
Datum: 19.06.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 18/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0619.8U18.17.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 21 O 79/16
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, II ZR 244/17
Schlagworte: GmbH-Geschäftsführer, Kündigung des Anstellungsvertrages, Altersdiskriminierung
Normen: AGG §§ 1, 6, 7, 10
Leitsätze:

Die Vereinbarung eines Kündigungsrechts des Dienstberechtigten im Anstellungsvertrag eines GmbH-Fremdgeschäftsführers mit Vollendung des 60. Lebensjahres stellt jedenfalls dann keinen rechtswidrigen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 7, 1 AGG dar, wenn gewährleistet ist, dass dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersvorsorge zusteht.

Tenor:

ie Berufung des Klägers gegen das am 13.12.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung aus beiden Urteilen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

G r ü n d e :	1
I.	2
Die Parteien streiten über den Fortbestand eines Dienstverhältnisses.	3
Der am ###.##.1955 geborene Kläger war seit dem 01.09.2005 als Vorsitzender der Geschäftsführung für die Beklagte tätig. Der zwischen den Parteien abgeschlossene schriftliche Dienstvertrag, wegen dessen Inhalt im Einzelnen auf die zur Akte gereichte Vertragsurkunde Bezug genommen wird (Bl. 9 ff. d.A.), enthält in § 7 folgende Regelung:	4
§ 7	5
Vertragsdauer	6
1. Dieser Dienstvertrag wird für die Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2010 abgeschlossen; über eine Anschlussregelung werden frühzeitig Gespräche aufgenommen.	7
2. Erfolgt keine Wiederbestellung, endet dieser Vertrag mit Ablauf der Bestellung.	8
3. Unabhängig davon behalten sich beide Vertragsschließenden vor, mit Ihrem Eintritt in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu beenden. Eine solche Beendigung des Dienstverhältnisses gilt als Übergang in den Ruhestand und löst die Leistungen nach den Versorgungszusagen aus. Hinsichtlich der Höhe der Versorgungszusagen wird bei einer Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Gesellschaft unterstellt, das Dienstverhältnis hätte bei der regulären Laufzeit des Vertrages geendet. Diese Ankündigung der z.Z. geltenden Regelung steht unter dem Vorbehalt einer etwaigen Änderung.	9
Der Dienstvertrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt für die Zeit vom 31.08.2013 bis 31.08.2018.	10
Der Kläger wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 03.08.2015 als Geschäftsführer mit Wirkung zum 31.08.2015 abberufen. Mit weiterem Gesellschafterbeschluss vom 23.06.2016 wurde die ordentliche Kündigung des Dienstvertrages des Klägers zum 31.12.2016 beschlossen. Das entsprechende Kündigungsschreiben der Beklagten vom selben Tag ging dem Kläger vor Ablauf des Monats Juni 2016 zu.	11
Der Kläger hat vorgetragen: Das Dienstverhältnis sei durch die Kündigung vom 23.06.2016 nicht zum 31.12.2016 beendet worden, sondern bestehe bis zum 31.08.2018 fort. Die von der Beklagten erklärte ordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die Beklagte wegen der Befristung des Dienstverhältnisses zu einer ordentlichen Kündigung nicht berechtigt gewesen sei. Die ordentliche Kündigung könne auch nicht als Beendigungserklärung nach § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ausgelegt oder in eine solche umgedeutet werden. Im Übrigen habe der Beklagten kein Recht zur Beendigung des Dienstvertrages zugestanden, weil die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages unwirksam sei. Denn zum einen könne im Alter von 61 Jahren noch kein Rentenantrag gestellt werden, zum anderen werde durch die hier in Rede stehende Regelung die Befristung des Dienstvertrages umgangen.	12

Der Kläger hat beantragt,	13
festzustellen, dass der zwischen den Parteien bestehende Dienstvertrag vom 16.08.2005, zuletzt verlängert am 04./15.05.2012 bis zum 31.08.2018, durch die Kündigung vom 23.06.2016 nicht beendet worden ist / beendet wird, insbesondere nicht zum 31.12.2016.	14
Die Beklagte hat beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Sie hat vorgetragen: Die ordentliche Kündigung vom 23.06.2016 habe zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses zum 31.12.2016 geführt. Die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages habe der Beklagten ein Kündigungsrecht eingeräumt, welches diese wirksam ausgeübt habe. Die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages sei wirksam. Denn den Parteien eines Dienstvertrages stehe es im Falle einer Befristung des Dienstverhältnisses frei, die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung zu vereinbaren. Zudem erhalte der Kläger aufgrund der ihm erteilten Versorgungszusage seit Beendigung des Dienstverhältnisses am 31.12.2016 eine betriebliche Altersversorgung.	17
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	18
Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Zur Begründung trägt er vor: Das Landgericht habe die Klage zu Unrecht abgewiesen. Das Landgericht habe verkannt, dass die Beklagte die Kündigung zu spät erklärt habe. Nach der Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages hätte die Beendigungserklärung nur „mit Eintritt“ des Klägers in sein 61. Lebensjahr, also am Tag seines 60. Geburtstages oder unverzüglich danach, erfolgen können. Die Beklagte habe die Kündigung jedoch erst ca. 15 Monate nach Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger und damit verspätet erklärt. Im Übrigen sei die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages unwirksam, weil sie den Kläger aus Altersgründen diskriminiere. Die Abberufung des Klägers als Vorsitzender der Geschäftsführung und die Kündigung des Dienstvertrages habe auf seinem Alter beruht, was gegen die Regelungen des AGG verstoße.	19
Der Kläger beantragt,	20
abändernd nach seinen erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen.	21
Die Beklagte beantragt,	22
die Berufung zurückzuweisen.	23
Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Zur Begründung trägt sie vor: Soweit der Kläger meine, eine Kündigung nach § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages hätte ausschließlich am Tag der Vollendung seines 60. Lebensjahres oder unverzüglich danach erfolgen können, sei eine solche Auslegung der vorgenannten Klausel fernliegend. Vielmehr könne die Klausel nur dahin ausgelegt werden, dass die Kündigungsmöglichkeit ab der Vollendung des 60. Lebensjahres bestehe. Entgegen der Auffassung des Klägers liege auch kein Verstoß gegen das AGG vor. Der Anwendungsbereich des AGG sei bereits nicht eröffnet, weil das AGG gemäß § 6 Abs. 3 AGG auf Organe juristischer Personen nur in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg anwendbar sei. Zudem fehle es an einer Benachteiligung des Klägers, weil diesem durch die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ebenfalls ein Kündigungsrecht eingeräumt worden sei und er hinsichtlich der	24

betrieblichen Altersversorgung so stehe, als wenn das Dienstverhältnis bis zum vorgesehenen Laufzeitende fortbestanden hätte. Weiterhin sei dem Kläger auch nicht „wegen seines Alters“ gekündigt worden, sondern weil die neue Alleingesellschafterin der Beklagten die Geschäftsleitung in andere Hände habe geben wollen. Schließlich sei eine etwaige Benachteiligung des Klägers gemäß § 10 AGG wegen betriebs- und unternehmensbezogener Interessen gerechtfertigt.	
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	25
II.	26
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	27
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Denn die Klage ist zulässig, aber unbegründet.	28
1. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO statthaft, weil die Klage auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers liegt vor, weil die Beklagte von einer Beendigung des Dienstverhältnisses zum 31.12.2016 ausgeht, während der Kläger meint, dass das Dienstverhältnis bis zum 31.08.2018 fortbesteht.	29
2. Die Klage ist unbegründet. Denn das zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis ist durch die Kündigung der Beklagten vom 23.06.2016 zum 31.12.2016 beendet worden.	30
a) Zwar ist der Dienstvertrag des Klägers bis zum 31.08.2018 befristet. Ein befristeter Dienstvertrag kann nicht ordentlich gekündigt werden, es sei denn, die Parteien des Dienstvertrages vereinbaren eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit (BAG Urteil vom 04.07.2001, Az. 2 AZR 88/00; Palandt-Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 620 Rn. 10). Mit der Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages haben die Parteien eine solche Kündigungsmöglichkeit vereinbart. Denn nach dieser Regelung können die Parteien das Dienstverhältnis unter den dort genannten Voraussetzungen mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende beenden, ohne dass es hierfür eines wichtigen Grundes bedarf.	31
b) Die vorgenannte Vertragsklausel ist wirksam.	32
aa) Eine Unwirksamkeit ergibt sich nicht aus § 7 Abs. 2 AGG.	33
(1) Zweifelhaft ist bereits, ob der Kläger als GmbH-Fremdgeschäftsführer dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG unterliegt.	34
Soweit die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg betroffen sind, ordnet § 6 Abs. 3 AGG die Geltung des AGG für Organmitglieder juristischer Personen an (vgl. hierzu BGH NJW 2012, 2346 ff.). Vorliegend geht es jedoch weder um den Zugang zu einer Tätigkeit noch um den beruflichen Aufstieg, sondern um die Beendigung eines Dienstverhältnisses. Daher kann sich eine Anwendung des AGG nur aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG ergeben. Der BGH hat die Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG auf GmbH-Fremdgeschäftsführer bislang offengelassen (vgl. BGH NJW 2012, 2346 ff.). Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich des AGG in europarechtskonformer Auslegung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG auf GmbH-Fremdgeschäftsführer (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Auflage 2016, § 6 Rn. 34; Scholz-	35

Schneider/Hohenstatt, GmbHG II. Band, 11. Auflage 2014, § 35 Rn. 326; Hohenstatt/Naber, ZIP 2012, 1989 (1990); Kort, WM 2013, 1049 (1057); a.A. Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Auflage 2017, § 35 Rn. 178 b und 215, und Mohr, ZHR 178 (2014), 326 (340 f.)). Diese Auffassung wird maßgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmereigenschaft von Organen juristischer Personen gestützt (vgl. EuGH NJW 2011, 2343 ff.).

(2) Vorliegend kann die Frage, ob der Kläger als GmbH-Fremdgeschäftsführer vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG umfasst ist, dahinstehen. Denn selbst wenn dies zu bejahen wäre, wäre die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. 36

(a) Eine Unwirksamkeit nach § 7 Abs. 2 AGG scheidet allerdings nicht schon gemäß § 2 Abs. 4 AGG aus. Zwar gelten danach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Diese Vorschrift ist auf Organmitglieder juristischer Personen jedoch nicht anwendbar, weil für diese kein besonderer Kündigungsschutz existiert (Hohenstatt/Naber, ZIP 2012, 1989 (1991); a.A. Bauer/Arnold, ZIP 2012, 597 (602), die die Benachteiligungsverbote des AGG bei Kündigungen nur mittelbar über §§ 138, 242 BGB berücksichtigen wollen). 37

(b) Auch eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG liegt vor. Die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages räumt der Beklagten ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kläger ein. Damit ist das Kündigungsrecht der Beklagten an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch wird der Kläger wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführer in der Person des Klägers nicht bestehen würde. Dass dem Kläger durch die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ebenfalls ein Kündigungsrecht für den Fall der Vollendung seines 60. Lebensjahres eingeräumt worden ist, lässt die Benachteiligung nicht entfallen. Denn bei Dienstverträgen liegt eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit regelmäßig im Interesse des Dienstberechtigten, während der Dienstverpflichtete in aller Regel an einer Befristung ohne Kündigungsmöglichkeit interessiert ist. 38

(c) Die Ungleichbehandlung ist jedoch gemäß § 10 AGG gerechtfertigt. 39

(aa) Wird eine Beendigung des Dienstvertrages für den Fall des Erreichens der gesetzlichen Regelaltersgrenze vereinbart, ist dies regelmäßig gemäß § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gerechtfertigt (Scholz-Schneider/Hohenstatt, GmbHG II. Band, 11. Auflage 2014, § 35 Rn. 338). Die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages begründet ein Kündigungsrecht der Beklagten allerdings schon für einen deutlich früheren Zeitpunkt, nämlich den der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger. Wie Vereinbarungen, die für GmbH-Geschäftsführer für den Fall des Erreichens eines bestimmten Lebensalters unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters eine Beendigung des Dienstverhältnisses oder ein Kündigungsrecht der Gesellschaft vorsehen, im Hinblick auf § 10 AGG zu beurteilen sind, ist streitig. 40

Teilweise wird eine deutlich unter dem gesetzlichen Renteneintrittsalter liegende Altersgrenze bei GmbH-Geschäftsführern gemäß § 10 S. 1 und 2 AGG für zulässig erachtet, wobei zur Begründung maßgeblich darauf abgestellt wird, dass die Tätigkeit als Unternehmensleiter erhöhten Anforderungen unterliege, Altersgrenzen Streitigkeiten zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer über die Beendigung der Tätigkeit verhinderten und Unternehmensleiter regelmäßig finanziell abgesichert seien oder sich absichern könnten (so etwa Mohr, ZHR 178 (2014), 326, (365 f.); Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rn. 35: Altersgrenze von 60 Jahren zulässig; noch großzügiger Bauer/Arnold, ZIP 2012, 597 (600 f.) und Lutter, BB 2007, 725 41

(728): Altersgrenze von 58 Jahren zulässig).

Nach einer anderen Meinung ist eine Unterschreitung des gesetzlichen Renteneintrittsalters gemäß § 10 S. 1 und 2 AGG oder analog § 10 S. 3 Nr. 5 AGG (jedenfalls) dann zulässig, wenn dem Geschäftsführer für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses eine betriebliche Altersversorgung ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens zusteht (so etwa Scholz-Schneider/Hohenstatt, GmbHG II. Band, § 35 Rn. 341; Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG Band II, 2. Auflage 2014, § 35 Rn. 259; MüKo-Jaeger, GmbHG Band 2, 2. Auflage 2016, § 35 Rn. 264d; Hohenstatt/Naber, ZIP 2012, 1989 (1996); vgl. auch Bauer/Arnold, ZIP 2012, 597 (601)), die aber eine Altersgrenze von 58 Jahren schon grundsätzlich für unbedenklich halten). Einige Vertreter dieser Auffassung verlangen allerdings auch für den Fall der Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung die Einhaltung einer Mindestaltersgrenze (vgl. Hohenstatt/Naber aaO.: 60 Jahre; Scholz-Schneider/Hohenstatt aaO.: 62 Jahre).

42

Von einer Mindermeinung wird die Zulässigkeit einer unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenze für GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich in Zweifel gezogen (Kort WM 2013, 1049 (1057); Wilsing/Meyer, DB 2011, 341 (343 f.)).

43

(bb) Nach Auffassung des Senats ist die Vereinbarung einer Altersgrenze unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters für GmbH-Geschäftsführer jedenfalls dann grundsätzlich zulässig, wenn gewährleistet ist, dass dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht. Das Anforderungsprofil für Unternehmensleiter ist regelmäßig besonders hoch, weshalb vor dem Hintergrund betriebs- und unternehmensbezogener Interessen, die nach der Rechtsprechung des BGH und des BAG im Rahmen des § 10 S. 1 AGG zu berücksichtigen sind (vgl. BGH NJW 2012, 2346 ff.; BAG NZA 2009, 945 ff.; zustimmend Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG Band II, § 35 Rn. 260 f.), ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen besteht. Letzteres gilt auch deshalb, weil ein Unternehmen ein legitimes Interesse daran haben kann, frühzeitig einen Nachfolger in der Unternehmensleitung zu installieren. Jedenfalls dann, wenn eine Altersgrenze mit der betrieblichen Altersversorgung in der Weise kombiniert wird, dass dem Geschäftsführer für den Fall seines vorzeitigen Ausscheidens infolge der „Altersklausel“ sofort eine betriebliche Altersversorgung zusteht, ist auch den berechtigten Interessen des Geschäftsführers an seiner sozialen Absicherung Rechnung getragen und daher eine Altersgrenze deutlich unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters als zulässig anzusehen. Dies ergibt sich aus § 10 S. 1 und 2 AGG, weil eine „Altersklausel“ unter den vorgenannten Voraussetzungen regelmäßig objektiv und angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ergänzend kann diese Sichtweise auf eine analoge Anwendung des § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gestützt werden, weil die betriebliche Altersversorgung bei GmbH-Geschäftsführern regelmäßig eine vergleichbare Funktion wie die gesetzliche Rente bei „gewöhnlichen“ Arbeitnehmern erfüllt.

44

(cc) Nach den vorgenannten Grundsätzen ist die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Dem Kläger ist unstreitig eine betriebliche Altersversorgung zugesagt worden. Nach § 7 Ziff. 3 S. 2 des Dienstvertrages gilt eine Beendigung des Dienstvertrages nach dieser Klausel als Übergang in den Ruhestand und löst die Leistungen nach der Versorgungszusage aus. Daher ist gewährleistet, dass dem Kläger ab dem Zeitpunkt seines vorzeitigen Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht. Hinzu kommt, dass der Kläger gemäß § 7 Ziff. 3 S. 3 des Dienstvertrages im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Beklagte hinsichtlich seiner

45

betrieblichen Altersversorgung so gestellt wird, als wenn er erst zum Ablauf der regulären Vertragslaufzeit ausgeschieden wäre. Der Kläger erleidet also hinsichtlich der Höhe seiner betrieblichen Altersversorgung durch die vorzeitige Vertragsbeendigung keine Nachteile. Soweit sich der Kläger in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf berufen hat, dass er lediglich eine betriebliche Altersversorgung in Höhe von 4.850,00 EUR monatlich erhalte, ist ihm zwar zuzugestehen, dass die betriebliche Altersversorgung in erheblichem Maße hinter seiner ursprünglichen Vergütung von 258.000,00 EUR jährlich zurückbleibt. Der Kläger hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst erklärt, dass die vergleichsweise geringe Höhe seiner Altersversorgung darauf beruht, dass er seine Tätigkeit im Konzern der Beklagten erst im Jahre 2002 aufgenommen hat. Dass sich die Höhe der betrieblichen Altersversorgung maßgeblich nach der Dauer der Tätigkeit für das jeweilige Unternehmen (bzw. für den jeweiligen Konzern) richtet, entspricht allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 2 Abs. 1 BetrAVG) und steht deshalb der Rechtfertigung einer vereinbarten Altersgrenze durch die dem Geschäftsführer zugesagte betriebliche Altersversorgung nicht entgegen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie es hier der Fall ist - die betriebliche Altersversorgung zumindest so hoch ist, dass sie eine hinreichende soziale Absicherung des Geschäftsführers gewährleistet. Hierfür spricht zudem, dass es auch im Rahmen des § 10 S. 3 Nr. 5 AGG nicht auf die Höhe der dem Arbeitnehmer zustehenden Rente ankommt (jurisPK-Sievers, BGB Band 2, 8. Auflage 2017, § 10 AGG Rn. 50). Ob die Vereinbarung einer „Altersklausel“ bei Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung schließlich nur dann zulässig ist, wenn ein bestimmtes Mindestalter gewahrt ist, kann dahinstehen. Denn jedenfalls eine Altersgrenze von 60 Jahren wie im vorliegenden Fall ist als unbedenklich anzusehen, wenn dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht.

bb) Die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ist auch nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Insoweit kann dahinstehen, ob es sich bei der hier in Rede stehenden Klausel überhaupt um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Denn es fehlt jedenfalls an einer unangemessenen Benachteiligung des Klägers im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies folgt schon daraus, dass die Parteien ohne weiteres auch von einer Befristung des Dienstvertrages hätten absehen oder trotz der Befristung eine generelle beiderseitige Kündigungsmöglichkeit hätten vereinbaren können. Im Übrigen ist auch hier wiederum zu berücksichtigen, dass dem Kläger ab dem Zeitpunkt seines vorzeitigen Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht, deren Höhe so berechnet wird, als wenn das Dienstverhältnis erst nach Ablauf der regulären Vertragslaufzeit geendet hätte.

c) Die Beklagte hat von der Kündigungsmöglichkeit nach § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages in wirksamer Weise Gebrauch gemacht.

aa) Die Beklagte war nicht darauf beschränkt, die Kündigung im Zeitpunkt der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger zu erklären. Der Wortlaut der Klausel steht einer solchen Auslegung zwar nicht entgegen, weil sich die Vertragsparteien die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht „ab“, sondern „mit“ dem Eintritt des Klägers in das 61. Lebensjahr vorbehalten haben. Dass die Beendigungsmöglichkeit nicht auf den Tag der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger beschränkt sein sollte, ergibt sich aber aus der in § 7 Ziff. 3 S. 1 des Dienstvertrages genannten Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Jahresende. Diese Kündigungsfrist wäre obsolet, wenn eine Beendigung nur am Tag der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger, mithin am 28.03.2015, hätte erklärt werden können, weil die sechsmonatige Frist dann immer gewahrt wäre. Zudem deutet die allgemeine Formulierung „Jahresende“ darauf hin, dass eine Kündigung ab der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger in jedem Jahr möglich ist. Schließlich würde es auch dem

Sinn und Zweck der Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages widersprechen, wenn die Kündigungsmöglichkeit auf den Tag der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger beschränkt wäre. Durch die hier in Rede stehende Klausel soll beiden Parteien die Möglichkeit eingeräumt werden, das Dienstverhältnis im Hinblick auf das fortgeschrittene Lebensalter des Klägers zu beenden. Es wäre unverständlich und kann vernünftigerweise von den Parteien nicht gewollt gewesen sein, diese Beendigungsmöglichkeit auf einen einzelnen Tag zu beschränken.

Entgegen der Auffassung des Klägers kann auch nicht angenommen werden, dass die Beklagte die hier in Rede stehende Regelung dahin verstanden hat, dass sie nur am Tag der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger zur Ausübung des Kündigungsrechts berechtigt sei. Ausweislich des Gesellschafterbeschlusses vom 23.06.2016 war der Beklagten bekannt, dass der Kläger am 28.03.1955 geboren ist. Gleichwohl ist sie offenbar - zu Recht - davon ausgegangen, dass sie mit der Kündigung vom 23.06.2016 den Dienstvertrag der Parteien zum 31.12.2016 beenden kann. 49

bb) Soweit der Kläger erstinstanzlich geltend gemacht hat, die Beklagte habe deshalb nicht in wirksamer Weise von der Beendigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, weil sie die ordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses erklärt habe, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Das Landgericht ist in dem angefochtenen Urteil zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagten aufgrund der Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ein Kündigungsrecht zugestanden und die Beklagte dieses durch die Kündigungserklärung wahrgenommen hat. Wenn man dies anders sähe, wäre die Kündigungserklärung der Beklagten zumindest gemäß § 140 BGB in eine Beendigungserklärung nach § 7 Ziff. 3 S. 1 des Dienstvertrages umzudeuten, weil die Voraussetzungen des § 140 BGB vorliegen. Der Kläger macht diesen Einwand in der Berufungsinstanz auch nicht mehr geltend. 50

cc) Welche Motive die Beklagte im Einzelnen veranlasst haben, die Kündigung zu erklären, kann dahinstehen. Da die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages im Einklang mit dem AGG steht, wäre es entgegen der Auffassung des Klägers nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte die Kündigung im Hinblick auf das fortgeschrittene Lebensalter des Klägers erklärt hätte. 51

dd) Schließlich hat die Beklagte das Kündigungsrecht auch in formeller Hinsicht wirksam ausgeübt. 52

(1) Obwohl die Beklagte über einen Aufsichtsrat verfügt, war gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Gesellschafterversammlung für die Entscheidung über die Kündigung und die Abgabe der Kündigungserklärung zuständig. Wie der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, verfügt die Beklagte über einen Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz. In diesem Fall ist die Gesellschafterversammlung für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und damit auch für die Kündigung von Geschäftsführer-Dienstverträgen zuständig, weil § 52 Abs. 1 GmbHG nicht auf die Vorschrift des § 84 AktG verweist (Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn. 251). Zwar kann die Satzung die Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat übertragen, eine solche Übertragung ist hier jedoch nicht erfolgt. Vielmehr bestimmt § 7 Ziff. 2 der Satzung der Beklagten, dass die Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen werden. 53

(2) Die Gesellschafterversammlung der Beklagten hat am 23.06.2016 die Kündigung des Dienstverhältnisses des Klägers zum 31.12.2016 beschlossen. Anschließend hat der von der Gesellschafterversammlung hierzu ermächtigte Dr. N die Kündigungserklärung gegenüber dem Kläger abgegeben. Ein solches Vorgehen ist nicht zu beanstanden (vgl. 54

III.	55
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	56
Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sog. Altersklauseln in Anstellungsverträgen von Organen juristischer Personen nach dem AGG zulässig sind, ist in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung bislang nicht geklärt. Die Frage hat angesichts der Verbreitung derartiger Klauseln auch eine erhebliche praktische Bedeutung.	57