

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 35; GmbHG § 2

Die Vereinbarung von Sonderrechten für einen GmbH-Gesellschafter bedarf der Einhaltung der für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Form.

GmbHG § 46 Nr. 5

Die Verzichtswirkung des Entlastungsbeschlusses erstreckt sich, wenn der Mehrheitsgesellschafter zugleich Mitgeschäftsführer ist, auf Vorgänge, die dieser Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer kennen konnte.

BGH, Urt. v. 4. November 1968 - II ZR 63/67 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 63/67

URTEIL

Verkündet am

4. November 1968
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B [REDACTED] Kondensatorenfabrik Ludwig B [REDACTED] jr.
GmbH, B [REDACTED] ([REDACTED]), S [REDACTED] str. [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführerin
Albertine B [REDACTED] geb. W [REDACTED], [REDACTED] L [REDACTED],
H [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -
[REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hans H [REDACTED], [REDACTED] B [REDACTED] ([REDACTED]),
I [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. Januar 1967 werden zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten, die durch die Beweisaufnahme der Revisionsinstanz entstanden sind. Die übrigen Kosten des Revisionsrechtszuges werden zu 4/11 dem Kläger und zu 7/11 der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger gründete durch Gesellschaftsvertrag vom 27. November 1958 mit Frau B. [REDACTED] und deren inzwischen ausgeschiedenem Sohn die beklagte GmbH als eine Auffanggesellschaft für das verbliebene Vermögen der in Konkurs gegangenen Ludwig B. [REDACTED] Kondensatorenfabrik GmbH, deren Geschäftsführer er gewesen war. In § 6 des Vertrags wurden der Kläger und Frau B. [REDACTED] zu Geschäftsführern bestellt. Jeder von ihnen war allein vertretungsberechtigt. Das Stammkapital betrug zuletzt 30 000 DM. Davon hatten Frau B. [REDACTED] 18 000 DM und der Kläger 12 000 DM eingelegt. Ein Vertrag von April 1961 legte nachträglich die



Anstellungsbedingungen für den Kläger fest. Dieser Vertrag sollte am 31. Dezember 1965 enden, sich jedoch um jeweils zwei Jahre verlängern, wenn er nicht 12 Monate vor seinem Ablauf gekündigt würde. Eine Kündigung des Klägers war durch eingeschriebenen Brief gegenüber den anderen Gesellschaftern zu erklären.

Im Jahre 1964 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Geschäftsführern. Durch einen an Frau B. [REDACTED] gerichteten Einschreibebrief vom 15. Dezember 1964 kündigte der Kläger seinen Anstellungsvertrag zum 31. Dezember 1965. Diesen Brief unterschrieb er verschontlich nicht. Auf die Bitte der Empfängerin holte er die Unterschrift im Januar 1965 nach. Durch Schreiben ihrer Anwälte vom 19. Dezember 1964 kündigte Frau B. [REDACTED] ihrerseits den Anstellungsvertrag des Klägers zum 31. Dezember 1965. Der Brief war an die späteren Prozeßbevollmächtigten des Klägers gerichtet. Einen für ihn persönlich bestimmten und an die Adresse der Beklagten abgesandten Durchschlag will der Kläger erst am 5. Januar 1965 erhalten haben. Der Kläger bestritt die Rechtswirksamkeit dieser Kündigung. Im übrigen erklärte er, spätestens Ende 1965 mit Erreichung seines 65. Lebensjahres in den Ruhestand treten zu wollen.

Mit Schreiben vom 17. März 1965 lud Frau B. [REDACTED] für den 29. März 1965 zu einer Gesellschafterversammlung ein. Als hauptsächliche Tagesordnungspunkte nannte sie die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und die ausdrückliche Genehmigung der von ihr ausgesprochenen fristgerechten Kündigung des Dienstvertrags. In der daraufhin abgehaltenen Gesellschafterversammlung wurden die Anträge auf Abberufung des Klägers und auf Genehmigung der ordentlichen

Kündigung mit der Stimme von Frau B. gegen die Stimme des Klägers angenommen. Ferner erklärte Frau B. mit Rücksicht auf die schon beschlossene Abberufung des Klägers die Kündigung seines Dienstvertrags aus wichtigem Grund. Schließlich wurde mit demselben Stimmenverhältnis zum Tagesordnungspunkt "Verschiedenes" beschlossen, das Gehalt der Geschäftsführerin B. vom 1. April 1965 an auf 3 200 DM zu erhöhen.

Der Kläger hat geltend gemacht, das Amt des Geschäftsführers habe ihm als gesellschaftliches Sonderrecht zugestanden. Die Gesellschafterversammlung habe ihn daher nicht ohne seine Zustimmung aus diesem Amt abberufen können. Die durch Frau B. erklärte Kündigung des Anstellungsvertrages sei schon deshalb unwirksam, weil für eine solche Kündigung allein die Gesellschafterversammlung zuständig gewesen sei und deren verspätet gefaßter Beschluß sie nicht rückwirkend heilen können. Wichtige Gründe für seine vorzeitige Entlassung hätten nicht vorgelegen. Der Antrag, das Gehalt der Geschäftsführerin B. zu erhöhen, sei vorher nicht ausreichend angekündigt worden. Mit ihm habe die Mehrheitsgesellschafterin pflichtwidrig nur ihr eigenes Interesse verfolgt.

Der Kläger hat demgemäß beantragt,

1. festzustellen, daß die Gesellschafterbeschlüsse vom 29. März 1965 über seine Abberufung als Geschäftsführer und über die Genehmigung der Kündigungserklärung vom 19. Dezember 1964 unwirksam seien, hilfsweise, diese Beschlüsse für unwirksam zu erklären,
2. den Beschluß über die Erhöhung des Gehalts der Geschäftsführerin B. für unwirksam zu erklären,

3. festzustellen, daß der Anstellungsvertrag der Parteien durch die Kündigung vom 29. März 1965 nicht vor dem 31. Dezember 1967 beendet werde.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und im Wege der Widerklage beantragt festzustellen, daß das Anstellungsverhältnis des Klägers mit dem 29. März 1965 geendigt habe, hilfsweise, daß es mit dem 31. Dezember 1965 ende. Sie hat sich vorsorglich auf wichtige Gründe für die Abberufung des Klägers und die Kündigung seines Anstellungsvertrags berufen und dazu dem Kläger eine Reihe grober Fehler bei seiner Geschäftsführung vorgeworfen. Ferner hat sie behauptet, der Kläger habe sich, wie ihrer Mehrheitsgesellschafterin erst im November 1965 bekannt geworden sei, während seiner Geschäftsführertätigkeit bewußt zu ihrem Nachteil verschiedene Beträge gutschreiben lassen, die ihm nicht zugestanden hätten. Gestützt auf diese Vorwürfe, hat die Beklagte Ende 1965 erneut eine fristlose Kündigung ausgesprochen, über deren Wirksamkeit zwischen den Parteien ein weiterer Rechtsstreit schwebt.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage und den Hauptantrag der Widerklage abgewiesen und auf den Hilfsantrag der Widerklage festgestellt, daß das Anstellungsverhältnis des Klägers mit dem 31. Dezember 1965 beendet sei. Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers und die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte, mit der Anschlußrevision der Kläger die bisherigen Anträge, soweit sie keinen Erfolg hatten, weiter. Beide Parteien beantragen ferner, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Besetzungsrüge.

Die Beklagte beanstandet mit ihrer Revision, daß bei dem Berufungsurteil eine Richterin mitgewirkt habe, die den 5. Zivilsenat des Kammergerichts weder als ordentliches Mitglied noch als Vertreterin zugeteilt gewesen sei. Das trifft nicht zu. Nach Auskunft des Kammergerichtspräsidenten war die betreffende Richterin durch Präsidialbeschluß vom 9. Mai 1966 wegen Geschäftshäufung und zu ihrer obergerichtlichen Erprobung mit Wirkung vom 16. Mai 1966 dem 5. Zivilsenat als Hilfsrichterin zugewiesen worden und gehörte diesem Senat am 16. Dezember 1966, dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung in dieser Sache, noch an. Das Berufungsgericht war daher ordnungsgemäß besetzt.

II. Widerruf der Bestellung.

Das Berufungsgericht hält den Gesellschafterbeschuß vom 29. März 1965 über die Abberufung des Klägers für wirksam und unanfechtbar. Hierbei geht es davon aus, die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Beklagten sei entsprechend der gesetzlichen Regel des § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit widerruflich gewesen. Allein aus der Tatsache, daß die Bestellung im Gesellschaftsvertrag erfolgt sei, ergebe sich noch nicht, dem Kläger sei ein gesellschaftliches Sonderrecht auf das Geschäftsführeramt zugestanden worden. Das hätte vielmehr ausdrücklich erklärt werden oder zumindest aus den gesamten Umständen zwingend hervorgehen müssen. Solche Umstände seien nicht ersichtlich. Die Befristung des später abgeschlossenen Anstellungsvertrags spreche sogar gegen ein Sonderrecht.

Hiergegen macht der Kläger mit seiner Anschlußrevision geltend, das Berufungsgericht habe seinen unter Beweis gestellten Vortrag übergangen, wonach bei Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags vom 27. November 1958 alle Beteiligten darüber einig gewesen seien, daß er ein satzungsmäßiges, allenfalls aus wichtigem Grund entziehbares Recht auf die Geschäftsführerstellung habe erhalten sollen.

Die Rüge ist unbegründet, da es auf das Beweiserbieten des Klägers rechtlich nicht ankommt. Der Kläger beruft sich auf ein Sonderrecht, das ihm als Gesellschafter einen grundsätzlich unentziehbaren Anspruch auf die Geschäftsführerstellung gebe, und auf Grund dessen er ohne seine Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG abberufen werden könne (JGH WM 1962, 201). Eine solche besondere Rechtsstellung kann einem Gesellschafter nur im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden (RGZ 170, 358, 367; Schilling in Hachenburg GmbHG 6. Aufl. § 14 Anm. 18, § 53 Anm. 27, 31). Denn es geht hierbei nicht bloß um rein schuldrechtliche Vereinbarungen (z.B. über die Bezüge des Geschäftsführers), die nicht notwendig in die Satzung gehören (vgl. BGHZ 18, 205), sondern um eine körperschaftsrechtliche Regelung, die, wenn nicht für die Gläubiger der Gesellschaft, so doch mindestens für die Erwerber von Geschäftsanteilen von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung ist und damit in ihrer Wirkung über den engeren Kreis der Beteiligten hinausgeht.

Handelt es sich aber bei der vom Kläger behaupteten Vereinbarung um einen materiellen Satzungsbestandteil, so unterlag die Abrede der Formvorschrift des § 2 GmbHG. Daraus folgt, daß ein solches Sonderrecht des Klägers auf Bestellung zum Geschäftsführer und Belassung in diesem Amt

auch im Wege der Vertragsauslegung nur dann als wirksam vereinbart angesehen werden kann, wenn sich hierfür im beurkundeten Text des Vertrags zumindest allgemein erkennbare objektive Anhaltspunkte finden lassen, die eine einheitliche Auslegung in diesem Sinne ermöglichen (BGHZ 14, 25, 37; Fischer zu LM GmbHG § 17 Nr. 2; Schilling aaO § 2 Anm. 58). Daran fehlt es hier. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, läßt die Tatsache, daß der Kläger im Gesellschaftsvertrag zum Geschäftsführer bestellt worden ist, noch nicht den Schluß zu, ihm habe hierdurch ein unentziehbares Recht eingeräumt werden sollen, zumal auch die Bestellung von Frau B. im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist und diese unstreitig damit kein Sonderrecht erworben hat (RGZ 170, 358, 368; Schilling aaO § 35 Anm. 41, § 53 Anm. 31). Die sonstigen Umstände und Erklärungen, auf die sich der Kläger stützt, liegen außerhalb des Vertrages und haben in seinem Wortlaut keinerlei Ausdruck gefunden. Selbst wenn man mit Rücksicht auf den individualrechtlichen Einschlag der angeblichen Vereinbarung über die Unentziehbarkeit des Geschäftsführeramts insoweit eine freiere Auslegung für zulässig halten wollte (vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG 12. Auf. § 3 Anm. 1 F), ändert dies nichts daran, daß ein Sonderrecht des Klägers aus der Vertragsurkunde überhaupt nicht ersichtlich und deshalb nicht formgültig vereinbart worden ist.

Darum kommt es auch nicht auf die mit der Anschlußrevision bekämpften Folgerungen an, die das Berufungsgericht aus der Befristung des Anstellungsvertrags gezogen hat.

Die weiteren Ausführungen der Anschlußrevision, mit denen sie dartun möchte, ein wichtiger Grund zur Abberufung des Klägers habe nicht vorgelegen, gehen ins Leere, da sie

von der unzutreffenden Voraussetzung ausgehen, der Widerruf der Bestellung sei (wie in der Entscheidung BGH LM GmbHG § 38 Nr. 2) nach § 38 Abs. 2 GmbHG beschränkt gewesen.

In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger noch die Frage aufgeworfen, ob es nicht arglistig sei, wenn die Beklagte oder deren Mehrheitsgesellschafterin sich auf den Formmangel der von ihm behaupteten Vereinbarung berufe. Aber diese Frage berührt nicht die Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses, um die insoweit allein gestritten wird.

III. Kündigung des Anstellungsverhältnisses.

1. Ebenso wie die Abberufung eines Geschäftsführers (§ 46 Nr. 5 GmbHG) steht auch die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses den Gesellschaftern zu, wenn damit zugleich die Beendigung des Organverhältnisses verbunden sein soll (BGH LM GmbHG § 46 Nr. 3; WM 1968, 570; st. Rspr.). Die Kündigung des Anstellungsvertrages, die Frau B. mit ihrem Schreiben vom 19. Dezember 1964 gegenüber dem Kläger erklärt hat, stand in einem deutlichen Zusammenhang mit dem beabsichtigten Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer, über den dann in der Gesellschafterversammlung vom 29. März 1965 beschlossen worden ist. Das Berufungsgericht hat daher Recht, wenn es die Kündigungserklärung für unwirksam hält, weil sie sich nicht auf einen Gesellschafterbeschuß gem. § 46 Nr. 5 GmbHG stützen konnte (BGH WM 1968, 570).

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Gesellschafterversammlung vom 29. März 1965 die unwirksame Kündigungserklärung der Gesellschafterin B. als Gestaltungsgeschäft nicht mit rückwirkender Kraft genehmigen

konnte, und daß mithin der Beschluß zu Punkt 2 der Tagesordnung insofern zwar keine materielle Wirkung hatte, gleichwohl aber weder nichtig noch anfechtbar ist. Die Ansicht der Anschlußrevision, der Gesellschafterbeschuß über die Genehmigung der unwirksamen Kündigung sei deshalb anfechtbar, weil er zu Unrecht § 185 Abs. 2 BGB auf die Kündigung für anwendbar halte und deshalb das Gesetz verletze, ist unbegründet, weil diese Vorschrift nicht dadurch verletzt wird, daß sie irrtümlich oder zu Unrecht von einem Gesellschafterbeschuß in Anspruch genommen wird. Es war den Gesellschaftern der Beklagten durch Gesetz oder Satzung nicht verboten, über die Genehmigung der Kündigung Beschluß zu fassen. Wenn die hierauf beruhende Erklärung nicht den gewünschten materiellrechtlichen Erfolg haben konnte, so berührt dies die Gültigkeit der Beschlußfassung selbst ebensowenig, wie wenn die Gesellschafter eine nur aus wichtigem Grund zulässige Abberufung des Geschäftsführers beschließen, ohne daß ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. BGH WM 1966, 614 unter III; 1962, 811).

3. Über eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) konnte die Gesellschafterversammlung vom 29. März 1965 ohne Rücksicht darauf beschließen, ob dieser Punkt in der Einladung ordnungsgemäß angekündigt war oder nicht. Denn in der Versammlung waren sämtliche Gesellschafter anwesend (§ 51 Abs. 3 GmbHG). Das Berufungsgericht hält aber die außerordentliche Kündigung für unwirksam, weil ein wichtiger Grund weder am Tag jener Versammlung noch zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen habe. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten ohne Erfolg.

a) Soweit die Beklagte die außerordentliche Kündigung auf Mängel der Geschäftsführung gestützt hat, die der Gesellschafterin B. [REDACTED] schon im Dezember 1964 bekannt waren, sieht das Berufungsgericht darin, daß zunächst nur eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wurde, einen Verzicht auf die Geltendmachung jener Mängel als Gründe für eine fristlose Kündigung. Dagegen ist im Ergebnis nichts einzuwenden. Kündigt der Dienstberechtigte in Kenntnis wichtiger Kündigungsgründe das Dienstverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, so kann ein solches Verhalten im Einzelfall nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als ein Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht aufzufassen sein (BGH WM 1962, 109).

Zu Unrecht erblickt die Revision in der Würdigung der ordentlichen Kündigung als Verzicht auf eine außerordentliche Kündigung einen Widerspruch zu der Auffassung des Berufungsgerichts, die Kündigungserklärung im Schreiben der Gesellschafterin B. [REDACTED] vom 19. Dezember 1964 sei unwirksam. Daß diese Erklärung rechtlich unwirksam war, schließt nicht die Möglichkeit aus, sie in tatsächlicher Hinsicht aus Ausdruck des Willens zu werten, die Kündigung nicht auf schon bekannte Beanstandungen der Geschäftsführung zu stützen.

Allerdings ging diese Willensäußerung nicht von der für Entscheidungen über die Kündigung grundsätzlich zuständigen Gesellschafterversammlung, sondern nur von der Mehrheitsgesellschafterin aus. Auf deren Stimme kam es aber bei dieser Entscheidung an. Nach dem Vortrag der Beklagten hat Frau B. [REDACTED] eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses wegen mangelhafter Geschäftsführung mit Rücksicht auf den Kläger zunächst vermeiden wollen, wobei sie davon ausging, der Kläger werde seine Tätigkeit als Geschäftsführer ohnehin bald freiwillig aufgeben; erst nach

ihrem Brief vom 19. Dezember 1964 soll Anlaß zu einer außerordentlichen Kündigung bestanden haben (Schriftsatz vom 23. Mai 1966 S. 2, 12). Demnach hat Frau B. für den Fall, daß der Kläger aus der Geschäftsführung ausschied, eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu seinem ordentlichen Ablauf nicht als unzumutbar angesehen. Diese Einstellung hat sie nicht nur in ihrem Kündigungsbrief, sondern auch in einem weiteren Brief ihrer Anwälte vom 30. Januar 1965 ("Eine fristlose Kündigung liegt nicht vor") sowie in ihrem Einladungsschreiben vom 17. März 1965 zu erkennen gegeben, worin sie zwar eine Reihe von Vorwürfen gegen den Kläger erhebt, gleichwohl aber bei der Aufstellung der Tagesordnung für die Gesellschafterversammlung nur von einer "fristgerechten" Kündigung spricht. Danach durfte der Kläger darauf vertrauen, Frau B. werde nicht mehr auf etwaige Vorwürfe gegen seine Geschäftsführung zurückgreifen, um darauf eine fristlose Kündigung zu stützen. Das muß sich auch die Beklagte entgegenhalten lassen, da die Kündigung aus wichtigem Grund, auf die sie sich beruft, allein auf der Entscheidung ihrer Mehrheitsgesellschafterin beruht.

Daß bei der nach § 626 BGB erforderlichen Gesamtabwägung Gründe, auf die allein eine außerordentliche Kündigung nicht mehr gestützt werden kann, unter Umständen unterstützend neben anderen Gründen herangezogen werden können, hat das Berufungsgericht erkannt und ausreichend berücksichtigt (BU S. 25 unten).

b) Im Jahre 1959 ließ sich der Kläger in den Büchern der Beklagten einen Betrag von 464,05 DM aus Aufwendungen für einen Firmenwagen, den er als Konkursforderung gegen die frühere GmbH angemeldet hatte, gegen Abtretung dieser

Forderung gutschreiben. Auf diesen etwa sechs Jahre zurückliegenden, aus den Geschäftsbüchern deutlich ersichtlichen Vorgang, so meint das Berufungsgericht, könne die Beklagte die außerordentliche Kündigung nicht mehr nachträglich stützen, nachdem sie dem Kläger in einer Gesellschafterversammlung vom 29. Juni 1964 Entlastung erteilt und somit auf diesen Kündigungsgrund verzichtet habe.

Demgegenüber vertritt die Revision den Standpunkt, von einem Verzicht auf den Kündigungsgrund könne nur gesprochen werden, wenn die Mitgesellschafterin Baugatz den Vorgang gekannt hätte. Das ist nicht richtig. Die Verzichtswirkung des Entlastungsbeschlusses beschränkt sich allerdings auf Vorkommnisse, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller ihr gemachten Vorlagen und erstatteten Berichte erkennbar waren (BGH LM GmbHG § 46 Nr. 4 zu II 7 RGZ 89, 396). Das folgt daraus, daß die Gesellschafterversammlung im allgemeinen nicht imstande ist, die Geschäftsführung einer selbständigen Nachprüfung zu unterziehen. Unter dieser Voraussetzung wird eine aus einer Buchung erkennbare Inkorrekttheit nicht unter den Anspruchsverzicht eines Entlastungsbeschlusses fallen. Anders liegt es aber, wenn der Mehrheitsgesellschafter zugleich Geschäftsführer ist und darum sowohl die einzelnen Buchungen kennen als auch eine daraus folgende Inkorrekttheit erkennen konnte, wie es hier nach der bindenden Feststellung des Berufungsgerichts der Fall war. In einem solchen Fall hindert der Entlastungsbeschluß die Gesellschaft grundsätzlich daran, den vom Mehrheitsgesellschafter übersehenen Vorgang nachträglich noch als Grund für eine außerordentliche Kündigung zu verwerten.

c) Auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses vom 17. Dezember 1960 wurde das Stammkapital der Beklagten um 10 000 DM auf 30 000 DM erhöht. Davon übernahmen Frau B. 2 000 DM und der Kläger 8 000 DM. Das spielte sich buchmäßig so ab, daß ein zuvor gebildetes Konto "Rückstellung für Tantiemen 1959, Herrn H. (Kläger), Frau B. 12 500 DM" aufgelöst und davon 10 000 DM dem Kapitalkonto der Beklagten gutgebracht wurden, so daß die beiden Gesellschafter durch die Kapitalerhöhung zunächst nicht persönlich belastet wurden. Im Jahr 1961 wurde jedoch eine Gehaltsnachzahlung an den Kläger um den auf ihn entfallenden Teil der Kapitalerhöhung mit 8 000 DM zuzüglich des Steueranteils von 1 600 DM gekürzt. Im April 1964 veranlaßte der Kläger einen neu eingestellten Buchhalter, dessen Abzug rückgängig zu machen und seinem Konto 9 600 DM wieder gutzuschreiben. Auf diesen Vorgang, von dem sie erst 1965 erfahren haben will, hat die Beklagte die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags der Parteien weiterhin gestützt.

Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, selbst wenn entgegen dem Vortrag des Klägers kein wirksamer Gesellschafterbeschuß zustande gekommen sein sollte, wonach die Mittel für die Kapitalerhöhung aus einer den Gesellschaftern bewilligten Sondertantieme und nicht von diesen persönlich aufzubringen waren, lasse sich nicht feststellen, daß der Kläger bei der Umbuchung von April 1964 bewußt zum Nachteil der Beklagten gehandelt habe. Aus dem Verhalten seiner Mitgesellschafterin, die bislang ihren Anteil an der Kapitalerhöhung nicht eingezahlt, sondern es insoweit bei der Umbuchung vom Rückstellungskonto auf das Kapitalkonto belassen habe, habe er vielmehr durchaus auf eine entsprechende Einigung schließen können. Für seinen guten Glauben

spreche auch, daß er den Vorgang in einer Aktennotiz für die Geschäftsbücher niedergelegt und nicht etwa verschleiert habe.

Diese Würdigung liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Einen Rechtsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe wesentliches Vorbringen der Beklagten in der Parallelsache 91 O 56/66 übergangen, obschon sich der Kläger ausdrücklich auf die Akten dieses Prozesses bezogen und das Berufungsgericht die Akten auch beigezogen habe, ist unbegründet. Durch bloße Bezugnahme auf andere Akten kann eine Partei den Anforderungen an einen ordnungsmäßigen Prozeßvortrag grundsätzlich nicht genügen. Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 23. Mai 1966 im Anschluß an ihren Vortrag, sie habe sich durch neue oder erst nachträglich bekannt gewordene Umstände, darunter "weitere schwerwiegende Verfehlungen des Klägers rein persönlicher Art", veranlaßt gesehen, dem Kläger am 21. Dezember 1965 erneut zu kündigen, auf die Akten des über diese zweite Kündigung schwebenden Rechtsstreits verwiesen. Daraus konnte das Berufungsgericht nicht entnehmen, die Beklagte wolle bestimmte Tatsachen, die sie in dem anderen Verfahren zur Rechtfertigung ihrer späteren Kündigung vorgetragen hatte, auch zum Gegenstand ihres Vortrags im vorliegenden Rechtsstreit machen, und welche Tatsachen das sein sollten. Zur Ausübung des Fragerechts bestand um so weniger Anlaß, als der Kläger seinerseits unter ausdrücklichem Hinweis auf seine Substantiierungspflicht die Fotokopie eines Schriftsatzes aus dem Parallelprozeß eingereicht hatte (Schriftsatz vom 13. Juni 1966 S. 20).

19
21

d) Aus denselben Gründen kann die Revision der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts, der Vortrag der Beklagten über unberechtigte Spesenentnahmen des Klägers sei unsubstantiiert, nicht mit Erfolg das Vorbringen und die Beweisanträge der Beklagten im Parallelprozeß entgegenhalten, zumal der Kläger die Beklagte auch insoweit auf die Lückenhaftigkeit ihres Vortrags ausdrücklich hingewiesen hatte (Schriftsatz vom 13. Juni 1966 S. 20 i. Verb. n.d. in Fotokopie eingereichten Schriftsatz vom 12. Mai 1966 S. 6/7).

e) Vergeblich wirft die Revision dem Berufungsgericht schließlich vor, daß es nicht auf den Vortrag der Beklagten eingegangen ist, durch das fehlende Interesse des Klägers an einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung hätten sich in den Monaten Januar bis März 1965 die Verhältnisse immer mehr zugespitzt, so daß sich der Prokurist Fr. [REDACTED] veranlaßt gesehen habe, Frau B. [REDACTED] dringend auf die in der Firma herrschenden Zustände hinzuweisen. Soweit damit über die bereits im Dezember 1964 bekannt gewesenen Beanstandungen hinsichtlich der Geschäftsführung des Klägers hinaus neue Tatsachen für eine Kündigung aus wichtigem Grund behauptet werden sollten, war dieser Vortrag nicht genügend substantiiert. Näherer Darlegungen hätte es hier um so mehr bedurft, als der Kläger Ende März 1965 wirksam als Geschäftsführer abberufen worden war, seitdem nicht mehr in dieser Eigenschaft tätig gewesen ist und damit jede Gefahr, die der Beklagten aus einer fehlerhaften oder nachlässigen Geschäftsführung des Klägers hätte drohen können, ausgeschaltet war. Der eigentliche Grund, aus dem die Beklagte nach ihrer Darstellung glaubte, entgegen den ursprünglichen Erklärungen ihrer Mehrheitsgesellschafterin sich nicht mehr mit einer ordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses begnügen zu können, war also weggefallen. Mit Recht hat das

Berufungsgericht unter diesen Umständen und mit Rücksicht auf das Alter des Klägers von damals fast 65 Jahren, seine langjährige und nach den Umsatz- und Gewinnzahlen nicht ohne Erfolg gebliebene Tätigkeit für die Beklagte und die Folgen, die eine außerordentliche Kündigung für seine vertraglichen Pensionsansprüche haben könnte, an eine solche Kündigung strenge Anforderungen gestellt. Das entspricht auch dem Grundsatz, daß an die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung ein besonders scharfer Maßstab anzulegen ist, wenn das Ende des Dienstverhältnisses, wie hier, infolge einer ordentlichen Kündigung oder aus sonstigen Gründen nahe bevorsteht (BGH WM 1962, 811, 812; Urt. d. Sen. v. 11.7.68 - II ZR 108/67).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß bei zusammenfassender Betrachtung aller Umstände die fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses der Parteien unwirksam und deshalb der Hauptantrag der Widerklage auf Feststellung, daß dieses Vertragsverhältnis mit dem 29. März 1965 geendet habe, unbegründet sei, besteht daher zu Recht.

4. Das Berufungsgericht hält den Antrag des Klägers auf Feststellung, daß der Anstellungsvertrag durch die Kündigung vom 29. März 1965 nicht vor dem 31. Dezember 1967 beendet werde, für unbegründet, hingegen den Hilfsantrag der Widerklage für begründet, weil das Dienstverhältnis schon mit dem Ablauf des 31. Dezember 1965 erloschen sei. Das sei zwar keine Folge der von Frau B. am 19. Dezember 1964 erklärten und nicht wirksam gewordenen, wohl aber der vom Kläger selbst mit Schreiben vom 15. Dezember 1964 ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. Diese Auffassung trifft im Ergebnis zu.

Zwar hat der Kläger seine versehentlich unterbliebene Unterschrift unter das Kündigungsschreiben erst nach Ablauf der Kündigungsfrist nachgeholt. Das ist aber auf ausdrückliches Verlangen der Beklagten geschehen, die inso- weit durch Frau Baugatz wirksam vertreten war (BGH LM GmbHG § 46 Nr. 6). In diesem Wunsch und seiner Erfüllung durch den Kläger lag das beiderseitige Einverständnis, aus der zunächst fehlenden Unterschrift keine Einwendungen herzu- leiten und somit die Kündigung als fristgerechte gelten zu lassen. Von dieser mit der Unterschriftsleistung verbindlich gewordenen Einigung durfte keine Partei mehr nachträglich abrücken. Sie schließt den Einwand des Formmangels aus.

Es kommt daher nicht mehr auf die mit der Anschluß- revision bekämpfte Erwägung des Berufungsgerichts an, der Kläger verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er seine ein- deutige Erklärung in der Vorkorrespondenz, er wünsche spätestens Ende 1965 in den Ruhestand zu treten, nicht mehr wahrhaben wolle. Ebenso ist es unerheblich, ob der Kläger bei seiner Kündigungserklärung von der Vorstellung ausge- gangen ist, er könne bis zum 31. Dezember 1965 Geschäfts- führer bleiben, wie die Anschlußrevision geltend macht. Da die körperschaftliche Bestellung und das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis ein verschiedenes Rechtsschicksal haben können (BGH LM GmbHG § 46 Nr. 3), hing die Wirksam- keit der Kündigung nicht davon ab, wie lange der Kläger noch in seinem Amt als Geschäftsführer blieb.

IV. Gehaltserhöhung

Der Beschluß, das Geschäftsführergehalt der Gesell- schafterin B. zu erhöhen, beruhte darauf, daß die Beklagte die Bestellung des Klägers wirksam widerrufen

hatte und sich hierdurch für Frau Baugatz ein erweiterter Aufgabenbereich ergab. Gründe, die diesen Beschluß nichtig oder anfechtbar machen könnten, sind nicht ersichtlich.

Damit erweist sich die Anschlußrevision in allen Punkten als unbegründet.

V. Kosten

Der Senat hat nach § 96 ZPO der Beklagten die besonderen Kosten auferlegt, die durch ihre unbegründete Besetzungsrüge entstanden sind. Im übrigen beruht die Kostenentscheidung auf den §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Stempel