BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 161/02

Verkündet am:
1. Dezember 2003
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja bis S. 11 oben (ohne IV 2 der Entscheidungsgründe)
BGHR: ja

AktG § 112; BGB § 626; ZPO §§ 86, 246

a) Wird eine durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretene GmbH während des Rechtsstreits auf eine AG verschmolzen, tritt diese entsprechend § 246 Abs. 1 ZPO ohne Unterbrechung des Verfahrens in den Prozeß ein und wird entsprechend § 86 ZPO durch den bisherigen Prozeßbevollmächtigten der GmbH "nach Vorschrift der Gesetze" vertreten (vgl. Senat, BGHZ 121, 263).

b) Die (zulässige) Klage des Geschäftsführers einer GmbH gegen diese wird nach deren Verschmelzung auf eine AG nicht dadurch unzulässig, daß der Kläger in seiner Berufungsschrift das Vertretungsorgan der AG falsch bezeichnet. Auch die Zulässigkeit der Berufung bleibt davon unberührt.

c) Zu den Voraussetzungen des Nachschiebens von Gründen für die fristlose Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrages (§ 626 BGB).

BGH, Urteil vom 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02 - OLG Naumburg
LG Stendal

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly, Kraemer und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. April 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Geschäftsführer der Stadtwerke S. GmbH, die im Verlauf des Rechtsstreits auf die beklagte Aktiengesellschaft verschmolzen worden ist. Sein Anstellungsvertrag war bis 31. Dezember 2001 befristet. Mit Anwaltsschreiben an den Kläger vom 7. August 2000 erklärte die GmbH, vertreten durch den Aufsichtsrat, die außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses, weil der Kläger wiederholt Anweisungen der Gesellschafter und des Aufsichtsrats mißachtet und diese durch kritische Äußerungen gegenüber der

Presse in Mißkredit gebracht habe. Mit Anwaltsschreiben vom 17. August 2000 wurde im Namen der GmbH, vertreten durch den Aufsichtsrat, dieser vertreten durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, eine abermalige Kündigung ausgesprochen, weil der Kläger auf Vorhalt der betreffenden Presseveröffentlichung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden und Bürgermeister die ihm angelastete Äußerung zunächst wahrheitswidrig in Abrede gestellt habe. Beide Kündigungen wies der Kläger unter Hinweis auf § 174 BGB zurück. Während des Rechtsstreits in erster Instanz erklärte die GmbH mit Anwaltsschreiben vom 9. Mai 2001 unter Hinweis darauf, daß der Aufsichtsrat nicht mehr bestehe und sie deshalb durch die Geschäftsführer vertreten werde, "abermals eine außerordentliche Kündigung, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses". Eine Überprüfung habe ergeben, daß der Kläger am 22. Juni 2000 ohne die erforderliche Zustimmung des (damaligen) Aufsichtsrats bei der D. Bank ein hoch spekulatives Fremddevisengeschäft in Form eines sog. "Fremdwährungs-Swap" mit einem Volumen von 10 Mio. DM abgeschlossen habe.

Mit der Klage begehrt der Kläger von der Beklagten Zahlung seines Geschäftsführergehalts für September 2000 bis Januar 2001 in Höhe von insgesamt 35.294,96 €, wovon ein Teilbetrag von insgesamt 7.397,81 € an die Bundesanstalt für Arbeit zu zahlen sei (§ 115 Abs. 2 SGB X). Die Parteien streiten insbesondere darum, ob der im Schreiben der GmbH vom 9. Mai 2001 genannte Kündigungsgrund (Fremdwährungs-Swap) zur Unterstützung der Kündigung vom 7. August 2000 "nachgeschoben" werden konnte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr entsprochen. Dagegen richtet sich die - zugelassene - Revision der Beklagten.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Die Zulassung der Revision ist wirksam, obwohl das zweitinstanzliche Verfahren gemäß § 26 Nr. 5 EGZPO noch den §§ 511 ff. a.F. ZPO unterlag und die Beschwer der Beklagten die Wertgrenze des § 546 a.F. ZPO übersteigt. Denn mit der Zulassung wird über die Statthaftigkeit der Revision entschieden, die sich gemäß § 26 Nr. 7 EGZPO nach den neuen Vorschriften, also nach § 543 Abs. 2 n.F. ZPO beurteilt, wenn die mündliche Verhandlung - auf die das angefochtene Urteil ergangen ist - nach dem 31. Dezember 2001 geschlossen wurde (vgl. Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO 25. Aufl. § 26 EGZPO Rdn. 6, 8), was hier der Fall war.

II. Die Zulässigkeit der Revision scheitert im Ergebnis nicht daran, daß der in der Revisionsschrift - wie im Rubrum des angefochtenen Urteils - als gesetzlicher Vertreter der Beklagten benannte Vorstand für deren Vertretung in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht zuständig ist.

1. Gemäß § 112 AktG wird eine Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich durch den Aufsichtsrat vertreten. Das gilt auch gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern, um eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen unbeeinflußte Vertretung der Gesellschaft ihnen gegenüber sicherzustellen (vgl. Senat, BGHZ 130, 108, 111; Urt. v. 22. April 1991 - II ZR 151/90, ZIP 1991, 796 m.w.N.). Gleiches gilt gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer einer in eine Aktiengesellschaft umgewandelten GmbH (Sen.Urt. v. 28. April 1997 - II ZR 282/95, ZIP 1997, 1108), und zwar unabhängig davon, ob die ehemalige GmbH vor der Umwandlung

über einen Aufsichtsrat verfügt hatte. Maßgebend ist vielmehr, daß die GmbH mit der Umwandlung bzw. Verschmelzung erloschen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und an ihre Stelle die übernehmende Rechtsträgerin mit der ihr eigenen Kompetenzordnung getreten ist.

2. Es ist allerdings anerkannt, daß das Rechtsmittel einer in dem anhängigen Rechtsstreit von Anfang an nicht nach den Vorschriften des Gesetzes vertretenen Partei zum Zwecke der Korrektur dieses - von Amts wegen zu berücksichtigenden - Mangels als zulässig zu behandeln ist und zur Aufhebung eines gegen sie ergangenen Sachurteils sowie zur Abweisung der Klage als unzulässig führt, weil andernfalls - bei Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig - ein vorinstanzliches Sachurteil bestätigt würde, das der Nichtigkeitsklage gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ausgesetzt wäre (vgl. BGHZ 40, 197, 198 f.; 143, 122, 127; vgl. auch Sen.Urt. v. 28. April 1997 aaO). Im vorliegenden Fall war und ist die Klage jedoch nicht wegen eines Vertretungsmangels unzulässig.

Anders als in den von dem Senat bisher entschiedenen Fällen, in denen ein Vertretungsmangel im Sinne von § 112 AktG zur Abweisung der Klage als unzulässig führte (vgl. Sen.Urt. v. 28. April 1997 aaO; v. 26. Juni 1995 - II ZR 122/94, BGHZ 130, 108; v. 22. April 1991 - II ZR 151/90, ZIP 1991, 796; v. 5. März 1990 - II ZR 86/89, WM 1990, 630), war im vorliegenden Fall die ursprünglich gegen die GmbH, vertreten durch ihren damaligen Aufsichtsrat, gerichtete Klage ordnungsgemäß erhoben. Da die GmbH in dem anhängigen Rechtsstreit durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, trat die Beklagte als Rechtsnachfolgerin gemäß § 246 Abs. 1 ZPO ohne Unterbrechung des Verfahrens (§§ 239, 241 ZPO) kraft Gesetzes in den Prozeß ein (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO 12. Aufl. § 246 Rdn. 11) und wurde in diesem durch den bisherigen Prozeßbevollmächtigten der GmbH aufgrund des Fortbestandes der

von ihr erteilten Prozeßvollmacht entsprechend § 86 ZPO "nach Vorschrift der Gesetze vertreten" (vgl. Senat, BGHZ 121, 263, 265 f.; BFH, Urt. v. 27. April 2000 - I R 65/98, NJW-RR 2001, 244; BAG, Urt. v. 20. Januar 2000 - 2 AZR 733/98, MDR 2000, 781). Trotz der Gesamtrechtsnachfolge kann das Verfahren, wenn der Prozeßbevollmächtigte nicht dessen Aussetzung beantragt (§ 246 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO), unter der bisherigen Parteibezeichnung fortgesetzt werden; ein entsprechendes Urteilsrubrum - wie hier dasjenige des erstinstanzlichen Urteils, das (trotz der zuvor aktenkundig gemachten Verschmelzung) noch auf die GmbH als Beklagte lautet - ist gemäß § 319 ZPO zu berichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 19. Februar 2002 - VI ZR 394/00, NJW 2002, 1430 f.), was dann konsequenterweise auch die zutreffende Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters der Nachfolgepartei einschließen muß. Angesichts dieser Rechtslage ist es als unschädliche (und ebenfalls einer Berichtigung zugängliche) Falschbezeichnung anzusehen, daß der Kläger in seiner Berufungsschrift "die Stadtwerke S. GmbH, vertreten durch deren Geschäftsführer, nunmehr a. AG, vertreten durch den Vorstand" als Beklagte und Berufungsbeklagte benannt hat (zur Unschädlichkeit von Falschangaben bei Identifizierbarkeit des angefochtenen Urteils vgl. auch BGH, Urt. v. 11. Januar 2001 - III ZR 113/00, NJW 2001, 1070). Diese Bezeichnung gab der Klage keine neue Richtung gegen die bereits kraft Gesetzes in den Rechtsstreit eingetretene Beklagte. Der Vertretungszusatz im Passivrubrum der Berufungsschrift ist keine "bestimmende" Bezeichnung wie bei Klageerhebung oder bei einer gewillkürten Parteiänderung und ändert nichts daran, daß die Beklagte in dem Rechtsstreit durch den von ihrer Rechtsvorgängerin (GmbH) mandatierten, auch in zweiter Instanz aufgetretenen Prozeßbevollmächtigten "nach den Vorschriften des Gesetzes vertreten" war (§§ 86, 246 Abs. 1 ZPO) und deshalb ein Vertretungsmangel im Sinne von §§ 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 a.F. ZPO nicht vorlag (vgl. BGHZ 121, 263, 265 f.).

3. Dahinstehen kann, ob die Wirkung der §§ 86, 246 ZPO mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung eines Revisionsanwalts durch den vorinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten (§ 81 ZPO) auch noch in die Revisionsinstanz hineinreichte oder die Revision wegen Mandatserteilung durch ein unzuständiges Organ der Beklagten zunächst unzulässig war. Zulässig ist die Revision jedenfalls deshalb, weil der Aufsichtsrat der Beklagten gemäß dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgelegten Beschluß vom 3. Juli 2003 die bisherige, auf eine sachliche Abweisung der Klage zielende Prozeßführung - wenn auch auf die Revisionsinstanz beschränkt - zulässigerweise rückwirkend genehmigt hat (vgl. Sen.Urt. v. 13. Februar 1989 - II ZR 209/88, ZIP 1989, 497; v. 21. Juni 1999 - II ZR 27/98, ZIP 1999, 1663). Eine willkürliche Beschränkung der Genehmigung, die eventuell zu ihrer Unwirksamkeit führen könnte (vgl. RGZ 110, 228, 230 f.; BGHZ 92, 137, 141), liegt darin nicht, weil die vorinstanzliche Prozeßführung der Beklagten keiner Genehmigung bedarf, wie oben (2.) ausgeführt.

III. In der Sache geht das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil davon aus, daß zwar nicht die in dem Kündigungsschreiben der Beklagten vom 7. August 2000, wohl aber die in ihrem Schreiben vom 9. Mai 2001 genannten Kündigungsgründe geeignet seien, die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Diese Gründe könnten aber - so meint das Berufungsgericht - der ursprünglichen Kündigung nicht "nachgeschoben" werden und ihr daher nicht zur Wirksamkeit verhelfen, weil sie dadurch einen "völlig anderen Charakter" erhalten würde. Mit den ursprünglichen Kündigungsgründen stehe das "Devisen-Swap-Geschäft" in keinerlei sachlichem Zusammenhang. Es sei von dem Kläger auch nicht verheimlicht worden und hätte von der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Wege einer Überprüfung der Geschäftsführertätig-

keit des Klägers aus Anlaß der ersten Kündigung wesentlich früher entdeckt werden können. Mehr als neun Monate nach Ausspruch der ersten Kündigung habe der Kläger nach Treu und Glauben nicht mehr damit rechnen müssen, daß die Kündigung nachträglich auf den aus seiner Sicht völlig neuartigen Kündigungsgrund gestützt werde.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats hängt die sachliche Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrages gemäß § 626 Abs. 1 BGB - von der Wahrung der Frist des Abs. 2 abgesehen - allein davon ab, ob der bei ihrem Ausspruch tatsächlich vorliegende Sachverhalt bei objektiver Würdigung dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar macht. Die Angabe eines Kündigungsgrundes gehört nicht zum notwendigen Inhalt der Kündigungserklärung (Senat, BGHZ 27, 220, 225), wie sich auch aus § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB ergibt. Werden Gründe angegeben, können grundsätzlich weitere Gründe auch noch im Rechtsstreit nachgeschoben werden, soweit sie bei Ausspruch der Kündigung objektiv vorlagen (vgl. Sen.Urt. v. 2. Juni 1997 - II ZR 101/96, DStR 1997, 338 f.; v. 13. Juli 1998 - II ZR 131/97, NJW-RR 1998, 1409) und dem kündigenden Gesellschaftsorgan nicht länger als zwei Wochen zuvor bekannt geworden waren (Sen.Urt. v. 11. Juli 1978 - II ZR 266/77, WM 1978, 1123). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist dabei ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem ursprünglichen und dem nachgeschobenen Kündigungsgrund (hier Swap-Geschäft) nicht erforderlich (vgl. Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 - II ZR 239/90, ZIP 1992, 32, 35). Auf einen solchen Zusammenhang kommt es nur für die unterstützende Heranziehung von bei Ausspruch der Kündigung bereits gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristeten Gründen an (vgl. Sen.Urt. v.

10. September 2001 - II ZR 14/00, ZIP 2001, 1957, 1958 f.). Daß der Beklagten bzw. dem Aufsichtsrat ihrer Rechtsvorgängerin bei Ausspruch ihrer (ersten) Kündigung vom 7. August 2000 das später als Kündigungsgrund eingeführte und am 22. Juni 2000 von dem Kläger abgeschlossene "Swap-Geschäft" bekannt war, ist nicht ersichtlich.

Ohne Bedeutung ist, ob die Beklagte den erstmals im Schreiben vom 9. Mai 2001 genannten Kündigungsgrund schon früher nach Ausspruch der Kündigung vom 7. August 2000 hätte zu ihrer Kenntnis bringen können. Denn selbst eine entsprechend frühere positive Kenntnis hiervon stünde dem späteren Nachschieben dieses Kündigungsgrundes nicht entgegen, weil § 626 Abs. 2 BGB dadurch nicht berührt würde. Ist bereits eine fristlose Kündigung ausgesprochen, muß der Gekündigte damit rechnen, daß bei Ausspruch der Kündigung bereits bekannte, zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht verfristete oder auch bis dahin noch nicht entdeckte Kündigungsgründe nachgeschoben werden (vgl. BAG, Urt. v. 18. Januar 1980 - 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486). Der Kündigende kann u.U. im Interesse seines Unternehmens oder auch des Gekündigten selber gute Gründe haben, einen nachträglich entdeckten Kündigungsgrund erst "im Notfall" heranzuziehen.

2. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung scheidet ein Nachschieben des weiteren Kündigungsgrundes (Swap-Geschäft) nicht deshalb aus, weil die Beklagte hierauf (auch) eine "abermalige" außerordentliche Kündigung (mit Schreiben vom 9. Mai 2001) gestützt hat. Dies ändert nichts daran, daß der hiermit geltend gemachte Kündigungsgrund vor Ausspruch der ersten Kündigung objektiv vorlag und daher zu ihrer Stützung nachgeschoben werden konnte. Anlaß für die erneute Kündigung bestand für die Beklagte deshalb, weil auch schon die formelle Wirksamkeit der früheren Kündigungen im Streit war

und in diesem Punkt der Beklagten ein bloßes Nachschieben von Gründen nichts genützt hätte. Die abermalige Kündigung stellt sich daher ersichtlich als eine Vorsorgemaßnahme dar, die ggf. das Auflaufen weiterer Gehaltsansprüche ab Zugang der Kündigung (bis 31. Dezember 2001) verhindern sollte, ohne ein Nachschieben des betreffenden Kündigungsgrundes im vorliegenden Rechtsstreit auszuschließen. Die entsprechende Absicht der Beklagten hatte mit der erneuten Kündigung nichts zu tun und brauchte mit ihr nicht mitgeteilt zu werden. Vertrauensschutz kann der Kläger insoweit nicht in Anspruch nehmen, weil die Beklagte den Inhalt des Kündigungsschreibens sogleich in den vorliegenden Rechtsstreit eingeführt und damit erkennbar den Zweck verfolgt hat, die ursprüngliche Kündigung zu stützen, auf deren Wirksamkeit es gegenüber den streitigen Gehaltsansprüchen des Klägers für September 2000 bis Januar 2001 allein ankommt.

IV. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt, weil es dazu noch tatrichterlicher Feststellungen bedarf.

1. Offen ist, ob über die Kündigung vom 9. Mai 2001 und über das Nachschieben des dortigen Kündigungsgrundes im vorliegenden Rechtsstreit das damals für eine Kündigung zuständige Organ der Rechtsvorgängerin der Beklagten entschieden hat. Dies war deshalb erforderlich, weil es sich um einen anderen Lebenssachverhalt als denjenigen handelte, der die Beklagte zu ihrer ursprünglichen Kündigung veranlaßt hatte (vgl. Senat, BGHZ 60, 333, 336; Urt. v. 14. Oktober 1991 aaO). Nach dem von der Revision aufgegriffenen Vortrag der Beklagten soll zwar die nach Wegfall des Aufsichtsrats der GmbH für eine Kündigung zuständige Alleingesellschafterin der GmbH (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG sowie Sen.Urt. v. 27. März 1995 - II ZR 140/93, ZIP 1995, 643, 644 f.) - dies war damals die Beklagte - durch einen zur Ausübung ihrer Gesellschafterrechte

Bevollmächtigten über die erneute Kündigung entschieden und die Geschäftsführung der GmbH zu deren Ausspruch ermächtigt haben, was möglicherweise auch das Nachschieben des betreffenden Kündigungsgrundes in dem anhängigen Rechtsstreit deckte. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen.

2. Soweit das Berufungsgericht die - von seinem Rechtsstandpunkt aus unnötige - Feststellung trifft, der nachgeschobene Kündigungsgrund rechtfertige an sich die fristlose Kündigung, erschöpft sich dies in einer Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil, obwohl für die Abfassung des Berufungsurteils § 543 Abs. 2 ZPO a.F. maßgebend war (vgl. § 26 Nr. 5 EGZPO; BGH, Urt. v. 19. Februar 2003 - VIII ZR 205/02, NJW-RR 2003, 1006) und danach eine Bezugnahme nur insoweit zulässig ist, als hierdurch die Beurteilung des Parteivorbringens durch das Revisionsgericht nicht wesentlich erschwert wird. Das ist jedoch hier der Fall. Wie auch die Revisionserwiderung zu Recht rügt, hat sich das Berufungsgericht mit dem zweitinstanzlichen Vortrag des Klägers (nebst Beweisantritten) zum Fehlen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB nicht erkennbar auseinandergesetzt, ohne aufzuzeigen, aus welchen Gründen eine solche Auseinandersetzung entbehrlich erschien. Dem Senat obliegt nicht die Prüfung anhand der Akten, ob und inwieweit das zweitinstanzliche Vorbringen des Klägers seinem Inhalt nach bereits von dem Landgericht beurteilt worden ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung des gemäß § 26 Nr. 7 EGZPO für das vorliegende Revisionsverfahren maßgebenden § 559 Abs. 1 ZPO n.F., wonach nur das aus dem Berufungsurteil und dem Sitzungsprotokoll ersichtliche Parteivorbringen revisionsrechtlicher Beurteilung unterliegt.

Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Röhricht Goette Kurzwelly

Kraemer Strohn