§§ 35-52

4. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-77312-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

b) Herabsetzung der Bezüge. Für die Frage einer **Herabsetzung der Bezüge** bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ist sowohl die Rechtsgrundlage einer solchen Herabsetzung als auch der hierfür anzuwendende Maßstab in Rspr. und Lit. umstritten. Im Gegensatz zu den Vorstandsmitgliedern einer AG, bei denen durch § 87 Abs. 2 S. 1 AktG geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Herabsetzung ihrer Bezüge vorgenommen werden soll, fehlt für den Personenkreis der Geschäftsführer eine vergleichbare gesetzliche Regelung. Die weitestgehende Auffassung[776] geht von einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 2 AktG für die Herabsetzung der Bezüge eines Geschäftsführers aus. Nach einer einschränkenden Auffassung[777] ist der Maßstab des § 87 Abs. 2 AktG zwar grundlegend heranzuziehen, wobei jedoch strengere Anforderungen an die Herabsetzung der Vergütung eines Geschäftsführers als bei der Vorstandsvergütung zu stellen sind. Demgegenüber wird von einer weiteren Auffassung[778] generell eine Anwendbarkeit des § 87 Abs. 2 AktG für die Frage einer Herabsetzung der Geschäftsführer-Vergütung abgelehnt. In der Rspr. des BGH[779] ist bisher noch keine abschließende Klärung dieser Frage erfolgt, da der BGH einerseits auf die Treuepflicht des Geschäftsführers abstellt, aus der eine Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung einer Herabsetzung der Bezüge bei wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft folgt. Auf der anderen Seite wird zur Begründung dieser Verpflichtung auch auf die für Vorstandsmitglieder geltende Regelung des § 87 Abs. 2 AktG verwiesen, die im Grundsatz auch für Geschäftsführer einer GmbH gelte, und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Umfang sie an der Gesellschaft beteiligt sind. Zuzustimmen ist der Auffassung, wonach eine **analoge Anwendung des § 87 Abs. 2 AktG abzulehnen** ist. Dies folgt unmittelbar aus den Gesetzesmaterialien zur Neuregelung von § 87 Abs. 2 AktG im Rahmen des VorstAG. Hierbei wurde durch den Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt,[780] dass die im Rahmen des VorstAG erfolgten gesetzlichen Neuregelungen der Vorstandsvergütung nicht für die Geschäftsführer einer GmbH gelten, so dass von einer bewusst gewollten Differenzierung zwischen Vorstands- und Geschäftsführer-Vergütung durch den Gesetzgeber auszugehen ist. Der maßgebende Grund hierfür liegt insbesondere darin, dass das bei einer AG bestehende öffentliche Interesse an einer Kontrolle des Aufsichtsrats hinsichtlich der Angemessenheit der Vorstandsbezüge nicht in vergleichbarem Maß für die Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH besteht[781] (auch → Rn. 321 ff.). **342**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Für die Prüfung, ob der Geschäftsführer aufgrund seiner organschaftlichen Treuepflicht gehalten ist, eine Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen, sind folgende Kriterien maßgebend: Es muss eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft eingetreten sein. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn eine existenzgefährdende Notlage der Gesellschaft eingetreten ist und ihr durch die Auszahlung der ungekürzten Vergütung finanzielle Mittel entzogen würden, auf die sie zum wirtschaftlichen Überleben dringend ange- **343**

776 OLG Köln Beschl. v. 6.11.2007 – 18 U 131/07, NZG 2008, 637; OLG Naumburg Urt. v. 16.4.2003 – 5 U 12/03, GmbHR 2004, 423 (424); MHdB GesR III/*Diekmann* § 43 Rn. 24; *Bauder* BB 1993, 369 (372).

777 Henssler/Strohn/*Oetker* Rn. 125; HCL/*Paefgen* Rn. 377; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 34a.

778 Scholz/*Hohenstatt* Rn. 392; *Schönemann,* Die Vergütung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften, 2012, 113, 114; *Mohr* GmbHR 2011, 402 (403); *Lunk/Stolz* NZA 2010, 121 (123); *Döring/Grau* DB 2009, 2139 (2140); *Lindemann* GmbHR 2009, 737 (739 f.).

779 BGH Urt. v. 15.6.1992 – II ZR 88/91, NJW 1992, 2894 (2896); vgl. auch den Beschl. des 1. Strafsenats v. 20.12.1994 – 1 StR 593/94, GmbHR 1995, 654 (655), wonach eine entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 2 AktG iVm § 242 BGB vertreten wird.

780 BT-Drs. 16/13433, 10; vgl. hierzu auch *Wübbelsmann* GmbHR 2009, 988 (990), der darauf verweist, dass der Gesetzgeber in ungewohnter Deutlichkeit hervorgehoben hat, dass die Neuregelung von § 87 AktG auf die GmbH nicht anwendbar sein soll.

781 Zur Kritik an dieser Differenzierung vgl. insbes. *Wübbelsmann* GmbHR 2009, 988 (990 f.); Scholz/*Hohenstatt* Rn. 392 sowie *Baeck/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121 (1125 f.) empfehlen wegen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung zur Herabsetzung der Geschäftsführer-Vergütung die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Anstellungsvertrag, wonach sich eine Herabsetzung der Vergütung nach Maßgabe der für Vorstände geltenden Regelung des § 87 Abs. 2 AktG bestimmt.

wiesen ist.[782] Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt die Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast. Hierfür genügt nicht bereits der allgemeine Hinweis auf eingetretene und in der Zukunft zu besorgende Verluste. Der Umfang und die zeitliche Dauer der Herabsetzung müssen dem Geschäftsführer subjektiv zumutbar sein. Die Frage der Herabsetzung der Bezüge ist hierbei für jeden Geschäftsführer gesondert zu prüfen.[783] Hinsichtlich des Umfangs der Herabsetzung ist darauf zu achten, dass dem Geschäftsführer eine angemessene Vergütung für seine berufliche und wirtschaftliche Existenzgrundlage verbleibt. Im Rahmen dieser Prüfung ist auch zu berücksichtigen, dass die variable Vergütung des Geschäftsführers in aller Regel aufgrund der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft entfällt. Sollte die variable Vergütung einen wesentlichen Anteil der Gesamt-Bezüge des Geschäftsführers ausmachen, so ist dies bei der Entscheidung über die zur Herabsetzung allein noch verbleibenden Festbezüge des Geschäftsführers zu berücksichtigen. Die Dauer einer Herabsetzung der Bezüge ist auf den Zeitpunkt zu befristen, bis zu welchem bei vernünftiger Prognose von einer wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft auszugehen ist. Aus diesem Grund ist eine zeitlich und inhaltlich unbefristete Herabsetzung der Bezüge unzulässig, da dieses Instrument nur dafür eingesetzt werden darf, um einen vorübergehenden Beitrag des Geschäftsführers zur Überwindung einer existenzgefährdenden Krise der Gesellschaft herbeizuführen, nicht jedoch zum Zwecke einer dauerhaften Herabsetzung der Vergütung auf ein aus Sicht der Gesellschaft angemessenes Maß.[784]

344 **5. Anspruch auf Vergütung ohne Erbringung der Dienstleistung. a) Erkrankung des Geschäftsführers.** Für die Fälle der Erkrankung oder sonstigen unverschuldeten Dienstverhinderung des Geschäftsführers erfolgt üblicherweise im Anstellungsvertrag eine Regelung, bis zu welcher Dauer und in welchem Umfang ein Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge besteht.[785] Fehlt eine solche vertragliche Regelung, so steht dem Geschäftsführer ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung gem. § 616 BGB zu, da diese Vorschrift nicht nur für Arbeitsverhältnisse, sondern auch für Dienstverhältnisse gilt.[786] Dagegen besteht kein Anspruch nach § 3 EFZG, da der Personenkreis der Geschäftsführer vom persönlichen Anwendungsbereich des EFZG ausgeschlossen ist, das nach § 1 Abs. 2 EFZG nur für den Personenkreis der Arbeitnehmer gilt. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 EFZG ist die Dauer der Vergütungsfortzahlung durch § 616 BGB nicht bis zu einem festen Zeitraum bestimmt, vielmehr besteht der Anspruch für „eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit". Zur Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird maßgebend auf das Verhältnis zwischen der Dauer des Dienstverhältnisses und der Dauer der Verhinderungszeit abgestellt,[787] wobei für den Personenkreis der Dienstverpflichteten, die nicht unter den Geltungsbereich des EFZG fallen, der dortige Sechswochenzeitraum als Orientierungsmaßstab herangezogen

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

782 OLG Düsseldorf Urt. v. 7.12.2011 – 16 U 19/10, GmbHR 2012, 332 (335); HCL/*Paefgen* Rn. 378; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 34a; *Mohr* GmbHR 2011, 402 (403); *Lindemann* GmbHR 2009, 737 (741), der von einer „qualifizierten" Krise spricht.

783 OLG Naumburg Urt. v. 16.4.2003 – 5 U 12/03, GmbHR 2004, 423 (424); HCL/*Paefgen* Rn. 378.

784 Auch zu den durch das VorstAG deutlich reduzierten Anforderungen an eine Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG ist anerkannt – *Bauer/Arnold* AG 2009, 717 (726); *Thüsing* AG 2009, 517 (523); *Diller* NZG 2009, 1006 (1008); so bereits bisher zu § 87 Abs. 2 AktG: MüKoAktG/*Spindler* AktG § 87 Rn. 99, dass die Befugnis des Aufsichtsrats zur Herabsetzung der Vorstandsvergütung ein gesetzlicher Notbehelf zur Überwindung einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft darstellt und daher kein Instrument, um eine nachträgliche Angemessenheitsprüfung einer aus Sicht der Gesellschaft überhöhten Vergütung vorzunehmen.

785 Zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. *Jaeger,* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 128 ff.

786 Scholz/*Hohenstatt* Rn. 435; HCL/*Paefgen* Rn. 394; MüKoBGB/*Henssler* BGB § 616 Rn. 11; ErfK/*Dörner* BGB § 616 Rn. 2.

787 BAG Beschl. v. 17.12.1959 – GS 2/59, AP BGB § 616 Nr. 21; Soergel/*Kraft* BGB § 616 Rn. 22; *Löwisch* DB 1979, 209 (210). Demgegenüber wird in der Lit. – MüKoBGB/*Henssler* BGB § 616 Rn. 54; Staudinger/*Oetker,* 2019, BGB § 616 Rn. 96 – statt einem dienstzeitbezogenen Maßstab auf eine ereignisbezogene Prüfung abgestellt, wonach die Dauer der Vergütungsfortzahlung sich nach der Ursache des Leistungshindernisses bestimmen soll.

wird.[788] Hinsichtlich des Umfangs der fortzuzahlenden Vergütung gilt das Entgeltausfallprinzip, wonach der Geschäftsführer einen Anspruch auf die Vergütung hat, welche er bezogen hätte, wenn er nicht an der Erbringung seiner Dienstleistung verhindert gewesen wäre.[789] Dies umfasst auch die variablen Vergütungsansprüche, welche daher für die Dauer der krankheitsbedingten Dienstverhinderung grundsätzlich nicht gekürzt werden können. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass § 616 BGB abdingbar ist,[790] so dass vertraglich eine Kürzung der Vergütung vereinbart werden kann. Dies erfolgt in der Praxis zum Teil durch Herausnahme der variablen Vergütung aus den fortzuzahlenden Bezügen bei einer längerfristigen Dienstverhinderung.

345 **b) Urlaub des Geschäftsführers.** Auch zum **Urlaub des Geschäftsführers** besteht üblicherweise eine vertragliche Regelung, in welcher die Dauer des jährlichen Erholungsanspruchs festgelegt wird, während der eine Fortzahlung der vertragsgemäßen Bezüge erfolgt. Fehlt eine solche vertragliche Regelung, so kann aus dem BUrlG kein Anspruch des Geschäftsführers auf Gewährung von Erholungsurlaub hergeleitet werden, da das BUrlG gem. § 2 BUrlG nur für den Personenkreis der Arbeitnehmer gilt (→ Rn. 300). Es ist jedoch allgemein anerkannt,[791] dass dem Geschäftsführer aufgrund der Fürsorgepflicht der Gesellschaft ein Anspruch auf Gewährung eines angemessenen Erholungsurlaubs zusteht und für diesen Erholungszeitraum die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen ist. Hieraus folgt auch ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung,[792] sofern der Geschäftsführer den Erholungsurlaub wegen vorzeitiger Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr in Anspruch nehmen konnte.

346 **c) Vergütung nach erfolgter Abberufung.** Aus einer Abberufung des Geschäftsführers folgt nach dem Prinzip der Trennung zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis grundsätzlich keine Beendigung des Anstellungsvertrags, der daher bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer bzw. dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortbesteht (→ Rn. 409). Für die **Dauer zwischen Abberufung und Beendigung des Anstellungsvertrags** erfolgt in aller Regel eine **Freistellung des Geschäftsführers** durch die Gesellschaft, da die Erbringung der vertraglich vereinbarten Dienste durch den Geschäftsführer aufgrund seiner Abberufung ausgeschlossen ist (→ Rn. 309). Da sich die Gesellschaft wegen der Nichtannahme der vereinbarten Dienste des Geschäftsführers in Annahmeverzug befindet, hat sie ihm nach § 615 S. 1 BGB die vertragsgemäße Vergütung fortzuzahlen.[793] Sofern von Seiten der Gesellschaft keine Erklärung erfolgt, aus welcher zu entnehmen ist, dass sie nicht mehr zur Entgegennahme der vereinbarten Dienste durch den Geschäftsführer bereit ist (zB Freistellung), hat dieser seine Arbeitskraft nochmals anzubieten, um den Annahmeverzug der Gesellschaft zu begründen, wobei hierfür ein wörtliches Angebot genügt.[794] Wurde im Zusammenhang mit der Abberufung eine fristlose Kündigung durch

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

788 ErfK/*Dörner* BGB § 616 Rn. 10a; *Haase* GmbHR 2005, 1260 (1266 f.); *Jaeger,* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 140.

789 MüKoBGB/*Henssler* BGB § 616 Rn. 56; *Linck* in Schaub ArbR-HdB § 97 III 1.

790 BAG Urt. v. 25.4.1960 – 1 AZR 16/58, AP BGB § 616 Nr. 23; ErfK/*Dörner* BGB § 616 Rn. 13; MüKoBGB/*Henssler* BGB § 616 Rn. 60.

791 HCL/*Paefgen* Rn. 478; Scholz/*Hohenstatt* Rn. 401; *Goette/Goette* GmbH § 8 III Rn. 131, *Haase* GmbHR 2005, 338 (342 f.).

792 OLG Düsseldorf Urt. v. 23.12.1999 – 6 U 119/99, NJW-RR 2000, 768 (769); HCL/*Paefgen* Rn. 478; *Lohr* NZG 2001, 826 (835).

793 Scholz/*Hohenstatt* Rn. 444; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 38 Rn. 25; *Stöhr* NZA 2020, 1439 (1443); aA *Lunk/Rodenbusch* NZA 2011, 497 (499), die § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB für die einschlägige Anspruchsnorm halten.

794 Nach BGH Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288) ist ein tatsächliches Angebot dann nicht erforderlich, wenn die Gesellschaft erkennen lässt, dass sie unter keinen Umständen bereit ist, den Geschäftsführer weiter zu beschäftigen. Dies soll – nach BGH – bereits dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft durch die Abberufung des Geschäftsführers und anschließende Bestellung eines Nachfolgers zum Ausdruck gebracht hat, dass für sie eine Geschäftsführertätigkeit des abberufenen Geschäftsführers nicht mehr in Frage kommt; so auch OLG München Urt. v. 21.7.2021 – 7 U 2465/18, AG 2021, 922 (923).

die Gesellschaft ausgesprochen, deren Unwirksamkeit im Rahmen eines hierüber geführten Kündigungsrechtsstreits festgestellt wird, so liegt das den Annahmeverzug begründende Angebot der Arbeitskraft bereits in der Klage gegen die fristlose Kündigung, da der Geschäftsführer hierdurch sowohl sein Festhalten am Anstellungsvertrag als auch seine vertragliche Leistungsbereitschaft hinreichend deutlich gegenüber der Gesellschaft zum Ausdruck bringt.[795]

347 Die von der Gesellschaft für den Annahmeverzugszeitraum fortzuzahlenden Vergütungen umfassen sowohl die festen als auch variablen Bezüge[796] sowie die Gewährung von Naturalleistungen, zu denen insbesondere die Stellung eines Dienstwagens verbunden mit der Zulassung einer privaten Nutzung zählt.[797] In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass § 615 S. 1 BGB anerkanntermaßen[798] abdingbar ist, so dass durch vertragliche Regelungen der Umfang der während des Annahmeverzugs fortzuzahlenden Vergütungen abweichend geregelt werden kann. Dies erfolgt in der Praxis zum Teil für den Bereich der variablen Vergütungen, hinsichtlich derer pauschalierende oder reduzierte Vergütungen im Fall einer Freistellung nach erfolgter Abberufung des Geschäftsführers festgelegt werden.[799] In gleicher Weise anzutreffen sind einschränkende Regelungen, wonach der Geschäftsführer im Fall seiner Freistellung zur Rückgabe des Dienstwagens verpflichtet ist. Da der Anspruch auf Nutzung eines Dienstwagens bei einer solchen vertraglichen Regelung durch die Freistellung entfällt, besteht daher auch kein Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers wegen der durch die Rückgabe des Dienstwagens entgehenden Privatnutzung.[800]

348 Die Frage, ob das Bestehen des Annahmeverzugs von der Gesellschaft dadurch aufgehoben werden kann, dass dem Geschäftsführer nach erfolgter Abberufung eine **andere leitende Stellung** unterhalb der Geschäftsführungsebene bis zum Ablauf der Vertragsdauer

---

795 So die gefestigte arbeitsgerichtliche Rspr. zur Frage des Annahmeverzugs nach erfolgter Kündigung; vgl. BAG Urt. v. 24.11.1994 – 2 AZR 179/94, NZA 1995, 263 (265); Urt. v. 21.1.1993 – 2 AZR 309/92, NZA 1993, 550 (551); Urt. v. 19.4.1990 – 2 AZR 591/89, NZA 1991, 228 (229 f.). Demgegenüber verlangen auch in Kündigungsfällen ein tatsächliches Angebot Noack/Servatius/Haas/*Beurskens* § 38 Rn. 98; *Lohr* NZG 2001, 826 (835). Da jedoch nach der Rspr. (BGH Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288)), OLG München, Urt. v. 21.7.2021 – 7 U 2465/18, AG 2021, 922 (923); ein Angebot entbehrlich ist, wenn die Gesellschaft erkennen lässt, dass sie unter keinen Umständen bereit ist, den Geschäftsführer weiter zu beschäftigen, ist von einer solchen Sachlage im Fall einer fristlosen Kündigung regelmäßig auszugehen.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

796 ErfK/*Preis* BGB § 615 Rn. 77; MüKoBGB/*Henssler* BGB § 615 Rn. 35; Scholz/*Hohenstatt* Rn. 444; HCL/*Paefgen* Rn. 398.

797 Im Fall einer vertragswidrigen Entziehung des Dienstwagens steht dem Geschäftsführer daher ein Schadensersatzanspruch für die entgangene Privatnutzung zu, BGH Urt. v. 25.2.1991 – II ZR 76/90, NJW 1991, 1681 (1682 f.); Scholz/*Hohenstatt* Rn. 444. Zur Schadensberechnung vgl. BAG Urt. v. 16.11.1995 – 8 AZR 240/95, NZA 1996, 415 (416 f) sowie *Meier* NZA 1999, 1083 (1084 f.).

798 BAG Urt. v. 10.1.2007 – 5 AZR 84/06, NZA 2007, 384 (386); Urt. v. 5.9.2002 – 8 AZR 702/01, NZA 2003, 973 (974); ErfK/*Preis* BGB § 615 Rn. 8; MüKoBGB/*Henssler* BGB § 615 Rn. 10, der jedoch zutr. darauf verweist, dass der Umfang abbedungener Vergütungsbestandteile einer Billigkeitskontrolle unterliegt, MüKoBGB/*Henssler* BGB § 615 Rn. 11. Nach LG Düsseldorf Urt. v. 23.12.2010 – 15 O 276/10, AE 2011, 117 (118) ist es zulässig, durch entsprechende Klausel im Anstellungsvertrag zu regeln, dass dem Geschäftsführer im Fall seiner Abberufung und Freistellung nur noch das Festgehalt zusteht, während die variable Vergütung entfällt. Dies lässt sich jedoch nicht verallgemeinern, vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, welchen Anteil die variable Vergütung an der Gesamtvergütung hat. Dies gilt insbesondere für den Personenkreis von Geschäftsführern, deren Anstellungsverträge dem Schutz der AGB-Bestimmungen unterliegt (→ Rn. 287), da in einer solchen Klausel eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 Abs. 2 BGB liegen kann.

799 Zu den Anforderungen an derartige Vertragsklauseln im Hinblick auf das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB vgl. *Bauer/Arnold* ZIP 2006, 2337 (2340); zu Formulierungsvorschlägen vgl. *Bauer/Göpfert/Siegrist* DB 2006, 1774 (1776).

800 Nach BAG Urt. v. 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616 (617) ist eine vertragliche Klausel auch unter Anwendung der AGB-Kontrolle rechtswirksam, welche die Verpflichtung zur Rückgabe des Dienstwagens im Fall der Freistellung vorsieht; dies gilt auch dann, wenn der Dienstwagen vertragsgemäß auch zu privaten Zwecken genutzt werden durfte. BAG Urt. v. 5.9.2002 – 8 AZR 702/01, NZA 2003, 973 (975 f.); zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten einer Verpflichtung zur Rückgabe des Dienstwagens im Fall der Freistellung vgl. *Jaeger,* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 148 und 151 f.

angeboten wird, ist umstritten. Während ein solches Vorgehen zum Teil für zulässig gehalten wird[801] lehnt die überwiegende Auffassung[802] dies zutreffend mit der Begründung ab, dass der Anstellungsvertrag die Übertragung der Tätigkeit eines Geschäftsführers zum Inhalt hat, so dass der abberufene Geschäftsführer keine Tätigkeit unterhalb der Organebene schuldet. Von diesem Grundsatz ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Geschäftsführer den Verlust seiner Organstellung pflichtwidrig verschuldet hat. Auch wenn nach § 38 Abs. 1 der Grundsatz der freien Abberufung des Geschäftsführers gilt, ist für die Frage der Zumutbarkeit der Annahme einer Tätigkeit unterhalb der Organebene im Rahmen des § 615 S. 1 BGB zu berücksichtigen, ob der Geschäftsführer durch erhebliche Leistungsmängel oder Pflichtverletzungen seine Abberufung durch die Gesellschaft verursacht hat. In diesem Fall besteht eine Obliegenheit des Geschäftsführers zur Übernahme einer angemessenen Leitungsposition unterhalb der Organebene, wenn er nach erfolgter Abberufung die Vergütungsansprüche bis zum Ablauf des Anstellungsvertrags geltend macht. Liegen jedoch keine schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Geschäftsführers vor oder erfolgte die Abberufung aus unternehmensbedingten Gründen, so ist der Geschäftsführer nicht gehalten, eine Tätigkeit unterhalb der Organebene zu übernehmen, vielmehr bleibt die Gesellschaft aufgrund des von ihr herbeigeführten Annahmeverzugs nach § 615 S. 1 BGB zur Erbringung der vereinbarten Vergütungsleistungen verpflichtet. Der Geschäftsführer hat sich jedoch gem. § 615 S. 2 BGB einen während des Annahmeverzugszeitraums erzielten Zwischenverdienst aus selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit auf die Bezüge anrechnen zu lassen und schuldet der Gesellschaft die hierfür erforderlichen Auskünfte. Aus der gesetzlichen Anrechnungsregelung des § 615 S. 2 BGB folgt zugleich, dass die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit durch den Geschäftsführer zu keiner Beendigung des Annahmeverzugs der Gesellschaft bis zum Ablauf der Vertragsdauer führt. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer bei einem anderen Unternehmen in ein Anstellungsverhältnis auf feste Vertragsdauer getreten ist. In diesem Fall tritt kein den Annahmeverzug ausschließendes Unvermögen iSd § 297 BGB des Geschäftsführers an, da nach der insoweit vorrangigen, weil spezielleren, Regelung des § 615 S. 2 Alt. 2 BGB durch den Gesetzgeber lediglich eine Anrechnung der Einkünfte bestimmt ist, welche aus dem neuen Anstellungsverhältnis erzielt werden, dagegen keine Aufhebung des Annahmeverzugs mit Beginn des neuen Anstellungsverhältnisses eintritt.[803]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

349 **6. Abtretung der Vergütungsansprüche.** Der Geschäftsführer kann nach § 398 BGB seine Vergütungsansprüche an Dritte abtreten. In einer solchen Abtretung liegt grundsätzlich **keine Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach § 85.** Während dies für die Abtretung der Ansprüche auf die Festvergütung selbstverständlich ist, könnten Bedenken im Hinblick auf die Geheimhaltungspflicht bei der Abtretung von Ansprüchen auf variable Vergütung eintreten. In diesem Fall ist der Geschäftsführer nämlich nach § 402 BGB verpflichtet, dem neuen Gläubiger die Unterlagen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, auf deren Grundlage die Berechnung der variablen Vergütung erfolgt. Gleichwohl ist für den Hauptanwendungsfall der variablen Vergütung in Form der Gewinntantieme kein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft gegeben, das einer Abtretung dieser Vergütungsansprüche entgegensteht. Der Grund hierfür liegt darin, dass der maßgebliche Gewinn sowohl einer GmbH (vgl. § 325 HGB) als auch der GmbH & Co. KG (vgl. § 264a HGB) im

801 OLG Karlsruhe Urt. v. 25.8.1995 – 15 U 286/94, GmbHR 1996, 208 (209); *Bork* NZA 2015, 199 (201).

802 Scholz/*Hohenstatt* Rn. 441; Noack/Servatius/Haas/*Beurskens* § 38 Rn. 101; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 38 Rn. 25; *Lunk/Rodenbusch* NZA 2011, 497 (498); *Kothe-Heggemann/Schelp* GmbHR 2011, 75 (77); *Bauer/Gragert* ZIP 1997, 2177 (2183); *Röder/Lingemann* DB 1993, 1341 (1347).

803 OLG München Urt. v. 21.7.2021 – 7 U 2466/18 – NZG 2021, 1262 (1263); OLG Hamm Urt. v. 28.8.2017 – 7 U 3/17 – AG 2018, 45 (46 f.), wonach die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit weder ein vorübergehendes noch ein endgültiges Leistungshindernis iSd § 297 BGB darstellt. Das OLG Hamm verweist zusätzlich darauf, dass nach § 615 S. 2 BGB eine Obliegenheit zur Aufnahme anderweitiger zumutbarer Tätigkeiten besteht, andernfalls der Geschäftsführer riskiert, dass ihm ein „böswilliges Unterlassen" iSd § 615 S. 2 BGB der Erzielung anderweitiger Einkünfte entgegengehalten würde.

Jahresabschluss zu publizieren ist, so dass insoweit ohnehin eine Offenlegungspflicht der Gesellschaft besteht.[804] Auch für die Fälle, in denen durch Mitteilung der Berechnungsgrundlagen für die variable Vergütung solche Tatsachen offenbart werden, die nicht der Publizitätspflicht unterliegen, besteht kein Ausschluss der Abtretbarkeit des Vergütungsanspruchs. Will sich die Gesellschaft im Hinblick auf ihr Geheimhaltungsinteresse gegen eine Offenlegung der Berechnungsgrundlagen aufgrund einer Abtretung schützen, so muss sie den vertraglichen Ausschluss der Abtretung nach § 399 Alt. 2 BGB mit dem Geschäftsführer vereinbaren.[805]

350 **7. Pfändungsschutz für die Geschäftsführer-Vergütung.** Der nach §§ 850 ff. ZPO für Arbeitseinkommen bestehende **gesetzliche Pfändungsschutz gilt auch für die Vergütung der Geschäftsführer.** Dies gilt uneingeschränkt für den Personenkreis der Fremd-Geschäftsführer, da die Vergütungsleistungen ebenso wie bei Arbeitnehmern ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage bildet.[806] Die in der Rspr.[807] für die Gesellschafter-Geschäftsführer noch vorgenommene Differenzierung zwischen minderzeitlicher oder mehrheitlicher Beteiligung wird innerhalb der Lit.[808] nicht aufrechterhalten, sondern für eine generelle Anwendung der Pfändungsschutzbestimmungen auf alle Gesellschafter-Geschäftsführer plädiert, da ihre Dienste für die Gesellschaft unabhängig vom Umfang der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung die Grundlage ihrer Erwerbstätigkeit bilden, so dass die hieraus folgende Vergütung in gleicher Weise wie bei den Fremd-Geschäftsführern ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt.

351 **8. Verjährung der Vergütungsansprüche.** Für die Verjährung der Vergütungsansprüche des Geschäftsführers gilt die **dreijährige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB.** Für den Beginn dieser Verjährungsfrist gilt § 199 BGB, wonach die Frist mit dem Ende des Jahres zu laufen beginnt, in welchem der Anspruch entstanden ist.

352 **9. Gerichtliche Geltendmachung der Vergütungsansprüche. a) Urkundsklage.** Für die gerichtliche Geltendmachung von Vergütungsansprüchen des Geschäftsführers ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und hierbei gem. § 95 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GVG der Kammer für Handelssachen des Landgerichts als Eingangsinstanz gegeben (→ Rn. 313). Hinsichtlich der Verfahrensart ist in Rspr. und Lit. umstritten, ob die **Geltendmachung der Vergütungsansprüche im Wege der Urkundsklage** (§§ 592 ff. ZPO) statthaft ist. Dies wird zum Teil unter Hinweis darauf abgelehnt,[809] dass es sich bei den geltend gemachten Vergütungen um Brutto-Beträge handelt, so dass der an die Geschäftsführer auszuzahlende Netto-Betrag erst nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsabgaben feststeht. Dieser Umstand steht jedoch nach zutreffender Auffassung[810] der Statthaftigkeit einer Urkundsklage zur Durchsetzung der Vergütungsansprüche nicht entgegen. Aus § 592 ZPO ist nämlich keine Beschränkung der Urkundsklage auf bestimmte Zahlungsansprüche zu entnehmen. Da die Vergütungsklage grundsätzlich auf den Brutto-Betrag der geschuldeten

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[804] BGH Urt. v. 8.11.1999 – II ZR 7/98, NJW 2000, 1329 (1330); Urt. v. 20.5.1996 – II ZR 190/95, NJW 1996, 2576 (2577); OLG Köln Urt. v. 20.9.1999 – 16 U 25/99, BB 1999, 2577 (2578); Scholz/*Hohenstatt* Rn. 393; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 35; *Armbrüster* GmbHR 1997, 56 (58, 59).

[805] Scholz/*Hohenstatt* Rn. 393 unter Bezugnahme auf die insoweit vergleichbare Rspr. des BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, ZIP 2007, 619 (621) zum Schutz des Bankgeheimnisses.

[806] BGH Beschl. v. 24.11.1980 – II ZR 183/80, NJW 1981, 2465 (2466); Beschl. v. 17.11.1997 – II ZR 367/96, DStR 1998, 576 (577); Scholz/*Hohenstatt* Rn. 394; HCL/*Paefgen* Rn. 319.

[807] BGH Urt. v. 8.12.1977 – II ZR 219/75, NJW 1978, 756.

[808] HCL/*Paefgen* Rn. 319; Scholz/*Hohenstatt* Rn. 394 Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 35.

[809] OLG Düsseldorf Urt. v. 2.3.2005 – I-3 U 3/05, GmbHR 2005, 991 (992); *Schönhöft* GmbHR 2008, 95 (96).

[810] OLG Celle Urt. v. 11.3.2009 – 9 U 138/08, BeckRS 2009, 09782; OLG Rostock Urt. v. 5.1.2005 – 6 U 122/04, BeckRS 2005, 30348467; OLG München Urt. v. 21.9.2011 – 7 U 4956/10, AG 2012, 295 (296 f.); Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 50; Musielak/Voit/*Voit* ZPO § 592 Rn. 5; *Reiserer/Peters* DB 2008, 167 (172); *Pesch* NZA 2002, 957 (958); *Pröpper* BB 2003, 202 (203); *Fischer* NJW 2003, 333 (334).

Bezüge zu erheben ist, sind die Abzüge für Steuern und Sozialversicherungsabgaben erst im Rahmen der Vollstreckung nach § 775 Nr. 5 ZPO bei entsprechendem Nachweis der durch die Gesellschaft entrichteten Abgaben zu berücksichtigen. Selbst wenn man den Abzug von Steuern und Sozialversicherungsabgaben bereits im Erkenntnisverfahren berücksichtigt, so handelt es sich hierbei um Einwendungen gegen den urkundlich belegten Anspruch auf Brutto-Vergütung, die daher vom Schuldner und damit der Gesellschaft erhoben und belegt werden müssen.

353 Für den Fall, dass nach fristloser Kündigung durch die Gesellschaft von Seiten des Geschäftsführers die Vergütungsansprüche im Wege der Urkundsklage geltend gemacht werden, stellt sich die **Frage der Aussetzung des Urkundsprozesses bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits.** Da die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers vom Fortbestand seines Anstellungsverhältnisses abhängen, ist eine Vorgreiflichkeit des Kündigungsrechtsstreits gegeben, so dass nach § 148 ZPO über die Aussetzung der Urkundsklage bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu entscheiden ist. Da auch für das Urkundsverfahren die allgemeinen Verfahrensvorschriften gelten und keine von § 148 ZPO abweichende Sonderregelung durch die §§ 592 ff. ZPO erfolgt ist, kann grundsätzlich auch im Urkundsverfahren eine Aussetzung nach § 148 ZPO erfolgen.[811] Im Rahmen der hierbei vorzunehmenden Ermessensentscheidung über die Aussetzung nach § 148 ZPO ist jedoch die gesetzgeberische Zwecksetzung des Urkundsprozesses zu berücksichtigen, welche darin besteht, bei der Geltendmachung urkundlich belegter Ansprüche dem Kläger in einem beschleunigten Verfahren einen Vollstreckungstitel zu verschaffen, während der Schuldner auf die Einwendungen im Nachverfahren verwiesen ist. Im Hinblick hierauf ist von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis auszugehen, wonach eine Aussetzung der Urkundsklage nach § 148 ZPO in der Regel ausscheidet und nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen vorzunehmen ist, da andernfalls der gesetzgeberische Zweck des Urkundsprozesses vereitelt würde.[812]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

354 **b) Stufenklage.** Zur Geltendmachung der **variablen Vergütung** kann die Erhebung einer **Stufenklage** (§ 254 ZPO) erforderlich sein, wenn zunächst von Seiten der Gesellschaft eine Rechnungslegung über die zur Ermittlung der variablen Vergütung maßgebenden Geschäftsergebnisse vorzunehmen ist, auf deren Grundlage sodann in zweiter Stufe der bezifferte Vergütungsanspruch geltend gemacht werden kann.

VI. Versorgungszusage für den Geschäftsführer

Schrifttum: *Ahrend/Förster/Rößler,* Zur Insolvenzsicherung von Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, GmbHR 1980, 229; *Arteaga,* Checkbuch Geschäftsführer-Altersversorgung, 2000; *Diller/Arnold/Kern,* Abdingbarkeit des Betriebsrentengesetzes für Organmitglieder, GmbHR 2010, 281; *Diller/Arnold,* Neue Spielregeln für Pensionszusagen an Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, DB 2019, 608; *Doetsch/Lenz,* Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und Vorstände, 11. Aufl. 2020; *Donnermuth/Killert/Linden,* Altersversorgung für Unternehmer und Geschäftsführer 2016; *Fonk,* Altersversorgung von Organmitgliedern im Umbruch, ZGR 2009, 413; *Förster/Heger,* Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, DStR 1994, 507; *Goette,* Zur Insolvenzsicherung von Versorgungszusagen für „Mitunternehmer", ZIP 1997, 1317; *Heidemann,* Altersversorgung für Geschäftsführer-Gesellschafter, DB-Beil. 25/1985, 3; *Heubeck/Schmauck,* Die Altersversorgung der Geschäftsführer in GmbH und GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 1998; *Höfer/Abt,* Insolvenzsicherung des zu 50 % beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers, DB 1985, 2185;

811 BGH Urt. v. 8.1.2004 – III ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000 (1001); KG Beschl. v. 10.10.2006 – 8 W 55/06, MDR 2007, 736 (737).

812 Nach BGH Urt. v. 8.1.2004 – III ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000 (1001) kommt eine Aussetzung des Urkundenprozesses nach § 148 ZPO nur unter besonderen Umständen in Betracht. Allein die Gefahr widersprechender Entscheidungen zwischen Kündigungsrechtsstreit ./. Urkundsprozess begründet dabei noch keine „besonderen Umstände", welche die Aussetzung nach § 148 ZPO rechtfertigen; so aber KG Beschl. v. 10.10.2006 – 8 W 55/06, MDR 2007, 736 (737), da eine solche Gefahr immer besteht und daher regelmäßig zur Aussetzung des Urkundsprozesses führen würde. Es müssen daher weitergehend besondere Umstände vorgetragen werden; so auch *Seidel/Schönhöft* GmbHR 2005, 1113 (1115); grds. gegen eine Aussetzung des Urkundsprozesses OLG Hamm Urt. v. 9.10.1975 – 10 U 140/75, NJW 1976, 246; Zöller/*Greger* ZPO Vor § 592 Rn. 3; Stein/Jonas/*Schlosser* ZPO § 595 Rn. 6; Thomas/Putzo/*Reichold* ZPO § 148 Rn. 6.

Intemann, Die Rechtsfigur der Überversorgung bei einer Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer, NZA-Beil. 3/2012, 83; *Jaeger,* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2016, 189; *Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Betz-Rehm,* Kommentar zum BetrAVG, 8. Aufl. 2018; *Klümpen-Neusel,* Betriebliche Altersversorgung für GmbH-Geschäftsführer, 2006; *Langohr-Plato,* Betriebliche Altersversorgung, 7. Aufl. 2016; *Moll,* Zur Insolvenzsicherung der Betriebsrenten von Gesellschafter-Geschäftsführern, ZIP 1980, 422; *Neef,* Die Anwendung des Betriebsrentengesetzes auf Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1978, 314; *Pfirrmann,* Verdeckte Gewinnausschüttungen: Fragen der Erdienbarkeit bei Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, DB 2019, 984; *Pradl,* Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2013; *Reuter,* Direktversicherung für den Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH, GmbHR 1985, 28; *Stöhr,* Betriebliche Altersversorgung für GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 2012, 354; *Thüsing/Granetzny,* Zur Abdingbarkeit des BetrAVG bei Organmitgliedern, NZG 2010, 449; *Uckermann,* Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer bzw. Vorstände von Kapitalgesellschaften, NZA 2012, 434; *Uckermann/Heilck,* Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, NZA 2014, 1187; *Wehner,* Die Ablösung von Versorgungszusagen gegenüber Organmitgliedern im Kontext von M&A Transaktionen, DB 2020, 2017.

355 **1. Rechtsgrundlagen von Versorgungsansprüchen. a) Gesetzliche Ausgangslage.** Grundsätzlich besteht **keine gesetzliche Verpflichtung** der Gesellschaft **zur Erteilung einer Versorgungszusage** auf Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung für den Geschäftsführer. Eine solche Verpflichtung besteht auch nicht gegenüber den Geschäftsführern, die unter den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG fallen (→ Rn. 358 ff.), da die gesetzlichen Regelungen nur für den Fall einer durch die Gesellschaft erteilten Versorgungszusage im Hinblick auf deren Inhalt und Bestandsschutz gelten, während für die vorgelagerte Frage, ob überhaupt eine Versorgungszusage erfolgt, keine gesetzliche Verpflichtung besteht. Von der Erteilung einer Versorgungszusage zu unterscheiden ist die **Entgeltumwandlung** zum Zweck der späteren Auszahlung als Versorgungsbezüge (sog. deferred compensation). Hierbei erfolgt eine vom Geschäftsführer selbst finanzierte Altersversorgung in der Weise, dass Teile seiner Vergütung auf ein Versorgungskonto nach Maßgabe des hierfür bestehenden Versorgungsplans eingebracht werden. Für die unter den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG fallenden Geschäftsführer besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Entgeltumwandlung für ihre Altersversorgung gem. § 17 Abs. 1 S. 3 iVm § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG, wobei dieser Anspruch der Höhe nach aber nur bis zu 4 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung reicht.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

356 **b) Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.** Für den Fall, dass die Gesellschaft zu Gunsten mehrerer Geschäftsführer eine Versorgungszusage erteilt hat, kann sich für den hiervon ausgenommenen Geschäftsführer ein Anspruch auf Erteilung einer wertgleichen Versorgungszusage aus dem **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** ergeben. Ebenso wie für den Bereich der Vergütung (→ Rn. 324) sind der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes jedoch auch im Bereich von Versorgungsleistungen enge Grenzen gesetzt. Danach scheidet die Begründung eines Anspruchs auf Versorgungsleistungen über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in aller Regel aus,[813] da die Vergütungs- und Versorgungsleistungen der Gesellschaft für ihre Geschäftsführer weitgehend nach individuellen Kriterien unter Berücksichtigung ihrer Stellung und Aufgabenbereiche vereinbart werden, so dass es bereits am Vorliegen inhaltlich gleichgelagerter Sachverhalte fehlt. Eine Ausnahme im Sinne einer Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist jedoch dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsführern nach einheitlichen Bedingungen eine Versorgungszusage erteilt (zB Basisversorgung in gleicher Höhe, welche pro erfülltem Dienstjahr um einen festen Prozentsatz bis zu einer bestimmten Obergrenze ansteigt). In einem solchen Fall ist es der Gesellschaft

[813] BGH Urt. v. 5.10.1978 – II ZR 53/77, WM 1978, 1402 (1403); HCL/*Paefgen* Rn. 431; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 36; MHdB GesR III/*Diekmann* § 43 Rn. 38, die zutr. darauf verweisen, dass aus der Erteilung von Versorgungszusagen an leitende Angestellte grundsätzlich kein Anspruch der Geschäftsführer abgeleitet werden kann. IdS auch BAG Urt. v. 21.10.2009 – 10 AZR 664/08, NZG 2010, 632 (635), wonach der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt ist, wenn die Gesellschaft nur den Mitarbeitern bestimmter Hierarchie-Ebenen eine Versorgungszusage erteilt.