

Tenor

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Meiningen vom 15.02.2007 wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger begehrt Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung seines Geschäftsführeranstellungsvertrags, Übertragung seines Resturlaubsanspruchs aus 2004 in das Jahr 2005 und hilfsweise Urlaubsabgeltung durch Zahlung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er nur noch die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung weiterverfolgt.

Der heute 60-jährige Kläger ist im Jahre 1994 zum befristeten Geschäftsführer der Beklagten bestellt worden, die ihm gegenüber am 29.11.2004 die außerordentliche, hilfsweise ordentlich Kündigung erklärte. Sie stützt diese auf zahlreiche, auch nachgeschobene Vorwürfe.

Neben seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beklagten war der Kläger auch Geschäftsführer deren beider Tochtergesellschaften Firma Sgesellschaft Klinikum B S mbH und Firma Seniorenpflege B S GmbH. An ersterer war sie neben einer Firma D mit 50,8% beteiligt, an letzterer neben anderen Gesellschaftern (einer Firma F und einer Firma B) mit 51,17%.

Bei der Servicegesellschaft fungierte neben dem Kläger V F bis 17.04.2004 als weiterer Geschäftsführer und danach bis 07.10.2004 als Prokurist.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 11.06.1994 zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht durch die außerordentliche und auch nicht durch die ordentliche Kündigung vom 29.11.2004 aufgelöst wurde, sondern unverändert über den 29.11.2004 hinaus fortbesteht;

2. die Beklagte zu verurteilen, den dem Kläger zustehenden Resturlaubsanspruch in Höhe von 29 Arbeitstagen auf das Kalenderjahr 2005 zu übertragen;

3. hilfsweise und rein vorsorglich für den Fall der Wirksamkeit der Kündigung, die Beklagte zu verurteilen, 13.505,01 Euro als Urlaubsabgeltungsanspruch an den Kläger zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von fünf Zeugen die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die außerordentliche Kündigung vom 29.11.2004 wirksam sei und die hiergegen gerichtete Klage auf Feststellung deren Unwirksamkeit daher unbegründet. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend:

1.) Die Kündigung sei aus formellen Gründen unwirksam. Denn sie sei von der Gesellschafterversammlung beschlossen worden. Zuständig sei aber vorliegend der Aufsichtsrat gewesen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei die Kündigung nicht durch den Aufsichtsrat erfolgt und auch nicht in seinem Auftrag. Der Wortlaut des Kündigungsschreibens gebe dafür nichts her. Es heiße darin nicht, die Kündigung erfolge "im Auftrag" des Aufsichtsrats. Laut Kündigungsschreiben habe der Aufsichtsrat die Kündigung lediglich "empfohlen". Darin liege kein Auftrag. Vielmehr habe die Gesellschafterversammlung die Kündigung in eigener Autonomie beschlossen.

2.) Die Feststellungen des Landgerichts zur Einhaltung der Frist nach § 626 Abs. 2 BGB seien nicht ausreichend. Denn die Beklagte habe nicht konkret vorgetragen, wann die Aufsichtsratsvorsitzende D, deren Kenntnis ausreichend sei, von den Kündigungsgründen Kenntnis erlangt habe. Hierfür trage sie aber die Darlegungs- und Beweislast. Diese Kenntnis müsse bereits vor Oktober 2004 vorgelegen haben, da andernfalls die Sonderprüfung nicht in Auftrag gegeben worden wäre. Deshalb könne auch nicht beurteilt werden, ob die Anhörung des Klägers innerhalb der hierfür nach der Rechtsprechung maßgeblichen Einwochenfrist erfolgt sei.

Es komme hinzu, dass eine Anhörung nur dann durchzuführen sei, wenn sie erforderlich sei. Nur dann werde die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB um eine Anhörungsfrist verlängert. Zur Erforderlichkeit einer Anhörung enthalte das Urteil keine Ausführungen.

3.) Ferner habe das Landgericht das formal ordnungsgemäße Zustandekommen der Beschlüsse nicht überprüft. Der Kläger sei hierbei nicht zugegen gewesen und habe sich daher auf ein einfaches Bestreiten beschränken dürfen.

4.) Das Landgericht habe ausgeführt (Urteil Seite 14, 2. Absatz, letzter Satz), der Kläger "habe nicht bewiesen, dass er die gebotene Sorgfalt beachtet und durch sein Verhalten keine Pflichten verletzt habe".

Diese Beweislastverteilung widerspreche der Rechtsprechung des BGH.

5.) Der Vorwurf, der Kläger habe "Scheinrechnungen" abgezeichnet und zur Bezahlung freigegeben, rechtfertige die Kündigung nicht. Denn die in Rede stehenden Rechnungen seien nicht als "Scheinrechnungen" erkennbar gewesen. Das bestätige auch das Sonderprüfungsgutachten. Richtigerweise erkenne das Landgericht, dass ihm keine Überprüfungspflicht hinsichtlich jeder Rechnung auferlegt werden könne. Soweit es ihm aber eine Verletzung von Pflichten zur Überwachung der mit der Prüfung befassten Mitarbeiter auferlege, fehlten Feststellungen zur Verletzung dieser Pflicht. Er wiederhole seinen Vortrag, wonach er keinen Anlass gehabt habe, dem zeitweisen Geschäftsführer und anschließenden Prokuristen F zu misstrauen. Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten habe es nicht gegeben.

6.) Entgegen der Ansicht des Landgerichts hätten die von ihm veranlassten Zahlungen von 100.000 EUR und 65.000 EUR auch nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurft. Es sei nicht ersichtlich, woraus sich eine solche

Zustimmungsbedürftigkeit ergeben solle.

7.) Soweit das Landgericht es zugelassen habe, Verdachtskündigungsgründe wegen des Komplexes "Eigenheimbau des Klägers" nachzuschieben, habe es außer Acht gelassen, dass dies nur nach einer Anhörung des Klägers zulässig sei, die aber insoweit nicht durchgeführt worden sei.

8.) Es sei auch unzulässig gewesen, die Aufsichtsratsvorsitzende D als Zeugin zu hören. Denn diese sei nach §§ 52 GmbHG, 112 AktG gesetzliche Vertreterin der Beklagten.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Meinungen vom 15.02.2007 festzustellen, dass der Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 11.06.1994 zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht durch die außerordentliche und auch nicht durch die ordentliche Kündigung vom 29.11.2004 aufgelöst wurde, sondern unverändert über den 29.11.2004 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und führt aus:

1.) Die Kündigung sei vom Aufsichtsrat beschlossen worden. Dieser habe den Landrat zur Kundgabe an den Kläger berufen. Dies ergebe sich aus dem Aufsichtsratsbeschluss vom 28.11.2004, den die Berufung ausblende.

2.) Sie habe erst nach Vorliegen des Sonderprüfungsberichts und nach der Anhörung des Klägers vom 22.11.2004 Kenntnis im Sinne von § 626 Abs. 2 BGB gehabt. Vorher hätten nur Befürchtungen bestanden.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs komme es auf die Kenntnis des gesamten Aufsichtsrats an, nicht auf die einzelner Mitglieder.

3.) Die Pflichtverletzungen des Klägers ergäben sich aus dem Sonderprüfungsbericht.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung hat keinen Erfolg. Sie ist zwar zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 511 Abs. 1, 2 Nr. 1, 517, 519, 520 ZPO). Sie ist aber in der Sache unbegründet. Denn das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

1.) Soweit die Beklagte nach Ablauf der Berufungserwiderungsfrist gegen die Zulässigkeit erstmals im zweiten Rechtszug geltend macht, dass der Kläger im Passivrubrum seiner Klage unrichtigerweise den neuen Geschäftsführer der Beklagten als gesetzlichen Vertreter angebe, während richtigerweise die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit gegenüber ihrem früheren Geschäftsführer durch ihren Aufsichtsrat vertreten werden müsse, ist dieser Einwand unbegründet. Denn der Aufsichtsrat der Beklagten hat die Vertretung durch den neuen Geschäftsführer konkludent genehmigt (§ 547 Nr. 4 ZPO). Eine konkludente Genehmigung ist insoweit möglich (BGH NJW 1999, 3263 f.). Sie ergibt sich im vorliegenden Fall daraus, dass der Aufsichtsrat in Kenntnis der Vertretungssituation

beschlossen hat, im Verlaufe des Prozesses weitere Kündigungsgründe nachzuschieben. Dies ergibt sich aus den Aufsichtsratsbeschlüssen vom 09.11.2005 (Anlagenordner Bl. 406) und 31.01.2007 (Anlagenordner Bl. 497) und den dazugehörigen Protokollen vom 08.11.2005 (Anlagenordner Bl. 408 ff.) und 31.01.2007 (Anlagenordner Bl. 493 ff.).

2.) Die Kündigung leidet nicht an Formfehlern ihres Zustandekommens. Der Aufsichtsrat hat sie am 28.11.2004 ordnungsgemäß beschlossen und den Landrat als Vertreter des Alleingeschafters Landkreis mit ihrer Bekanntgabe an den Kläger beauftragt. Das ergibt sich aus dem vorgelegten Aufsichtsratsbeschluss (Anlage B4, Anlagenordner Blatt 10 ff.). Dementsprechend hat der Landrat die Kündigung auch ausgesprochen (Kündigungsschreiben vom 29.11.2004, Anlage B1, Anlagenordner Bl. 1 ff.).

3.) Die Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist eingehalten. Insoweit mutmaßt der Kläger nur, dass die Aufsichtsratsvorsitzende D schon weit mehr als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung von den Kündigungsgründen Kenntnis gehabt haben müsse, weil andernfalls der Sonderprüfungsauftrag an den Wirtschaftsprüfer nicht zu erklären wäre.

Gerechtfertigt ist vielmehr umgekehrt die Annahme, dass normalerweise keine kostspielige Sonderprüfung in Auftrag gegeben wird, wenn die Fakten bereits bekannt sind. Ihr Auslöser ist im Regelfall ein begründeter Verdacht, der aber noch keine Kenntnis begründet. Maßgebend ist nach neuerer Rechtsprechung auch die Kenntnis des gesamten Aufsichtsrats, nicht die eines einzelnen Mitglieds (BGHZ 139, 89; BGH NJW-RR 2002, 173 f.). Diese lag erst am 28.11.2004 vor, als der Aufsichtsrat vom Sonderprüfungsergebnis durch den Wirtschaftsprüfer H unterrichtet worden ist (Protokoll vom 28.11.2004, Anlagenordner Bl. 10 ff.).

4.) Anhaltspunkte für sonstige Formfehler des Aufsichtsratsbeschlusses sind nicht ersichtlich.

5.) Entgegen der Ansicht des Klägers hat das Landgericht auch die Beweislast nicht verkannt. Die Ausführungen auf Seite 14 des Urteils, wonach der Kläger "nicht bewiesen habe, dass er die gebotene Sorgfalt beachtet und durch sein Verhalten keine Pflichten verletzt habe", bezieht sich ersichtlich auf den Gegenbeweis. Andernfalls ergäbe die Vernehmung der von der Beklagten benannten Zeugen gar keinen Sinn. Aus dieser Verfahrensweise ergibt sich, dass das Landgericht die Beweislast für den Hauptbeweis zutreffend bei der Beklagten gesehen hat. Dementsprechend hat es den Beweis als durch den Sonderprüfungsbericht und die Zeugen erbracht angesehen.

6.) Der Kläger hat seine Pflichten als Geschäftsführer in einer Weise verletzt, die eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigte. Denn er hat kein Kontrollsystem zur Unterbindung von Scheinrechnungen eingerichtet. Hierbei kann dahinstehen, ob die Scheinrechnungen aus sich heraus als solche erkennbar waren. Denn darauf kommt es nicht an. Maßgeblich ist, dass er kein Kontrollsystem installiert hat, das es ermöglichte, das Fehlen der in Rechnung gestellten Lieferungen und Leistungen unabhängig von den Formalien der ausgestellten Rechnungen aufzudecken. Hierbei verkennt er schon grundlegend seine Pflichten als Geschäftsführer in zweierlei Hinsicht, nämlich zum einen als Geschäftsführer der Muttergesellschaft eines Konzerns, zu anderen im Verhältnis zu dem zusammen mit ihm tätigen weiteren Geschäftsführer F. Denn er trägt vor, zu einer Überwachung des Geschäftsführers bzw. späteren Prokuristen F nicht verpflichtet gewesen zu sein.

Dem Geschäftsführer der Muttergesellschaft obliegt aber sehr wohl die Überwachung der Tochtergesellschaften (Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 RdNr. 47 ff., 418 ff.). Ohne ein entsprechendes Kontrollsystem besteht gar keine Möglichkeit, Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen in Erfahrung zu bringen. Der Kläger kann sich daher nicht damit entlasten, keine Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen des Geschäftsführers F gehabt zu haben.

Im vorliegenden Fall bildeten die Beklagte, die Servicegesellschaft und die Seniorenpflegegesellschaft einen Konzern. Dieser ist in § 18 AktG definiert. Der dort verwendete Unternehmensbegriff meint auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Aufl. 2005, § 29 I; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl. 2008, § 15 RdNr. 6 ff.). Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden Unternehmen einen Konzern, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Nach Satz 3 wird von einem abhängigen Unternehmen vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Diese Voraussetzung liegt hier vor. Denn nach § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Im vorliegenden Fall ist die Beklagte sowohl an der

Servicegesellschaft als auch an der Seniorenpflegegesellschaft mehrheitlich beteiligt (s. oben). Zwar liegt insoweit kein sog. Vertragskonzern vor, weil die beteiligten Gesellschaften weder einen Beherrschungsvertrag noch einen Gewinnabführungsvertrag im Sinne von § 291 AktG abgeschlossen haben. Nur auf diese Weise kann ein Vertragskonzern begründet werden (Rosenbach, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl. 2002, § 17 RdNr. 13; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, Schlussanhang Konzernrecht, RdNr. 45). Im vorliegenden Fall handelt es sich vielmehr um einen sog. faktischen Konzern, weil der Mehrheitsgesellschafter – hier die Beklagte – aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung die Tochtergesellschaften faktisch beherrscht (Rosenbach, a. a. O., § 17 RdNr. 140, 149).

Im Konzern obliegt dem Geschäftsführer der Muttergesellschaft die Überwachung der Tochtergesellschaften (Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 RdNr. 47 ff., 418 ff.; Zöllner, a. a. O., RdNr. 160; Zeidler, in: Michalski, GmbHG, Band I, 2002, Syst. Darst. 4 RdNr. 233).

Des Weiteren besteht bei mehreren Geschäftsführern eine wechselseitige Überwachungspflicht (Goette, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, 1997, § 8 RdNr. 41 m. w. N., 48, 118 m. w. N.).

Dies gilt jedenfalls bei grundlegenden Pflichten, wie der Buchführungspflicht. Diese gehört zum Aufgabenkreis der Geschäftsführer, die alle hierfür verantwortlich sind, auch im Falle einer Aufgabenteilung (Sudhoff, Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH und einer GmbH & Co., 14. Aufl. 1994, Seite 73 f. m. w. N.; Langseder, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl. 2002, § 9 RdNr. 1 ff.). Einen beauftragten Buchhalter müssen sie fortlaufend überwachen (Sudhoff, a. a. O.). Die Buchführung muss ordnungsgemäß sein (Sudhoff, a. a. O.). Dies beurteilt sich nach §§ 238 ff. HGB (Sudhoff, a. a. O.). Dementsprechend muss der Warenein- und -ausgang aufgezeichnet werden, damit der Warenbestand nach § 266 HGB in der Bilanz erfasst werden kann. Er muss anhand von Belegen nachvollzogen und geprüft werden können (Langseder, a. a. O., RdNr. 7). Die Buchungsbelege müssen zehn Jahre lang aufbewahrt werden (Langseder, a. a. O., RdNr. 15). Soweit Dienstleistungen bezogen und bezahlt werden, sind diese als "Verbindlichkeiten aus Leistungen" zu verbuchen (§ 266 HGB). Auch sie müssen anhand von Belegen nachvollzogen und geprüft werden können.

Gegen diese Pflichten ist bei der Servicegesellschaft verstoßen worden, deren Geschäftsführer der Kläger und V F waren. Denn es sind Scheinrechnungen bezahlt worden, ohne die Verpflichtung hierzu anhand von Belegen zu überprüfen.

Dies ergibt sich aus dem als Anlage B5 (Anlagenordner Bl. 15 ff.) vorgelegten Sonderprüfungsbericht des Wirtschaftsprüfers S H, dessen Richtigkeit der Wirtschaftsprüfer auch als Zeuge bestätigt hat (Sitzungsprotokoll vom 08.06.2006, Seite 7 ff. = Bl. II/386 ff.) und dem Sitzungsprotokoll vom 10.11.2006, Seite 5 f. = Bl. III/516 f.).

Danach handelt es sich um folgende Vorgänge:

a.) Ausstellung von Scheinquittungen für angebliche Mitarbeiterpräsente (Sonderprüfungsbericht Seite 14):

Diese sind nach den Angaben des Mitarbeiters der Servicegesellschaft, K, der vom Wirtschaftsprüfer H befragt worden ist, sowie nach den Angaben des als Zeugen befragten Wirtschaftsprüfers H von der Servicegesellschaft ausgestellt worden, für die Lieferung angeblicher Mitarbeiterpräsente an die Beklagte. Tatsächlich sind aber keine Mitarbeiterpräsente an die Beklagte geliefert worden. Die den Quittungen angeblich zugrundeliegenden Zahlungen sind bei der Servicegesellschaft auch nicht als Einnahmen verbucht worden. Tatsächlich hat die Beklagte auch keine Mitarbeiterpräsente an die Servicegesellschaft bezahlt, sondern anstelle von Präsenten pflichtwidrig Barzahlungen an die Mitarbeiter geleistet. Hierfür sind pflichtwidrig weder Lohnsteuer noch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden. Der Mitarbeiter K hat dem Wirtschaftsprüfer erklärt, die Scheinquittungen der Servicegesellschaft auf Anweisung des Klägers ausgestellt zu haben. Es existieren Quittungsblöcke des Mitarbeiters K. Für die Jahre 2000 bis 2004 summieren sich die Scheinquittungen auf 3.683,66 EUR.

b.) Scheinrechnung der Fa. M vom 11.10.2000 über 3.000 DM (Sonderprüfungsbericht Seite 17):

Nach dem Sonderprüfungsbericht Seite 15 war V F auch Geschäftsführer der Firma M, einer Briefkastenfirma, die

Lieferungen der Firma D mit einem Aufschlag von 7% an die Servicegesellschaft weiterberechnet hat. Der spätere Geschäftsführer der Firma M, M H, bestätigte in einem Schreiben vom 08.12.2004 (Anlagenordner Bl. 68), dass die Rechnung vom 11.10.2000 (Anlagenordner Bl. 69), die weder eine Rechnungsnummer noch eine Kundennummer enthält, eine Scheinrechnung ist.

Ob der Rechnung eine Lieferung zugrundelag, ist auch unter einem anderen Gesichtspunkt nicht mehr nachprüfbar. Denn der Sonderprüfungsbericht hat offenbart, dass bei der Servicegesellschaft Lieferscheine nur drei bis sechs Monate aufbewahrt worden sind, während nach § 147 Abgabenordnung eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren vorgeschrieben ist. Deshalb ist der Wareneingang bei der Servicegesellschaft nicht mehr nachprüfbar.

c.) Scheinrechnungen der Firma D an Servicegesellschaft vom 09.08.2001 über 6.422,10 DM, vom 05.10.2001 über 6.597,56 DM und vom 01.03.2001 über 23.280 DM (Sonderprüfungsbericht Seite 17):

Ab März 2001 rechnete die Firma D direkt gegenüber der Servicegesellschaft ab (Sonderprüfungsbericht Seite 16).

Der Innenrevisor der Firma D, E O, bestätigte gegenüber dem Wirtschaftsprüfer H am 07.01.2005 (Aktennotiz, Anlagenordner Bl. 72), dass diesen Rechnungen keine Lieferungen zugrundeliegen, vielmehr es sich um Scheinrechnungen handelt.

d.) Scheinrechnungen der Firma M M TV an Servicegesellschaft vom 06.12.2000 über 1.380,49 Euro, vom 06.12.2000 über 1.175,97 Euro, vom 16.02.2001 über 3.325,80 Euro, vom 20.03.2001 über 1.789,52 Euro, vom 19.07.2002 über 4.800 Euro, vom 21.02.2003 über 3.100 Euro, vom 13.02.2003 über 2.900 Euro, vom 28.04.2003 über 4.800 Euro, und vom 02.06.2004 über 3.800 Euro (Sonderprüfungsbericht Seite 18):

Der Innenrevisor der Firma D, E O, bestätigte gegenüber dem Wirtschaftsprüfer H am 17.11.2005 (handschriftliche Aktennotiz des E O, Anlagenordner Bl. 97), dass diesen Rechnungen keine Lieferungen zugrundeliegen, vielmehr es sich um Scheinrechnungen handelt. V F habe die Rechnungsbeträge in bar ausgezahlt bekommen, das Geld aber nicht an die Firma M M TV weitergeleitet.

e.) Rechnung des TUI R an Servicegesellschaft vom 22.05.2001 (Sonderprüfungsbericht Seite 20, Anlagenordner Blatt 103, 104):

Insoweit hat der Wirtschaftsprüfer festgestellt, dass eine Privatreise der Familien F und B als Gruppenreise des Vereins W 07 G deklariert worden ist. Die Servicegesellschaft habe daher eine Privatreise finanziert und die Reiserechnung als Sponsoringrechnung verbucht.

f.) Scheinrechnung des THC (T H C) vom 22.05.2001 (Sonderprüfungsbericht Seite 21):

Auch insoweit haben die Ermittlungen des Wirtschaftsprüfers ergeben, dass es sich um eine Scheinrechnung gehandelt hat, die vom THC nicht ausgestellt worden ist. Der Betrag ist zwar an V F ausgezahlt worden, aber beim THC nicht eingegangen.

g.) Scheinrechnungen der Firma G R an Servicegesellschaft vom 22.12.2001 über 2.802,39 Euro, vom 08.12.2003 über 2.296,80 Euro, vom 08.12.2003 über 2.380 Euro, vom 28.12.2003 über 2.111,20 Euro, vom 28.12.2003 über 2.610 Euro, vom 29.01.2004 über 2.378 Euro und vom 29.01.2004 über 2.401,20 Euro (Sonderprüfungsbericht Seite 28 f.):

Insoweit hat der Wirtschaftsprüfer durch Befragung des Inhabers der Firma R, T R, festgestellt, dass diesen Rechnungen keine Leistungen zu Grunde liegen. T R habe diese Rechnungen auf Drängen von V F ausgestellt und 70% des Nettobetrags an V F ausgezahlt. T R habe in einem notariellen Schuldanerkenntnis vom 22.11.2004 anerkannt, der Servicegesellschaft 14.177,20 Euro zu schulden.

h.) Rechnung des Reisebüros S vom 27.07.2004 über 3.400 Euro (Sonderprüfungsbericht Seite 29):

Der Wirtschaftsprüfer hat durch Befragung des Reisebüros S festgestellt, dass diese Rechnung dort nicht bekannt ist und eine Scheinrechnung darstellt. V F habe diese Rechnung namens der Servicegesellschaft in bar bezahlt. Bei dem Reisebüro S sei diese Rechnung aber weder gebucht noch bar bezahlt worden. Eine Forderung des Reisebüros gegen die Servicegesellschaft bestehe nicht.

i.) Scheinrechnungen der Firma PSC (P-S-C) H vom 04.09.2004 und 23.09.2004 (Sonderprüfungsbericht Seite 29, Anlagenordner Blatt 198 f.):

Insoweit hat der Wirtschaftsprüfer durch Befragung des Mitarbeiters der Servicegesellschaft, K, festgestellt, dass diesen Rechnungen kein Wareneingang zu Grunde liegt.

7.) Die Angaben des Zeugen H zu den Scheinrechnungen sind durch die Angaben des Zeugen K nicht widerlegt. Seine Angaben, wonach der Aufbau eines Kontrollsystems in einer Firma wie der Servicegesellschaft zwei bis drei Jahre dauere, können den Senat nicht überzeugen. Vielmehr kann eine Wareneingangskontrolle anhand von Lieferscheinen, die in ein Wareneingangsbuch einzutragen sind, auch kurzfristig eingerichtet werden. Für eingekaufte Dienstleistungen gilt dasselbe. Im Übrigen stand dem Kläger seit seiner Berufung zum Geschäftsführer und seit Gründung der Servicegesellschaft im Jahre 1999 genügend Zeit zur Verfügung, um ein geeignetes Kontrollsystem einzurichten. Dazu verpflichtet auch die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, zu deren Einhaltung der Kläger verpflichtet war (s. oben).

Im Übrigen nimmt der Senat auf die zutreffende Beweiswürdigung des Landgerichts Bezug, die mit der Berufung nicht angegriffen wird. Der Kläger macht mit der Berufung auch nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO geltend, dass etwaige von ihm benannte Beweise verfahrensfehlerhaft übergangen worden seien. Der Senat vermag hinsichtlich des Komplexes "Scheinrechnungen" auch keine konkreten Anhaltspunkte zu erkennen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen könnten (§ 529 Abs. 1 ZPO).

8.) Es war entbehrlich, vor Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Kläger eine Abmahnung auszusprechen. Denn ein Geschäftsführer einer GmbH bedarf keiner Hinweise darauf, dass er die Gesetze und die Satzung der Gesellschaft zu achten und seine organschaftlichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen hat (BGH NJW-RR 2002, 173 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 626 RdNr. 18 m. w. N.). Die Wirksamkeit der Kündigung seines Dienstvertrags aus wichtigem Grund setzte deswegen eine vorherige Abmahnung nicht voraus (BGH, a. a. O.).

9.) Die vom Landgericht vorgenommene Interessenabwägung im Rahmen von § 626 BGB ist nicht zu beanstanden. Denn der Kläger hat nachhaltig elementare betriebswirtschaftliche Pflichten verletzt, die ihn für das übertragene Amt als ungeeignet erscheinen lassen. Soweit Scheinrechnungen bezahlt worden sind, ist der entstandene Schaden im Sonderprüfungsbericht aufgezeigt und von dem Zeugen H bestätigt worden. Derartige Entwicklungen können auch im Hinblick auf das Alter des Klägers und die restliche Laufzeit seines Dienstvertrags nicht hingenommen werden. Die frühzeitige Vernichtung der Lieferscheine hätte der Kläger bereits bei einer einfachen Innenrevision erkennen können, deren Unterbleiben nur als grob nachlässig angesehen werden kann. Damit ist die gesamte Ordnungsmäßigkeit der Buchführung in Frage gestellt. Die Nachprüfung der Berechtigung weiterer Lieferantenrechnungen ist dadurch erheblich erschwert. Der Kläger hat durch sein Unterlassen gezeigt, dass er grundlegende Pflichten nicht wahrnimmt und angesichts der Größe des Unternehmens erhebliche finanzielle Risiken einzugehen bereit ist. Darauf braucht sich die Beklagte nicht durch ein Fortbestehenlassen des Dienstvertrags einzulassen. Das kann ihr nicht zugemutet werden. Soweit der Kläger eigene Verdienste um das Unternehmen der Beklagten darlegt, können diese einerseits angesichts des ihm gezahlten Monatsgehalts erwartet werden, andererseits seine Pflichtverletzungen nicht ungeschehen machen.

10.) Da bereits der Komplex "Scheinrechnungen" die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, kann dahinstehen, ob auch die weiteren von der Beklagten geltend gemachten Kündigungsgründe zu deren Rechtfertigung ausreichen. Es braucht daher hierüber kein Beweis erhoben zu werden. Ferner kann dahinstehen, ob die nachgeschobenen Verdachtsgründe die Kündigung ebenfalls rechtfertigen. Es brauchen daher nicht die Ermittlungsakten beigezogen zu werden. Ebensowenig brauchen die Akten des Klageverfahrens der Fa. F beigezogen zu werden.

11.) Da der Dienstvertrag zwischen den Parteien bereits durch die außerordentliche Kündigung vom 29.11.2004 mit sofortiger Wirkung wirksam beendet worden ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob er auch durch die gleichzeitig hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 31.03.2005 beendet worden ist.

Der nachgereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 28.07.2009 rechtfertigt keine andere Beurteilung und gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§§ 296 a, 156 ZPO).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1, 2, 709 S. 2 ZPO.

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