

# Betriebs Berater

BB

36 | 2022

**Vestingmodelle ... erweiterte Kürzung ... Unternehmensberichterstattung ... Organvergütung ...**

5.9.2022 | 77. Jg.  
Seiten 1985–2048

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Moritz Keller**, LL.M., RA, und **Sebastian Lutz-Bachmann**, LL.M., Maître en droit, RA  
Einigung auf eine Reform der Energiecharta – neuer Schwung für notwendige Investitionen?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA  
Ein Paukenschlag aus Luxemburg: Verbraucherschutz vs. Verfahrensrecht | 1987

**Dr. Adrian Haase**, RA, und **Philipp Dubiel**  
Zulässigkeit und Grenzen von Vestingmodellen – Marktpraxis und Strukturierungsalternativen auf dem Prüfstand | 1993

## STEUERRECHT

Dipl.-Kffr. **Dr. Katrin Dorn**, StBin  
Gleich lautende Erlasse zur Änderung der erweiterten Kürzung durch das FoStoG veröffentlicht! | 2007

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Georg Lanfermann**, WP/StB, und **Marco Liepe**, LL.M., M.Sc.  
Unternehmensberichterstattung zu Wertschöpfungsketten: zunehmende Berichtspflichten auch zu Vorgängen außerhalb des eigenen Unternehmens | 2027

## ARBEITSRECHT

**Dr. Justus Frank**, LL.M., Maître en droit, RA  
Herabsetzung der Organvergütung | 2036

Dr. Justus Frank, LL.M., Maître en droit, RA

# Herabsetzung der Organvergütung

– zugleich Besprechung OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.2.2022 – 1 U 173/20

Einer unbilligen Entwicklung der Organvergütung kann regelmäßig durch austarierte variable Vergütungselemente im Anstellungsvertrag vorgebeugt werden. Die Herabsetzung der Organvergütung bei Vorstandsmitgliedern und auch bei Fremdgeschäftsführern sollte hingegen nur das letzte Mittel sein und kommt doch immer öfter in der Praxis und auch vor Gericht vor.

## I. Einleitung

Die Begrenzung der Vergütung von Organmitgliedern liegt im Trend, auch wenn die Mittel zur Anpassung oder Beseitigung eines Vergütungsbestandteils begrenzt sind. Entsprechende Regelungen werden überwiegend nur dort geschaffen, wo die Vergütungspolitik für Organmitglieder nicht nur Risiken für die Stabilität einzelner Unternehmen, sondern für die Finanzstabilität im Allgemeinen begründen können.<sup>1</sup> So darf nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz die monetäre Vergütung der Organmitglieder 500 000 Euro pro Jahr nicht übersteigen und sind variable Vergütungen der Organmitglieder nicht bzw. nur eingeschränkt zulässig. Dieses Gesetz bezweckt die Stabilisierung des Finanzmarktes durch Überwindung von Liquiditätsengpässen und Stärkung der Eigenkapitalbasis.<sup>2</sup> Ein Verstoß gegen die Vorgabe führt zur Unwirksamkeit der Regelung. Ferner hat das Unternehmen nach der Institutsvergütungsverordnung und der Versicherungsvergütungsverordnung darauf hinzuwirken, dass mit Geschäftsleitern bestehende und gegen die jeweilige Verordnung verstößende Organverträge angepasst werden. Die Verordnungen bezwecken die Ausschaltung systemgefährdender Finanzmarktrisiken durch Sicherung angemessener Vergütungssysteme.<sup>3</sup> Ein Verstoß gegen die Vorgabe führt jedoch nur zu einer Hinwirkungspflicht und noch zu keiner Vertragsanpassung.

Demgegenüber lehnte bereits das Reichsgericht einen allgemeinen Grundsatz ab, wonach wirtschaftliche Schwierigkeiten des Dienstberechtigten zu einer Minderung der vertraglichen Vergütung des Dienstnehmers führen können.<sup>4</sup> Zwar könne die *clausula rebus sic stantibus* stillschweigender Bestandteil eines Dienstvertrages sein. Danach kann der Gläubiger eine Leistung nicht beanspruchen, wenn ihm erkennbar gewesen ist, dass die Parteien bei Vertragsschluss von einer Vertragsgrundlage ausgegangen sind, die aber danach ganz oder zum Teil entfallen ist. Jedoch sei die *clausula rebus sic stantibus* in ihrer Anwendung auf absolute Ausnahmefälle beschränkt. So wurde sie in der Zeit der Inflation, des Kriegsendes und der Revolution zugunsten des Dienstnehmers aufgrund der gesamtwirtschaftlichen Schwierigkeiten angewandt und in der Zeit der Deflation, der Wirtschaftskrise und der Massenarbeitslosigkeit zugunsten des Dienstberechtigten aufgrund des geringen Umfangs gesamtwirtschaftlicher Schwierigkeiten abgelehnt. Sie erlaubt damit die Anpassung oder Beseitigung eines Vergütungsbestandteils nur in extremen Ausnahmefällen.

## II. Entscheidung zur Herabsetzung der Organvergütung bei Vorständen

Das OLG Karlsruhe befasste sich in seiner Entscheidung mit dem Vergütungsanspruch eines Vorstandsmitglieds und in diesem Zusammenhang mit einer Herabsetzung seiner Organvergütung. Das klagende Vorstandsmitglied machte Vergütungsansprüche aus einem Anstellungsvertrag für den Zeitraum von Januar 2014 bis einschließlich März 2016 geltend. Im Zeitraum Januar bis August 2014 erhielt das Vorstandsmitglied statt der im Vertrag angeführten Vergütung von monatlich 15 000 Euro nur 10 000 Euro brutto ausgezahlt, im Zeitraum September 2014 bis März 2016 monatlich sogar nur 6 000 Euro brutto. Die beklagte Aktiengesellschaft behauptete eine Herabsetzung der Vergütungsansprüche nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG. Danach kann der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft die Bezüge des Vorstandsmitglieds auf die angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich nach deren Festsetzung die Lage der Gesellschaft so verschlechtert hat, dass deren Weitergewährung für die Gesellschaft unbillig wäre. Kern der Regelung ist das Merkmal der Unbilligkeit. Bei der Unbilligkeit sind sämtliche Umstände des Einzelfalls einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen. Hierzu gehöre insbesondere der Umfang der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft gegenüber dem Zeitpunkt der Vereinbarung der Vergütung mit dem Vorstandsmitglied und in welchem Grad die Verschlechterung dem Vorstandsmitglied zurechenbar sei und ob er sie gegebenenfalls sogar pflichtwidrig herbeigeführt habe.<sup>5</sup> Die Herabsetzung der Organvergütung sei jedoch gerade keine verkappte Sanktion für unglücklich agierende Vorstandsmitglieder.<sup>6</sup> Enttäuschende Leistungen des Vorstandsmitglieds alleine rechtfertigen keine Herabsetzung von dessen Organvergütung.<sup>7</sup> Eine Unbilligkeit liege insbesondere bei einem Dividendenausfall, Massenentlassungen und Lohnkürzungen vor. In der Regel genüge es jedoch nicht, dass einer der drei Fälle vorliegt, sondern sie müssen kumulativ vorliegen, um eine krisenhafte Zuspitzung und damit eine unbillige Weitergewährung zu begründen.<sup>8</sup>

Das OLG Karlsruhe stellte fest, dass für keinen der genannten Zeiträume ein Beschluss des Aufsichtsrats über die Herabsetzung der Organvergütung gefasst wurde, und lehnte wegen fehlender gesetzlicher

1 Vgl. auch das anlässlich der COVID-19-Pandemie zur Stabilisierung der Realwirtschaft eingeführte Stabilisierungsfondsgesetz, wonach die Gewährung von Stabilisierungsmaßnahmen von der Vergütung der Geschäftsleiter abhängig gemacht werden kann (§ 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StFG).

2 Jaletzke/Magnusen, in: Jaletzke/Veranneman, Finanzmarktstabilisierungsgesetz, 2009, § 2, Rn. 1.

3 Annuß, in: Annuß/Früh/Hasse, Institutsvergütungsverordnung, Versicherungsvergütungsverordnung, 2016, § 14 InstitutsVergV, Rn. 1.

4 RG, 13.6.1933 – II 51/13; so zuvor schon RAG, 9.12.1931 – RAG 253/31; RAG, 10.8.1932 – RAG 168/32; RAG, 21.1.1933 – RAG 270/32; hierzu Paschke, in: FS Reuter, 2010, S. 1107, S. 1112 f.

5 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 93.

6 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 93.

7 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 93.

8 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 93.

Ermächtigungsgrundlage auch ab, dass das über die Leistungsklage des Vorstandsmitglieds entscheidungsbefugte Zivilgericht die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Ausübung des Gestaltungsrechts ersetzen könne.<sup>9</sup> Es verwies auch darauf, dass die Herabsetzung der Organbezüge nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG als systematischer Fremdkörper innerhalb der Rechtsordnung einer restriktiven Auslegung bedürfe.<sup>10</sup>

### III. Folgerungen zur Herabsetzung der Organvergütung bei Geschäftsführern

#### 1. Ausgangslage

Eine solch restriktive Auslegung nimmt auch der Bundesgerichtshof bei Geschäftsführern an und nachdem das Gericht zunächst offengelassen hatte, ob eine Entgeltreduzierung auf Basis des § 87 Abs. 2 S. 1 AktG analog<sup>11</sup> (ggf. i. V. m. der Treuepflicht<sup>12</sup> oder § 242 BGB<sup>13</sup>) oder auf Grundlage der Treuepflicht erfolgen könnte, stellte das Gericht sodann fest, dass § 87 Abs. 2 S. 1 AktG auf Geschäftsführer weder direkt noch entsprechend anwendbar sei und allein die als Organ der Gesellschaft geschuldete Treuepflicht des Geschäftsführers herangezogen werden dürfe.<sup>14</sup> Danach könne der Geschäftsführer gehalten sein, einer Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft in wesentlichem Maße verschlechtert haben und diese Verschlechterung der Verhältnisse bei der Festsetzung der Bezüge nicht berücksichtigt wurde.<sup>15</sup> Die Weitergewährung der Bezüge muss für die Gesellschaft eine schwere Unbilligkeit darstellen<sup>16</sup> bzw. die Reduzierung des Gehalts muss für die Gesellschaft von existentieller Bedeutung sein.<sup>17</sup> Die Treuepflicht erlaubt damit nur in extremen Ausnahmefällen die Anpassung oder Beseitigung eines Vergütungsbestandteils eines Geschäftsführers.

#### 2. Vertragsgestaltung

Die Herabsetzung der Organvergütung bleibt daher regelmäßig der Vertragsgestaltung überlassen, bei der der Verpflichtete durch einseitige gestaltende Willenserklärung den Inhalt des Schuldverhältnisses ändern kann und sich dieses Recht im Vertrag ausbedungen hat. Hierzu zählen das einseitige Leistungsbestimmungsrecht und der Widerrufsvorbehalt. Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht führt dazu, dass dem Berechtigten ein Anspruch dem Grunde nach eingeräumt wird und der Verpflichtete diesen Anspruch der Höhe nach festlegen kann. Beim Widerrufsvorbehalt kommt es hingegen sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach zu einer vertraglichen Bindung. Während jedoch das einseitige Leistungsbestimmungsrecht allenfalls in Extremsituationen zu einer vorübergehenden Aussetzung des Anspruchs führen kann, kann sich nur beim Widerrufsvorbehalt der Verpflichtete einseitig und dauerhaft von der vertraglichen Bindung lösen.

##### a) Vergütungsanpassung bei Arbeitnehmern

Für Widerrufsvorbehalte bei Arbeitnehmern nimmt das Bundesarbeitsgericht eine Abwägung zwischen dem Flexibilitätsinteresse des Arbeitgebers und dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers vor. So habe der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkanntes Interesse an der flexiblen Ausgestaltung bestimmter Leistungen. Dadurch dürfe jedoch das Wirtschaftsrisiko aber nicht vom Arbeitgeber auf den Arbeitneh-

mer verlagert werden. Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsvertrages seien unzulässig.<sup>18</sup> Danach kann der Arbeitgeber „25 bis 30-Prozent“ des unwiderruflichen Verdienstes bezogen auf das gesamte Kalenderjahr widerruflich ausgestalten. Der Widerruf kann sich bei im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen auf unter 25 Prozent und darüber hinaus bei Aufwendungsersatz darstellenden Leistungen auf insgesamt unter 30 Prozent des unwiderruflichen Verdienstes beziehen.<sup>19</sup>

##### b) Vergütungsanpassung bei Fremdgeschäftsführern

Für Widerrufsvorbehalte bei Fremdgeschäftsführern, die auf Basis eines Dienstvertrages angestellt sind, ist dagegen zu differenzieren zwischen dem abhängigen Fremdgeschäftsführer, der vergleichbar abhängig ist wie ein Arbeitnehmer und dem daher ein vergleichbarer materiell-rechtlicher Schutz zu gewähren ist, und dem unabhängigen Fremdgeschäftsführer, der einem ergänzenden System der Stetigkeit der Vertragsbedingungen und der Flexibilität im Anstellungsverhältnis zu unterwerfen ist.<sup>20</sup> Zur Feststellung der Unabhängigkeit des Fremdgeschäftsführers bedarf es einer Gesamtschau der Verhältnisse und eine Bewertung aller Indizien.

##### aa) Verdiensthöhe

Die Differenzierung kann in erster Linie anhand der Verdiensthöhe des Fremdgeschäftsführers erfolgen.<sup>21</sup> Der Fremdgeschäftsführer kann mehr oder weniger wirtschaftlich abhängig sein.<sup>22</sup> Die Verdienstgrenze verläuft bei dem Dreifachen der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV in Höhe von 118 440 Euro (Stand 2022). Denn ein Fremdgeschäftsführer, der nicht das Jahresarbeitsentgelt erhält, bei dem das Gesetz davon ausgeht, dass es typischerweise ein leitender Angestellter mit unternehmerischen Teilaufgaben erhält, ist abzugrenzen von einem Fremdgeschäftsführer, der ein Jahresarbeitsentgelt erhält, das die gesetzlich typisierte Vergütung eines leitenden Angestellten überschreitet und die unternehmerische Gesamtverantwortung eines Fremdge-

9 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 97.

10 OLG Karlsruhe, 7.2.2022 – 1 U 173/20, NZG 2022 750, 757, Rn. 92.

11 OLG Köln, 6.11.2007 – 18 U 131/07, laut dem eine zeitlich befristete Halbierung des Gehalts in Höhe von (angemessenen) 5700 Euro auf (nach wie vor übliche) 2850 Euro pro Monat zumutbar gewesen sei.

12 OLG Düsseldorf, 5.3.2004 – I-17 U 164/03, laut dem eine dauerhafte Reduzierung des Gehalts in Höhe von 6902,44 Euro auf (angemessene) 2600 Euro pro Monat zumutbar gewesen sei.

13 BGH, 20.12.1994 – 1 StR 593/94; so auch *Fleck*, in: FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 197, S. 219.

14 BGH, 27.10.2015 – II ZR 296/14, BB 2016, 463; hierzu *Kort*, AG 2016, 209, 213; so auch *Winstel*, in: Maschmann, Total Compensation, 2. Aufl. 2019, Kap. 7, Rn. 58; *Wachter*, GmbHR 2009, 953, 957; *Gaull/Janz*, GmbHR 2009, 959, 961; *Wübbelsmann*, GmbHR 2009, 988, 990; *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121, 126; *Mohr*, GmbHR 2011, 402, 403.

15 BGH, 15.6.1992 – II ZR 88/91, BB 1992, 1583; OLG Naumburg, 16.4.2003 – 5 U 12/03; OLG Düsseldorf, 2.12.2011 – I-16 U 19/10, 16 U 19/10; OLG Köln, 19.3.2018 – 18 U 95/17; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. 2019, § 37 GmbHG, Rn. 130; *Jaeger/Steinbrück*, in: MünchKomm GmbHG, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 35 GmbHG, Rn. 324a, laut denen es eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bedürfe. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn eine existenzgefährdende Notlage der Gesellschaft eingetreten und die Gesellschaft auf die freiwerdenden Mittel zum wirtschaftlichen Überleben dringend angewiesen sei; *Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, 12. Aufl. 2014, § 35 GmbHG, Rn. 371, laut denen es eine qualifizierte Krise bedürfe, d. h. des Eintritts einer existenzgefährdenden Notlage bei der die Gesellschaft auf die Mittel zum Überleben zwingend angewiesen sei.

16 OLG Naumburg, 16.4.2003 – 5 U 12/03.

17 OLG Köln, 6.11.2007 – 18 U 131/07.

18 BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833; BAG, 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, BB 2007, 109.

19 Vgl. hierzu ausführlich *Frank*, Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer, 2021, S. 118 ff.

20 Vgl. *Frank*, Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer, 2021, S. 92 ff.

21 Vgl. *Frank*, Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer, 2021, S. 96 ff.

22 BGH, 9.11.1967 – II ZR 64/67; BGH, 24.11.1980 – II ZR 183/80; BGH, 29.1.1981 – II ZR 92/80.

schaftsführers berücksichtigt. Dafür bedarf es auch keiner vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit des Fremdgeschäftsführers, dessen Dienste schon nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind, sondern es genügt eine vergleichbare wirtschaftliche Abhängigkeit des Fremdgeschäftsführers, die durch die Verdiensthöhe festgestellt wird. Die Verdiensthöhe fügt sich auch in ein kohärentes System ein. Denn an die Verdiensthöhe wird bereits *de lege lata* angeknüpft, wenn es um die Schutzbedürftigkeit von Betroffenen geht.

Nach § 5 Abs. 3 S. 1 BetrVG findet das Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich keine Anwendung auf leitende Angestellte. Wer wegen des Zuschnitts seiner Tätigkeit oder der Bedeutung seiner Funktion der Unternehmensleitung nahesteht, soll der Einwirkung des Betriebsrats entzogen werden und keine Einwirkung auf den Betriebsrat ausüben können.<sup>23</sup> Zwar erfolgt die Bestimmung des Kreises der leitenden Angestellten anhand der Übernahme von verschiedenen Arbeitgeberfunktionen (§ 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1–3 BetrVG). Jedoch kann bei Zweifeln an der Einordnung des Beschäftigten auf das Jahresarbeitsentgelt des Betroffenen zurückgegriffen werden (§ 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG). Nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG gelten als Arbeitnehmer auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. Die wirtschaftliche Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Personen ersetzt insofern die persönliche Abhängigkeit der Arbeitnehmer.<sup>24</sup> Die Schutzbedürftigkeit dieser arbeitnehmerähnlichen Personen folgt auch aus der Höhe der ihnen vertraglich eingeräumten Vergütung.<sup>25</sup> Nach § 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG i. V. m. § 92 HGB gelten weiterhin als Arbeitnehmer auch Handelsvertreter, also selbstständige Kaufleute,<sup>26</sup> die vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen oder denen dies nach Art und Umfang der von ihnen verlangten Tätigkeit nicht möglich ist (§ 92a Abs. 1 S. 1 HGB) und die während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1000 Euro an Vergütung bezogen haben (§ 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG). Das Tätigsein für einen Unternehmer ersetzt insofern das für Handelsvertreter nicht geeignete Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Personen<sup>27</sup> und das für sie nicht einschlägige Kriterium der persönlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer. Schließlich grenzte auch das Bundesarbeitsgericht die Arbeitnehmer mit „Durchschnittsverdiensten“ nach oben gegenüber den Arbeitnehmern mit „Spitzenverdiensten“<sup>28</sup> und die Fremdgeschäftsführer mit hoher Vergütung nach unten gegenüber den Arbeitnehmern mit niedriger Vergütung ab.<sup>29</sup>

## bb) Handlungsbefugnisse

Die Differenzierung zwischen abhängigen und unabhängigen Fremdgeschäftsführern kann ergänzend zur Verdiensthöhe auch anhand der Handlungsbefugnisse des Fremdgeschäftsführers erfolgen.<sup>30</sup>

Der Fremdgeschäftsführer genießt im Außenverhältnis grundsätzlich eine nicht beschränkbare Vertretungsbefugnis (§ 37 Abs. 2 GmbHG) und unterliegt im Innenverhältnis einer namentlich durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss beschränkbareren Geschäftsführungsbefugnis (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis von im Allgemein- und im Gläubigerinteresse bestehenden Gesetzespflichten des Fremdgeschäftsführers sind jedoch unzulässig.<sup>31</sup> Hierzu zählen zum Beispiel die Pflicht zur Erhaltung der Kapitalgrundlage nach §§ 30, 33 GmbHG, zur ordnungsgemäßen Buchführung nach § 41 GmbHG, zur Stellung eines Insolvenzantrages nach § 15a InsO und zum Abführen von Steuern

(§ 34 AO) und Sozialversicherungsbeiträgen (§ 28e SGB IV). Diese zwingenden Zuständigkeiten können dem Fremdgeschäftsführer weder durch Gesellschaftsvertrag noch durch Gesellschafterbeschluss und weder vollständig noch teilweise entzogen werden. Diese Feststellung ist in § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG für die Kapitalerhaltungsvorschriften besonders ausgesprochen und der Gedanke kann für die übrigen Vorschriften verallgemeinert werden. Demgegenüber sind Beschränkungen, die diese Zuständigkeiten berücksichtigen und im Übrigen bestimmen, dass ein Fremdgeschäftsführer ausschließlich auf Anweisung der Gesellschafterversammlung oder eines anderen Gesellschaftsorgans zu handeln befugt ist, zulässig.<sup>32</sup> Denn es gibt keinen gegen Einflüsse der Gesellschafterversammlung geschützten Aufgabenbereich des Fremdgeschäftsführers. Ein solcher Fremdgeschäftsführer wäre auch keine bloße Marionette der Gesellschafterversammlung.<sup>33</sup> Denn die im Allgemein- und im Gläubigerinteresse bestehenden Gesetzespflichten des Fremdgeschäftsführers sind gerade im Licht des weit gefassten Bereichs der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Compliance nach §§ 130, 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG von erheblicher Bedeutung.<sup>34</sup>

Ein Fremdgeschäftsführer, der zwar regelmäßig am Erfolg der von ihm getroffenen Maßnahmen durch unternehmensabhängige Vorteile beteiligt ist, bei dem aber die Gesellschafterversammlung das unternehmerische Initiativ- und Entscheidungszentrum in der laufenden Geschäftsführung übernommen hat und der infolgedessen die unternehmerischen Freiheiten seiner Tätigkeit nicht ausüben und die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht bestimmen kann, wäre wirtschaftlich gesehen kein Mitunternehmer. Dieser Fremdgeschäftsführer kann nicht mehr über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens und die tatsächliche Höhe seiner Vergütung mitentscheiden, sodass dessen Verdiensthöhe allein nicht aussagekräftig ist und um die Handlungsbefugnisse ergänzt werden muss. Über einen solchen Fall hatte auch das Brandenburgische Oberlandesgericht zu entscheiden, bei dem der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der GmbH aufgrund eines Treuhandverhältnisses in jeglicher Hinsicht der Weisungsbefugnis des Treugebers unterworfen und als Geschäftsführer wie als Gesellschafter „entmündigt“ war.<sup>35</sup> Das Gericht sah es als erwiesen an, dass der Geschäftsführer durch die umfassende Kontrolle des Treugebers ein schlichter Angestellter war und die nach außen hin selbstständige unternehmerische Tätigkeit des Geschäftsführers und Gesellschafters in keiner Weise

23 BAG, 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, BB 2002, 2387; Koch, in: *ErfKomm ArbR*, 22. Aufl. 2022, § 5 BetrVG, Rn. 17.

24 BAG, 14.1.1997 – 5 AZB 22/96, BB 1997, 532 Ls.

25 BAG, 21.2.2007 – 5 AZB 52/06.

26 Hopt, in: *Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch*, 41. Aufl. 2022, § 92a HGB, Rn. 1.

27 BT-Drs. 1/3856, 40.

28 BAG, 28.5.1997 – 5 AZR 125/96, BB 1997, 2224 Ls.

29 BAG, 31.8.1998 – 5 AZB 21/98.

30 Vgl. Frank, *Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer*, 2021, S. 110 ff.

31 BGH, 14.12.1959 – II ZR 187/57; Goette, *DStR* 1998, 938, 942.

32 OLG Düsseldorf, 15.11.1984 – 8 U 22/84; OLG Karlsruhe, 25.8.1995 – 15 U 286/94; OLG Nürnberg, 9.6.1999 – 12 U 4408/98; *Wisskirchen/Hesser/Zoglowek*, in: *Ziemons/Jaeger/Pöschke, BeckOK GmbHG*, Stand: 1.3.2022, § 37 GmbHG Rn. 30 f, wonach es unerheblich sei, ob die Beschränkung durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss erfolge und dem Fremdgeschäftsführer einer mitbestimmungsfreien GmbH kein autonomer Kernbereich zustehe; ebenso *Stephan/Tieves*, in: *MünchKomm GmbHG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 37 GmbHG, Rn. 68; *Eisenhardt*, in: *FS Pfeiffer*, 1988, S. 839, S. 845 f.; *Mennicke*, *NZG* 2000, 622, 623; *Ebert*, *GmbHR* 2003, 444, 445; a. A. *Hommelhoff*, *ZGR* 1978, 120, 128 f., laut dem nur durch Gesellschaftsvertrag und nicht durch Gesellschafterweisung ganz allgemein das unternehmerische Initiativ- und Entscheidungszentrum in der laufenden Geschäftsführung auf Gesellschafterebene verlagert werden könne; weitergehend *Geißler*, *GmbHR* 2009, 1071, 1074 f., laut dem der Fremdgeschäftsführer nicht zum reinen Vollzugsorgan degradiert werden dürfe.

33 So ausdrücklich *Zöllner*, *ZGR* 1977, 319, 325.

34 So auch *Uffmann*, *ZGR* 2013, 273, 307 f. m. w. N.

35 Brandenburgisches OLG, 12.6.1996 – 7 U 156/95.

ausfüllte. In einem solchen Fall ist die Verdiensthöhe allein nicht aussagekräftig und muss um die Handlungsbefugnisse ergänzt werden. Wenn auch der Übergang fließend ist, ob das unternehmerische Initiativ- und Entscheidungszentrum in der laufenden Geschäftsführung der GmbH noch beim Fremdgeschäftsführer oder schon bei der Gesellschafterversammlung liegt, muss jedenfalls insoweit als der Fremdgeschäftsführer die Autonomie und Kontrolle in Bezug auf das Tagesgeschäft der GmbH innehat, die Verdiensthöhe nicht um die Handlungsbefugnisse ergänzt werden.

#### cc) Vorschlag eines ergänzenden Flexibilisierungssystems für unabhängige Fremdgeschäftsführer

Der danach unabhängige Fremdgeschäftsführer, der nicht vergleichbar abhängig ist wie ein Arbeitnehmer und dem deswegen kein vergleichbarer materiell-rechtlicher Schutz zu gewähren ist, ist einem ergänzenden System der Stetigkeit der Vertragsbedingungen und der Flexibilität im Anstellungsverhältnis zu unterwerfen. Dieses könnte sich in drei Bereiche gliedern:<sup>36</sup>

Die Untergrenze führt zu einem Minimum an Vergütung und sichert einen unantastbaren Kernbereich. Sie verbietet die Vergütungsanpassung für den die Untergrenze unterschreitenden Vergütungsanteil. Diese Grenze ergibt sich aus dem Verbot der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. Die Obergrenze begrenzt die Stetigkeit der Vertragsbedingungen und gewährt einen veräußerlichen Kernbereich. Sie erlaubt die vollständige Vergütungsanpassung für den die Obergrenze überschreitenden Vergütungsanteil. Diese Grenze liegt bei dem Dreifachen der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV. Der Korridor zwischen dem Minimum an Vergütung i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB und dem Dreifachen der Bezugsgröße i. S. v. § 18 SGB IV bildet den Kernbereich. Innerhalb dieses Korridors kann sich der Widerruf bei im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen-

den Leistungen auf unter 25 Prozent und darüber hinaus bei Aufwendersatz darstellenden Leistungen auf insgesamt unter 30 Prozent des auf das gesamte Kalenderjahr bezogenen unwiderruflichen Verdienstes beziehen.<sup>37</sup>

#### IV. Ausblick

Die unterschiedliche Behandlung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern hinsichtlich der Herabsetzung ihrer Vergütung ist im Gesetz angelegt und während sie bei Vorstandsmitgliedern auf § 87 Abs. 2 S. 1 AktG gestützt werden kann, ist sie beim Fremdgeschäftsführer in erster Linie der Vertragsgestaltung und damit dem Widerrufsvorbehalt überlassen, und kann in ihrer Ausgestaltung über die gesetzliche Regelung hinausgehen. Auch wenn einer unbilligen Entwicklung oftmals bereits durch austarierte variable Vergütungselemente vorgebeugt werden kann, kann sich die Gesellschaft nur mithilfe des Widerrufsvorbehalts einseitig und dauerhaft von der vertraglichen Bindung lösen.

**Dr. Justus Frank**, LL.M., Maître en droit, ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



<sup>36</sup> Vgl. *Frank*, Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer, 2021, S. 221 ff.

<sup>37</sup> Vgl. für eine Mustervertragsklausel *Frank*, Vergütungsanpassung beim Fremdgeschäftsführer, 2021, S. 243 f.