

## Gesellschaftsrecht

nach inländischem Recht ausreichend, wenn lediglich entsprechende Korrekturen vorgenommen werden. Die Übernahme der Ergebnisse unter Vornahme von Korrekturen gelten nach § 146 Abs. 2 AO ebenfalls für ausländische Organgesellschaften. Die entsprechende Anwendung dieser Erleichterungen sollte es auch im Falle von ausländischen Tochtergesellschaften ermöglichen, die Verluste ohne große Hürde anzupassen. Aufgrund der gesonderten Feststellung der Verluste nach inländischen Regelungen könnten als Vereinfachung, anstelle einer vollständigen Neuberechnung, nur die wesentlichen Verlustjahre betrachtet werden. Unter der Voraussetzung, dass vergleichbare Regelungen in anderen Mitgliedsstaaten bestehen, wäre eine Berechnung der Verluste für Tochtergesellschaften im Vergleich zu Betriebsstätten zwar ungleich schwieriger, aber kein unumgängliches Hindernis mehr.

### VI. Thesenförmige Zusammenfassung

1. Seit der Entscheidung in der Rs. *Marks & Spencer* und folgend dem Urteil in der Rs. *Lidl Belgium* sind finale Verluste von Tochtergesellschaften und Betriebsstätten aus dem EU/EWR-Ausland bei der inländischen Mutter zum Abzug zu bringen. Das Konstrukt der finalen Verluste wurde in der aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rs. *A Oy* bestätigt.

2. Die Verfasser haben festgestellt, dass die Rechtfertigungsprüfung einen Wandel vollzogen hat, sich aber weiterhin an den Grundsätzen des Territorialitätsprinzips und folglich der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse der Mitgliedsstaaten orientiert. Ebenso wurde das Verhältnis von Beliebigkeitsgrenze und Finalitätskriterium herausgestellt.

3. In seinem jüngsten Urteil hat der EuGH zu der Frage Stellung genommen, welche Ereignisse zur Finalität der ausländischen Verluste führen bzw. einer Finalität entgegenstehen. Keine Finalität ist hiernach anzunehmen, wenn der Steuerpflichtige nicht sämtliche Möglichkeiten der Verlustnutzung im anderen Staat ausgeschöpft hat. Solche Verlustnutzungsmöglichkeiten können sich ergeben, wenn weitere Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten mit künftigen Gewinnen verbleiben, andere Einkünfte aus dem Mitgliedsstaat erwirtschaftet werden oder wenn bei einer Umstrukturierung stille Reserven realisiert werden können.

4. Es bleibt weiterhin abzuwarten, unter welchen Voraussetzungen die Finalität und ihre Verhältnismäßigkeit anerkannt werden. Dennoch können aus den aufgezeigten Möglichkeiten der Verlustnutzung praktisch durchaus noch immer finale Verluste entstehen. Darüber hinaus ergibt sich für Steuerpflichtige die Möglichkeit der Nutzung finaler Verluste nach einer Umwandlung, wenn nach dem Steuerrecht des Ansässigkeitsstaates des aufnehmenden Staates ein Übergang der Verluste des übertragenden Rechtsträgers vorgesehen ist.

5. Die Verfasser merken an, dass dem Urteil in der Rs. *A Oy* kein weiterer Aufschluss über den Berücksichtigungszeitpunkt der finalen Verluste entnommen werden kann.

## Rechtsprechung

### Gesellschaftsrecht

#### Geschäftsführer: Beginn der Zweiwochenfrist für die fristlose Kündigung des Dienstvertrags aus wichtigem Grund

BGB § 626 Abs. 2

1. Für die Kenntnis der für die Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrags maßgebenden Tatsachen, die die Zweiwochenfrist nach § 626 Abs. 2 BGB in Lauf setzt, kommt es auf den Wissensstand des zur Entscheidung über die fristlose Kündigung berufenen und bereiten Gremiums der Gesellschaft an.

2. Die Befugnis, den Anstellungsvertrag zu kündigen, kann sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch durch die Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

3. Kenntnis liegt dann 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 grobfahrlässige Unkenntnis genügt nicht.

BGH, Urt. v. 9.4.2013 – II ZR 273/11

► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger (Kl.) war seit 21.5.2002 Geschäftsführer der beklagten GmbH (Bekl.). Alleinige Gesellschafterin der Bekl. ist die SD-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Stadtparkasse D ist. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag des Kl. v. 14.5.2003 wurde mit einem Nachtrag v. 30.8.2006 bis zum 31.12.2012 verlängert.

[2] Bis zum 15.7.2003 war der Kl. auch Geschäftsführer der SD-GmbH. Als ihr Geschäftsführer hat der Kl. Ende 2000 einen Beratervertrag mit dem Kommunalpolitiker M geschlossen, in dem diesem ein jährliches Beraterhonorar von 200.000 DM zugesagt worden war. Der Beratervertrag mit M wurde auf Bitten der Stadtparkasse K im Jahre 2003 bis 23.6.2004 verlängert. Anfang 2004 bat M um eine Aufhebung des Vertrags, der die SD-GmbH mit Wirkung v. 31.12.2003 in einem von ihren beiden Geschäftsführern unterschriebenen Schreiben v. 12.2.2004 zustimmte. In diesem Schreiben heißt es:

„Wir folgen gern Ihrem Vorschlag und stimmen hiermit einer Aufhebung des Vertrags mit Wirkung vom 31.12.2003 zu. Wir bedanken uns für die vertrauensvolle Zusammenarbeit und verbleiben mit freundlichen Grüßen“.

[3] Am 1.2.2009 trat M von allen politischen Ämtern zurück. In Presseberichten war die Vermutung geäußert worden, dass es sich bei dem Beratervertrag mit ihm um einen Scheinvertrag gehandelt habe, der von dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Stadtparkasse K initiiert worden sei und allein der Versorgung von M gedient habe. Eine Gegenleistung für das vereinnahmte Honorar habe M nie erbracht. Strafrechtliche Ermittlungen wurden wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung eingestellt.

[4] Am 16.2.2009 beschloss die SD-GmbH als Alleingesellschafterin der Bekl. die Abberufung des Kl. als Ge-

## Gesellschaftsrecht

schäftsführer der Bekl. und die fristlose Kündigung des Dienstvertrags aus wichtigem Grund, die dem Kl. am selben Tag erklärt wurde.

[5] Der Kl. hat beantragt, die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen. Das LG hat die Klage abgewiesen [LG Düsseldorf v. 2.11.2010 – 35 O 28/09], das OLG hat ihr stattgegeben [OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – I-14 U 27/11]. ...

► Aus den Entscheidungsgründen:

[6] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

### I. Entscheidung der Vorinstanz

[7] Das OLG (OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – 14 U 27/11, juris) hat ausgeführt, die gegenüber dem Kl. ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung sei unwirksam, weil sie nicht innerhalb der Frist gemäß § 626 Abs. 2 S. 1 u. 2 BGB erfolgt sei. Kenntnis der Geschäftsführer der Alleingesellschafterin der Bekl., auf die es ankomme, habe bereits zum Zeitpunkt der von ihnen unterzeichneten Zustimmung zur Aufhebung des Beratervertrags mit M vorgelegen. Das folge aus dem Schreiben v. 12.2.2004. Dieses Schreiben dokumentiere aus sich heraus eine Bestätigung und Billigung des Beratervertrags, die verdeutliche, dass die Unterzeichner bereits die wesentlichen Hintergründe kannten und sogar billigten. Andernfalls bleibe schlechthin unverständlich, wie sich die Geschäftsführer dazu veranlasst gesehen haben könnten, eine nur teilweise rückwirkende Aufhebung eines gänzlich unbekanntem Beratervertrags zu bestätigen und M sogar eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zu attestieren. Selbst bei unterstelltem Fortbestehen gewisser (Rest-)Unklarheiten über den Charakter des bereits auf den ersten Blick höchst auffälligen und ungewöhnlichen Beratervertrags und zumal eines solchen, bei dem es nach der Darstellung der Bekl. nie eine Beratungstätigkeit gegeben haben soll, hätte jedenfalls Veranlassung bestanden, den sich akut aufdrängenden Seriositätsbedenken nachzugehen. Noch etwa notwendige Ermittlungen seien mit gebotener Eile durchzuführen gewesen. ...

### II. Wirksamkeit der Kündigung?

[10] Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

#### 1. Beginn der zweiwöchigen Erklärungsfrist

[11] Im Ergebnis noch zutreffend hat es das OLG für maßgebend erachtet, ob die Geschäftsführer der Alleingesellschafterin der Bekl. schon im Februar 2004 Kenntnis von den möglichen Kündigungsgründen erlangt haben.

[12] Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Für die die Zweiwöchigenfrist in Lauf setzende Kenntnis i.S.v. § 626 Abs. 2 BGB kommt es allein auf den Wissensstand des zur Entscheidung über die fristlose Kündigung berufenen und bereiten Gremiums der Gesellschaft an (BGH v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, ZIP 2001, 1957 [1958] = GmbHHR 2001, 1158 m. Komm. *Teigelkötter*; v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, ZIP 2000, 508 [510]; v. 15.6.1998 – II ZR 318/96, BGHZ 139, 89 [92] = GmbHHR 1998, 827). Kündigungsberechtigt ist

bei der GmbH grundsätzlich die Gesellschafterversammlung als das analog § 46 Nr. 5 GmbHG zuständige Organ. Wenn die Gesellschaft nur einen Gesellschafter hat, kommt es auf dessen Kenntnis bzw. die Kenntnis des organschaftlichen Vertreters des Alleingeschafters an. Dieser kann jederzeit eine Universalversammlung nach § 51 Abs. 3 GmbHG abhalten und damit eine Kündigung auch ohne Einberufung einer förmlichen Gesellschafterversammlung aussprechen (BGH v. 20.10.2008 – II ZR 107/07, ZIP 2008, 2260 = GmbHHR 2008, 1316 m. Komm. *Werner*, Rz. 13; v. 8.1.2007 – II ZR 267/05, ZIP 2007, 910 = GmbHHR 2007, 606, Rz. 7; v. 27.3.1995 – II ZR 140/93, ZIP 1995, 643 [645] = GmbHHR 1995, 373; v. 24.2.1954 – II ZR 88/53, BGHZ 12, 337 [339] = GmbHHR 1954, 58 m. Anm. *Schneider*).

[13] Allerdings kann die Befugnis, den Anstellungsvertrag zu kündigen, entgegen der Auffassung des OLG sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch durch die Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden (BGH v. 26.3.1984 – II ZR 120/83, BGHZ 91, 217 [218 f.] = GmbHHR 1984, 312). Davon hat die Alleingesellschafterin hier Gebrauch gemacht und ein Vorstandsmitglied der Stadtparkasse D bevollmächtigt, die SD-GmbH in allen Angelegenheiten betreffend die Bekl. zu vertreten und insbesondere Anstellungsverträge mit Geschäftsführern zu beenden. Die Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds der Muttergesellschaft führt aber nicht dazu, dass für den Beginn der Kündigungserklärungsfrist allein die Kenntnis dieser Person maßgebend ist. Durch die Bevollmächtigung wurde die Befugnis der Geschäftsführer, für die Alleingesellschafterin zu handeln und den Beschluss über die Beendigung des Anstellungsvertrags zu fassen, nicht verdrängt. Immerhin haben die Geschäftsführer ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung den der Kündigung zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss gefasst und das Kündigungsschreiben unterzeichnet.

[14] Mussten die Geschäftsführer der SD-GmbH darüber hinaus vor einer Beschlussfassung über die Beendigung des Anstellungsvertrags mit dem Kl. die Zustimmung der Gesellschafterin, also der Stadtparkasse D, einholen, begann zwar die zweiwöchige Erklärungsfrist erst nach Eingang der Zustimmung zu laufen. In diesem Fall ist allerdings die Kündigungsmöglichkeit verwirkt, wenn die Geschäftsführer der SD-GmbH sich nach Kenntniserlangung nicht unverzüglich um die Zustimmung als Voraussetzung einer Beschlussfassung bemühten. Wenn die Einberufung der Gesellschafterversammlung von den einberufungsberechtigten Mitgliedern unangemessen verzögert wird, muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der zumutbaren Beschleunigung einberufen worden (BGH v. 15.6.1998 – II ZR 318/96, BGHZ 139, 89 [92 f.] = GmbHHR 1998, 827). Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Beschlussfassung ein anderes überwindbares Hindernis wie die Zustimmung der Gesellschafter-Gesellschafterin entgegensteht.

#### 2. Keine Kenntnis kündigungsrelevanter Tatsachen

[15] Rechtsfehlerhaft hat das OLG aber dem Schreiben v. 12.2.2004 eine Kenntnis der Geschäftsführer von den kündigungsrelevanten Tatsachen entnommen. Eine sichere und umfassende Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen liegt dann vor, wenn alles in Erfahrung gebracht worden ist, was als notwendige Grundlage für eine Entscheidung über Fortbestand oder Auflösung des

## Gesellschaftsrecht

Dienstverhältnisses anzusehen ist (BGH v. 24.11.1975 – II ZR 104/73, WM 1976, 77 [78] = GmbHR 1976, 85 [LS]). Kennenmüssen oder grobfahrlässige Unkenntnis genügt nicht (vgl. BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NJW 2011, 2231 [2232]; v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46, m.w.N.). 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 v. 2.7.1984 – II ZR 16/84, ZIP 1984, 1113 [1114] = GmbHR 1985, 112; v. 24.11.1975 – II ZR 104/73, WM 1976, 77 [78] = GmbHR 1976, 85 [LS]).

[16] Dem Schreiben v. 12.2.2004 lässt sich die positive Kenntnis der Geschäftsführer von den kündigungsrelevanten Tatsachen nicht entnehmen. Es beschränkt sich auf die Zustimmung zur Vertragsaufhebung und einen Dank für die Zusammenarbeit. Daraus lässt sich nicht schließen, dass die Geschäftsführer Kenntnis vom Abschluss eines Scheinvertrags oder des behaupteten Kompetenzverstoßes hatten. Die Aufhebung des Beratervertrags auf Bitte des Vertragspartners ist auch dann, wenn dieser in der Vergangenheit Beratungsleistungen erbracht hat, nichts Ungewöhnliches. Dass der Vertrag ohne die erforderliche Zustimmung des Vorstands der Muttergesellschaft abgeschlossen wurde, folgt aus seiner Aufhebung nicht. Der floskelhafte Dank für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit lässt ebenfalls nicht erkennen, dass den Geschäftsführern der Scheincharakter des Vertrags oder ein Kompetenzverstoß bei seinem Abschluss bekannt war.

[17] Dass nach dem Schreiben den Geschäftsführern der SD-GmbH die Existenz des Beratervertrags bekannt war, genügt nicht, um die Erklärungsfrist in Lauf zu setzen. Die Kenntnis von der Existenz eines Beratervertrags mit M ist nicht alles, was als Grundlage für eine Entscheidung über den Fortbestand oder die Auflösung des Dienstverhältnisses benötigt wird. Den Geschäftsführern musste aus Anlass der Zustimmung zur Vertragsaufhebung und des Dankes für die Zusammenarbeit noch nicht einmal der Inhalt der Vertragsurkunde bekannt werden. Das OLG hat auch nicht dargelegt, dass aus den schriftlichen Vereinbarungen zwischen M und der SD-GmbH zu erkennen sei, dass M keine Beratungsleistungen erbringen sollte sowie die Zustimmung des Vorstands der Stadtparkasse D zum Vertragsschluss erforderlich war und fehlte. Eine Pflicht zur Ermittlung der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen bestand entgegen der Auffassung des OLG aus Anlass der Vertragsaufhebung nicht, da eine fahrlässige Unkenntnis der maßgeblichen Tatsachen nicht genügt, um die Erklärungsfrist auszulösen.

### 3. Kein Ausschluss der Kündigung wegen Kompetenzverstoßes wegen Zustimmung

[18] Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

[19] Etwaige Pflichtverletzungen des Kl. im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der SD-GmbH können auch eine Kündigung seines Anstellungsvertrags als Geschäftsführer der Bekl. als einer anderen Konzerngesellschaft rechtfertigen.

[20] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung fehlt ein Kündigungsgrund nicht deshalb, weil der dem Kl.

vorgeworfene Kompetenzverstoß jedenfalls wegen der Zustimmung des Vorstandsvorsitzenden der Stadtparkasse D in einem milderen Licht erscheint.

[21] a) Allein auf den Kompetenzverstoß kommt es schon deshalb nicht an, weil der Kündigung nicht nur der Vorwurf zugrunde liegt, der Kl. habe den Beratervertrag ohne eine erforderliche Zustimmung der Alleingeschäftsführerin, der Stadtparkasse D, abgeschlossen, sondern vor allem der Vorwurf, der Kl. habe einen Vertrag ohne Gegenleistung abgeschlossen, weil die Zahlungen der Versorgung von M dienen sollten und dieser keine Beratungsleistungen erbringen sollte. Das LG hat die Kündigung zudem auch darauf gestützt, dass der Kl. jedenfalls nach dem Scheitern des V-Fonds, für den nach dem Vortrag des Kl. der Beratervertrag abgeschlossen sein sollte, Anfang 2001 den Vertrag trotz einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit nicht gekündigt hat. Beide Vorwürfe, mit denen sich die Revisionserwiderung nicht befasst und zu denen das OLG keine Feststellungen getroffen hat, sind geeignet, einen Kündigungsgrund abzugeben.

[22] b) Auch der vorgeworfene Kompetenzverstoß vermag grundsätzlich eine Kündigung zu rechtfertigen (vgl. BGH v. 25.2.1991 – II ZR 76/90, ZIP 1991, 509 [510] = GmbHR 1991, 197; v. 28.6.1993 – II ZR 119/92, NJW-RR 1993, 1123 [1124]). Die Zustimmungsbedürftigkeit wegen des Abschlusses eines Dienstvertrags, die die Gesellschaft zu Leistungen über einer bestimmten Höhe verpflichtete, entfiel entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht schon deshalb, weil die Stadtparkasse K ihrerseits der Stadtparkasse D das Beratungshonorar erstatten sollte. Gegenüber M war allein die Stadtparkasse D verpflichtet. Wenn – wie die Bekl. vorträgt – der Beratervertrag lediglich der Versorgung von M dienen sollte und er keine Beratungsleistungen erbringen sollte, begingen die zuständigen Mitarbeiter der Stadtparkasse K mit der Zusage der Kostenübernahme zudem eine Straftat (§ 266 StGB), so dass die Stadtparkasse K nicht zur Leistung verpflichtet war (§ 134 BGB).

[23] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung scheidet ein Kompetenzverstoß auch nicht deshalb von vorneherein aus, weil der Kl. den Vertrag auf Weisung des Vorstandsvorsitzenden der Stadtparkasse D abgeschlossen hat. Darin lag die nach der Geschäftsordnung der SD-GmbH erforderliche Zustimmung der Gesellschafterin nicht, wenn der Vorstandsvorsitzende seinerseits die Zustimmung des Gesamtvorstands einholen musste und für den Kl. evident war, dass diese Zustimmung fehlte. Dann missbrauchte der Vorstandsvorsitzende seine Vertretungsmacht für die Stadtparkasse. Die Evidenz eines Verstoßes für den Kl. ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil der damalige Mitgeschäftsführer B intern bei der SD-GmbH dafür zuständig war, auf die Einhaltung der Geschäftsordnung zu achten, und keine Bedenken anmeldete.

[24] Die Kündigung wegen eines Kompetenzverstoßes ist nach den bisherigen Feststellungen des OLG auch nicht ausgeschlossen, weil er wegen der Mitwirkung des Vorstandsvorsitzenden und des Mitgeschäftsführers des Kl. in einem milderen Licht zu betrachten ist. Besondere Umstände können im einzelnen Fall allerdings dazu führen, dass ein Kompetenzverstoß in milderem Licht erscheint und kein Kündigungsgrund ist (vgl. BGH v. 4.5.2009 – II ZR 169/07, ZIP 2009, 2195, Rz. 12; v. 10.12.2007 – II ZR 289/06, ZIP 2008, 694 = GmbHR 2008, 487, Rz. 2). Ob ein bestimmtes Verhalten als wichtiger Grund für eine außer-

## Gesellschaftsrecht

ordentliche Kündigung zu werten ist, hat aber in erster Linie der Tatrichter zu entscheiden (BGH v. 9.3.1992 – II ZR 102/91, ZIP 1992, 539 f. = GmbHR 1992, 301). Da das OLG zu dem behaupteten Kompetenzverstoß bisher – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen hat, kann der Senat die nach § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Abwägung nicht nachholen. In die Abwägung, ob es dem Dienstherrn nicht zugemutet werden kann, den Dienstverpflichteten weiter zu beschäftigen, sind alle für die Vertragsparteien maßgebenden Umstände einzubeziehen (st. Rspr., vgl. BGH v. 23.10.1995 – II ZR 130/94, WM 1995, 2064 [2065] = GmbHR 1996, 291 [LS], m.w.N.).

### III. Keine Entscheidungsreife

[25] Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 ZPO).

[26] Der Kl. hat u.a. bestritten, dass der Beratervertrag nur zum Schein und zur Versorgung von M abgeschlossen wurde, dass nach dem Scheitern des V-Fonds keine Beratungsleistungen mehr in Anspruch genommen wurden und dass für ihn erkennbar war, dass der Vorstandsvorsitzende nicht ohne Zustimmung des Gesamtvorstands der Sparkasse D handeln durfte und gehandelt hat. Das OLG wird sich auch mit der Behauptung des Kl. auseinandersetzen haben, die Geschäftsführer der SD-GmbH hätten den Scheincharakter des Vertrags bereits vor der rückwirkenden Aufhebung des Beratervertrags gekannt. Insoweit weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die Bekl. die Beweislast dafür trägt, dass die Erklärungsfrist eingehalten ist (BGH v. 2.6.1997 – II ZR 101/96, GmbHR 1997, 998 [999]; v. 2.7.1984 – II ZR 16/84, ZIP 1984, 1113 [1114] = GmbHR 1985, 112).

[27] Die Zurückweisung gibt dem OLG auch Gelegenheit, sich mit den Einwänden der Revision gegen die Verneinung der weiteren, auf das Verhalten des Kl. im Jahr 2009 gestützten Kündigungsgründe im Rahmen der Aufklärung der Umstände, die zum Abschluss des Beratervertrags führten, und zu dem Komplex G Beratervertrag K-GmbH auseinandersetzen. Entgegen der Auffassung des OLG müssen ältere Vorgänge, aus denen wegen Ablaufs der Erklärungsfrist kein Kündigungsrecht mehr hergeleitet werden kann, bei der Gesamtwürdigung nicht außer Betracht bleiben. Sie können vielmehr zur Unterstützung anderer Kündigungsgründe herangezogen werden, wenn wenigstens ein noch nicht erledigter Vorfall von nicht unerheblichem Gewicht vorhanden ist (vgl. BGH v. 9.3.1992 – II ZR 102/91, ZIP 1992, 539 [540] = GmbHR 1992, 301).

### Der GmbHR-Kommentar

#### I. Zum Umfeld

Die vorstehend abgedruckte Entscheidung des BGH v. 9.4.2013 – II ZR 273/11 behandelt die Beendigung eines Geschäftsführer-Dienstvertrags aus dem Umfeld der Sparkasse Düsseldorf, bekanntermaßen eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Träger der Sparkasse ist die Stadt Düsseldorf. Rechtsgrundlage dieses Finanzinstituts ist das Sparkassengesetz NRW (SpkG) und die anstaltseigene Satzung. An der Spitze stehen Vorstand (§ 20 SpkG) und Verwaltungsrat. Mitglieder des Verwaltungsrats sind mehrheitliche politische Mandatsträger. Die Sparkasse ist durch Stiftungen und sonstige Aktivitäten mit dem gesellschaftlichen Umfeld stark verwoben. Sie betreibt mehrere Toch-

terunternehmen. Zu diesen Tochtergesellschaften gehört auch die S-Kapitalbeteiligungsgesellschaft Düsseldorf (S-KBG) quasi als Holding, die Partnerin des hier problematischen Beratervertrags war. Der Kläger der nur vorläufig vom BGH entschiedenen Bestandsstreitigkeit war – neben seiner Anstellung bei der Sparkasse – Geschäftsführer der S-KBG und deren Tochtergesellschaft als beklagte Gesellschaft (vgl. Konzernberichte der Sparkasse Düsseldorf). Nach dem Abschluss des Beratervertrags war eine neue Geschäftsführung seit 2002 im Amt.

### II. Die Kündigungsberechtigten

Der Fall verdeutlicht eine Wechselwirkung zwischen den von der Gesellschaft angeführten kündigungsrelevanten Vorgängen und deren Kenntnisse durch die kündigungsberechtigten Personen einerseits sowie die Einhaltung der materiellen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB durch die handlungsberechtigten Personen beim Ausspruch der Kündigung andererseits. Er ist deshalb für die spezifische Situation einer außerordentlichen Kündigung (da befristeter Vertrag) eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrags interessant.

Für die Kompetenzen fanden im vorliegenden Fall Besonderheiten – abweichend vom Gesetz – Anwendung.

Das Gericht 2. Instanz (OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – I-14 U 27/11) hat bezüglich der Kenntnis der kündigungsrelevanten Umstände vorliegend auf die Kenntnis der beiden (neuen) Geschäftsführer der alleinigen Gesellschafterin im Lichte des § 35 Abs. 1 GmbHG als ausschließlich relevant abgestellt. Werden sämtliche Gesellschaftsanteile der den Geschäftsführer anstellenden GmbH von einer juristischen Person gehalten, kommt es für den Fristbeginn darauf an, wann das für die Kündigung vertretungsberechtigte Organ dieser juristischen Person von den kündigungsrelevanten Tatsachen Kenntnis erlangt (BGH v. 5.4.1990 – IX ZR 16/89, BB 1990, 1222, betrifft Kenntnis des Verwaltungsrats einer Sparkasse).

Das Wissen der Vertreter müsse sich die Alleingesellschafterin und die Anstellungsgesellschaft entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Der für die Tatsachenkenntnis maßgebende Sachverhalt läge mithin zurechenbar im Wissen der Geschäftsführer. Diesen Erkenntnissen folgt auch grundsätzlich der BGH. Allerdings gibt es im Folgenden eine nennenswerte Differenz in der rechtlichen Wertung zwischen Gericht 2. Instanz und dem BGH. Denn die 2. Instanz hat eine Kenntniserlangung eines Vorstandsmitglieds der Sparkasse, die naturgemäß später erfolgte, nicht als erheblich eingeordnet. Auch wenn die Kündigungskompetenz auf dieses Vorstandsmitglied übertragen worden sei, könne eine solche interne Kompetenzverlagerung nichts an der gesetzlich verankerten Wissenszurechnung (s. oben) etwas ändern. Es sei hingegen nicht angängig – so das OLG –, sich durch interne Kompetenzverlagerungen mit Außenwirkung der gesetzlichen Vertretungsfolgen zu entledigen (OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – I-14 U 27/11, Rz. 45 f.). Demgegenüber führt der Gesellschaftsrechtssenat des BGH grundsätzlich aus, dass sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch durch die Gesellschafter die Kündigungsbefugnis auf andere Personen übertragen werden könne. Der Senat hat dies im 2. Leitsatz herausgestellt (zur Übertragung der Abberufungskompetenz vgl. *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 38 Rz. 3; aber *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 46 Rz. 23: Eine Übertragung der Abbe-

## Gesellschaftsrecht

rufungskompetenz auf andere Organe, aber auch auf einen anderen Gesellschafter, ist in der Satzung möglich, nicht hingegen auf Dritte). Die Kündigungskompetenz ist eine Annexkompetenz der Bestellung bzw. Abberufung, womit die Zuständigkeit entsprechend § 46 Nr. 5 GmbHG auch hier einschlägig ist. Der II. Senat hat die verschiedentlich als strittig bezeichnete Kompetenzübertragung auf Dritte ausdrücklich bejaht (so auch *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 6 Rz. 51, und bereits BGH v. 26.3.1984 – II ZR 120/83, NJW 1984, 2528 = GmbHR 1984, 312). Schließlich stimmen BGH und OLG darin überein, als auf die Pflicht der Geschäftsführer abgestellt wird, das kündigungsberechtigte Vorstandsmitglied der Sparkasse entsprechend und zeitnah zu unterrichten und vor allem unverzüglich die Zustimmung der Alleingesellschafterin einzuholen. Der Praxis ist somit zu raten, die Kompetenzverteilung nach Gesetz, Satzung und Gesellschafterbeschluss sorgfältig wegen der eingangs dargestellten Mehrfachbedeutung im Lichte des § 626 BGB zu prüfen.

### III. Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung

Eine weitere Diskrepanz zwischen dem BGH und dem OLG betrifft den Zeitpunkt der Kenntniserlangung. Hier stellte das OLG noch auf das Bestätigungsschreiben der beiden Geschäftsführer vom 29.1.2004 (Bestätigung des Beraterwunsches zur Aufhebung des Vertrags) ab und meinte, dass durch dieses Schreiben der Beratervertrag bestätigt und nochmals gebilligt wurde und damit Kenntnis der wesentlichen Hintergründe bestand. Das OLG hat in seinen Urteilsgründen (OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – I-14 U 27/11, Rz. 48 f.) wohl mehr unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung das Schreiben (s. oben) so bewertet, dass mit der wünschenswerten Aufhebung des Beratervertrags naturgemäß eine Kenntnis der Gesamtzusammenhänge dieser Vereinbarung verbunden sein müssten. Diese Einschätzung ist zwar nicht ganz fernliegend, der BGH hat aber aus Gründen der Rechtssicherheit einem doch mehr spekulativen Kenntnisbegriff, weniger als Indizien, richtigerweise eine Absage erteilt. Dabei ist seit Langem anerkannt, dass die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat. Dem Kündigenden muss eine Gesamtwürdigung nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten möglich sein. Zu den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen eine Kündigung sprechenden Umstände. Vermutungen, verschuldete, selbst grob fahrlässige Unkenntnisse reichen einfach nicht aus (BAG v. 16.8.1990 – 2 AZR 113/90, NZA 1991, 141 [144]; v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101; *Henssler* in Münch.Komm.BGB, 6. Aufl. 2012, § 626 Rz. 297 f.). Dem OLG wird man somit nachsagen können, dass die diesbezüglichen Ausführungen zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung der kündigungsrelevanten Umstände durchaus spekulativen Charakter haben und im Sinne einer Rechtssicherheit und letztlich auch des Kündigungsempfängers nicht von ausschlaggebender Relevanz sein können (dazu insgesamt auch *Belling* in Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 626 Rz. 94).

### IV. Der Verfahrensablauf

Das Verfahren kränkelt insgesamt auch an einem tatsachenarmen Vertrag der Parteien und mangelnder Aufberei-

tung in den Vorinstanzen. Das wird in etwa deutlich, wenn das OLG in seinen Entscheidungsgründen (OLG Düsseldorf v. 24.11.2011 – I-14 U 27/11, Rz. 45) ausführt, dass „es neben der Sache liege, wenn die Bekl. nunmehr auf die Aufgaben eines Herrn H verweist, auf den die Kündigungskompetenz übertragen worden sei“. Im Tatbestand findet sich dazu keine nachvollziehbare Entsprechung, wobei die Bedeutung allerdings erkennbar ist. Die beklagte Gesellschaft hat sich im Hinblick auf eine Pflichtverletzung als Kündigungsgrund auf die Zusammenhänge mit dem Abschluss und der Abwicklung des Beratervertrags im Wesentlichen berufen. Der Kl. hätte wissen müssen, dass es sich dabei um einen Scheinvertrag gehandelt habe. Die Frage der Kompetenz für den Abschluss des Vertrags an sich spielte auch nach dem Sachverhalt des zweitinstanzlichen Urteils keine Rolle. Demgegenüber hat das Gericht 1. Instanz die Klage abgewiesen und die außerordentliche Kündigung für unwirksam erklärt, weil der Kläger als gekündigter Geschäftsführer seine Kompetenzen in der Funktion als Geschäftsführer des S-KBG überschritten habe, indem er den Beratervertrag vom 7.12.2000 ohne Einholung einer Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung abgeschlossen habe. Bei dem Beratervertrag mit einem Kölner Lokalpolitiker und einem Honorar über 100.000 € drängt sich die Kompetenzfrage schon – unabhängig von § 43 Abs. 1 GmbHG – auf und die kurzen Sachverhaltsausführungen zu diesem Thema erscheinen für die Institution Sparkasse Düsseldorf geradezu abwegig (zur Überschreitung der Kompetenzen als wichtige Kündigungsgrund LG Berlin v. 10.12.2012 – 99 O 79/11, GWR 2013, 160; OLG Düsseldorf v. 23.2.2012 – I-6 U 135/11; OLG München v. 23.4.2009 – 23 U 4199/08, DB 2009, 1231; BGH v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, GmbHR 2001, 1158 m. Komm. *Teigelkötter*).

Der BGH hat auch letztlich die formale Kompetenzfrage, wie es das Gericht 2. Instanz noch breit herausgearbeitet hatte, dahingestellt gelassen und hat den Begriff der Verantwortung und Kompetenz eines Geschäftsführers qualitativ weiter gesteckt und auch die Konzerndimension betont, in dem es feststellte, dass etwaige Pflichtverletzungen eines Geschäftsführers bei der S-KBG auch eine Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags bei einer anderen Konzerngesellschaft rechtfertigen können. Immerhin war dies Streitgegenstand. Nicht nur im öffentlichen Bereich werden zuweilen in (privatwirtschaftlich organisierten) Tochtergesellschaften der Mutter (hier Anstalt des öffentlichen Rechts) Mitarbeiter als Geschäftsführer eingesetzt. Diese Verflechtungen sind im vorliegenden Fall durchaus von Bedeutung und dokumentieren, dass man gerade auch – gleich auf welchem wirtschaftlichen Gebiet – in einer derartigen Fallkonstellation sorgfältig beraten vorgehen soll: Die Wirksamkeit der Kündigung vom Februar 2009 ist im Frühjahr 2013 immer noch nicht rechtskräftig entschieden.

**Dr. Ulrich Brötzmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mainz**