

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GmbHG § 38

Ein Geschäftsführer kann aus einem von der GmbH
zu vertretenden wichtigen Grund sein Amt nieder-
legen, ohne zugleich das Anstellungsverhältnis
fristlos kündigen zu müssen.

BGH, Urt. v. 9. Februar 1978 - II ZR 189/76 - OLG München
LG München I

9

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 189/76

URTEIL

Verkündet am

9. Februar 1978

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wirtschaftsprüfers Dr. Paul M. [REDACTED],
K[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die T[REDACTED]-U[REDACTED] GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und
Steuerberatungsgesellschaft, R[REDACTED] 16, M[REDACTED],
vertreten durch die Geschäftsführer Gerhard F[REDACTED],
Dr. Kurt G[REDACTED], Dr. Gerhard J[REDACTED], Kurt K[REDACTED] und
Willy Ku[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

9

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1978
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel
und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts München vom 22. September 1976
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Laut Anstellungsvertrag vom 4. März 1972, der
mindestens bis zum 31. Dezember 1976 laufen sollte, war
der Kläger als Wirtschaftsprüfer und Geschäftsführer
für die beklagte GmbH, eine Wirtschaftsprüfungs- und
Steuerberatungsgesellschaft, tätig. Mit Schreiben vom
2. August 1975 erklärte er, daß er unter Aufrecht-
erhaltung seiner Ansprüche aus dem laufenden Anstellungs-
vertrag im Außenverhältnis sein Amt als Geschäftsführer
aus wichtigen Gründen fristlos niederlege. Daraufhin



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



kündigte die Beklagte aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 11. August 1975 mit Schreiben vom folgenden Tag den Anstellungsvertrag fristlos. Der Kläger widersprach dieser Kündigung und bot der Beklagten weiterhin seine Dienste an. Er hält die Kündigung für unbegründet und hat beantragt, ihre Unwirksamkeit festzustellen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe sein Amt als Geschäftsführer der Beklagten nicht niederlegen können, ohne zugleich den ihm zugrundeliegenden Anstellungsvertrag zu kündigen, was er jedoch ausdrücklich vermieden habe. In seiner Weigerung, die nach wie vor geschuldeten Dienste als Geschäftsführer weiterhin zu leisten, liege infolgedessen eine schwerwiegende Vertragsverletzung, die der Beklagten das Recht gegeben habe, das Dienstverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen. Ob der Kläger seinerseits zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sei, könne dahingestellt bleiben, da er von dieser allein in Betracht kommenden Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht haltbar.

1. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied seine Bestellung zum Gesellschaftsorgan von sich aus beenden kann, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. einerseits Baumbach/Hueck, GmbHG, 13. Aufl. § 38 Anm. 4; andererseits Mertens in Köln. Komm. z. AktG § 84 Anm. 80). Einigkeit besteht aber im wesentlichen darüber, daß die einseitige Amtsniederlegung jedenfalls insoweit nicht nur nach außen hin wirksam, sondern auch gegenüber der Gesellschaft zulässig ist, als das Organmitglied sein Anstellungsverhältnis kündigen kann, also insbesondere bei Vorliegen eines wichtigen Grundes; ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied kann keinesfalls gezwungen sein, die Verantwortung und das erhebliche Haftungsrisiko seines Amtes unter für ihn unzumutbaren Bedingungen weiterzutragen (Urt. d. Sen. v. 19. 1. 61 - II ZR 217/58, LM GmbHG § 46 Nr. 6; Baumbach/Hueck aaO; Meyer-Landrut, Großkomm. z. AktG, 3. Aufl. § 84 Anm. 37 ff m. w. N.). Einen solchen Sachverhalt hat der Kläger behauptet. Unter anderem hat er vorgetragen, Anfang 1975 sei bei der Beklagten ein starker Auftragsrückgang zu verzeichnen gewesen. Er habe die anderen Gesellschafter-Geschäftsführer der Beklagten hierauf wiederholt hingewiesen, bei ihnen aber nicht die notwendige Unterstützung gefunden. Der verspätete Eingang größerer Zahlungen habe dann dazu geführt, daß nicht nur die Geschäftsführergehälter, sondern auch Lohnsteuer und Sozialabgaben nur mit wochenlanger Verzögerung hätten abgeführt werden können, so daß die Münchener Niederlassung der Beklagten laufend von Vollstreckungsbeamten aufgesucht worden sei. Im Hinblick auf diese bedrängende Situation, die auch für ihn persönlich mit der Gefahr einer Haftung gegenüber

dem Steuerfiskus und den Sozialversicherungsträgern verbunden gewesen sei, habe er am 2. August 1975 eine Gesellschafterversammlung einberufen. Diese Versammlung sei nicht beschlußfähig gewesen, weil die meisten Gesellschafter weder erschienen noch vertreten gewesen seien. Aus diesem Grund habe er sein Geschäftsführeramt niedergelegt, der Beklagten aber weiterhin seine fachlichen Dienste angeboten, die sie dann auch noch bis Ende September 1975 laufend in Anspruch genommen habe.

Dieses Vorbringen hat das Berufungsgericht, weil von seinem Standpunkt aus unerheblich, nicht gewürdigt. Es ist daher für die Revisionsinstanz als wahr zu unterstellen.

2. Für die weitere sachlichrechtliche Prüfung ist hiernach davon auszugehen, daß der Kläger wichtige, von ihm nicht zu vertretende Gründe hatte, sein Amt als Geschäftsführer sofort niederzulegen. Dazu war er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch ohne gleichzeitige Kündigung des Anstellungsvertrags berechtigt (a. M. wohl Baumbach/Hueck aaO; Schilling in Hachenburg, GmbHG, 6. Aufl. § 38 Anm. 6).

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats, die auch das Berufungsgericht vermerkt, führt das Erlöschen der Bestellung zum Geschäftsführer nicht von selbst zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses; beide Rechtsverhältnisse können vielmehr ein verschiedenes Schicksal haben (so zuletzt Urt. d. Sen. v. 8. 12. 77 - II ZR 219/75, WM 1978, 109, zu II 1). Deshalb ist es möglich, daß ein

bestimmter Sachverhalt für die Gesellschaft einen wichtigen Grund für den Widerruf der Bestellung, aber zunächst nicht für die Kündigung des Anstellungsvertrags bildet. Bei einer solchen Sachlage kann der aus seiner Organstellung Abberufene gehalten sein, sich mit dem Angebot einer angemessenen anderen Beschäftigung zufrieden zu geben, wenn er eine sofortige Kündigung auch des Anstellungsvertrags vermeiden will (Urt. d. Sen. v. 14. 7. 66 - II ZR 212/64, LM AktG § 75 Nr. 17 = WM 1966, 968).

Demgegenüber weist der umgekehrte Fall, daß dem Mitglied eines Vertretungsorgans aus wichtigen Gründen die Fortsetzung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied nicht mehr zuzumuten ist, zwar gewisse Unterschiede auf. Diese sind aber nicht so wesentlich, daß in Ermangelung einer gegenteiligen gesetzlichen Regelung der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit des Dienstvertrags nicht auch hier jedenfalls in den Fällen zum Zuge kommen könnte, in denen die Gesellschaft das Erlöschen der Bestellung zu vertreten hat. Keine entscheidende Bedeutung kommt hierbei dem Umstand zu, daß im einen Fall die Gesellschaft, im anderen der Inhaber der Organstellung selber den unmittelbaren Anstoß dazu gibt, daß er seine Dienste nicht mehr in der vertraglich vorgesehenen Weise leisten kann. Denn für die Frage, welche Rechtsfolgen sich für beide Teile aus dem Ende der Bestellung ergeben, kann ebenso wie bei einer außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses (vgl. § 628 Abs. 2 BGB) nicht so sehr die Person dessen maßgebend sein, der durch seine Erklärung das Ende herbeigeführt hat,

als vielmehr, welcher Teil diese Erklärung durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat. Ist dies die Gesellschaft, so besteht kein durchschlagender Grund dafür, warum der andere Teil unter allen Umständen genötigt sein sollte, seine Rechtsstellung aufgrund des Anstellungsvertrags von sich aus preiszugeben, nur weil die Gesellschaft zurechenbar ihm die Möglichkeit genommen hat, diese Stellung unter zumutbaren Bedingungen weiterhin in der Eigenschaft eines Organmitglieds wahrzunehmen. Zwar ist sein soziales Schutzbedürfnis in diesem Fall möglicherweise nicht so stark wie z.B. das eines Geschäftsführers, dessen Bestellung ohne einen in seiner Person liegenden Grund nach § 38 Abs. 1 GmbHG widerrufen wird. Denn bei einer berechtigten, durch vertragswidriges Verhalten der Gesellschaft veranlaßten außerordentlichen Kündigung auch des Dienstverhältnisses steht dem kündigenden Organmitglied der Schadenersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB zu, der sich unter Umständen der Höhe nach ganz oder nahezu vollständig mit den vertraglichen Bezügen decken kann. Gleichwohl kann ihm aber ein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses zuzubilligen sein, wogegen ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft daran, aus Anlaß einer von ihr zu vertretenden Amtsniederlegung zugleich den Anstellungsvertrag zu beenden, im allgemeinen nicht anzuerkennen ist.

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 auch keine unerträgliche Belastung. Sie befindet sich in diesem Fall in ähnlicher Lage, wie wenn sie die Bestellung aus Gründen widerrufen hätte, die der andere Teil sogar zu vertreten hat, die aber für eine außerordentliche Kündigung auch des Anstellungsverhältnisses nicht ausreichen (vgl. den Tatbestand des Sen.Urt. v. 14. 7. 66 aaO). Läuft der Anstellungsvertrag ohnehin in Kürze aus oder kann er zu einem nahen Termin ordentlich gekündigt werden, so wird für die Gesellschaft die Fortzahlung der vertraglichen Bezüge bis zu diesem Zeitpunkt im allgemeinen auch dann tragbar erscheinen, wenn sie für das bisherige Organmitglied keine geeignete Beschäftigung mehr hat. Bei längerer Vertragsdauer ist sie, wenn sie dem aus der Organstellung Ausgeschiedenen keine angemessene Tätigkeit in ihrem eigenen Betrieb zu bieten hat, immerhin durch § 615 Satz 2 BGB weitgehend dagegen geschützt, daß der andere die Lage ungebührlich zu ihren Lasten ausnutzt. Darüber hinaus könnte sie eines Tages berechtigt sein, das Anstellungsverhältnis ihrerseits nach § 626 BGB zu kündigen, wenn der andere Teil unter grober Verletzung der ihr weiterhin geschuldeten Rücksichtnahme Bemühungen um eine andere Anstellung unterläßt. Dasselbe Recht kann ihr schließlich auch dann zustehen, wenn der andere Teil die Wiederaufnahme seiner Tätigkeit als Vertretungsorgan verweigert, obwohl die Gründe für deren Aufgabe inzwischen beseitigt sind, oder wenn er das Angebot einer Weiterbeschäftigung unter ihm zumutbaren anderen Bedingungen ohne triftigen Grund ausschlägt.

3. Es kommt hiernach auf die vom Berufungsgericht offengelassene Frage an, ob für den Kläger ein wichtiger Grund bestanden hat, seine Bestellung zum Geschäftsführer sofort zu beenden. Ist dies der Fall, so war die von der Beklagten erklärte außerordentliche Kündigung unwirksam, es sei denn, diese sei, wie die Beklagte geltend gemacht hat, noch durch andere, ihr nicht länger als zwei Wochen vor dem Ausspruch der Kündigung bekannt gewesene Gründe (§ 626 Abs. 2 BGB) gerechtfertigt gewesen.

Hat der Kläger dagegen unberechtigt seine weiteren Dienstleistungen als Geschäftsführer verweigert, so könnte darin für die Beklagte ein wichtiger Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses gelegen haben. In diesem Fall könnte sich der Kläger nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts auch nicht auf die §§ 12 und 18 des Schwerbehindertengesetzes in der Fassung vom 29. April 1974 (BGBl I 1005 - SchwbG) berufen, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten - auch aus wichtigem Grund - der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bedarf. Denn diese Vorschriften gelten nur für Arbeitsverhältnisse. Das Anstellungsverhältnis der Mitglieder von Vertretungsorganen einer juristischen Person ist aber kein Arbeitsverhältnis; Organmitglieder sind nicht Arbeitnehmer im Sinne der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, sondern üben selbst Arbeitgeberfunktionen aus (BGHZ 12, 1, 8; 49, 30, 31; Meyer-Landrut aaO § 84 Anm. 16 m. w. N.). Demgemäß nahm § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 2 Buchst. b des Schwerbeschädigtengesetzes in der Fassung vom 14. August 1961 (BGBl I 1233) "in Betrieben einer

juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist", ausdrücklich vom Kündigungsschutz dieses Gesetzes aus (ebenso § 14 Nr. 1 KSchG). In der Neufassung vom 29. April 1974 fehlt zwar eine solche ausdrückliche Regelung (vgl. jetzt § 17 Abs. 1 mit § 6 Abs. 2 Nr. 2 - 5 SchwbG). Damit hat der Gesetzgeber aber keine sachliche Änderung beabsichtigt, sondern lediglich darauf verzichtet, den Arbeitgeberbegriff besonders zu umschreiben (vgl. Entw. eines Ges. z. Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts, BTDr. 7/656, Begr. zu Nr. 7 u. 22, abgedr. bei Jung/Cramer, SchwbG, 1974 S. 297, 303; Rewolle, SchwbG, 1975 ff, § 6 Anm. II 1, 9, § 12 Anm. II 4; Jung/Cramer aaO § 6 Anm. 3 a. E., § 12 Anm. 4; Wilrodt/Neumann, SchwbG, 4. Aufl. § 6 Anm. 4, 26, § 12 Anm. 27). Ob die Stellung des Klägers, wie dieser vorgetragen hat, der Beklagten als Arbeitsplatz im Sinne der §§ 4 ff SchwbG angerechnet wurde (vgl. dazu den früheren § 6 Abs. 3 SchwbG i. d. F. v. 14. 8. 1961), ist unerheblich, da Beschäftigungspflicht und Kündigungsschutz einander nicht bedingen (Siegler, DB 1969, 2229, 2230).

Unzutreffend ist die Ansicht des Klägers, er sei hinsichtlich des Kündigungsschutzes nicht mehr als Mitglied eines Vertretungsorgans zu behandeln, weil er die Geschäftsführung bereits vor der Kündigungserklärung der Beklagten niedergelegt habe. Die Kündigung der Beklagten betraf nicht ein nach der Amtsniederlegung zwischen den Parteien fortgesetztes Dienstverhältnis,

sondern stand noch in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Aufgabe der Organstellung, deren dienstvertragliche Grundlage nicht den §§ 12 ff SchwbG unterlag.

4. Da es hiernach weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Skibbe