
Datum: 22.12.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 122/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:1222.27U122.05.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 17 O 58/02

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 12. April 2005 verkündete Urteil der VIII. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten der Berufung als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe (§ 540 ZPO):

A.

Die Klägerin war seit 1991 als Geschäftsführerin der Beklagten zu 1) angestellt und übte in dem von der Beklagten zu 1) betriebenen und später von der Beklagten zu 2) übernommenen Seniorenheim die Heimleitung aus. Mit Schreiben vom 12.03.2002 sprach die

1

2

3

Alleingesellschafterin der Beklagten zu 1) die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages aus, nachdem die Klägerin am 14.12.2001 einen Betrag von 120.000 DM von dem Geschäftskonto der Beklagten zu 1) auf ihr privates Konto überwiesen hatte. Mit weiteren Kündigungen vom 16.09.2002 und 14.03.2003 brachte sie ergänzende Kündigungsgründe vor. Mit der Klage hat die Klägerin im Wesentlichen die Feststellung begehrt, dass das Angestelltenverhältnis fortbestehe, sowie Zahlung des monatlichen Geschäftsführergehaltes für die Zeit bis zum Jahresende 2002 verlangt.

Das Landgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, dass es die Unwirksamkeit der Kündigungen vom 16.09.2002 und 14.03.2003 festgestellt und die Beklagten zur Zahlung des Geschäftsführergehaltes verurteilt hat. Wegen der dazu getroffenen tatsächlichen Feststellungen und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 4

Die Feststellungen sind dahin zu berichtigen, dass die Klägerin die Angestellte C nicht im November, sondern im Dezember 2001 befragte, wie es um die finanziellen Verhältnisse der Beklagten zu 1) stehe, und weiter dahin zu ergänzen, dass die Beklagte zu 2) seit der Übernahme des Geschäftsbetriebes des Seniorenheims der Beklagten zu 1) im Rechtsverkehr unter der Bezeichnung "T2 GmbH" auftrat. 5

Mit ihrer Berufung verfolgen die Beklagten ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter, während die Klägerin das landgerichtliche Urteil verteidigt. Wegen des Berufungsvorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 6

Der Senat hat die Klägerin und den Geschäftsführer der Beklagten angehört. Wegen des Inhalts der Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk vom 22. November 2005 Bezug genommen. 7

B. 8

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. 9

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass das Anstellungsverhältnis nicht durch die fristlosen Kündigungen der Beklagten zu 1) vom 16.09.2002 oder vom 14.03.2003 aufgelöst ist, und beide Beklagten zu Recht als Gesamtschuldner zur Fortentrichtung der Bezüge aus dem Anstellungsverhältnis verurteilt. 10

I. 11

Die Beklagten haben einen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsvertrages nicht ausreichend dargelegt und bewiesen. 12

1. 13

Die Gründe für die Kündigung vom 16.09.2002 sind im Rechtsstreit nicht substantiiert dargelegt. Die im Kündigungsschreiben angeführten Punkte hätten einer vorherigen Abmahnung bedurft. Zudem ist die Kündigung verfristet, da die Beklagten nicht ausreichend dargelegt und bewiesen haben, die Kündigung spätestens zwei Wochen nach dem jeweiligen Bekanntwerden der aufgeführten Gründe ausgesprochen zu haben. 14

2. 15

16

Zu Unrecht wendet sich die Berufung auch gegen die Wertung des Landgerichts, die Gründe für die Kündigung vom 14.03.2003 seien nicht nachvollziehbar. Selbst wenn das Landgericht hierüber einen besonderen Hinweis nach § 139 ZPO hätte erteilen müssen, ist dasjenige, was die Beklagten in der Berufung ergänzend hierzu vortragen, nach wie vor unsubstanziert. Denn es ist nach wie vor nicht ersichtlich, welchen Bezug das angebliche Steuervergehen der Klägerin zu den Beklagten haben könnte. Die angeblich nicht versteuerte Entnahme bezieht sich auf eine andere Gesellschaft und betrifft steuerrechtlich die private Einkommenssteuerschuld der Klägerin. Weder die Beklagten noch ein wirtschaftlich mit ihnen verbundenes Unternehmen wurden hierdurch nachteilig berührt.

II. 17

Die Beklagten schulden als Gesamtschuldner die Vergütung der Klägerin für den geltend gemachten Zeitraum ab März 2002. Denn das Vertragsverhältnis wurde durch die Kündigung vom 12.03.2002 nicht beendet, da ein wichtiger Grund zur Kündigung nicht vorlag. 18

1. 19

Zwar beruht die Kündigung vom 12.03.2002 auf einer objektiven Pflichtverletzung der Beklagten. Denn es ist unstreitig, dass die tatsächliche Finanzlage der Beklagten zu 1) eine Entnahme des Betrages von 120.000 DM am 14.12.2001 selbst nach den Bedingungen, unter denen sie von einer Gestattung der Gesellschafterin ausging, nicht zuließ. 20

Jedoch haben die Beklagten nicht ausreichend dargelegt und bewiesen, dass die Klägerin mit ihrem Verhalten auch subjektiv eine vorsätzliche Illoyalität gegenüber der Gesellschaft und den sie tragenden Gesellschaftern begehen wollte. 21

Aufgrund der persönlichen Anhörung der Klägerin im Senatstermin vom 22. November 2005 hält der Senat es für möglich, dass diese bei der Überweisung des Betrages von 120.000 DM in der subjektiven Vorstellung handelte, genau dasjenige zu befolgen, was ihr zuvor von Herrn H als alleinvertretungsberechtigter Repräsentant der Alleingesellschafterin T AG aufgetragen war. 22

a) 23

Die Klägerin hat vor dem Senat glaubhaft angegeben, dass Herr H ihr gestattet habe, den unstreitig gegenüber der Fa. I GmbH bestehenden Darlehensrückzahlungsanspruch durch eine Entnahme aus den Mitteln der Beklagten zu 1) zu befriedigen, sofern deren Finanzlage dieses gegen Jahresende 2001 zuließ. Die Gestattung ist deshalb glaubhaft, weil die Darlehensschuldnerin – die Fa. I GmbH – ebenfalls von der T AG als Gesellschafterin getragen ist und es unter den auf diese Weise miteinander verbundenen Unternehmen ständige Praxis war, sich bei Liquiditätsengpässen gemäß der am 15.1.1999 getroffenen "Verrechnungs- und Zinsvereinbarung" (Bl. 73 GA) gegenseitig auszuhelfen. Auf die zivil- und gesellschaftsrechtliche Unbedenklichkeit derartiger finanzieller Aushilfen der Gesellschaften untereinander kommt es nicht an, weil als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses allein die Illoyalität gegenüber dem Dienstherrn, der durch den Gesellschafterwillen repräsentiert wird, zu prüfen ist. 24

Ebenso spricht für die Glaubhaftigkeit der Darstellung der Klägerin, dass sie die Überweisung auf ihr Konto nicht etwa im Verborgenen vollzog, sondern die mit Herrn H verabredeten Voraussetzungen der Entnahme im Einzelnen mit der Angestellten Frau C besprach, die die Kontoführung innehatte. 25

Gegen die von der Klägerin angenommene Gestattung spricht auch nicht die in das erstinstanzliche Sitzungsprotokoll aufgenommene Erklärung der Klägerin: "Ich muss dazu sagen, dass Herr H mir nicht im Einzelnen gesagt hat, welche Gesellschaft oder ob er persönlich nun dieses Geld zurückzahlen würde" (Bl. 104 GA). Denn das Sitzungsprotokoll lässt nicht eindeutig erkennen, in welchem Zusammenhang die Klägerin diese Erklärung abgab, insbesondere in welchem Bezug diese Erklärung zu der zuvor aufgenommenen Erklärung steht, ihr sei ausdrücklich die Entnahme aus den Mitteln der Beklagten zu 1) gestattet worden. Der Senat hält es für möglich, dass die zuvor getroffene Aussage, die sich auf den Zeitpunkt des Rückzahlungsverlangens im Herbst 2001 bezog, nicht relativiert werden sollte, vielmehr dass die letzten beiden Sätze des Protokollabschnitts Aussagen enthalten, die sich auf einen anderen Zeitpunkt bezogen, nämlich auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Darlehensgewährung, und deshalb vom übrigen Inhalt des Protokollabschnitts gedanklich abzusetzen sind.

26

Die von der Klägerin im Einzelnen schlüssig und glaubhaft dargelegte Gestattung der Entnahme haben die Beklagten, die für alle Voraussetzungen des Kündigungsgrundes einschließlich des Nichtvorliegens vorgebrachter Rechtfertigungsgründe beweispflichtig sind (BGH, NZG 2003, 86, 88), nicht ausreichend widerlegt, und zwar weder durch die Zeugenbekundungen des Herrn H in anderen Verfahren, die hier wegen seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter der Partei ohnehin nur als Parteierklärung verwertet werden können, noch durch seine persönliche Einlassungen im Senatstermin vom 22. November 2005. Der Senat hat erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Parteierklärungen des Herrn H. Das Verhalten des Herrn H gegenüber der Klägerin ist seit dem Zerwürfnis mit deren Ehemann davon geleitet, die Klägerin "loszuwerden" und ihr nicht dasjenige zukommen zu lassen, was ihr zusteht. Um dieses zu erreichen, hat Herr H auch vor Gericht – wie aktenkundig ist – einen lockeren Umgang mit der Wahrheit gepflegt. Während beispielsweise die bestehende Darlehensschuld der Fa. I GmbH über 120.000 DM in dem hier vorliegenden Rechtsstreit seit Anbeginn unstrittig steht und von Herrn H auch persönlich im Senatstermin vom 22. November 2005 in allen Einzelheiten eingeräumt wurde, hat er dasselbe Darlehen in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen die ebenfalls von ihm vertretene Fa. I GmbH ausdrücklich bestreiten lassen (Seite 2 des Schriftsatzes vom 8. Mai 2002 in der Sache Az. 5 O 192/02 LG Bielefeld), um den Rückzahlungsanspruch der Klägerin zu verzögern oder sogar zu vereiteln. Wer mit der Wahrheit von Tatsachen vor Gericht so taktiert, kann nicht erwarten, dass das Gericht seinen weiteren Ausführungen Glauben schenkt. Unabhängig davon beruhen die Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Herrn H auch darauf, dass er den Fragen des Senates zu den näheren Umständen der Aufklärung der hier streitigen Kontobewegungen im Senatstermin mehrfach auswich, so dass dasjenige, was mit den Mitarbeitern der Bank I im Einzelnen besprochen wurde, im Unklaren blieb. Insgesamt liegen damit jedenfalls die strengen Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise eine glaubwürdige Parteierklärung die formale Beweisführung ersetzen kann, nicht vor.

27

b)

Der Senat hält es weiterhin für nicht widerlegt, dass die Klägerin bei der Anweisung des Betrages von 120.000 DM subjektiv in der Überzeugung handelte, dass die nach der Gestattung vorausgesetzte Leistungsfähigkeit der Beklagten zu 1) im Zeitpunkt der Überweisung gegeben war. Die Klägerin hat im Senatstermin glaubhaft dargelegt, dass sie sich vor der Überweisung am 14.12.2001 ausdrücklich bei der Mitarbeiterin C über den Kontostand informiert hatte und beide übereinstimmend davon ausgingen, dass die zum Monatsende fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen aus den vermeintlich noch ausstehenden Pflegegeldern bezahlt würden. Diese Darstellung wird durch die Niederschrift

28

29

über die polizeiliche Vernehmung der Zeugin C vom 17.06.2002 in dem Ermittlungsverfahren 21 Js 167/02 StA Bielefeld bestätigt. Dass die Leistungen der Pflegekasse entgegen der Annahme der Klägerin und der Zeugin C tatsächlich bereits vor diesem Zeitpunkt eingegangen waren und die Leistungsfähigkeit der Beklagten zu 1) deshalb besser schien, als sie tatsächlich war, belegt nur deren Irrtum, nicht jedoch einen Schädigungsvorsatz.

Der von der Klägerin für sich in Anspruch genommene Irrtum wird auch nicht dadurch unplausibel, dass etwa entgegen ihrer Darstellung schon in der Vergangenheit die Pflegegelder jeweils früher als von ihr dargestellt eingegangen wären. Im Gegenteil belegen die von den Beklagten im Senatstermin am 22.12.2005 überreichten Kontoauszüge, dass die wesentlichen Zahlungen jeweils in der Zeit zwischen dem Monatszwölften und dem Monatsvierzehnten eingingen. Wenn Frau C den Kontostand am 10.12.2001 überprüft hatte – so ist der Vortrag auf Seite 9 der Klageschrift richtigerweise zu verstehen –, dann konnte sie durchaus dem Irrtum unterlegen sein, dass erhebliche Beträge der Pflegekassen noch ausstanden, weil in den Vormonaten die Zahlungen nie vor dem 10. des Monats erfolgt waren.

c) 31

Damit bleibt nur der Vorwurf an die Klägerin, sich vor der Überweisung am 14.12.2001 nicht ausreichend über alle bis dahin vorgefallenen Kontobewegungen persönlich vergewissert zu haben, denn dadurch hätte der Irrtum vermieden werden können. Dieses beinhaltet jedoch den Vorwurf einer Fahrlässigkeit und nicht der Illoyalität.

Als Reaktion auf diese Fahrlässigkeit war die fristlose Kündigung, die ausweislich des Anhörungsschreibens vom 28.02.2002 nicht etwa als Verdachtskündigung, sondern aufgrund einer (vermeintlich) festgestellten Untreuehandlung – und damit auf falscher Tatsachengrundlage – ausgesprochen wurde, unverhältnismäßig. Die in Wahrheit festzustellende "Tat", die auf einem Irrtum der Klägerin beruhte, machte die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses schon deshalb nicht unzumutbar, weil sie die Folgen ihres Irrtums sofort nach der gewonnenen besseren Erkenntnis aus freien Stücken vollständig rückgängig machte. Dieses Verhalten der Klägerin führte dazu, dass der Beklagten zu 1) tatsächlich keinerlei Schaden entstand, und lässt zugleich darauf schließen, dass die Klägerin nicht die Absicht hatte, sich auf Kosten der Beklagten zu 1) einen unlauteren Vorteil zu verschaffen.

Zur Ahndung der festzustellenden Fahrlässigkeit bedurfte es keiner Kündigung, sondern es genügte als milderer Mittel eine Abmahnung. Das gilt jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation, dass die Klägerin bereits zum Zeitpunkt der Ahndung nicht mehr in der Verantwortung einer Geschäftsführerin stand, sondern bereits eine Funktion unterhalb der Geschäftsführung als Heimleiterin eingenommen hatte. Dass die weitere Beschäftigung der Klägerin in dieser Funktion ohne Kontovollmachten unzumutbar sein sollte, ist in keiner Weise ersichtlich.

2. 35

Für die Zeit ab März 2002 schuldet neben der Beklagten zu 1) auch die Beklagte zu 2) die Gehaltszahlung an die Klägerin, weil die Beklagte zu 2) die Firma der Beklagten zu 1) ab dem 1.4.2004 fortführte (§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB).

Die Beklagte zu 2) übernahm zu diesem Zeitpunkt das Handelsgeschäft der Beklagten zu 1), indem sie den Betrieb des Seniorenheims mit derselben Einrichtung, denselben 37

Arbeitsverhältnissen sowie den denselben Heimverträgen fortführte. Ebenso übernahm die Beklagte zu 2) die Firma der Beklagten zu 1) durch Nachbildung. Denn sie trat im Rechtsverkehr – was maßgeblich ist – unter der Bezeichnung "T2 GmbH" auf. Hierbei kommt es nicht auf eine wortlaut- und buchstabengetreue Nachbildung der Firma an, sondern es genügt, dass sich der Kern der alten und der neuen Firma gleichen; entscheidend ist die Firmenkontinuität nach der Verkehrsanschauung (Baumbach/Hopt, HGB, § 25 Rdnr. 7 m.w.N.).

Im Vergleich der Firmennamen "T3 GmbH" und "T2 GmbH" liegt Identität im Sinne der Verkehrsanschauung vor. Kern der Firma ist der Verbindung des Geschäftszweiges eines Altenheimbetriebes, umschrieben durch die Wörter "Seniorenhaus" bzw. "Seniorenheim" – worin nach der Verkehrsanschauung kein wesentlicher Unterschied liegt – mit der Lagebezeichnung "B". Unterschiede liegen nur einerseits in den vorangestellten Abkürzung "T", deren Bedeutung unklar ist und die jedenfalls nach der Verkehrsanschauung nicht wesentlich zur Individualisierung beiträgt, sowie in der Ortsangabe "S", deren Wegfall als Bestandteil der Firma in der Verkehrswahrnehmung bereits deshalb nicht ins Gewicht fällt, weil die Ortsbezeichnung "S" außerhalb des eigentlichen Firmennamens jedenfalls noch Teil der Anschrift des Unternehmens ist und auf diese Weise weiterhin in enger Verbindung mit dem Firmennamen wahrgenommen wird.

Da Streitgegenstand nur Vergütungsansprüche sind, die bereits vor dem Firmenübergang am 1.4.2004 entstanden sind und fällig geworden waren, sind diese ohne weiteres von der Firmenübernahme erfasst. Offenbleiben kann deshalb die Frage, ob auch die erst nach dem 1.4.2004 entstandenen Ansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis von der Firmenübernahme erfasst wären (zum Streitstand hierzu vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 25 Rdnr. 11).

III. 40

Die in der Berufungsinstanz erstmals vorgebrachte Hilfsaufrechnung ist gemäß §§ 529, 533 ZPO nicht mehr zuzulassen. Entgegen der Auffassung der Berufung hat das Landgericht keine Hilfsaufrechnung der Beklagten übergangen, da eine solche erstinstanzlich nicht erklärt wurde. Bei dem vermeintlichen "Schriftsatz" Bl. 128 GA, auf den die Berufung verweist, handelt es nicht um einen Schriftsatz mit selbständigen Verteidigungsmitteln im hiesigen Rechtsstreit, sondern um die lediglich informationshalber eingereichte Abschrift eines Schriftsatzes aus einem anderen Rechtsstreit, an dem die Beklagten dieses Rechtsstreits nicht beteiligt sind.

IV. 42

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 543 Abs. 2 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.