



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 16/03

vom

21. März 2005

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 21. März 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich und die Richter Prof. Dr. Goette, Kraemer, Dr. Strohn und Caliebe gemäß § 552 a ZPO einstimmig

beschlossen:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 5. Dezember 2002 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gründe:

Auf den Hinweisbeschuß des Senats vom 17. Januar 2005 wird Bezug genommen. Die Stellungnahme der Beklagten hierzu gibt zu einer veränderten Beurteilung keinen Anlaß. Entgegen der Ansicht der Beklagten folgert der Senat die Unwirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Kläger nicht aus einem Verstoß gegen aktienrechtliche Grundsätze, sondern aus einem Verstoß gegen die ihnen entsprechende Regelung der Kündigungskompetenz in der Satzung der beklagten GmbH. Nach § 11 Abs. 2 lit. k, Abs. 4 der Satzung hatte der (fakultative) Aufsichtsrat der Beklagten durch Beschluß mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit über die (fristlose) Kündigung gegenüber dem Kläger zu entscheiden. Er hat aber nach der rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Auslegung seines Beschlusses vom 26. Januar 2001 hierüber nicht abschließend entschieden, sondern dem Aufsichtsratsvorsitzenden und seinem Stellvertreter den Versuch einer gütlichen Einigung mit dem Kläger durch Abschluß eines Aufhebungsvertrages (vgl. dazu Sen.Urt. v. 5. Juni 1975 - II ZR 231/73, WM 1975, 793 f. zu 1 a a.E.) und die

endgültige Entscheidung über eine Kündigung je nach dem Ergebnis der Anhörung des Klägers überlassen. Eine derartige Entscheidungsdelegation ist in der Satzung der Beklagten nicht vorgesehen und scheidet deshalb gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 5 AktG aus (zur Unwirksamkeit satzungswidriger Aufsichtsratsbeschlüsse vgl. auch BGHZ 122, 342, 351). § 10 Nr. 8 der Satzung ermächtigt den Aufsichtsratsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter nur zur Abgabe der zur Durchführung von Aufsichtsratsbeschlüssen erforderlichen Willenserklärungen, was - entsprechend der seit langem nicht nur im Aktienrecht geläufigen Unterscheidung zwischen Willens- und Erklärungsvertretung (vgl. BGHZ 12, 327, 334 ff.; Hüffer, AktG 6. Aufl. § 112 Rdn. 5) - eine auf eigener Urteilsbildung fußende Entscheidung des Gesamtorgans jedenfalls über das "Ob" der durchzuführenden Maßnahme voraussetzt (vgl. BGHZ 41, 282, 285). Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Notzuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters gemäß § 11 Abs. 3 der Satzung ist nach den von der Revision unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dargetan. Für die Zulässigkeit einer Willensvertretung in den verbleibenden Fällen ist aus § 11 Abs. 3 - entgegen der Ansicht der Beklagten - nichts zu entnehmen, wobei dahinstehen kann, ob das qualifizierte Beschlüßerfordernis des § 11 Abs. 4 für die dort geregelten Sonderfälle (unter Einschluß der Kündigung) nicht ohnehin eine Spezialregelung gegenüber Abs. 3 darstellt.

Da nach allem der Aufsichtsrat der Beklagten als Gesamtorgan über die fristlose Kündigung weder selbst abschließend entschieden hat noch einzelne Mitglieder hierzu wirksam ermächtigen konnte, fehlt es an einer gemäß § 11 Abs. 2 lit. k der Satzung erforderlichen Entscheidung des zuständigen Organs über die Kündigung, was zu deren Unwirksamkeit führt (vgl. Sen.Urt. v. 21. September 1970 - II ZR 13/69, WM 1970, 1394 f. zu I 3; v. 4. November

1968 - II ZR 63/67, WM 1968, 1350; v. 1. Februar 1968 - II ZR 212/65, WM 1968, 570).

Röhricht

Goette

Kraemer

Strohn

Caliebe