
Datum: 29.05.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 146/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0529.8U146.18.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 66/15
Schlagworte: Geschäftsführer-Anstellungsvertrag, Kündigung, wichtiger Grund, Compliance
Normen: BGB §§ 314, 626
Leitsätze:

1.

Gibt ein GmbH-Geschäftsführer eine Zahlung auf eine - wie er weiß - fingierte Forderung frei, um damit eine Provisionsabrede zu honorieren, die gegen die unternehmensinternen Compliance-Vorschriften über zustimmungsbedürftige Geschäfte verstieß, kann darin eine Pflichtverletzung liegen, die einen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsvertrages darstellt.

Den Geschäftsführer entlastet dann nicht die Annahme, sein Mitgeschäftsführer habe das Vorgehen gebilligt.

2.

Die Kündigung aus wichtigem Grund wegen gravierender Compliance-Verstöße eines Geschäftsführers setzt keine Abmahnung voraus.

3.

Die Einberufung der für die Beschlussfassung über die Kündigung zuständigen Gesellschafterversammlung wird nicht unangemessen verzögert, wenn zur Aufklärung des Sachverhalts die konzerneigene Compliance-Abteilung eingeschaltet und dadurch eine Einarbeitungszeit erforderlich wird. Es ist ein Gebot

umsichtiger Ermittlungen, diese sorgfältig vorzubereiten und zu organisieren.

Eine Frist von 10 Wochen bis zur Abhaltung der Gesellschafterversammlung kann noch akzeptabel sein, wenn sich etwa wegen Urlaubs und dienstlicher Abwesenheit die beabsichtigte zeitgleiche Befragung mehrerer Personen verzögert und sich aus den Befragungen weiterer Ermittlungsbedarf ergibt.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.10.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Essen teilweise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 71 % und die Beklagte zu 29 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A)

I.

Der Kläger macht mit der Klage Zahlungsansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 22.8.2011 geltend sowie einen Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit der zwischen den Parteien streitigen Kündigung des Vertragsverhältnisses.

2

1.

Der Kläger war seit dem 1.10.2000 im U Konzern beschäftigt, zu dem die Beklagte gehört. Ab dem 1.10.2012 war er Vorsitzender der Geschäftsführung der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Am 22.8.2011 schloss die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit dem Kläger einen

3

Geschäftsführer-Dienstvertrag, der eine feste Laufzeit für den Zeitraum 1.10.2012 bis 30.9.2017 vorsieht. Das „Jahreszieleinkommen“ des Klägers betrug aufgrund Änderungsvereinbarung aus dem Jahr 2014 ab dem Geschäftsjahr 2014/15 510.480 €; es setzte sich zusammen aus einem Jahresgrundgehalt von 240.080 € brutto (das entspricht einer monatlichen Grundvergütung von 20.040 € brutto) und einem Zielbonus von 270.000 €. Der Kläger hatte zudem gem. Dienstvertrag einen Dienstwagen, der auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt war, und zwar einen Mercedes CLS mit Listenpreis von 77.885 €.

2.

Der U Konzern verfolgt ein konzernweit einheitliches Compliance-Programm zur Einhaltung von Recht, Gesetz und unternehmensinternen Richtlinien. Dazu gehört u.a. eine Konzernrichtlinie „Korruptionsprävention“ (Anlage B13 Bl. 109 ff. d.A.), nach der ein Verhalten, das den Anschein von Korruption begründen könnte („böser Schein“), zu unterlassen ist. 4

Für die Mitarbeiter der Beklagten gilt zudem die Konzernrichtlinie zur „Einschaltung von Vermittlern, Beratern und anderen zur Vertriebsunterstützung beauftragten Personen“ (Anlage B1, Bl. 67 ff. d.A.). Sie bestimmt u.a., dass Provisionen nur (a) schriftlich, (b) unter Wahrung des Vier-Augen-Prinzips und (c) unter Beachtung der geltenden Vertretungsregelungen vereinbart werden dürfen. 5

Nach einem „Katalog zustimmungspflichtiger Geschäftsvorfälle (ZGV-Katalog)“ (Anlage B2, Bl. 74 ff.) ist bei Zusage einer Provision von mehr als 3 % des Nettoauftragsvolumens die vorherige Zustimmung des Bereichsvorstands einzuholen (Ziff. 2.5 – 1) ZGV-Katalog). 6

3.

Mit Schreiben vom 21.9.2015 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Anlass war das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit einer Provisionsforderung der F GmbH & Co. KG (im Folgenden F); dazu nachfolgend c). Zum weiteren Hintergrund gehört die Beteiligung des Klägers an einem Bargeldtransfer in China aus dem Jahr 2006 und sein Verhalten im Rahmen der Aufklärung dieses Vorfalles; dazu nachfolgend a). Zudem hat ein anderes Konzernunternehmen von U, bei dem der Kläger zu jener Zeit tätig war, dem Kläger 2015 in 20 Einzelfällen Verstöße gegen die Compliance-Vorschriften der Beklagten vorgeworfen; nachfolgend b). 7

a)

Am 8.3.2006 griffen die örtlichen chinesischen Zollbehörden den Kläger gemeinsam mit den zwei damaligen Mitarbeitern der Beklagten F2 und L2 mit nicht deklariertem Bargeld in Höhe von 265.600 € auf. Der Kläger hatte dabei einen Betrag von 65.600 € Bargeld bei sich. Die drei Mitarbeiter konnten weiterreisen, nachdem sie das Geld abgegeben hatten. 8

Nachdem die Beklagte Ende 2012 durch einen Pressevertreter auf diesen Vorfall aufmerksam geworden war, befragten Mitarbeiter ihrer Compliance-Abteilung deswegen u.a. am 18.2.2013 den Kläger zu dem Sachverhalt: „Angeblich Reise von natürlichen Personen im Auftrag der TK Bautechnik – aber auf Veranlassung von Herrn L3 (...) – nach China. Im Gepäck seien 270 T€ Bargeld für ggf. korruptive Zwecke gewesen.“ Laut Protokoll konnte der Kläger dazu „keine sachdienlichen Angaben machen“ (Anlage B 15, Bl. 119).

In einer weiteren Anhörung vom 21.9.2015 befragten die Compliance-Mitarbeiter den Kläger zu dem Thema: „Vorgang aus 2006, bei dem viel Bargeld, konkret ca. 265 T€, im Spiel gewesen sei, das beim Zoll aufgegriffen wurde“. Jetzt räumte der Kläger ein, er sei im Auftrag seines damaligen Chefs, Herrn F2, an dem Vorgang in China beteiligt gewesen. Man habe Geld „wohl für einen Chinesen außer Landes“ bringen wollen. Von den Behörden angehalten, hätten die Beteiligten das Geld am Flughafen abgegeben, danach durften sie weiterreisen. Über den Verbleib des Geldes konnte der Kläger nichts sagen. Zu dem Vorgang erklärte er laut Protokoll u.a.: „In der Zeit habe man häufiger Geld für Chinesen bar vorgestreckt und diesen dann in Rechnung gestellt, damit die Chinesen in Deutschland damit zocken konnten.“ (Anlage B14, Bl. 117). 10

b)

Im Jahr 2015 hat die U GmbH, die heutige Alleingesellschafterin der Beklagten, bei der der Kläger zu der Zeit tätig war, dem Kläger in 20 Fällen Verstöße gegen verschiedene Compliance-Vorschriften vorgeworfen. Nach einem Aktenvermerk zu dem mit dem Kläger dazu geführten Gespräch vom 13.4.2015 zeigte sich der Kläger „sehr einsichtig“ (Anlage B4, Bl. 87). 11

c)

Im Juli 2014 begehrte die F, die für die Beklagte als Zwischenhändlerin und Vermittlerin von Rohstoffgeschäften tätig war, gegenüber Herrn H, Mitarbeiter der Beklagten aus dem Bereich Energiehandel, für ein Rohstoffgeschäft eine erhöhte Provision von 7 USD/t; das entspricht 4,1 % des Nettoauftragsvolumens. Um die nach den Konzernrichtlinien erforderliche Zustimmung des Bereichsvorstands zu umgehen, einigte sich Herr H mit der F, dass im schriftlichen Provisionsvertrag nur eine Provision von 5 USD/t vorgesehen werden sollte, das entspricht 2,9 % des Nettoauftragsvolumens. Der verbleibende Betrag sollte über Neugeschäfte verrechnet werden. 12

Anlässlich der Gießerei-Fachmesse in Düsseldorf im Juni 2015 verständigten sich Herr H und Frau T, eine Mitarbeiterin der Beklagten im Bereich Mineralien, mit Vertretern der F darauf, die nach der früheren Zusage noch offene Provision in Höhe von 57.500 USD in Form einer Gutschrift wegen einer fiktiven Reklamationsforderung des Endkunden N an die F zu zahlen. Dabei waren sich die Beteiligten einig, dass es zu der Zeit tatsächlich keine Reklamationsforderung (mehr) gab und der Endkunde auch nicht (mehr) geltend machte, gelieferte Ware sei mangelhaft. 13

Am 6.7.2015 berichteten Frau T und Herr H dem Kläger als ihrem Vorgesetzten über die beabsichtigte Reklamationsgutschrift und die Hintergründe der zugesagten Provision von über 3 % des Auftragsvolumens. Die Reaktion des Klägers darauf ist streitig. 14

Am 7. oder 8.7.2015 informierte Frau T den Leiter der Buchhaltung der Beklagten I, der dem Mit-Geschäftsführer H2 direkt unterstellt war, über die beabsichtigte „Umbuchung“. Frau T erstellte im System der Beklagten mit Belegdatum vom 8.7.2015 eine Gutschrift in Höhe von 57.500 USD zu Gunsten der F (Anlage B 23). Sie unterschrieb das ausgedruckte Original der Gutschrift und fügte diesem eine von der F bereitgestellte falsche Dokumentation über die angebliche Reklamation des Endkunden bei. Gutschrift und Dokumentation legte sie dem Geschäftsführer H2 zur Unterschrift vor. Dieser unterzeichnete die Gutschrift nicht, da er Rückfragen hatte. Herr H2 bat Frau T und Herrn H zum Gespräch über die Hintergründe der Gutschrift und äußerte Bedenken, die er zunächst weiter erwägen wollte. Die Mappe blieb ohne die Unterschrift des Herrn H2 auf der Gutschrift in seinem Büro liegen. Am 10.7.2015, war Herr H2 krank und der Kläger in Urlaub.

Am 13.7.2015 fand der Kläger die Gutschrift über 57.500 USD (Anlage B 23, Bl. 270) in seiner Unterschriftenmappe vor und unterschrieb sie. Die Gutschrift enthält folgende Angabe: „Der Endkunde erhält aufgrund minderer Qualität einen Nachlass in Höhe von 10 % des Warenwertes. Der Nachlass wird jeweils hälftig von TKMP und EKC übernommen.“ Der Kläger wusste dabei, dass es weder Mangel noch Reklamation gab und die Gutschrift allein dazu diente, eine zugesagte Provision von über 3 % entgegen den Konzernrichtlinien ohne vorherige Zustimmung des Bereichsvorstands faktisch zu leisten. Am 14.7.2015 versandte die Beklagte die Gutschrift per Post an die F.

16

4.

Nachdem der Mitgeschäftsführer H2 am 14.7.2015 bemerkte, dass der Kläger die Gutschrift unterschrieben hatte, informierte er noch am selben Tag seinen Vorgesetzten Herrn I3, den Mit-Geschäftsführer eines der (damaligen) Mit-Gesellschafterinnen der Beklagten, über den Vorgang. Dieser schaltete – gemeinsam mit seinen Kollegen im Bereichsvorstand, Herren Dr. L und M – noch am selben Tag die Compliance-Abteilung ein, die die weiteren Ermittlungen übernahm.

17

Die Ermittlungen verzögerten sich, da Herr H vom 20.7. bis 7.8.2015 in Urlaub war, Frau T vom 1.-12.8.2015 auf Dienstreise in China und am 19.8.2015 im Urlaub, der Kläger vom 4.-7.8.2015, vom 12.-15.8.2015, am 20.8.2015 sowie vom 23.-24. und 24.-28.8.2015 auf Dienstreisen. Zudem war die zuständige Ermittlerin, Frau B, in der Zeit vom 19.-21.8.2015 aufgrund anderer Termine gebunden.

18

Die Ermittler befragten am 30.7.2015 Herrn H2 und Herrn I. Am 28.8.2015 befragten sie Herrn H und Frau T. Am nächsten Arbeitstag, dem 31.8.2015, unmittelbar nach seinem Urlaub, befragten die Ermittler den Kläger. Am 1.9.2015 befragten sie Herrn G, am 8.9.2015 Herrn I (der zuvor im Urlaub war), am 14.9.2015 Frau C (die zuvor im Urlaub war). Nach Auswertung von Unterlagen und Abstimmung von Protokollen mit den Herren H und I sowie Frau T am 17.9.2015 gaben die Ermittler dem Kläger am 21.9.2015 abschließend Gelegenheit zur Stellungnahme.

19

In seiner Anhörung vom 31.8.2015 erklärte der Kläger unter anderem, er habe von der – über das Übliche hinausgehenden – Provisionsforderung der F bereits 2014 von Herrn H erfahren. Er habe diesem zunächst erklärt, eine Provisionszahlung über die vereinbarten 3 % komme nicht in Betracht. Wegen des später von Herrn H gemachten Vorschlags, die Provisionsforderung „über eine Gutschrift zu begleichen“, habe er diesen an Herrn H2 verwiesen, ohne selbst dazu Stellung zu nehmen. Von Herrn H2 habe er dazu nicht wieder

20

gehört. Er habe die Gutschrift am 13.7.2015 unterschrieben, weil er das Dokument nicht genau angesehen habe. Zudem habe er die Gutschrift auch nicht der Provisionsforderung der F zuordnen können.

Nach der Anhörung am 21.9.2015 stellte die Beklagte den Kläger noch am selben Tag von seinen Dienstpflichten frei. 21

5.

Am 25.9.2015 trat die Gesellschafterversammlung der Beklagten unter Verzicht auf gesetzliche und satzungsmäßige Form- und Fristgebote zusammen. Sie fasste den Beschluss, die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer zu widerrufen und sein Dienstverhältnis zu kündigen (Anlage B16, Bl. 121). Widerruf und Kündigung erklärten die von der Gesellschafterversammlung dazu bevollmächtigten Geschäftsführer der U GmbH dem Kläger mit Schreiben vom 25.9.2015, das Boten am selben Tag um 14.15 Uhr in den Hausbriefkasten des Klägers einwarfen (Anlage B17). Der Kläger entnahm das Schreiben am 26.9.2015 seinem Hausbriefkasten. Mit Schreiben vom 7.10.2015 teilte die Beklagte dem Kläger die Kündigungsgründe mit. 22

6.

Ab Oktober 2015 zahlte die Beklagte dem Kläger nicht mehr das vereinbarte monatliche Festgehalt. Einen Dienstwagen stellte die Beklagte dem Kläger ab dem 29.9.2015 nicht mehr zur Verfügung. Der Kläger erhielt ab Oktober 2015 Arbeitslosengeld i.H.v. 2.448,30 € pro Monat. 23

II.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die außerordentliche Kündigung vom 25.9.2015 habe das Dienstverhältnis nicht beendet, da sie aus mehreren Gründen unwirksam sei. Ein wichtiger Grund liege nicht vor, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Er hat u.a. darauf hingewiesen, er habe die unüblich hohe Provision nicht selbst vereinbart. Die Unterschriftenmappe sei ihm „untergeschoben“ worden. Der Beklagten sei kein Schaden entstanden. Im Rahmen der Interessenabwägung sei seine langjährige Beschäftigung im Konzern zu berücksichtigen. Er sei gegenüber seiner Frau und zwei Kindern unterhaltspflichtig. 24

III.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 25

1. an ihn ausstehendes Festgehalt für Oktober 2015 bis Juli 2016 von jeweils monatlich brutto 20.040 € abzüglich des für den jeweiligen Monat erhaltenen Arbeitslosengeldes von je 2.448,30 € und zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem jeweiligen 1. des Folgemonats zu zahlen, 26

2. an ihn Schadensersatz wegen des Entzugs des Dienstwagens für Oktober 2015 bis Juli 2016 von jeweils monatlich brutto 778,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem jeweiligen 1. des Folgemonats zu zahlen,	27
3. an ihn eine Tantieme für das Geschäftsjahr 2014/2015 in Höhe von 16.788 € in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.2.2016 zu zahlen und	28
4. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende befristete Geschäftsführer-Dienstverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.9.2015 beendet wurde, sondern darüber hinaus bis zu dem 30.9.2017 fortbesteht.	29
Die Beklagte hat beantragt,	30
die Klage abzuweisen.	31
Sie hat die Kündigung für wirksam gehalten. Das Verhalten des Klägers stelle einen wichtigen Grund dar. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt, da die Beklagte Ermittlungen angestellt habe, die sie für erforderlich halten durfte; die Sachverhaltsermittlungen hätten u.a. wegen Urlaubs- und Dienstreisezeiten länger angedauert.	32
Das Landgericht hat den Kläger und den Geschäftsführer der Beklagten H2 persönlich nach § 141 ZPO gehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H, T, I, G, C, L4 und B. Weiter hat das Gericht die Geschäftsführer der Gesellschafterinnen der Beklagten I3 und Dr. L als Zeugen vernommen (Sitzungsprotokolle vom 5.7.2017, BI. 583 ff. und 11.7.2018, BI. 735 ff.).	33
Noch bevor es zur Entscheidung kam, hat die Beklagte an den Kläger auf die Tantiemeforderung einen Betrag von 164.000,00 € gezahlt. Die Parteien haben den Rechtsstreit daraufhin insoweit für erledigt erklärt.	34

IV.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung vom 25.9.2015 sei mangels wichtigen Grundes unwirksam.	35
Zwar habe der Kläger die Gutschrift für die F unterschrieben. Indes stehe nicht fest, dass er damit einer überhöhten Provision zugestimmt habe. Nach der Beweisaufnahme sei auch möglich, dass der Kläger die Mitarbeiter T und H zu dem für Compliance zuständigen Mit-Geschäftsführer H2 geschickt habe. Zudem sei nicht erwiesen, dass der Kläger bei seiner Unterschrift Kenntnis davon hatte, dass das Vorgehen nicht mit dem Mit-Geschäftsführer H2 abgestimmt war; das sei aber Voraussetzung für die Annahme einer schweren Pflichtverletzung.	36
Auch das Verhalten des Klägers in der Anhörung zum Vorfall am Flughafen Peking begründe keinen wichtigen Grund. Aus der Nachfrage der Compliance-Mitarbeiter habe der Kläger nicht zwingend auf den Vorfall schließen müssen, an dem er selbst beteiligt war, er habe diese, auch angesichts der verstrichenen Zeit, auch auf einen anderen Vorgang beziehen können.	37

Als Annahmeverzugslohn könne der Kläger den Bruttolohn verlangen, der Zinsanspruch sei unter dem Gesichtspunkt des Verzugs begründet. Wegen des vertragswidrig entzogenen Dienstwagens stehe ihm Schadensersatz in der geltend gemachten Höhe nebst Verzugszinsen zu. Da der Vertrag nicht geendet habe, habe er Anspruch auf den von der Beklagten pro rata temporis einbehaltenen Restbetrag der Tantieme i.H.v. 2.000 € nebst Verzugszinsen. Der darüber hinaus geltend gemachte Tantiemenanspruch i.H.v. weiteren 14.788 € bestehe indes nicht, da das vereinbarte Ziel insoweit nicht erreicht gewesen sei. Schließlich sei auch die begehrte Feststellung begründet.

Wegen der Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

39

V.

Gegen das Urteil des Landgerichts hat die Beklagte Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie rügt, das Landgericht habe das Ergebnis der Beweisaufnahme in Einzelpunkten nicht richtig gewürdigt.

40

Die Beklagte beantragt,

41

das Urteil des Landgerichts Essen vom 10.10.2018 – Az. 44 O 66/15, zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

42

Der Kläger beantragt,

43

die Berufung zurückzuweisen.

44

Er verteidigt das Urteil des Landgerichts. Ein wichtiger Grund liege nicht vor. Insbesondere hätte die Beklagte frühere Complianceverstöße nicht substantiiert. Die überhöhte Provision der F habe der Kläger nicht vereinbart. Herr H2 habe zugestimmt, dass diese Provisionsforderung erfüllt werden soll. Der Kläger habe sich darauf verlassen dürfen, dass die – von Herrn H2 nicht unterschriebene – Gutschrift mangels eines abweichenden Hinweises (z.B. auf einer Haftnotiz) von dem Mitgeschäftsführer und Compliance-Verantwortlichen Herrn H2 gebilligt sei. Bei seiner Befragung zum Vorgang „China“ im Jahr 2013 habe der Kläger den Vorgang nicht richtig zuordnen können, da es um unterschiedliche Jahre (2006 vs. 2007), Beträge (265 T€ vs. 270 T€) und Vorgänge (Bargeldausfuhr vs. Bargeldeinfuhr) gegangen sei. Zudem sei die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt, da der maßgebliche Sachverhalt bereits am 14.7.2015 festgestanden habe.

45

Für die Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien verwiesen.

46

B)

I.

Die Beklagte hat die Berufung form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

47

II.

1.

Der Kläger hat für die Zeit von Oktober 2015 bis Juli 2016 keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung von monatlich 20.040,00 €, da die fristlose Kündigung vom 25.9.2015 den Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 22.8.2011 wirksam beendet hat. 49

a) Die fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses ist gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, § 626 Abs. 1 BGB. Dabei ist die Kündigung nicht Sanktion für vorangegangenes Verhalten, sondern eine Prognose für die Zukunft. Voraussetzung ist das Vorliegen eines „an sich geeigneten wichtigen Grundes“. Ein Abmahnungserfordernis gibt es bei der Kündigung des GmbH-Geschäftsführers aus wichtigem Grund grundsätzlich nicht. Eine Interessenabwägung muss zu dem Ergebnis führen, dass das Beendigungsinteresse des Kündigenden das Bestandsinteresse des Gekündigten überwiegt. 50

aa) Mit seiner Unterschrift unter die Gutschrift vom 8.7.2015 für eine fingierte Reklamationsforderung der F, die die Auszahlung autorisierte, beging der Kläger eine schwerwiegende Pflichtverletzung, die einen „an sich geeigneten wichtigen Grund“ darstellt. 51

(1) Dieses Verhalten stellt unter mehreren Gesichtspunkten eine – je für sich – schwerwiegende Pflichtverletzung dar. 52

Die Zahlung auf eine nicht bestehende Forderung, die der Kläger auf diese Weise veranlasste, stellt eine Pflichtverletzung dar. Der Kläger verletzte damit seine gegenüber der Beklagten bestehende Interessenwahrungs- und Vermögensbetreuungspflicht in grober Weise. 53

Die Gutschrift diente zudem dem Zweck, eine Provisionsabrede zu honorieren, die gegen die unternehmensinternen Compliance-Vorschriften über zustimmungsbedürftige Geschäfte verstieß. Bei zweckgerechter Auslegung der Compliance-Regeln (§§ 133, 157 BGB) liegt in dem Verhalten des Klägers daher selbst ein Verstoß gegen diese. Der Verstoß gegen die Compliance-Regelung stellt schon für sich eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar. Daran würde auch die Genehmigungsfähigkeit des Vorgangs nichts ändern. Denn die Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften der Compliance-Regeln dienen der prozeduralen Sicherung des materiellen Schutzzwecks und sind insofern strikt zu beachten. 54

Die Pflichtverletzung durch Verstoß gegen die Compliance-Regeln wird noch dadurch verschärft, dass der Kläger im Zusammenwirken mit den Mitarbeitern H und T vorging und sein Vorgehen zudem gemeinsam mit diesen verschleierte. Hatte der Kläger den Plan auch nicht selbst gefasst, so wirkte er daran doch durch seine Unterschrift aktiv mit. Damit handelte er durch seinen Tatbeitrag kollusiv gemeinsam mit Mitarbeitern gegen seinen Dienstberechtigten bzw. deren Arbeitgeber; vgl. BAG, NJW 2019, 1161 Rn. 20. Die damit eingegangene „Unrechtsverabredung“ verletzt die Geschäftsführerplichten in grober Weise. Hinzu kommt, dass der Kläger durch sein Verhalten nicht nur seine eigene Vorbildfunktion untergrub, sondern auch die verfahrensrechtlichen und materiellen Compliance-Regeln in 55

Frage stellte. Hält sich sogar ein Vorgesetzter erkennbar nicht an ausdrückliche und schriftliche Compliance-Regeln, so verlieren diese erst recht gegenüber den Mitarbeitern ihre „Autorität“.

Schließlich stellt sich die Pflichtverletzung auch deswegen als schwerwiegend dar, weil der Kläger in einer gut dotierten und besonders verantwortungsvollen Position für die Beklagte tätig war. Er stand zur Beklagten daher in einem besonderen Vertrauensverhältnis. 56

(2) Dabei ist unstreitig, dass der Kläger den Vorgang „F“ kannte und wusste, dass eine Reklamationsforderung nicht bestand. Er hatte den Vorgang bereits am 6.7.2015 mit Herrn H und Frau T besprochen. In diesem Gespräch hatte der Kläger selbst seine Compliance-Bedenken hervorgehoben. Der Bezug zu diesem Vorgang war unzweideutig aus dem Verwendungszweck der Gutschrift erkennbar. Der Kläger hat die Gutschrift auch in ihrem Bezug zu der Provisionsforderung der F und der fingierten Reklamationsforderung erkannt. Entgegen seiner anfänglichen Einlassung, er habe die Gutschrift ungelesen unterschrieben, hat er sich später darauf berufen, er sei von Prüfung und Einverständnis des Mitgeschäftsführers H2 ausgegangen. 57

Beide Einwände – Unterschrift einer ungelesenen Gutschrift und Annahme der Zustimmung des Mitgeschäftsführers – würden den Kläger im Übrigen auch nicht entlasten. 58

Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, er habe die Unterlagen nicht sorgfältig gelesen. Darin läge selbst eine grobe Pflichtverletzung, zumal wenn es um die Unterschrift unter eine Gutschrift geht, die eine Auszahlung zulasten der Beklagten autorisiert. Auch dass er nach der Urlaubsrückkehr sehr umfangreiche Korrespondenz und eine Vielzahl von Unterschriftsvorgängen vorfand, entlastet den Kläger in keiner Weise. Das kommt in jedem Büro so vor und kann nicht Anlass sein, die Sorgfaltsanforderungen in irgendeiner Weise herabzusetzen. Im Gegenteil gilt, dass, wer viele Aufgaben übernimmt, diese auch mit entsprechendem Zeitaufwand erledigen muss. Wäre der Kläger überfordert gewesen, hätte er dies der Beklagten anzeigen müssen. 59

Darauf, wie die und aus welchen Gründen die Unterschriftsmappe auf den Schreibtisch des Klägers gelangte, kommt es nicht an. Als Geschäftsführer war der Kläger gehalten, sich den Vorgang genau anzusehen, bevor er ihn unterschrieb, unabhängig davon, ob er ihm nun „zu Recht“ vorgelegt war oder nicht. Wäre er nicht zuständig gewesen, hätte der Kläger die Sache an den zuständigen Geschäftsführer oder Mitarbeiter abgeben müssen. Im Übrigen weist der Kläger selbst darauf hin, dass ihm „aufgrund interner Vertretungsregelungen ... auch die Post von Herrn H2 vorgelegt“ wurde (Bl. 137). Hatte der Kläger im Vertretungsfall auch die Post des Herrn H2 zu erledigen, so trafen ihn umso höhere Sorgfaltsanforderungen. Er war gehalten, sich in die Unterlagen aus dem Bereich des Mitgeschäftsführers genau anzusehen und sich ggf. in die Zusammenhänge einzuarbeiten. 60

Den Kläger entlastet auch die Annahme nicht, der Mit-Geschäftsführer H2 habe das Vorgehen genehmigt. Die Zahlung auf eine fiktive Forderung und die verschleierte „Umgehung“ der Compliance-Regeln – jeweils im Zusammenwirken mit Mitarbeitern – ist in jedem Fall pflichtwidrig, die verletzten Regeln standen nicht zur Disposition des Mitgeschäftsführers. Das musste der Kläger auch erkennen. Hätte er angenommen, der Mitgeschäftsführer H2 habe diesen Vorgang gebilligt, so hätte er zumindest das Gespräch mit ihm suchen oder seinerseits eine Prüfung durch die Compliance-Abteilung herbeiführen müssen. Darauf, ob es, wie der Kläger vorträgt, einen „normalen betriebsüblichen Alltag“ gab, in dem ein Geschäftsführer, wenn nicht ein gegenteiliger Hinweis (etwa auf einem Klebezettel) angebracht war, ohne Kenntnis des Sachverhalts für einen anderen 61

unterschrieb, kommt es ebenfalls nicht an. Eine solche Praxis dürfte (schon wegen der notorischen Unzuverlässigkeit einer Kommunikation über Klebezettel) nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers entsprechen, wäre aber jedenfalls nicht geeignet, eine erkennbare Pflichtwidrigkeit zu legitimieren, da der Kläger von sich aus die Pflichtwidrigkeit seines Handelns hätte erkennen müssen; selbst einer ausdrücklichen Billigung des Mitgeschäftsführers hätte er widersprechen müssen.

Entgegen der im Senatstermin geäußerten Auffassung des Klägers liegt hierin keine vom Landgericht abweichende Würdigung der durchgeführten Beweisaufnahme. Der Senat teilt nicht die Rechtsauffassung des Landgerichts, ein wichtiger Grund könne nur vorliegen, wenn der Kläger wusste, dass Frau T den Fall nicht mit Herrn H2 geklärt hatte. 62

Beide Einwände – eine Genehmigung durch den Mitgeschäftsführer H2 und eine Übung, ungelesen zu unterschrieben – können insbesondere nicht begründen, der Kläger habe nicht schuldhaft gehandelt, da er aus vertretbaren Gründen annehmen durfte, nicht pflichtwidrig zu handeln; dazu BAG, NJW 2013, 635 Rn. 34. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Kläger den Verstoß gegen explizite Compliance-Regeln hätte für rechtmäßig halten können. Insofern durfte er sich nicht auf eine – zumal nur aus Konkludenz gefolgerte – „Genehmigung“ durch den Mitgeschäftsführer verlassen. Die Unterschrift ohne Prüfung ist per se und auch erkennbar pflichtwidrig. 63

Auch die im Senatstermin angebrachte Erwägung des Klägers, er habe die Vorstellung gehabt, der Mitgeschäftsführer habe nachträgliche die Genehmigung des Vorgangs herbeiführen wollen, kann den Kläger nicht entlasten. Allenfalls eine erhöhte Provision wäre genehmigungsfähig gewesen, nicht aber die Verschleierung einer regelwidrig überhöhten Provision durch eine unbegründete Gutschrift. 64

Die Pflichtverletzung wird durch das anschließende Verhalten des Herrn H2 (Einschaltung des Compliance-Vorgesetzten; Rückholung der Gutschrift) weder gemildert noch aufgehoben. An der Pflichtverletzung des Klägers ändert das nachträgliche Verhalten Dritter nichts. Im Übrigen ist aber darauf hinzuweisen, dass die Benachrichtigung der zuständigen Compliance-Stellen geboten war. Der Mit-Geschäftsführer H2 war schon deswegen nicht gehalten, gemeinsam mit dem Kläger und anderen Beteiligten „Missverständnisse“ auszuräumen, da er nicht von einem Missverständnis ausgehen musste. Zudem liefe er bei diesem Vorgehen Gefahr, sich selbst in einen Compliance-Verstoß zu verstricken. Wenn der Kläger auch im Prozess noch Unverständnis über das Vorgehen des Herrn H2 äußert (Bl. 139 f), offenbart er damit ein anhaltendes Unverständnis über seine eigenen Pflichten. Er wäre selbst gehalten gewesen, so vorzugehen wie sein Mit-Geschäftsführer, und die Problematik offenzulegen. 65

Dass letztlich kein Schaden entstanden ist, spielt keine Rolle; BGH, NJW 2000, 1638, 1639. Die Pflichtverletzung ist ferner auch nicht deswegen weniger beachtlich, weil es sich, wie der Kläger meint, um einen „wertmäßig völlig bedeutungslosen Geschäftsvorgang“ gehandelt habe (Bl. 137). Zum einen mag diese Einschätzung zwar im Verhältnis zu sonstigen Zahlungsbewegungen, mit denen der Kläger zu tun hatte, zutreffend sein; doch lässt sich ein Betrag von rund 50.000 € auch für ein großes Unternehmen nicht als bedeutungslos herabspielen. Zum anderen liegt die Schwere der Pflichtverletzung vorliegend nicht in der Höhe des drohenden Schadens begründet, sondern in der Qualität der Pflichtverletzung. 66

Liegt schon in dem Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem F-Vorgang eine schwerwiegende Pflichtverletzung, so kommt es auf den „Bargeld-China-Vorgang“ und seine Aufklärung nicht mehr an. 67

bb) Eine Abmahnung des Klägers war nicht geboten. Die Abmahnung ist im Arbeitsrecht im Hinblick auf die soziale Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter begründet. Sie hat einerseits die Rüge- und Dokumentationsfunktion, den Arbeitnehmer auf die Pflichtverletzung aufmerksam zu machen und sie zu dokumentieren, andererseits die Warnfunktion, ihn vor den im Wiederholungsfalle drohenden Konsequenzen zu warnen; s. etwa BAG, NZA 2013, 91 Rn. 20. Dieser Schutzzweck beansprucht bei Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften keine Geltung. Zum einen kennen sie (empirisch) regelmäßig die ihnen obliegenden Pflichten und sind sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im Klaren; BGH NJW 2000, 1638, 1638; NZG 2002, 46 f. Zum anderen ist das auch (normativ) von ihnen zu verlangen. Wer die Compliance-Regeln seines eigenen Unternehmens und die Sanktionen, mit denen sie bewehrt sind, nicht kennt, ist von vornherein ungeeignet, dieses zu führen. An diesen Sachgründen hat sich auch durch Einführung von § 314 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert, BGH, NJW-RR 2007, 1520; Lutter/Hommelhoff/Kleindieck, Anh zu § 6 Rn. 61a. An dieser Rechtsprechung ist daher entgegen einer Kritik aus dem Schrifttum (MünchKommBGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 626 BGB Rn 101 mwN; differenzierend Harke Besonderes Schuldrecht, 2011, Rn 240) festzuhalten.

68

cc) Entgegen dem Vortrag des Klägers liegt in der Ungleichbehandlung des Klägers einerseits und der Mitarbeiter H und T andererseits weder ein Umstand, der der Annahme eines wichtigen Grundes entgegenstehen könnte noch sonst eine unzulässige Ungleichbehandlung. Auch wenn der Fremdgeschäftsführer einer GmbH in bestimmter Hinsicht als „Arbeitnehmer“ im unionsrechtlichen Sinne anzusehen sein kann (zuletzt BGH, Urteil vom 26. März 2019 – II ZR 244/17 –, juris), ist er, wie die voranstehende Erörterung zur Abmahnung zeigt, doch nicht in jeder Hinsicht Arbeitnehmern gleichzustellen. In der Tat liegt es nahe, dass arbeitsrechtliche Grundsätze die Beklagte verpflichteten, die Mitarbeiter H und T zunächst abzumahnern. Hinzu kommt, dass ihre Pflichtwidrigkeit erstens deswegen anders zu bewerten ist als jene des Klägers, weil sie nicht in gleicher Weise wie dieser auf der Grundlage besonderen Vertrauens besondere Verantwortung trugen, zweitens aber, weil sie im Einverständnis eines Vorgesetzten – eben des Klägers – handelten. Insofern bestätigt der Vergleich noch einmal das besondere Gewicht der Pflichtwidrigkeit des Klägers und damit das Vorliegen eines „an sich geeigneten“ wichtigen Grundes in seiner Person.

69

Ob es im Übrigen eine Pflicht zur Gleichbehandlung von (Fremd-) Geschäftsführern und Arbeitnehmern gibt, erscheint zweifelhaft, kann aber vorliegend dahinstehen. Denn jedenfalls beruht diese Ungleichbehandlung im vorliegenden Fall auf den soeben und oben zur Abmahnung dargelegten sachlichen Gründen und wäre daher gerechtfertigt.

70

dd) Da § 626 BGB keine sog. „absoluten Kündigungsgründe“ enthält, ist die Beendigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zu begründen. Dabei ist auf der einen Seite der „an sich geeignete wichtige Grund“ zu berücksichtigen, also die Pflichtverletzung und ihr erhebliches Gewicht. Auf der anderen Seite sind die Gründe, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als zumutbar erscheinen lassen könnten, zu bewerten.

71

Als persönliche Elemente sind folgende Erwägungen zu berücksichtigen. Für das Bestandsinteresse des Klägers fällt seine langjährige Beschäftigung im Konzern der Beklagten ins Gewicht. Nur geringes Gewicht kommt – mit Rücksicht auf das hohe Einkommen des Klägers – indessen seinen Unterhaltungspflichten gegenüber seiner Frau und den beiden Kindern zu.

72

73

Die Restlaufzeit des auf fünf Jahre geschlossenen Vertrags von weiteren zwei Jahren ist hingegen ambivalent. Zwar spricht der Kläger von „nur noch“ zwei Jahren. Da diese Zeit indes zwei Fünftel der Gesamtlaufzeit beträgt, lässt sich nicht sagen, der Zeitraum falle nicht mehr ins Gewicht. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Beklagten nach § 9 des Vertrags eine ordentliche Kündigung nicht zu Gebote stand. Sie konnte den Vertrag daher auch nicht auf andere Weise vorzeitig beenden.

Im Hinblick auf die Pflichtverletzung ist zu berücksichtigen, dass der Beklagten letztlich kein Schaden entstanden ist. Das beruht allerdings nicht auf einem Zutun des Klägers. Auch hatte der Kläger nicht die Absicht, sich selbst zu bereichern. In seinem Verhalten kommt indes eine ganz erhebliche Sorglosigkeit zum Ausdruck. Das besondere Gewicht der Pflichtverletzung liegt zudem darin, dass der Kläger sich dem gegen die Beklagte gerichteten Plan seiner Mitarbeiter angeschlossen hat. Er hat damit einerseits gerade da versagt, wo von ihm Führungsstärke verlangt war; er hat seine Vorbildfunktion nicht erfüllt. Und er hat der Beklagten die geschuldete Loyalität nicht erwiesen. Hinzu kommt, dass der Kläger mit seinem Vorgehen Compliance-Regeln von zentraler Bedeutung für die Beklagte verletzt hat. Gerade von Führungskräften ist insoweit ein hohes Maß an Befolgung zu verlangen. 74

Hinzu kommt, dass der Kläger erst am 13.4.2015 wegen einer Mehrzahl von Compliance-Verstößen „belehrt und ermahnt“ wurde. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte die seinerzeit in Rede stehenden Compliance-Verstöße im vorliegenden Prozess hinreichend substantiiert hat. Unstreitig wurde der Kläger deswegen abgemahnt und musste er sich deswegen der hohen Bedeutung bewusst sein, die die Beklagte der Einhaltung der Compliance-Regeln beimaß. Vor diesem Hintergrund erhält sein Compliance-Verstoß besonderes Gewicht. 75

Auf der subjektiven Seite fällt ins Gewicht, dass der Kläger vorsätzlich und damit in schwerer Weise schuldhaft gehandelt hat. Auch wenn er sich, wie er geltend macht, auf die Billigung des Vorgangs durch seinen Mitgeschäftsführer verlassen hat, so wusste er doch, dass die Gutschrift eine Zahlung auf eine nicht begründete Reklamationsforderung darstellte und dass die damit bezweckte Provision der Höhe nach nicht mit den Konzernregeln der Beklagten vereinbar war. Er wusste daher, dass er pflichtwidrig handelte und tat dies auch bewusst. Auch insoweit spielt keine Rolle, ob der Kläger den Vorgang für genehmigungsfähig hielt, da er jedenfalls wusste, dass er mangels erteilter Genehmigung pflichtwidrig war. Wie bereits ausgeführt, konnte sich der Kläger keinesfalls darauf verlassen, sein kollusives und verschleiernendes Vorgehen sei genehmigungsfähig. 76

Die objektive und subjektive Pflichtverletzung des Klägers greift aus diesen Gründen die Vertrauensgrundlage der Zusammenarbeit an. Damit zerstört sie das Fundament, auf dem die Beschäftigung des Klägers aufbaute. Insgesamt war der Beklagten eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit daher nicht zuzumuten. 77

b) Die Beklagte hat die Kündigung auch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist von § 626 Abs. 2 BGB erklärt. 78

aa) Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Dienstverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen eine Kündigung sprechenden Umstände; BAG, NZA-RR 2013, 515 Rn. 27; NJW 2011, 2231 Rn. 15. 79

- Der Kündigungsberechtigte, der zunächst nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begännen; BAG, NZA-RR 2013, 515 Rn. 27; NZA-RR 2011, 177 Rn. 15. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen, BAG, NJW 1994, 1891 zu II.1. 80
- Eine sichere und umfassende Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen liegt vor, wenn alles in Erfahrung gebracht worden ist, was als notwendige Grundlage für eine Entscheidung über Fortbestand oder Auflösung des Dienstverhältnisses anzusehen ist. Kennenmüssen oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht; BGH, NJW 2013, 2425 Rn. 15. 81
- Lediglich dann, wenn die Tatsachen bereits im Wesentlichen bekannt sind und noch zusätzliche Ermittlungen erforderlich sind, wie etwa die Anhörung des Betroffenen bei einer Verdachtskündigung oder die Ermittlung von gegen eine Kündigung sprechenden Tatsachen, sind diese zügig durchzuführen; BGH, NJW 2013, 2425 Rn. 15. Soll der Kündigungsgegner – im Anschluss an die Sachverhaltsermittlung – zusätzlich angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen; BAG, NJW 2014, 3389. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen; BAG, NJW 2011, 2231 Rn. 15; NZA 2006, 1211 Rn. 24. Bei Vorliegen besonderer Umstände darf sie auch überschritten werden; BAG, NZA 2006, 1211 Rn. 24. Unerheblich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder nicht; BAG, NZA-RR 2013, 515; NZA-RR 2011, 177. 82
- bb) Für den Fristbeginn ist nach § 626 Abs. 2 BGB ausschlaggebend, wann der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Bei juristischen Personen ist grundsätzlich die Kenntnis des zur Kündigung berechtigten Organs entscheidend, bei der GmbH also grundsätzlich diejenige der Gesellschafterversammlung; st. Rspr.; BGH, NJW 2013, 2425 Rn. 12; NZG 2002, 46, 48; NJW 2000, 1864; NJW 1998, 3274; NZG 1998, 634 f.; DStR 1997, 1338. Da die Gesellschafterversammlung ein Kollegialorgan ist, das seinen Willen durch Beschlussfassung bilden muss, kommt es für die Wissenszurechnung an die Gesellschaft nur auf die Kenntnis der Organmitglieder in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung an. Kenntnis der Gesellschafter als kollegiales Beratungs- und Beschlussorgan liegt daher erst dann vor, wenn der für die Tatsachenkenntnis maßgebliche Sachverhalt hinsichtlich der Entlassung des Geschäftsführers einer Gesellschafterversammlung (§ 48 Abs. 1 GmbHG) unterbreitet wird. § 626 Abs. 2 BGB beruht auf dem Gedanken, dass der Berechtigte aus seiner Kenntnis die seiner Ansicht nach gebotenen Konsequenzen ziehen kann; hierzu sind die Gesellschafter, selbst wenn sie sämtlich als einzelne außerhalb einer Gesellschafterversammlung Kenntnis vom Kündigungssachverhalt erlangt haben, nicht ohne den Zusammentritt als Kollegialorgan in der Lage; BGH, NZG 1998, 634 f. 83
- Kündigungsberechtigte war vorliegend die Gesellschafterversammlung der Beklagten, die zu der Zeit zwei Gesellschafter hatte. Sie erlangte nach den dargelegten Grundsätzen erst mit ihrem Zusammentreten am 25.9.2015 die erforderliche Kenntnis und entschied am selben Tag, so dass insofern die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt ist. 84
- cc) Allerdings darf dem betroffenen Geschäftsführer nach Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB nicht zugemutet werden, bis zu einem unabsehbaren Zusammentritt der Gesellschafterversammlung zu warten zu müssen. Wird daher die Einberufung der Gesellschafterversammlung einer GmbH von ihren einberufungsberechtigten Mitgliedern 85

nach Kenntniserlangung von dem Kündigungssachverhalt unangemessen verzögert, so muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden; BGH, NZG 1998, 634, 635.

Die Beklagte hat die Einberufung der Gesellschafterversammlung indessen nicht unangemessen verzögert. 86

Auch im Rahmen dieser Prüfung kommt es auf die Gesichtspunkte an, die allgemein für den Beginn der Zwei-Wochen-Frist maßgeblich sind (oben, aa). Für die Beurteilung, ob (a) eine Verzögerung vorliegt und diese (b) unangemessen ist, ist maßgeblich auf eine ex ante-Sicht des Dienstberechtigten und der ihm zuzurechnenden Personen abzustellen. Auf den Erfolg einzelner Aufklärungsmaßnahmen kommt es nicht an, wenn der Dienstberechtigte sie anfänglich für sinnvoll erachten durfte. Dabei ist einerseits dem in § 626 Abs. 2 BGB ausgedrückten Beschleunigungsinteresse Rechnung zu tragen, andererseits dem Interesse beider Seiten an einer gründlichen Aufklärung. Daher ist es grundsätzlich im Interesse beider Vertragsparteien sinnvoll, unabhängige Ermittler – namentlich in Form einer Compliance-Abteilung – einzuschalten. Die damit einhergehenden Verzögerungen, die sich z.B. durch erhöhten Einarbeitungs- und Organisationaufwand (Terminsabstimmung) ergeben, sind hinzunehmen. Da die Kündigung letztlich – innerhalb der tatbestandlichen Grenzen von § 626 BGB – eine privatautonome Entscheidung des Kündigungsberechtigten ist, ist diesem zudem eine gerichtlich nur beschränkt überprüfbare Prärogative bei der Vorgehensweise zuzubilligen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Nachhinein die „optimale“ Ermittlungsstrategie festzulegen. 87

Nach diesen Vorgaben kann in dem Vorgehen der Beklagten keine unangemessene Verzögerung der Ermittlungen – und damit der Einberufung der kündigungsberechtigten Gesellschafterversammlung – gesehen werden. Der Mitgeschäftsführer hat zunächst umgehend, nämlich noch am 14.7.2015, seine Vorgesetzten eingeschaltet. Diese haben die Sache noch am selben Tag der Compliance-Abteilung übergeben. 88

Eine Gesamtübersicht weist aus, dass die Compliance-Abteilung der Beklagten sodann in drei Schritten vorgegangen ist, die auch durch die Abwesenheitszeiten der Beteiligten, namentlich des Klägers sowie von Herrn H und Frau T, mitbestimmt waren. Zunächst hat sie in der Zeit vom 14.7. bis zum 27.8.2015 den Sachverhalt anhand von Unterlagen aufgeklärt, ergänzt nur durch ein Gespräch mit dem Geschäftsführer Herrn H2, der auch Hinweisgeber war, und dem Controller Herrn I. Dieser Zeitraum ist allerdings auffällig lang, doch erklärt sich das maßgeblich dadurch, dass die primär Beteiligten, Herr H, Frau T und der Kläger, in dieser Zeit jeweils länger abwesend waren. In einem zweiten Schritt hat sie in der Zeit vom 28.8. bis zum 14.9.2015 Gespräche mit verschiedenen Beteiligten geführt. Dabei hat sie zunächst – teils wiederholt – mit den unmittelbar Beteiligten gesprochen, Herrn H, Frau T und dem Kläger. Weiterhin hat sie Gespräche mit den Herren G und I geführt. Auf Herrn G als möglichen Zeugen war sie dabei erst im Gespräch mit Frau T vom 31.8.2015 hingewiesen worden. In dem Gespräch mit Herrn I vom 8.9.2015 – der laut Protokoll erst aus dem Urlaub zurückgekehrt war – ging es u.a. um die Frage, wie die Unterschriftsmappe zum Kläger gelangt war (mithin um einen möglicherweise für den Kläger entlastenden Umstand). Da Herr I in diesem Gespräch auf Frau C verwies, war es folgerichtig, am 14.9.2015 noch mit ihr ein Gespräch zu führen. Der dritte und letzte Schritt der Compliance-Untersuchung bestand schließlich darin, den Kläger am 21.9.2015 noch einmal anzuhören. 89

Dieses Vorgehen erweist sich im Ganzen als planvolle, zielgerichtete und schlüssige Sachverhaltsaufklärung. Der absolut gesehen lange Zeitraum von zehn Wochen relativiert sich schon dadurch, dass während insgesamt sechs Wochen einzelne Beteiligte wegen 90

Urlaubs oder Dienstreisen abwesend waren. Neben einer Einarbeitungszeit (erste Woche) ist zudem zu berücksichtigen, dass sich aus den Befragungen der Beteiligten und Zeugen wiederholt weiterer Ermittlungsbedarf ergab.

Entgegen der Ansicht des Klägers kann der Beklagten auch nicht deswegen ein Verzögerungsvorwurf gemacht werden, weil sie nicht schon in der Zeit vom 15.-17.7.2015 oder in der Zeit vom 17.-21.8.2015 die Beteiligten befragten. Insoweit ist zunächst zu beachten, dass das Gericht – zumal in einem Fall mit mehreren Beteiligten eines größeren Unternehmens – nicht die Zweckmäßigkeit jedes einzelnen Verfahrensschritts der Sachverhaltsaufklärung prüft; es hat lediglich festzustellen, ob die Beklagte die Ermittlungen insgesamt nicht unangemessen verzögert hat. Was den ersten Zeitraum betrifft, ist nicht zu beanstanden, wenn sich Ermittler zunächst anhand von Unterlagen in einen Sachverhalt einarbeiten, zumal solange noch unklar ist, welche Mitarbeiter an einem Compliance-Verstoß beteiligt sein können. Es ist ein Gebot umsichtiger Ermittlungen, diese sorgfältig vorzubereiten und zu organisieren; Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 94 ff. Zu den in der Literatur hervorgehobenen Standards interner Ermittlungen gehört dabei, sich zuerst selbst ein Bild zu machen und die vorhandenen Unterlagen zu sichten, bevor Beteiligte angehört werden; *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374, 2375; s.a. *Moosmayer*, *Compliance*, 3. Aufl. 2015, Rn. 313 ff. So wird vor einer vorzeitigen Zeugenbefragung gewarnt: „Insofern ist zu beachten, dass Informationen durch vorgezogene Gespräche im Idealfall zwar tatsächlich schneller erlangt werden. Andererseits besteht das Risiko, dass mögliche zentrale Zeugen interviewt werden, ohne dass der Befragende sich dessen bewusst ist und damit auch ohne dass er das Gespräch adäquat vorbereiten konnte.“; *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374, 2375. Im Hinblick auf den zweiten Zeitraum ist zu beachten, dass die zuständige Ermittlerin Frau B in der Zeit vom 19.-21.8.2015 durch andere Termine gebunden war.

91

Der Aufklärungsansatz der Compliance-Abteilung, alle möglicherweise Beteiligten nach Möglichkeit am selben Tage zu befragen, ist nicht zu beanstanden, selbst wenn dadurch infolge von Abwesenheitszeiten der Beteiligten die Aufklärung möglicherweise verzögert wurde. Diese Vorgehensweise ist nicht völlig sachfremd, sondern in gewisser Weise naheliegend, wenn man, wie vorliegend, ein kollusives Zusammenwirken mehrerer Mitarbeiter besorgen muss. Das Vorgehen ist im Übrigen auch nicht dadurch diskreditiert, dass es am Ende aufgrund von Terminsschwierigkeiten nicht vollständig durchzuhalten war und der Kläger erst nach Herrn H und Frau T am nächsten Arbeitstag befragt werden konnte. Es ist hinzunehmen, wenn die Sachverhaltsaufklärung aus pragmatischen und nicht völlig sachfremden Erwägungen nachträglich modifiziert wird.

92

Weiterhin stand – wiederum entgegen der Ansicht des Klägers – der Sachverhalt und seine Beteiligung auch keineswegs aufgrund der Aussage von Herrn H2 (Vermerk v. 14.7.2015, Anlage B6 Bl. 92/eBl. 126) von Anfang an fest. Im Gegenteil entspricht es einer sorgfaltsgemäßen Umsicht, Aussagen eines möglicherweise selbst Beteiligten zunächst nicht für bare Münze zu nehmen. Der Kläger selbst gab denn auch in seiner Befragung vom 31.8.2015 – also sechs Wochen später – noch an, die Gutschrift ohne Kenntnis der Umstände unterschrieben zu haben. Daher kann den Ermittlern der Beklagten nicht vorgeworfen werden, diese Erwägung zugunsten des Klägers ernsthaft in Betracht zu ziehen.

93

In diesem Sinne durfte aus ex ante-Sicht auch sinnvoll erscheinen, weitere Ermittlungen zu der Frage anzustellen, auf welchem Wege die Unterschriftsmappe mit der Gutschrift auf den Schreibtisch des Klägers gelangt war. Auch wenn dies für die rechtliche Beurteilung des Kündigungsgrundes letztlich keine Rolle spielt, durfte die Beklagte doch immerhin in Betracht

94

ziehen, dass die Mappe dem Kläger von anderen Mitarbeitern „untergeschoben“ wurde. Darauf hat sich auch der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit noch berufen (s. etwa Schriftsatz v. 22.2.2016, Bl. 132).

Auch die Ermittlung früherer Compliance-Verstöße ist unter dem Gesichtspunkt der Verzögerung nicht zu beanstanden. Im Gegenteil liegt dies schon deswegen nahe, weil sich daraus ein Element für die Beurteilung sowohl des „an sich geeigneten“ wichtigen Grundes als auch für die Interessenabwägung ergeben kann. Wiederum ist unerheblich, dass sich diese Ermittlungen letztlich – im vorliegenden Rechtsstreit – als nicht entscheidungserheblich erweisen. 95

Der für die umstrittene Kündigung maßgebliche Sachverhalt war daher frühestens mit der letzten Befragung – nämlich dem Gespräch mit Frau C am 14.9.2015 – so weit ermittelt, dass die Beklagte von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis hatte. Anderes ergibt sich – entgegen dem erstinstanzlichen Vortrag des Klägers (Bl. 769) – auch nicht aus der Zeugenaussage von Frau B. Diese hatte ausgesagt: „Die Aussagen von Herrn H und Frau T waren für uns ausermittelt mit dem einen Gespräch, während wir mit Herrn L3 noch ein weiteres Gespräch führen wollten.“ (Bl. 707/). Damit hat sie nicht gesagt, der Sachverhalt insgesamt sei mit der Befragung von Herrn H und Frau T „ausermittelt“, sondern eben nur die Befragung dieser Zeugen. Das ergibt sich unzweideutig auch aus dem Zusammenhang, denn die Zeugin B antwortet an dieser Stelle auf die Frage des Gerichts, warum Herr H und Frau T die Gesprächsprotokolle unterzeichnen sollten, der Kläger indes nicht. 96

Richtigerweise wird man dem Kündigungsberechtigten auch nach Abschluss der Sachverhaltsermittlung – hier: durch die letzte Befragung am 14.9.2015 – im Einzelfall noch einen angemessenen Zeitraum zugeben, um die einzelnen Elemente zu einem Gesamtbild zusammenzufügen. Darauf kommt es indes vorliegend nicht an. Nach Feststellung des Sachverhalts durfte die Beklagte dem Kläger Gelegenheit zu einer Stellungnahme geben (sog. Anhörung). Dies erfolgte am 21.9.2015, mithin innerhalb der von der Rechtsprechung für den Regelfall angenommenen Wochenfrist. Die Beklagte hat sodann umgehend auf den 25.9.2015 die Gesellschafterversammlung einberufen, die an diesem Tag auch über die Kündigung entscheiden hat. 97

c) Zweifel an der formellen Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 25.9.2015 bestehen nicht. Auf die vom Kläger erstinstanzlich aufgeworfene Frage, ob die Versammlung form- und fristgerecht einberufen wurde, kommt es nicht an, da sämtliche Gesellschafter anwesend waren, § 51 Abs. 3 GmbHG. 98

d) Die Kündigungserklärung vom 25.9.2015 ist dem Kläger am selben Tag zugegangen. Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Abwesenden i.S.v. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Adressaten gelangt, dass dieser unter normalen Umständen davon Kenntnis nehmen kann; BGH, NJW 2004, 1320 f; NJW 1989, 976 f; NJW 1983, 929, 930; BAG, NJW 2011, 2604 ff. 99

Mit dem Einwurf in den Briefkasten des Klägers am 25.9.2015 um 14.15 Uhr war die Erklärung in den Machtbereich des Klägers gelangt. 100

Zu welchem Zeitpunkt der private Adressat von Briefen in seinem Hausbriefkasten unter normalen Umständen Kenntnis nimmt, ist in Einzelheiten umstritten; s. nur BeckOGK/Gomille, Stand 1.4.2019, § 130 BGB Rn. 67. Bei der im Interesse der Rechtssicherheit gebotenen typisierenden Betrachtung ist davon auszugehen, dass ein bis 18.00 Uhr eingeworfener Brief noch am selben Tag zur Kenntnis genommen wird; Palandt/Ellenberger, BGB Kommentar, 101

78. Aufl. 2019, § 130 BGB Rn. 6; BeckOGK/Gomille, § 130 BGB Rn. 67; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 33 Rn. 24; BeckOK/Wendtlandt, BGG, 49. Edition 1.2.2019, § 130 BGB Rn. 13. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Privatleute nach den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen tagsüber außer Haus sind, regelmäßig um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und ihren Briefkasten erst am späten Nachmittag leeren, zudem aber auch unterschiedliche Postdienstleister zu unterschiedlichen Zeiten im Laufe des Tages Briefe einwerfen; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 33 Rn. 24.

Der am 25.9.2015 um 14.15 Uhr eingeworfene Brief mit der Kündigungserklärung der Beklagten ist dem Kläger daher um 18.00 Uhr desselben Tages zugegangen. Damit ist die Kündigung wirksam geworden, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. 102

2.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Entzugs des Dienstwagens steht dem Kläger nicht zu. Mit Beendigung des Dienstvertrags durch die Kündigung vom 25.9.2015 mit Wirkung vom selben Tag endete auch der Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens. 103

3.

Einen weiteren Anspruch auf Tantiemenzahlung hat der Kläger nicht. Allerdings ist dieser Anspruch von der Kündigung des Dienstvertrags zum 25.9.2015 teilweise unabhängig, da er bereits zuvor entstanden ist. Das Landgericht hat dem Begehren des Klägers jedoch teilweise in Höhe von 2.000 € für einen Zeitraum nach dem 25.09.2015 stattgegeben. Da das Dienstverhältnis jedoch zum 25.09.2019 wirksam beendet worden war, steht dem Kläger dieser Anspruch nicht mehr zu. 104

Seinen weitergehenden Tantiemeanspruch hat der Kläger in der Berufung nicht mehr verfolgt. 105

4.

Der Feststellungsantrag ist unbegründet, da das Dienstverhältnis durch Kündigung vom 25.9.2015 mit Wirkung vom selben Tag beendet wurde. 106

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 91a, 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Soweit die Parteien erstinstanzlich den Rechtsstreit zum Teil in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat die Beklagte die Kosten zu tragen, § 91a ZPO. Der Senat teilt insoweit die Beurteilung des Landgerichts. 107

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

