



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die rechtliche Aufarbeitung der Corona-Pandemie beschäftigt aktuell diverse Rechtsgebiete. Die Frage, ob eine Quarantäne des Arbeitnehmers auf in diesem Zeitraum bereits vom Arbeitgeber bewilligte Urlaubstage durch bezahlte Freistellung anzurechnen ist, klärt die Kompetenzgruppe Arbeitsrecht.

Ausführliches zu den neuen Hürden bei der Kündigung von schwerbehinderten Menschen in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses finden Sie in diesem BRANDI Report.

Muss die Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahrens (BEM) von der Einwilligung des Arbeitnehmers in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten abhängig gemacht werden?

Bei Unternehmensverkäufen stellt der Verkäufer umfangreiche Unternehmensinformationen in einen (virtuellen) Datenraum ein. Auf Basis dieser Daten treffen der Käufer und seine Berater ihre Kaufentscheidung. Wir informieren über ein neues Urteil, welches die Aufklärungspflichten des Verkäufers zu den eingestellten Unterlagen wesentlich verschärft.

Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter ein Stimmrecht und kann in Gesellschafterversammlungen seine Stimme abgeben und an Gesellschafterbeschlüssen mitwirken. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang über ein Stimmrechtsverbot der Aktiengesellschaft entschieden.

News zur steigenden Zahl der Insolvenzverfahren und zum somit ebenso erhöhten Risiko für die Gläubiger hat die Kompetenzgruppe Gesellschaftsrecht/M&A zusammengestellt.

Lernen Sie unsere Kollegen Frau Dr. Sandra Vyas und Herrn Dr. Lukas Baumgarth näher kennen und blicken Sie auf berufliche Aspekte im Kanzleialltag und die private Seite fernab davon.

Notieren Sie sich außerdem die Termine für unsere Veranstaltung „Mergers & Acquisitions – Verkauf bzw. Kauf von Unternehmen“ in Hannover und Bielefeld schon einmal in Ihrem Kalender.

Genießen Sie den Sommer.

Herzlichst Ihr BRANDI Team

## NEUES AUS DEM BRANDI TEAM

**Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)**

Wir freuen uns sehr, dass Herr Dr. Huck Ihnen nun auch als zertifizierter Wirtschaftsmediator am Standort Bielefeld zur Verfügung steht.



# DR. SANDRA VYAS PRIVAT

## WARUM BRANDI?

Auf Empfehlung meines Ausbilders landete ich im Jahr 2000 als Referendarin im Paderborner Büro von BRANDI. Eigentlich wollte ich nach meinem 2. Staatsexamen in eine Großstadt und raus aus OWL. Letztendlich blieb ich bei BRANDI und habe es keinen Tag bereut. Damals wie heute schätze ich die gute kollegiale Zusammenarbeit aber auch die BRANDI eigene Verbindung von sinnvoller wissenschaftlicher Tiefe und pragmatischen Lösungsansätzen.

## WAS TREIBT MICH AN?

Mein Beruf! Ich bin einfach gern Rechtsanwältin und freue mich über jeden gewonnenen Fall, jedes knifflige Rechtsproblem und jedes Projekt, das erfolgreich abgeschlossen wird. Ich schätze den Austausch mit den Kollegen und den Mandanten, von denen ich viele seit langen Jahren betreue.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Natürlich meine Familie, aber auch Sport und Reisen. Zur Entspannung gehe ich joggen und wandern und praktiziere Yoga. Ich liebe es, zu reisen und die Welt zu entdecken und bin mit meinem Mann und meiner Familie viel unterwegs. Als Soroptimistin (<https://www.soroptimist.de>) setze ich mich für Frauen und ihre Rechte ein.

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Ich stamme aus dem Sauerland, der Unterschied zu OWL ist nicht groß. Ich genieße es, direkt von der Haustür aus in die Natur gehen und laufen zu können.



Dr. Sandra Vyas  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
sandra.vyas@brandi.net

<b>Neues aus dem BRANDI Team</b>	2
<b>Dr. Sandra Vyas privat</b>	3
<b>Arbeitsrecht</b>	6
<i>Dr. Sören Kramer</i>	
Urlaub während der Quarantäne?	6
<i>Bernd Kaufhold</i>	
Neue Hürden bei der Kündigung von schwerbehinderten Menschen in kurzen Beschäftigungsverhältnissen	6
<i>Dr. Jan-Peter Möhle</i>	
Datenschutzrecht kein Hindernis bei Einleitung eines BEM-Verfahrens	7
<i>Dr. Sandra Vyas</i>	
Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsübergangs	8
<i>Dr. Lukas Baumgarth</i>	
Stolperfallen bei der Abrufarbeit	9
<i>Dr. Rainer Krüger</i>	
Eine kirchliche Körperschaft ist kein öffentlicher Arbeitgeber – kein Diskriminierungsindiz durch Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch	10
<i>Björn Mai</i>	
Das Vierte Bürokratieentlastungsgesetz und der Arbeitsvertrag	11

**News - Gesellschaftsrecht/M&A**

12

**Save the dates**

13

*Julia Basselmann*

Doppelter Urlaubsanspruch bei Doppelarbeitsverhältnis?

14

**Gesellschaftsrecht/M&A**

17

*Dr. Carsten Hoppmann*

Aufklärungspflichten bei Einrichtung eines Datenraums bei Unternehmenstransaktionen

17

*Dr. Carsten Christophery, LL.M.*

Earn-Out Klauseln in Unternehmenskaufverträgen und Besteuerungszeitpunkt der Earn-Out Zahlung

17

*Dr. Clemens Meyer, LL.M. und Rodica Melesteau*

Auswirkungen einer Vinkulierungsklausel auf die Übertragung von Anteilen auf eine Stammesholdinggesellschaft

18

*Ute Lienenlüke und Dr. Paul Czaplinski*

Die Aufhebung von Versorgungszusagen gegenüber Gesellschafter-Geschäftsführern im Rahmen von Unternehmensverkäufen

20

*Dr. Jana Grosbüsch und Dr. Oliver Knodel*

Stimmverbot im Konzern

22

**Dr. Lukas Baumgarth privat**

23

Dr. Sören Kramer

**Urlaub während der Quarantäne?**

Erinnern Sie sich noch an die Corona-Pandemie? Bis zum März 2020 kannten allenfalls ausgewiesene Experten in beruflichen Nischen das Infektionsschutzgesetz; ab März 2020 mutierten Heerscharen von Juristen zu Experten gerade auf eben diesem Gebiet. Aber nicht nur das Infektionsschutzgesetz spielte bei der Aufarbeitung der juristischen Folgen der Pandemie eine Rolle. Auch andere Rechtsgebiete mussten ihren Beitrag bei der juristischen Bewältigung der Pandemie-Folgen leisten. Die rechtliche Aufarbeitung hält an, wie ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichtes zeigt:

Der klagende Arbeitnehmer hat für Oktober 2020 acht Urlaubstage beantragt, die ihm die beklagte Arbeitgeberin auch bewilligt hatte. Da der Kläger allerdings in den Tagen vor Urlaubsantritt Kontakt zu einer an COVID 19 erkrankten Person hatte, ordnete das Gesundheitsamt an, dass der Kläger sich in Quarantäne zu begeben habe. Die Quarantäne dauerte während der gesamten genehmigten Urlaubszeit des Klägers an. Der Kläger selber erkrankte nicht an COVID 19 und war während der gesamten Quarantänezeit arbeitsfähig, durfte aber seine Wohnung nicht verlassen. Die Arbeitgeberin belastete das Urlaubskonto des Klägers mit der genehmigten Anzahl an Urlaubstagen und zahlte dem Kläger das Urlaubsentgelt.

Das Bundesarbeitsgericht hatte in der Revisionsinstanz zu entscheiden, ob die Quarantänezeit auf den Erholungsuraub des Klägers anzurechnen ist. Nach Auffassung des BAG ist das der Fall. Der Anspruch des Klägers auf Urlaubsgewährung wurde dadurch erfüllt, dass die Beklagte ihn unwiderruflich gegen Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt hat. Dass der Kläger seine Urlaubszeit nicht in der geplanten Art und Weise (etwa für eine Urlaubsreise) hat verwenden können, falle nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin. Auch könne man keine Parallelen zur Erkrankung während des Urlaubs ziehen. § 9 des Bundesurlaubsgesetzes, wonach Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Erholungsuraub angerechnet werden, sei nicht analog anwendbar.

Nachdem sich in der Vergangenheit zahlreiche Landesarbeitsgerichte in ähnlicher Weise geäußert hatten, hat der Gesetzgeber allerdings im September 2022 nachgebessert und mit § 59 Abs. 1 IfSG eine Regelung etabliert, wonach Zeiten der Quarantäne nicht auf den Erholungsuraub anzurechnen sind. Dies nützte dem Kläger im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht allerdings nichts, da die Vorschrift erst ab dem 17.09.2022 anwendbar ist.

**Fazit:**

Der Arbeitgeber erfüllt den Urlaubsanspruch durch bezahlte Freistellung von der Arbeit. Ob der Arbeitnehmer diese Zeit sinnvoll zum Zwecke der Erholung nutzen kann, ist nicht Sache des Arbeitgebers. Zeiten der Arbeitsunfähigkeit werden allerdings nach dem Bundesurlaubsgesetz nicht auf den Urlaub angerechnet. Dies gilt seit September 2022 auch für Zeiten der Quarantäne. Arbeitnehmer, die vor dem 17.09.2022 während des Urlaubs in Quarantäne geschickt wurden, profitieren von dieser Regelung nicht.



Bernd Kaufhold

**Neue Hürden bei der Kündigung von schwerbehinderten Menschen in kurzen Beschäftigungsverhältnissen**

Im arbeitsrechtlichen Alltag herrschte bis vor kurzem die recht entspannte Auffassung, dass die Kündigung von schwerbehinderten Menschen in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses keine besonderen Fallstricke aufweise. Der EuGH und das ArbG Köln haben diese Überzeugung in zwei jungen Entscheidungen ganz erheblich ins Wanken gebracht.

**Kein Sonderkündigungsschutz**

Die Ausgangslage ist einfach: Arbeitnehmer mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50, oder von 30 bei Gleichstellung, verfügen „an sich“ über einen Sonderkündigungsschutz. Die Kündigung dieser Arbeitnehmer bedarf also der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Dieser Sonderkündigungsschutz gilt aber nicht in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses (§ 173 Abs. 1 Ziff. 1 SGB IX). Auch der allgemeine Kündigungsschutz aus dem Kündigungsschutzgesetz greift erst nach 6 Monaten (§ 1 Abs. 1 KSchG). In den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses sind schwerbehinderte Menschen damit grundsätzlich frei kündbar.

**Aber: Anhörung der Mitarbeitervertretungen**

Unbedingt zu beachten ist, dass auch im ersten halben Jahr des Arbeitsverhältnisses etwaig eingerichtete Mitarbeitervertretungen (Betriebsrat, Personalrat, Schwerbehindertenvertretung und Gleichstellungsbeauftragte) ordnungsgemäß zu beteiligen sind. Die erforderliche Beteiligung ist fehleranfällig, aber ohne weiteres machbar. Da kein Kündigungsschutz greift, kann und sollte sich die Unterrichtung der Mitarbeitervertretung zum Kündigungsgrund auf die Mitteilung subjektiver Werturteile (etwa: „... der Mitarbeiter hat unsere Erwartungen in fachlicher und persönlicher Hinsicht nicht erfüllt...“) beschränken.

**Die Entscheidung des EuGH vom 10.02.2022**

Der Kläger war bei der für die Infrastruktur der belgischen Eisenbahn zuständigen Gesellschaft Infrabel als Facharbeiter für die Instandhaltung der Schienenwege beschäftigt. Während der laufenden Probezeit wurde dem Kläger ein Herzschrittmacher eingesetzt, was es dem Kläger unmöglich machte, in der Nähe elektromagnetischer Felder zu arbeiten. Die beklagte Arbeitgeberin beendete das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger, da dieser damit die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht mehr ausüben

konnte. Auf Vorlage des belgischen Staatsrats entschied der EuGH, dass die Beklagte dem Kläger einen leidensgerechten Arbeitsplatz hätte anbieten müssen, statt das Arbeitsverhältnis aufzulösen.

**Bewertung:** Das Urteil des EuGH wird auch auf die deutsche Arbeitsrechtspraxis Auswirkungen haben. Auch in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses sollten damit Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung prüfen, ob die Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf einem freien Arbeitsplatz im Unternehmen in Betracht kommt. Ein entsprechender Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers entfällt laut EuGH erst bei einer „unverhältnismäßigen Belastung“ des Arbeitgebers. Wann diese Grenze im Einzelfall überschritten wird, werden die Arbeitsgerichte zu klären haben.

#### Die Entscheidung des ArbG Köln vom 20.12.2023

Der Kläger weist einen GdB von 80 auf und war bei der beklagten Kommune im Bauhof beschäftigt. Knapp 5 Monate nach Arbeitsvertragsbeginn erlitt der Kläger einen Kreuzbandriss. Nach Anhörung der Mitarbeitervertretungen kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis, da sich der Kläger nicht bewährt und sich nicht ausreichend ins Team eingefügt- bzw. nicht den Erwartungen entsprochen habe. Von den der Behinderung zugrundeliegenden Erkrankungen habe man erst im Gütetermin erfahren. Das ArbG Köln hielt die Kündigung aufgrund einer Diskriminierung des Klägers wegen seiner Behinderung für unwirksam. Die Beklagte sei ihrer Verpflichtung zur Einleitung eines Präventionsverfahrens nicht nachgekommen. Die Beklagte hätte bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten möglichst frühzeitig Schwerbehindertenvertretung und Integrationsamt einschalten müssen. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG (I) nahm das ArbG Köln an, dass eine solche Verpflichtung auch während der ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses bestehe.

**Bewertung:** Es ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass das BAG seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein Präventionsverfahren in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich ist, ändert- bzw. nach Vorlage bei dem EuGH ändern muss. Auch wenn nicht damit zu rechnen ist, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes Präventionsverfahren während der ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses überhaupt abgeschlossen werden kann, sollte dieses zumindest rechtzeitig eingeleitet werden, um den Einwand der Diskriminierung auszuschließen.

#### Fazit und Handlungsempfehlungen

Bei der Kündigung von schwerbehinderten Menschen kann man auch bei nur kurzzeitigen Arbeitsverhältnissen nicht vorsichtig genug sein:

Arbeitgeber sollten vor Ausspruch der Kündigung prüfen, ob die Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf einem freien Arbeitsplatz im Unternehmen in Betracht kommt.

Bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten sollte der Arbeitgeber auch in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses frühzeitig ein Präventionsverfahren unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und dem Integrationsamt einleiten.

In jedem Fall (also natürlich auch bei der Kündigung von nicht schwerbehinderten Menschen...) ist auf die ordnungsgemäße Beteiligung etwaig eingerichteter Mitarbeitervertretungen zu achten.

Zur Risikominimierung grundsätzlich dringend zu empfehlen, ist die Vereinbarung einer Probezeitbefristung oder einer sachgrundlosen Befristung. In diesen Fällen endet das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Befristung, ohne dass es eine evtl. aufwändig vorzubereitenden Kündigung bedarf.



**Bernd Kaufhold**

**Rechtsanwalt und Mediator**  
**Fachanwalt für Arbeitsrecht**  
**Fachanwalt für Strafrecht**  
**bernd.kaufhold@brandi.net**

Dr. Jan-Peter Möhle

#### Datenschutzrecht kein Hindernis bei Einleitung eines BEM-Verfahrens

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 15.12.2022 (2 AZR 162/22), dessen Entscheidungsgründe nun vorliegen, klargestellt, dass die Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahrens (BEM) nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Arbeitnehmer im Vorhinein eine Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten erteilt.

#### Der Sachverhalt

Eine über einen längeren Zeitraum arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmerin (die Klägerin des Verfahrens) unterschrieb eine ihr von ihrer Arbeitgeberin aus Anlass der Erkrankung übermittelte datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung zur Einleitung eines BEM-Verfahrens nicht. Die beklagte Arbeitgeberin kündigte daraufhin das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis mit dem Argument, dass ihr ein Einleiten des BEM-Verfahrens ohne datenschutzrechtliche Einwilligung der Arbeitnehmerin nicht möglich sei und es deshalb kein mildereres Mittel als die Kündigung gebe.

#### Einleitung des BEM-Verfahrens ohne datenschutzrechtliche Einwilligung notwendig

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ist die Kündigung unwirksam. Der Beklagte sei es möglich und auch zumutbar, das BEM einzuleiten. In einem Erstgespräch müsse im Zweifel der Verfahrensablauf besprochen werden und es hätte versucht werden müssen, Vorbehalte der Klägerin auszuräumen. Hierbei hätte gemeinsam aufgearbeitet werden können, welche Gesundheitsdaten für das weitere Verfahren zwingend verarbeitet werden müssen. Nur wenn die Arbeitnehmerin dann zu weiterer Aufklärung und Planung nicht bereit gewesen wäre, hätte die

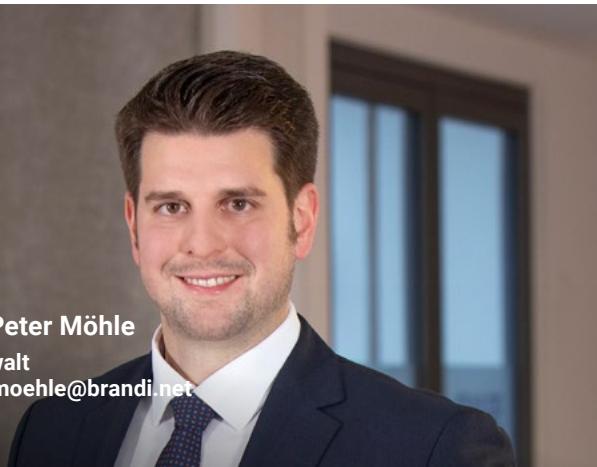
Arbeitgeberin das BEM-Verfahren beenden können. Rechtsfolge sei dann, dass sich die Arbeitnehmerin im Kündigungsschutzverfahren nicht mehr darauf berufen könne, dass durch ein BEM-Verfahren ein milderer Mittel hätte gefunden werden können.

### Grundsätzliche Erforderlichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Aufgrund der Argumentation des Bundesarbeitsgerichts liegt es allerdings nahe, dass irgendwann im Verlauf des BEM-Verfahrens eine datenschutzrechtliche Einwilligung für die Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten erforderlich werden soll. Denn das Urteil trifft lediglich eine Aussage dazu, dass es allein zur Einleitung des BEM-Erstgesprächs keiner solchen Einwilligung bedürfe. Mit dieser Systematik deutet sich an, dass dies nicht das letzte Wort der Rechtsprechung zur Frage der Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements sein dürfte. Denn bereits zur Prüfung der Erforderlichkeit der Einleitung und der tatsächlichen Einleitung des BEM-Verfahrens müssen personenbezogene Arbeitnehmerdaten (jedenfalls Krankentage und Personaldaten) verarbeitet werden, was wohl nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts – jedenfalls zum Zwecke der Einleitung des BEM-Verfahrens – ohne weiteres möglich ist. Das Urteil spart die Antwort auf die Frage aus, welcher datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestand dies ermöglicht. Möglicherweise kommt hierzu § 167 Abs. 2 SGB IX i. V. m. Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO in Frage. Warum dieser (gesetzliche) Erlaubnistatbestand dann aber nicht die Durchführung des „gesamten BEM-Verfahrens“ ermöglicht (im Erstgespräch oder danach bedarf es nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ja gerade einer datenschutzrechtlichen – grundsätzlich jederzeit widerruflichen – Einwilligung als Erlaubnistatbestand der Datenverarbeitung), bleibt indes unklar. Das Bundesarbeitsgericht deutet an, dass die Durchführung eines BEM-Erstgesprächs unabhängig von der datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Datenverarbeitung im Rahmen des BEM-Verfahrens erforderlich ist. Die weitere Durchführung des BEM-Verfahrens hängt dann von der datenschutzrechtlichen Einwilligung ab. In zeitlicher Hinsicht wechselt somit im BEM-Erstgespräch die datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage.

### Folgen für die Praxis

Ob sich die vom Bundesarbeitsgericht hier vertretene Ansicht auf Dauer in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung durchsetzt, bleibt abzuwarten. Für den Moment sollten Arbeitgeber berücksichtigen, dass eine nicht erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung jedenfalls nicht der Pflicht zur Durchführung eines BEM-Erstgesprächs entgegensteht: Ein BEM-Erstgespräch, in dem Arbeitgeber versuchen sollten, etwaigen datenschutzrechtlichen Vorbehalten zu begegnen bzw. diese einer Lösung zuzuführen, sollte somit immer durchgeführt werden.



**Dr. Jan-Peter Möhle**  
Rechtsanwalt  
jan-peter.moehle@brandi.net

Dr. Sandra Vyas

### Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsübergangs

Bei einer Geschäftsführerbestellung gilt der Grundsatz der Trennung zwischen der Berufung als Organ der Gesellschaft und der vertraglichen Grundlage, also dem Organ- und dem Anstellungsverhältnis. Ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 20.07.2023 – AZ. 6 AZR 228/22 – führt vor Augen, welche Konsequenz es haben kann, wenn die vertragliche Grundlage bei Bestellung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin zum Geschäftsführer/zur Geschäftsführerin nicht angepasst wird.

Nicht selten kommt es vor, dass Mitarbeitende eines Unternehmens, die auf Basis eines Arbeitsverhältnisses angestellt sind, zum Geschäftsführer/zur Geschäftsführerin bestellt und entsprechend befördert werden. In den meisten Fällen werden mit Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit gesonderte Geschäftsführerdienstverträge geschlossen, die eine Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses vorsehen. Wenn diese Geschäftsführerdienstverträge schriftlich und von zuständigen Personen geschlossen werden, ist nach der Rechtsprechung mit Abschluss des neuen Geschäftsführerdienstvertrages das Arbeitsverhältnis aufgehoben und beendet. Fehlt ein Formerfordernis, so ist der alte Arbeitsvertrag nicht aufgehoben, sondern besteht gegebenenfalls als im Hintergrund ruhendes Arbeitsverhältnis fort und lebt ggfs. bei Beendigung des Geschäftsführerdienstvertrags wieder auf.

### Arbeitsvertrag als Vertragsgrundlage

Das BAG entschied am 20.07.2023, dass – jedenfalls wenn kein mündlicher oder schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen wurde – das bisherige Arbeitsverhältnis das der Organstellung zu Grunde liegende Vertragsverhältnis bleibt.

Im entschiedenen Fall wurde ein (Fremd-) Geschäftsführer, der zuvor als kaufmännischer Angestellter für das Unternehmen tätig war und einen entsprechenden Arbeitsvertrag unterzeichnet hatte, nach 13 Jahren zum Geschäftsführer bestellt. Es wurde weder schriftlich noch mündlich ein Dienstvertrag geschlossen. Vielmehr hatten die Arbeitsvertragsparteien in einer späteren „Änderung zum Arbeitsvertrag“ zwar die Arbeitszeitregelung modifiziert, die übrigen Vertragsbestandteile aber beibehalten.

In dieser Konstellation und durchaus überraschend entschied das BAG, dass ein Geschäftsführer auch auf Basis eines „Arbeitsvertrags“ tätig sein kann. § 613a BGB beruhe auf Unionsrecht und sei deshalb unionskonform anzuwenden und auszulegen. Dabei sei der nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen, wonach jede Person als Arbeitnehmer anzusehen sei, die aufgrund des mitgliedschaftlichen Arbeitsrechts als ein solcher geschützt sei. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass ein Geschäftsführeranstellungsverhältnis auch auf Basis eines Arbeitsvertrags gelebt werden kann und wenn ein Arbeitsverhältnis vereinbart sei, so sei es auch als solches einzuordnen. Auf die tatsächliche Durchführung und insbesondere auf eine besondere Weisungsgebundenheit komme es nicht an. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers sei für die Dauer der Bestellung beschränkt und lebe mit Ende der Bestellung wieder auf. Dies folge aus der Vertragsfreiheit der Parteien.

## Geschäftsführer als übergehender Arbeitnehmer

### i. S. d. § 613a BGB

Diese rechtliche Einordnung führte in dem entschiedenen Fall zur – ausnahmsweise – Anwendung des § 613a BGB auf den Geschäftsführer. Im Falle eines Betriebsübergangs findet § 613a BGB auf im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Arbeitsverhältnisse und damit auf Arbeitnehmer Anwendung. Ein Geschäftsführer ist in der Regel auf Basis eines Dienstvertrages tätig und aufgrund seiner herausgehobenen und nicht weisungsgebundenen Stellung im Unternehmen kein Arbeitnehmer. Nach der bereits beschriebenen Bewertung des BAG erbrachte der Kläger seine Tätigkeit als Geschäftsführer auf Basis des geschlossenen Arbeitsvertrags. Davon ausgehend entschied das BAG folgerichtig, der Geschäftsführer falle in den Anwendungsbereich des § 613a Abs. 4 BGB. Im Falle eines Betriebsübergangs gehe das Arbeitsverhältnis – nicht die Organstellung – mithin auf den Erwerber über und könne nicht wegen des Betriebsübergangs gekündigt werden.

### Die gute Nachricht: Kein Kündigungsschutz für bestellte Geschäftsführer

Positiv ist, dass das Bundesarbeitsgericht klarstellt, dass auch in dem Fall, dass der Organstellung ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG greift und das Kündigungsschutzgesetz während des Bestands der organschaftlichen Stellung nicht zur Anwendung kommt. Damit besteht während der Bestellung eines Geschäftsführers kein Kündigungsschutz.

Allerdings: Im entschiedenen Fall war die Kündigung am Vormittag zugegangen und der Geschäftsführer hatte die Geschäftsführung als Organ am gleichen Tag nachmittags niedergelegt. Waren Niederlegung und Zugang der Kündigung in umgekehrter Reihenfolge erfolgt, wäre der Fall vermutlich anders entschieden worden. Wäre der Geschäftsführer vor Ausspruch der Kündigung abberufen worden oder hätte das Amt niedergelegt, so hätte der Geschäftsführer wegen des Arbeitsvertrags als Vertragsgrundlage wohl Kündigungsschutz genossen.

### Auswirkungen auf die Praxis:

Das Urteil macht erneut deutlich, dass bei Beförderung eines Arbeitnehmers und dessen Bestellung zum Geschäftsführer sorgfältig darauf zu achten ist, dass neben dem Bestellungsakt auch die vertragliche Situation angepasst wird und ein **gesonderter schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag** geschlossen wird. Ansonsten kann die Frage, ob der Geschäftsführer dem Kündigungsschutzgesetz unterfällt, vom Zeitpunkt der Beendigung der Organstellung abhängen. Bei Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags ist Folgendes zu beachten:

1. Der Geschäftsführerdienstvertrag sollte die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich regeln.
2. Bestand das Arbeitsverhältnis zu einer anderen Gesellschaft (z. B. innerhalb eines Konzerns), muss ein gesonderter Aufhebungsvertrag oder ein dreiseitiger Vertrag geschlossen werden.
3. Es ist sorgfältig zu prüfen, wer satzungsgemäß bzw. nach dem Gesellschaftsvertrag auf Gesellschaftsseite zur Unterschrift des Geschäftsführerdienstvertrags und zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses befugt ist.

4. Der Geschäftsführerdienstvertrag muss schriftlich, durch Unterzeichnung beider Parteien auf einer Originalurkunde erfolgen. Der Geschäftsführer sollte ebenfalls ein von beiden Seiten unterzeichnetes Original erhalten.

Für den Fall von Unternehmenskäufen ist in der Due Diligence nunmehr stets zu prüfen, ob der Geschäftsführer des zu übernehmenden Betriebs(teils)/Unternehmens möglicherweise auf Basis eines Arbeitsverhältnisses angestellt ist und der Geschäftsführer damit gem. § 613a BGB auf den Erwerber übergeht.



Dr. Lukas Baumgarth

### Stolperfallen bei der Abrufarbeit

Arbeitgeber haben immer wieder das Bedürfnis an einer flexiblen Ausgestaltung der Arbeitszeit. Gerade bei in Teilzeit oder als Minijobber beschäftigten Arbeitnehmern besteht hier der Wunsch, den Arbeitseinsatz variabel und bedarfsoorientiert zu gestalten. Insofern besteht regelmäßig ein Interesse daran, die Arbeitnehmer nur dann einzusetzen, wenn Arbeit anfällt. Dies kann entweder zur Vertretung von erkrankten oder urlaubsbedingt abwesenden Kollegen oder beispielsweise in Fällen von erhöhtem Arbeitsaufkommen der Fall sein.

Grundsätzlich ist eine derartig flexible Ausgestaltung der Arbeitszeit auch rechtlich zulässig und möglich. Es wird sich dann aber oftmals um sog. Abrufarbeit handeln. Diese Abrufarbeit unterliegt den strengen Regularien des § 12 TzBfG.

Insofern muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeit festgelegt werden, da ansonsten eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart gilt. Zugleich muss sonst auch der tägliche Arbeitsabruft mindestens für drei aufeinanderfolgende Stunden erfolgen. Gleichzeitig muss der Arbeitgeber den Zeitrahmen, bestimmt durch Referenzstunden und Referenztage, festlegen, in dem er die Arbeit abrufen kann. Der Arbeitnehmer ist gleichzeitig nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus mitteilt und sich diese Lage der Arbeitszeit am Referenzrahmen orientiert.

Wird eine entsprechende Vereinbarung nicht getroffen, so kommt es auf die tatsächlichen Umstände an. Das bedeutet, dass nicht nur die ausdrückliche Vereinbarung von Abrufarbeit diese

begründet. Vielmehr kann sich auch aus dem tatsächlichen Verhalten der Parteien die Vereinbarung von Abrufarbeit ergeben. Es besteht hier also nicht die Möglichkeit, durch das bloße Absehen von einer entsprechenden Vereinbarung, den strengen Vorgaben des § 12 TzBfG zu entkommen.

Gerade in Fällen von entgeltgeringfügigen Arbeitsverhältnissen (Minijobs) kann diese Regelung zur Abrufarbeit problematisch sein. Sollte nämlich allein den Tatsachen nach Abrufarbeit vorliegen, so wird es regelmäßig an einer entsprechenden Stundenvereinbarung für die wöchentlichen und täglichen Arbeitsstunden fehlen. Damit gelten die gesetzlich vorgesehenen 20 Stunden in der Woche als vereinbart. Ein solches Arbeitsverhältnis ist dann aber kein Minijob mehr.

Insofern hat das BAG in seiner Entscheidung vom 18.10.2023, Az. 5 AZR 22/23, klargestellt, dass regelmäßig die Vereinbarung von 20 Stunden in der Woche als getroffen gilt, wenn Arbeit auf Abruf vereinbart wird und keine ausdrückliche Regelung zu den wöchentlich zu leistenden Arbeitsstunden erfolgt.

Dabei hatten im konkret entschiedenen Fall Arbeitgeber und Arbeitnehmerin sogar ausdrücklich eine vertragliche Vereinbarung dahingehend getroffen, dass Arbeit auf Abruf erfolgen sollte. Nur die vereinbarten Arbeitsstunden pro Woche waren nicht ausdrücklich geregelt.

Die Arbeitnehmerin wurde daraufhin wechselnd und in verschiedenem Umfang zur Arbeitsleistung von im Durchschnitt mehr als 20 Stunden wöchentlich herangezogen. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses wurde der Abruf der Arbeit seitens des Arbeitgebers verringert. Insofern machte sie gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn geltend. Die Klägerin behauptete insoweit, dass der bisher erfolgte erhöhte Abruf von Arbeitsleistung die Vereinbarung dahingehend darstellen würde, dass sie in einem bestimmten Umfang zur Arbeitsleistung heranzuziehen sei. Da der Arbeitgeber einseitig von diesen erhöhten Wochenstunden abgewichen wäre, hätte sie hier einen Nachzahlungsanspruch.

Die Arbeitgeberseite reagierte darauf, indem sie auf die gesetzliche Regelung verwies. Insofern würde hier die gesetzliche Fiktion gelten, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden vereinbart sei und es nicht auf den bisher tatsächlich erhöhten Stundenabruft ankäme.

Das BAG folgt hier letztlich der Argumentation der Arbeitgeberseite. Es stellt insofern fest, dass konkludente Vereinbarungen zu der relevanten wöchentlichen Arbeitszeit durchaus möglich sind. Für diese konkludenten Vereinbarungen müssten dann aber entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Der bloße Abruf einer bestimmten Anzahl von Stunden in der Vergangenheit, noch dazu, wenn dieser Abruf wechselnd erfolgt und damit nur eine durchschnittliche Arbeitszeit pro Woche berechnet werden kann, genügt dafür nicht.

Auch eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, dass die Parteien eine lückenhafte vertragliche Regelung geschlossen haben, ist grundsätzlich denkbar. Dies gilt aber nur in den Fällen, in denen die gesetzliche Fiktion der 20-Stunden-Woche ein nicht sachgerechtes Ergebnis ist und der Arbeitsvertrag daher überhaupt eine

Lücke aufweist. Auch hier stellt das BAG klar, dass das bloße Abrufverhalten nach Vertragsschluss insofern nicht ausreichend ist, um darauf schließen zu lassen, dass die Fiktion nicht sachgerecht wäre und eine zu füllende Lücke im Arbeitsvertrag besteht.

Damit stellt das BAG ausdrücklich klar, dass im Regelfall in Abrufarbeitsverhältnissen eine 20-Stunden-Woche als vereinbart gilt, wenn die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung treffen. Die Darlegung einer konkludenten anderen Vereinbarung wird wohl nur in den seltensten Fällen gelingen.

Im konkreten Fall war dies zum Vorteil des Arbeitgebers, da die Arbeitnehmerin eine Beschäftigung von mehr als 20 Stunden wöchentlich beanspruchte. Wenn aber eine tatsächliche Beschäftigung von weniger als 20 Stunden erfolgen soll, ist es dringend notwendig, dass diese Stunden auch im Einzelnen konkret vertraglich geregelt werden. Ansonsten würde die gesetzliche Fiktion dahingehend gelten, dass ein 20-Stunden-Vertrag pro Woche geschlossen ist. Der Arbeitnehmer hätte dann tatsächlich Annahmeverzugslohnansprüche für die Stunden, für die er wöchentlich nicht zur Arbeitsleistung herangezogen wurde. Für die Zukunft hätte er einen Anspruch darauf, dass er 20 Stunden in der Woche beschäftigt wird.

Es ist also streng darauf zu achten, dass in ausdrücklichen Abrufarbeitsverhältnissen oder solchen, die sich tatsächlich als Arbeit auf Abruf darstellen, eine entsprechende Regelung vorgenommen wird.



**Dr. Lukas Baumgarth**  
Rechtsanwalt  
lukas.baumgarth@brandi.net

Dr. Rainer Krüger

#### **Eine kirchliche Körperschaft ist kein öffentlicher Arbeitgeber – kein Diskriminierungsindiz durch Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch**

Bei schwerbehinderten Bewerbern kann allein die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch ein Indiz für eine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung darstellen. Dies allerdings nur bei öffentlichen Arbeitgebern. Private Arbeitgeber sind nach der Rechtsprechung nicht zu einer solchen Einladung verpflichtet bzw. die Nichteinladung als solche stellt nicht bereits ein Indiz für eine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung dar. Eine bislang höchststrichterlich ungeklärte, aber für kirchliche Körperschaften durchaus praxisrelevante Frage war, ob kirchliche Körperschaften als öffentliche Arbeitgeber oder als private

Arbeitgeber anzusehen sind. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr Rechtsklarheit geschaffen.

In dem vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Fall hatte die Beklagte – ein Kirchenkreis der Evangelischen Kirche – eine Vollzeitstelle ausgeschrieben. Hierauf bewarb sich u. a. auch der Kläger unter Angabe seiner Schwerbehinderung. Die Beklagte sagte dem Kläger schriftlich ab, ohne ihn zuvor zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu haben. Der Kläger verlangte eine Entschädigung wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung. Er argumentierte, dass durch die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch dies die Diskriminierung wegen seiner Schwerbehinderung indiziere. Hierbei vertrat er die Ansicht, dass der Kirchenkreis als öffentlicher Arbeitgeber anzusehen sei, bei dem allein die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch die Vermutung begründe, die Nichtberücksichtigung erfolge aufgrund seiner Schwerbehinderung.

Das Bundesarbeitsgericht urteilte, dass dem Kläger kein Anspruch auf Entschädigung zustünde. Bei dem Ev. Kirchenkreis handele es sich um keinen öffentlichen Arbeitgeber entsprechend der Vorschrift. Der Kirchenkreis sei als kirchliche Untergliederung eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Arbeitgeber und daher nicht zur Einladung des schwerbehinderten Klägers zu einem Vorstellungsgespräch verpflichtet. Hierzu seien nur Körperschaften des öffentlichen Rechts verpflichtet, die regelmäßig staatliche Aufgaben wahrnehmen. Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes bei einer kirchlichen Körperschaft solle hingegen die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgesellschaften unterstützen. Damit unterscheide sie sich aber grundlegend von Körperschaften des öffentlichen Rechts im verwaltungs- und staatsorganisationsrechtlichen Sinne. Der beklagte Kirchenkreis nehme weder staatliche Aufgaben wahr noch sei er in staatliche Organisationen eingegliedert oder unterstehe deren Aufsicht. Er diene vielmehr primär der Erfüllung kirchlicher Aufgaben. Damit sei eine Gleichstellung von weltlichen und kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts wegen ihres unterschiedlichen Verhältnisses zum Staat nicht möglich. Es sei auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Einladungspflicht auf kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts hätte erstrecken wollen, da er damit primär eine Vorbildfunktion für staatliche Arbeitgeber bezeikt habe. Kirchliche Körperschaften seien daher als private Arbeitgeber anzusehen bzw. mit diesen vergleichbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit dieser Entscheidung eine bislang umstrittene und ungeklärte Rechtsfrage entschieden und damit Rechtssicherheit hergestellt, die für alle kirchlichen Einrichtungen praxisrelevant ist. So müssen diese schwerbehinderte Bewerber im Bewerbungsprozess nicht grundsätzlich zu Vorstellungsgesprächen einladen.



Björn Mai

### Das Vierte Bürokratieentlastungsgesetz und der Arbeitsvertrag

Grundsätzlich können Arbeitsverhältnisse ohne Einhaltung spezieller Formerfordernisse begründet werden, ohne dass die maßgeblichen Arbeitsbedingungen in einer später nachprüfbarer Art und Weise festgehalten wurden. Diesem Umstand wird mit dem Nachweisgesetz begegnet, wonach Arbeitgeber verpflichtet sind, die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen. Im Regelfall wird diesem Erfordernis bereits mit einem schriftlichen Arbeitsvertrag entsprochen. Mit dem Vierten Bürokratieentlastungsgesetz plant die Bundesregierung, mit einer Änderung des Nachweisgesetzes die Digitalisierung in der Arbeitswelt voranzutreiben.

Kern des Nachweisgesetzes ist die Pflicht des Arbeitgebers, die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und an den Arbeitnehmer auszuhändigen. Bei Änderung nachweispflichtiger Vertragsbedingungen sind Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis zudem spätestens an dem Tag, an dem die Änderungen wirksam werden, zu einer entsprechenden Mitteilung verpflichtet. Eine gesonderte Dokumentation und schriftliche Fixierung ist entbehrlich, soweit die Gegenstände der Nachweispflicht – wie in der Praxis regelmäßig der Fall – bereits in einem schriftlichen Arbeitsvertrag niedergelegt sind.

Mit anderen Worten: Das Nachweisgesetz fordert die Einhaltung der Schriftform. Eine Erbringung des Nachweises in Textform, beispielsweise in Form einer E-Mail, ist nicht ausreichend. Es bedarf vielmehr einer eigenhändigen Unterzeichnung durch den Arbeitgeber zur ordnungsgemäßen Pflichtenerfüllung. Eine eingescannte Unterschrift ist daher ebenfalls nicht ausreichend.

Nunmehr plant die Bundesregierung, diese Formerfordernisse abzusenken. Die Erbringung eines ordnungsgemäßen Nachweises im Sinne des Nachweisgesetzes soll künftig in Textform möglich sein. Dafür würde es dann ausreichen, wenn der Nachweis als lesbare Erklärung, die den Arbeitgeber als Erklärenden benennt, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Die geplante Änderung des Nachweisgesetzes sieht hierfür vor, dass es ausreicht, wenn dem Arbeitnehmer ein in elektronischer Form geschlossener Arbeitsvertrag in einem ausdruckbaren Format übermittelt worden ist. Eine Übermittlung per E-Mail wäre damit ausreichend.

Arbeitgeber sollen jedoch weiterhin zu einem schriftlichen Nachweis verpflichtet bleiben, wenn Arbeitnehmer einen solchen konkret verlangen. Darüber hinaus soll eine Ausnahme von der geplanten Formerleichterung in bestimmten im Schwarzbekämpfungsgesetz genannten Wirtschaftszweigen gelten. Hier soll ein ordnungsgemäßer Nachweis weiterhin nur unter Einhaltung der Schriftform möglich sein.

# NEWS - GESELLSCHAFTSRECHT/M&A

## DIE ZAHL DER INSOLVENZEN STEIGT – UND DAMIT AUCH DIE RISIKEN FÜR GLÄUBIGER.

In Deutschland steigt die Zahl der Insolvenzverfahren und damit auch das Risiko für die Gläubiger betroffener Unternehmen. Das Statistische Bundesamt meldet, dass es im Trend fast 30 % mehr beantragte Regelinsolvenzen im April 2024 als im April 2023 gegeben hat. Tendenziell ist zu beobachten, dass sich hinsichtlich der Eröffnung von Insolvenzverfahren im Vorjahresvergleich seit Juni 2023 durchgängig zweistellige Zuwachsraten ergeben. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in sämtlichen bis 2018 beendeten Insolvenzverfahren die Gläubiger auf 96,2 % ihrer Forderungen verzichten mussten und bei Unternehmensinsolvenzen die Deckungsquote lediglich bei 6,1 % lag, so wird die gesamtwirtschaftliche Auswirkung dieser Entwicklung deutlich.

Diese Entwicklungen erhöhen nicht nur das Risiko selbst als Insolvenzgläubiger mit Forderungen auszufallen, sondern sie potenzieren auch die Anfechtungstatbestände, was dazu führen kann, dass Geschäfte, die im Vorfeld der Insolvenz abgewickelt wurden, nach Verfahrenseröffnung durch den Insolvenzverwalter angefochten werden. Die Insolvenzanfechtung ist das Mittel des Insolvenzverwalters, um im Vorfeld der Verfahrenseröffnung vorgenommene Vermögensverschiebungen zugunsten Einzelner im Interesse einer gleichmäßigen Aufteilung rückgängig zu machen.

Gläubiger sollten daher jetzt – mit Blick auf eine möglichst insolvenzfeste Vertragspraxis – besondere Aufmerksamkeit walten lassen.

**WIR UNTERSTÜTZEN SIE DABEI – SPRECHEN SIE UNS AN!**



# SAVE THE DATES

## MERGERS & ACQUISITIONS – UNSERE VERANSTALTUNG IN BIELEFELD UND HANNOVER

Der Verkauf bzw. der Kauf eines Unternehmens bringt nicht selten einen erheblichen Prozess mit sich, der sich über die Beratung zur Transaktionsstruktur, der Durchführung einer Due Diligence, der Verhandlung des Unternehmenskaufvertrages mitsamt den zahlreichen Anlagen und weiteren erforderlichen Dokumenten bis zum Closing und etwaiger Post-Merger-Integration erstreckt.

In unseren Mandantenveranstaltungen am

19. September 2024 um 15:00 Uhr in Hannover und am

26. September 2024 um 15:00 Uhr in Bielefeld

begleiten wir Sie durch diesen Prozess und gehen dabei auf ausgewählte Themenschwerpunkte im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Unternehmen ein.

Anschließend dürfen wir Sie zu einem Imbiss und zum weiteren Austausch willkommen heißen.

Eine Einladung folgt per E-Mail.

**WIR FREUEN UNS AUF SIE!**

**IHRE KOMPETENZGRUPPE GESELLSCHAFTSRECHT/M&A**

Dennoch ist diese Absenkung der Formerefordernisse mit Vorsicht zu genießen, da es hinsichtlich einiger Regelungsbereiche im Arbeitsverhältnis weiterhin einer einzuhaltenden Schriftform bedarf:

Der Regierungsentwurf des Vierten Bürokratieentlastungsgesetzes lässt andere Regelungsbereiche nämlich unangetastet und beschränkt sich im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bzw. Arbeitsvertrag im Wesentlichen auf die Regelungen des Nachweisgesetzes.

Insbesondere werden die Regelungen des TzBfG durch die geplanten Änderungen nicht berührt, sodass es für die wirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses weiterhin der (insoweit strengeren) Schriftform bedarf. Selbst die in unbefristeten Arbeitsverträgen häufig enthaltene Klausel, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, setzt zu ihrer Wirksamkeit die Einhaltung der Schriftform voraus, da die Rechtsprechung derartige Klauseln ebenfalls als Befristung im Sinne des TzBfG qualifiziert. Auch für nachvertragliche Wettbewerbsverbote gilt weiterhin, dass es für den wirksamen Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots der Schriftform sowie der Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Arbeitnehmer bedarf.

Mit anderen Worten: Trotz beabsichtigter Absenkung der Formerefordernisse im Nachweisgesetz ist sorgfältig zu prüfen, ob ein Arbeitsvertrag nicht aufgrund enthaltener Regelungen (insbesondere Befristungen) oder aufgrund anderer Vorschriften (bspw. aufgrund der Regelungen des Schwarzarbeitsbekämpfungsge setzes) nicht doch der (strengeren) Schriftform bedarf.

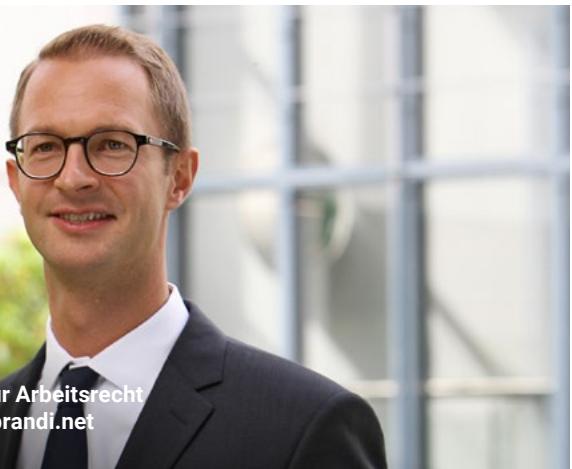
zunächst den sog. Annahmeverzugslohn, d. h. das für die Vergangenheit geschuldete Entgelt. Hierauf muss sich der Arbeitnehmer allerdings ein in der Zwischenzeit erhaltenes Entgelt (aus einem während des Kündigungsschutzverfahrens eingegangenen Arbeitsverhältnis) anrechnen lassen. Das Bundesarbeitsgericht musste sich nun mit der Frage beschäftigen, ob die Grundsätze der Anrechnung auch bezogen auf etwaige Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers gelten (BAG v. 05.12.2023, Az. 9 AZR 230/22).

### Zum Sachverhalt

In dem vom BAG zu entscheidenden Fall kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit Kündigung vom 23.12.2019 außerordentlich. Die Arbeitnehmerin er hob Kündigungsschutzklage. Mit Urteil vom 09.09.2020 entschied dann das im Kündigungsschutzverfahren zuständige Arbeitsgericht, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 23.12.2019 aufgelöst wurde. Die Arbeitnehmerin ging bereits zum 01.02.2020 – d. h. während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens – ein neues Arbeitsverhältnis ein. Der neue Arbeitgeber gewährte der Arbeitnehmerin in den Jahren 2020 und 2021 auch Urlaub. Letztlich endete das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitnehmerin und dem ursprünglichen Arbeitgeber dann im Mai 2021 aufgrund weiterer außerordentlicher Kündigung des Arbeitgebers. Die Arbeitnehmerin verlangte von ihrem früheren Arbeitgeber nunmehr noch Abgeltung von sieben Arbeitstagen vertraglichen Mehrurlaubs aus den Jahren 2020 und 2021. Sie war insbesondere der Auffassung, dass eine Anrechnung des in dem neuen Arbeitsverhältnis gewährten Erholungsurlaubs nicht erfolge.

### Die Entscheidung des BAG

Das BAG entschied, dass in dem Fall eines infolge unwirksamer Kündigung entstandenen Doppelarbeitsverhältnisses eine Anrechnung des von dem neuen Arbeitgeber gewährten Urlaubs auf den Urlaubsanspruch gegen den ursprünglichen Arbeitgeber in entsprechender Anwendung der §§ 615 S. 2, 11 Nr. 1 KSchG stattzufinden hat. Im Grundsatz erwerbe der Arbeitnehmer zwar aus jedem des von ihm eingegangenen Arbeitsverhältnisses den vollen Urlaubsanspruch und dies unabhängig davon, ob eine Arbeitsleistung erbracht wird oder nicht. Gewährt aber der neue Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Urlaub, muss dieser auf den Anspruch gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber angerechnet werden. Voraussetzung dafür ist, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen kündigungsbedingtem Freiwerden des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht (bei dem ursprünglichen Arbeitgeber) und Erwerb des Urlaubsanspruchs gegenüber dem neuen Arbeitgeber besteht. Hiervon sei in der Regel auszugehen, wenn der Arbeitnehmer anstelle des ursprünglichen Vollzeitarbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis eingeht, dessen Gegenstand ebenfalls eine Vollzeitbeschäftigung vorsieht. Im zu entscheidenden Fall stellte das vorinstanzlich zuständige LAG Niedersachsen fest, dass die Klägerin nur aufgrund der unwirksamen Kündigung des ursprünglichen Arbeitgebers in der Lage war, die Arbeitspflicht in ihrem neuen Arbeitsverhältnis zu erfüllen. Hinsichtlich des Umfangs der Anrechnung betonte das BAG, dass eine Anrechnung lediglich kalenderjahresbezogen und nicht – so noch die Auffassung des LAG – kalenderjahrübergreifend erfolgen kann. Sofern – wie im Streitfall – keine Anhaltpunkte dafür vorhanden sind, dass der vertragliche Mehrurlaub der Anrechnung entzogen ist, gelte die kalenderjahresbezogene Anrechnung sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaub als auch für etwaigen vertraglichen Mehrurlaub. Dies führte hinsichtlich



**Björn Mai**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
bjoern.mai@brandi.net

Julia Basselmann

### Doppelter Urlaubsanspruch bei Doppelarbeitsverhältnis?

Ein immer wieder auftretender Sachverhalt: Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis, der Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage und während des – teils über mehrere Jahre andauernden Kündigungsschutzprozesses – geht der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis mit einem neuen Arbeitgeber ein. Entscheidet dann das Arbeitsgericht, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und ursprünglichem Arbeitgeber nicht aufgelöst wird, weil die Kündigung unwirksam war, entsteht ein Doppelarbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber schuldet dann

der für das Kalenderjahr 2020 verlangten Urlaubsabgeltungsansprüche dazu, dass ein Urlaubsabgeltungsanspruch der Klägerin nicht mehr bestand, da diese in ihrem neuen Arbeitsverhältnis 25 Urlaubstage erhielt, wohingegen sich der Anspruch gegen den ursprünglichen Arbeitgeber ebenfalls auf 25 Urlaubstage belief. Hinsichtlich des Anspruchs für das Jahr 2021 bedurfte es weiterer Feststellungen des LAG, sodass die Sache insoweit an dieses zurückverwiesen worden ist.

#### Hinweis für die Praxis

Sofern ein Doppelarbeitsverhältnis, wie vorstehend beschrieben, entsteht und (ehemalige) Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf Abgeltung von Urlaubstagen in Anspruch nehmen, sollten Arbeitgeber zunächst prüfen, ob Urlaubsansprüche nicht möglicherweise bereits von dem neuen Arbeitgeber erfüllt worden sind, sodass eine Anrechnung erfolgen muss. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass Kündigungsschutzverfahren teilweise über

Jahre andauern und sich während dieser Zeit eine beträchtliche Summe (abzugeltender) Urlaubstage ansammeln kann.



**Julia Basselmann**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
[julia.basselmann@brandi.net](mailto:julia.basselmann@brandi.net)





Dr. Carsten Hoppmann

### Aufklärungspflichten bei Einrichtung eines Datenraums bei Unternehmenstransaktionen

Datenräume dienen bei Unternehmenskäufen der Information des Käufers. Der Verkäufer stellt die umfangreichen Unternehmensinformationen in einen oftmals virtuellen Datenraum ein. Der Käufer und seine Berater treffen auf Grundlage der eingestellten Unterlagen ihre Kaufentscheidung. Ein neues Urteil hat die Aufklärungspflichten des Verkäufers zu den eingestellten Unterlagen wesentlich verschärft.

#### I Urteil des BGH

Mit Urteil vom 15.09.2023 (Az. V ZR 77/22) hat der BGH seine Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten eines Verkäufers bei der Nutzung eines virtuellen Datenraums erheblich präzisiert. Diese Entscheidung hat maßgebliche Bedeutung bei allen Unternehmenstransaktionen.

#### II Sachverhalt

In dem zugrunde liegenden Fall versicherte der Verkäufer einer Gewerbeimmobilie, dass die Eigentümergemeinschaft keine Beschlüsse gefasst habe, aus denen sich künftige Sonderumlagen ergeben. Es wurde festgehalten, dass der Verkäufer dem Käufer die Protokolle der Eigentümersammlungen der letzten drei Jahre übergeben und der Käufer von diesen Unterlagen Kenntnis habe. Zur Übermittlung diverser Unterlagen richtete der Verkäufer einen virtuellen Datenraum ein. Nur drei Tage vor dem Beurkundungstermin stellte er eine Sammlung verschiedener Beschlüsse in den Datenraum ein. Diese enthielt ein Protokoll der Eigentümersammlung, woraus sich die Inanspruchnahme des früheren Eigentümers auf Zahlung von 50 Mio. Euro als Sonderumlage für bauliche Änderungen ergab. Als Ergebnis der späteren klageweisen Durchsetzung einer solchen Sonderumlage wurden die Eigentümer unter Einschluss des Käufers auf Zahlung einer Sonderumlage in Höhe bis zu 50 Mio. Euro in Anspruch genommen.

Grundsätzlich besteht bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien unterschiedliche Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen gefährden können. Der Verkäufer musste den Käufer daher über das erhebliche Kostenrisiko aus der beschlossenen Sonderumlage aufzuklären. Der BGH entschied, dass das Einstellen der Dokumente kurz vor dem Beurkundungstermin nicht ausreichte, um der Aufklärungspflicht nachzukommen. Der Verkäufer muss aufgrund der Umstände des Einzelfalls die berechtigte Erwartung haben, dass der Käufer durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird. Der Käufer hatte drei Tage vor dem Beurkundungstermin jedoch keinen Anlass, den Datenraum auf neue Dokumente zu überprüfen.

#### III Praxishinweise

Diese Entscheidung hat Auswirkungen auf die Praxis im Rahmen von Mergers and Acquisitions, kurz M&A Transaktionen. Den Verkäufer treffen bei der Bereitstellung von Informationen im Rahmen der Due Diligence Prüfung gesteigerte Sorgfaltspflichten. Dies liegt vor allem daran, dass der Käufer als Außenstehender bei der Unternehmensbewertung von den Angaben des Verkäufers abhängig ist. Der Verkäufer ist insbesondere verpflichtet, den Käufer über erhebliche Risiken explizit aufzuklären. Diese

gesteigerte Aufklärungspflicht besteht auch dann, wenn die entsprechende Information im virtuellen Datenraum verfügbar ist und eine Due Diligence durchgeführt wurde, weil sich daraus nicht zwingend ergibt, dass der Käufer Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangt hat.

Wird im Rahmen der Unternehmenstransaktion ein virtueller Datenraum genutzt, sollten Verkäufer daher Folgendes beachten: Informationen sollten möglichst frühzeitig, gesammelt und gut strukturiert eingestellt werden. Im besten Fall wird der Käufer automatisch informiert, sobald ein neues Dokument eingestellt wurde. Zu empfehlen ist außerdem die Festlegung einer Frist vor der Transaktion, in der keine neuen Dokumente mehr eingestellt werden dürfen (sog. Cut-off Date). Dieser Cut-off Date ist dann auch im Kaufvertrag zu vermerken. Der Verkäufer kann zu seiner Absicherung in den Kaufvertrag aufnehmen, ob und in welchem Umfang eine Due Diligence durchgeführt wurde und auf welche Art und Weise Unterlagen zur Verfügung gestellt wurden. Sollte dann trotzdem noch eine wichtige Information auf der Verkäuferseite bekannt werden, ist ein gesonderter Hinweis durch den Verkäufer erforderlich. Diese neuen Informationen können in einem Sonderordner im virtuellen Datenraum eingestellt werden und sind entsprechend im Kaufvertrag zu benennen. Mit diesen Maßnahmen kann der Verkäufer sicherstellen, dass er seine Aufklärungspflichten jederzeit erfüllt.



Dr. Carsten Hoppmann

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Hannover  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
carsten.hoppmann@brandi.net

Dr. Carsten Christophery, LL.M.

### Earn-Out Klauseln in Unternehmenskaufverträgen und Besteuerungszeitpunkt der Earn-Out Zahlung

Die beiden grundlegenden Hauptleistungspflichten der Parteien eines Kaufvertrages sind denkbar einfach: der Verkäufer übergibt und überreicht den veräußerten Kaufgegenstand und der Käufer bezahlt den vereinbarten Kaufpreis.

Bei dem Kauf und Verkauf eines Unternehmens nimmt die Berechnung des Unternehmenswertes und die daraus resultierende Ermittlung des Kaufpreises für alle Vertragsparteien regelmäßig viel Zeit und erhebliche Ressourcen in Anspruch. Eine standardisierte Kaufpreisformel gibt es nicht, denn die Bestimmung des Kaufpreises ist so unterschiedlich wie das Target selbst und die Motive, die hinter dem Erwerb bzw. dem Verkauf stehen.

Nachdem sich die Prinzipale kommerziell auf einen Wert oder zumindest eine Range für den späteren Kaufpreis verständigt haben, ist es an den Rechtsberatern gelegen, das gefundene Ergebnis in die Vertragsform zu gießen. Abhängig von dem Verhandlungsergebnis finden sich im Unternehmenskaufvertrag regelmäßig entweder ein fixer Kaufpreis, der über rechtstechnische Regelungen einer sog. *Locked Box* im Kaufvertrag abgesichert wird, oder ein variabler Kaufpreis wieder, der anhand eines Zwischen- oder Jahresabschlusses (sog. *Closing Accounts*) erst im Nachgang der Transaktion fixiert wird.

In beiden vorgenannten Kaufpreismechanismen können Verkäufer und Käufer darüber hinaus sog. Mehrerlösklauseln (einen sog. *Earn-Out*) vereinbaren. *Earn-Out* Klauseln erweisen sich insbesondere dann als hilfreiches Instrumentarium der Lösungsfindung, wenn die Vorstellungen der Kaufvertragsparteien über einen Kaufpreis zu weit voneinander entfernt liegen. Denn das Ziel des *Earn-Out* besteht darin, den endgültigen Kaufpreis an die künftige (dann tatsächlich realisierte) Leistungsfähigkeit des Targets zu koppeln. Dieses Ziel wird dadurch verfolgt, dass weitere Kaufpreiszahlungen erst dann erfolgen, wenn bestimmte, vorher definierte Parameter, die beispielsweise an das EBIT oder das EBITDA gekoppelt sind, eintreten. Der Verkäufer wird also daran interessiert sein, die Details zu den Voraussetzungen einer *Earn-Out* Zahlung so zu verhandeln, dass sie möglichst realistisch sind und deren Eintritt möglichst wahrscheinlich ist. Der ihm gegenüberstehende Käufer wird bei den Verhandlungen darauf achten, dass er die *Earn-Out* Zahlung nur dann erbringen muss, wenn die vom ihm gewünschte Leistungsfähigkeit des Zielunternehmens auch tatsächlich entsprechend seiner Bewertungsvorstellung eingetreten ist.

Im rechtstechnischen Sinne geht es bei dem Begriff *Earn-Out* um Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Käufer in dem Unternehmenskaufvertrag, nach denen dem Verkäufer Kaufpreisbestandteile in Abhängigkeit vom Erfolg des verkauften Unternehmens erst in der Zukunft während des sog. *Earn-Out* Zeitraums, in der Regel 1-3 Jahre nach Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages, zufließen. Aufgrund des in die Zukunft gerichteten Blicks auf die künftige Leistungsfähigkeit des verkauften Unternehmens und der damit einhergehenden Unsicherheit, sollten solche Mehrerlösklauseln möglichst einfach, aber auch möglichst interpretations- und manipulationsfest gestaltet werden und bei einem Bezug auf die Bilanz des Zielunternehmens auch möglichst methodenkonsistent die Unternehmensbewertung berücksichtigen.

Neben den Verhandlungen und der Fixierung des Ergebnisses im Unternehmenskaufvertrag sollten die Parteien auch stets die steuerlichen Folgen von solchen *Earn-Out* Klauseln beachten. Grundsätzlich erfolgt die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns im Zeitpunkt der Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums – der Gewinn wird also stichtagsbezogen auf den Zeitpunkt der Veräußerung ermittelt. Dieser Grundsatz gilt hingegen nicht für solche *Earn-Out* Zahlungen, bei denen im Zeitpunkt der Veräußerung weder feststeht, ob eine (weitere) Kaufpreisforderung entsteht, noch, wie hoch diese sein wird – diese Ausnahme wird regelmäßig auf gewinn- und/oder umsatzabhängige *Earn-Out* Klauseln zutreffen. In diesen Fällen erfolgt eine Besteuerung erst dann, wenn die *Earn-Out* Zahlung dem Verkäufer tatsächlich zufließt – eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Veräußerung findet nicht statt.

*Earn-Out* Klauseln dienen dazu, etwaige Konflikte bei der Kaufpreisfindung zwischen Verkäufer und Käufer zu lösen, indem Teile des Kaufpreises an die zukünftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des verkauften Unternehmens gekoppelt werden. Gerade in dem in jüngerer Vergangenheit bestehenden unsicheren Marktumfeld bietet der *Earn-Out* daher ein sinnvolles Instrument, um unterschiedliche Vorstellungen über die Bewertung eines Unternehmens zu überbrücken, dem Verkäufer die Möglichkeit des Verkaufs zu eröffnen und gleichzeitig Risiken für den Käufer zu reduzieren. Neben der Verhandlung und der vertraglichen Ausgestaltung des *Earn-Out* ist auch die Prüfung und Beachtung der steuerlichen Folgen, insbesondere des abweichenden Besteuerungszeitpunkts, angezeigt.



**Dr. Carsten Christophery, LL.M.**

Rechtsanwalt und Steuerberater  
Fachanwalt für Steuerrecht  
carsten.christophery@brandi.net

Dr. Clemens Meyer, LL.M. und Rodica Melesteanu

### **Auswirkungen einer Vinkulierungsklausel auf die Übertragung von Anteilen auf eine Stammesholdinggesellschaft**

In beinahe jedem Gesellschaftsvertrag eines Familienunternehmens findet sich eine Vinkulierungsklausel. Diese regelt, an wen Gesellschafter ihre Beteiligung übertragen können und schränkt dies regelmäßig auf Familienangehörige bzw. Abkömmlinge der oder des Gründer(s) ein. Dadurch sollen die verbleibenden Gesellschafter die Entscheidungsmacht erhalten, ob und welche familiennfremden Dritten sie in die Gesellschaft aufnehmen.

#### **I Zulässigkeit von Vinkulierungsklauseln**

Üblich ist die Gestaltung nach einem Regel-Ausnahme-Prinzip, nach dem die Anteilsübertragung grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafter steht, Übertragungen an nachfolgeberechtigte Personen (in der Regel Abkömmlinge) oder von diesen beherrschte Gesellschaften aber zustimmungsfrei sind.

Anteile an Personengesellschaften sind „von Gesetzes wegen vinkuliert“. So entspricht es der gesetzlichen Regelung für Personengesellschaften, die bereits bisher gemeinhin anerkannt war und die das MoPeG in § 711 Abs. 1 Satz 1 BGB nunmehr ausdrücklich regelt. Geschäftsanteile an einer GmbH sind zwar von Gesetzes wegen frei übertragbar (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Das Gesetz lässt jedoch abweichende Vereinbarungen zu, sodass das vorstehende Regel-Ausnahme-Prinzip in GmbH-Gesellschaftsverträgen umgesetzt wird (§ 15 Abs. 5 GmbHG).

Solche Vinkulierungsklauseln können mit der insbesondere in großen Familienunternehmen anzutreffenden Praxis konfliktieren, dass einzelne Gesellschafter oder Gesellschafterstämme ihre Beteiligungen am Familienunternehmen über eine (Stammes-) Holdinggesellschaft halten.

Wenn die Übertragung der Beteiligung am Familienunternehmen auf die Stammesholdinggesellschaft zustimmungsfrei ist, birgt diese Gestaltung das Risiko, dass die Beteiligung an der Stammesholding auf einen familienfremden Dritten übertragen werden kann.

Eine solche Konstellation im Kern lag einer Entscheidung des OLG Hamm vom 19. Juni 2023 (Az. 8 U 177/22, NZG 2024, 443 ff.) zugrunde.

## II Die Entscheidung des OLG Hamm

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

An einem Familienunternehmen in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG sind im Wesentlichen zwei Stämme beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag sah eine Anteilsvinculierung vor, nach der die Übertragung von Komplementär- und Kommanditanteilen der Zustimmung der Gesellschafter durch Beschluss bedurfte, jedoch an Abkömmlinge der ausscheidungswilligen Gesellschafter sowie an von Gesellschaftern beherrschte Gesellschaften zustimmungsfrei war.

Zwischen beiden Gesellschafterstämmen bestanden bereits seit längerem persönliche und strategische Differenzen. Deswegen wollte der beklagte Gesellschafterstamm aus dem Familienunternehmen ausscheiden. Die Vinkulierungsklausel hat indes eine unmittelbare Veräußerung seiner Anteile untersagt. Deswegen entwickelte der Gesellschafterstamm mit einem familienfremden Investor ein Konzept, das die Transaktion in zwei Schritte strukturierte.

Nach diesem sollte die Beteiligung auf der ersten Stufe – grundsätzlich zustimmungsfrei möglich – auf Holdinggesellschaften der Abkömmlinge übertragen werden. Die Beteiligungen der Abkömmlinge an diesen Holdinggesellschaften, die dem Wortlaut nach nicht dem Regelungsbereich der Vinkulierungsklausel unterfielen, sollten auf der zweiten Stufe sodann an den Investor veräußert werden.

Der Gesellschaftsvertrag des Familienunternehmens ließ es zwar zu, dass die Holdinggesellschaften unmittelbar nach dem Anteilserwerb durch den familienfremden Investor ausgeschlossen werden. Bereits dies wollte die Klägerin aber vermeiden und beantragte beim zuständigen LG Hagen, schon auf der ersten Stufe die Übertragung der Anteile durch die ausscheidungswilligen Gesellschafter auf die Holdinggesellschaften zu untersagen. Das Begehr der Klägerin hatte in der Sache Erfolg.

Das LG Hagen untersagte erinstanzlich die dem Wortlaut der Vinkulierungsklausel nach zustimmungsfrei wirksamen Anteilsübertragungen an die Holdinggesellschaften. Das OLG Hamm bestätigte die Entscheidung des LG Hagen.

Das OLG Hamm stellte maßgeblich darauf ab, dass die Übertragung der Anteile auf die Holdinggesellschaften bei wirtschaftli-

cher Betrachtung Vorbereitungshandlungen für eine Verletzung der Vinkulierungsklausel darstellten. Die ausscheidungswillige Beklagte sei wegen einer unter den Gesellschaftern und gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen, die den mit der Vinkulierungsklausel verfolgten Zweck gefährden. Diese Treuepflicht sei der Konzeption des konkreten Gesellschaftsvertrags zu entnehmen.

Ergebe sich aus dem Gesellschaftsvertrag, dass die Gesellschafter eine „closed shop“-Strategie verfolgen, könne eine Anteilsübertragung, die zwar dem Wortlaut einer Vinkulierungsklausel nach möglich sei, nicht jedoch dem Sinn und Zweck dieser Vinkulierungsklausel entspreche, der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen und sei dann ohne Zustimmung unwirksam. Das OLG Hamm kam zu dem Ergebnis, dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt waren. Denn die Gesellschafter hätten konsequent und umfassend den Willen verfolgt, einen familienfremden Einfluss auf die Gesellschaft zu unterbinden und hätten diesen Willen durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag umgesetzt.

Dieser „closed shop“-Strategie der Gesellschafter, die eine dauerhafte Beschränkung des Gesellschafterkreises zum Gegenstand hat, maß das OLG in seiner Entscheidung eine hohe Bedeutung zu. Denn obwohl der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt hätte, die Stammesholdings auszuschließen, nachdem der familienfremde Investor die Beteiligungen an ihnen erworben hätte, wertete das Gericht bereits die – an sich zulässige – Übertragung der Anteile durch die Beklagte auf die Holdinggesellschaften im Hinblick auf die streng ausgestaltete Vinkulierungsklausel als Verstoß gegen die gesellschafterliche Treuepflicht.

Dem lag der wirtschaftlich relevante Umstand zugrunde, dass bei einem Ausschluss der Stammesholdings eine Abfindung geschuldet worden wäre. Dieser Schutz genügte nach Auffassung des OLG nicht, weil sie mit erheblichen und – mit Blick auf den Schutzgehalt der Vinkulierungsklausel – unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen einher gegangen wäre. Das Instrument des Ausschlusses diene nicht dazu, den Schutzgehalt der Vinkulierungsklausel umzusetzen, sondern sei lediglich eine ultima ratio zum Erhalt der Anteile in Familienhand.

## III Bedeutung für die Praxis

Der entschiedene Fall veranschaulicht einerseits das praktische Bedürfnis, bei Gesellschafterstrukturen, bei denen die Familienmitglieder ihre Beteiligungen zumindest teilweise über zwischengeschaltete Holdinggesellschaften halten, eine Anteilsvinculierung auf mittelbare Anteilsübertragungen auszudehnen. Denkbar, aber in der Wirksamkeit umstritten ist es, die Übertragung von Anteilen an der Holdinggesellschaft an eine Zustimmung der Gesellschafter des Familienunternehmens zu binden.

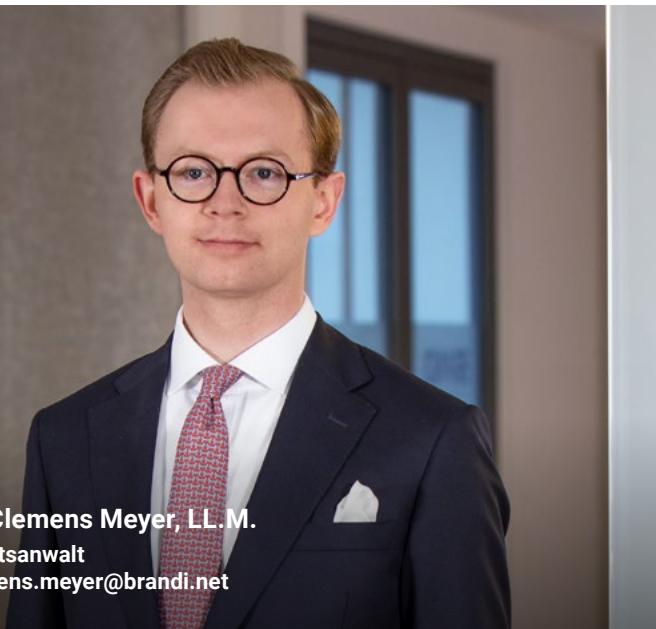
Außerdem kann der Gesellschaftsvertrag der Holdinggesellschaft jederzeit geändert und dieser Sicherungsmechanismus entfernt werden.

Andererseits wirft die Entscheidung Licht auf das Risiko, dass Familienmitglieder eine Vinkulierungsklausel dadurch umgehen können, indem sie ihre Anteile an der Stammesholding veräußern. Die Gestaltungspraxis sowie der Gesellschaftsvertrag, wel-

cher der Entscheidung des OLG Hamm zugrunde lag, begegnet diesem Risiko dadurch, dass die Stammesholding ihrerseits bei einem Verstoß gegen die Vinkulierungsklausel aus dem Familienunternehmen ausgeschlossen werden kann. Häufig sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass die geschuldete Abfindung in diesem Fall geringer als der Verkehrswert ist.

Diese Sanktionswirkung schützt das Familienunternehmen in aller Regel gegen unerwünschte Anteilsübertragungen an fremde Dritte. Sie schließt jedoch nicht abschließend das Risiko aus, dass ein ausscheidungswilliger Gesellschafter auf diesem Wege sein Ausscheiden aus dem Familienunternehmen erzwingt.

Schließlich weist die Entscheidung des OLG Hamm neben den Facetten der Gestaltung von Vinkulierungsklauseln zum Erhalt der Familienbindung der Beteiligung am Unternehmen darauf hin, dass ein weiterer Gestaltungsbereich von (Familien-)Gesellschaftsverträgen darin liegt, das mögliche Interesse von Gesellschaftern an ihrem Ausscheiden zu regeln.



**Dr. Clemens Meyer, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
[clemens.meyer@brandi.net](mailto:clemens.meyer@brandi.net)



**Rodica Melesteau**  
Rechtsanwältin  
[rodica.melesteau@brandi.net](mailto:rodica.melesteau@brandi.net)

Ute Lienenlüke und Dr. Paul Czaplinski

### **Die Aufhebung von Versorgungszusagen gegenüber Gesellschafter-Geschäftsführern im Rahmen von Unternehmensverkäufen**

Die Gewährung von Versorgungszusagen dient nicht nur der Altersabsicherung der Begünstigten, sondern ist zugleich ein Instrument der Steuergestaltung. Denn die insoweit zu bildenden Rückstellungen mindern den zu versteuernden Gewinn und haben Liquiditätsvorteile zur Folge.

Die jüngeren Änderungen des Bilanzrechts bringen jedoch teilweise die Notwendigkeit zur Bildung von – im Vergleich zu der früheren Rechtslage – weitaus höheren Rückstellungen mit sich. Verstärkend kommt insoweit hinzu, dass mit der gestiegenen Lebenserwartung und der anhaltenden Niedrigzinsphase die auf lebenslange Gewährung fester monatlicher Leistungen gerichteten Versorgungszusagen, die wiederum durch Rückdeckungsversicherungen abgesichert werden, oftmals ein unkalkulierbares Risiko darstellen. Sofern das Unternehmen verkauft werden soll, sind Erwerber daher regelmäßig nicht bereit, diese Risiken zu übernehmen. Verhandelt werden dann entweder mit Bewertungsschwierigkeiten verbundene Abschläge auf den Kaufpreis oder die Herauslösung der Versorgungszusagen aus dem Unternehmen. Im Hinblick auf Letzteres ergeben sich verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten: Zum einen die Zahlung einer Abfindung an den Berechtigten, zum anderen die Übertragung der in Rede stehenden Verpflichtung auf einen Dritten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass beide Wege einer möglichen Einschränkung durch das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) unterliegen können. Auch steuerrechtlich ergeben sich Unterschiede.

#### **I Einschränkungen durch das BetrAVG**

Die §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BetrAVG untersagen vom Grundsatz her sowohl die Zahlung einer Abfindung als auch die Übertragung von Versorgungszusagen. Vor Erörterung etwaiger Gestaltungsmöglichkeiten ist deshalb der persönliche Anwendungsbereich der vorgenannten Regelungen zu klären. Berechtigte werden gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG dann vom Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes erfasst, wenn ihnen der Versorgungsbezug aus Anlass der Tätigkeit für das Unternehmen zugesagt wurde. Diese Vorschrift wird vom BGH nach Sinn und Zweck des Gesetzes einschränkend ausgelegt. Hat ein Versorgungsberechtigter derart viel Einfluss auf das Unternehmen, dass er weniger einem Arbeitnehmer und vielmehr einem Unternehmensinhaber vergleichbar ist, findet das Betriebsrentengesetz keine Anwendung. In diesem Fall bedarf er nämlich nicht des umfassenden Schutzes des BetrAVG. Das ist jedenfalls für Allein- und Mehrheitsgesellschafter zu bejahen. Auch bei mit 50% beteiligten Gesellschaftern besteht nach der Rechtsprechung genügend unternehmerischer Einfluss. Minderheitsgesellschafter hingegen sind größtenteils vom Schutzbereich des BetrAVG erfasst, wobei sich im Einzelfall Ausnahmen ergeben können.

#### **II Abfindung des Berechtigten**

Während § 3 BetrAVG in seinem Anwendungsbereich Schranken für etwaige Abfindungsvereinbarungen bis hin zum entschädigungslosen Verzicht auf Versorgungszusagen statuiert, lässt es die Rechtsprechung zu, die gesetzlichen Schranken des Betriebsrentengesetzes bei Organmitgliedern entweder in der Versorgungszusage selbst oder nachträglich im Rahmen von

Abfindungsverträgen vertraglich abzubedingen, und zwar bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit.

Steuerrechtlich ergeben sich im Wesentlichen folgenden Konsequenzen: Einerseits hat der begünstigte Gesellschafter-Geschäftsführer die erhaltene Abfindung gemäß § 19 EStG sofort voll zu versteuern. Andererseits wird die verpflichtete Gesellschaft von ihrer Leistungsverpflichtung befreit, weshalb die passivierte Pensionsrückstellung gewinnerhöhend aufzulösen ist, was wiederum Auswirkungen auf die Steuerlast hat, wenn die Abfindung keine Betriebsausgabe darstellt. Dies hängt u.a. davon ab, ob ein Minderheitsgesellschafter oder ein beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer ausscheidet, und – bei Letzteren – ob Abfindung und Pensionsanspruch gleichwertig sind und in welchem zeitlichen Zusammenhang die Abfindungsvereinbarung mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft steht. Im Ergebnis kann die Abfindung der Versorgungszusage zu nicht unerheblichen finanziellen Nachteilen führen.

### III Übertragung der Versorgungsverpflichtung auf einen Dritten

Neben der Zahlung einer Abfindung besteht die Möglichkeit, die Versorgungsverpflichtung auf einen Dritten zu übertragen. Regelmäßig kann das Ziel der vollständigen Enthaftung der Gesellschaft nicht durch die Übertragung der Versorgungsverpflichtungen auf einen Pensionsfonds bzw. eine Unterstützungs kasse erreicht werden. Dies untersagen nämlich die Regelungen in entsprechenden Rahmenvereinbarungen. Demzufolge kommt in aller Regel nur eine Übertragung der Versorgungszusage auf eine sog. Rentnergesellschaft in Betracht, deren alleiniger Zweck die Übernahme und Erfüllung der Versorgungszusage ist und deren alleiniger Gesellschafter der Versorgungsberechtigte ist.

#### 1 Einzelrechtsübertragung

Bei der Einzelrechtsübertragung wird ein Vertrag zwischen der operativ tätigen Gesellschaft, dem Versorgungsberechtigten und der Rentnergesellschaft geschlossen, durch den die aus der Versorgungszusage resultierenden Rechte und Pflichten mit schuldbefreiender Wirkung auf die Rentnergesellschaft übertragen werden. Im Gegenzug werden der Rentnergesellschaft sämtliche Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung abgetreten. Im Anschluss daran kann das Unternehmen exklusive der Versorgungszusage an einen Dritten veräußert werden.

Während auch § 4 BetrAVG in seinem Anwendungsbereich Schranken für etwaige Übertragungen von Versorgungszusagen statuiert, lässt die Rechtsprechung auch insoweit Ausnahmen bei Gesellschafter-Geschäftsführern zu, sofern diese tatsächlich zu keinem Zeitpunkt als Arbeitnehmer bei der Gesellschaft

tätig waren. Denn soweit Pensionsansprüche als Arbeitnehmer erdient worden sind, greift das Übertragungsverbot des Betriebsrentengesetzes.

In steuerrechtlicher Hinsicht besteht die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung, wenn die Gegenleistung der operativen Gesellschaft für die Übernahme der Versorgungszusage durch die Rentnergesellschaft einem Fremdvergleich nicht standhält. Für den Berechtigten löst die Übertragung der Versorgungszusage dagegen keine steuerrechtlichen Folgen aus, sofern der Berechtigte nach der Schuldübernahmevereinbarung – wie zuvor – nicht über den Ablösebetrag verfügen kann.

#### 2 Gesamtrechtsnachfolge

Bei einer Übertragung der Versorgungszusage mittels partieller Gesamtrechtsnachfolge auf eine Rentnergesellschaft im Wege einer Ab-, Aufspaltung oder Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz findet § 4 Abs. 1 BetrAVG keine Anwendung. Der Nachteil einer solchen Umwandlungsmaßnahme besteht allerdings darin, dass der übertragende Rechtsträger nach § 133 UmwG für die übertragenen Verbindlichkeiten gesamtschuldnerisch mit dem übernehmenden Rechtsträger mithaftet.

In steuerrechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass eine Auf- oder Abspaltung zu steuerlichen Buchwerten ausgeschlossen ist, weil das übertragene Vermögen (Pensionsverbindlichkeit und das Deckungsvermögen) keinen Teilbetrieb im Sinne der §§ 15, 20 ff. UmwStG darstellt. Diese Folge kann durch eine Ausgliederung nicht des für die Rentnergesellschaft vorgesehenen Vermögens, sondern desjenigen der operativ tätigen Gesellschaft vermieden werden.

#### 3 Asset Deal

Schließlich kann die Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 BetrAVG dadurch verhindert werden, dass der Erwerber einzelne Vermögensbestandteile der operativ tätigen und mit der Versorgungszusage belasteten Gesellschaft im Wege eines Asset Deals erwirbt, sodass die Pensionsverpflichtungen nicht mit übergehen und eine gesamtschuldnerische Mithaftung nach dem Umwandlungsgesetz ausscheidet.

In steuerrechtlicher Hinsicht gilt es aber zu beachten, dass die Veräußerung der einzelnen Assets jedoch stille Reserven aufdeckt, weshalb ein solches Vorgehen nur in Betracht kommt, wenn keine beachtlichen stillen Reserven vorhanden sind oder die veräußernde Gesellschaft über verwertbare Verlustvorträge verfügt.



Dr. Jana Grosbüsch und Dr. Oliver Knodel

## Stimmverbot im Konzern

Das Stimmrecht ist ein wesentliches Recht eines Gesellschafters. Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter ein Stimmrecht und kann in Gesellschafterversammlungen seine Stimme abgeben und an Gesellschafterbeschlüssen mitwirken.

Das GmbHG und AktG beinhaltet dazu allerdings diverse Ausnahmen – im Falle eines Konfliktes zwischen Gesellschaftsinteressen und Individualinteressen soll ein Gesellschafter sein Stimmrecht weder für sich noch für andere ausüben dürfen. Niemand soll in eigener Sache richten. Die Stimmverbote sollen zudem verhindern, dass sich ein Gesellschafter zu Lasten der Gesellschaft Vorteile verschafft.

Sind an Gesellschaften nicht nur natürliche Personen, sondern wiederum Gesellschaften beteiligt, kann eine Befangenheit und ein Interessenkonflikt auf Seiten der beteiligten Gesellschaft selbst als auch auf Seiten der für diese handelnde Person auftreten. Daher sind die Mitglieder der Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften, also Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder in die Prüfung einer Interessenkollision einzubeziehen.

Auch ist es möglich, dass ein Gesellschafter der beteiligten Gesellschaft einen Befangenheitstatbestand erfüllt, und dieser Gesellschafter über seine beteiligte Gesellschaft einen maßgeblichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten nehmen kann. Wird die GmbH von einem anderen Unternehmen (Konzernspitze) beherrscht und soll über ein Rechtsgeschäft der GmbH mit der Konzernspitze ein Beschluss gefasst werden, greift ebenfalls ein Stimmverbot.

Mit Urteil vom 28.11.2023 (Az: II ZR 214/21) hat der BGH für die Aktiengesellschaft zum Stimmrechtsverbot entschieden: In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es nicht um die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den abstimmenen Mehrheitsaktionär, sondern gegen die Organmitglieder der Aktiengesellschaft. Ihnen wurde vorgeworfen, ihre Pflicht auf Veranlassung und zugunsten des herrschenden Unternehmens (Mehrheitsaktionär) verletzt zu haben. Der Mehrheitsaktionär, um dessen unmittelbare Inanspruchnahme es geht, kann den dem Ersatzanspruch zugrundeliegenden Sachverhalt nicht

unbefangen beurteilen. Dies gilt nach Ansicht des BGH auch im faktischen Konzern, wenn Beschlussgegenstand das Zusammenspiel des Mehrheitsaktionärs mit den Organen der abhängigen Gesellschaft zum Nachteil der Gesellschaft und zu seinen Gunsten ist. Daher unterliegt ein herrschendes Unternehmen im faktischen Konzern in der Hauptversammlung in dieser Konstellation einem Interessenkonflikt, was zwingend zu einem Stimmrechtsausschluss führt.

Beschlussgegenstände, in denen das Stimmverbot eingreift, sind

- die Entlastung eines Gesellschafters,
- die Befreiung eines Gesellschafters von einer Verbindlichkeit,
- die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber einem Gesellschafter,
- die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegen einen Gesellschafter.

Unabhängig von etwaigen Interessenkollisionen sind indes Sozialakte wie die Bestellung zum Geschäftsführer, Satzungsänderungen oder der Zustimmungsbeschluss zur Abtretung eines vinkulierten Geschäftsanteils jederzeit zulässig und vom Stimmverbot ausgenommen.

Der Stimmrechtsausschluss betrifft lediglich die Stimmabgabe; die übrigen mitgliedschaftlichen Teilhaberechte (Teilnahme, Rederecht, Antragsrecht etc.) bleiben davon unberührt. Eine rechtsmissbräuchlich, d. h. trotz Vorliegen eines Stimmverbots, abgegebene Stimme ist nach der herrschenden Meinung nichtig.

Wird allerdings das Beschlussergebnis förmlich (durch einen Notar oder durch den Versammlungsleiter) festgestellt, ist der Beschluss nach der herrschenden Meinung existent und kann nur durch eine Anfechtungsklage angegriffen werden.

Allerdings ist der Gesellschafter, der einem Stimmrechtsverbot unterliegt, verpflichtet, sich der Stimmabgabe zu enthalten. Folge eines schuldhaften Verstoßes können Schadenersatzansprüche der Gesellschaft oder einzelner Gesellschafter sein.



**Dr. Jana Grosbüsch**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht  
[jana.grosbuesch@brandi.net](mailto:jana.grosbuesch@brandi.net)



**Dr. Oliver Knodel**

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Zertifizierter Stiftungsberater (DSA)  
[oliver.knodel@brandi.net](mailto:oliver.knodel@brandi.net)

# DR. LUKAS BAUMGARTH PRIVAT

## WARUM BRANDI?

Ich bin in Bielefeld geboren, zur Schule gegangen, habe hier studiert, promoviert und mein Referendariat absolviert. Schon im Referendariat und während der Praktika in meinem Studium habe ich die Kanzlei kennenlernen können

Die Eigenverantwortung in der persönlichen Mandatsbegleitung, gepaart mit der (standortübergreifenden) breit gefächerten fachlichen Kompetenz hat mich überzeugt. Auch bei über das eigene Rechtsgebiet hinausgehenden Fragestellungen weiß man immer eine kompetente Kollegin oder einen kompetenten Kollegen im Team. Das ist nicht nur für die Mandanten, sondern auch für mich persönlich wertvoll.

## WAS TREIBT MICH AN?

Das Arbeitsrecht ist ein weitgehend durch Rechtsprechung und Gesetze reguliertes Rechtsgebiet. Häufig verschwindet das wahre Leben hinter diesen rechtlichen Grenzen. Ich finde es spannend, die tatsächlichen Geschehnisse im Arbeitsleben wahrzunehmen, auf den Einzelfall zu blicken und in den häufig emotional aufgeladenen Situationen eine für beide Parteien zufriedenstellende Lösung, die nicht selten einen kreativen Umgang mit den rechtlichen Vorgaben erfordert, zu erzielen.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Meine Familie mit zwei kleinen Kindern, die nach der Arbeit und am Wochenende ihre Aufmerksamkeit einfordern. Sport, insbesondere das Sportklettern, Skifahren (gern auch mit selbst gebauten Ski) und die jährliche Absolvierung des Deutschen Sportabzeichens in guter Tradition meines Großvaters.

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Viele Jahre meines Lebens habe ich in Bielefeld verbracht und werde hier bald auch wieder wohnen. Aufgewachsen in meiner Kindheit und Jugend bin ich allerdings in Oerlinghausen. Hier wohnen noch viele meiner Freunde und meine Eltern. Daher ist Oerlinghausen für mich „Heimat“. Ein besonderes Highlight hier sind für mich die Schottischen Hochlandrinder in ihren offenen Gehegen in der Wistinghauser Senne.



Dr. Lukas Baumgarth  
Rechtsanwalt  
[lukas.baumgarth@brandi.net](mailto:lukas.baumgarth@brandi.net)

**Bielefeld**

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
T +49 521 96535 - 0  
F +49 521 96535 - 99  
E bielefeld@brandi.net

**Detmold**

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
T +49 5231 9857 - 0  
F +49 5231 9857 - 50  
E detmold@brandi.net

**Gütersloh**

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
T +49 5241 5358 - 0  
F +49 5241 5358 - 40  
E guetersloh@brandi.net

**Paderborn**

Rathenaustraße 96  
33102 Paderborn  
T +49 5251 7735 - 0  
F +49 5251 7735 - 99  
E paderborn@brandi.net

**Minden**

Stiftsallee 4  
32425 Minden  
T +49 571 83706 - 0  
F +49 571 83706 - 66  
E minden@brandi.net

**Hannover**

Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
T +49 511 899379 - 0  
F +49 511 899379 - 77  
E hannover@brandi.net

**Paris**

44, Avenue des Champs Elysées  
F-75008 PARIS  
T +33 1 44 95 20 00  
F +33 1 49 53 03 97  
E info@kleinwenner.eu

**Beijing**

Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Chaoyang  
Beijing (Peking) 100026  
T +86 10 65 89 06 99  
F +86 10 58 13 77 88  
E peking@brandi.net

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.