

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

18

Justus Frank

Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer



Nomos

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

**herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)**

Band 18

Justus Frank

Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7919-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2307-7 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen. Sie hat den Stand Juni 2020.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Frank Maschmann*, der in zahlreichen Gesprächen über das Vorhaben wertvolle Anregungen zu dieser Arbeit gegeben hat und mich auch über die Promotion hinaus stets gefördert hat. Herrn Professor Dr. *Reinhard Richardi* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Professor Dr. *Jörg Fritzsche* danke ich für den Vorsitz in der mündlichen Prüfung. Bei den Herausgebern dieser Schriftenreihe bedanke ich mich für die Aufnahme meiner Arbeit.

Die Arbeit habe ich berufsleitend erstellt und ich bin all denjenigen im privaten und im beruflichen Umfeld zutiefst dankbar, die sie durch ihre uneingeschränkte Unterstützung erst ermöglicht haben. Ganz besonderen Dank schulde ich Frau *Gabriele Hauser* und Frau Dr. *Elena Wiese* für die Durchsicht des Manuskripts und Herrn Professor Dr. *Christian Reiter*.

Von Herzen danke ich meinen Eltern, *Claus und Ursula*, die mich auf meinem Weg begleitet und unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im März 2021

Justus Frank

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 13 |
| Teil 1 Einleitung | 19 |
| 1) Anlass der Untersuchung | 19 |
| 2) Gang der Untersuchung | 26 |
| Teil 2 Vertragliche Risikozuteilung | 29 |
| 1) Vertragsabhängige Risikozuteilung | 29 |
| 2) Geschäftsführeranstellungsvertrag als Werkvertrag | 31 |
| a) Qualifikation des Geschäftsführeranstellungsvertrages | 33 |
| i) Vergütungsform als Kriterium | 35 |
| ii) Leistungsbeschreibung als Kriterium | 36 |
| iii) Risikoverteilung als Kriterium | 37 |
| (1) Interessenlage der GmbH | 38 |
| (2) Interessenlage des Fremdgeschäftsführers | 38 |
| (a) Erreichen eines Ziels als geschuldeter Erfolg | 40 |
| (b) Ausführen einer Tätigkeit als geschuldeter Erfolg | 41 |
| (3) Schnittmenge der Interessenlage der GmbH und des Fremdgeschäftsführers | 43 |
| b) Ergebnis | 44 |
| 3) Geschäftsführeranstellungsvertrag als Arbeitsvertrag | 45 |
| a) Qualifikation des Geschäftsführeranstellungsvertrages | 45 |
| i) Ausdrückliche Vereinbarung eines Arbeitsvertrages | 45 |
| ii) Ausdrückliche Vereinbarung eines freien Dienstvertrages | 46 |
| (1) Gesetzliche Regelung | 47 |
| (2) Zentraler Arbeitnehmerbegriff | 49 |
| (a) Tätigkeit des Fremdgeschäftsführers | 50 |
| (i) Willensbildendes Organ | 50 |
| (ii) Kooperationsrechtliche Kompetenzverteilung | 52 |
| (iii) Ergebnis | 54 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| (b) Persönliche Abhängigkeit des Fremdgeschäftsführers | 54 |
| (i) Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Organstellung | 55 |
| (ii) Unzulässigkeit von arbeitsrechtlichen Weisungen | 57 |
| (iii) Ergebnis | 58 |
| b) Ergebnis | 59 |
| 4) Geschäftsführeranstellungsvertrag als freier Dienstvertrag | 60 |
| a) Haftung des Fremdgeschäftsführers | 63 |
| b) Haftungserleichterung für den Fremdgeschäftsführer | 64 |
| c) Vertrauensschutz des Fremdgeschäftsführers | 66 |
| d) Risikozuteilung beim Fremdgeschäftsführer | 70 |
| e) Ergebnis | 75 |
| Teil 3 Gesetzlicher Kontrollmaßstab | 76 |
| 1) Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 76 |
| a) Geschäftsführeranstellungsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung | 77 |
| b) Geschäftsführeranstellungsvertrag als Verbrauchervertrag | 79 |
| 2) Eröffnung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 81 |
| a) Rechtsnatur des Widerrufsvorbehalts | 82 |
| b) Inhaltskontrolle des Widerrufsvorbehalts | 86 |
| i) Grundsatz pacta sunt servanda | 86 |
| ii) Vereinbarung einer Preisnebenabrede | 87 |
| iii) Leitbild pactum non variabile | 88 |
| 3) Rechtsgrundlage im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 89 |
| Teil 4 Fallgruppen der Fremdgeschäftsführer | 92 |
| 1) Kriterium der Fallgruppen | 92 |
| a) Stellung im Unternehmen als Kriterium | 92 |
| b) Art und Höhe der zu widerrufenden Leistung als Kriterium | 94 |
| c) Verdiensthöhe als Kriterium | 95 |
| i) Eignung des Kriteriums der Verdiensthöhe | 95 |
| ii) Einfügen des Kriteriums der Verdiensthöhe | 96 |
| 2) Rechtstatsachen zur Verdiensthöhe | 98 |

| | |
|---|-----|
| 3) Bildung der Fallgruppe anhand des Kriteriums der Verdiensthöhe | 106 |
| 4) Ergänzung des Kriteriums der Verdiensthöhe um die Komponente der Handlungsbefugnisse | 110 |
| 5) Ergänzung des Kriteriums der Verdiensthöhe um die Komponente der Unabhängigkeit | 113 |
| 6) Ergebnis | 116 |
| Teil 5 Vergütungsanpassung beim wirtschaftlich abhängigen Fremdgeschäftsführer | 118 |
| 1) Materielle Inhaltskontrolle der Vergütungsanpassung | 118 |
| a) Anwendbarkeit auf wirtschaftlich abhängigen Fremdgeschäftsführer | 121 |
| i) Laufzeit des Geschäftsführeranstellungsvertrages | 123 |
| ii) Kündigungsfrist des Geschäftsführeranstellungsvertrages | 125 |
| iii) Ergebnis | 126 |
| b) Bezugspunkt der „25 bis 30-Prozent-Schwelle“ | 127 |
| i) Wortlaut | 129 |
| ii) Systematik | 131 |
| (1) Arbeit auf Abruf | 131 |
| (2) Befristung von Arbeitsbedingungen | 135 |
| (a) Befristete Erhöhung der Arbeitszeit | 135 |
| (i) Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. März 2016 | 135 |
| (ii) Rechenweise im Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. März 2016 | 136 |
| (iii) Fortentwicklung der Rechenweise des Bundesarbeitsgerichts | 137 |
| (iv) Ergebnis | 139 |
| (b) Befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit | 142 |
| (3) Abgeltung von Überstunden | 143 |
| (4) Widerrufsvorbehalt in Betriebsvereinbarungen | 145 |
| (5) Ergebnis | 146 |
| iii) Sinn und Zweck | 147 |
| (1) Summierung von Leistungen | 147 |
| (2) Ergebnis | 152 |
| iv) Historie | 154 |
| (1) Widerrufsvorbehalte nach alter Rechtslage | 157 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| (2) Differenzierung zwischen Durchschnitts- und Spitzenverdienern | 160 |
| (3) Kritik an dem Prüfungsmaßstab der Rechtsprechung | 162 |
| (4) Ergebnis | 164 |
| v) Ergebnis | 165 |
| c) Anhebung der „25-Prozent-Schwelle“ auf die „30-Prozent-Schwelle“ | 166 |
| d) Einordnung des 25. und 30. Prozents | 167 |
| e) Bezugszeitpunkt der „25 bis 30-Prozent-Schwelle“ | 170 |
| f) Widerrufsgrenze bei variablen Vergütungsbestandteilen | 174 |
| i) Variabler Vergütungsbestandteil als Teil des unwiderruflichen Verdienstes | 175 |
| (1) Rechtlich vereinbarter „Normalfall“ | 176 |
| (2) Ergebnis | 178 |
| ii) Variabler Vergütungsbestandteil als Teil des widerruflichen Anteils | 178 |
| g) Widerrufsgrenze bei im Wert schwankenden Vergütungsbestandteilen | 180 |
| i) Hintergrund von Aktienoptionen | 181 |
| ii) Bezugspunkt von Aktienoptionen | 182 |
| h) Ergebnis | 183 |
| i) Exkurs zum generellen Maßstab der vertraglichen Flexibilisierung | 184 |
| 2) Formelle Inhaltskontrolle der Vergütungsanpassung | 188 |
| a) Voraussetzungen der Änderungen | 190 |
| i) Angabe von Widerrufsgründen | 190 |
| ii) Angabe eines Störungsgrades | 194 |
| b) Umfang der Änderungen | 198 |
| c) Ergebnis | 200 |
| 3) Ausübungskontrolle der Vergütungsanpassung | 201 |
| a) Rechtsgrundlage der Ausübungskontrolle | 202 |
| b) Kriterienkatalog der Ermessensausübung | 205 |
| 4) Mustervertragsklausel für den wirtschaftlich abhängigen Fremdgeschäftsführer | 208 |

| | |
|--|-----|
| Teil 6 Vergütungsanpassung beim wirtschaftlich unabhängigen Fremdgeschäftsführer | 209 |
| 1) Beweggrund der „25 bis 30-Prozent-Schwelle“ | 209 |
| a) Widerrufsvorbehalte nach alter Rechtslage | 210 |
| b) Verhältnis von fixer zu variabler Vergütung | 212 |
| c) Kürzung vertraglicher Vergütungsansprüche im Falle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit | 215 |
| i) Kürzung einer Sondervergütung nach der Rechtsprechung | 216 |
| ii) Kürzung einer Sondervergütung nach dem Gesetz | 217 |
| d) Kürzung vertraglicher Vergütungsansprüche im Falle wirtschaftlicher Not | 219 |
| e) Verhaltensbedingte Kündigung wegen Minderleistungen | 220 |
| f) Ergebnis | 221 |
| 2) Ergänzendes System der vertraglichen Vergütungsanpassung | 221 |
| a) Inhaltskontrolle der Vergütungsanpassung | 222 |
| i) Betrag „X“ | 223 |
| (1) Sittenwidrigkeit als Untergrenze | 223 |
| (2) Tariflohn als Untergrenze | 227 |
| (3) Sozialhilfeniveau als Untergrenze | 228 |
| (4) Ergebnis | 229 |
| ii) Korridor zwischen Betrag „X“ und Betrag „Y“ | 229 |
| (1) Bestimmung des Korridors | 230 |
| (2) Bestimmung des Schwellenwertes innerhalb des Korridors | 232 |
| iii) Betrag „Y“ | 233 |
| (1) Differenzierung nach Vergütungsbestandteilen | 234 |
| (2) Differenzierung nach Prozentsätzen | 235 |
| (a) Höherer Schwellenwert oberhalb der Sättigungsgrenze | 235 |
| (b) Kein Schwellenwert oberhalb der Sättigungsgrenze | 237 |
| iv) Transparenz | 240 |
| v) Ergebnis | 241 |
| b) Ausübungskontrolle der Vergütungsanpassung | 241 |
| 3) Mustervertragsklausel für den wirtschaftlich unabhängigen Fremdgeschäftsführer | 243 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|----------------------------|-----|
| Teil 7 Zusammenfassung | 245 |
| Literaturverzeichnis | 249 |
| Rechtsprechungsverzeichnis | 283 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|---|
| A.A. | Andere Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AE | Arbeitsrechtliche Entscheidungen |
| A.F. | Alte Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft Die Aktiengesellschaft |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| AktG | Aktiengesetz |
| Anm. | Anmerkung |
| AO | Abgabenordnung |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| ArbRAktuell | Arbeitsrecht Aktuell |
| ArbRB | Arbeits-Rechts-Berater |
| ArbZG | Arbeitszeitgesetz |
| Art. | Artikel |
| AuA | Arbeit und Arbeitsrecht |
| AuR | Arbeit und Recht |
| Az. | Aktenzeichen |
| AZO | Arbeitszeitordnung |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Betriebs-Berater |
| BetrAVG | Betriebsrentengesetz |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BFH | Bundesfinanzhof |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|---|
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BStBl | Bundessteuerblatt |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BUrlG | Bundesurlaubsgesetz |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| Bzw. | Beziehungsweise |
| Ca. | Circa |
| DB | Der Betrieb |
| D.h. | Das heißt |
| DM | Deutsche Mark |
| DrittelbG | Drittelbeteiligungsgesetz |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| EFZG | Entgeltfortzahlungsgesetz |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| Etc. | Et cetera |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EUR | Euro |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| FA | Fachanwalt Arbeitsrecht |
| Ff | Folgende |
| FG | Finanzgericht |
| FMStFG | Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz |
| Fn. | Fußnote |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| Ggf. | Gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |

| | |
|----------------|--|
| GmbHR | GmbH-Rundschau |
| GmbH-StB | Der GmbH-Steuer-Berater |
| GWR | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hs. | Halbsatz |
| InsO | Insolvenzordnung |
| InstitutsVergV | Institutsvergütungsverordnung |
| I.S.d. | Im Sinne des |
| I.S.v. | Im Sinne von |
| I.V.m. | In Verbindung mit |
| JbArbR | Jahrbuch des Arbeitsrechts |
| Jura | Juristische Ausbildung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | JuristenZeitung |
| KG | Kammergericht |
| KHuR | Krankenhaus & Recht |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| KStG | Körperschaftsteuergesetz |
| KWG | Kreditwesengesetz |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| Lit. | Littera |
| LSG | Landessozialgericht |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MedR | Medizinrecht |
| MiLoG | Mindestlohngesetz |
| MitbestG | Mitbestimmungsgesetz |
| M.w.N. | Mit weiteren Nachweisen |
| N.F. | Neue Fassung |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-Spezial | Neue Juristische Wochenschrift Spezial |
| Nr. | Nummer |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OWiG | Ordnungswidrigkeitengesetz |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RG | Reichsgericht |
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| S. | Satz Seite |
| SAE | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen |
| SGB IV | Sozialgesetzbuch IV: Sozialversicherung |
| SGB VI | Sozialgesetzbuch VI: Gesetzliche Rentenversicherung |
| SGB XII | Sozialgesetzbuch XII: Sozialhilfe |
| Stbg | Die Steuerberatung |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| Tsd. | Tausend |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| TzBfG | Teilzeit- und Befristungsgesetz |
| UG | Unternehmersgesellschaft |
| UKlaG | Unterlassungsklagengesetz |
| V. | Von |
| Var. | Variante |
| VerbrKrG | Verbraucherkreditgesetz |
| VerdStatG | Verdienststatistikgesetz |
| VermBG | Vermögensbildungsgesetz |
| Vgl. | Vergleiche |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| Z.B. | Zum Beispiel |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZNotP | Zeitschrift für die Notarpraxis |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZTR | Zeitschrift für Tarifrecht |

