

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr.h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 2 wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 19. Dezember 1997 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 verlangt von der beklagten Gesellschaft mit beschränkter Haftung (früher: Beklagte zu 2; im folgenden: Beklagte) die Zahlung rückständiger Geschäftsführervergütung.

Die Beklagte, vertreten durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, stellte den Kläger im Oktober 1992 mit Wirkung vom 1. Juli 1993 für die Dauer

von drei Jahren zu ihrem Geschäftsführer und schloß mit ihm am 2. Dezember 1992 einen entsprechenden Anstellungsvertrag. Der Kläger erhielt ein Jahresgrundgehalt von 132.000,-- DM brutto, zahlbar in 12 gleichen Monatsraten jeweils am Monatsende, eine Tantieme in Höhe von 5 % des tantiemepflichtigen Gewinns, jedoch mindestens 24.000,-- DM in den ersten zwei Dienstjahren, und einen Dienstwagen. Der Kläger nahm seine Geschäftsführertätigkeit bereits am 8. März 1993 auf. Sein Gehalt wurde von der F.W. D. GmbH & Co. KG (der bisherigen Beklagten zu 1) gezahlt, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte ist. Am 2. Dezember 1993 kündigte der Aufsichtsrat der Beklagten das Anstellungsverhältnis fristlos wegen eines von dem Kläger am 29. November 1993 eigenmächtig angetretenen Urlaubs. Noch am selben Tag bot der Kläger mit Einschreiben und Fax seine Arbeitskraft "uneingeschränkt" an, jedoch erst für die Zeit nach seiner Genesung, "voraussichtlich zum 17. Dezember 1993"; eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zu diesem Tage fügte er bei. Am 20. Dezember 1993 übersandte er eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zum 23. Dezember 1993. Der in der Folgezeit zwischen der F.W. D. GmbH & Co. KG und dem Kläger geführte Prozeß ergab, daß die fristlose Kündigung unwirksam war.

Die Beklagte kündigte den Anstellungsvertrag mit Schreiben vom 10. Januar 1996 "gemäß Gesellschafterbeschuß vom 9. Januar 1996 vorsorglich" erneut und zwar mit Ablauf des 7. März 1996, "hilfsweise auf den Ablauf des 30. Juni 1996". Auf die Klage des Klägers festzustellen, daß der Vertrag bis 30. Juni 1996 fortbestanden habe, erwiderte die Beklagte, sie habe den Anspruch außergerichtlich anerkannt. Daraufhin nahm der Kläger diese Klage zurück.

Der Kläger verlangt die ausstehende Vergütung für November 1993 bis Oktober 1995 (abzüglich gezahlter 7.500,-- DM für November 1993), die garantierte Tantieme für die ersten zwei Jahre sowie die Arbeitgeberanteile zur Renten- und Krankenversicherung für den Zeitraum von Dezember 1993 bis Oktober 1995, abzüglich der von dem Arbeitsamt W. erlangten Leistungen. Insgesamt errechnet er einen Betrag von 274.060,90 DM. Das Landgericht hat der Klage in der Hauptsache stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung des Klägers hat es die Beklagte verurteilt, an diesen weitere 52.123,38 DM (November 1995 bis Juni 1996) zu zahlen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag, die Klage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte im Berufungsverfahren ordnungsgemäß vertreten war und die Klage deshalb zulässig ist. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Die Klage war allerdings zunächst unzulässig. Sie war gegen die Beklagte, vertreten durch ihren Geschäftsführer erhoben worden, der die Vertretung vor Gericht auch wahrgenommen hat. Vertreter der Beklagten war jedoch gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit § 112 AktG ihr Aufsichtsrat. Dies gilt auch für den Fall eines Prozesses der Gesellschaft mit einem ausgeschie-



denen Geschäftsführer (vgl. nur Sen.Urt. v. 22. April 1991 - II ZR 151/90, BGHR ZPO § 551 Nr. 5 - Vertretung 1).

2. Der Vertretungsmangel kann jedoch in jeder Lage des Verfahrens geheilt werden (vgl. Sen.Urt. v. 8. September 1997 - II ZR 55/96, WM 1998, 308, 309 m.w.N.). Das ist hier spätestens in zweiter Instanz dadurch geschehen, daß der Aufsichtsrat der Beklagten deren Prozeßvertretung übernommen hat.

Der Aufsichtsrat der Beklagten hat die bisherige Prozeßführung genehmigt. Eine solche Genehmigung kann im Zweifel auch konkludent erfolgen (vgl. BGH, Beschl. v. 30. November 1988 - IVa ZB 12/88, NJW 1989, 984 f.). Die dazu getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind allerdings unvollständig. Das Revisionsgericht kann jedoch weitere Umstände berücksichtigen, ohne an den Tatrichter gebunden zu sein (vgl. BGHZ 31, 279, 281 ff.; BGH, Urt. v. 2. Juni 1986 - II ZR 300/85, BGHR ZPO § 56 Abs. 1 - Prozeßvoraussetzungen 1). Solche Umstände liegen hier vor. Der Aufsichtsrat war nicht nur unstreitig über das Verfahren unterrichtet, er hat sich mit diesem Verfahren auch aktiv befaßt, indem er, wozu er allein befugt war (§ 5 Nr. 3, 4 und 6 des Gesellschaftsvertrages), Vergleichsmöglichkeiten geprüft und - wovon auszugehen ist - über den Widerruf des am 22. Oktober 1996 vor dem Landgericht O. geschlossenen Vergleichs entschieden hat. Auch hat er, worauf der Kläger unwidersprochen hingewiesen hat, den Prozeß intensiv verfolgt und in das Verfahren steuernd eingegriffen. Das Aufsichtsratsmitglied B. stand im Frühjahr 1997 mit dem Kläger in direktem Telefax-Kontakt. Der Prozeß war Gegenstand von Sitzungen des Aufsichtsrats, und der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, der selber Mitglied des Aufsichtsrats war, erhielt hier Weisungen für sein weiteres Vorgehen. Dieses Verhalten kann vom Empfängerhori-

zont aus nur als (zumindest) konkludente Genehmigung des gerichtlichen Verfahrens verstanden werden. Sie ist nicht widerruflich, kann also auch durch eine spätere, anders lautende Erklärung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats nicht mehr beseitigt werden.

II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klage sei in Höhe von insgesamt (274.060,90 DM + 52.123,38 DM =) 326.184,28 DM begründet, weil die von dem Aufsichtsrat der Beklagten erklärte fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages unwirksam sei. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Satzung der Beklagten das Recht, Anstellungsverträge mit Geschäftsführern zu kündigen, nicht auf den Aufsichtsrat übertragen hat. Diese der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegende Auslegung der Satzung (vgl. BGHZ 116, 359, 364) beruht auf einer unvollständigen Würdigung der zu beachtenden Umstände.

a) Eine satzungsmäßige Übertragung der grundsätzlich der Gesellschafterversammlung zustehenden Kompetenz zur Änderung oder Aufhebung von Dienstverträgen mit Geschäftsführern (Sen.Urt. v. 25. März 1991 - II ZR 169/90, WM 1991, 852, 854) auf den Aufsichtsrat ist rechtlich unbedenklich (Sen. Urt. v. 17. Februar 1997 - II ZR 278/95, WM 1997, 1015 m.w.N.).

b) Eine umfassende Befugnis, den Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers zu kündigen, ist dem Aufsichtsrat der Beklagten allerdings durch die

Satzung weder in der Fassung vom 27. September 1993 noch in früheren Fassungen ausdrücklich übertragen worden. Die Satzung weist dem Aufsichtsrat neben der Bestellung und der Abberufung des Geschäftsführers jedoch die Kompetenz zu, Anstellungsverträge zu schließen, "die für mehr als ein Jahr eingegangen werden und nur aus wichtigem Grund kündbar sind". Auch wenn damit eine generelle Zuständigkeit des Aufsichtsrats, den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer zu kündigen, nicht begründet wird, ist doch zu beachten, daß in dem Vertrag mit dem Geschäftsführer die Anstellung - insoweit abweichend von § 38 Abs. 1 GmbHG - an den Widerruf der Organbestellung gekoppelt werden kann (vgl. Sen.Urt. v. 29. Mai 1989 - II ZR 220/88, WM 1989, 1246, 1247 - Koppelung des Dienstvertrages eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft an den Widerruf der Organanstellung). Diese Möglichkeit erlaubte es im vorliegenden Fall dem Aufsichtsrat, den Dienstvertrag im Rahmen der ihm zugewiesenen Zuständigkeit zum Abschluß von Anstellungsverträgen und in den von der Satzung gezogenen Grenzen an das Organverhältnis zu koppeln.

2. Dementsprechend bestimmte § 10 Abs. 2 des von der Beklagten, vertreten durch ihren Aufsichtsrat, mit dem Kläger am 2. Dezember 1992 geschlossenen Anstellungsvertrages, daß die Abberufung des Geschäftsführers durch einen Beschluß des Aufsichtsrats "unbeschadet der Ansprüche auf die Bezüge" jederzeit möglich sei und "als Kündigung des Anstellungsvertrages zum nächstmöglichen Zeitpunkt" gelte. Da dieser Vertrag "mit Wirkung vom 1. Juli 1993 für die Dauer von drei Jahren" gelten sollte, eine ordentliche Kündigung mangels gegenteiliger Vereinbarung im Hinblick auf § 620 Abs. 1 BGB also ausgeschlossen war (vgl. Sen.Urt. v. 29. Mai 1989 - II ZR 220/88 aaO; Mertens/Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, 2. Aufl. GmbHG

§ 38 Rdn. 8), kann in § 10 Abs. 2 nur die außerordentliche Kündigung gemeint sein, die allerdings nur wirksam ist, wenn ein wichtiger Grund (§ 626 BGB) vorliegt (Sen.Urt. v. 1. Dezember 1997 - II ZR 232/96, ZIP 1998, 652 f.).

III. Der Senat kann die Sache nicht selber entscheiden, weil der unterbreitete entscheidungserhebliche Sachverhalt hierzu nicht ausreicht (§ 565 ZPO); er bedarf noch der Ergänzung.

1. Die Beklagte, vertreten durch ihren Aufsichtsrat, hat die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer am 30. November 1993 widerrufen und dies dem Kläger mit Schreiben vom 2. Dezember 1993, das gleichzeitig die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages enthielt, mitgeteilt. Diese fristlose Kündigung fiel - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - in die Kompetenz des Aufsichtsrats. Ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorlag, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt folgerichtig - bisher nicht geprüft. Der vorliegende Sachverhalt läßt dies als eher fernliegend erscheinen, reicht aber nicht aus, um insoweit eine abschließende Entscheidung zu treffen.

2. Im übrigen ist auf folgendes hinzuweisen:

a) Das außergerichtliche "Anerkenntnis" der Beklagten ist in die Würdigung des Streitstoffes bisher nicht einbezogen worden. Diese Einbeziehung ist aber geboten, weil schon damit der Argumentation der Beklagten, die fristlose Kündigung sei wirksam (und wirke fort), der Boden entzogen sein könnte.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger müsse sich für neun Tage unbezahlten Urlaub nichts anrechnen lassen, ist nicht zu beanstanden. Die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat die Darstellung des Klägers, sein Urlaubsanspruch sei Ende 1993 noch nicht erschöpft gewesen, die betreffenden Urlaubstage im November und Dezember 1993 seien durch zustehenden Resturlaub abgedeckt gewesen, nicht durch einen eigenen ausreichenden Vortrag ausgeräumt. Bestand ein Anspruch auf Gewährung eines entsprechenden Resturlaubes, so hätte er dem Kläger noch gewährt werden müssen, was im Ergebnis zu einer entsprechenden Zahlung der Beklagten geführt und den Anrechnungsbetrag von 4.500,-- DM ausgeglichen hätte.

c) Zutreffend stellt das Berufungsgericht auch fest, daß der Kläger keine Wohnungsmiete nach November 1993 erspart habe, weil er an seinem Wohnort in E. ebenfalls Miete gezahlt habe. Die Meinung der Revision, es sei davon auszugehen, daß der Kläger seine Wohnung in E. auch ohne die Kündigung beibehalten hätte, ist eine reine Mutmaßung.

Röhrich

Hesselberger

RiBGH Prof. Dr. Goette ist wegen
Urlaubs an der Unterschrift ge-
hindert

Röhrich

Kurzwelly

RiBGH Kraemer ist wegen Urlaubs
an der Unterschrift gehindert

Röhrich