

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG Band 2: §§ 35-52

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, und Prof. Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Rechtsanwalt, Die Bearbeiter des zweiten Bandes: Dr. Ingo Drescher, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Dr. Andreas Heidinger, Rechtsanwalt, Reinhard Hillmann, Richter am Oberlandesgericht a.D., Dr. Georg Jaeger, Rechtsanwalt, Dr. Thomas Liebscher, Rechtsanwalt, Dr. Gottfried Löwisch, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Prof. Dr. Gerald Spindler, Katharina Steinbrück, LL.M., Rechtsanwältin, Dr. Klaus-Dieter Stephan, Rechtsanwalt, Dr. Johannes Tieves, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Johannes Wertenbruch

3. Auflage 2019. Buch. XLVI, 1864 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70322 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de, featuring the word "beck" in a bold, black, sans-serif font, and "shop.de" in a larger, red, bold, sans-serif font. Above "beck", there are two small red circles. Below "shop.de", the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, sans-serif font.
beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

pflichteten, die nicht unter den Geltungsbereich des EFZG fallen, der dortige Sechs-Wochenzeitraum als Orientierungsmaßstab herangezogen wird.⁷⁸² 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.⁷⁸³ 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,⁷⁸⁴ sodass 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.

b) Urlaub des Geschäftsführers. Auch zum **Urlaub des Geschäftsführers** besteht 327 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 BUrg kein Anspruch des Geschäftsführers auf Gewährung von Erholungsurwahl hergeleitet werden, da das BUrg gem. § 2 BUrg nur für den Personenkreis der Arbeitnehmer gilt (näher hierzu → Rn. 284). Es ist jedoch allgemein anerkannt,⁷⁸⁵ 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,⁷⁸⁶ sofern der Geschäftsführer den Erholungsurwahl wegen vorzeitiger Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr in Anspruch nehmen konnte.

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. 391). 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 (hierzu auch → Rn. 292). 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.⁷⁸⁷ 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.⁷⁸⁸ Wurde im Zusammenhang mit der Abberufung eine fristlose Kündigung

⁷⁸² ErfK/Dörner BGB § 616 Rn. 10a; Haase GmbHHR 2005, 1260 (1266 f.); Jaeger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2016, 129.

⁷⁸³ MüKoBGB/Henssler BGB § 616 Rn. 56; Linck in Schaub ArbR-HdB, 15. Aufl. 2013, § 97 III 1.

⁷⁸⁴ 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.

⁷⁸⁵ UHL/Paefgen Rn. 472; Scholz/Schneider/Hohenstatt Rn. 380; Haase GmbHHR 2005, 338 (342 f.).

⁷⁸⁶ OLG Düsseldorf Urt. v. 23.12.1999 – 6 U 119/99, NJW-RR 2000, 768 (769); UHL/Paefgen Rn. 472; Lohr NZG 2001, 826 (835).

⁷⁸⁷ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 38 Rn. 25; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 250–252, die zur Frage der einschlägigen Anspruchsgrundlage für den Vergütungsanspruch des abberufenen Geschäftsführers zutr. darauf verweisen, dass dieser nicht aus § 326 Abs. 2 BGB, sondern aus § 615 BGB folgt; so auch OLG München Urt. v. 24.3.2016 – 23 U 1884/15, GmbHHR 2016, 875 (879/880); aA Lunk/Rodenbusch NZA 2011, 497 (499), die § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB für die einschlägige Anspruchsnorm halten.

⁷⁸⁸ Nach BGH Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288) ist ein wörtliches 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. Dagegen verlangen in jedem Fall ein wörtliches Angebot Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 254.

durch 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.⁷⁸⁹

329 Die von der Gesellschaft für den Annahmeverzugszeitraum fortzuzahlenden Vergütungen umfassen sowohl die festen als auch variablen Bezüge⁷⁹⁰ sowie die Gewährung von Naturalleistungen, zu denen insbesondere die Stellung eines Dienstwagens verbunden mit der Zulassung einer privaten Nutzung zählt.⁷⁹¹ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass § 615 S. 1 BGB anerkanntermaßen⁷⁹² abdingbar ist, sodass 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. 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.⁷⁹³

330 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 Geschäftsführungsstufe bis zum Ablauf der Vertragsdauer angeboten wird, ist umstritten. Während ein solches Vorgehen zum Teil für zulässig gehalten wird⁷⁹⁴

⁷⁸⁹ 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, 230). Demgegenüber verlangen auch in Kündigungsfällen ein wörtliches Angebot Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 254; Lohr NZG 2001, 826 (835). Da jedoch nach BGH Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288) ein wörtliches 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.

⁷⁹⁰ Erfk/Preis BGB § 615 Rn. 77; MüKoBGB/Hessler BGB § 615 Rn. 35; UHL/Paefgen Rn. 391.

⁷⁹¹ 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, 1683)). Zur Schadensberechnung vgl. BAG Urt. v. 16.11.1995 – 8 AZR 240/95, NZA 1996, 415 (416, 417) sowie Meier NZA 1999, 1083 (1084, 1085).

⁷⁹² 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/Hessler BGB § 615 Rn. 10, der jedoch zutr. darauf verweist, dass der Umfang abbedeuernder Vergütungsbestandteile einer Billigkeitskontrolle unterliegt (s. dort Rn. 11). Nach dem Urt. des 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 AGG-Bestimmungen unterliegt (→ Rn. 273), da in einer solchen Klausel eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 Abs. 2 BGB liegen kann. 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).

⁷⁹³ Nach dem 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, 975 (975, 976); zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten einer Verpflichtung zur Rückgabe des Dienstwagens im Fall der Freistellung vgl. Jaeger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2016, 135, 136 u. 139.

⁷⁹⁴ OLG Karlsruhe Urt. v. 25.8.1995 – 15 U 286/94, GmbHR 1996, 208 (209); Scholz/Schneider/Schneider § 38 Rn. 34; Bork NZA 2015, 199 (201).

lehnt die überwiegende Auffassung⁷⁹⁵ dies zutreffend mit der Begründung ab, dass der Anstellungsvertrag die Übertragung der Tätigkeit eines Geschäftsführers zum Inhalt hat, sodass 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. 2 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 Leistungsposition unterhalb der Organebene, wenn er nach erfolgter Abberufung die Vergütungsansprüche bis zum Ablauf des Anstellungsvertrags geltend macht.⁷⁹⁶ 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 anderweitiger selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit auf die Bezüge anrechnen zu lassen und schuldet der Gesellschaft die hierfür erforderlichen Auskünfte. Die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit führt – sofern der Geschäftsführer dadurch nicht in Wettbewerb zur Gesellschaft tritt – nicht zur Beendigung des Annahmeverzugs. 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 ein, 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 anderweitigen Anstellungsverhältnis erzielt werden, dagegen keine Aufhebung des Annahmeverzugs für die Dauer des anderweitigen Anstellungsverhältnisses eintritt.⁷⁹⁷

6. Abtretung der Vergütungsansprüche. Der Geschäftsführer kann nach § 398 BGB 331 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

⁷⁹⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 252; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 38 Rn. 25; Lunk/Rodenbusch NZA 2011, 497 (498); Kothe/Heggemann/Schelp GmbHHR 2011, 75 (77); Bauer/Gragert ZIP 1997, 2177 (2183); Röder/Lingemann DB 1993, 1341 (1347).

⁷⁹⁶ In den durch die BGH-Rspr. (Urt. v. 14.7.1966 – II ZR 212/64, WM 1966, 968 (969); Urt. v. 9.2.1978 – II ZR 189/76, NJW 1978, 1435 (1436)) bisher entschiedenen Fällen hatte das Orgaamitglied seine Abberufung verursacht bzw. selbst herbeigeführt. Zur Differenzierung für die Frage der Zumutbarkeit der Übernahme einer Leitungsfunktion unterhalb der Organebene vgl. auch Jaeger NZA 1998, 961 (966).

⁷⁹⁷ LG Augsburg Urt. v. 7.12.2017 – 1 HK O 516/17, AE 2018, 49; vgl. auch OLG Hamm Urt. v. 28.8.2017 – 8 U 3/17, AG 2018, 45 (46, 47), wonach die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit weder ein vorübergehendes, noch ein endgültiges Leistungshindernis darstellt. Das OLG Hamm verweist zusätzlich darauf, dass nach § 615 S. 2 BGB eine Obliegenheit zur Aufnahme anderweitiger zumutbarer Tätigkeiten besteht, andernfalls der Vorstand/Geschäftsführer riskiert, dass deren Ausschlagung als „böswilliges Unterlassen“ einer anderweitigen Verwendung der Dienste iSv § 615 S. 2 BGB gewertet würde.

Jahresabschluss zu publizieren ist, sodass insoweit ohnehin eine Offenlegungspflicht der Gesellschaft besteht.⁷⁹⁸ 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.⁷⁹⁹

332 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.⁸⁰⁰ Die in der Rechtsprechung⁸⁰¹ für die Gesellschafter-Geschäftsführer noch vorgenommene Differenzierung zwischen minderheitlicher oder mehrheitlicher Beteiligung wird innerhalb der Literatur⁸⁰² 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, sodass die hieraus folgende Vergütung in gleicher Weise wie bei den Fremd-Geschäftsführern ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt.

333 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.

334 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. 4a GVG der Kammer für Handelssachen des Landgerichts als Eingangsinstanz gegeben (→ Rn. 296). Hinsichtlich der Verfahrensart ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob die Geltendmachung der Vergütungsansprüche im Wege der Urkundsklage (§§ 592 ff. ZPO) statthaft ist. Dies wird zum Teil unter Hinweis darauf abgelehnt,⁸⁰³ dass es sich bei den geltend gemachten Vergütungen um Brutto-Beträge handelt, sodass der an die Geschäftsführer auszuzahlende Netto-Betrag erst nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsabgaben feststeht. Dieser Umstand steht jedoch nach zutreffender Auffassung⁸⁰⁴ der Statthaftig-

⁷⁹⁸ 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/Schneider/Hohenstatt Rn. 372; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 35; Armbrüster GmbH R 1997, 56 (58, 59).

⁷⁹⁹ Scholz/Schneider/Hohenstatt Rn. 372 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.

⁸⁰⁰ 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); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 192; UHL/Paefgen Rn. 314; Goette Die GmbH § 8 III 1 Rn. 72.

⁸⁰¹ BGH Urt. v. 8.12.1977 – II ZR 219/75, NJW 1978, 756.

⁸⁰² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 192; UHL/Paefgen Rn. 314; Scholz/Schneider/Hohenstatt Rn. 373 Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 35.

⁸⁰³ OLG Düsseldorf Urt. v. 2.3.2005 – I-3 U 3/05, GmbH R 2005, 991 (992); Schönhöft GmbH R 2008, 95 (96), der ergänzend darauf hinweist, dass die Statthaftigkeit der Urkundsklage auch durch Vorlage der Gehaltsabrechnungen herbeigeführt werden kann, aus denen die Steuern und Sozialversicherungsabgaben zu entnehmen sind, da es sich hierbei um keine „Urkunden“ iSv § 592 ZPO handelt.

⁸⁰⁴ 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, 297); 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).

keit 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 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.

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 Vorentscheidung des Kündigungsrechtsstreits gegeben, sodass 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.⁸⁰⁵ 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.⁸⁰⁶

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 beifizierte 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; Doetsch, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und Vorstände, 5. Aufl. 2004; Dommermuth/Killert/Linden Altersversorgung für Unternehmer und Geschäftsführer, 2016; Dommermuth/Veh, Probezeit bei der betrieblichen Altersversorgung des Gesellschafter-Geschäftsführers, DStR 2017, 2249; Fonk, Altersversorgung von Organmitgliedern im Umbruch, ZGR 2009, 413; Förster/Heger, Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, DStR 1994, 507; Goette, Zur Insolvenzsicherung von Versorgungszusagen für „Mitunter“

⁸⁰⁵ 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).

⁸⁰⁶ 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 Urkundenprozesses führen würde. Es müssen daher weitergehend besondere Umstände vorgetragen werden (so auch Seidel/Schöhöft GmbHR 2005, 1113 (1115)). Grundsätzlich gegen eine Aussetzung des Urkundenprozesses 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.

ternehmer“, 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*, Insolvenz sicherung des zu 50% beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers, DB 1985, 2185; *Höfer/Kemper*, Insolvenz sicherung der betrieblichen Altersversorgung beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer, DB 1979, 2322; *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; *Klümper-Neusel*, Betriebliche Altersversorgung für GmbH-Geschäftsführer, 2006; *Langohr-Plato*, Entscheidungsdokumentation zur Gesellschafter-Geschäftsführer-Verteilung, 3. Aufl. 2006; *Moll*, Zur Insolvenz sicherung der Betriebsrenten von Gesellschafter-Geschäftsführern, ZIP 1980, 422; *Neef*, Die Anwendung des Betriebsrentengesetzes auf Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1978, 314; *Otto*, Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung bei einem weiterlaufenden Dienstverhältnis, DStR 2018, 55; *Pradl*, Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2013; *Reuter*, Direktversicherung für den Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH, GmbH HR 1985, 28; *Thiising/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.

337 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 (hierzu → Rn. 340 ff.), da die gesetzlichen Regelungen nur für den Fall einer durch die Gesellschaft erteilten Versorgungszusage im Hinblick auf deren Inhalt und Bestandschutz 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 eingebbracht 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 BetrVG 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.

338 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 (hierzu → Rn. 306) 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,⁸⁰⁷ da die Vergütungs- und Versorgungsleistungen der Gesellschaft für ihre Geschäftsführer weitgehend nach individuellen Kriterien unter Berücksichtigung ihrer Stellung und Aufgabenbereiche vereinbart werden, sodass 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

⁸⁰⁷ BGH Urt. v. 5.10.1978 – II ZR 53/77, WM 1978, 1402 (1403); UHL/Paefgen Rn. 424; 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. In diesem Sinne 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.

einen festen Prozentsatz bis zu einer bestimmten Obergrenze ansteigt). In einem solchen Fall ist es der Gesellschaft aufgrund ihrer eigenen Praxis versagt, gegenüber dem Anspruch auf Gleichbehandlung den Einwand zu erheben, über die Frage der Erteilung und Dotierung der Versorgungszusagen sei individuell nach der Bedeutung des jeweiligen Geschäftsführers für den Betrieb der Gesellschaft entschieden worden.⁸⁰⁸

c) Erfordernis einer vertraglichen Zusage. Da kein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Versorgungszusage besteht, ist daher eine **vertragliche Vereinbarung für die Begründung von Versorgungsansprüchen erforderlich**. Diese Vereinbarung kann unmittelbar im Anstellungsvertrag oder in einer gesonderten Versorgungszusage erfolgen. Die Erteilung der Versorgungszusage hat auf Seiten der Gesellschaft durch das für den Abschluss des Anstellungsvertrags zuständige Organ (hierzu → Rn. 254–257, 260) zu erfolgen, dh im Regelfall durch die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 bzw. den Aufsichtsrat bei einer dem MitbestG unterfallenden GmbH. Die Erteilung einer Versorgungszusage unterliegt keinem Schriftform-Erfordernis⁸⁰⁹ und kann daher auch konkludent oder in mündlicher Form erfolgen. Dies ist jedoch in der Praxis nicht der Fall, was seinen Grund darin hat, dass die von der Gesellschaft gebildeten Pensionsrückstellungen nach § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn die zugrunde liegende Versorgungszusage schriftlich erteilt wurde.

2. Rechtliche Grenzen für den Inhalt von Versorgungszusagen. a) Persönlicher Geltungsbereich des BetrAVG. Sofern die Gesellschaft dem Geschäftsführer eine Versorgungszusage erteilt, unterliegen die hierin getroffenen inhaltlichen Regelungen den **Anforderungen des BetrAVG, sofern der Geschäftsführer unter den persönlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes fällt**. Nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG ist eine Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes auch für solche Personen vorgesehen, die nicht Arbeitnehmer sind, sofern ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt wurden. Bei Abstellen auf den reinen Wortlaut von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG würden damit alle Geschäftsführer, dh nicht nur die Fremd-Geschäftsführer, sondern auch die mehrheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer unter den Schutz des BetrAVG fallen. Aus den Gesetzesmaterialien des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG folgt jedoch der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, den Geltungsbereich des BetrAVG lediglich auf solche Personen zu erweitern, die ähnlich einem Arbeitnehmer wirtschaftlich abhängig und deshalb sozial schutzbedürftig sind, soweit es um ihre Versorgungsansprüche für die in einem fremden Unternehmen erbrachten Dienstleistungen geht.⁸¹⁰ Es ist daher aufgrund des Normzwecks von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG allgemein anerkannt, dass eine **Differenzierung** vorzunehmen ist **zwischen den arbeitnehmerähnlich einzustufenden Geschäftsführern** einerseits **gegenüber den Unternehmer-Geschäftsführern** andererseits, wobei der Schutz des BetrAVG lediglich der erstgenannten Gruppe von Geschäftsführern zukommt. Für diese Differenzierung ist

⁸⁰⁸ Hessler/Strohn/Oetker Rn. 175; Scholz/Schneider/Hohenstatt Rn. 382; Nebendahl NZA 1992, 289 (293, 294) weisen zutr. darauf hin, dass die Berufung auf eine sog. betriebliche Übung nicht als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, da dieses Rechtsinstitut nicht für den Personenkreis der Geschäftsführer gilt (aA jedoch Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 194).

⁸⁰⁹ BGH Urt. v. 20.12.1993 – II ZR 217/92, NJW-RR 1994, 357 (358); Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG Anh. § 1 Rn. 9; Roth/Altmeppen/Altmeppen § 6 Rn. 88; MHdB GesR III/Diekmann § 43 Rn. 37.

⁸¹⁰ BAG Urt. v. 15.4.2014 – 3 AZR 114/12, NZG 2014, 869 (871); Urt. v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, NZA 1998, 101 (103); Urt. v. 21.8.1990 – 3 AZR 429/89, NZA 1991, 311 (312); Thüsing/Granetzny NZG 2010, 449 (450); Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG § 17 Rn. 43 kritisieren zutr. unter Hinweis auf BT-Drs. 7/1281, 8 die Nachlässigkeit des Gesetzgebers, da trotz der bereits erkannten Auswirkungen, welche der zu weit gefasste Geltungsbereich von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG für den Bereich der Insolvenzsicherung zur Folge hätte, die erforderliche Eingrenzung des persönlichen Geltungsbereichs unterlassen wurde. Würde § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG eine unbeschränkte Geltung des BetrAVG eröffnen, so könnte sich auch der Unternehmer (zB Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer) durch eine an sich selbst versprochene Versorgung den gesetzlichen Insolvenzschutz verschaffen (s. BAG).

maßgebend darauf abzustellen, ob der Geschäftsführer aufgrund seiner kapitalmäßigen Beteiligung und Stimmrechte einen maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann. Hieraus ergibt sich folgende Aufteilung der Geschäftsführer, soweit es um die Geltung des BetrAVG für die Versorgungszusage geht:

- 341 **Die mehrheitlich an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer** üben aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung und dem hieraus folgenden mehrheitlichen Stimmrecht einen maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft aus, sodass sie eine Unternehmerstellung einnehmen und daher **nicht unter dem Schutz des BetrAVG** stehen.⁸¹¹ Der mehrheitlich beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer wird als (Mit-)Unternehmer qualifiziert, der sein eigenes Unternehmen leitet und daher nicht als Versorgungsempfänger aufgrund von Dienstleistungen für ein fremdes Unternehmen iSv § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAG anzusehen ist. Als mehrheitlich beteiligt gilt dabei der Gesellschafter-Geschäftsführer, der zumindest 50% der Geschäftsanteile hält, da er hierdurch bereits über eine ausreichende Leitungsmacht innerhalb der Gesellschaft verfügt, durch welche er alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann.⁸¹²
- 342 **Für die Gruppe der minderheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer gilt der Schutz des BetrAVG**, da bei ihnen mangels ausreichender Kapitalbeteiligung sowie der hieraus folgenden Stimmrechte von keiner Leistungsmacht innerhalb der Gesellschaft auszugehen ist.⁸¹³ Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um einen Grundsatz, der für diejenigen Fälle eine Ausnahme erfährt, in denen ein oder mehrere minderheitlich beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer – zB durch Stimmbindungsvertrag – in der Lage sind, trotz ihrer Minderheitsbeteiligung sich bei den Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft durchzusetzen. Die Begründung einer Leistungsmacht durch Zusammenfassung der Geschäftsanteile mehrerer minderheitlich beteiligter Gesellschafter-Geschäftsführer kommt nach hM jedoch nur dann in Betracht, wenn es sich hierbei um nicht ganz unbedeutende Beteiligungen handelt, wobei hierfür eine Beteiligung von mindestens 10% verlangt wird.⁸¹⁴
- 343 Für den Personenkreis der gesellschaftsrechtlich nicht beteiligten sog. **Fremd-Geschäftsführer** ist einhellig anerkannt, dass für sie der **gesetzliche Schutz des BetrAVG besteht**, da sie in einer dem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit für die

⁸¹¹ BGH Urt. v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, AP BetrAVG § 17 Nr. 1; Urt. v. 25.9.1989 – II ZR 259/88, NJW 1990, 49 (50); Urt. v. 2.6.1997 – II ZR 181/96, NZA 1997, 1055; Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG § 17 Rn. 87, 88; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Berenz/Huber BetrAVG § 17 Rn. 6; Erfk/Steinmeyer BetrAVG § 17 Rn. 10; UHL/Paefgen Rn. 272; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 37; Hessler/Strohn/Oetker Rn. 180; Thüsing/Granzetzy NZG 2010, 449 (450).

⁸¹² BGH Urt. v. 1.2.1999 – II ZR 276/97, NZA 1999, 380 (381); Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Berenz/Huber/Berenz/Huber BetrAVG § 17 Rn. 6; Erfk/Steinmeyer BetrAVG § 17 Rn. 10; aA jedoch Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG § 17 Rn. 89, wonach bei einer lediglich 50%igen Beteiligung begrifflich keine Mehrheit vorliege und auch nicht von der Ausübung einer Leistungsmacht gesprochen werden könne, da der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung von 50% von der jeweils anderen Seite abhängig sei.

⁸¹³ BGH Urt. v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, AP BetrAVG § 17 Nr. 1; BAG Urt. v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, NZA 1998, 101, 103; Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG § 17 Rn. 91; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Berenz/Huber BetrAVG § 17 Rn. 7; Erfk/Steinmeyer BetrAVG § 17 Rn. 11.

⁸¹⁴ BGH Urt. v. 2.4.1990 – II ZR 156/89, NJW-RR 1990, 800 (801). Nach BGH Urt. v. 14.7.1980 – II ZR 224/79, AP BetrAVG § 17 Nr. 3 wurde eine Beteiligung von 8% als „nicht erheblich“ eingestuft, während nach BGH Urt. v. 9.6.1980 – II ZR 180/79, AP BetrAVG § 17 Nr. 4 eine Beteiligung von 11,86% als eine „nicht unbedeutende“ Beteiligung eingestuft wurde. Der BGH hat im Urt. v. 2.6.1997 – II ZR 181/96, NZA 1997, 1055 (1056) jedoch zu erkennen gegeben, dass Bedenken bestehen, ob an dieser den Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG sehr weit einschränkenden Rspr. festzuhalten ist. Diese Rspr. des BGH wird ua kritisiert durch das BAG Urt. v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, NZA 1998, 101 (103), da allein die Möglichkeit, dass sich mehrere minderheitlich beteiligte Gesellschafter zusammenschließen, um die Gesellschaft zu beherrschen, keine gesicherten Anhaltspunkte dafür gebe, dass sie tatsächlich eine Leistungsmacht innerhalb der Gesellschaft ausüben. Letztlich geht es um die Frage, ob für die Frage der Geltung des BetrAVG eine Einzelfall-Beurteilung vorzunehmen ist oder im Interesse der Rechtssicherheit eine typisierende Prüfung vorzunehmen ist, wonach Gesellschafter-Geschäftsführer erst ab einer Beteiligung von 50% vom Schutzbereich des BetrAVG ausgeschlossen werden (so insbes. Goette ZIP 1997, 1317 (1322, 1323)).