beide Normen die Sicherstellung der Privatautonomie des anderen Vertragsteils gegenüber dem Verwender von AGB im Visier haben. Das ist im Übrigen auch die Position des *BAG*,²⁷ bedeutet dann aber im Ergebnis auch,²⁸ dass der Unternehmer den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der Koppelungsklausel – also: das in § 38 I GmbHG verankerte Trennungsprinzip – ernsthaft und nachhaltig als alternative Vertragsgestaltung bei den Vertragsverhandlungen zur Disposition stellt.²⁹

Die Gesellschaft muss also dann eine – alternative – Klauselgestaltung anbieten, welche der Gesetzeslage entspricht. Geschieht dies, dann dürfte es ziemlich unwahrscheinlich sein, dass ein auch nur halbwegs kundiger Geschäftsführer diese Konstellation nicht gegenüber einer Koppelungsklausel

7 *OLG Karlsruhe* NZG 2017, 226 Rn. 102 – hat die hier vor allem interessierenden Fragen zu § 310 III Nr. 2 BGB sowie zu § 310 III Nr. 3 BGB (§§ 305 c I und § 307 I 2 BGB) ausdrücklich ausgeklammert. Doch hat das Gericht – wie noch hier darzulegen – sich gegen die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion gewandt (*BGH NJW* 1989, 2683 Ls.) und damit auch eine am Trennungsprinzip ausgerichtete Differenzierung zwischen Abberufung und Mindestkündigungsfrist vorgenommen.

8 *BGHZ* 133, 71 = *NJW* 1996, 2156 – stRspr; vgl. auch *BGH NJW* 2010, 2827 Rn. 22 f.

9 Hierzu auch *Beurskens* in *Baumbach/Hueck GmbHG*, 22. Aufl. 2019, § 38 Rn. 96 bei Fn. 277; *MüKoGmbHG/Jäger*, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 394 a; vgl. auch *OLG Karlsruhe* NZG 2017, 226 Rn. 1002: offen gelassen, ob ein Verstoß gegen § 307 I 2 BGB vorliegt.

10 *BGH NJW* 1989, 2683; das Gleiche gilt für die anderen einschlägigen Urteile des *BGH NJW* 1981, 2748; *BGH NZG* 1999, 1215 (1216) = *NJW* 1999, 3263 (3264).

11 *BGBI.* 2001 I 3138 ff.

12 *BAGE* 115, 19 = *NJW* 2005, 3305.

13 Der Sonderfall, dass der betreffende Geschäftsführer einer GmbH auf Grund seiner Gesellschafterstellung Leitungsmacht besitzt und diese auch bei Abschluss des Dienstvertrags tatsächlich ausüben kann, wird hier nicht weiter behandelt; vgl. *BAG NJW* 2010, 2827 Rn. 30.

14 Aus der neuen Judikatur *BGH NZG* 2019, 1348; *NJW-RR* 2015, 1445.

15 *OLG Karlsruhe* NZG 2017, 226 (227).

16 *BAG NZA* 2010, 939; *MüKoGmbHG/Jäger/Steinbrück*, § 35 Rn. 273; *Henssler/Strohn/Oetker GmbHG*, 4. Aufl. 2019, § 35 Rn. 110.

17 *BGH NZG* 2020, 64 Rn. 10 – Position des Berufungsgerichts, insoweit aber vom *BGH* nicht zurückgewiesen.

18 *BeckOGK/Richters/Friesen* BGB, Stand: 1.11.2019, § 310 Rn. 164; *Palandt/Grüneberg* BGB, 78. Aufl. 2019, § 310 Rn. 12.

19 *Palandt/Grüneberg* § 310 Rn. 13.

20 *MüKoBGB/Basedow* BGB, 8. Aufl. 2019, § 310 Rn. 71; *Palandt/Grüneberg* § 310 Rn. 16.

21 *Staudinger/Schlosser* BGB, Bearbeitung 2013, § 310 Rn. 54; *Ulmer/Schäfer* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, 12. Aufl., 2016, § 310 Rn. 73.

22 *BeckOGK/Richters/Friesen* BGB, § 310 Rn. 169; *Pfeiffer* in *Wolff/Lindacher/Pfeiffer* AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 310 Rn. 20 f.

23 *BGH NJW* 2010, 1331 (1333).

24 *BGH NJW* 2016, 1230.

25 *BGH NJW-RR* 2014, 1133 Rn. 24 – im Kopf gespeichert: Bearbeitungsentsgelt für die Vergabe von Krediten.

26 Auf diesen Begriff abstellend *Pfeiffer* in *Wolff/Lindacher/Pfeiffer* AGB-Recht, § 310 Rn. 24 ff.

27 *BAG NJW* 2010, 2827.

28 Ähnlich auch *BGHZ* 176, 140 = *NJW* 2008, 2250 (2252) – auf die Darlegungs- und Beweislast des Verbrauchers abstellend, dass es sich um AGB handelt.

29 *BGH NZM* 2016, 408 Rn. 25 f mwN.

(wenn er sie denn verstanden hat) bevorzugt. Sehr eindrücklich formulieren *Bauer/Krieger/Arnold*:

„Es kann auch ohne Weiteres angenommen werden, dass kein Organmitglied einen Vertrag mit Kopplungsklausel unterschreiben würde, wenn ihm die Bedeutung dieser Klausel erläutert würde. Denn es gäbe überhaupt keinen vernünftigen Grund, warum es sich auf derart nachteilige Klauseln einlassen sollte.“³⁰

c) Auslegung nach § 305 c II BGB – Verbot der geltungserhaltenden Reduktion

Bejaht man die Tatsache, dass die Koppelungsklausel als AGB nach § 305 I 1 BGB anzuerkennen ist (was dem *BGH* bislang verwehrt war), dann fallen die einzelnen Puzzlesteine wie von selbst um und ergeben ein ganz und gar anderes Bild. Das beginnt mit dem Grundsatz der objektiv-generellen Auslegung der betreffenden Klausel nach § 305 c II BGB.³¹ Danach sind AGB – ausgehend vom Wortlaut³² nach ihrem typischen Sinn einheitlich so auszulegen, „wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Interessen des konkreten, sondern des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind“.³³

Zweifel bei der Auslegung gehen dabei zulasten des Verwenders, wie sich aus § 305 c II BGB ablesen lässt. Doch die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz seit Langem erheblich verschärft: Sie wendet immer dann, wenn nicht behebbarer Auslegungszweifel – also: mindestens zwei Alternativen – verbleiben, den Grundsatz der „kundenfeindlichsten“ Auslegung an.³⁴ Danach wird die Auslegungsvariante der richterlichen Inhaltskontrolle zugrunde gelegt, welche die Unwirksamkeit der betreffenden Klausel nach sich zieht,³⁵ weil diese für den Vertragspartner des Verwenders die günstigere ist.³⁶

Dieser dogmatische Ansatz im Rahmen von § 306 II BGB führt dann auch unmittelbar zu dem ehernen Grundsatz,³⁷ dass eine geltungserhaltende Reduktion strikt untersagt ist.³⁸ Ein solcher Fall läge dann vor, wenn eine an sich unwirksame Klausel mithilfe verschiedener Auslegungsschritte auf das Maß reduziert wird, welches noch gerade der richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhält.³⁹

d) Folgerungen

aa) *Klausel als Einmalbedingung nach § 310 III Nr. 2 BGB.* Würde man die Quintessenz des Urteils des *BGH* vom 29.5.1989⁴⁰ in die Gegenwart heben, dann wären drei Konsequenzen zwingend:⁴¹ Der zugrunde liegende Dienstvertrag zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer ist mit einem Verbraucher iSd § 13 BGB geschlossen. Die Koppelungsklausel – stammend aus dem Jahr 1978⁴² – wäre als jedenfalls klassische Einmalklausel iSv § 310 III Nr. 2 BGB zu qualifizieren.⁴³ Drittens, da in der hier zu beurteilenden Klausel in der Entscheidung des *BGH* vom 29.5.1989⁴⁴ kein Wort von einer ordentlichen Kündigung nach § 622 I 2 BGB im zugrunde liegenden Dienstvertrag des Geschäftsführers die Rede ist, wäre das „Hineinlesen“ einer solchen Norm in der Sache – ohne wenn und aber – eine strikt verbotene geltungserhaltende Reduktion.⁴⁵ Denn diese AGB-widrige Konstruktion des *BGH* dient allein der Aufrechterhaltung der Wirksamkeit der Koppelungsklausel.

bb) *Anwendung von § 307 II Nr. 1 BGB.* Schon vor einigen Jahren wurde die These unterbreitet:⁴⁶ Alles spricht dafür, dass das in § 38 I GmbHG verankerte Trennungsprinzip für die anzustellende AGB-Kontrolle von Koppelungsklauseln Leitbildfunktion iSv § 307 II Nr. 1 BGB entfaltet.⁴⁷ Das bedeutet, dass im Zweifel Koppelungsklausel (jedweder Prä-

gung) wegen ihres Verstoßes gegen die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts als unwirksam zu bezeichnen sind. Um diese These zu stützen, ist auf eine jüngere *BGH*-Entscheidung hinzuweisen. In seinem in dogmatischer Sicht wegweisenden Urteil am 4.7.2017 hat sich der *BGH* zu den Grundsätzen geäußert,⁴⁸ welche die Leitbildfunktion des § 307 II Nr. 1 BGB ausfüllen und sowohl gegenüber einem Verbraucher wie gegenüber einem Unternehmer gleichermaßen⁴⁹ im Zweifel die Unwirksamkeit der betreffenden (abweichenden) Klausel nach sich ziehen. Der entscheidende Grundsatz lautet hier:

„Durch diese Abweichungen von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert.“⁵⁰

Die darin liegende Vermutung der Unwirksamkeit wird nach Auffassung des *BGH* nur auf zweierlei Weise vermieden oder ausgeglichen. Zum einen muss die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild sachlich – basierend auf einer umfassenden Interessenabwägung – gerechtfertigt sein oder der gesetzliche Schutzzweck muss auf andere Weise sichergestellt werden.⁵¹ Bei einer gegen das strikte Trennungsprinzip des § 38 I GmbHG gerichteten Koppelungsklausel wird man in aller Regel keinen dieser beiden Ausnahmetatbestände in Ansatz bringen können. Die Beendigung des Dienstvertrags ist nämlich – das ist die Essenz einer Koppelungsklausel – an die Abberufung des Geschäftsführers gebunden. Die Gesellschaft will vor allem vermeiden, Entgeltansprüche sowohl gegenüber dem alten wie gegenüber dem neuen Geschäftsführer erfüllen zu müssen, also doppelt zu zahlen.

Demgegenüber besteht der Schutzzweck der Norm des § 38 I GmbH gerade darin, jederzeit und ohne einen sachlichen Grund die Abberufung eines Geschäftsführers erreichen zu können.⁵² Sie ist sozusagen das Gegenmittel gegen die nach außen ansonsten unbeschränkte Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, dass er nämlich gerade aus diesem Grund auf das Vertrauen der Gesellschafter angewiesen ist.⁵³ Doch

30 *Bauer/Krieger/Arnold* Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Aufl., 2014, Kap. D Rn. 82.

31 *BGH* NZG 2020, 64 Rn. 15.

32 Vgl. statt vieler *BGH* NJW 2016, 2691 Rn. 26; NJW 2002, 441.

33 *BGH* NZG 2020, 64 Rn. 15 mwN.

34 *BGHZ* 176, 244 = NJW 2008, 2172 – stRSpr.

35 *BGHZ* 219, 35 = NJW 2018, 2950 Rn. 37.

36 Im Einzelnen *MüKoBGB/Basedow* § 305 c Rn. 48 ff.

37 Mit Recht *Bauer/Krieger/Arnold* Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, Kap. D Rn. 80.

38 *BGH* NJW 2013, 991 = NZM 2013, 474 Rn. 25; grundlegend *BGHZ* 84, 109 = NJW 1982, 2309; *Palandt/Grüneberg* § 306 Rn. 6; kritisch *MüKoBGB/Basedow* § 306 Rn. 16 ff.; zum Streitstand auch *Beck-OGK/Bonin* BGB, Stand: 1.1.2019, § 306 Rn. 28 ff.

39 Hierzu im Einzelnen auch *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, § 306 Rn. 14.

40 *BGH* NJW 1989, 2683 = NJW-RR 1989, 1375 Ls.

41 Vgl. auch *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 394 c.

42 „Sollte die Bestellung als Vorstandsmitglied und Vorsitzender des Vorstands gem. § 75 III AktG (wichtiger Grund) widerrufen werden, so endet damit auch dieser Dienstvertrag“.

43 *Fuchs/Bieder* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, § 310 Rn. 12.

44 *BGH* NJW 1989, 2683 = NJW-RR 1989, 1375 Ls.

45 *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 294 c.

46 *Graf von Westphalen* BB 2015, 834.

47 So auch *Werner* NZA 2015, 1234 (1238).

48 *BGHZ* 215, 172 = NZG 2017, 1273 = NJW 2017, 2986 mAnm von *Tröger*.

49 *BGH* NJW 2017, 2896 Rn. 66.

50 *BGHZ* 215, 172 = NZG 2017, 1273 Rn. 40.

51 *BGHZ* 215, 172 = NZG 2017, 1273 Rn. 41.

52 *Beurskens* in *Baumbach/Hueck* GmbHG, § 38 Rn. 96 bei Fn. 277; *MüKoGmbHG/Stephan/Tieves*, § 38 Rn. 7; *BeckOK GmbHG/Heilmeyer* Stand: 1.2.2019, § 38 Rn. 3 – actus contrarius gegenüber der Berufung.

53 *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen* GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 38 Rn. 2.

§ 38 I GmbH bestimmt auch, dass – entsprechend dem Trennungsprinzip – die Entschädigungsansprüche des Geschäftsführers aus bestehenden Verträgen unberührt bleiben.⁵⁴

Unter diesem Gesichtswinkel dient eine jede Koppelungsklausel ersichtlich und einseitig den Zielen der Gesellschaft, indem sie – als Folge einer wie auch immer einzuordnenden – Kündigung des Dienstvertrags sicherstellt, dass die Gesellschaft weitestgehend von der Entschädigungspflicht gegenüber dem nach § 38 I GmbHG abberufenen Geschäftsführer verschont wird.⁵⁵ Sieht man die Essenz einer Koppelungsklausel unter diesem Gesichtswinkel, dann wird man auch kaum iSv § 307 II Nr. 1 BGB zu dem Ergebnis gelangen können, dass hier die berechtigten Belange des Geschäftsführers, wie sie § 38 I GmbHG adressiert, in irgendeiner anderen, aber validen Weise gewahrt sein könnten.

Im Zentrum des Urteils des BGH vom 4.7.2017⁵⁶ steht dann allerdings die Aussage, welche punktgenau bei Verwendung einer einseitig vorformulierten Koppelungsklausel den Prägestempel der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB aufdrückt:

„Die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln soll vor Klauseln schützen, bei denen das auf einen gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht – wie hier – durch einseitige Gestaltungsmacht des Klauselverwenders außer Kraft gesetzt wird.“⁵⁷

Dahinter steht der durch die §§ 305 ff. BGB verkörperte Gesetzeszweck, nämlich: der einseitigen Gestaltungsfreiheit eines Vertrags durch AGB unüberwindbare Grenzen zu setzen, die ihrerseits durch das auf einen gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht im Sinn seiner normspezifischen Leitbildfunktion nach § 307 II Nr. 1 BGB vorgegeben sind.⁵⁸

2. Ergebnis

Wenn man bedenkt, dass dieser vom BGH formulierte Grundsatz richterlicher Inhaltskontrolle gleichermaßen für den Verbraucher wie auch für den Unternehmer gilt,⁵⁹ dann dürfte es kaum möglich sein, eine gegen das Trennungsprinzip des § 38 I GmbHG gerichtete Koppelungsklausel auf Basis des Urteils des BGH vom 29.5.1989⁶⁰ noch weiterhin als wirksam aufrechtzuerhalten.⁶¹ Entscheidend ist insoweit, dass der BGH, wie gezeigt, in seinem Grundsatzurteil vom 4.7.2017⁶² – bezogen auf die Norm des § 488 I 2 BGB – wesentliche Aussagen zur Leitbildfunktion des dispositiven Rechts nach § 307 II Nr. 1 BGB getroffen hat. Diese beanspruchen allgemeine Gültigkeit für den gesamten Bereich des dispositiven Gesetzesrechts, dem eine Leitbildfunktion zuzuweisen ist. Diese darf daher auch im Rahmen einer Koppelungsklausel, welche das Trennungsprinzip von § 38 I GmbHG in sein Gegenteil verkehrt, nicht unter den Tisch gekehrt werden.

III. Kontrolle einzelner Koppelungsklauseln

In einem weiteren Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob denn einzelne, in Rechtsprechung oder Literatur behandelte Varianten von Koppelungsklauseln im Kontext von § 38 I oder II GmbHG aus bislang nicht behandelten Gründen dem Test der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB standhalten.

1. Abberufung = Kündigung zum „nächstmöglichen Termin“

Eine Klauselgestaltung, welche die Bekanntgabe der Abberufung des Geschäftsführers nach § 38 I GmbHG auch als

Kündigung des Dienstvertrags zum nächstmöglichen Termin qualifiziert, hat etwa folgenden Wortlaut:

„Falls der Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss aus seinem Amt abberufen wird, gilt die Bekanntgabe der Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer durch die Gesellschaft als Kündigung des Vertrags zum nächstmöglichen Termin.“⁶³

a) Befristeter Dienstvertrag

Wird diese Klausel in einem befristeten Dienstvertrag verwendet, dann hat hier der BGH bereits mit seiner Entscheidung vom 21.6.1999 Klarheit geschaffen:⁶⁴ Die Koppelungsklausel ist in der Sache leerlaufend.⁶⁵ Eine vorfristige Kündigung des Dienstvertrags scheidet im Fall des Widerrufs der Bestellung nach § 38 I GmbHG an der Vereinbarung der festen, unkündbaren Laufzeit nach § 620 I BGB.⁶⁶ Soweit aber die Voraussetzungen vorliegen, welche eine Abberufung aus wichtigem Grund nach § 38 II GmbHG rechtfertigen, ist die nächstmögliche Frist nur die, welche sich aus der Beachtung von § 626 II BGB ergibt.⁶⁷

Doch diese Variante birgt Probleme. Der klauselmäßige Hinweis auf die Möglichkeit einer Kündigung im Fall der Abberufung des Geschäftsführers, welche dann zum „nächstmöglichen Termin“ greifen soll, erweckt nämlich den auf eine Intransparenz nach § 307 I 2 BGB hindeutenden Vorbehalt,⁶⁸ dass es – außerhalb der fristlosen Kündigung nach § 626 BGB – auch noch eine anderweitige – ordentliche – Kündigung nach Maßgabe von Vertrag oder Gesetz gibt.⁶⁹ Denn es ist ja offen, was der „nächstmögliche Kündigungstermin“ tatsächlich ist.

Entscheidend für das Eingreifen des Transparenzgebots ist hier, dass die strikt zu unterscheidenden Tatbestände des jederzeit zulässigen Widerrufs (ohne Begründung) nach § 38 I GmbHG und der des Widerrufs aus wichtigem Grund nach § 38 II GmbHG auch auf der Ebene der Beendigung des Dienstvertrags vermengt werden, so dass unklar bleibt, wel-

54 Statt aller *Oetker in Henssler/Strohn* GesR, § 38 Rn. 2.

55 Umfassend *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 391 ff.

56 *BGHZ* 215, 172 = *NZG* 2017, 1273 Rn. 64.

57 *BGHZ* 215, 172 = *NZG* 2017, 1273 Rn. 64; so schon *BGHZ* 201, 168 = *NJW* 2014, 2420 Rn. 60.

58 Hierzu auch *Graf von Westphalen* BB 2017, 2051.

59 So mit unüberbietbarer Eindeutigkeit *BGHZ* 215, 172 = *NZG* 2017, 1273 Rn. 66.

60 *BGH* *NJW* 1989, 2683; das Gleiche gilt für das Urteil vom 21.6.1999, *NJW* 1999, 3623.

61 A.M. *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 6 Rn. 150; ähnlich auch *Ulmer/Paefgen* GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 38 Rn. 253.

62 *BGHZ* 215, 172 = *NZG* 2017, 1273.

63 *Zander* in *BeckFormB Zivl-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht*, D-E, 4. Aufl., 2018, E Rn. 3; ähnlicher Klauselvorschlag bei *Reufels* in *Hümmerich/Reufels* Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 810: „Mit Widerruf der Bestellung endet dieser Dienstvertrag.“ Oder auch: „Der Widerruf der Bestellung des Geschäftsführers gilt als Kündigung des Anstellungsverhältnisses zum nächstmöglichen Termin“; ebenda.

64 *BGH* *NZG* 1999, 1215.

65 *Bauer/Krieger/Arnold* Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, Kap. D Rn. 77.

66 *Reufels* in *Hümmerich/Reufels* Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 2 Rn. 811; *Graf von Westphalen* BB 2015, 834 (840); *Werner* *NZA* 2015, 1234 (1238); *Bauer/Arnold* ZIP 2006, 2337 (2343); *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück* § 35 Rn. 394.

67 Insoweit keine Bedenken auch bei *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 393.

68 A.M. *Reufels* in *Hümmerich/Reufels* Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 2 Rn. 811; *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück* § 35 Rn. 393.

69 A.M. *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen* GmbHG, § 6 Rn. 150; vgl. auch *Ulmer/Paefgen*, 2. Aufl. 2014, § 38 Rn. 254 mit Hinweis auf *BGH* *NJW* 1989, 2683, was hier jedoch nachdrücklich verworfen worden ist; hierzu auch *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück* § 35 Rn. 394 c.

che Kündigungsregel für den Dienstvertrag letztlich anwendbar ist. Was der „nächstmögliche Termin“ zur Kündigung des Dienstvertrags wirklich ist, ist schlicht offen. Daher sprechen gute Gründe dafür, dass hier ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 I 2 BGB vorliegt.

Dieses verlangt nämlich, dass der Verwender die tatbestandlichen Voraussetzungen und Folgen einer Klausel so klar und genau beschreiben muss, „dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen“.⁷⁰ Das trifft hier zu. Denn ein solcher „nächstmöglicher Termin“ kann im Rahmen einer generell-abstrakten Auslegung die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist sein; es kann aber auch die gesetzliche (oder auch vertragliche) bei einem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag sein. Schließlich kommt auch die Frist des § 626 II BGB in Betracht. Gerade wenn bei einer Abberufung nach § 38 I GmbHG eine fristlose Kündigung ausgesprochen wird, die dann aber in eine ordentliche umgedeutet wird,⁷¹ entstehen „ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume“,⁷² welche die Gesellschaft für sich ausnutzen kann, aber nach § 307 I 2 BGB nicht darf.

Der gegen diesen argumentativen Ansatz vorgebrachte Einwand, dass nämlich der betroffene Geschäftsführer auf Grund dieser Klausel genauso dasteht, wie wenn die Gesellschaft – außerhalb der Koppelungsklausel – eine Kündigung ausgesprochen hätte, dürfte nur für den Fall des § 38 I GmbHG richtig sein, dass es sich um einen unbefristeten und daher im Wege der ordentlichen Kündigung zu beendenden Dienstvertrag handelt.⁷³

b) Weitere Klauselgestaltung – ordentliche Kündigung

Dieses Ergebnis ist allerdings bei der nachfolgenden Klausel, aus einem befristeten Dienstvertrag stammend, teilweise anders; sie lautet:

„Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen. Dies gilt nicht im Fall des Widerrufs der Bestellung. Der Widerruf der Bestellung gilt zugleich als ordentliche Kündigung mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats.“⁷⁴

Aus Satz 1 ist abzulesen, dass die „ordentliche Kündigung ausgeschlossen“, so dass es sich um einen befristeten Vertrag handelt. Die hier in Satz 3 enthaltene Fiktion („gilt“) führt aber dann dazu, dass der Widerruf der Bestellung als „ordentliche Kündigung“ zu behandeln ist. Da Satz 2 der Klausel bei einem Widerruf der Bestellung nicht zwischen den beiden Alternativen von § 38 I und II GmbHG differenziert, ergibt sich folgendes Auslegungsschema: Selbst der Widerruf der Bestellung nach § 38 I GmbHG führt zu einer Beendigung des Dienstvertrags mit den in S. 3 angesprochenen (besonderen) Fristen.

Liegen aber die Voraussetzungen von § 626 I BGB hier nicht vor, dann greift die Unwirksamkeitssanktion von § 307 II Nr. 1 BGB zwingend ein. Das gilt schon deswegen, weil die in Satz 3 angesprochene Frist von „vier Wochen“ mit der zwingend zu beachtenden Frist von § 626 II BGB im Widerspruch steht. Liegen indessen die Voraussetzungen von § 626 I BGB für die „ordentliche“ Kündigung des Dienstvertrags nicht vor, dann führt der Widerruf der Bestellung nach § 38 I GmbHG zu der in Satz 3 geregelten Kündigungsfrist von „vier Wochen“, gerechnet ab Bekanntgabe des Widerrufs. Diese Frist ist nur dann nicht nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, wenn sie deckungsgleich mit der vertraglichen Kündigungsfrist ist, die im Rahmen der unbefristeten Laufzeit-Klausel des Dienstvertrags vorgesehen ist.

c) Fristlose Kündigung v. Abberufung nach § 38 GmbHG

aa) *Auslegung und grundsätzliche Wertung.* Eine andere in der Literatur vorgeschlagene Koppelungsklausel knüpft den Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer (§ 38 II GmbHG) an die Kündigungsvoraussetzungen des § 626 BGB. Sie lautet:

„Beruht der Widerruf der Bestellung auf einem wichtigen Grund im Sinn von § 626 BGB, gilt der Widerruf zugleich als außerordentliche fristlose Kündigung des Dienstvertrags. Liegt ein wichtiger Grund im Sinn von § 626 BGB nicht vor, so gilt der Widerruf als Kündigung mit dreimonatiger Kündigungsfrist zum Monatsende.“⁷⁵

Unter dieser Perspektive ist zunächst festzuhalten, dass beide Rechtsinstitute – Abberufung aus wichtigem Grund und fristlose Kündigung des Dienstvertrags – voneinander strikt zu trennen sind.⁷⁶ Es verbleibt im Blick auf den Dienstvertrag bei der Grundaussage: Für seine fristlose Kündigung müssen zwingend die Voraussetzungen des § 626 I BGB erfüllt sein.⁷⁷ Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls muss daher ermittelt werden und schließlich feststehen, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die Gesellschaft schlicht unzumutbar ist und dass auch nicht von ihr zu erwarten ist, dass sie dieses Dienstverhältnis bis zum Zeitpunkt der nächstmöglichen (ordentlichen) Kündigung fortsetzen kann.⁷⁸

Auch wenn wichtige Gründe iSd § 38 II GmbHG die Gesellschafterversammlung berechtigen, die Abberufung des Geschäftsführers zu beschließen, so ist im Ergebnis doch kein Gleichlauf⁷⁹ mit den Gründen des § 626 I BGB anzuerkennen.⁸⁰ Das ist der Punkt, der im Rahmen einer Inhaltskontrolle einer solchen Koppelungsklausel von § 307 II Nr. 1 BGB dringend zu beachten ist. Denn die Auslegung einer solchen Klausel, die ja stets der richterlichen Inhaltskontrolle vorgeschaltet ist,⁸¹ muss abstrakt-generell berücksichtigen, dass insoweit eben – entgegen dem Wortlaut der Klausel – keine Deckungsgleichheit besteht. Das ist dann im Rahmen der kundenfeindlichsten Auslegung⁸² für die Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB maßgebend.

Insoweit gilt nämlich: Gründe, die im Rahmen von § 626 II BGB ausreichen, den Dienstvertrag fristlos zu kündigen, sind stets auch nach § 38 II GmbHG hinreichend.⁸³ Umgekehrt gilt diese Gleichung jedoch nicht, weil die Voraussetzungen des § 38 II GmbHG weniger streng ausgestaltet sind.⁸⁴ Das

70 Neuestens BGH NJW-RR 2020, 112 Rn. 23.

71 Hierzu im Einzelnen BeckOGK/Günther BGB § 626, Stand: 1.8.2019, § 626 Rn. 142 ff.

72 BGH NJW-RR 2020, 112 Rn. 23.

73 Unklar insoweit MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 393, die allerdings von einer „vereinbarten Frist“ für die Kündigung sprechen, ohne den Fall eines befristeten Vertrags ausdrücklich anzusprechen oder auszuschließen.

74 Lohr NZG 2001, 826 (832).

75 Hümmerich/Lücke/Maurer Arbeitsrecht, 9. Aufl., § 1 Rn. 640.

76 Altmeppen in Roth/Altmeppen GmbHG, § 38 Rn. 5; Beurskens in Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 95.

77 BAG NZA-RR 2009, 393 Rn. 18; NJW 2009, 1897; BAGE 118, 104 = NJW 2006, 2939; BeckOGK/Günther BGB, Stand: 1.8.2019, § 626 Rn. 23 f.

78 MüKoBGB/Henssler § 626 Rn. 56; Palandt/Weidenkaff § 626 Rn. 2.

79 Umfassend Tschöpel/Wortmann NZG 2009, 161; Freund GmbHR 2010, 117.

80 Ulmer/Paefgen GmbHG, § 38 Rn. 34.

81 Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 8.

82 BGHZ 176, 244 = NJW 2008, 2172.

83 BGH NJW-RR 1996, 156 – Kündigung eines parallel laufenden Beratervertrags.

84 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves § 38 Rn. 93; Ulmer/Paefgen GmbHG, § 38 Rn. 34.

wird deutlich,⁸⁵ wenn man sich vor Augen hält, dass der Verlust des Vertrauens – im Gegensatz zur Regel des § 84 III AktG – grundsätzlich keinen wichtigen Grund iSv § 38 II GmbHG zur Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund darstellt.⁸⁶ Kommen aber nicht unerhebliche Pflichtverletzungen des Geschäftsführers im Rahmen der durchzuführenden Abwägung der Umstände hinzu, dann können diese Tatsachen ausreichen.⁸⁷ Noch deutlicher wird die Differenzierung zwischen § 626 I BGB und § 38 II GmbHG, wenn man bedenkt, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung auch dann zu bejahen sein kann, wenn den Geschäftsführer kein Verschulden trifft.⁸⁸

bb) § 307 II Nr. 1 BGB – Satz 1. Da die hier zu untersuchende Klausel relativ apodiktisch Abberufung des Geschäftsführers und Kündigung seines Dienstvertrags gleichschaltet, ist das Tor zur kundenfeindlichsten Auslegung offen.⁸⁹ Im Rahmen der gebotenen generell-abstrakten Auslegung (§ 305 c II BGB) der Koppelungsklausel ist daher zu fragen, ob denn jeder wichtige Grund iSv § 38 II GmbHG auch zwingend die fristlose Kündigung des Dienstvertrags nach sich ziehen darf. Genau das aber ist – wie dargestellt – zu verneinen.⁹⁰ Damit scheidet die Klausel an § 307 II Nr. 1 BGB, weil sie wegen der fehlenden Deckungsgleichheit gegen § 626 I BGB verstößt.⁹¹ Das im Rahmen einer abstrakt-generellen Auslegung der Koppelungsklausel anzuerkennende Delta zwischen § 38 II GmbHG und § 626 I BGB begründet also die Unwirksamkeit der betreffenden Klausel, weil die Schwelle des fristlosen Kündigungsrechts zum Nachteil des Geschäftsführers auf die Ebene des § 38 II GmbHG abgesenkt wird.

cc) Verstoß gegen § 307 I 2 BGB – fehlender Hinweis auf § 622 II BGB. Doch damit nicht genug. Die Klausel schafft ja in Satz 1, wie bereits gesehen, erkennbar einen Gleichlauf zwischen den durchaus unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen nach § 626 I BGB und einem wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung nach § 38 II GmbHG. Doch gerade deswegen stellt sich hier auch ein ernstes Problem im Rahmen des Transparenzgebots nach § 307 I 2 BGB. In einer sehr jungen Entscheidung hat der BGH das ganze Arsenal der Grundsätze der Judikatur zusammengefasst, als es darum ging, eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung als intransparent und damit als unwirksam nach § 307 I 2 BGB einzuordnen.⁹² Einer der hier gegen Satz 1 der referierten Klausel in Stellung zu bringenden Grundsätze lautet: Der Vertragspartner – rechtlich nicht vorgebildet – soll möglichst ohne fremde Hilfe in der Lage sein, „die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss hinreichend“ zu erfassen.⁹³ Mit anderen Worten: Die Klausel muss so verständlich die jeweiligen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aufzeigen, dass der Verbraucher „nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird“.⁹⁴

Unter diesem Gesichtswinkel stellt sich nunmehr die entscheidende Frage, ob denn die Klausel in Satz 1 hinreichend sicherstellt, dass der abberufene Geschäftsführer auch darüber unterrichtet ist,⁹⁵ dass ihm das scharfe Schwert der Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB in Bezug auf die Rechtzeitigkeit eines Abberufungsbeschlusses aus wichtigem Grund (§ 38 II GmbHG) – gerechnet ab Erlangung sicherer und hinreichend vollständiger Kenntnis der Tatumstände – zur Verfügung steht.⁹⁶ Das erscheint mehr als zweifelhaft, weil der durchschnittliche Geschäftsführer als Verbraucher (ohne Rechtskenntnisse) davon ausgeht, dass die Beendigung des Dienstvertrags zwingend mit einer Abberufung aus wichtigem Grund zeitlich und inhaltlich zusammenfällt, und dass ihm keine weiteren Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen.

dd) *Dreimonatige Kündigungsfrist zum Monatsende*. Mangels eines ausreichenden Grundes für eine fristlose Kündigung bestimmt Satz 2 der vorhergehenden Klausel, dass dann als Folge des Widerrufs der Bestellung ein ordentliches Kündigungsrecht der Gesellschaft mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende zum Zuge kommen soll. Entgegen Werner ist die Wirksamkeit auch einer solchen Klausel zu verneinen.⁹⁷ Wird sie in einem unbefristeten Dienstvertrag verwendet, dann ist sie im Wesentlichen nichtssagend, weil sie dann das Trennungsprinzip des § 38 I GmbHG reflektiert. Doch gilt dies nur dann, wenn die Frist zur ordentlichen Beendigung des Dienstvertrags mit der ursprünglichen Laufzeitregel – und der entsprechenden Kündigungsfrist von drei Monaten – vollständig übereinstimmt.⁹⁸

Trifft dies aber nicht zu, dann wird man die Klausel wegen der Inkongruenz der bedungenen Fristen – Dienstvertragslaufzeit einerseits, Koppelungsklausel andererseits – als nicht hinreichend transparent nach § 307 I 2 BGB verwerfen müssen.⁹⁹ Denn sie gestattet dann der Gesellschaft wegen der widersprüchlichen Dauer der Kündigungsfristen einen nicht gerechtfertigten Beurteilungsspielraum,¹⁰⁰ den sie zum Nachteil des Geschäftsführers ausspielen kann, aber nicht darf (§ 306 II BGB). Man kann natürlich auch den Weg beschreiten und die Regelung betreffend die Vertragslaufzeit (mit ihrer dort vorgesehenen Kündigungsfrist) als vorrangig¹⁰¹ nach § 305 b BGB einordnen.¹⁰² Allerdings setzt dies voraus, dass der Geschäftsführer in der Lage ist, den Nachweis zu führen, dass es sich bei der jeweiligen Laufzeit- und Kündigungsregelung im Sinn der Rechtsprechung zu § 305 I 3 BGB um eine frei ausgehandelte Individualabrede handelt.¹⁰³ Das dürfte erfahrungsgemäß durchaus nicht selten zutreffen.

2. Erzwungener Gleichlauf, § 307 I 2 BGB

a) Abberufung = wichtiger Kündigungsgrund

Eine ähnlich strukturierte Koppelungsklausel lautet:

„Der Dienstvertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund außerordentlich kündbar. Als wichtiger Grund gilt die Abberufung vom Amt des Geschäftsführers“.¹⁰⁴

Entscheidend für das nach § 307 II Nr. 1 BGB zu verhängende Verdikt der Unwirksamkeit ist der Befund, dass eine

85 Vgl. die Sachverhaltskonstellation in BGH NZG 1998, 347.

86 BGH NJW 1960, 628, – allerdings: zweigliedrige GmbH; Oetker in Henssler/Strohn GesR, § 38 Rn. 23.

87 OLG Hamm NWB 2016, 3296 Ls. = BeckRS 2016, 13167; Altmeyen in Roth/Altmeyen GmbHG, § 38 Rn. 40.

88 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rn. 93.

89 LG Bielefeld Urt. v. 22.10.2019 – 17 O 117/18, BeckRS 2019, 28530 Rn. 25.

90 Für eine Gleichschaltung wohl Oetker in Henssler/Strohn GesR, § 38 Rn. 20.

91 In der Sache auch MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 394 c.

92 BGH NJW-RR 2020, 112 Rn. 23.

93 BGH NJW-RR 2020, 112 Rn. 23; BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 582.

94 BGH NJW-RR 2020, 112 Rn. 23; WM 2019, 592 Rn. 35; BGHZ 218, 183 = NZG 2018, 826 Rn. 34.

95 Zustimmend referierend Werner NZA 2015, 1234 (1239) unter Berufung auf Graf von Westphalen BB 2015, 834 (843).

96 BGH NZG 2002, 46; NJW 1996, 3274.

97 Werner NZA 2015, 1234 (1239).

98 Mit Recht MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 394 c.

99 MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 394 c.

100 Hierzu neuestens BGH NZG 2020, 64 Rn. 23.

101 Hierzu grundlegend BGH NJW 2017, 1017 – qualifizierte Schriftform nach § 550 BGB – nicht Vertragsbestandteil.

102 So in der Sache MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 394 c.

103 Hierzu BGH NZM 2016, 408; NJW 2013, 856; kritisch Maier-Reimer NJW 2017, 1

104 Bauer/Krieger/Arnold Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, Kap. D 71; vgl. auch die sehr ähnliche Klausel in Kap. D Rn. 74.

generell-objektive Auslegung der hier wiedergegebenen Koppelungsklausel auch den Fall des § 38 I GmbHG umfasst, also den jederzeit zulässigen Widerruf der Bestellung als Geschäftsführer. Das in dieser Norm verankerte Trennungsprinzip lässt allerdings die Entschädigungsansprüche des Geschäftsführers auf Grund des Dienstvertrags unberührt.¹⁰⁵ Genau diesen Fall aber erfasst die Klausel in Form eines „jederzeit“ eingreifenden fristlosen Kündigungsrechts nach § 626 I BGB, ohne dass die ohnehin nicht ganz konformen Voraussetzungen des § 38 II GmbHG vorliegen müssen. Damit steht aber fest, dass diese Klausel fundamental gegen § 307 II Nr. 1 BGB verstößt. Insoweit macht es dann auch nach § 307 II Nr. 1 BGB keinen Unterschied, ob der Dienstvertrag befristet oder unbefristet abgeschlossen worden war.

b) Abberufung = auflösende Bedingung des Dienstvertrags

Eine solche Klausel hat folgenden Wortlaut:

„Der Dienstvertrag steht unter der auflösenden Bedingung einer erfolgreichen Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschaft.“¹⁰⁶

Das *OLG Saarbrücken*¹⁰⁷ hat diese Klausel im Wege einer „Gesamtchau“ (§§ 133, 157 BGB)¹⁰⁸ den auf unbefristete Zeit bis zum Rentenalter abgeschlossenen Dienstvertrag, der auch für den Fall des Widerrufs der Bestellung Entschädigungsansprüche des Geschäftsführers ausschloss, als wirksam angesehen. Es argumentierte, dass die Parteien „als Korrektiv“ zu der langfristigen Bindung des Geschäftsführers sowohl eine Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 I BGB) als auch den Widerruf der Bestellung in Betracht gezogen hätten. Die Literatur folgt dieser Linie teilweise.¹⁰⁹

Die Kritik an dieser Entscheidung muss sich jedoch daran entzündend, dass das Gericht weder den Status des Geschäftsführers als Verbraucher (§ 13 BGB) noch den AGB-Charakter des Vertrags nach § 310 III Nr. 2 BGB in Erwägung gezogen hat. So kam es zu der eindimensionalen Auslegung der Koppelungsklausel des Dienstvertrags, ohne zu erkennen, dass eine solche Konstellation dem Trennungsprinzip des § 38 I GmbHG diametral idS § 307 II Nr. 1 BGB entgegengesetzt ist. Dass im Übrigen eine solche Klauselgestaltung eine unzulässige Umgehung des § 626 BGB vorliegt, wurde mit Recht in der Literatur angemerkt,¹¹⁰ erschöpft aber nicht die gesamte Problematik der Unwirksamkeit dieser Klausel, die nach der hier vertretenen Auffassung primär bei der Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB liegt.

3. Abschließend: Berücksichtigung von § 310 III Nr. 3 BGB

a) Grundaussage

Habersack hat den Gedanken aufgeworfen, dass Gerichte bei der rechtlichen Beurteilung von Dienstverträgen von Geschäftsführern nach § 307 BGB, wenn sie denn schon als Verbraucher nach § 13 BGB eingeordnet werden, auch die – höhere – Schwelle des § 310 III Nr. 3 BGB berücksichtigen müssen.¹¹¹ Danach sind im Rahmen der generell-abstrakten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auch die jeweils den Vertragsabschluss begleitenden, besonderen Umstände zu beachten. Man kann – so der Ansatz von *Habersack* – daher daran denken, dass zu ihrem Nachteil immer auch die in dieser Personengruppe vorhandene höhere Geschäftserfahrung und auch größere Gewandtheit im Verstehen eines

Vertrags bei der richterlichen Inhaltskontrolle von Koppelungsklauseln in Rechnung zu stellen sind.¹¹²

b) Bedenken

Selbst wenn man davon ausgeht, dass § 310 III Nr. 3 BGB so zu verstehen ist, dass die individuellen Umstände des Vertragsabschlusses (Art. 4 I der Richtlinie 93/13/EWG)¹¹³ die generell-abstrakte richterliche Inhaltskontrolle ergänzen und auch korrigieren,¹¹⁴ so stellt die Rechtsprechung des *BGH* darauf ab, wie das wirtschaftliche Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender und dem Verbraucher beschaffen ist.¹¹⁵ Doch selbst wenn man diesem Argument folgt, stellen sich zwei entscheidende Fragen: Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Richtlinie – vgl. Art. 8 – nur auf eine Mindestharmonisierung angelegt ist und die Rechtsprechung des *BGH*¹¹⁶ bei der richterlichen Inhaltskontrolle – generell-abstrakt wertend – nicht mehr auf die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners des Verwenders, sondern nur noch darauf abstellt, ob denn die betreffende Klausel von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts (§ 307 II Nr. 1 BGB) auf Grund ihrer einseitigen Vertragsgestaltung abweicht.¹¹⁷ Damit ist ersichtlich kein Raum mehr für eine an § 310 III Nr. 3 BGB ausgerichtete Berücksichtigung der individuellen Umstände des Vertragsabschlusses.

Doch selbst wenn man dem entgegenhält, dass diese Sicht den eindeutigen Gesetzesbefehl des § 310 III Nr. 3 BGB außer Acht lässt,¹¹⁸ dann stellt sich im Rahmen der hier in Ansatz gebrachten Grundsätze des Transparenzgebots nach § 307 I 2 BGB die Frage, ob denn die der Personengruppe „Geschäftsführer“ zuzuweisende Geschäftserfahrung derart hoch ist, dass ein Mitglied dieser Gruppe erkennen kann und auch erkennen muss, dass bei Gleichlauf einer Abberufung aus wichtigem Grund (§ 38 II GmbHG), die sich an die Gründe einer fristlosen Kündigung nach § 626 I BGB anlehnt, ein „Schlupfloch“ einer wirksamen Verteidigung gleichwohl noch offen ist, dass nämlich die Gesellschaft bei Fassung des Abberufungsbeschlusses die Frist des § 626 II BGB versäumt hat.

Ist der betreffende Geschäftsführer nicht zufällig auch Volljurist wird man eine solche juristische Detailkenntnis nicht erwarten dürfen. Daher bleibt es im Grundsatz bei der Wertung: Der Gleichlauf zwischen einer Abberufung aus wichtigem Grund und einer fristlosen Kündigung verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Denn er versperrt in aller Regel dem betroffenen – rechtsunkundigen – Ge-

105 A.M. *Beurskens* in *Baumbach/Hueck GmbHG*, § 38 Rn. 96; sehr weitgehend *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen GmbHG*, § 6 Rn. 150, der in der Abberufung stets die Erklärung einer ordentlichen Kündigung sehen will.

106 *Reufels* in *Hümmerich/Reufels* Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 2 Rn. 814.

107 *OLG Saarbrücken* NZG 2013, 784.

108 *OLG Saarbrücken* NZG 2013, 784 (785).

109 *Beurskens* in *Baumbach/Hueck GmbHG*, § 38 Rn. 96.

110 *Reufels* in *Hümmerich/Reufels* Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 2 Rn. 816.

111 *Habersack* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, Klauseln (2) Rn. 2.

112 *Staudinger/Schlosser*, § 310 Rn. 72; *MüKoBGB/Basedow* § 310 Rn. 144.

113 ABl. v. 21.4.1993 L 95, S. 29.

114 *Palandt/Grüneberg* § 310 Rn. 19.

115 *BGHZ* 204, 325 = NZG 2015, 905 Rn. 55; vgl. *Erman/Roloff* BGB, 15. Aufl. 2017, § 310 Rn. 25; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, § 310 Rn. 406 f.; *MüKoBGB/Basedow*, § 310 Rn. 144.

116 *BGHZ* 215, 172 = NZG 2017, 1273 Rn. 41 ff.

117 *BGHZ* 201, 168 = NJW 2014, 2420 Rn. 68.

118 Hierzu auch *Habersack* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, Klauseln (2) Rn. 2.

schäftsführer die Erkenntnis, dass gleichwohl ein Angriff im Sinn des Trennungsprinzips nach § 38 I GmbHG zur Rettung seines dienstvertraglichen Entschädigungsanspruchs nach § 626 II BGB offen stehen kann.¹¹⁹

IV. Summe

1. Es ist nicht mehr haltbar, sich für die Verteidigung von Koppelungsklauseln im Kontext von § 38 GmbHG auf das Urteil des BGH vom 29.5.1989¹²⁰ zu berufen, weil diese Entscheidung noch nicht die grundstürzenden Änderungen des im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts mit Wirkung vom 1.1.2002 eingeführten § 310 IV 1 BGB berücksichtigen konnte. Die AGB-Kontrolle des § 310 III BGB gilt auch für Geschäftsführer, soweit sie den Status eines Verbrauchers einnehmen, also keine gesellschaftsrechtliche Leitungsfunktion gleichzeitig wahrnehmen. Die richterliche

Inhaltskontrolle aber schließt definitiv eine geltungserhaltende Reduktion einer Koppelungsklausel aus.

2. Das Urteil des BGH vom 4.7.2017 fordert gebieterisch, dass die Normen des dispositiven Rechts Leitbildfunktion nach § 307 II Nr. 1 BGB entfalten. Das gilt auch für das in § 38 I GmbHG verankerte Trennungsprinzip.

3. Wirksame Koppelungsklauseln sind ein Auslaufmodell; ihre Unwirksamkeit nach § 307 II Nr. 1 BGB steht dominant im Vordergrund. ■

¹¹⁹ Hierzu überaus plastisch *Bauer/Krieger/Arnold* Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, Kap. D 81: „Jedenfalls weiß jeder Anwalt, der gekündigte Organmitglieder vertritt, dass diese die Tragweite von Koppelungsklauseln in keiner Weise zu erkennen vermögen. Der Mandant fällt üblicherweise aus allen Wolken, wenn ihm erläutert wird, was die gewollte Folge einer Koppelungsklausel ist.“

¹²⁰ BGH NJW 1986, 2386.

Professor Dr. Chris Thomale, LL. M. (Yale Law School)*

Rechtsquellen des Kapitalmarktdeliktsrechts – Eine Neuvermessung

Eine strukturelle Besonderheit des Kapitalmarktdeliktsrechts besteht darin, dass in ihm Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht aufeinanderprallen: Während das primäre Kapitalmarktrecht und das Kollisionsrecht der Kapitalmarktdelikte unionsweit vereinheitlicht sind, fällt das Sachrecht der Kapitalmarktdelikte in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten. Der Artikel arbeitet die Dissonanzen dieser Spaltung heraus und bewältigt sie mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts.

I. Einführung

Das primäre Kapitalmarktrecht ist unionsweit zu ganz überwiegenden Teilen vollharmonisiert. Dieser Prozess ist noch nicht abgeschlossen, sondern schreitet weiter voran, wie in der jüngeren Aufwertung des allgemeinen Marktmissbrauchsrechts und Prospektrechts zu Verordnungen besonders deutlich wird. Fluchtpunkt dieser Entwicklung ist die Kapitalmarktunion, also ein voll integrierter und harmonisierter EU-Kapitalmarkt.¹ Grundsätzlich müsste das Leitmotiv einer Kapitalmarktunion auch Art und Umfang der privaten Rechtsbehelfe gegenüber Regelverletzungen mit umfassen. Doch das Gegenteil ist der Fall: Ausgerechnet das Flaggschiff des europäischen Kapitalmarktrechts, die MAR,² äußert sich gar nicht zu privater Rechtsdurchsetzung, und auch etwa die Prospekt-VO³ gibt in Art. 11 lediglich einen vagen Haftungsrahmen vor. Einer verbreiteten Auffassung zufolge soll dies auf kompetenzrechtlichen Beschränkungen der EU beruhen.⁴ Möglicherweise liegt jedoch eine dogmatische Hypothese am nächsten: Das Kapitalmarktrecht muss im Feld der Kapitalmarktdeliktschaft auf Begriffe und Wertungszusammenhänge zurückgreifen, die es selbst nicht vorhält. Dabei stößt es auf zwei Probleme: *Erstens* hat es sich vom allgemeinen Privat- und Deliktsrecht entfernt und entfremdet. In der EU kommt erschwerend hinzu, dass *zweitens* auch kein analoger Rückgriff auf ein gemeinsames Deliktsrecht möglich ist. Vielmehr unterhält, wie rechtsvergleichende Studien immer wieder belegen, im Grunde jeder Mitgliedstaat seine eigene Delikts- und damit auch Kapitalmarktdeliktskultur.⁵ In Deutschland sind §§ 8 ff. WpPG und § 97 f. WpHG als

sondergesetzliche Ausprägungen der Haftung für fehlerhafte Prospekte⁶ respektive für fehlerhafte Ad-hoc-Publizität hervorzuheben. Daneben kann auch das allgemeine Deliktsrecht der §§ 823 I aE (Gewerbebetrieb), 824, 826 BGB⁷ bis hin zur richterrechtlich entwickelten „bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung“ analog § 311 II, III BGB⁸ als Kapitalmarktdeliktschaft fruchtbar gemacht werden. Die Vermittlung von harmonisiertem Kapitalmarktrecht und mitgliedstaatlichen Kapitalmarktdeliktsrechten kann somit lediglich auf kollisionsrechtlicher Ebene geleistet werden, also auf einem Gebiet, das insbesondere in der Rom II-VO vollharmonisiert ist.

Der folgende Artikel widmet sich den dogmatischen Spannungen, die sich zwischen unioalem Kapitalmarktrecht und Deliktskollisionsrecht sowie nationalem Deliktssachrecht ergeben. Dazu ist zunächst die porös fragmentierte Regelungsstruktur des EU-Kapitalmarktrechts zu analysieren (II). Daran anschließend soll einerseits die Frage geklärt werden, ob die EU überhaupt zum Erlass privatrechtlicher Durchsetzungsmechanismen kompetent ist. An-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Wien. Der Text beruht in Teilen auf einem Vortrag, der im Januar 2020 auf dem ZGR-Symposium „Informationen im Unternehmensrecht“ gehalten wurde. Für wertvolle Hinweise und Anregungen ist *Marc-Philippe Weller* und *Jan Lukas Werner* zu danken.

1 Siehe den Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion vom 30.9.2015, COM(2015) 468 final. Dazu: *Busch* et al. (Hrsg.), *Capital Markets Union in Europe*, 2018.

2 VO (EU) Nr. 596/2014 vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung).

3 VO (EU) Nr. 2017/1129 vom 14.6.2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist.

4 Siehe dazu *infra* II 2.

5 Statt vieler: ESMA Report, *Comparison of liability regimes in Member States in relation to the Prospectus Directive*, 30.3.2013 ESMA/2013/619.

6 §§ 20 ff. VermAnlG; 305 f. KAGB, die wegen ihres fehlenden spezifischen Kapitalmarktbezugs eher dem Investmentrecht im weiteren Sinne zurechnen sind, bleiben im Folgenden außen vor.

7 Siehe etwa zur Verfolgung von Marktmanipulation gem. Art. 12, 15 MAR: *Müllbert/Sanjovits* BKR 2019, 313 (322).

8 BeckOGK BGB/*Herresthal*, Stand 1.6.2019, § 311 Rn. 535 ff. mwN.