
Datum: 25.04.1994
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 188/93
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1994:0425.8U188.93.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 13 O 25/93

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 9. Juli 1993 verkündete Urteil der IV. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 7.500,00 DM abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Kläger kann die Sicherheit durch Bürgschaft einer als Zoll- oder Steuerbürgin zugelassenen deutschen Bank erbringen.

Die Beschwer des Beklagten liegt über 60.000,00 DM.

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1987 Geschäftsführer der xxx-GmbH. Diese war persönlich haftende Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin, ihr oblag auch die Führung der Geschäfte der Gemeinschuldnerin. Unter dem 22. Dezember 1989 haben der Kläger und die Gemeinschuldnerin einen Dienstvertrag geschlossen, der der Tätigkeit des Klägers seither zugrundegelegen hat. Wegen seines Inhalts wird auf die Ablichtung des Vertrages vom 22. Dezember 1989 (Bl. 138-146 d.A.) verwiesen. Die Gemeinschuldnerin und ihre persönlich haftende Gesellschafterin haben am 12. Februar 1993 beim Amtsgericht Gütersloh die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Das Amtsgericht hat in beiden Fällen Sequestration angeordnet und den Beklagten zum Sequester bestellt. Der Kläger war zu dieser Zeit von der Leistung seiner Dienste freigestellt. Der Beklagte forderte ihn mit Schreiben vom 17. Februar 1993 auf, sofort Urlaub zu nehmen. Mit Schreiben vom 15. März 1993 hat der Beklagte den Kläger aufgefordert, seinen Dienst am 17. März 1993 um 8.00 Uhr wieder aufzunehmen und seinen Dienstwagen an die Gemeinschuldnerin zurückzugeben. Der Kläger, bei dem dieses Schreiben erst am 17. März 1993 im Laufe des Vormittags eingegangen ist, ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen. Der Beklagte hat die Aufforderung zum Dienstantritt mit seinem Schreiben vom 17. März 1993 unter Fristsetzung zum 19. März 1993 um 9.00 Uhr wiederholt. Durch seine Rechtsanwälte hat der Kläger mit Schreiben vom 22. März 1993 dem Beklagten eine Stellungnahme zu den Aufforderungen zukommen lassen. Darin hat er den Nachweis verlangt, daß der Dienstwagen entsprechend der Angabe des Beklagten im Sicherungseigentum einer Bank stehe. Unter Hinweis auf seine offenen Lohnansprüche für Dezember 1992 (anteilig) und Januar bis März 1993 hat er ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung geltend gemacht. Wegen des weiteren Inhalts der genannten Schreiben wird auf die vorgelegten Kopien (Bl. 5-8, 41 d.A.) Bezug genommen. Der Beklagte hat daraufhin mit Schreiben vom 22. März 1993, das auch von den Herren xxx und xxx unterzeichnet ist und auf dessen Kopie wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 9 d.A.), unter Hinweis auf das Ausbleiben des Klägers namens der Gemeinschuldnerin die fristlose Kündigung des Dienstvertrags erklärt. Am 31. März 1993 hat das Amtsgericht Gütersloh das Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet. Hinsichtlich der persönlich haftenden Gesellschafterin ist eine Konkursöffnung nicht erfolgt. Noch an demselben Tage hat der Beklagte, der zum Konkursverwalter bestellt worden ist, in dieser Eigenschaft erneut hilfsweise eine schriftliche, fristlose Kündigungserklärung an den Kläger unterzeichnet. Hilfsweise hat er darin auch das Dienstverhältnis gem. § 22 KO zum 30. Juni 1993 gekündigt. Die Parteien streiten darüber, wann dieses Kündigungsschreiben dem Kläger zugegangen ist.

Der Kläger erstrebt die gerichtliche Feststellung, daß das Dienstverhältnis nicht fristlos und nicht ordentlich zum 30. Juni 1993 beendet worden sei. 3

Er hat die Auffassung vertreten, daß die fristlosen Kündigungen mangels Kündigungsgrund unwirksam seien und die ordentliche Kündigung zum 31. März 1993 nicht bereits am 30. Juni 1993 habe wirksam werden können. Dazu hat er bestritten, daß die letztere Erklärung noch am Nachmittag des 31. März 1993 durch Boten in seinen häuslichen Briefkasten eingeworfen worden sei. Er hat behauptet, dieses Schreiben habe er erst am Morgen des 1. April 1993 zur Kenntnis genommen. Die ordentliche Kündigung könne deshalb erst zum 30. September 1993 wirksam werden. 4

Der Kläger hat beantragt, wie folgt zu erkennen: 5

1. 6

Es wird festgestellt, daß das Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin durch die fristlose Kündigung vom 2.03.1993 nicht aufgelöst worden ist. 7

2.	8
Es wird festgestellt, daß das Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin durch die weitere fristlose Kündigung vom 31.03.1993, zugegangen am 01.04.1993, nicht aufgelöst ist.	9
3.	10
Es wird festgestellt, daß das Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin durch die Kündigung vom 31.03.1993, zugegangen am 01.04.1993, nicht zum 30.06.1993 aufgelöst ist.	11
Der Beklagte hat beantragt,	12
die Klage abzuweisen.	13
Er hat behauptet:	14
Die Kündigungserklärung vom 31. März 1993 habe ein Bote am Nachmittag dieses Tages um 16.50 Uhr in den Briefkasten des Privathauses des Klägers eingeworfen. Die außerordentlichen Kündigungen seien wirksam, weil der Beklagte pflichtwidrig den Dienst nicht aufgenommen habe.	15
Das Landgericht hat der Klage nach Antrag stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die fristlosen Kündigungen seien unberechtigt gewesen, weil dem Kläger wegen der rückständigen Lohnzahlungen ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe. Die unterbliebene Herausgabe des Dienstwagens rechtfertige eine Kündigung nicht, zumal der Beklagte die Eigentumsverhältnisse am Fahrzeug nicht belegt habe. Auch die ordentliche Kündigung zum 30. Juni 1993 sei nicht wirksam. Die Kündigungserklärung sei nicht am 31. März 1993, sondern erst am folgenden Tage zugegangen, weil der Beklagte nicht gehalten gewesen sei, noch am Nachmittag des 31. März 1993 in seinen Briefkasten zu schauen.	16
Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er meint, auf ein Zurückbehaltungsrecht habe sich der Kläger schon nicht berufen können, weil es der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten rechtlich nicht erlaubt gewesen sei, noch nach der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin, die am 5. Februar 1993 erfolgt sei, seine Ansprüche zu erfüllen. Das folge aus § 130a Abs. 2 HGB, §§ 30, 31 KO, § 283c StGB. Zusätzliche Gründe für die fristlose Kündigung seien die Weigerung, den Dienstwagen zurückzugeben, und die vom Kläger veranlaßte Zustellung eines vorläufigen Zahlungsverbots an die Kunden der Gemeinschuldnerin im Hinblick auf seine Lohnforderungen. Der Kläger behauptet zur Überbringung des Kündigungsschreibens vom 31. März 1993, der Bote habe das Schreiben nicht persönlich an den Kläger übergeben können, weil dieser das dadurch verhindert habe, daß er auf das Klingeln des Boten nicht geöffnet habe. Die Rolläden am Haus des Klägers seien heruntergelassen gewesen. Im übrigen, so meint der Beklagte, habe der Kläger Anlaß gehabt, gerade an diesem Tage auch noch am Nachmittag mit einer Kündigungserklärung zu rechnen, weil wegen der ihm bekannten Befristung für die Zahlung von Konkursausfallgeld am 31. März 1993 über die Konkurseröffnung habe entschieden werden müssen. Deshalb hätte er in den Briefkasten sehen müssen.	17
Der Beklagte beantragt,	18
abändernd die Klage abzuweisen.	19
	20

Der Kläger beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	21
Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Im Senatstermin vom 25. April 1994 hat er - gem. § 141 ZPO angehört - erklärt, die Fensterläden zur Straße seien an seinem Haus regelmäßig geschlossen und wegen der baulichen Gegebenheiten sei die Haustürklingel nicht in allen Räumen des Hauses zu hören. Er wisse nichts von einem Klingeln am Nachmittag dieses Tages.	22
Wegen des Sach- und Streitstandes wird im übrigen auf das angefochtene Urteil und die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	23
<u>Entscheidungsgründe:</u>	24
Die Berufung ist unbegründet.	25
I.	26
Die Klage ist als Feststellungsklage gem. § 256 ZPO zulässig. Der Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, daß der Fortbestand des Dienstverhältnisses zur Gemeinschuldnerin über die Kündigungen des Beklagten hinaus alsbald gerichtlich festgestellt werde. Dieses Interesse ergibt sich aus der Unsicherheit dieser Frage, die daraus entstanden ist, daß der Beklagte insoweit eine andere Auffassung vertritt und an der Wirksamkeit seiner Kündigungserklärungen festhält.	27
II.	28
Die Klage ist auch begründet.	29
1.	30
Die fristlosen Kündigungen vom 22. März und 31. März 1993 sind nicht wirksam. Ein Dienstvertrag kann gem. § 626 Abs. 1 BGB außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu seinem Ablauf oder bis zur nächstmöglichen Beendigung durch ordentliche Kündigung nicht zuzumuten ist. Die Wirksamkeit der hier ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen scheitert daran, daß ein solcher wichtiger Grund zur Kündigung fehlt.	31
a)	32
Grundsätzlich stellt allerdings die unberechtigte Verweigerung der Dienstleistung einen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Die Fortsetzung eines Dienstverhältnisses ist unter derartigen Umständen nicht zuzumuten. Die Weigerung des Klägers, auf die Aufforderungen des Beklagten hin seinen Dienst am 17. oder 19. März 1993 wieder aufzunehmen, war aber nicht unberechtigt. Der Kläger hat sich zu Recht auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 Abs. 1 BGB berufen.	33
Die Parteien streiten nicht darüber, daß dem Kläger aus dem Dienstvertrag Lohnansprüche für Dezember 1992 und Januar/Februar 1993 zugestanden haben, als ihn der Beklagte mit Schreiben vom 17. und 19. März 1993 aufgefordert hat, seinen Dienst wieder aufzunehmen.	34
	35

Diese Ansprüche waren fällig und voll wirksam. Ob der Beklagte oder die Gemeinschuldnerin wegen der vom Beklagten genannten Vorschriften (§ 130a Abs. 2 HGB, §§ 30, 31 KO, § 283c StGB) gehindert waren, den Kläger wegen seiner Ansprüche zu befriedigen, ist insoweit unerheblich. Diese Vorschriften schränken lediglich die Handlungsmöglichkeiten der zur Vertretung berufenen Personen ein oder betreffen die Rechtsbeständigkeit ihrer Handlungen. Die Fälligkeit und Wirksamkeit der Gläubigeransprüche wird davon aber nicht berührt. Ein solcher Anspruch des Gläubigers scheidet nicht deshalb als Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts aus, weil er "mangels Masse" nicht verwirklicht werden kann. Es ist für das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts unerheblich, welche Gründe für die Nichtleistung maßgeblich sind und ob der andere Teil das Ausbleiben der Leistung zu vertreten hat.

Die genannten Ansprüche des Klägers standen auch im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den von dem Beklagten verlangten Diensten. Diese Gegenseitigkeit besteht bei Dienstleistungen auch hinsichtlich der Vergütung für andere Zeitabschnitte. Der zur Dienstleistung Verpflichtete ist nicht darauf verwiesen, die laufenden Dienste zu erbringen in der Hoffnung, diese würden - anders als die aus zurückliegenden Zeitabschnitten - vergütet. Der Beklagte kann deshalb das Zurückbehaltungsrecht des Klägers nicht mit dem Hinweis ausräumen, die Vergütung für die ab Konkurseröffnung zu erbringenden Dienste habe außer Zweifel gestanden und wäre auf jeden Fall bezahlt worden. 36

Der Kläger war auch nicht gehalten, auf die Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts zu verzichten, weil er statt dessen Gelegenheit haben würde, Konkursausfallgeld vom Arbeitsamt zu verlangen. Abgesehen davon, daß am 17. und 19. März 1993 offen war, für welche Zeiträume eine solche Möglichkeit sich eröffnen würde, ist der Dienstverpflichtete nicht gehindert, seinen Lohnanspruch gegen den Dienstherrn zu verfolgen. 37

Auch unabhängig von der Berechtigung der vom Kläger erhobenen Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB war aber aus der Sicht der Gemeinschuldnerin die Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit dem Kläger nicht unzumutbar im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB. Die Gemeinschuldnerin hatte nämlich selbst die Gründe gesetzt, die den Kläger veranlaßt haben, mit gut nachvollziehbaren und zumindest vertretbaren Erwägungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Der Kläger hatte sich für die Gemeinschuldnerin erkennbar in dieser Frage auch rechtskundig beraten lassen. Diese Umstände schließen es aus, sein Verhalten als eine grobe Vertragswidrigkeit von solchem Gewicht anzusehen, daß sie die sofortige Beendigung des Vertrages erforderlich machte. Es kommt hinzu, daß die Gemeinschuldnerin offenbar frühere Gespräche über eine einvernehmliche Vertragsbeendigung unterbrochen und auch auf eine erneute Anfrage des Klägers in dem Anwaltsschreiben vom 22. März 1993 nicht wieder aufgenommen hat. 38

b) 39

Ein wichtiger Grund zur Kündigung ergibt sich auch nicht aus der unterlassenen Rückgabe des Dienstwagens oder aus dem vom Kläger ausgebrachten vorläufigen Zahlungsverbot. 40

Mit dem vorläufigen Zahlungsverbot versuchte der Kläger offenkundig in legitimer Weise, sich eine Durchsetzungsmöglichkeit für seine offenstehenden Vergütungsansprüche zu sichern. Dies war eine Wahrnehmung berechtigter Interessen und gibt einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstvertrages nicht her. 41

Die Herausgabe des Dienstwagens, den die Gemeinschuldnerin dem Kläger in dem Dienstvertrag zugesagt hatte, hat der Kläger ebenfalls mit nachvollziehbaren und vertretbaren 42

Gründen zunächst verweigert. Selbst wenn das im Ergebnis nicht berechtigt gewesen wäre, hätte dieses Verhalten nicht eine sofortige, außerordentliche Kündigung rechtfertigen können.

2. 43

Das Dienstverhältnis des Klägers ist auch nicht durch die von dem Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 31. März 1993 gem. § 22 KO am 30. Juni 1993 beendet worden. Die Beendigung zu diesem Termin scheitert daran, daß die Kündigungsfrist von drei Monaten, über deren Bemessung gem. § 622 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 AngKündG die Parteien nicht streiten, nicht eingehalten worden ist. 44

a) 45

Die Kündigungserklärung ist nicht, wie es für die Einhaltung der Frist erforderlich gewesen wäre, noch am 31. März 1993 wirksam abgegeben worden und zugegangen. Eine unter Abwesenden abzugebende, empfangsbedürftige Willenserklärung wird wirksam, sobald sie dem Empfänger zugeht, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Das gilt auch für die Kündigungserklärung. Der Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung setzt voraus, daß diese so in den Bereich des Empfängers gelangt, daß dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Vollendet ist dieser Zugang erst, wenn nach der Verkehrsanschauung die Kenntnisnahme durch den Empfänger zu erwarten ist. 46

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß ein Zugang der Erklärung am 31. März 1993 nicht vollendet war, weil der Beklagte nach der Verkehrsanschauung nicht erwarten konnte, daß der Kläger noch an diesem Tage nach 16.50 Uhr in seinen häuslichen Briefkasten sah und den nach der Behauptung des Beklagten um diese Zeit eingeworfenen Brief mit der Kündigung vorfand. Der Senat stimmt insoweit der zutreffenden Würdigung durch das Landgericht zu. 47

Entgegen den Ausführungen des Beklagten in der Berufungsbegründung hatte der Kläger auch nicht wegen der besonderen Verhältnisse im vorliegenden Fall Veranlassung, gerade am 31. März 1993 bis in den Nachmittag hinein mit einer Kündigungserklärung durch den Beklagten zu rechnen. Es mag zutreffen, daß Angestellte, zumal solche in leitender Funktion, grundsätzlich informiert sind über die jeweils zum Quartalsschluß bestehende Kündigungsmöglichkeit und über die nach Angabe des Beklagten oft noch am letzten Tag erfolgende Abgabe der Kündigungserklärung. Aus einer solchen Kenntnis kann aber entgegen der Annahme des Beklagten nicht der Schluß gezogen werden, die Verkehrsanschauung gehe dahin, daß aus diesen Gründen die Angestellten an den Tagen, an denen letztmals die Kündigung erklärt werden kann, auch nach der Zeit der normalen Postzustellung ihren Briefkasten auf Eingänge überprüfen müßten. Nach der Verkehrsanschauung ist es vielmehr demjenigen, der die Fristen so weitgehend ausschöpft, überlassen, für die rechtzeitige Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger und den damit eintretenden Zugang zu sorgen. Anderes galt auch nicht im Fall des Klägers. Für ihn lag der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durch die Gemeinschuldnerin am 31. März 1993 schon deshalb nicht nahe, weil er unstreitig bereits mit Schreiben vom 22. März 1993 eine außerordentliche Kündigung empfangen hatte. Er mußte deshalb davon ausgehen, daß die Gemeinschuldnerin und der Beklagte das Dienstverhältnis als bereits beendet ansahen. Nach dem Inhalt seines Dienstvertrags vom 22. Dezember 1989 war unter normalen Umständen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Klägers ohnehin erstmals für den 31. Dezember 1993 (nach einer Laufzeit von fünf Jahren) gegeben gewesen, allerdings mit einer Frist von einem Jahr. Die nächste ordentliche Kündigungsmöglichkeit eröffnete sich nach dem Vertragsinhalt durch Ausspruch bis zum 31. 48

März 1995 mit Wirkung zum 31. Dezember 1996 (nach Ablauf weiterer drei Jahre). Auch diese Umstände sprechen gegen die Annahme des Beklagten, der Kläger habe Anlaß gehabt, noch am 31. März 1993 eine ordentliche Kündigung zu erwarten.

Aber auch die durch die Konkurseröffnung sich für den Beklagten eröffnende Möglichkeit einer vorzeitigen, ordentlichen Kündigung gem. § 22 KO mußte den Kläger nach der Verkehrsanschauung nicht zu besonderen Maßnahmen der Empfangsbereitschaft veranlassen. Der Kläger hatte unstreitig keine Kenntnis von der Tatsache, daß der Konkursantrag am 31. März 1993 beschieden wurde. Selbst wenn es zutreffen sollte, daß nach der ständigen Übung im Bezirk des Amtsgerichts Gütersloh spätestens drei Monate nach der letzten Lohnzahlung an die Arbeitnehmer über den Konkursantrag eines Unternehmens entschieden wird, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß dem Kläger diese Übung so vertraut war, daß er eine gerichtliche Entscheidung genau am 31. März 1993 zu erwarten hatte. Darüber hinaus konnte der Kläger, der unstreitig seit längerer Zeit seinen Dienst bei der Gemeinschuldnerin nicht mehr versah, nicht absehen, welchen Verlauf die nach eigenen Angaben des Beklagten geführten Verhandlungen über eine Übernahme des Unternehmens gehabt hatten und was sich daraus für die Stellung des Klägers ergab. Selbst im Falle einer zu erwartenden Konkurseröffnung hätte die ordentliche Kündigung des Klägers zum nächstmöglichen Termin durch den Konkursverwalter nicht die einzig denkbare und deshalb vom Kläger vorherzusehende Entscheidung sein müssen.

49

Aus diesen Gründen konnte nach der Verkehrsanschauung der Beklagte nicht erwarten, daß der Kläger noch am 31. März 1993 von der um 16.50 Uhr zugestellten Kündigungserklärung Kenntnis erlangte. Die Kündigung ging deshalb erst mit der unwiderlegt am nächsten Morgen erfolgten Kenntniserlangung durch den Kläger zu.

50

b)

51

Der Kläger muß sich auch nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, so behandeln lassen, als habe er das Schreiben bereits am 31. März 1993 zur Kenntnis genommen. Dies wäre allerdings geboten, wenn der Kläger die Kenntniserlangung noch an diesem Tage dadurch verhindert hätte, daß er in Erwartung des Zustellungsversuchs die Läden an seinem Haus geschlossen und auf das - erstmals in zweiter Instanz behauptete - Schellen des Boten bewußt nicht geöffnet hätte. Dies kann aber nicht festgestellt werden. Der Kläger hat diesen Vortrag bestritten. Es erübrigt sich, zum Vortrag des Beklagten den Zeugen xxx zu hören. Selbst wenn unterstellt wird, daß dieser Zeuge die Läden beim Kläger verschlossen vorgefunden hat und auf sein Schellen nicht geöffnet worden ist, kann nicht festgestellt werden, daß der Kläger in treuwidriger Weise den Zugang der Kündigungserklärung verhindert hat. Der Kläger hat unwiderlegt dazu erklärt, die Läden an seinem Haus seien, soweit die Fenster zur Straße zeigten, regelmäßig geschlossen und wegen der baulichen Gegebenheiten im Hause sei das Klingeln an der Haustür nicht in allen Räumen des Hauses zu hören. Er habe, obwohl er sich am Nachmittag des 31. März 1993 zuhause aufgehalten habe, ein Klingeln nicht gehört und mißachtet. Diese Darstellung ist nicht von vornherein als unmöglich oder unglaublich auszuschließen. Der Zeuge xxx kann dazu mangels Wahrnehmungsmöglichkeit Angaben nicht machen.

52

III.

53

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 546 Abs. 2 ZPO.

54

