

Aktenzeichen: 2 AZR 261/86

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 5. März 1987

- 2 AZR 261/86 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 18. Juli 1985

Essen

- 1 Ca 1531/85 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 18. April 1986

Düsseldorf

- 2 Sa 1311/85 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ansprüche aus Annahmeverzug eines abberufenen GmbH-
Geschäftsführers

Gesetz:

BGB § 615

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 261/86

2 Sa 1311/85 Düsseldorf

Verkündet am
5. März 1987

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. März 1987 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Weller und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Brenne und Strümper für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. April 1986 - 2 Sa 1311/85 - aufgehoben, soweit es die Leistungsklage des Klägers abgewiesen hat.
2. Insoweit wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Am 11. November 1983 gründeten die Kauffrau H und der Malermeister D die H und D GmbH (im folgenden: GmbH). Nach § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Gemäß § 5 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages wurden der Gesellschafter D und der Kläger zu Geschäftsführern bestellt. Mit Wirkung vom 20. Februar 1984 stellte die GmbH den Kläger, gelernter Malergeselle, zu einem festen Monatsgehalt von 2.660,-- DM mit Sondervergütung als Geschäftsführer ein. Er erhielt - in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages - Einzelvertretungsbefugnis und war verantwortlich für die technischen Bereiche Abwicklung und Leitung der Baustellen. Nach § 4 des Anstellungsvertrages sollte er seine ganze Arbeitskraft, seine Erfahrungen und Kenntnisse der Gesellschaft zur Verfügung stellen, die tägliche Mindestarbeitszeit betrug acht Stunden. Überstunden sollten nicht vergütet werden.

Aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4. Februar 1985, an der auch der mittlerweile mit 2 % an der GmbH beteiligte Kläger teilgenommen hatte, wurde er als Geschäftsführer abberufen. Es hatte sich zwischen ihm und der Gesellschafterin H ein engeres persönliches Verhältnis entwickelt, das aufgelöst worden war.

Mit Schreiben vom 19. März 1985 kündigte die Beklagte das Anstellungsverhältnis des Klägers zum 30. September 1985 und bot ihm zugleich an, ab 1. Oktober 1985 als Geselle zum tariflichen Gesellenlohn weiter zu arbeiten. Zugleich teilte sie ihm mit, eine Weiterverwendung im kaufmännischen Bereich sei nicht mehr möglich, die GmbH übe insoweit ihr Direktionsrecht als Arbeitgeber dahingehend aus, daß der Kläger unter Aufrechterhaltung des jetzigen Gehaltes bis zum 30. September 1985 mit sofortiger Wirkung auf den Baustellen der GmbH als Geselle eingesetzt werde.

Mit Schreiben vom 25. März 1985 widersprach der Kläger der Kündigung und verwies darauf, das Direktionsrecht berechtige den Arbeitgeber nicht, dem Arbeitnehmer völlig vertragsfremde Arbeiten zu übertragen. Zugleich bot der Kläger "nach wie vor die vertragsgemäße Geschäftsführertätigkeit" an, und zwar mit dem Hinweis, er erwarte eine rechtserhebliche Erklärung der Beklagten dahingehend, daß er weiter als Geschäftsführer beschäftigt werde. Die GmbH kündigte hierauf mit Schreiben vom 26. März 1985 das bestehende Anstellungsverhältnis fristlos, weil der Kläger sich geweigert habe, ihm zugewiesene Arbeiten zu verrichten.

Über das Vermögen der GmbH wurde am 21. November 1985 das



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Konkursverfahren eröffnet, Konkursverwalter ist der Beklagte.

Es steht aufgrund des Berufungsurteils, das der Beklagte insoweit nicht angegriffen hat, rechtskräftig fest, daß die beiden Kündigungen der GmbH vom 19. und 26. März 1985 unwirksam sind, weil sie ohne Zustimmung der Gesellschafter erfolgt sind.

Der Kläger verlangt Gehalt für die Monate April und Mai 1985 in Höhe von unstreitig 5.838,-- DM. Er hat vorgetragen, er habe der GmbH seine bisherige Tätigkeit angeboten und sich nicht geweigert, nünmehr auch praktische Arbeiten auszuführen. Ihm sei jedoch ein klarer Arbeitsauftrag nicht erteilt worden.

Die GmbH habe ihm nicht auf Dauer Gesellentätigkeiten zuweisen können, er habe sich daher zu Recht geweigert, vertragsfremde Arbeiten zu verrichten. Er habe bis zu seiner Abberufung monatlich rd. 135 Stunden Geschäftsführertätigkeit ausgeübt (34 Stunden Kundenbetreuung; 24 Stunden Kostenvoranschläge; 20 Stunden Einrichtung von Baustellen; 20 Stunden Korrespondenz und Bankangelegenheiten; 29 Stunden Materialplanung und Einkauf; 8 Stunden Abrechnungen).

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5.838,-- DM nebst 4 % Zinsen seit 5. Mai 1985 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, der Kläger habe auch während der Zeit als Geschäftsführer immer als Geselle auf Baustellen gearbeitet, die gering-



fügige Büroarbeit sei geteilt und meistens nach Büroschluß erledigt worden. Am 26. März 1985 habe er erklärt, er denke nicht daran Malerarbeiten auszuführen, und die Arbeit eines Gesellen zu erledigen. An diesem Tage habe er sich zwecks Einsatzes auf einer Baustelle einfinden sollen. Das Verlangen des Klägers, nur noch Bürotätigkeiten zu verrichten, habe im krassen Widerspruch zu seinem früheren Arbeitseinsatz gestanden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten die Zahlungsklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch mit der Maßgabe weiter, den verlangten Betrag mit dem Rang nach § 61 Abs. 1 Ziff. 1 KO zur Konkurstabelle festzustellen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil war aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer sei dieser aufgrund des fortbestehenden Anstellungsverhältnisses verpflichtet gewesen, der GmbH weiterhin seine Dienste anzubieten. Mit Schreiben vom 25. März 1985 habe der Kläger zwar seine vertragsgemäße Geschäftsführertätigkeit anbieten lassen, die GmbH sei seit seiner Abberufung jedoch nicht mehr verpflichtet gewesen, diese Tätigkeit ent-



Egegenzunehmen, so daß Annahmeverzug der Gesellschaft nicht eingetreten sei. Der Kläger wäre verpflichtet gewesen, alle ihm zumutbaren Tätigkeiten auszuführen. Hierzu hätten auch Anstreicherarbeiten gehört, die der Kläger während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer in größerem Umfang, wenn auch nicht im selben Maße wie von der Gemeinschuldnerin behauptet, ausgeführt habe.

II. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, mit denen es einen Annahmeverzug verneint hat, halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt.

a) Der Kläger war zwar als Geschäftsführer wirksam abberufen worden, seine Rechte aus dem nicht wirksam gekündigten Anstellungsvertrag bestanden jedoch fort. Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich. Die Organstellung und die Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsvertrag sind scharf zu trennen. Bestellung und Abberufung sind körperschaftliche Organisationsakte und berühren den Anstellungsvertrag nicht (vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, 14. Aufl., § 35 Rz 109, § 38 Rz 2; Rohwedder/Fuhrmann/Koppensteiner/Lautermann/Rasner/Rittner/Zimmermann, GmbHG, § 35 Rz 55, 56, § 38 Rz 23; Schmidt in Scholz, GmbHG, 6. Aufl., § 46 Rz 61; Mertens in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 35 Rz 41; für Aktiengesell-



schaft: vgl. Meyer-Landrut in Großkomm.AktG, § 84 Anm. 40; BGH zuletzt NJW 1981, 2748). Bei Fortbestand des Dienstverhältnisses behält das bisherige Organmitglied seine vollen vertraglichen Rechte, soweit sie nicht unlösbar mit der Organstellung verbunden sind oder die Anrechnungsvorschrift des § 615 Satz 2 BGB eingreift. Darin liegt für die Gesellschaft keine unerträgliche Belastung. Bei längerer Vertragsdauer ist sie, wenn sie dem aus der Organstellung Ausgeschiedenen keine angemessene Tätigkeit in ihrem eigenen Betrieb zu bieten hat, durch § 615 Satz 2 BGB weitgehend dagegen geschützt, daß der andere die Lage ungebührlich zu ihren Lasten ausnutzt (BGH WM 1978, 319, 320).

b) Der Kläger hatte durch Schreiben vom 25. März 1985 die Geschäftsführertätigkeit ausdrücklich angeboten, die die Beklagte bereits vorher mit Schreiben vom 19. März 1985 abgelehnt hatte, wobei sie das Schreiben des Klägers vom 25. März 1985 sogar weiter zum Anlaß nahm, nunmehr fristlos zu kündigen. Nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers, den das Berufungsgericht unbeachtet gelassen hat, hatte dieser bislang monatlich rund 135 Stunden von ihm so bezeichnete Geschäftsführertätigkeit ausgeübt, wobei sich aus der von ihm gegebenen Einzeldarstellung ergibt, daß diese Tätigkeit nicht zwangsläufig mit der Organstellung verbunden war. Nach dem Inhalt seines Anstellungsvertrages war der Kläger verantwortlich für die technischen Bereiche Abwicklung und Leitung der Baustelle. Da der Beklagte selbst nicht geltend macht, der Kläger habe seine Abberufung aus dem Amt des Geschäftsführers selbst verschuldet, braucht der Kläger sich auf eine gegenüber seiner früheren Tätigkeit unangemessene Be-



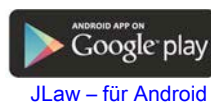
schäftigung nicht verweisen zu lassen (vgl. BGH, aaO, und BGH WM 1966, 968).

2. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt daher im wesentlichen davon ab, wie sich die bisherige Tätigkeit des Klägers gestaltet hat.

a) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht in Anbetracht des erlernten Berufes des Klägers und der Größe des Betriebes der GmbH auch erwogen, ob der Kläger nicht die Tätigkeit eines gelernten Gesellen hätte ausüben müssen. Das hängt jedoch entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts davon ab, ob der Kläger auch bisher überwiegend auf Baustellen die Tätigkeit eines gelernten Gesellen verrichtet hat. Da der Kläger substantiiert vorgetragen hat, er habe monatlich rund 135 Stunden eine gehobene Tätigkeit ausgeübt und die Beklagte dem entgegengetreten ist, tragen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, "der Kläger habe im großen Umfange Anstreicherarbeiten ausgeführt, was von ihm nicht in dem Maß wie von der Gemeinschuldnerin eingeräumt werde", allein noch nicht die Annahme, die Beklagte habe dem Kläger und seiner Abberufung als Geschäftsführer ein zumutbares Arbeitsangebot gemacht. Das Landesarbeitsgericht hätte vielmehr zu diesem streitigen Parteivorbringen genaue Feststellungen zu Inhalt und Umfang der früheren Tätigkeit des Klägers treffen und unter Zugrundelegung der erwiesenen oder nicht erwiesenen Tatsachen die Zumutbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit prüfen müssen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



b) Das Landesarbeitsgericht wird bezüglich der Zumutbarkeit zu beachten haben, daß ein böswilliges Unterlassen im Sinne von § 615 Satz 2 BGB nur dann vorliegt, wenn dem Dienstverpflichteten ein Vorwurf dahingehend gemacht werden kann, während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände - Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und nachteilige Folgen für den Arbeitgeber - die Aufnahme der Arbeit verhindert zu haben. Was zumutbar ist, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben zu bestimmen (Soergel/Kraft, BGB, 12. Aufl., § 615 Rz 23, 25; BGB-RGRK-Dennecke, § 615 Anm. 4; LAG Berlin Urteil vom 27. August 1957 - 5 Sa 310/57 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB, mit Anmerkung Hueck; BAG Urteil vom 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAGE 6, 306 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAGE 14, 31 = AP Nr. 22 zu § 615 BGB; BAGE 35, 324 = AP Nr. 32 zu § 615 BGB, mit Anmerkung Mühl).

Eine Böswilligkeit ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn der Dienstverpflichtete ein vom Dienstberechtigten unter Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechts zugewiesene Tätigkeit nicht verrichten will (BAG Urteil vom 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit).

Die vom Landesarbeitsgericht in den Entscheidungsgründen getroffenen Feststellungen tragen seine Subsumtion nicht; das Landesarbeitsgericht hat insbesondere auch nicht beachtet, daß bei der vorliegenden Prüfung des Einzelfalles auch das Verhalten des Dienstverpflichteten (vgl. Soergel/Kraft, aaO) zu berück-



sichtigen ist und daß nach der Gestaltung des Falles auch vor-
angegangene persönliche Auseinandersetzungen beachtlich sein
können (vgl. Mühl, aaO).

Hillebrecht

Dr. Weller

Ascheid

Brenne

Strümper



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)