

Musteranstellungsverträge

Band 2

Musterverträge und Erläuterungen für
GmbH-Geschäftsführer/-innen

Inhaltsverzeichnis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im weiteren Verlauf teilweise auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachform männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter

1	Musteranstellungsvertrag für Geschäftsführer/innen einer GmbH	1
	Anstellungsvertrag	1
	Präambel	1
§ 1	Beginn, Laufzeit, Beendigung und Verlängerungsoption	2
§ 2	Bisherige Vertragsbeziehungen	2
§ 3	Aufgaben und Sorgfaltspflicht, Verschwiegenheitspflicht	3
§ 4	Vergütung, Aufwendungsersatz und Altersversorgung	3
§ 5	Arbeitszeit und Arbeitsort	4
§ 6	Freistellung	4
§ 7	Urlaub	4
§ 8	Entgeltfortzahlung im Falle einer Arbeitsverhinderung	5
§ 9	Nebentätigkeiten und Beteiligungen	5
§ 10	Rückgabepflichten	6
§ 11	Teilnichtigkeit	6
2	Erläuterungen zum Musteranstellungsvertrag für eine/n GmbH Geschäfts- führer/in	7
2.1	Einführung	7
2.2	Erläuterungen zur Präambel	9
2.3	Erläuterungen zu § 1 – Beginn, Laufzeit, Beendigung und Verlängerungsoption	10
2.4	Erläuterungen zu § 2 – Bisherige Vertragsbeziehungen	13
2.5	Erläuterungen zu § 3 – Aufgaben und Sorgfaltspflicht, Verschwiegenheitspflicht, Arbeitsort	14
2.6	Erläuterungen zu § 4 – Vergütung, Aufwendungsersatz und Altersversorgung	18
2.7	Erläuterungen zu § 5 – Arbeitszeit und Arbeitsort	22
2.8	Erläuterungen zu § 6 – Freistellung	23
2.9	Erläuterungen zu § 7 – Urlaub	24
2.10	Erläuterungen zu § 8 – Entgeltfortzahlung im Falle einer Arbeitsverhinderung	26
2.11	Erläuterungen zu § 9 – Nebentätigkeiten und Beteiligungen	27

2.12	Erläuterungen zu § 10 – Rückgabepflichten	28
2.13	Erläuterungen zu § 11 a.F. – Verfallklausel für Ansprüche	30
2.14	Erläuterungen zu § 11 – Teilnichtigkeit	30
2.15	Erläuterungen zum Unterschriftsfeld	31

1 Musteranstellungsvertrag für Geschäftsführer/innen einer GmbH¹

Anstellungsvertrag²

Zwischen der

.....
Firma der Gesellschaft

.....
Anschrift der Gesellschaft

- im Folgenden "die Gesellschaft" genannt -

und

Herrn/Frau

.....
Name

.....
Anschrift

- im Folgenden "der/die Geschäftsführer/in" genannt –

wird folgender Anstellungsvertrag geschlossen:

Präambel

Herr/Frau^{*)} wurde durch Beschluss des Aufsichtsrats/Gesellschafters^{*)3} in der Sitzung vom auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages für die Dauer von Jahren zum/zur Geschäftsführer/in^{*)} der Gesellschaft bestellt. Vor diesem Hintergrund wird der nachstehende Anstellungsvertrag für eine Geschäftsführertätigkeit geschlossen:

¹ Dieser Musteranstellungsvertrag sowie die entsprechenden Erläuterungen wurden von einer Arbeitsgruppe des GdW-Fachausschusses "Recht" in Zusammenarbeit mit dem AGV erstellt.

² Mit * gekennzeichnete Alternativen müssen jeweils individuell angepasst werden (Nichtzutreffendes bitte streichen).

³ Sofern in diesem Vertrag vom Gesellschafter oder den Gesellschaftern die Rede ist, ist damit gleichfalls die Gesellschafterversammlung gemeint.

§ 1 Beginn, Laufzeit, Beendigung und Verlängerungsoption

(1) Der vorliegende Anstellungsvertrag ist auf die Dauer von Jahren befristet. Er beginnt am (*konkretes Datum*) und endet mit Ablauf des (*konkretes Datum, ggf.: ... mit dem Ende der Gesellschafterversammlung des Jahres*). Er endet spätestens mit dem Erreichen des individuellen Renteneintrittsalters in der gesetzlichen Rentenversicherung.

(2) Während der Laufzeit ist dieser Vertrag von beiden Seiten nur außerordentlich fristlos aus wichtigem Grund i. S. d. § 626 BGB kündbar. Die Kündigung hat schriftlich zu erfolgen. Die ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist wird für beide Seiten ausgeschlossen. Klage gegen eine Kündigung ist beim örtlich zuständigen Landgericht zu erheben.

(3) Für den Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen und für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund (fristlose Kündigung) ist der Aufsichtsrat/Gesellschafter^{*)} zuständig.

(4) Der Aufsichtsrat/Gesellschafter^{*)} beschließt bis spätestens (*ausreichenden Zeitraum eintragen*) vor dem planmäßigen Ende der Bestellung über die Wiederbestellung des/der Geschäftsführers/in^{*)}. Im Falle der Wiederbestellung verlängert sich dieser Anstellungsvertrag um die Dauer der weiteren Bestellung.

§ 2 Bisherige Vertragsbeziehungen

(1) Mit Abschluss dieses Vertrages erlöschen alle früheren dienst- oder arbeitsrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen dem/der Geschäftsführer/in^{*)} und der Gesellschaft, insbesondere der Arbeitsvertrag vom, in der Fassung vom einschl. aller Nebenabreden, seien diese in schriftlicher oder mündlicher Form erfolgt, es sei denn, ein Verzicht auf Ansprüche ist rechtlich nicht zulässig oder bedarf der Zustimmung eines Dritten (z. B. Betriebsrat, Gewerkschaft). Ein Wiederaufleben nach Beendigung dieses Vertrages und/oder der Bestellung findet nicht statt. Dies gilt auch für etwaige frühere betriebliche Übungen i. S. d. Arbeitsrechts.

In Fällen, in denen die Beschäftigungsdauer oder Betriebszugehörigkeit für Ansprüche oder den Lauf von Fristen entscheidend ist, wird von einer ununterbrochenen Dauer des Vertragsverhältnisses seit dem ausgegangen.

(2) Für bestehende Anwartschaften jeder Art, die sich aus früheren Vertragsbeziehungen zur Gesellschaft ergeben, wird mit Abschluss dieses Vertrages von einer ununterbrochenen Beschäftigungszeit des/der Geschäftsführers/in^{*)} bei der Gesellschaft ausgegangen.

§ 3 Aufgaben und Sorgfaltspflicht, Verschwiegenheitspflicht

(1) Der/die Geschäftsführer/in^{*)} leitet die Geschäfte der Gesellschaft und vertritt die Gesellschaft Dritten gegenüber auf der Grundlage der Gesetze, des jeweils gültigen Gesellschaftsvertrages sowie ggf. der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung. Der/die Geschäftsführer/in^{*)} kann nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages und der Beschlüsse des Aufsichtsrats vom Verbot der Mehrfachvertretung nach § 181 Alt. 2 BGB befreit werden.

(2) Der/die Geschäftsführer/in^{*)} hat hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden (§ 43 GmbHG).

(3) Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihm durch die Tätigkeit bekannt geworden sind, hat der Geschäftsführer für die Zeit vor und nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses Stillschweigen zu wahren.

§ 4 Vergütung, Aufwendungsersatz und Altersversorgung

(1) Der/die Geschäftsführer/in^{*)} erhält für seine Tätigkeit eine Bruttojahresvergütung von
..... EUR.

Die Zahlung erfolgt unter Einbehalt der gesetzlichen Abzüge in zwölf gleichen monatlichen Raten bargeldlos auf ein von dem/der Geschäftsführer/in^{*)} anzugebendes Konto. Hiermit ist der gesamte persönliche und zeitliche Einsatz des/der Geschäftsführers/in^{*)} abgegolten. Ein Anspruch auf Sonderzahlungen besteht nicht. Der Aufsichtsrat kann deren Gewährung jedoch beschließen.

Ist der/die Geschäftsführer/in privat kranken- und pflegeversichert, trägt die Gesellschaft die Hälfte der anfallenden Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, höchstens jedoch bis zu der in § 257 Abs. 1 SGB V genannten Grenze.

(2) Zuschläge oder sonstige Vergütungen für Mehrarbeit, Arbeit an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen, sowie zur Nachtzeit, werden nicht gezahlt. Dieser Mehraufwand ist mit dem in Abs. 1 genannten Jahresgehalt abgegolten.

(3) Reisekosten und Spesen (z. B. Fahrtkosten, Tagegelder, Übernachtungen), die im Interesse der Gesellschaft erfolgen, werden nach den jeweils aktuell geltenden steuerlichen Richtlinien erstattet. Der/die Geschäftsführer/in^{*)} ist zu Bahnfahrten in der 1. Klasse berechtigt. Flugreisen sind in der Economy Class abzuwickeln. Übernachtungskosten werden soweit erstattet, als der/die Geschäftsführer/in^{*)} sie für erforderlich halten durfte. Sonstige erforderliche Aufwendungen im Dienste und Interesse der Gesellschaft werden ebenfalls erstattet.

(4) Die Gesellschaft richtet für den/die Geschäftsführer/in^{*)} eine betriebliche Altersversorgung bei der ein. Diese bestimmt sich nach ⁴

(5) Die Gesellschaft stellt dem/der Geschäftsführer/in^{*)} einen Dienstwagen der gehobenen Mittelklasse, derzeit ein, auch zur privaten Nutzung, zur Verfügung. Das Weitere regelt ein zu schließender Dienstwagenvertrag. Der/Die Geschäftsführer/in^{*)} hat nach Jahren Anspruch auf Neugestellung eines Fahrzeugs des gleichen Typs bzw. eines vergleichbaren Fahrzeugs. Das Weitere regelt ein zu schließender Dienstwagenvertrag.⁵

§ 5 Arbeitszeit und Arbeitsort

(1) Die Arbeitszeit richtet sich nach den betrieblichen Erfordernissen. Sie orientiert sich grundsätzlich an einer 40-Stunden-Woche, verteilt auf fünf Tage von Montag bis Freitag, kann jedoch hierüber, auch der Lage nach, deutlich hinausgehen (zur Vergütung siehe § 4).

(2) Arbeitsort ist Die persönliche Anwesenheit in den Büroräumen der Gesellschaft richtet sich nach den betrieblichen Erfordernissen. Der Geschäftsführer ist berechtigt, in angemessenem Umfang im Home Office tätig zu werden, sofern dadurch dienstliche Belange nicht beeinträchtigt werden.

§ 6 Freistellung

Der/die Geschäftsführer/in^{*)} kann im Falle der Beendigung oder Suspendierung der Organ-tätigkeit jederzeit und ohne Angabe von Gründen, unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung, durch Beschluss des Aufsichtsrats/Gesellschafters^{*)} von seiner/ihrer^{*)} Pflicht zur Erbringung der Leistungen aus diesem Vertrag freigestellt werden.

§ 7 Urlaub

(1) Der/die Geschäftsführer/in^{*)} hat im Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub in Höhe von 30 Arbeitstagen, gerechnet auf eine Woche von fünf Arbeitstagen, unter Fortzahlung der vereinbarten Vergütung.

(2) Der Urlaub muss regelmäßig im Kalenderjahr, spätestens jedoch bis zum 31.03. des Folgejahres, genommen werden. Nach dem 31.03. des Folgejahres entfällt nicht genommener Urlaub aus dem vorigen Kalenderjahr, der über den gesetzlichen Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz hinausgeht, ersatzlos. Satz 2 gilt auch für den Fall, dass der Urlaub bis zu dem in Satz 1 genannten Zeitpunkt aus Gründen, die der/die Geschäftsführer/in^{*)} nicht zu vertreten hat, nicht genommen werden konnte.

(3) Im Übrigen gelten die Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes (BurlG) in der jeweils gültigen Fassung.

⁴ Die Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung ist nicht zwingend.

⁵ Die Stellung eines Dienstwagens ist nicht zwingend.

(4) Der/die Geschäftsführer/in^{*)} legt den Zeitraum seines Erholungsurlaubes selbstständig in Abstimmung mit den übrigen Geschäftsführern/innen^{*)} fest. Hierbei ist sicherzustellen, dass die Gesellschaft im Hinblick auf die übrigen Geschäftsführer/innen^{*)} zu jeder Zeit handlungsfähig bleibt.

(5) Der Vorsitzende des Aufsichtsrates/der Gesellschafter^{*)} ist hierüber vor Antritt des Urlaubs in Textform zu informieren.

§ 8 Entgeltfortzahlung im Falle einer Arbeitsverhinderung

(1) Im Falle einer durch Krankheit, Unfall oder sonstige Umstände verursachten Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsverhinderung ist der Gesellschafter/Aufsichtsrat (Aufsichtsratsvorsitzende)^{*)} unverzüglich zu informieren.

(2) Für die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit gilt das Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz, EFZG) in seiner jeweils gültigen Fassung mit Ausnahme von § 5 Abs. 1a EFZG entsprechend.

(3) Die Entgeltfortzahlung richtet sich ihrer Dauer und Höhe nach ebenfalls nach den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften.

(4) Die sonstigen Fälle einer Verhinderung bei der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung richten sich nach den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften.

§ 9 Nebentätigkeiten und Beteiligungen

(1) Nebentätigkeiten im Geschäftszweig und Tätigkeitsfeld der Gesellschaft, die einen Wettbewerb darstellen, sind dem/der Geschäftsführer/in^{*)} ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Aufsichtsrats/Gesellschafter^{*)} nicht gestattet. Die Einwilligung des Aufsichtsrats/Gesellschafter^{*)} kann jeweils nur einzeln für bestimmte Nebentätigkeiten erteilt werden. Der Aufsichtsrat/Gesellschafter^{*)} entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen.

(2) Die Übernahme einer sonstigen Nebentätigkeit bedarf ebenfalls der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Aufsichtsrats/Gesellschafter^{*)}. Der Aufsichtsrat/Gesellschafter^{*)} wird die Zustimmung hierzu im Regelfall erteilen, soweit nicht überwiegende Interessen der Gesellschaft dagegensprechen. Ausgenommen vom Zustimmungserfordernis sind Ehrenämter, soweit die Interessen der Gesellschaft nicht berührt werden.

(3) Die Übernahme von Beteiligungen an Unternehmen, die mit der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar in Geschäftsverbindung stehen, bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Gesellschafter/Aufsichtsrates^{*)}. Satz 1 gilt nicht, soweit die jeweilige Beteiligung 20 % nicht übersteigt.

§ 10 Rückgabepflichten

(1) Mit Beendigung des Anstellungsverhältnisses (§ 1) oder mit der Entbindung von der Verpflichtung zur Dienstleistung (§ 6) hat der/die Geschäftsführer/in*) sämtliche Dokumente, Unterlagen und sonstigen Gegenstände (technische Ausstattungen, wie Laptop, Mobiltelefon, elektronische Kalender, Dienstwagen usw.), die ihm/ihr*) vor oder während seiner/ihrer Tätigkeit ausgehändigt wurden, oder die auf andere Weise in seinen Besitz gelangt sind, an die Gesellschaft, vertreten durch, ohne Verzögerung zurückzugeben. Hierzu gehören auch selbstangefertigte Aufzeichnungen, wie Kopien, Abschriften etc., seien diese in Papierform oder in elektronischer Form erfolgt.

(2) Im vorstehenden Sinne hat der/die Geschäftsführer/in*) auch die Schlüssel zu den Räumen der Gesellschaft unverzüglich an auszuhändigen.

(3) Ein Zurückbehaltungsrecht besteht nicht.

§ 11 Teilnichtigkeit

Die etwaige Nichtigkeit von einzelnen Bestimmungen dieses Vertrages hat nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags zur Folge. Die unwirksame Bestimmung soll einvernehmlich durch eine angemessene Regelung ersetzt werden.

.....
Ort, Datum

.....
Ort, Datum

.....
(Vorname, Nachname)
Aufsichtsrat/Gesellschafter

.....
(Vorname, Nachname)
Geschäftsführer/in

2 Erläuterungen zum Musteranstellungsvertrag für eine/n GmbH Geschäftsführer/in¹

Die vorliegenden Anmerkungen dienen als Orientierung und können eine individuelle Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Dies gilt insbesondere für komplexe Rechtsfragen, wie z. B. Sonderzahlungen, Altersgrenzen, Verschwiegenheitspflicht. Im Zweifel kontaktieren Sie bitte Ihren Verband.

2.1 Einführung

Für den Abschluss des Anstellungsvertrages mit dem/der Geschäftsführer/in ist der **Gesellschafter** zuständig. Die Bestellung kann im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Das ist aber für Gesellschaften, in denen der Geschäftsführer nicht zugleich (Mehrheits-)Gesellschafter ist, unüblich und unpraktisch. Der Gesellschafter kann die Befugnis, den Anstellungsvertrag abzuschließen, auf den Aufsichtsrat delegieren, sofern in der GmbH ein solcher besteht. Dann ist regelmäßig der Aufsichtsrat als Gremium zum Abschluss des Vertrages befugt. Erforderlich ist in der Regel ein **Beschluss** des Aufsichtsrates, den der Vorsitzende des Aufsichtsrats dann durch Unterzeichnung des Vertrages vollzieht. Die genauen Modalitäten sind im Gesellschaftsvertrag geregelt.

Bei der Einstellung von Organmitgliedern ist schon bislang gem. § 6 Abs. 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) der arbeitsrechtliche Teil des AGG zu beachten. Das gilt auch bei Beförderung eines Arbeitnehmers zum Organmitglied. Insbesondere ist die externe oder interne Stellenausschreibung gem. § 11 AGG diskriminierungsfrei zu formulieren. Dabei ist höchste Vorsicht geboten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) können schon "unglückliche Formulierungen", die Bezug zu einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG haben (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität), die Vermutung der Diskriminierung gem. § 22 AGG begründen. Beruft sich ein Bewerber oder in Betracht kommende/r Kandidat/in für die Stelle, bei dem dieses Diskriminierungsmerkmal gegeben wäre, darauf, so droht zumindest die Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, die bis zu drei Bruttomonatsvergütungen auf der Organposition betragen kann. Gelingt es einem/einer abgelehnten Bewerber/in nachzuweisen, dass er/sie der/die Bestgeeignete für die Stelle gewesen ist, droht die Pflicht zur Zahlung eines Schadensersatzes nach § 15 Abs. 1 AGG in Höhe der Vergütung für die angestrebte Vertragslaufzeit.

Aber nicht nur die Stellenausschreibung muss diskriminierungsfrei sein. Auch im weiteren Auswahlverfahren darf keiner der genannten Aspekte eine Rolle spielen. Das hat das Unternehmen im Streitfall darzulegen und zu beweisen, wenn ein/e Bewerber/in Indizien für die Diskriminierung vorträgt. Das kann z. B. eine unzulässige Frage im Vorstellungsgespräch sein (zu den Einzelheiten siehe *Tabea Benz*, Praxishandbuch, Band 15, "Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren – Rechtssicherheit bei der Stellenbesetzung", 1. Auflage, 2023, 220 Seiten, Verlag der GDA, ISBN 978-3-944997-20-9).

¹ Der Musteranstellungsvertrag sowie die entsprechenden Erläuterungen wurden von einer Arbeitsgruppe des GdW-Fachausschusses "Recht" in Zusammenarbeit mit dem AGV erstellt.

Zu beachten ist ferner, dass nach der Rechtsprechung des BGH ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH bei europarechtskonformer Auslegung jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer i. S. v. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG anzusehen ist, wie bei einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags der sachliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist (*BGH*, Urteil vom 26.03.2019 – II ZR 244/17, NZG 2019, 705 ff.). Diese Rechtsprechung des BGH dürfte auch auf Gesellschafter-Geschäftsführer anwendbar sein. Durch diese Rechtsprechung des BGH gelten die Vorschriften des AGG auch für Entlassungsbedingungen, was über § 6 Abs. 3 AGG grundsätzlich nicht der Fall wäre. Allerdings dürften Bedingungen, die zugleich der ggf. erneuten Übernahme einer Organtätigkeit entgegenstehen auch von § 6 Abs. 3 AGG erfasst sein, da sie dann auch den Zugang zu einer Tätigkeit ausgestalten, wie zum Beispiel auch Altersgrenzen [vgl. dazu *BAG*, Urteil vom 23.04.2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797 (798 Rn. 19)].

Auch bei den anderen Arbeitsbedingungen sollten daher grundsätzlich keine Anknüpfungspunkte für die Anwendung des AGG geschaffen werden. Das gilt insbesondere für die Regelungen zu Vergütungsbestandteilen. So sollte bei mehrköpfigen Organen grundsätzlich kein Unterschied hinsichtlich der Vergütung gemacht werden. Jedenfalls bedürfte es dafür tragender sachlicher Gründe.

Nach z. T. vertretener Rechtsauffassung ist eine weitere europäische Regelung des Arbeitsrechts bei der Vertragsgestaltung zu beachten: die Arbeitsbedingungenrichtlinie. Sie ist in Deutschland im Nachweisgesetz (NachwG) umgesetzt². Dieses bestimmt, dass in einem Arbeitsvertrag mindestens die in § 2 Abs. 1 NachwG genannten Aspekte geregelt sein müssen.

Es ist rechtlich nicht abschließend geklärt, ob das NachwG auch für Anstellungsverträge von Organen zugrunde zu legen ist. Im Falle von Verstößen drohen Bußgelder und ggf. Schadensersatzansprüche. Wichtigste Konsequenz dürfte jedoch sein, dass im Falle von Streitigkeiten bei Verstoß gegen die Vorschriften des NachwG eine Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmens stattfindet. Sicherheitshalber sollte der Anstellungsvertrag im Hinblick auf die genannten möglichen Rechtsfolgen den Vorgaben des NachwG folgen. Das Muster ist entsprechend ergänzt worden. So ist z. B. nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NachwG Name und Anschrift der Vertragsparteien anzugeben.

Zu beachten ist, dass auf Anstellungsverträge von Organen die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen in §§ 305 ff. BGB Anwendung finden (vgl. *BAG*, Urteil vom 19.05.2010 – 5 AZR 253/09 – NJW 2010, S. 2827). Gem. § 305c Abs. 2 BGB gehen Unklarheiten im Vertrag zu Lasten des Unternehmens. Die Klauseln unterliegen zudem der umfassenden Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Das gilt auch bei nur einmaliger Verwendung des Vertragsmusters. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Vertrag zwischen den Parteien ausgehandelt ist. Dafür muss jedoch der Geschäftsführer bei der Vertragserstellung nachweislich rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit und Fähigkeit gehabt haben, auf die Vertragsklauseln Einfluss zu nehmen. Diese Voraussetzungen dürften selten vorliegen.

² Das NachwG gilt bereits seit dem 28.06.1995. Es basierte bis zum 31.07.2022 auf der Vorgängerrichtlinie 91/533/EWG (Nachweisrichtlinie). Mit Wirkung zum 01.08.2022 wurde die Nachweisrichtlinie aufgehoben und von der jetzt allein geltenden Arbeitsbedingungenrichtlinie abgelöst

Eine gesonderte Einwilligungserklärung zum **Datenschutz** entfällt. Die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b) Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Überdies wäre eine gesonderte Einwilligungserklärung im Anstellungsvertrag selbst im Hinblick auf das sog. Koppelungsverbot problematisch, wonach der Abschluss eines Rechtsgeschäfts nicht von der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht werden darf. Nur wenn Daten erhoben werden, die zur Erfüllung und Durchführung des Vertrages nicht erforderlich sind, bedarf es einer einzel-fallbezogenen Einwilligungserklärung seitens des Organmitgliedes. In diesem Fall ist jedoch nach beiderseitiger Unterzeichnung des Anstellungsvertrages eine gesonderte Einwilligungserklärung einzuholen.

Daher sollte die Verpflichtung des Vorstandes zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben in einer gesonderten Vereinbarung geregelt werden.

2.2 Erläuterungen zur Präambel

Ein/-e GmbH-Geschäftsführer/in (im Weiteren Organ) steht zur GmbH in zweierlei Beziehung. **Einerseits** bekleidet er/sie die **Organstellung**, die sich aus einer organrechtlichen Beziehung i. S. d. Gesellschaftsrechts (d. h., das Handeln in der Eigenschaft als Organ der GmbH, hergestellt durch den Bestellungs- oder Wahlakt) ergibt, **andererseits** arbeitet es auf der Grundlage eines **Anstellungsvertrages**, der die Modalitäten der Tätigkeit für die GmbH, wie z. B. Laufzeit, Tätigkeitsinhalt, Vergütung, sonstige Rechte und Pflichten, enthält.

Dieses sogenannte Trennungsprinzip findet in § 38 Abs. 1 GmbHG seinen gesetzlichen Niederschlag (vgl. BAG, Urteil vom 20.07.2023 – 6 AZR 228/22 – NZA 2023, S. 1457, auch von Westphalen, NZG 2020, S. 321).

Beide Beziehungen sind **getrennt** zu betrachten. Sie bestehen dem Grunde nach unabhängig voneinander. Das hat zur Konsequenz, dass es das Bestehen einer Organstellung ohne vertragliche Beziehung geben kann, wie auch den umgekehrten Fall einer Vertragsbeziehung, der keine Organstellung zu Grunde liegt, wie z. B. nach Abberufung aus der Organstellung.

Die Unabhängigkeit von Organstellung und Vertragsbeziehung kann für die GmbH erhebliche nachteilige Folgen in finanzieller Hinsicht zeitigen. Läuft der Anstellungsvertrag weiter, obwohl eine Organstellung nicht mehr besteht, so bleibt es prinzipiell bei den im Vertrag festgelegten Rechten und Pflichten der Beteiligten, insbesondere laufen die Vergütungsansprüche des Organmitgliedes weiter. Daher muss das Ende der Vertragsbeziehung immer klar herbeigeführt bzw. sichergestellt werden. Dafür ist der Weg einer **zeitlichen Befristung** der für die GmbH sicherste.

Die Befristung des Organvertrages gestaltet sich unproblematisch, da es sich beim Anstellungsvertrag für das Organ der GmbH grundsätzlich nicht um einen "Arbeitsvertrag" im arbeitsrechtlichen Sinne handelt (siehe aber auch oben unter "Einführung"). Zu beachten sind allein die §§ 624, 625 BGB (siehe Erläuterungen zu § 3). Zwar liegt eine zum Arbeitsrecht durchaus vergleichbare Stellung vor, da es beim Vertragsinhalt weithin um klassische Themen aus dem Arbeitsrecht geht, dennoch ist das **Arbeitsrecht** mit seinen zahlreichen Besonderheiten auf das Organ der GmbH **grundsätzlich nicht anwendbar**. Auch aus diesem Grund ist es aber ggf. erforderlich, Themen wie Arbeitsunfähigkeit im Krankheitsfall, Urlaubsanspruch u. ä. als Vertragsinhalt zu regeln.

Der Gesetzgeber hat in jüngerer Vergangenheit für Organe von Aktiengesellschaften und von GmbHs gesetzliche Ansprüche auf **Eltern- und Pflegezeit** sowie auf **Auszeiten wegen Krankheit** im Zweiten Führungspositionengesetz (FüPoG II) geschaffen. Umgesetzt sind diese Regelungen für Organe der GmbH in § 38 im GmbHG. Im Anstellungsvertrag müssen diese Ansprüche somit nicht gesondert geregelt werden. Ein vertraglicher Ausschluss ist nicht möglich.

Nicht regelungsbedürftig ist auch der **Mutterschutz**. Das Mutterschutzgesetz (MuSchG) gilt nach § 1 Abs. 2 MuSchG für Frauen in einer Beschäftigung i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV. Die Vorschriften knüpfen somit an die Sozialversicherungspflicht an. Da auch angestellte Organe von Unternehmen nach dieser Vorschrift sozialversicherungspflichtig sind, erfasst das MuSchG auch weibliche Organe, die nicht ausnahmsweise wegen einer gesellschaftsrechtlich "beherrschenden" Stellung im Unternehmen sozialversicherungsfrei sind. Für letztgenannte Fälle findet sich zum Mutterschutz ebenfalls eine Regelung in § 38 GmbHG.

2.3 Erläuterungen zu § 1 – Beginn, Laufzeit, Beendigung und Verlängerungsoption

Zu Abs. 1

Es ist nicht zwingend, den Anstellungsvertrag befristet zu vereinbaren. Auch ein **unbefristeter Anstellungsvertrag** ist rechtlich möglich und in der Praxis nicht ganz ungewöhnlich. Zu bedenken ist jedoch, dass ein solcher Vertrag die Rechtsposition des Organs – ohne Vereinbarung langer Kündigungsfristen – deutlich schwächt, da das Dienstverhältnis des Organs dann nach § 620 Abs. 2 BGB jederzeit ohne Vorliegen von Gründen mit den kurzen Kündigungsfristen aus § 621 BGB [*BAG*, Urteil vom 11.06.2020, 2 AZR 374/19, NJW 2020, 2824; dagegen *BGH*, Urteil vom 05.11.2024, II ZR 35/23, DStR 2025, 725 (es gilt § 622 BGB)] gekündigt werden kann.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 NachwG ist der Zeitpunkt des Beginns des Vertragsverhältnisses anzugeben, bei befristeten Vertragsverhältnissen das Enddatum oder die vorhersehbare Dauer des Vertragsverhältnisses.

Die **Dauer** der **zeitlichen Befristung** ist weitgehend frei vereinbar, jedoch aufgrund § 624 BGB begrenzt auf fünf Jahre. § 624 BGB gilt für alle unabhängigen Dienstverhältnisse und besagt, dass, wenn das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist, es von dem Verpflichteten (hier Vorstand) nach

Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden kann. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. Das Kündigungsrecht für Dienstverpflichtete (hier Vorstand) kann nicht für längere Zeit als für fünf Jahre ausgeschlossen werden. Die Fünfjahresfrist berechnet sich nicht ab Vertragschluss, sondern ab Vollzug des Vertrages.

Andersrum kommt es bei dieser Regelung nicht auf die tatsächliche Dauer des Dienstverhältnisses an, sondern darauf, für welche Zeit es eingegangen wurde. Das Kündigungsrecht kann frühestens nach Ablauf der fünf Jahre mit sechsmonatiger Frist, aber auch erhebliche Zeit nach Ablauf der fünf Jahre geltend gemacht werden. In der Regel ist die maßgebliche Befristungsdauer an die im Gesellschaftsvertrag geregelte Dauer der Bestellung geknüpft.

In der **Praxis** wird häufig eine **fünfjährige Laufzeit** vereinbart.

Die **maximale Dauer der Bestellung nach Gesellschaftsvertrag und die Laufzeit des Anstellungsvertrages** sollten **gleichlautend** geregelt sein. Sofern daher im Gesellschaftsvertrag das Ende der **maximalen Bestelldauer** an das Erreichen **des jeweils geltenden individuellen Renteneintrittsalters** in der gesetzlichen Rentenversicherung geknüpft wird, sollte das **auch im Anstellungsvertrag** erfolgen.

Es kann und sollte daher geregelt werden, dass die **maximale Dauer des Anstellungsvertrages** begrenzt ist durch das Erreichen **des jeweils geltenden individuellen Renteneintrittsalters** in der gesetzlichen Rentenversicherung. Verschiebt sich dieses durch Entscheidungen des Gesetzgebers, so verschiebt sich auch der letztmögliche Beendigungszeitpunkt für das Vertragsverhältnis.

Sofern im Gesellschaftsvertrag für das Wirken der Geschäftsführung ein Zeitpunkt festgelegt ist, der **vor** dem Erreichen des jeweils geltenden individuellen Renteneintrittsalters in der gesetzlichen Rentenversicherung liegt, verstößt dies regelmäßig gegen das AGG (vgl. Anm. "Einführung") und der Gesellschaftsvertrag sollte entsprechend angepasst werden. Auch eine Regelung im Anstellungsvertrag, die außerhalb der regulären Befristung eine Beendigung des Anstellungsverhältnisses zu einem Zeitpunkt vor dem Erreichen des jeweils geltenden individuellen Renteneintrittsalters vorsieht, ist grundsätzlich unzulässig, wenn unmittelbar oder mittelbar an das Alter angeknüpft wird.

Aus Rechtssicherheitsgründen ist den Unternehmen daher dringend anzuraten, die Altersgrenze in Höhe des gesetzlichen individuellen Renteneintrittsalters festzulegen, jedenfalls nicht darunter.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine **höhere Altersgrenze** als die jeweils individuell geltende gesetzliche festgelegt, so kann diese im **Anstellungsvertrag** vereinbart werden (vgl. *OLG Frankfurt*, Urteil vom 05.07.2024, 26 U 1 /24).

Zu Abs. 2

Die Zuständigkeit zur außerordentlichen, meist fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Organ obliegt je nach Regelung im Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter oder dem Aufsichtsrat.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG ist darauf hinzuweisen, dass eine Kündigung schriftlich zu erfolgen hat. Darüber hinaus ist über das bei Kündigungen einzuhaltende Verfahren zu unterrichten. Das betrifft insbesondere die Frage, vor welchem Gericht die Kündigungsschutzklage zu erheben ist. In Betracht kommen auch Hinweise, die sich darüber hinaus ggf. aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben (z. B. Quorum bei Beschlussfassung der Gesellschafter). Das ist im Einzelfall zu prüfen.

Zu Abs. 3

In Abs. 3 ist geregelt, wer für den Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen sowie für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund (fristlose Kündigung) **zuständig** ist.

Zu Abs. 4

Da das Organ im Vorfeld des Ablaufs der Bestellzeit für seine **persönliche berufliche Planung** ein berechtigtes Interesse daran hat zu erfahren, ob die GmbH an einer Fortsetzung der Zusammenarbeit interessiert ist, nimmt die vorgeschlagene Vertragsregelung den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafter (je nach Regelung im Gesellschaftsvertrag) in die Pflicht, sich über die **Wiederbestellung** Gedanken zu machen und die Entscheidung dem Organ mitzuteilen. Diese **Informationspflicht** entspricht nach der hier vertretenen Auffassung dem allgemeinen "Gebot der Fairness". Die Vorlaufzeit sollte aber nicht über ein Jahr hinaus ausgedehnt werden, damit keine zu frühe Festlegung der GmbH erfolgt.

Der BGH (*BGH*, Urteil vom 17.07.2012, II ZR 55/11, NZG 2012, 1027 ff.) hat für eine AG entschieden, dass eine Wiederbestellung eines Organs für höchstens fünf Jahre nach einvernehmlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Besteldauer grundsätzlich zulässig ist. Die Entscheidung kann auch auf Verträge mit Organen der GmbH übertragen werden. Somit wäre es auch zulässig, früher als ein Jahr vor Ablauf der Besteldauer eine Wiederbestellung zu beschließen. Empfohlen wird aber die Jahresfrist.

Das Vertragsmuster beinhaltet eine **Verlängerungsklausel** für den Fall, dass eine **Wiederbestellung** zum Organ erfolgt. Das bedeutet, dass in diesem Fall der abgeschlossene Vertrag zu gleichen Konditionen weiterläuft. Ein neuer Beschluss des Aufsichtsrates/Gesellschafters zur Verlängerung des Anstellungsvertrages ist aufgrund dieser Klausel nicht nötig. Ein solcher Beschluss kann aber klarstellend getroffen werden, wobei die Verlängerung des Anstellungsvertrages zu gleichen Konditionen automatisch und unabhängig von diesem klarstellenden Beschluss erfolgt. Bestellt der Aufsichtsrat/Gesellschafter somit das Organ weiter, so können die Vertragsbedingungen für das Organ – ohne entsprechende neue Vereinbarung – nicht verschlechtert werden. Ein Anspruch des Organs auf Verbesserung der Konditionen besteht allerdings auch nicht. Die Vertragsparteien können natürlich eine Verbesserung der Konditionen vereinbaren. Sollen die Bedingungen verschlechtert werden, so müsste der Aufsichtsrat/Gesellschafter schon die Bestellung hiervon abhängig machen und abwarten, ob sich das Organ hierauf einlässt.

Neben einer solchen Verlängerungsklausel kann auch eine **Abfindungsregelung** vereinbart werden. In diesem Fall muss sich die GmbH nicht frühzeitig entscheiden, ob der Vertrag verlängert werden soll oder nicht. Um dem ausscheidenden Organ eine angemessene soziale Absicherung zu geben, kann im Anstellungsvertrag vereinbart werden, dass für den

Fall, dass der Vertrag nicht verlängert wird, ohne dass dem Organ schwerwiegendes, schuldhaftes vertragswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, eine Abfindung gezahlt wird. Die Regelung kann auf Fälle beschränkt werden, in denen dem Vorstandsmitglied nicht mit angemessenem Vorlauf die Nichtverlängerung mitgeteilt worden ist. Eine solche Regelung sollte frühestens nach der zweiten Bestellungsphase einsetzen. Sie kann dann – je nach sozialer Schutzbedürftigkeit – in der Höhe gestaffelt vereinbart werden. Die Abfindung darf jedoch nicht in einer Höhe zugesagt werden, die die freie Entscheidung des Unternehmens über die Fortsetzung der Organtätigkeit beeinträchtigt. D. h., aus der Höhe der Abfindung dürfen sich keine wirtschaftlichen Zwänge ergeben, die die Fortsetzung der Organtätigkeit begründen.

Es wird folgende Musterformulierung für eine Abfindungsregelung vorgeschlagen.

"Abfindungsvereinbarung

(1) Im Falle einer durch die GmbH erfolgten [ordentlichen Kündigung bzw.]³ Nichtverlängerung dieses Anstellungsvertrages nach Ablauf des zweiten (dritten) Fünf-Jahres-Zeitraums erhält der/die Gesellschafter/-in eine Abfindung in Höhe von EUR (z. B. eines Monatsgrundgehaltes pro Beschäftigungsjahr). Für die Berechnung der Abfindung werden die bei Beendigung des Vertrages abgeleisteten vollen Dienstjahre und das während des letzten Dienstjahres im Monatsdurchschnitt bezogene Bruttomonatsgehalt zugrunde gelegt.

(2) Die Abfindung ist zum Ablauf des Vertrages fällig und wird unter Beachtung der hierfür geltenden steuerlichen Bestimmungen gezahlt."

2.4 Erläuterungen zu § 2 – Bisherige Vertragsbeziehungen

Zu Abs. 1

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass ein **neues Organ** aus dem **Kreis der Beschäftigten** ausgewählt wird. Für diesen Fall gibt es zwei Optionen. Das bestehende Arbeitsverhältnis kann ruhend gestellt und es kann vereinbart werden, dass es im Falle der Beendigung der Organtätigkeit wieder auflebt. Eine solche, in der Praxis nicht selten anzufindende, Regelung ist aus hier vertretener Sicht grundsätzlich nicht empfehlenswert. Die Rückkehr eines Organmitglieds in die Reihen der Beschäftigten hat oft Unfrieden und Unzufriedenheit zur Folge. Sollte diese Variante gewählt werden, sind ggf. weitere rechtliche Aspekte zu beachten.

Empfehlenswert ist es, die bestehenden arbeitsvertraglichen Beziehungen zu beenden. Das muss nach § 623 BGB schriftlich erfolgen. Die Aufhebung des Arbeitsvertrages kann nach der Rechtsprechung des BAG (BAG, Beschluss vom 03.02.2009, 5 AZB 100/08, NJW 2009, 2078 ff.) im Anstellungsvertrag des Organs vereinbart werden. Es ist jedoch zu beachten, dass das nur der Fall ist, wenn die Organtätigkeit für das gleiche Unternehmen erfolgt, in dem das Organ als Arbeitnehmer tätig war. Bei Einsatz in einem anderen Unternehmen, z. B. Tochterunternehmen, bedarf es einer gesonderten vertraglichen Regelung zur Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen, z. B. im Mutterunternehmen. Geschieht dies

³ Nur bei unbefristeten Anstellungsverträgen.

nicht, kann das Organ ggf. z. B. nach Beendigung der Organtätigkeit im Tochterunternehmen eine Weiterbeschäftigung als Arbeitnehmer im Mutterunternehmen beanspruchen (BAG, Urteil vom 24.10.2013, 2 AZR 1078/12, DB 2014, 1081 ff.). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss des Anstellungsvertrages ist nur und erst wirksam, wenn der Anstellungsvertrag von beiden Parteien eigenhändig i. S. d. § 126 BGB unterzeichnet ist.

Um die mögliche Rechtssicherheit zu haben, regelt das vorgeschlagene Vertragsmuster **ausdrücklich** die **Aufhebung** des **bisherigen** Arbeitsverhältnisses.

Zu Abs. 2

Wird ein **Arbeitnehmer** zum Organ **berufen**, so ist zu bedenken, dass verschiedene Regelungen, die für das Dienstvertragsverhältnis relevant sind, ggf. von der Beschäftigungsdauer abhängig sind. Das kann z. B. Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung oder zur Vergütung betreffen, insbesondere, wenn der Vergütungstarifvertrag für die Beschäftigten in der Deutschen Immobilienwirtschaft entsprechend angewendet wird (siehe unten Erläuterung zu § 4). Gleiches gilt in ordentlich kündbaren Anstellungsverträgen hinsichtlich der Kündigungsfrist, wenn die Anwendung des § 622 BGB vereinbart ist. Es ist daher zu prüfen, ob die bisherigen Beschäftigungszeiten als Arbeitnehmer auch für den Anstellungsvertrag als Organmitglied zugrunde gelegt werden sollen.

Eine vertragliche Anrechnung von **Beschäftigungszeiten, die nicht in der GmbH erbracht worden sind**, kann grundsätzlich auch bei Anstellung eines Organs erfolgen, das bislang noch nicht für die GmbH gearbeitet hat. Das kann insbesondere bei der betrieblichen Altersversorgung eine Rolle spielen.

2.5 Erläuterungen zu § 3 – Aufgaben und Sorgfaltspflicht, Verschwiegenheitspflicht, Arbeitsort

Zu Abs. 1

Im Anstellungsvertrag müssen die Aufgaben und Pflichten des Organs nicht näher definiert werden. Es genügt der Verweis auf die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Rechtsgrundlagen: GmbHG, Gesellschaftsvertrag und ggf. Geschäftsordnung der Geschäftsführung.

Die **Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung nach § 181 Alt. 2 BGB** ist Bestandteil der Vertretungsregelung und kein zwingender Bestandteil des Anstellungsvertrages. Eine generelle Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Ferner ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln, ob eine auf bestimmte Tatbestände beschränkte Befreiung erfolgen soll. Es kann auch in der Satzung geregelt werden, dass der Aufsichtsrat/Gesellschafter ermächtigt wird, den Geschäftsführer generell vom Verbot der Mehrfachvertretung zu befreien. Ohne eine Regelung im Gesellschaftsvertrag kann der Aufsichtsrat den Geschäftsführer durch Beschluss nur für den Einzelfall befreien.

Die Befreiung ist nicht zwingend, aber für ein reibungsloses und unbürokratisches Agieren des Organs oft erforderlich, insbesondere, wenn es auch Geschäftsführer/ Geschäftsführerin eines Tochterunternehmens ist oder werden soll.

Ggf. kann die Erlaubnis aber auch missbraucht werden, so dass es angezeigt sein kann, das Verbot nur für bestimmte Rechtsgeschäfte oder Fallgestaltungen aufzuheben.

Da es auf die konkrete Regelung im jeweiligen Gesellschaftsvertrag und mögliche Beschlüsse des Aufsichtsrats/Gesellschafters ankommt, soll im Musteranstellungsvertrag die Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung erwähnt werden und zugleich unter den Vorbehalt entsprechender Regelung im jeweiligen Gesellschaftsvertrag und/oder Beschlüssen des Aufsichtsrats/Gesellschafters gestellt werden.

Compliance

Es besteht keine grundsätzliche Verpflichtung für jedes Unternehmen zur Einrichtung von Compliance-Maßnahmen.

Unter "Compliance" versteht man die Gesamtheit aller unternehmerischer Maßnahmen, die das rechtmäßige Verhalten der GmbH, von Organ und ggf. Aufsichtsrat und Gesellschafter, aber auch Mitarbeitern im Hinblick auf alle gesetzlichen, satzungsgemäßen und sonstigen Gebote und Verbote der GmbH gewährleisten. Compliance kann somit als Bestandteil des Risikomanagements aufgefasst werden, und zwar beschränkt auf die Risiken, die sich aus der Verletzung von Regelungen ergeben.

Bei mittleren und großen GmbHs kann es sich – in Abhängigkeit von der Risikostruktur – empfehlen, diese Aufgabe strukturiert anzugehen, indem ein Compliance-Management-System (CMS) eingerichtet wird. Dieses kann in Form einer Betriebsvereinbarung oder von Compliance-Richtlinien erfolgen.

Das Organ hat sein vorliegendes Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Gibt es im Unternehmen Compliance-Regelungen oder ein CMS, so empfiehlt es sich, diese mit folgender Formulierung in § 3 Abs. 2 des **Musteranstellungsvertrages des Organs zu ergänzen:**

"Die jeweils gültige Compliance-Richtlinie sowie die Regelungen zu (z. B. Vier-Augen-Prinzip, Diskriminierungs- und/oder Datenschutz etc.) sind Gegenstand dieses Vertrages."

Die einzubeziehenden Regelungen sind präzise zu benennen.

Zu Abs. 2

Gem. § 43 GmbHG haben die Organmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** anzuwenden. Organmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet (§ 43 Abs. 2 GmbHG).

Es kann vom Organ erwartet werden, dass es jederzeit den Vorteil der Gesellschaft wahrt und Nachteile von ihr abwendet.

Die Business Judgement Rule (**Geschäftsleiterermessen/Geschäfts-Beurteilungs-Regel**) ist eine Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen. Diese wurde als Maßstab für die Abgrenzung einer (unzulässigen) Sorgfaltspflichtverletzung von einer (zulässigen) unternehmerischen Ermessensentscheidung

entwickelt. Sie ergibt sich für die GmbH aus analoger Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (*Altmeppen*, Kommentar zum GmbHG, § 43 Rn. 8 f.; *Noack/Servatius/Haas-Beurskens*, Kommentar zum GmbHG, § 43 Rn. 34).

Handelt es sich also um eine unternehmerische Entscheidung und durfte das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen, auf der Grundlage ausreichender Informationen zu handeln oder in gutem Glauben zum Wohle der Gesellschaft, findet die Regel Anwendung. Die Folge ist, dass das Vorstandsmitglied dann nicht pflichtwidrig handelt; auch dann nicht, wenn sich die Entscheidung später als nachteilig für die Gesellschaft erweist.

Zu Abs. 3

Die gesetzliche Pflicht zur **Verschwiegenheit** (Schweigepflicht) ist zwingendes Recht. Sie ergibt sich aus der Treuepflicht des Organs. Sie bezieht sich auf vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die dem Organ durch seine Tätigkeit in der Geschäftsführung bekannt geworden sind. Sie reicht über die Amtszeit des Organs hinaus.

Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht begründet nach § 43 Abs. 2 GmbHG einen **Schadenersatzanspruch** der Gesellschaft. Außerdem kann sie bei Erreichen der nötigen Schwere einen wichtigen Grund i. S. d. § 38 Abs. 2 GmbHG darstellen und den **Widerruf der Bestellung** sowie die **außerordentliche Kündigung** des Anstellungsverhältnisses rechtfertigen. Zudem stellen § 85 Abs. 1 und 2 GmbHG die unbefugte Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen unter **Strafe**.

Nicht abschließend geklärt ist das **Zusammenspiel vom Geschäftsgeheimnisgesetz und den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen** zur Verschwiegenheit.

Ein Unternehmen muss bestimmte Schutzmaßnahmen ergreifen, sonst kann es sein, dass es ggf. keine Ansprüche nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz hat.

Als "angemessene Schutzmaßnahmen" für den Geheimnisschutz i. S. d. Geschäftsgeheimnisgesetzes kommen in erster Linie folgende Maßnahmen infrage:

- vertragliche Maßnahmen: Verschwiegenheitsverpflichtung, Geheimhaltungsvereinbarung etc.
- organisatorische Maßnahmen: Benutzerrechteverteilung, Alarmanlagen, Wachpersonal etc.
- technische Maßnahmen: Firewall, Safe, Passwortschutz, Verschlüsselung etc.

Die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit (Schweigepflicht) ist zwingendes Recht und wird durch die im Muster verwendete Klausel ergänzt und konkretisiert. Sollte diese Klausel den Anforderungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes nicht genügen, was derzeit unklar ist, kommen die dortigen Regelungen und Sanktionen nicht zur Anwendung; unabhängig davon bleibt es nach hier vertretener Ansicht bei der Anwendung der allgemeinen Regelungen.

Wenn man dagegen sicherstellen möchte, dass die Regelungen und Sanktionen des Geschäftsgeheimnisgesetzes auch für den/die Geschäftsführer/in gelten sollen, dann muss nach derzeitigem Kenntnisstand eine Regelung in den Vertrag aufgenommen werden, welche einerseits dem Geschäftsgeheimnisgesetz genügt und andererseits AGB-rechtlichen Grundsätzen standhält. Wie die Klausel genau aussehen muss, ergibt sich im Einzelnen nicht direkt aus dem Geschäftsgeheimnisgesetz. Ein entsprechender Vorschlag wird unten unterbreitet.

Fraglich ist aber, und diese Frage muss jedes Unternehmen individuell beantworten, ob die Regelungen und Sanktionen des Geschäftsgeheimnisgesetzes zwingend zur Anwendung kommen müssen oder die allgemeinen Regelungen genügen. Schadensersatz (§ 43 GmbHG) und strafrechtliche Haftung (§ 85 GmbHG) sind jedenfalls nach hier vertretener Ansicht auch über die allgemeinen Regelungen gedeckt, wenn gegen diese verstoßen wird.

Ein Vorschlag für eine Regelung, die nach derzeitigem Kenntnisstand dem Geschäftsgeheimnisgesetz einerseits genügt und andererseits AGB rechtlichen Grundsätzen standhält, könnte so lauten (anstelle von § 3 Abs. 3 des Musters):

"Der/Die Geschäftsführer/in) verpflichtet sich, über sämtliche geheimhaltungsbedürftige Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren. Zu den geheimhaltungsbedürftigen Geschäftsgeheimnissen gehören:*

..... (detaillierte Auflistung der geheim zu haltenden Angelegenheiten).

Nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses besteht die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hinsichtlich folgender Geschäftsgeheimnisse fort:

..... (detaillierte Auflistung)

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung kann Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche auslösen und Sanktionen bis hin zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses nach sich ziehen.

Der Geschäftsführer hat für jeden Fall der Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung an die Gesellschaft eine Vertragsstrafe in Höhe einer Bruttomonatsvergütung zu zahlen. Die Gesellschaft behält sich die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens ausdrücklich vor. Die Zahlung der Vertragsstrafe entbindet den Geschäftsführer zudem nicht von der Einhaltung der Verschwiegenheitsverpflichtung."

Es ist den Unternehmen anheimgestellt, ob sie diese umfassende Klausel verwenden möchten.

2.6 Erläuterungen zu § 4 – Vergütung, Aufwendungsersatz und Altersversorgung

Vorbemerkungen

Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 NachwG ist die Zusammensetzung und die Höhe des Entgelts einschl. der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Entgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind, und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung in den Vertrag aufzunehmen. Das betrifft natürlich nur Leistungen, die nach den Parteivereinbarungen gewährt werden sollen.

Es wurde darauf verzichtet, **Sonderzahlungen** zu vereinbaren, da nach der Rechtsprechung insbesondere die rechtssichere Vereinbarung flexibler Entgeltbestandteile (Bonis, Tantiemen, etc.) ggf. ausgesprochen schwierig ist. Soll es solche Zahlungen geben, muss eine rechtssichere Regelung für den Einzelfall gefunden werden.

Bei der Festsetzung der Vergütung kann **§ 87 AktG** als Richtschnur herangezogen werden. In § 87 Abs.1 AktG ist festgelegt, dass der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Organs dafür zu sorgen hat, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Organs sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.

Zu Abs. 1 und 2

Im vorliegenden Muster wird eine Bruttojahresvergütung vorgeschlagen. Eine Vereinbarung über eine Bruttojahresvergütung ist bei Organen der GmbH üblich.

Im Bedarfsfall kann jedoch auch eine Bruttomonatsvergütung vereinbart werden. Die Formulierung im Anstellungsvertrag könnte dann wie folgt lauten:

*"Der/Die Geschäftsführer/in erhält für seine Tätigkeit monatlich eine Bruttovergütung von
..... EUR.*

*Die Zahlung erfolgt jeweils zum Ende des Kalendermonats bargeldlos auf ein von dem/der Geschäftsführer/in anzugebendes Konto. Hiermit ist der gesamte persönliche und zeitliche Einsatz eines
Organs abgegolten. Ein Anspruch auf Sonderzahlungen besteht nicht."*

Sonderzahlung: Weihnachts- und Urlaubsgeld / 13. Monatsgehalt

In der Praxis besteht oftmals das Bedürfnis der Zahlung eines Weihnachts- und/oder Urlaubsgeldes bzw. eines 13. Monatsgehaltes.

Diese Sonderzahlungen müssen individuell vereinbart werden.

Als Fälligkeit für das Weihnachtsgeld ist der Monat November und für das Urlaubsgeld ist der Monat Juni zu empfehlen. Auch die hälftige Zahlung eines 13. Monatsgehaltes jeweils im November und im Juni eines Kalenderjahres ist möglich. Wichtig ist es, rechtssichere

Regelungen für den jeweiligen Einzelfall zu formulieren. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig.

Im Ausnahmefall kann das Bedürfnis nach Vereinbarung einer Sonderzahlung an das Organ als **Anerkennung erbrachter besonderer Leistungen** und als **Anreiz für künftige, über das geschuldete Maß hinausgehender Leistungen oder Unternehmenstreue** bestehen. Nach der Rechtsprechung des BGH muss die Möglichkeit einer solchen Sonderzahlung im Anstellungsvertrag Anklang finden. Daher wurde im Mustervertrag geregelt, dass der Aufsichtsrat/die Gesellschaft die Gewährung einer Sonderzahlung beschließen "kann".

Achtung:

Der Aufsichtsrat kann nach dem Gesellschaftsvertrag zwar für die Anstellungsverträge mit dem Geschäftsführungsorgan unbestritten zuständig sein. Das bedeutet jedoch nicht, dass er in dieser Zuständigkeit beliebig handeln könnte. Er muss vielmehr berücksichtigen, dass er auch in seiner Zuständigkeit mit fremdem Geld, das ihm von den Anteilseignern anvertraut wurde, umgeht. Es liegt somit eine **Vermögensbetreuungssituation mit entsprechender Sorgfaltspflicht** vor. Er muss die Verwendung des anvertrauten Vermögens auch im Zusammenhang mit der Organvergütung rechtfertigen können. **Die grundlose, nicht zu rechtfertigende Vergütung, auch in Form einer Sonderzahlung bzw. Gratifikation an das Organ, kann eine Veruntreuung anvertrauten Vermögens darstellen (§ 266 StGB).** Hieraus ergeben sich die Grenzen für den Aufsichtsrat/die Gesellschafter. **Ist die Möglichkeit einer Sondervergütung im Vertrag erwähnt, dann ist es jedenfalls schon dem Grunde nach leichter, diese zu rechtfertigen** (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 ff.). Die Formulierung bietet die Möglichkeit für den Aufsichtsrat/die Gesellschafter, **besondere Leistungen des Organs zu honorieren, die über das vertraglich sowieso geschuldete Maß hinausgehen**. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Aufsichtsrat/die Gesellschaft **das Organ für eine weitere Zusammenarbeit gewinnen will**.

Vereinbarung eines variablen Vergütungssystems, wie z. B. Tantiemen, Prämie

Bei einer variablen Vergütung handelt es sich im Gegensatz zu den zahllosen Formen von Sonderzahlungen um eine echte Gegenleistung für erbrachte Dienstleistung, die sog. leistungsorientierte Vergütung bzw. einen leistungs- oder erfolgsorientierten Vergütungsbestandteil. Dies kann in Form einer reinen Sonderzahlung, einer Prämie oder einer Tantieme oder in sonstiger Form erfolgen. Die Rechtsgrundlage eines derartigen variablen Vergütungsanspruchs findet sich regelmäßig im Anstellungsvertrag des Organmitglieds neben der regelmäßigen Vergütung.

Die Ausgestaltung der variablen Vergütung kann durch den Abschluss einer, üblicherweise auf ein Geschäftsjahr bezogenen, Zielvereinbarung erfolgen. Die Möglichkeiten und maßgeblichen Bezugsgrößen für die Bemessung solcher Sonderzahlungen sind vielfältig. Aufgrund der Komplexität dieses Themas wird auf die GdW-Information 143 "Variable Vergütungssysteme in der Wohnungswirtschaft" vom Dezember 2014 verwiesen.

Anwendungen des Vergütungstarifvertrages für die Beschäftigten in Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes der Deutschen Immobilienwirtschaft (AGV)

Es wurde im Muster bewusst auf eine **Inbezugnahme von Tarifwerken** verzichtet. Der Tarifvertrag der Immobilienwirtschaft ist auf Organmitglieder nicht direkt anzuwenden. Ein Organmitglied ist kein Arbeitnehmer, auch kein leitender Angestellter, i. S. d. Arbeitsrechts. Er übt vielmehr Arbeitgeberfunktion aus und sollte sich daher auch nicht als "Arbeitnehmer" verstehen. Die Anknüpfung an tarifvertragliche Entwicklungen ist aus diesen Gründen auch im Lichte des § 1 Preisklauselgesetzes (PrKG) rechtlich bedenklich.

Die Tarifwerke, insbesondere der Vergütungstarifvertrag der Deutschen Immobilienwirtschaft des AGV, gilt somit nicht für Organmitglieder. Das gilt auch, wenn die Gesellschaft Mitglied im AGV ist und der Tarifvertrag für die Beschäftigten der Gesellschaft angewendet wird. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt aufgrund der Organstellung nicht zum Tragen.

Allerdings kann nicht übersehen werden, dass die Anlehnung an Tarifwerke, insbesondere der Immobilienwirtschaft, in der Praxis oftmals gewünscht wird. Ist eine Anwendung des Tarifvertrages bei einem Organmitglied gewollt, muss die Anwendung des Tarifvertrags explizit im Anstellungsvertrag mit dem Organ vereinbart werden. In diesem Falle sind zur Streitvermeidung präzise und transparente Formulierungen zwingend erforderlich. Die Praxis zeigt, dass das oft nicht beachtet wird und zu unnötigen Streitigkeiten führt.

Soll ein Verweis auf den Tarifvertrag aufgenommen werden, empfiehlt sich folgende Formulierung:

"Der/Die Geschäftsführer/in erhält eine monatliche Vergütung in Höhe von ... % gem. § 3, Gruppe VI ab 10. Berufsjahr des Vergütungstarifvertrages für die Beschäftigten in der Deutschen Immobilienwirtschaft in der jeweils gültigen Fassung."

Eine weitere Ergänzung für eine Sonderzahlung könnte wie folgt lauten:

"Der/Die Geschäftsführer/in erhält eine weitere Monatsvergütung mit der Dezembervergütung als Weihnachtsgeld. Der/Die Geschäftsführer/in erhält mit der Junivergütung ein Urlaubsgeld in Höhe von ... EUR."

Das Urlaubsgeld kann gem. Manteltarifvertrag für die Beschäftigten in der Deutschen Immobilienwirtschaft in unterschiedlicher Höhe zu zahlen sein. Es sollte daher bei einem Organmitglied als Festbetrag ausgewiesen werden oder in einem Prozentsatz der Monatsvergütung (z. B. 60 %).

Vereinbarung eines Erhöhungsmodus

Die im Muster vorgeschlagene Vergütungsregelung ist für die Vertragslaufzeit des Organs fixiert. Weitergehend wäre allerdings denkbar, auch innerhalb der Vertragslaufzeit einen Erhöhungsmodus zu vereinbaren.

Dazu könnte die folgende Regelung in den Anstellungsvertrag des Organs aufgenommen werden:

"Aufsichtsrat/Gesellschafter und Geschäftsführer/in verhandeln jährlich, frühestens jedoch nach Ablauf von zwei Jahren ab Beginn dieses Vertrages, über die Anpassung der Vergütung. Kommt eine Einigung nicht zustande, gilt eine Erhöhung gem. des Preisindex für die Lebenshaltungskosten aller privaten Haushalte in Deutschland des Statistischen Bundesamtes ab dem Monat ... des jeweiligen Kalenderjahres als vereinbart."

Zu Abs. 3

Aufwendungen sind alle Vermögensopfer mit Ausnahme der eigenen Arbeitszeit und Arbeitskraft. Sie sind grundsätzlich zu ersetzen. Organe haben gegenüber der Gesellschaft auch ohne eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder Regelung im Anstellungsvertrag einen Anspruch auf Ersatz der ihnen entstehenden – nachweisbaren und angemessenen – Aufwendungen (§§ 675, 670 BGB). Eine Ermächtigung seitens der Gesellschafterversammlung bedarf es insoweit nicht. Entscheidend ist, ob das Organ die Aufwendungen im Interesse und angesichts der Finanzlage der Gesellschaft für angemessen halten durfte. Hierzu zählt auch die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen, soweit diese Voraussetzungen für eine Erstattung der Kosten gegeben sind.

Die Regelung im vorliegenden Muster zur Erstattung der Reisekosten und Spesen entspricht dem Üblichen. Sie ist eng ausgestaltet, sichert sie doch dem Organ einen angemessenen Komfort bei gleichzeitigem Kostenbewusstsein im Interesse der Gesellschaft.

Zu Abs. 4

Soll eine Leistung der betrieblichen Altersversorgung zugesagt werden, kann das im Wege der Direktversicherung, über eine Pensionskasse, einen Pensionsfonds, eine Unterstützungskasse oder durch Direktzusage erfolgen. Die betriebliche Altersversorgung kann vom Unternehmen finanziert werden. Jedoch sind auch Mischfinanzierungen, an denen sich das Organ beteiligt, möglich. Eine Entgeltumwandlung kann auch allein von dem Organ getragen werden. Gewährt das Unternehmen eine betriebliche Altersversorgung über einen Versorgungsträger, so ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 13 NachwG der Name und die Anschrift dieses Versorgungsträgers in den Vertrag aufzunehmen. Die Nachweispflicht entfällt, wenn der Versorgungsträger im Hinblick auf die Art der Versorgung schon nach dem Versicherungsvertragsgesetz zu dieser Auskunft verpflichtet ist. Auch hinsichtlich der Gewährung einer Altersversorgung ist § 87 AktG zu beachten (siehe oben). Eine Altersversorgung muss immer in einem angemessenen Verhältnis zur finanziellen Lage der Gesellschaft stehen. Soll eine betriebliche Altersversorgung vereinbart werden, ist es dringend erforderlich, einen kompetenten Fachberater zu Rate zu ziehen, um für Unternehmen und Organ den besten Versorgungsweg zu finden.

Ein Anspruch auf Ruhegehalt und eine ergänzende Hinterbliebenenversorgung steht dem Organ nur zu, **soweit dies im Anstellungsvertrag oder einer ergänzenden Abrede ausdrücklich vereinbart ist**. Eine entsprechende Zusage gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft reicht regelmäßig nicht aus, im Wege der "Gleichbehandlung" eine Absicherung des Organwalters zu begründen. Anders verhält es sich, wenn die Gesellschaft bei

einer Vielzahl von Organmitgliedern einzelne Organwalter willkürlich aus der Versorgungszusage ausnimmt.

Ebenso wenig ist die Gesellschaft verpflichtet, **sonstige Versicherungen** für das Organ abzuschließen. Denkbar wäre es allerdings, z. B. eine private Unfallversicherung zu gewähren oder eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, die einen wirtschaftlichen Schaden der Gesellschaft deckt. Auch kann eine sog. "D&O"-Versicherung in Frage kommen, mit welcher die Risiken des Organs selbst teilweise abgefangen werden.

Zu Abs. 5

Die Stellung eines **Dienstwagens** zur **Privatnutzung** ist **nicht** verpflichtend, sondern für die Gesellschaft eine Möglichkeit, dem Organ ein zusätzlichen Vergütungsbestandteil zu gewähren. Fahrzeugtyp und die Dauer bis zur Stellung eines neuen Fahrzeuges sollten im Anstellungsvertrag geregelt werden, da es sich insoweit um wesentliche Aspekte der Vergütung i. S. v. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 NachwG handelt. Die weiteren Nutzungsbedingungen sollten in einem **separaten** Dienstwagenvertrag geregelt werden. **Insoweit gibt es vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten.**

2.7 Erläuterungen zu § 5 – Arbeitszeit und Arbeitsort

Zu Abs. 1

Die vereinbarte Arbeitszeit ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 NachwG im Vertrag zu regeln. Die im NachwG darüber hinaus angesprochenen Pausen- und Ruhezeiten bedürfen dagegen keiner Erwähnung, da entsprechende Regelungen dazu im Arbeitszeitgesetz für Organe von Unternehmen keine Anwendung finden.

Die Regelung zur **Arbeitszeit** sichert einen Mindesteinsatz durch Orientierung an einer Woche von 40 Arbeitsstunden bei üblicher Verteilung ab. Durch das entsprechend festgesetzte Gehalt (siehe oben Anmerk. zu § 4) wird aber auch geleistete Mehrarbeit oder eine Veränderung der Lage der Arbeitszeit (z. B. Arbeit am Samstag oder am Abend) mitberücksichtigt. In der Praxis sollte man nicht aus dem Auge verlieren, dass es sich um einen "Geschäftsleiter" einer juristischen Person, und somit um einen Unternehmenslenker, handelt. Kleinliche Regelungen, wie etwa das Führen von Stundenzetteln, sollten vermieden werden. Die vorgeschlagene Regelung gestattet es, dass das Organ bspw. in einer Woche auch einmal unter der Grenze von 40 Arbeitsstunden bleibt.

Denn das Organ leitet die Gesellschaft eigenverantwortlich, weshalb ihm ein gewisser Gestaltungsspielraum zustehen sollte. Der/Die Geschäftsführer/in einer GmbH erbringt eine persönliche Leistung, die darauf gerichtet ist, das Unternehmen ordnungsgemäß zu organisieren. Das bedeutet, dass neben den gesetzlichen Vorgaben für die Leitungsverantwortung auch der Blick über den "Tellerrand" gewährleistet sein muss. Zwar wird man sicherlich davon ausgehen können, dass ein Organ seine Arbeitszeit überwiegend im Büro erbringt. Moderne Kommunikationsmittel mit mobilen Endgeräten gewährleisten jedoch heute nahezu eine "ständige" Anwesenheit, weshalb davon abgeraten wird, weitere einengende Regelungen zur Arbeitszeit zu implementieren. Sinnvoller erscheint es hier, das Organ zu regelmäßigen Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden oder einem Vertreter der Gesellschaft anzuhalten.

Zu Abs. 2

Anzugeben ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 NachwG der Arbeitsort. Das dürfte regelmäßig der Sitz des Unternehmens sein. Soll das Organ nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein, ist ein Hinweis darauf aufzunehmen, dass es an verschiedenen Orten beschäftigt werden oder seinen Arbeitsort frei wählen kann. Letzteres betrifft insbesondere Fälle, in denen auch Home Office-Tätigkeit ermöglicht werden soll.

2.8 Erläuterungen zu § 6 – Freistellung

Organstellung und Vertragsbeziehung müssen, wie eingangs erwähnt, unterschieden werden. Das GmbHG regelt in § 38 Abs. 1 nur den vorzeitigen Widerruf der Organstellung. Zur Beendigung der Vertragsbeziehung sagt es nichts. Die im Vertrag vorgesehene Freistellung bezieht sich alleine auf die Vertragsbeziehung und sollte ausdrücklich im Vertrag geregelt sein.

Zwar kommt der Begriff "Freistellung" aus dem Arbeitsrecht, weil Arbeitnehmer bei unklarerer Kündigungslage prinzipiell einen Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung im Kreis der Kollegen haben (sog. Beschäftigungsanspruch). Der/Die GmbH-Geschäftsführer/in unterliegt jedoch grundsätzlich nicht dem Arbeitsrecht, weshalb unter Umständen eine vertragliche Regelung entbehrlich ist, da der Aufsichtsrat/die Gesellschaft immer auf die Erbringung der Dienste durch das Organ verzichten kann, insbesondere dann, wenn die Organstellung beseitigt ist, der Vertrag jedoch noch Bestand hat. Klarstellend sollte aber die Möglichkeit der Freistellung im Anstellungsvertrag geregelt werden.

Die Freistellungsklausel im vorliegenden Muster hat ihren Sinn für die Fallkonstellation, dass die Organstellung bereits durch Abberufung beendet ist, aber der Anstellungsvertrag weiterläuft, etwa, weil kein ausreichend wichtiger Grund i. S. d. § 626 BGB für eine fristlose Kündigung vorliegt oder weil sich formale Fehler bei der Kündigung eingeschlichen haben, die die Kündigung unwirksam sein lassen (z. B. Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 26 Abs. 2 BGB). In dieser Konstellation hat das Organ zumindest weiter den Anspruch auf die Gehaltszahlungen, ist jedoch von seiner Tätigkeit freigestellt.

Sollte entgegen dem vorliegenden Muster ein unbefristeter Anstellungsvertrag geschlossen worden sein, hat die Freistellungsmöglichkeit zudem besondere Bedeutung im Fall einer ordentlichen Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Die Gesellschaft kann in einem solchen Fall ein Interesse daran haben, dass das Organ nicht mehr im Hause erscheint. Dabei ist die Vergütung bis zum Beendigungstermin weiter zu zahlen. Zu beachten ist jedoch, dass bei einer Freistellung ggf. der von der Gesellschaft gestellte Dienstwagen herauszugeben ist (siehe dazu auch Erläuterungen zu § 10 Abs. 3).

Das BAG hat kürzlich entschieden, dass eine arbeitsvertragliche Klausel, nach der Beschäftigte "bei oder nach Ausspruch einer Kündigung" automatisch unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freigestellt werden können, unwirksam ist (BAG, Urteil vom 25.03.2026 – 5 AZR 108/25). Die Rechtsprechung des BAG zur AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen ist jedoch auf Anstellungsverträge nicht eins zu eins übertragbar. Dies wird insbesondere mit der unterschiedlichen Schutzrichtung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle (z. B. bei

Freiwilligkeitsvorbehalten, Kündigungsfristen) begründet. Der BGH ist bei Organverträgen zudem tendenziell großzügiger. Zulässig sind danach Regelungen, die im Arbeitsrecht unzulässig sind. Hierbei spielt auch eine Rolle, dass arbeitsrechtliche Besonderheiten gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB bei Anstellungsverträgen von Organen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.

Aufgrund der Trennung von Organstellung und Anstellungsverhältnis kann daher nach der herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung eine Freistellung grundsätzlich vertraglich vereinbart werden. Die Freistellung ist so auszugestalten, dass die vertragliche Hauptleistungspflicht suspendiert wird, die Nebenpflichten aus dem Anstellungsvertrag aber grundsätzlich fortbestehen. Zudem darf eine solche Vereinbarung nicht gegen gesellschaftsrechtliche Grundsätze verstoßen. Dies ist bei der vorliegenden Klausel nicht der Fall, da die Trennung von Organstellung und Anstellungsvertrag gewahrt bleibt. Die verwendete Klausel wird daher weiterhin für zulässig gehalten.

2.9 Erläuterungen zu § 7 – Urlaub

Zu Abs. 1

Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 NachwG ist die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs im Vertrag anzugeben. Die **Anzahl der Urlaubstage** ist im Muster genau geregelt, da das Organ grundsätzlich kein Arbeitnehmer ist, somit das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) nicht automatisch Anwendung findet. Etwas anderes kann gelten, wenn das Organmitglied neben seiner Organtätigkeit Arbeitsleistungen zu erbringen hat, die üblicherweise von Arbeitnehmern/-innen erbracht werden. In diesem Fall leitet das Bundesarbeitsgericht einen Urlaubs- und im Falle der Beendigung des Anstellungsverhältnisses einen Urlaubsabgeltungsanspruch aus geltendem EU-Recht ab (vgl. *BAG, Urteil* vom 25.07.2023 – 9 AZR 43/22 – NZA 2023, S. 1591). Danach hätte der Geschäftsführer/die Geschäftsführerin in europarechtskonformer Auslegung des BUrlG Anspruch auf mindestens vier Wochen Urlaub.

Soll der Urlaubsanspruch höher sein, z. B. 30 Tage berechnet auf eine Fünf-Tage-Woche, ist das wie im vorliegenden Muster im Anstellungsvertrag zu vereinbaren. Es werden im Muster die Berechnungsgrundlagen klargestellt, so dass sich ein Urlaubszeitraum von 6 Wochen pro Jahr ergibt. Das entspricht dem Urlaubsanspruch, wie er im Manteltarifvertrag für die Beschäftigten in der Deutschen Immobilienwirtschaft (MTV) für Arbeitnehmer festgeschrieben ist. Das ist nicht zwingend.

Eine Urlaubsgewährleistungspflicht des Unternehmens dürfte dem Grunde nach als Nebenpflicht aus dem Anstellungsvertrag bestehen. Hinsichtlich des Umfangs wird man sich hierbei am gesetzlichen Mindesturlaub (24 Werktage [= 4 Wochen], berechnet auf eine 6 Tage Woche) gem. § 3 BUrlG orientieren können.

Zu Abs. 2

Der Europäische Gerichtshof (*EuGH*, Urteil vom 22.11.2011, Rs. C-214/10, NJW 2012, 290 ff.) hat zum **Arbeitsrecht** entschieden, dass aufgrund andauernder Erkrankung nicht in Anspruch genommener Urlaub frühestens 15 Monate nach Beendigung des Urlaubsjahres verfällt. Zwar handelt es sich beim Geschäftsführer einer GmbH nicht um einen Arbeitnehmer, jedoch gibt es eine erkennbare Tendenz in der Rechtsprechung, zumindest das

europarechtlich begründete Urlaubsrecht auch auf Organmitglieder anzuwenden. Daher sollte dies künftig auch in Anstellungsverträgen beachtet werden. Für das Organmitglied nachteilige abweichende Regelungen sind jedenfalls angreifbar.

Abweichende Verfallsregelungen sind jedoch für den über den Mindesturlaub von vier Wochen hinausgehenden Urlaubsanspruch regelbar.

Die Urlaubsregelung des Vertragsmusters beschränkt vor diesem Hintergrund den **ersatzlosen Verfall** des Urlaubs auf den Urlaubsanspruch, der über den **gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BUrlG hinausgeht**. Dieser über den gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BUrlG hinausgehende Urlaubsanspruch entfällt, gleich aus welchem Grund (also auch bei längerer Arbeitsunfähigkeit), wenn der 31.03. des Folgejahres als **Übertragungszeitraum** überschritten wird, ohne dass der Urlaub in Anspruch genommen wurde. Es wäre auch eine **andere** Regelung möglich, d. h. sowohl eine Verkürzung, bspw. zum 31.12. des Urlaubsjahres, als auch eine Verlängerung, bspw. zum 30.06. des Folgejahres. Denkbar wäre auch, im Anstellungsvertrag festzulegen, dass Ausnahmen vom ersatzlosen Verfall zulassen werden können.

Zudem sind davon die Verfallfristen zu unterscheiden, die eine fristgerechte Geltendmachung entstandener Urlaubsabgeltungsansprüche nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorschreiben. Diese können auch deutlich kürzer als ein Jahr sein (*BAG*, Urteil vom 13.12.2011, 9 AZR 399/10, *NZA* 2012, 514 ff.), sodass dies bei Beendigung des Anstellungsvertrages mit dem Geschäftsführer einer GmbH erst recht gelten muss; wobei davon auszugehen ist, dass eine Frist von weniger als drei Monaten unangemessen kurz ist (*BAG*, Urteil vom 25.05. 2005 - 5 AZR 572/04, *NZA* 2005, 1111 ff.).

Im Einzelfall kann geprüft werden, ob eine Regelung getroffen wird, nach der der Urlaub, den das Organ im laufenden Kalenderjahr nicht nehmen konnte, am Ende des Kalenderjahres oder am Ende eines Übertragungszeitraumes in Geld ausgezahlt wird. Eine solche Regelung ist grundsätzlich für Organmitglieder möglich. Sie darf jedoch nicht dazu führen, dass das Organ de facto keinen Urlaub nehmen kann. Um sicher zu gehen, sollte eine solche Möglichkeit nur für die über den gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Tagen für Arbeitsverhältnisse (berechnet auf eine 6 Tage Woche, siehe oben) hinausgehenden Urlaubsanspruch vereinbart werden.

Zu Abs. 3

Darüber hinaus bietet es sich an, die Regelungen des BUrlG auch für das Organ entsprechend zur Anwendung zu bringen, da diese eine Reihe von technischen Fragen regeln, bei denen zumindest im Grundsatz kein abweichender Regelungsbedarf für ein Organ besteht.

Dazu gehört es ggf. auch, das Organmitglied zu Beginn des Jahres förmlich auf den Urlaubsanspruch hinzuweisen und es aufzufordern, den Urlaub rechtzeitig zu nehmen. Das ist für Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des EuGH schon seit 2019 erforderlich. Da der Urlaubsanspruch als maßgeblicher Anspruch der Arbeitnehmer in den Regelungen der EU festgelegt ist und der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff auch angestellte Organe von Unternehmen erfasst, ist nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung auf die

Anstellungsverträge von Organen übertragen wird. Wäre das der Fall, würde nicht genommener Urlaub des Organs nicht verfallen, wenn das Unternehmen dieser Obliegenheit nicht nachkommt. Nach der Rechtsprechung ist es nicht ausreichend, den entsprechenden Hinweis im Arbeits-/Anstellungsvertrag aufzunehmen. Hinweis und Aufforderung müssen vielmehr jedes Jahr in der ersten Januarwoche individuell erfolgen (BAG, Urteil vom 31.01.2023, 9 AZR 107/20, NJW 2023, S. 2513). Ein Muster hierfür können Mitglieder des Arbeitgeberverbandes dort beziehen.

2.10 Erläuterungen zu § 8 – Entgeltfortzahlung im Falle einer Arbeitsverhinderung

Zu Abs. 2 und 3

Für die Regelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gilt das Gleiche wie für die Urlaubsregelung. Da das Organ kein Arbeitnehmer ist, findet das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) keine automatische Anwendung. Es ist jedoch im Hinblick auf die praktische Handhabung sinnvoll, die Regelung für das Organ an die Grundsätze, die im Arbeitsrecht gelten, anzuknüpfen. Schlechter als ein Arbeitnehmer sollte das Organ nicht stehen. Ausgenommen sind aber aufgrund fehlender Praktikabilität die Regelungen zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Wie privat versicherte Arbeitnehmer muss auch das Organ daher die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung weiterhin in Papierform beibringen.

Denkbar wäre eine Verbesserung der Stellung des Organs, etwa indem man den Entgeltfortzahlungszeitraum unter Berücksichtigung des dann gezahlten Krankengeldes verlängert.

Hierzu könnte die **folgende Regelung** dienen:

"Nach Ablauf der 6 Wochen zahlt die Gesellschaft dem/der Geschäftsführer/in bis zum Ablauf von ... Monaten der Arbeitsunfähigkeit einen Zuschuss zum Krankengeld in der Höhe, die brutto erforderlich ist, um den/die Geschäftsführer/in in seinem/ihrem Netto-Verdienst so zu stellen, als bezöge er/sie die monatliche Vergütung gem. § 4 Abs. 1 dieses Vertrages. Der/Die Geschäftsführer/in hat bei Überschreiten der 6 Wochen Entgeltfortzahlung unverzüglich die Nachweise zu erbringen, welche die Gesellschaft für die Berechnung des Betrages benötigt. Unterbleibt dies, so besteht keine Zahlungspflicht der Gesellschaft."

Ob eine solche Regelung getroffen wird, ist Verhandlungssache. Fehlt für den Krankheitsfall eine Vereinbarung über die Fortzahlung des Gehalts, gilt allerdings § 616 BGB. Dieser begründet eine Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall für fünf Arbeitstage.

Durch das GKV-Beitragssatzstabilisierungsgesetz soll eine neue Teil-Arbeitsunfähigkeit mit Teil-Krankengeld eingeführt werden (§§ 44c, 44d SGB V-E). Das könnte zu Konflikten mit einem Zuschuss zum Krankengeld führen. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Wesentliche Regelungen des **Mutterschutzgesetzes** gelten auch für weibliche Organmitglieder. Einer Regelung im Anstellungsvertrag bedarf es daher nicht. In der GmbH gibt es auch – zeitlich eingeschränkt – Anspruch auf Eltern- und Pflegezeit (siehe auch Anmerk. zu 1 "Einführung").

Ein Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz besteht mangels Anwendbarkeit nicht.

2.11 Erläuterungen zu § 9 – Nebentätigkeiten und Beteiligungen

Zu Abs. 1

Organmitglieder unterliegen **während ihrer Tätigkeit** einem umfassenden **Wettbewerbsverbot**. Das folgt aus der organschaftlichen Treuepflicht, wobei sich die rechtlichen Vorgaben zu dem Wettbewerbsverbot aus der analogen Anwendung von § 88 AktG ergeben. Gleichwohl sollte das Verbot im Anstellungsvertrag geregelt werden.

Eine Lockerung dieses Verbotes kommt nur in Betracht, wenn der Aufsichtsrat/Gesellschafter dem im Vorhinein zugestimmt hat. Die Einwilligung des Aufsichtsrats kann nach dem Muster jeweils nur einzeln für bestimmte Nebentätigkeiten erteilt werden. Dies entspricht der Regelung in § 88 Abs. 1 Satz 3 AktG. Der Aufsichtsrat entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen.

Exkurs:

Es ist nicht ungewöhnlich, dass mit Organen von Unternehmen in besonderen Interessenlagen auch ein **nachvertragliches** Wettbewerbsverbot vereinbart wird. Allerdings sind einer Vereinbarung eines solchen Wettbewerbsverbots im Lichte der beruflichen und persönlichen Entfaltungsfreiheit der jeweiligen Personen Grenzen gesetzt (vgl. Art. 12 I 1 GG; § 138 BGB). Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist sachlich, örtlich und zeitlich auf das notwendige Maß zu begrenzen (vgl. für die GmbH: *BGH*, Urteil vom 23.04.2024, II ZR 99/22, NZG 2024, 1077 Rn. 10).

Nach § 74 II HGB ist dieses Wettbewerbsverbot grundsätzlich nur verbindlich, wenn sich das Unternehmen verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen entspricht. Wie der BGH für die GmbH entschieden hat, muss dem Geschäftsführer einer GmbH dagegen überhaupt keine Karenzentschädigung versprochen und später gezahlt werden (*BGH*, Urteil vom 28.04. 2008, II ZR 11/07, NZG 2008, 664 Rn. 6 mwN aus der Rechtsprechung).

Der BGH (*BGH*, Urteil vom 23.04.2024, II ZR 99/22, NZG 2024, 1077) hat seine Rechtsprechung zur Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit einem GmbH-Geschäftsführer weiter modifiziert und hat erneut festgestellt, dass Vereinbarungen über ein nachträgliches Wettbewerbsverbot mit einem GmbH-Geschäftsführer nicht notwendig voraussetzen, dass dem Geschäftsführer eine Karenzentschädigung versprochen und später gezahlt wird. Vereinbaren GmbH und Geschäftsführer eine Karenzentschädigung als Gegenleistung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, können sie auch ihre Höhe frei vereinbaren. Aus diesem Grunde kann auch der rückwirkende Wegfall einer vereinbarten und gezahlten Karenzentschädigung für den Fall vereinbart werden, dass der Geschäftsführer gegen das Wettbewerbsverbot verstößt.

Zu Abs. 2

Auch die Übernahme einer sonstigen **Nebentätigkeit** ist nur gestattet, wenn der Aufsichtsrat/Gesellschafter im Vorhinein zugestimmt hat. So dürfen die Organmitglieder ohne die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates/Gesellschafters insbesondere nicht persönlich haftende Gesellschafter oder Geschäftsführer oder Vorstand einer anderen Gesellschaft sein. Diesbezüglich kommt es auch **nicht auf den Geschäftszweig des anderen Unternehmens an**.

Gem. der vorgeschlagenen vertraglichen Vereinbarung im Anstellungsvertrag wird der Aufsichtsrat/Gesellschafter seine **Zustimmung** zu den sonstigen Nebentätigkeiten **im Regelfall erteilen**. Die Verweigerung der Zustimmung kommt nur in Betracht, wenn überwiegende Interessen der Gesellschaft gegen die Zustimmung sprechen. Ausgehend von der vorgeschlagenen Regelung liegt die **Beweislast** für überwiegende, gegen die Zustimmung sprechende Interessen der Gesellschaft **beim Aufsichtsrat/Gesellschafter**.

Von dem Zustimmungserfordernis i. S. v. § 9 Abs. 2 **sind Ehrenämter grundsätzlich ausgenommen**. Allerdings bedürfen Ehrenämter ausnahmsweise der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates/Gesellschafters, soweit dadurch die Interessen der Gesellschaft berührt werden. Diesbezüglich liegt die **Beweislast** dafür, dass die Interessen der Gesellschaft nicht berührt werden, **beim Organmitglied**.

Zu Abs. 3

Die Übernahme von **Beteiligungen an anderen Unternehmen**, die mit der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar in Geschäftsverbindung stehen, bedarf grundsätzlich der vorherigen Zustimmung durch den Aufsichtsrat/Gesellschafter. Diese Zustimmung ist bei Beteiligung an Unternehmen, mit denen keine Geschäftsbeziehung besteht, nicht erforderlich, wenn die jeweilige Beteiligung an dem anderen Unternehmen 20 % nicht übersteigt. Mit dieser Ausnahmeregelung wird den Kapitalanlageinteressen des jeweiligen Organmitgliedes Rechnung getragen. Die **Beweislast** für die Höhe der jeweiligen Beteiligung liegt **beim Organmitglied**.

2.12 Erläuterungen zu § 10 – Rückgabepflichten

Zu Abs. 1 und 2

Die in § 11 normierten Rückgabepflichten obliegen dem Organmitglied. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entstehung der Rückgabepflichten des Organmitglieds – oder andersherum, eines Herausgabeanspruchs der Gesellschaft – ist der Zeitpunkt der Beendigung der organchaftlichen Bestellung. Anstellungsvertraglich markierte Zeitpunkte treten zurück. Die Rückgabepflicht bezieht sich dabei auf ausnahmslos alle Dokumente, Unterlagen und Gegenstände der Gesellschaft, die das Organ vor oder während seiner Tätigkeit erhalten, selbst in Besitz genommen oder in sonstiger Weise erlangt hat. Neben Dokumenten, Unterlagen und Gegenständen in verkörperter Form zählt hierzu auch alles, was in elektronischer Form existiert. Dies gilt gleichermaßen auch für selbst angefertigte Kopien, Aufzeichnungen und gespeicherte Dokumente. Bspw. erfasst sind Geschäftsraumschlüssel, Diensthandys, -rechner, -laptops oder -iPads etc.

Zu Abs. 3

In Abs. 3 ist klargestellt, dass dem Organ kein Zurückbehaltungsrecht an den in Abs. 1 und 2 aufgeführten Dingen zusteht. Das gilt auch dann, wenn das Organ eigene Rechte aufgrund eines anderweitig begründeten Anspruchs gegen die Gesellschaft geltend macht.

Einem Organ steht nämlich, ähnlich einem Arbeitnehmer, an den Gegenständen (Arbeitsmittel) grundsätzlich **kein Zurückbehaltungsrecht** zu, weil es nur Besitzdiener ist und damit zu keiner Zeit eigene Verfügungsgewalt hierüber erlangt hat. Macht das Organmitglied dennoch die Rechte eines Besitzers geltend, so handelt es sich um eine ersatzpflichtige verbotene Eigenmacht. Anders als in Arbeitsverträgen dürfte das Zurückbehaltungsrecht im Anstellungsvertrag des Organs generell ausgeschlossen werden dürfen.

Besonderheiten gelten für die Herausgabe eines überlassenen Dienstwagens: Wird dem Organmitglied ein Dienstwagen gestellt, dann betrifft die **Herausgabepflicht** grundsätzlich auch diesen. Das ist insbesondere wichtig, sofern dem Organ der Dienstwagen auch zur **privaten** Nutzung gewährt wird. Zu ergänzen wären dann folgende Sätze:

"Die Gesellschaft ist berechtigt, das Recht zur privaten Nutzung des Dienstwagens nach den vorstehenden Regelungen für die Zukunft aus sachlichen Gründen zu widerrufen und die Herausgabe des Dienstwagens zu verlangen, sofern dies dem/der Geschäftsführer/in zumutbar ist.

Die Rückgabepflicht gilt nur, soweit der geldwerte Vorteil des Dienstwagens 25 % der Gesamtvergütung des/der Geschäftsführers/in nicht überschreitet.

Ein sachlicher Grund i. d. S. liegt insbesondere vor bei berechtigter Freistellung des/der Geschäftsführers/in von der Verpflichtung zur Dienstleistung nach Abberufung, Ausspruch einer Kündigung oder dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages.

Im Falle des Widerrufs ist der/die Geschäftsführer/in zur Herausgabe des Dienstwagens samt Zubehör am Sitz der Gesellschaft verpflichtet. Dem/Der Geschäftsführer/in steht ein Anspruch auf Entschädigung für entgangene Nutzung nicht zu.

In Fällen der Rückgabepflicht wegen Widerrufs der Nutzungsbefugnis nach den genannten Maßgaben wird die Gesellschaft ggf. eine unter Berücksichtigung der betrieblichen Interessen und der Interessen des/der Geschäftsführers/in angemessene Frist für die Rückgabe von i. d. R. einer Woche setzen.

Gegen den Herausgabeanspruch hat der/die Geschäftsführer/in in keinem Falle ein Zurückbehaltungsrecht."

2.13 Erläuterungen zu § 11 a.F. – Verfallklausel für Ansprüche

Eine Verfallklausel dient auf der Rechtssicherheit und -klarheit sowie dem Rechtsfrieden.

Im Anstellungsvertrag für ein Organmitglied ist jedoch neben allgemeinen AGB-rechtlichen Besonderheiten auch das Zusammenspiel mit einer in der Regel abgeschlossenen "D&O-Versicherung" zugunsten des Organmitgliedes zu beachten.

Nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der "D&O-Versicherung" besteht Versicherungsschutz in der Regel nur, wenn der Vorstand während der Versicherungsperiode oder einer Nachmeldefrist schriftlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird; ein Verfall von Ansprüchen vor Geltendmachung kann daher den Versicherungsschutz vereiteln. Ein Konflikt zwischen einer Verfallklausel im Vorstandsanstellungsvertrag und dem Deckungsschutz einer "D&O-Versicherung" kann namentlich entstehen, wenn die Verfallklausel dazu führt, dass Ansprüche gegen den Vorstand nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht werden und damit der Versicherungsfall nicht ausgelöst wird.

Aus der Rechtsprechung und Literatur lässt sich ableiten, dass es zunehmend schwieriger wird, entsprechende Verfallklauseln in Anstellungsverträgen mit den entsprechenden Versicherungsbedingungen abzustimmen.

Hinzukommen AGB-rechtliche Unsicherheiten, welche Ansprüche konkret von der Verfallklausel erfasst sein dürfen und welche nicht.

In der Gesamtabwägung erscheint es daher empfehlenswert, auf entsprechende allgemeine Verfallklauseln künftig zu verzichten.

2.14 Erläuterungen zu § 11 – Teilnichtigkeit

Nicht aufgenommen wurde in das Muster das Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen (*"Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform"*). Rechtlich gesehen, ist die Regelung zur Schriftform bei näherer Betrachtung nämlich so gut wie wertlos. Denn nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Schriftformabrede jederzeit durch einvernehmliche mündliche oder konkludente Vereinbarungen wieder eingeschränkt oder aufgehoben werden (§ 305b BGB).

Für Anstellungsverträge von Organmitgliedern gibt es kein gesetzliches Schriftformgebot, sodass – bei Annahme eines schutzwürdigen Vertrauens beim Organ – neue, auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten bewirkte Vertragsbestandteile hinzukommen könnten, womit das Vertragsverhältnis in seiner weiteren Entwicklung ein gewisses "Eigenleben" entfalten kann. Es ist somit in der Praxis wichtig, dass insbesondere bei der Gewährung von (zusätzlichen) Vergünstigungen an das Organ, die außerhalb der in Schriftform getroffenen vertraglichen Vereinbarungen liegen, jeweils ein dokumentierbarer Hinweis erfolgt, dass diese Vergünstigungen je nach Eigenart entweder nur im Einzelfall oder zeitlich begrenzt bzw. nach anderen, im konkreten Einzelfall zu bestimmenden Kriterien, gewährt werden. Für die Klarheit der Handhabung ist der Aufsichtsrat/Gesellschafter verantwortlich.

Die im Mustervertrag vorgeschlagene Regelung zur Teilnichtigkeit ist in der getroffenen Form schon im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 139 BGB) verankert, sodass sich eine vertragliche Manifestierung eigentlich erübrigen würde. Dass die unwirksame Bestimmung einvernehmlich durch eine andere Bestimmung ersetzt werden "soll", stellt aber naturgemäß einen Appell an die Vertragsparteien dar. Diese können sich auch immer auf einen anderen Vertragsinhalt einigen. Eine Einigung ist rechtlich insoweit allerdings nicht erzwingbar.

Bei nachträglich erkannten oder entstehenden Regelungslücken kann auch das zivilrechtliche Institut der "ergänzenden Vertragsauslegung" in Betracht kommen. Die ergänzende Vertragsauslegung führt bei einer von beiden Seiten nicht bedachten Unwirksamkeit einzelner Regelungen dazu, dass die durch die Unwirksamkeit entstandene inhaltliche Lücke des Vertrages so durch eine andere Regelung ersetzt wird, dass diese dem mutmaßlichen beiderseitigen Willen möglichst nahekommt. Für die Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung müssen allerdings spezielle Voraussetzungen erfüllt sein, die im Einzelfall zu prüfen sind.

Diese beiden Regelungen wurden trotzdem in den vorliegenden Vertragsentwurf aufgenommen, weil sie üblich sind und um den Vertragsparteien wenigstens die Vorteilhaftigkeit von schriftlichen Vereinbarungen sowie die immer gegebenen Möglichkeiten einer Einigung vor Augen zu führen.

2.15 Erläuterungen zum Unterschriftsfeld

Im Unterschriftsfeld für den Aufsichtsrat/den Gesellschafter ist **nur** der **Vorsitzende** des Aufsichtsrates/Vertreter der Gesellschafter genannt. Es bleibt jedoch dabei, dass, wie eingangs erläutert, für den Vertrag und seinen Inhalt der **gesamte** Aufsichtsrat/bzw. die Gesellschafterversammlung zuständig ist, sofern sie die Aufgabe nicht wirksam vom Gesellschafter an den Aufsichtsrat bzw. vom Gesellschafter oder Aufsichtsrat an eine Personalkommission der Gesellschaft/des Aufsichtsrats delegiert worden ist. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats hat – soweit keine anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag das zulässt – alleine keine Berechtigung, den Anstellungsvertrag mit dem Vorstandsmitglied auszuhandeln und abzuschließen. Er ist vielmehr nur "Vollzieher" des Willens, der im Gesamtgremium "Aufsichtsrat" gebildet worden ist. Wird dies beachtet, dann kommt der Anstellungsvertrag jedoch ggf. alleine durch die Leistung der Unterschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden zustande.

Impressum

Herausgeber:
GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.
Klingelhöferstraße 5
10785 Berlin

Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199
Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>

Arbeitgeberverband der Deutschen Immobilienwirtschaft e.V.

Peter-Müller-Straße 16
40468 Düsseldorf
+49 (0)211 96135-0

E-Mail: kontakt@agv-online.de
Internet: <http://www.agv-online.de>