
Datum: 23.01.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 145/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0123.27U145.06.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 2 O 423/04

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19. Mai 2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Siegen aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens – an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

-
- Gründe: (abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO) 1
- A. Die zulässige Berufung ist begründet und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO. 2
- I. Die Klage ist – was sich allerdings erst aus dem neuen und unstreitigen Vorbringen der Parteien in zweiter Instanz ergibt – entgegen der Auffassung des Landgerichts zulässig. 3
- Denn die Beklagte wird im vorliegenden Rechtsstreit jedenfalls im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, auf den es alleine ankommt, zutreffend durch ihre Geschäftsführer vertreten, weil sie nicht nur tatsächlich keinen Aufsichtsrat hat, sondern – was wiederum alleine entscheidend ist – weder nach ihrer aktuell geltenden Satzung noch kraft Gesetzes über einen Aufsichtsrat verfügen muss. 4
1. Unstreitig sieht die aktuelle, mit der Berufungsbegründung vorgelegte Fassung des Gesellschaftsvertrags (Bl. 389 ff. GA) die Bildung eines Aufsichtsrats nicht mehr vor. 5

2. Ebenfalls unstreitig ist die Anzahl der Arbeitnehmer der Beklagten dauerhaft unter den Schwellenwert von 500 gesunken, so dass auch kein Aufsichtsrat gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zu bilden ist.

II. Da der Rechtsstreit in der Sache nicht entscheidungsreif ist, macht der Senat auf den entsprechenden Hilfsantrag des Klägers von der Möglichkeit der Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO Gebrauch. Dabei gibt der Senat für das weitere Verfahren vorsorglich die folgenden Hinweise:

1. Der in dem Anwaltsschreiben vom 4.2.2004 (Bl. 55 ff. GA) mitgeteilte Grund, dass sich die Aufgaben des Klägers durch den Eigentümerwechsel vollständig erledigt hätten, vermag die fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Denn in § 8 Ziff. 8.1 des Anstellungsvertrags (Bl. 5 ff. GA) ist dieser Fall gerade ausdrücklich gesondert geregelt, indem für eben diesen Fall abweichend von der an sich 6-monatigen Kündigungsfrist eine kürzere Kündigungsfrist von 1 Monat zum Monatsende vereinbart worden ist. Das schließt es aus, diesen Umstand als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung heranzuziehen.

2. Soweit die fristlose Kündigung im Rechtsstreit deshalb auf behauptete Pflichtverletzungen des Klägers gestützt worden ist, kommt es zum einen darauf an, ob diese im Rechtsstreit noch geltend gemacht werden können, zum anderen darauf, ob für eine fristlose Kündigung ausreichende Pflichtverletzungen tatsächlich vorliegen.

a) Die Entscheidung darüber, ob und ggf. aus welchen Gründen der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers gekündigt werden soll, obliegt der Gesellschafterversammlung (Annexkompetenz aus § 46 Nr. 5 GmbHG). Dass schon der vorliegende Beschluss vom 4.2.2004 von einem Willen getragen ist, die Kündigung auf Pflichtverletzungen zu stützen, steht zumindest nicht fest. Hinsichtlich des Vorwurfs, auf mögliche Ansprüche gegen Rechtsanwalt T verzichtet zu haben, kann das sogar ausgeschlossen werden, nachdem die Beklagte in der Berufungsverhandlung durch ihren Prozessbevollmächtigten erklärt hat, dass dieser Umstand zu jener Zeit noch kein Thema gewesen sei und die Ausgleichsquittung noch gar nicht vorgelegen habe. Aber der Inhalt des Kündigungsschreibens spricht auch eher dagegen, dass der Beschluss zur Kündigung wegen der versuchten Zahlung an Herrn E gefasst wurde.

Das Nachschieben von zunächst nicht geltend gemachten, im Zeitpunkt der Kündigung aber bereits vorliegenden Kündigungsgründen erfordert grundsätzlich einen erneuten entsprechenden Gesellschafterbeschluss (BGH NJW-RR 1992, 292). Ein solcher Beschluss liegt nicht vor.

Eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz besteht indessen dann, wenn der Geschäftsführer, der sich bedingt durch die Prozesslage zum Nachschieben bisher nicht geltend gemachter weiterer Abberufungsgründe entschlossen hat, zugleich derjenige ist, der in der Gesellschafterversammlung allein über das Nachschieben dieser Gründe zu beschließen hätte, und nicht davon auszugehen ist, dass er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter anders entscheiden würde als in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer (BGH a.a.O., S. 294).

Eine solche Personenidentität macht die Beklagte hier geltend, indem sie in der Berufungsverhandlung nach entsprechendem Hinweis vorgetragen hat, dass ihr Geschäftsführer U zugleich einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer ihrer Alleingesellschafterin, der Fa. N GmbH sei und als solcher in der Gesellschafterversammlung der Beklagten das Nachschieben der geltend gemachten Gründe beschließen könne. Ob das

zutreffend ist, wird das Landgericht – nachdem der Kläger dies zulässig mit Nichtwissen bestritten hat – im weiteren Verfahren zu klären haben.

b) Ebenfalls weiterer Aufklärung bedarf es, ob eine für eine fristlose Kündigung ausreichende Pflichtverletzung vorliegt. 14

aa) Allerdings reicht die an Rechtsanwalt T erteilte Ausgleichsquittung vom 2.2.2004 (Bl. 152 GA) hierfür nicht aus. Denn um eine Pflichtverletzung annehmen zu können, müsste die Beklagte zunächst einmal darlegen, welche vermeintlichen Ersatzansprüche ihr mit dieser Erklärung verloren gegangen sein könnten. Insoweit hat die Beklagte lediglich vorgetragen, dass sie gegen Rechtsanwalt T wegen eines Beratungsfehlers einen Rückforderungsanspruch bezüglich gezahlter Honorare in Höhe von rd. 15.000 € gehabt habe; der Beratungsfehler habe darin bestanden, dass gegenüber Herrn G eine nicht notwendige Kündigung ausgesprochen worden sei. Ein solcher Beratungsfehler ist indessen nicht feststellbar, nachdem der Personalausschuss des Aufsichtsrats der Beklagten am 12.9.2002 ausdrücklich beschlossen hatte, dass der Anstellungsvertrag mit Herrn G durch seine Abberufung als Vorsitzender der Geschäftsführung gerade nicht berührt werden und bis zum 30.11.2005 weiterlaufen sollte (Bl. 167 GA). Dieser Beschluss verstieß nicht gegen § 84 AktG, und diesem Vorbringen des Klägers ist die Beklagte nicht mehr entgegen getreten. 15

bb) Dagegen könnte die vom Kläger versuchte Auszahlung der Vergütung an Herrn E u.U. eine fristlose Kündigung rechtfertigen. 16

Allerdings trägt selbst ein wichtiger Grund für eine Abberufung als Geschäftsführer nicht automatisch auch die Kündigung des Anstellungsvertrages. Insoweit ist vielmehr auch die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist zu würdigen: je kürzer diese ist, um so eher ist der Gesellschaft deren Einhaltung zumutbar (vgl. Baumbach/ Hueck-Zöllner, § 35 GmbHG, Rn 117 m.w.N.). Hier hatte die Beklagte den Kläger wegen des Gesellschafterwechsels als Geschäftsführer abberufen und konnte ihn mit einer Frist von 1 Monat zum Monatsende kündigen. D.h. auch, dass sie für diese relativ kurze Zeitspanne ohnehin sein Gehalt tragen musste, ohne dafür noch eine adäquate Gegenleistung zu bekommen. Unter diesen Umständen kann nicht jede begangene Pflichtverletzung, sei sie auch nicht völlig unerheblich, die sofortige fristlose Kündigung rechtfertigen, zumal eine Wiederholungsgefahr nicht mehr besteht. Auch ist der Beklagten kein Schaden entstanden, der die Unzumutbarkeit der Gehaltszahlung für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist rechtfertigen könnte, da die Auszahlung noch rechtzeitig gestoppt worden ist. 17

Deshalb kommt eine fristlose Kündigung wegen dieses Verhaltens des Klägers nur dann in Betracht, wenn er in dem Bewusstsein, dass die neue Gesellschafterin Herrn E die fraglichen Beträge nicht mehr zukommen lassen würde, ihm diese gerade im Zusammenhang mit dem Gesellschafterwechsel noch schnell in letzter Sekunde "zugeschustert" hat, jedoch dann nicht, wenn sein Vortrag zutrifft, dass eine vorfällige Zahlung von Beraterrechnungen gerade im Vorfeld des Verkaufs besprochen worden war. Die für das Vorliegen einer ausreichenden Pflichtverletzung beweispflichtige Beklagte muss dieses Vorbringen deshalb widerlegen. Dies wird nicht ohne die mit Beweisbeschluss vom 27.8.2004 bereits einmal angeordnete Beweisaufnahme möglich sein. 18

B. Die Kostenentscheidung ist zusammen mit der Sachentscheidung zu treffen und deshalb ebenfalls dem Landgericht vorbehalten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben. 19

