

Aktenzeichen: 5 AZR 202/91
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 15. Januar 1992
- 5 AZR 202/91 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 05. März 1986
- 10 Ca 9786/85 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 15. Februar 1991
- 11 (9) Sa 485/86 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Bestimmung des Arbeitsplatzes - Billigkeitskontrolle

Gesetz:

BGB § 611 Direktionsrecht, § 315 Abs. 3 Satz 2; GmbHG § 52;
BetrVG 1952 § 76 Abs. 1, § 77; MitbestG §§ 1, 6, 31

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](#)

5 AZR 202/91
11 (9) Sa 485/86 Köln

Verkündet am
15. Januar 1992

Clobes,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Olderog sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Koffka und Hecker für Recht erkannt:

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. Februar 1991 - 11 (9) Sa 485/86 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten 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 :

Der Kläger will in diesem Rechtsstreit erreichen, daß die Beklagte ihn seinem Gehaltsniveau entsprechend beschäftigt. Der am 18. Januar 1931 geborene Kläger ist Dipl.-Kaufmann und seit 1961 bei der Beklagten beschäftigt. Seit dem 1. Januar 1968 war er als Geschäftsführer verschiedener Tochtergesellschaften der Beklagten (D) tätig.

Im Zusammenhang mit der Bestellung des Klägers zu einem der Geschäftsführer der L GmbH (L) haben die Parteien am 1. April 1981 einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen (von ihnen als "Rückfallvertrag" bezeichnet). In diesem ist u.a. folgendes geregelt:

"...

3. Die D behält sich vor, den Mitarbeiter entsprechend seinen Leistungen und Fähigkeiten mit einer anderen im Interesse des Unternehmens liegenden Tätigkeit zu betrauen. Der Vorbehalt erstreckt sich auch auf eine Beschäftigung an einem anderen Ort als dem derzeitigen Einsatzort oder bei einer Tochtergesellschaft der D ."



Ebenfalls am 1. April 1981 hat der Kläger einen Dienstvertrag mit der L GmbH (L) abgeschlossen und ist gleichzeitig für die Dauer von fünf Jahren zu einem der drei Geschäftsführer dieser Gesellschaft bestellt worden. Für den Fall der Auflösung des Dienstvertrages mit der L sollte sich die Vergütung des Klägers wieder nach dem Arbeitsvertrag vom 1. April 1981 (sog. "Rückfallvertrag") richten. Darin ist eine monatliche Vergütung von 9.575,-- DM brutto vereinbart. Das entspricht derzeit (Stand Mai 1990) einem Gehalt von 12.360,-- DM brutto.

Ende des Jahres 1982 kam es zwischen dem Kläger und den anderen Mitgeschäftsführern der L zu Meinungsverschiedenheiten. Am 24. März 1983 unterzeichnete der Kläger eine Vereinbarung, wonach der Dienstvertrag mit der L mit Wirkung zum 31. März 1983 einvernehmlich endete und die vertraglich vereinbarten Vergütungen noch bis zum 30. Juni 1983 weitergewährt wurden. Ab dem 1. Juli 1983 trat der mit der Beklagten vereinbarte Arbeitsvertrag vom 1. April 1981 ("Rückfallvertrag") wieder in Kraft.

Der Kläger hat danach nur 18 Monate als Leiter der Abteilung kaufmännische Verwaltung und Allgemeine Dienste, Datenverarbeitung und Fernmeldedienste (FRAKE 5) bei der Beklagten gearbeitet. Er hat sich gegen diese nach seiner Meinung unterwertige Beschäftigung gewandt und deswegen einen Rechtsstreit mit der Beklagten geführt. Anschließend hat er bei der Beklagten nicht weitergearbeitet. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die weiteren von der Beklagten angebotenen Beschäftigungsmöglichkeiten angemessen waren.



Der Kläger hat durch Senatsurteil vom 23. November 1988 (- 5 AZR 663/87 -) die Verurteilung der Beklagten zur Beschäftigung mit einer Tätigkeit erreicht, die seinem bisherigen Gehaltsniveau von seinerzeit 9.575,-- DM entspricht. Der Senat hat durch das vorgenannte Urteil den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen und hat dazu ausgeführt, das Berufungsgericht müsse gemäß § 315 Abs. 3 BGB darüber entscheiden, ob die von der Beklagten zugewiesene Tätigkeit vertragsgemäß ist und billigem Ermessen entspricht. Sei das nicht der Fall, so müsse die Bestimmung durch Urteil getroffen werden (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Daraufhin hat das Landesarbeitsgericht mit Beschluß vom 28. September 1990 der Beklagten auferlegt, dem Gericht darzulegen, welche Arbeitsstellen bei ihr einem Gehaltsniveau von 12.360,-- DM brutto (Stand Mai 1990) entsprechen und welche Ausbildung, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie welche disziplinar-, fachlichen und finanziellen Befugnisse und Vertretungsbefugnisse dafür vorausgesetzt werden. Ferner hat es der Beklagten aufgegeben, diese Stellen in einem Organigramm auszuweisen.

Die Beklagte hat daraufhin ausgeführt, daß alle diesem Gehaltsniveau entsprechenden Positionen bei der Beklagten besetzt seien und in absehbarer Zeit nicht frei werden, weil die Stelleninhaber durchweg jünger seien als der Kläger. Allerdings scheide zum 31. Dezember 1990 der Geschäftsführer der Firma E

GmbH aus. Diese Position sei aber mit einem Fachmann aus der Reisebürobranche anderweitig besetzt worden.



Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, er erfülle mit einem abgeschlossenen wirtschaftswissenschaftlichen Hochschulstudium und einer mehrjährigen Tätigkeit als Geschäftsführer anderer Tochterunternehmen die Voraussetzungen für diese Führungsposition. Nach der Ausschreibung seien Erfahrungen in der Reisebürobranche erwünscht, aber nicht Bedingung. Die Beklagte hätte daher dafür sorgen müssen, daß dem Kläger diese Tätigkeit übertragen wird.

Der Kläger hat beantragt,

1. daß das Gericht eine Stelle nach den Maßstäben bestimme, die in den Urteilen des Arbeitsgerichts Köln vom 28. Februar 1984, des Landesarbeitsgerichts Köln vom 5. September 1984 und des angefochtenen Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 5. März 1986 festgelegt seien,
2. und der Beklagten aufgabe, diese Stelle bei Vermeidung eines für den Fall der Nichtvornahme nach dem Ermessen des Gerichts festzusetzenden Ordnungsgeldes oder Ordnungshaft mit dem Kläger zu besetzen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hat geltend gemacht, der Kläger verlange lediglich, die im Antrag bezeichnete Stelle mit ihm zu "besetzen". Das sei nicht gleichbedeutend mit einem Beschäftigungsanspruch. Eine Beschäftigungsmöglichkeit habe sie für den Kläger nicht.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, den Kläger als Geschäftsführer der E GmbH zu beschäftigen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision, mit der sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage erreichen will.



Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung führen.

I. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Tätigkeit zu übertragen, die mit einem Gehalt von ca. 12.000,-- DM dotiert sei und zum Führungskreis 2 gehöre (Stellen der ersten Ebene unter dem Vorstand als Hauptgeschäftsführer oder Hauptabteilungsleiter). Die Beklagte habe diese Verpflichtung bisher nicht erfüllt, obwohl sie die Möglichkeit habe, den Kläger ab 1. Januar 1991 als Geschäftsführer der E GmbH zu beschäftigen. Da die Beklagte sich nicht in der Lage sehe, dem Kläger eine entsprechende Tätigkeit im eigenen Unternehmen zuzuweisen, müsse sie zur Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs dafür sorgen, daß der Kläger bei einer Tochtergesellschaft entsprechend eingesetzt werde. Im Arbeitsvertrag mit ihm habe die Beklagte seine Beschäftigung bei einer Tochtergesellschaft nicht davon abhängig gemacht, daß diese damit einverstanden sei. Aufgrund der Ausbildung und bisherigen Tätigkeit als Geschäftsführer sei er dafür geeignet. Dementsprechend habe das Gericht nach billigem Ermessen bestimmt, daß der Kläger als Geschäftsführer der E GmbH zu beschäftigen sei. Er erfülle auch die in der Stellenausschreibung genannten Anforderungen. Zwar "soll" der Bewerber Kenntnisse in der Reisebürobranche haben, doch sei das nicht unabdingbare Vor-



aussetzung. Insoweit müsse die Beschäftigung des Klägers vor diesem nur erwünschten Erfordernis Vorrang haben. Die Beklagte könne nicht geltend machen, sie müsse die Stelle mit einem externen Fachmann aus der Reisebürobranche besetzen.

II. Die Revision weist demgegenüber zu Recht darauf hin, daß die Beklagte keinen Einfluß darauf habe, daß der Kläger als Geschäftsführer der E GmbH beschäftigt werde, weil nicht sie darüber entscheide, sondern der Aufsichtsrat in eigener Zuständigkeit darüber zu befinden habe.

1. In der Revisionsinstanz kann die rechtsgestaltende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nur darauf geprüft werden, ob die Voraussetzungen dafür vorlagen und ob die Grenzen des Ermessens eingehalten sind (MünchKomm-Söllner, BGB, 2. Aufl., § 315 Rz 28).

Eine von der Tatsacheninstanz abweichende Entscheidung kann der Senat selbst nicht vornehmen, weil dem Revisionsgericht eigene Tatsachenfeststellungen verwehrt sind und die bisher unstreitigen Tatsachen für eine Sachentscheidung - wo der Kläger angemessen zu beschäftigen ist - nicht ausreichen. Der Senat kann bei dieser Sachlage nur feststellen, daß die Beklagte jedenfalls nicht verpflichtet ist, den Kläger als Geschäftsführer der E GmbH zu bestellen. Andererseits bleibt damit aber offen, wo der Kläger sonst eingesetzt werden kann. Das muß der weiteren Sachaufklärung in der Vorinstanz vorbehalten bleiben.



2. Eine Beschäftigung des Klägers als Geschäftsführer der E
GmbH ist deswegen nicht möglich, weil die Beklagte über diese Anstellung des Klägers nicht selbst entscheiden kann. Die E GmbH hat einen Aufsichtsrat, der nach § 6 des Gesellschaftsvertrages "über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer" entscheidet.

Damit weicht der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Regelung ab, wonach die Geschäftsführer einer GmbH in dem Gesellschaftsvertrag selbst oder durch die Gesellschafter bestellt werden (§ 6 Abs. 3 Satz 2, § 46 Nr. 5 GmbHG). Zwar besitzt die Beklagte 85 % der Geschäftsanteile der E GmbH über die C GmbH, die wiederum eine 100 %ige Tochter der Beklagten ist. Dennoch kann sie sich nicht über das Votum des Aufsichtsrates hinwegsetzen, der sich ausdrücklich mit Beschluß vom 24. April 1991 gegen eine Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Gesellschaft ausgesprochen hat.

3. Auf welcher Rechtsgrundlage die E GmbH einen Aufsichtsrat hat, kann dahingestellt bleiben. Dafür gibt es mehrere Möglichkeiten:

Nach § 52 GmbHG können die Gesellschafter einen Aufsichtsrat einrichten, ohne dazu verpflichtet zu sein (fakultativer Aufsichtsrat). Das ist nur dann nicht möglich, wenn Gegenstand des Unternehmens Kapitalanlagegeschäfte oder gemeinnütziger Wohnungsbau ist. Die zuletzt genannten Voraussetzungen liegen hier unstreitig nicht vor.



Dagegen ist die Bildung eines Aufsichtsrats zwingend vorgeschrieben, wenn Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu wählen sind. Das gilt einmal für Gesellschaften, mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern, aber nicht mehr als 2000 Arbeitnehmern (§ 76 Abs. 1, § 77 BetrVG 1952). Der Aufsichtsrat dieser Gesellschaften besteht zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer.

Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, kann aus dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht entnommen werden. Im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 10) wird dazu nur die Behauptung der Beklagten wiedergegeben, es seien auch Arbeitnehmervertreter Mitglied des Aufsichtsrats der E GmbH.

Darüber hinaus ergibt sich aus den §§ 1 und 6 des Mitbestimmungsgesetzes, daß Gesellschaften mit in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmern einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat haben müssen. In diesem Fall bestimmt § 31 MitbestG ausdrücklich, daß die Bestellung der Geschäftsführer einer GmbH durch den Aufsichtsrat erfolgen muß. Nach Meinung des Bundesgerichtshofs erstreckt sich dieses Mitbestimmungsrecht auch auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen (BGHZ 89, 48, 50 f.).

Welche der vorgenannten Fallgestaltungen hier zutreffen, kann dahingestellt bleiben.

Selbst wenn die Beklagte nur fakultativ gemäß § 52 GmbHG einen Aufsichtsrat eingesetzt hat, muß sie seine Rechtsstellung beachten und kann sich nicht über die Beschlüsse dieses Organs



hinsichtlich der Bestellung eines Geschäftsführers oder der Ablehnung der Bestellung hinwegsetzen (vgl. auch BGH Urteil vom 1. Oktober 1973 - II ZR 31/71 - WM 1973, 1295, 1296). Das hat die Vorinstanz nicht berücksichtigt.

III. Damit ist die Beklagte aber nicht von ihrer Beschäftigungspflicht befreit. Sie muß den Kläger vielmehr beschäftigen und hat ihm eine seinem bisherigen Gehaltsniveau entsprechende Tätigkeit anzubieten. Dadurch ist zugleich der Rahmen der künftigen Tätigkeit festgelegt: Es handelt sich nach den insoweit unstreitigen Feststellungen der Vorinstanz um Stellen auf der ersten Ebene unter dem Vorstand als Hauptgeschäftsführer und Hauptabteilungsleiter. Solche Beschäftigungsmöglichkeiten muß die Beklagte in ihrem Einflußbereich ermöglichen. Notfalls muß sie durch Aufteilung vorhandener Kompetenzen oder durch ihr mögliche Umbesetzungen für ein entsprechendes Tätigkeitsgebiet sorgen. Da sie andererseits geltend macht, die bisher dem Kläger schon angebotenen Beschäftigungsmöglichkeiten seien weggefallen, müssen dafür andere neu entstanden sein. Im Rahmen dieser Änderung ihrer Organisationsstruktur müßten sich neue Tätigkeitsmöglichkeiten für den Kläger finden lassen. Diese muß sie dem Gericht in angemessener Frist darlegen. Ein finanzieller Nachteil erwächst der Beklagten dadurch nicht, denn sie bezahlt den Kläger schon jahrelang, ohne eine Arbeitsleistung von ihm zu fordern. Allerdings verlangt sie seine Anwesenheit und damit Untätigkeit im Büro.

Sollte die Beklagte erneut geltend machen, eine andere Beschäftigungsmöglichkeit sei nicht gegeben und weigert sie sich,



eine entsprechende Bestimmung der Tätigkeit selbst vorzunehmen, dann muß nach § 315 Abs. 3 BGB das Gericht die von der Beklagten unterlassene Leistungsbestimmung selbst treffen. Dem Gericht fehlen allerdings eigene Kenntnisse darüber, wo der Kläger weiterbeschäftigt werden könnte. Wenn keine geeignete Position frei ist, wird sie von der Beklagten erst geschaffen werden müssen. Das kann das Gericht nicht übernehmen.

Da das Gericht unter diesen Umständen selbst keinen Arbeitsplatz bezeichnen kann, auf dem der Kläger in angemessener Weise weiterbeschäftigt werden muß, ist eine Beendigung des Verfahrens gegebenenfalls nur in folgender Weise möglich:

Wenn die Beklagte innerhalb angemessener Frist für den Kläger keine angemessenen Beschäftigungsmöglichkeiten darlegt, kann das Gericht die Beklagte zwangsläufig nur verurteilen, den Kläger "auf einer Stelle auf der ersten Ebene unter dem Vorstand als Hauptgeschäftsführer und Hauptabteilungsleiter (Führungskreis 2)" zu beschäftigen. Dann könnte die Beklagte mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gezwungen werden, dem Kläger eine dieser Tätigkeitsbeschreibung entsprechende Beschäftigung anzubieten.

Andererseits kann das Gericht nicht erreichen, daß der Kläger seinen Beschäftigungsanspruch aufgibt und dafür Schadenersatz gemäß § 326 BGB nach erfolgloser Fristsetzung beansprucht. Das läßt die Regelung des § 315 BGB nicht zu (BGH Urteil vom 17. Mai



1971 - VIII ZR 16/70 - LM § 315 BGB Nr. 11). Der Kläger könnte sich darüber allerdings mit der Beklagten einigen.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Dr. Olderog

Dr. Koffka

Hecker



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)