

3
4 **Der Geschäftsführer als Verbraucher --**
5 **Anwendung der AGB-Kontrolle auf**
6 **Dienstverträge**

7
8 **Der Fremdgeschäftsführer als Verbraucher**

9 Das BAG hat mit Urteil vom 19.5.2010 -- 5 AZR 253/09,
10 GmbHR 2010, 1142 -- in diesem Heft -- klargestellt, dass
11 der Dienstvertrag mit einem GmbH-Fremdgeschäftsführer
12 ein Vertrag mit einem Verbraucher ist. Weder der
13 Abschluss des Dienstvertrags noch die Geschäftsführung
14 einer GmbH stelle für den Geschäftsführer eine
15 gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit i.S.v. § 13 BGB
16 dar. Vielmehr handele es sich bei der Geschäftsführung
17 einer GmbH um eine angestellte berufliche Tätigkeit.
18 Damit bestätigt das BAG die bereits seit Jahren geltende
19 Rechtsprechung des BGH, der Geschäftsführern einer
20 GmbH -- selbst wenn es sich bei diesen zugleich um
21 Mehrheitsgesellschafter handelt --, im Zusammenhang
22 mit Verbraucherkreditgeschäften die
23 Verbrauchereigenschaft zuerkannt hat (vgl. nur BGH v.
24 24.7.2007 -- XI ZR 208/06, GmbHR 2007, 1154).

25 Die Einordnung des GmbH-Geschäftsführers als
26 Verbraucher mag zwar angesichts des
27 umgangssprachlichen Bedeutungsgehalts des Worts
28 „Verbraucher“ im Sinne von „Konsument“ zunächst
29 überraschen. Sie überzeugt jedoch angesichts der klaren
30 Regelung in § 13 BGB. Danach ist Verbraucher jede
31 natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem
32 Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch
33 ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet
34 werden kann. Zutreffend hat das BAG festgestellt, dass
35 für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als
36 „selbstständig“ maßgeblich sei, dass das wirtschaftliche
37 Risiko der Tätigkeit unmittelbar selbst getragen werde.
38 Der Geschäftsführer einer GmbH übe aber seine Tätigkeit
39 im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft aus.
40 Überdies unterliege er im Innenverhältnis den Weisungen
41 der Gesellschafter. Eine selbstständige oder gewerbliche
42 Tätigkeit des Geschäftsführers ist mithin nicht gegeben.
43 Eine entsprechende Bewertung hatte das BAG bereits zu
44 Arbeitnehmern getroffen (vgl. BAG v. 25.5.2005 -- 5
45 AZR 572/04, DB 2005, 2136).

46
47 **Der Gesellschafter-Geschäftsführer als Verbraucher**

48 Keine eindeutige Aussage hat das BAG allerdings dazu
49 getroffen, ob indes dem Geschäftsführer, der Anteile an
50 der Gesellschaft hält, die Verbrauchereigenschaft
51 abgesprochen werden müsse. Darauf deuten die
52 Feststellungen des BAG für den Fall des
53 Mehrheitsgesellschafters hin. So geht das BAG von einer
54 Kennzeichnung des Geschäftsführers als Verbraucher
55 jedenfalls dann aus, wenn dieser nicht zugleich als
56 Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität

57 verfüge und Leitungsmacht über die Gesellschaft ausüben
58 könne. Diese Auffassung überzeugt. Denn wenn der
59 Geschäftsführer aufgrund seiner beherrschenden Stellung
60 Leitungsmacht über die Gesellschaft ausübt, besteht das
61 schützenswerte Gegensatzpaar Verbraucher --
62 Unternehmer nicht. In diesen Fällen geht es auch nicht
63 um einen Vertrag, den der Geschäftsführer mit Dritten
64 abschließt, sondern um einen Vertrag, den er mit (seiner)
65 Gesellschaft schließt, für die er zugleich als Organ auftritt
66 (vgl. *Hümmerich*, NZA 2006, 709 ff.). Der Umstand, dass
67 der Geschäftsführer in diesem Fall eigene Interessen
68 verfolgt und -- z.B. aus steuerlichen Gründen -- auch
69 Interessen der Gesellschaft im Blick hat, gebietet bei
70 Gesellschafter-Geschäftsführen eine differenzierte
71 Betrachtungsweise.

72

73 **Rechtsfolgen der Verbrauchereigenschaft**

74 Die Einordnung des Geschäftsführers als Verbraucher hat
75 zur Folge, dass gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB zunächst
76 kraft gesetzlicher Fiktion die Dienstvertragsklauseln als
77 vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, sie sind
78 durch den Geschäftsführer in den Vertrag eingeführt
79 worden. Des Weiteren findet gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2
80 BGB die Klauselkontrolle auch dann Anwendung, wenn
81 die von dem Unternehmer gestellten
82 Vertragsbedingungen nicht zur Verwendung in einer
83 Vielzahl von Fällen, sondern zu einmaligen Verwendung
84 bestimmt sind und der Geschäftsführer auf die
85 Bedingungen keinen Einfluss nehmen konnte. Dies wird
86 bei Dienstverträgen häufig der Fall sein, insbesondere
87 dann, wenn die Aufgaben und Befugnisse von
88 Gesellschafter und Geschäftsführer einzelfallbezogen
89 bestimmt werden. Auch wenn Dienstverträge somit nur zu
90 einer einmaligen Verwendung bestimmt sind, können sie
91 daher einer weitgehenden Klauselkontrolle unterworfen
92 sein.

93

94 **Umfang der Inhaltskontrolle**

95 Grundsätzlich finden die Regelungen der AGB-Kontrolle
96 für Dienstverträge mit Geschäftsführern uneingeschränkte
97 Anwendung. Konsequenz der Kennzeichnung als
98 Verbrauchervertrag ist, dass die mit dem
99 Fremdgeschäftsführer getroffenen Vereinbarungen gemäß
100 § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann in den
101 Anwendungsbereich der Unklarheitenregelung des § 305c
102 Abs. 2 BGB sowie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis
103 309 BGB fallen, wenn sie durch die Gesellschaft nur zur
104 einmaligen Verwendung vorbereitet wurden.

105 Damit ist allerdings noch keine Übernahme der für
106 Arbeitnehmer entwickelten Rechtsprechung verbunden.
107 Vielmehr wird man insbesondere im Rahmen der
108 Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 1 BGB die
109 Besonderheiten des Rechtsverhältnisses zwischen
110 Geschäftsführer und Gesellschaft und die damit abstrakt-
111 generell verbundenen Interessen zu berücksichtigen
112 haben. Im Zweifel hat dies einen weitergehenden
113 Gestaltungsspielraum der Gesellschaft zur Folge. Eine
114 „strukturelle Unterlegenheit“, wie sie Arbeitnehmern zum

115 Teil unterstellt wird, ist bei Vertragsverhandlungen
116 zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer nicht gegeben.
117 Hinzu kommt als Folge der aktuellen Kennzeichnung als
118 Verbrauchervertrag, dass Umstände des Vertragsschlusses
119 bei der Frage der Angemessenheit Berücksichtigung
120 finden. Dies wird man von Seiten der Gesellschaft
121 nutzbar machen können, wenn die Klausel selbst die
122 Berücksichtigung der Geschäftsführerinteressen nicht
123 erkennen lässt (vgl. BAG v. 31.8.2005 -- 5 AZR 545/04,
124 DB 2006, 1273: pauschale Abgeltung von Nachtarbeit).

125 Unabhängig davon wird man die in § 310 Abs. 4 S. 2
126 BGB für Arbeitsverhältnisse getroffene Regelung auch im
127 Rahmen der Vereinbarungen mit Fremdgeschäftsführern
128 jedenfalls analog anwenden müssen. Danach müssen bei
129 der Beurteilung der Wirksamkeit einer Regelung im
130 Rahmen der §§ 305 ff. BGB die Besonderheiten des
131 Arbeitsrechts angemessen berücksichtigt werden. Hierzu
132 gehören insbesondere die Höchstpersönlichkeit der
133 Dienstleistung und die Notwendigkeit einer Anpassung
134 der Pflichten des Arbeitnehmers im Rahmen des auf eine
135 längerfristige Zusammenarbeit gerichteten
136 Vertragsverhältnisses. Beide Aspekte treffen in der Regel
137 auch auf den Geschäftsführer zu, auch wenn hier meist
138 befristete Verträge geschlossen werden. Konsequenz ist,
139 dass gerade bei der Ausgestaltung der übertragenen
140 Aufgaben und der daran geknüpften Vergütung
141 Gestaltungsspielraum besteht, der insbesondere unter
142 Berücksichtigung von § 307 Abs. 1, § 308 Nr. 4 BGB
143 flexibel auch nach Abschluss des Vertrags verändert
144 werden kann. Andernfalls würde bei Dienstverträgen ein
145 strengerer AGB-rechtlicher Maßstab zur Anwendung
146 kommen als bei der Überprüfung von Arbeitsverträgen.
147 Der Geschäftsführer wäre im Rahmen der AGB-Kontrolle
148 also stärker geschützt, als dies bei Arbeitnehmern der Fall
149 wäre (vgl. *Mirza Khanian*, Die Inhaltskontrolle von
150 Organanstellungsverträgen am Beispiel des GmbH-
151 Geschäftsführervertrages, 2008, S. 82). Ein
152 weitergehendes Schutzbedürfnis besteht jedoch nicht.

153

154 **Klauselkontrolle**

155 Die Anwendung der AGB Kontrolle auf Dienstverträge
156 kann im Einzelfall erhebliche Auswirkungen auf einzelne,
157 typischerweise in Dienstverträgen enthaltenen
158 Regelungen haben.

159 So dürfte die AGB-Kontrolle von Dienstverträgen mit
160 Fremdgeschäftsführern nicht nur in Bezug auf die
161 Ausgestaltung der dem Geschäftsführer übertragenen
162 Aufgaben und künftige Änderungsmöglichkeiten
163 Konsequenzen haben. Hier wird man sicherstellen
164 müssen, dass Veränderungen in Bezug auf die Aufgaben,
165 die Verantwortung und die (im Innenverhältnis)
166 eingeräumte Befugnis zum selbstständigen Abschluss von
167 Rechtsgeschäften in angemessener Weise auch die
168 Interessen des Geschäftsführers berücksichtigen. Das
169 gleiche gilt für die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang
170 Arbeitszeit des Geschäftsführers bereits mit der
171 Grundvergütung erfasst ist.

172 Auch die vom BAG zuletzt (BAG v. 13.4.2010 -- 9 AZR
173 113/09, DB 2010, 1943) nochmals verschärften
174 Anforderungen an die Wirksamkeit von
175 Widerrufsvorbehalten werden bei der Ausgestaltung von
176 Dienstverträgen zu berücksichtigen sein. Demnach muss
177 bereits in der zugrunde liegenden Vereinbarung ein
178 anzuerkennender Sachgrund für den Widerruf vertraglich
179 zugesagter Leistung konkretisiert werden. Darauf wird
180 man ebenso achten müssen wie auf die gebotene
181 Transparenz bei Vereinbarungen über Boni, Tantiemen
182 oder sonstige Incentive-Programme. Letztgenannte
183 Programme wird man insbesondere insoweit kritisch
184 überprüfen müssen, als darin Bindungsklauseln enthalten
185 sind, die einen Wegfall von Zahlungsansprüchen für den
186 Fall der Vertragsbeendigung, der Abberufung oder
187 Freistellung bewirken sollen.

188 Die Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle wird sich auch
189 auf die vielfach in Dienstverträgen enthaltenen
190 Kopplungsklauseln auswirken. Nach diesen soll der
191 gesellschaftsrechtliche Widerruf der Bestellung zum
192 Geschäftsführer ausnahmsweise auch Auswirkungen auf
193 den Bestand des schuldrechtlichen Anstellungsvertrags
194 haben. Derartige Klauseln dürften insbesondere dort
195 problematisch sein, wo keine ordentliche
196 Kündigungsmöglichkeit besteht.

197 Weitergehend werden die Gerichte darüber zu befinden
198 haben, ob und in welchem Umfang
199 Vertragsstrafenvereinbarungen wirksam sind. Dabei geht
200 es nicht nur um entsprechende Vereinbarungen, die den
201 Nichtantritt der Arbeit oder das Niederlegen der
202 Amtsführung durch den Geschäftsführer sanktionieren.
203 Solche Vereinbarungen wären nach § 309 Nr. 6 BGB
204 unwirksam, wenn sie nicht wegen § 310 Abs. 4 S. 2 BGB
205 analog durch die Besonderheiten des Dienstvertragsrechts
206 gerechtfertigt sind. Im Mittelpunkt dürften entsprechende
207 Absprachen im Zusammenhang mit nachvertraglichen
208 Wettbewerbsverboten stehen. Hier hat die
209 Rechtsprechung überaus kritische Grundsätze entwickelt
210 (vgl. nur BAG v. 19.11.2008 -- 10 AZR 671/07, DB
211 2009, 686), die nach § 310 Abs. 3 BGB wegen der
212 Kennzeichnung als Verbrauchervertrag selbst dann zur
213 Anwendung kommen können, wenn die Vereinbarung
214 durch die Gesellschaft nur für den besonderen Einzelfall
215 entwickelt wurde. Ein starres Klauselverbot würde auch
216 insoweit der besonderen Situation des Dienstverhältnisses
217 nicht gerecht werden.

218

219 **Fazit**

220 Nach alledem sind Dienstverträge mit Geschäftsführern,
221 die über keine Leitungsmacht über das Unternehmen
222 verfügen, der AGB-Kontrolle zu unterziehen. Dies gilt
223 jedenfalls dann, wenn das Unternehmen nicht nachweisen
224 kann, dass es die Vertragsklauseln ernsthaft zur
225 Disposition gestellt hat und das Organ sie dennoch
226 freiwillig akzeptiert hat. Unternehmen ist daher zu
227 empfehlen, ihre Vertragsmuster auf den Prüfstand zu
228 stellen.

229

230

231

232 * CMS Hasche Sigle, Fachbereich Arbeitsrecht.

233