OLG München, Endurteil v. 03.05.2023 – 7 U 2865/21

Titel:

Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrags - sofortige Zurückweisung

Normenketten:

BGB § 174, § 252, § 307
GmbHG 38 Abs. 1, § 46 Nr. 5

Leitsätze:

1. Besteht die Gesellschafterversammlung einer GmbH nur aus einer Person, bedarf es für die Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrags keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses; vielmehr kann der Alleingesellschafter durch seine Vertretungsberechtigten jederzeit formlos Beschluss fassen und diesen durch das Kündigungsschreiben dokumentieren. (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)
2. Besteht die Gesellschafterversammlung einer GmbH allein aus einer Alleingesellschafterin in der Rechtsform einer juristischen Person, die ihrerseits durch mehrere Personen vertreten wird, können diese Vertreter durch sukzessive Abgabe von Willenserklärungen einen (formlosen) Beschluss der Alleingesellschafterin zustande bringen, wobei allein entscheidend ist, dass die Vertreter im Zeitpunkt ihrer jeweils eigenen Willenserklärung jeweils Vertretungsmacht hatten. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)
3. § 174 BGB gilt nicht bei der Vertretung durch ein bestelltes Vertretungsorgan (Geschäftsführer) einer GbmH und / oder durch einen Prokuristen, da in diesen Fällen die Vertretungsmacht durch Eintragung ins Handelsregister öffentlich kundgetan ist. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)
4. Die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Vollmachtsvorlage trägt der Vollmachtgeber, während Darlegung und ggf. Beweis der unverzüglichen Zurückweisung dem Erklärungsempfänger obliegen. (Rn. 44) (redaktioneller Leitsatz)
5. Das Merkmal der Unverzüglichkeit ist in § 174 BGB wie in § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Erforderlich ist also nicht eine sofortige Zurückweisung, dem Erklärungsempfänger ist eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung von Rechtsrat einzuholen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)
6. Eine Beschränkung der variablen Vergütung in einem Geschäftsführerdienstvertrag auf die Dauer der Bestellung zum Geschäftsführer verstößt gegen den in § 38 Abs. 1 GmbH verkörperten Grundgedanken des GmbH-Rechts, wonach ein Geschäftsführer zwar jederzeit abberufen werden kann, die Abberufung als solche aber keinen Einfluss auf seinen Vergütungsanspruch hat, und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam. (Rn. 89) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

GmbH, Geschäftsführer, Geschäftsführerdienstvertrag, Variable Vergütung, Gesellschafterversammlung, Kündigung, formloser Beschluss, Vertretung, Vollmachtsvorlage, Sofortige Zurückweisung

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 28.04.2021 – 8 HK O 6291/20

Fundstellen:

NWB 2023, 3058
GmbHR 2023, 1098
NZA-RR 2023, 417
RFamU 2024, 28
LSK 2023, 9177
DStR 2023, 2455
NZA 2023, 1464
NZG 2023, 1599

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 28.4.2021 (Az.: 8 HK O 6291/20) wird zurückgewiesen.

2. Die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das genannte Urteil wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Zinsentscheidung lautet: „in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 22.656,14 € seit dem 1.4.2020, aus weiteren 22.656,14 € seit dem 1.5.2020 und aus weiteren 108.260,58 € seit dem 8.5.2020“. Das genannte Urteil wird aufgehoben, soweit es weitergehende Zinsen zuerkannt hat, und die Klage insoweit abgewiesen.

3. Von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 72% und die Beklagte zu 1 28% zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren hat die Beklagte zu 1 28% zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 im Berufungsverfahren hat die Klägerin 46% zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 im Berufungsverfahren hat die Klägerin zu tragen. Im übrigen haben alle Parteien ihre außergerichtlichen Kosten im Berufungsverfahren selbst zu tragen.

4. Dieses Urteil und das angegriffene Urteil, soweit es noch Bestand hat, sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird bis zum 18.1.2023 auf 545.461,90 € und für die Zeit danach auf 282.084,28 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

1
Die Parteien streiten um Ansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung der Tätigkeit der Klägerin als Geschäftsführerin der Beklagten.

2
Die Klägerin war zur Geschäftsführerin beider Beklagter bestellt. Alleingesellschafterin beider Beklagter ist die U. Holding GmbH. Konzernobergesellschaft ist die (niederländische) R. G. S. BV.

3
Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 bestand der als Anlage K 1 vorgelegte Geschäftsführer-Dienstvertrag, der auszugsweise den folgenden Inhalt hat:

3. Vergütung

4
3.1 Der Geschäftsführer hält [sic!] ein Jahresgrundgehalt von EUR 190.000,- € brutto, welches in zwölf gleichen Raten zum Ende eines jeden Monats ausgezahlt wird.

5
3.2 Darüber hinaus erhält der Geschäftsführer während der Dauer seiner Bestellung ein variables Jahresgehalt. Die Höhe des variablen Jahresgehalts ist abhängig von der Erreichung von Zielen, die von der Gesellschaft vor Beginn des Jahres, auf das sich das variable Jahresgehalt bezieht, in Abstimmung mit dem Geschäftsführer festgelegt werden. Eine Änderung der zuvor bestimmten Ziele, die einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe der variablen Vergütung haben kann, ist während des Jahres, auf das sich das variable Gehalt bezieht, nur mit Zustimmung des Geschäftsführers möglich. …

4. Sonstige Leistungen.

6
4.1 Die Gesellschaft stellt dem Geschäftsführer einen angemessenen Dienstwagen zur Verfügung (z.B. Audi A6 durchschnittlicher Ausstattung), der auch für private Zwecke genutzt werden kann. Steuern, die aufgrund der Privatnutzung anfallen, trägt der Geschäftsführer. Bei einer Freistellung des Geschäftsführers oder seiner Abberufung ist der Dienstwagen am Sitz der Gesellschaft herauszugeben, ohne dass insoweit

ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich des in der Privatnutzung liegenden geldwerten Vorteils besteht. … Hinsichtlich der weiteren Regelungen des Dienstvertrages wird auf Anlage K 1 Bezug genommen. – Das monatliche Grundgehalt der Klägerin betrug zuletzt 22.270,- € zuzüglich eines Arbeitgeberanteils an vermögenswirksamen Leistungen in Höhe von 20,- €, eines Zuschusses zur privaten Krankenversicherung in Höhe von 338,- € und eines Zuschusses zur privaten Pflegeversicherung in Höhe von 28,14 €, mithin zusammen 22.656,14 €. Der geldwerte Vorteil der Privatnutzung des Dienstwagens betrug monatlich 829,- €.

7
Ursprünglich bestand auch ein Dienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 (Anlage K 13). Dieser wurde nach der Rechtsauffassung der Beklagten durch eine dreiseitige Vereinbarung zwischen den Parteien vom 19.8.2013 aufgehoben und durch den Dienstvertrag mit der Beklagten zu 1 gemäß Anlage K 1 ersetzt. Die Klägerin hält diese Vereinbarung mangels wirksamer Vertretung der Beklagten für unwirksam.

8
Am 23.7.2019 übermittelte die G. R. S. BV der Klägerin das als Anlage K 16 vorgelegte Schreiben. Diesem war als Annex 1 die sogenannte „Scorecard 2019“ beigefügt, mit der die von der Klägerin im Geschäftsjahr 2019 zu erreichenden Ziele und das für den Fall der Zielerreichung der Klägerin zustehende variable Jahresgehalt 2019 festgelegt werden sollten. Als Jahresziele sind dabei ein EBITDA von „€ 12.074 million“ und eine Conversion ratio von 26% genannt. Dabei war als Untergrenze bei einer Zielerreichung von 95% EBITA und -2% Conversion ratio (gemeint wohl also 24%) ein Mindestbonus von 60.560,- €, bei einer Zielerreichung von 100% EBITDA und 100% Conversation ratio ein Bonus von 106.870,- € und bei mindestens 105% EBITDA und +2% Conversion ratio (also wohl 28%) ein Höchstbonus von 235.114 € vorgesehen. Hinsichtlich der Einzelheiten des genannten Schreibens nebst Annexen wird auf Anlage K 16 Bezug genommen.

9
Die U. Holding GmbH kann nach ihrer Satzung vertreten werden durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen. Am 6.8.2019 waren jedenfalls Herr R. Z. als Geschäftsführer und der Zeuge Ni. als Prokurist der U. Holding GmbH bestellt und auch als solche ins Handelsregister eingetragen (vgl. Auszug aus dem Handelsregister, Anlage B 4).

10
Im Rahmen einer Besprechung am 6.8.2019 überreichten die Zeugin No. und der Zeuge M. K. das Schreiben gemäß Anlage K 3, in welchem der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 gemäß Anlage K 1 ordentlich zum Ablauf des Februars 2020 gekündigt wurde. Das Schreiben schließt mit dem Vermerk „für die Gesellschafterin U. Holding GmbH“ und trägt die Unterschriften des Geschäftsführers Z. (unter dem Datum 1.8.2019) und des Zeugen M. („ppa“ unter dem Datum 6.8.2019). Hinsichtlich des genauen Inhalts des Kündigungsschreibens wird auf Anlage K 3 Bezug genommen.

11
Zusammen mit dem Schreiben gemäß Anlage K 3 wurde der Klägerin jedenfalls die erste Seite des Schreibens gemäß Anlage B 2 übergeben. Zwischen den Parteien ist streitig, ob auch die zweite Seite des Schreibens, wie es sich aus Anlage B 2 ergibt, übergeben wurde; die Klägerin bestreitet dies.

12
Anlage B 2 ist ein unter dem Briefkopf „U. “ und dem Datum 6.8.2019 ausgefertigtes, an den Zeugen M. gerichtetes und mit „Prokuraerteilung“ überschriebenes Schriftstück, in dem es auszugsweise heißt:

13
… wir erteilen ihnen hiermit Gesamtprokura. Sie sind befugt, die U. Holding GmbH zusammen mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu vertreten. … Die vorerwähnte Seite 2 des Schreibens (deren Übergabe an die Klägerin streitig ist) trägt die Unterschrift des Geschäftsführers Z. sowie „ppa“ einer weiteren Person, bei der es sich nach dem bestrittenen Beklagtenvortrag um den Zeugen Ni. handeln soll. – Hinsichtlich des genauen Inhalts des Schreibens wird auf die Anlage B 2 Bezug genommen. – Der Zeuge M. wurde am 11.10.2019 als Prokurist der U. Holding GmbH ins Handelsregister eingetragen (vgl. Anlage B 4).

14

Mit Schreiben vom 12.8.2019 (Anlage K 9), vorab übermittelt per Fax und Email, wies die nunmehrige Klägervertreterin namens der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 die Kündigung mangels ausreichender Vollmachtsvorlage zurück und bot die Arbeitskraft der Klägerin an.

15
Mit Anwaltsschreiben vom 16.8.2019 (Anlage K 10) übermittelten die nunmehrigen Beklagtenvertreter an die Klägervertreterin ein von den Herren Z. und M. unterschriebenes Schreiben der Erstbeklagten, das mit dem 14.8.2019 datiert ist und namens der Gesellschafterversammlung der Erstbeklagten die Abberufung der Klägerin als Geschäftsführerin und ihre sofortige Freistellung von der Pflicht zur Dienstleistung enthielt. Letztgenanntes Schreiben wurde nach dem Vortrag der Beklagten ferner bereits am 15.8.2019 in den Hausbriefkasten der Klägerin eingeworfen.

16
Mit Schreiben vom 22.8.2019 (Anlage K 17), vorab übermittelt per Fax und Email, wies die Klägervertreterin auch die Abberufung und Freistellung der Klägerin mangels ausreichender Vollmachtsvorlage zurück und bot erneut die Arbeitskraft der Klägerin an.

17
Am 10.3.2020 gab die Klägerin den ihr überlassenen Dienstwagen zurück.

18
Die Klägerin hält die Kündigung zum 29.2.2020 für unwirksam, so dass ihr jedenfalls das monatliche Grundgehalt in Höhe von je 22.656,14 € für die Monate März und April 2020 zustehe. Ferner habe sie Anspruch für den unberechtigten Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens ab 10.3.2020. Schließlich stehe ihr ein Betrag in Höhe von 235.114,- € als variable Vergütung für das Kalenderjahr 2019 zu.

19
Hilfsweise stünden ihr entsprechende Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 zu, weil ihr Dienstverhältnis zur Beklagten zu 2 nie wirksam aufgehoben worden sei.

20
Die Klägerin hat beantragt,

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin Euro 282.084,28 brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von Euro 258.599,14 seit dem 01.04.2020 und aus weiteren Euro 23.485,14 seit dem 01.05.2020 zu zahlen.

2. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht feststellen sollte, dass das Anstellungsverhältnis der Klägerin bei der Beklagten zu 1) wirksam zum 28.02.2020 beendet wurde: Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin Euro 263.377,62 € brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von Euro 249.45,81 seit dem 01.04.2020 und aus weiteren Euro 14.131,81 seit dem 01.05.2020 zu zahlen.

21
Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

22
Das Landgericht hat der Klägerin auf den Klagantrag 1 hin einen Betrag von 153.572,86 € nebst gestaffelten Zinsen zuerkannt und die weitergehende Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen. Über Klagantrag 2 hat das Landgericht keine Entscheidung getroffen, weil es der Auffassung war, die Bedingung, unter der der Antrag gestellt war, sei nicht eingetreten. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen.

23
Die Klägerin hat zunächst form- und fristgerecht Berufung in Richtung gegen beide Beklagte eingereicht und ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt, soweit ihnen nicht entsprochen wurde. Im Termin vor dem Senat vom 18.1.2023 hat sie sodann die Berufung in Richtung gegen die Beklagte zu 2 zurückgenommen. Die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) erstrebt mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung die Abweisung der Klage insgesamt.

24

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu

1) unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 28.04.2021, Az. 8 HK O 6291/20 zu verurteilen, an die Klägerin weitere 128.244,01 Euro brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus 128.244,01 Euro seit dem 01.04.2020 zu zahlen.

25
Die Beklagte zu 1 beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I vom 28. April 2021, Az. 8 HK O 6291/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

26
Die Klägerin und die Beklagte zu 1) beantragen jeweils,

das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

27
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen E. No., F. Ni. und G. M. im Termin vom 18.1.2023. Hinsichtlich der Angaben der Zeugen wird auf die Sitzungsniederschrift (Bl. 290 ff. der Akten) Bezug genommen.

B.

28
Die Berufung der Klägerin erweist sich, soweit über sie noch zu entscheiden war, als unbegründet. Die Berufung der Beklagten hat nur hinsichtlich der zuerkannten Zinsen in geringem Umfang Erfolg.

29
I. Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin Dienst- bzw. Annahmeverzugsvergütung für die Monate März und April 2020 in Höhe von je 22.656,14 € (also zusammen 45.092,28 €) nebst Zinsen ab 1.4. bzw. 1.5.2020 zuerkannt. Klarzustellen ist, dass es sich – entsprechend dem Antrag der Klägerin, § 308 ZPO – um Bruttobeträge handelt.

30
1. Die Kündigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses zwischen den Parteien vom 1./6.8.2019 seitens der Erstbeklagten (Anlage K 3) erweist sich als unwirksam, so dass dieses Dienstverhältnis im streitgegenständlichen Zeitraum (März / April 2020) fortbestand.

31
a) Zwar erfolgte die Kündigung formal ordnungsgemäß durch die U. Holding GmbH, die dabei auch grundsätzlich wirksam vertreten wurde.

32
Die Kündigung eines Geschäftsführer-Dienstverhältnisses obliegt bei der GmbH der Gesellschafterversammlung. Dies folgt nach allgemeiner Ansicht als Annexkompetenz aus der Kompetenz der Gesellschafterversammlung für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern (§ 46 Nr. 5 GmbHG; vgl. auch § 7 Abs. 3 der Satzung der Beklagten zu 1) [Anl. K 4]). Damit oblag die Kündigung der U. Holding GmbH als Alleingesellschafterin der Beklagten zu 1).

33
Besteht die Gesellschafterversammlung nur aus einer Person (hier: U. Holding GmbH), bedarf es für die Kündigung keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses oder gar dessen Beifügung zum Kündigungsschreiben; vielmehr kann der Alleingesellschafter durch seine Vertretungsberechtigten jederzeit formlos Beschluss fassen und diesen durch das Kündigungsschreiben dokumentieren (BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00, Rz. 6; Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07, Rz. 13). Voraussetzung für die Wirksamkeit der gegenständlichen Kündigung ist daher, dass die U. Holding GmbH bei dem am 6.8.2019 an die Klägerin übergebenen Kündigungsschreiben vom 1./6.8.2019 wirksam vertreten wurde.

34

Die U. Holding GmbH kann nach ihrer Satzung unstreitig vertreten werden durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen. Unterschrieben haben das Schreiben Herr R. Z. sowie der Zeuge M. Unstreitig war Herr Z. im fraglichen Zeitraum Geschäftsführer der U. Holding GmbH. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war der Zeuge M. im Zeitpunkt seiner Unterschrift am 6.8.2019 auch wirksam zum Prokuristen der U. Holding GmbH bestellt.

35
Die Prokura ist eine vertypte Form der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht (Vollmacht) und wird erteilt nach allgemeinen Regeln; genügend ist hiernach jedenfalls eine entsprechende (ausdrückliche, aber im übrigen formlose) Willenserklärung des Inhabers des Handelsgeschäfts gegenüber dem Prokuristen (§§ 167 BGB, 48 HGB); die Eintragung der Prokura ins Handelsregister ist insoweit nicht konstitutiv. Herr M. hatte also Prokura für die U. Holding GmbH, wenn eine solche Willenserklärung ihm gegenüber namens der Holding von für die Holding vertretungsberechtigten Personen abgegeben war. Dies ist mit dem Schreiben vom 6.8.2019 (Anlage B 2) erfolgt.

36
Das Schreiben trägt die Unterschriften des Geschäftsführers Z. und des Zeugen Ni. Von letzterem ist der Senat aufgrund der glaubhaften Angaben des Zeugen Ni., der seine Unterschrift auf der ihm vorgehaltenen Anlage B 2 wiedererkannte und an dessen Glaubwürdigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht, überzeugt. Damit ist das Schreiben, das dem Zeugen M.zugegangen sein muss, weil er es (oder zumindest dessen erste Seite) sonst nicht der Klägerin hätte übergeben können, von einem Geschäftsführer (Z.) und einem Prokuristen (Ni., der unstreitig zum Prokuristen bestellt und auch ins Handelsregister eingetragen war) unterzeichnet, so dass die U. Holding GmbH bei diesem Schreiben wirksam vertreten war.

37
Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist dieses Schreiben auch als Prokuraerteilung namens der U. Holding GmbH an den Zeugen M. auszulegen. Maßgeblich ist nach allgemeinen Grundsätzen, wie der Zeuge M. als Erklärungsempfänger das Schreiben nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte. Insoweit greift das Landgericht zu kurz, wenn es darauf abstellt, dass das Schreiben im Briefkopf nur das Logo U. trage, was mehrdeutig sei, da es mehrere Gesellschaften mit diesem Namensbestandteil gebe. Schon die Lektüre des ersten Absatzes des Schreibens („wir erteilen Ihnen … Gesamtprokura. Sie sind befugt, die U. Holding GmbH [Hervorhebung durch den Senat] zusammen mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu vertreten“) ergibt ohne jeden Zweifel, dass die Prokuraerteilung namens der Holding und für diese erfolgte; eine andere Auslegung verbot sich für die maßgebliche Person, den Erklärungsempfänger Maude.

38
Damit waren nach den obigen Ausführungen der Geschäftsführer Z. und der nunmehrige Prokurist M. am 6.8.2019 zusammen befugt, namens der U. Holding GmbH (als Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) die Kündigung des Dienstverhältnisses der Klägerin auszusprechen. Irrelevant ist, dass der Zeuge M. am 1.8.2019, als der Geschäftsführer Z. das Kündigungsschreiben unterschrieb, noch keine Vertretungsmacht hatte. Entscheidend ist vielmehr, dass er bei seiner Unterschrift am 6.8.2019 bereits zum Prokuristen bestellt war, was wie gezeigt zutrifft. Jedenfalls bei der nachfolgenden Übergabe der Kündigung (womit diese erst wirksam wurde) war die Holding wirksam vertreten.

39
Nichts anderes kann die Klägerin aus dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses herleiten. Die Gesellschafter-„Versammlung“ der Beklagten zu 1 besteht aus einer (juristischen) Person, die ihrerseits durch mehrere Personen vertreten wird. Letztere Vertreter können durch sukzessive Abgabe von Willenserklärungen einen (formlosen) „Beschluss“ der Alleingesellschafterin zustande bringen, wobei allein entscheidend ist, dass sie im Zeitpunkt ihrer jeweils eigenen Willenserklärung jeweils Vertretungsmacht hatten.

40
b) Die Kündigung ist aber dennoch unwirksam, weil die Klägerin dieses einseitige Rechtsgeschäft nach § 174 BGB unverzüglich zurückgewiesen hat.

41

aa) Die Vorschrift ist auf die gegenständliche Kündigung anwendbar. Zwar gilt die Vorschrift in der Regel nicht bei der Vertretung durch ein bestelltes Vertretungsorgan (Geschäftsführer) und / oder durch einen Prokuristen. Grund dieser Einschränkung ist jedoch, dass in diesen Fällen die Vertretungsmacht durch Eintragung ins Handelsregister öffentlich kundgetan ist (vgl. Grüneberg / Ellenberger, BGB, 82. Aufl., § 174 Rz. 4 m.w.Nachw.). Damit ist die Vorschrift hinsichtlich des ins Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers Z. nicht anwendbar, wohl aber hinsichtlich des am 6.8.2019 noch nicht in das Handelsregister eingetragenen Prokuristen M.

42
bb) Die Klägerin war nach der genannten Vorschrift zur Zurückweisung der Kündigung berechtigt. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kündigungsschreiben die Prokuraerteilung für den Zeugen M. in vollständiger Form (im Original) beigefügt war.

43
(1) § 174 BGB bezweckt die Schaffung klarer Verhältnisse im Hinblick auf die Unwirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte des vollmachtlosen Vertreters nach § 180 BGB (Grüneberg / Ellenberger, a.a.O. Rz. 1 m.w.Nachw.). Der Erklärungsempfänger soll also die Unwirksamkeit des Geschäfts ohne Rücksicht auf das tatsächliche Bestehen oder Nichtbestehen der Vertretungsmacht des Erklärenden durch Zurückweisung der Erklärung herbeiführen können, es sei denn, die Vertretungsmacht wird ihm durch die beigefügte Vollmacht im Original eindeutig nachgewiesen. Deshalb muss die Vollmacht die Befugnis des Erklärenden zur Vornahme des Rechtsgeschäfts eindeutig ergeben (Grüneberg / Ellenberger, a.a.O. Rz. 5 m.w.Nachw.). Das bedeutet für den Fall der noch nicht ins Handelsregister eingetragenen Prokura, dass der Empfänger der Erklärung des Prokuristen aufgrund der Vollmachtsurkunde beurteilen können muss, ob die Prokura wirksam erteilt wurde. Daran fehlt es, wenn sich aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde nicht ergibt, wer namens des Inhabers des Handelsgeschäfts die Prokura erteilt hat, weil in diesem Fall die Vertretungsberechtigung für die Prokuraerteilung vom Erklärungsempfänger nicht beurteilt werden kann. Daraus folgt, dass eine ordnungsgemäße Vollmachtsvorlage nur angenommen werden kann, wenn das vorgelegte Exemplar der Vollmacht erkennen lässt, wer sie erteilt hat. Daran fehlt es, wenn die Urkunde so unvollständig vorgelegt wird, dass die Aussteller der Vollmacht nicht erkennbar sind, wenn also hier konkret – wie von der Klägerin behauptet – die Prokuraerteilung ohne die Seite 2 mit den Unterschriften der Herren Z. und Ni. der Kündigung beigefügt war.

44
Die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Vollmachtsvorlage trägt der Vollmachtgeber (hier also die Beklagte), während Darlegung und ggf. Beweis der unverzüglichen Zurückweisung dem Erklärungsempfänger (hier also der Klägerin) obliegen (vgl. z.B. MünchKomm / Schubert, BGB, 9. Aufl., § 174 Rz. 40; BeckOK / Schäfer, BGB, § 274 Rz. 16; Heidel / Ackermann, BGB, 4. Aufl., § 174 Rz. 11). Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder Partei die Darlegungs- und Beweislast für die ihr günstigen Umstände obliegt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des BGH vom 27.10.2000 (V ZR 172/99, Rz. 10). Dort ist zwar ausgeführt, dass die Darlegung der Berechtigung zur Zurückweisung einer Erklärung nach § 174 BGB demjenigen obliegt, der sich auf die Rechtzeitigkeit der Zurückweisung beruft. Die Entscheidung befasst sich a.a.O. im Tatsächlichen aber nur mit der Rechtzeitigkeit der Zurückweisung und enthält damit keine Anhaltspunkte dafür, dass der BGH (zumal ohne nähere Begründung) von den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast abweichen wollte.

45
(2) Hiernach hätte es der Beklagten oblegen, eine ordnungsgemäße Vollmachtsvorlage zu beweisen, was bedeutet hätte, die Behauptung der Klägerin zu widerlegen, dass der gegenständlichen Kündigung nur die erste Seite der Prokuraerteilung gemäß Anlage B 2 (ohne die Unterschriften auf der zweiten Seite) beilag. Dies ist der Beklagten nicht zur Überzeugung des Senats gelungen.

46
Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass der Senat keine Zweifel an der persönlichen Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen hegt. Diese bemühten sich ersichtlich und geduldig, die während der länger dauernden Beweisaufnahme an sie herangetragenen Fragestellungen nach bestem Wissen zu erläutern. Allerdings verbleiben nach dem Inhalt ihrer Angaben erhebliche Zweifel daran, dass auch die zweite Seite der Prokuraerteilung an die Klägerin übergeben wurde.

47
Die Zeugin No. hatte nach dem Eindruck des Senats keine genaue Erinnerung mehr, welche Dokumente am 6.8.2019 an die Klägerin übergeben wurden, sondern bezog sich insoweit zunächst auf die Vorbereitung der Kündigung durch die Rechtsanwaltskanzlei L.; alle von dieser Kanzlei für erforderlich gehaltenen Dokumente seien übergeben worden; dies betreffe auch die Vollmacht, falls diese erforderlich gewesen sei. Die ungenaue Erinnerung der Zeugin wird auch dadurch dokumentiert, dass sie sich zunächst zu erinnern meinte (und dies erst auf Vorhalt berichtigte), Herr Z. habe die fraglichen Dokumente am 6.8.2019 in ihrem Beisein unterschrieben, obwohl Herr Z. die Unterschriften unstreitig am 1.8.2019 leistete und bei den Vorgängen am 6.8.2019 körperlich nicht anwesend war.

48
Der Zeuge M. war sich weder sicher, ob die übergebene Vollmacht zwei Unterschriften trug, noch ob sie eine zweite Seite hatte. Er habe sich die Vollmacht zwar durchaus angeschaut, aber nicht genauer.

49
Damit hat keiner der von den Beklagten benannten Zeugen die Übergabe beider Seiten der Vollmacht gemäß Anlage B 2 aus eigener Erinnerung bestätigen können. Hinzu kommt, dass die Vollmacht im Original nach Angaben der Zeugin No. zusammengeheftet gewesen sein soll, während das in den Besitz der Klägerin gelangte Exemplar bei dessen Inaugenscheinnahme durch den Senat keine Klammerspuren aufwies. Ferner hat der Zeuge M. angegeben, das Original der Vollmacht für seine Unterlagen kopiert zu haben. Aus Sicht des Senats besteht daher die reale, nicht nur theoretische Möglichkeit, dass die zweite Seite der Vollmacht (wenn diese nicht geklammert war, was jedenfalls nicht feststeht) im Zuge des Kopiervorgangs (oder anderweitig) von der ersten Seite räumlich getrennt wurde und deshalb nicht mit an die Klägerin übergeben wurde. Damit hat die Beklagte den Beweis einer ordnungsgemäßen Vollmachtsvorlage nicht geführt.

50
cc) Die Zurückweisung erfolgte auch „unverzüglich“ im Sinne der genannten Vorschrift durch Anwaltsschreiben vom 12.8.2019 (Anlage K 9), zugegangen jedenfalls per Fax und Mail noch am selben Tag.

51
Das Merkmal der Unverzüglichkeit ist wie in § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Erforderlich ist also nicht eine sofortige Zurückweisung, dem Erklärungsempfänger ist eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung von Rechtsrat einzuholen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles (BAG, Urteil vom 8.12.2011 – 6 AZR 354/10, Rz. 32). Hiernach wird eine Zurückweisung im Regelfall binnen einer Woche erfolgen müssen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, etwa Nachforschungen zu den wirklichen Vertretungsverhältnissen erforderlich erscheinen (BAG, a.a.O. Rz. 33). Nach den Umständen des Einzelfalles kann aber auch eine Zurückweisung nach sechs Tagen nicht mehr unverzüglich sein (BGH, Urteil vom 10.10.2016 – XI ZR 457/16, Rz. 26).

52
Hier erfolgte die Zurückweisung der am 6.8.2019 übergebenen Kündigungserklärung am 12.8.2019, also nach sechs Tagen. Damit bewegt sich die Zurückweisung im Grenzbereich dessen, was noch als unverzüglich angesehen werden kann. Nach Auffassung des Senats kann unter den Umständen des Falles (überraschende Kündigung; unklare Vertretungsverhältnisse aufgrund der Konzernstruktur auf Beklagtenseite und der nicht eingetragenen Prokura; Beklagte [bzw. deren Alleingesellschafterin] hätte es in der Hand gehabt, die Problematik zu vermeiden, wenn sie durch den Geschäftsführer Z. und den eingetragenen Prokuristen Ni. gekündigt hätte, statt den Umweg über eine Prokuraerteilung an den Zeugen M. zu wählen, und hat so die unklare Vertretungslage selbst herbeigeführt) von einer verspäteten Zurückweisung noch nicht ausgegangen werden.

53
2. Damit steht der Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum die vereinbarte monatliche Vergütung als Annahmeverzugsvergütung (§ 615 BGB) zu. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgebracht, der Erstbeklagten ihre Dienste angeboten zu haben (vgl. auch Anlagen K 9, K 17). Auf einen anderweitigen Erwerb der Klägerin bzw. die Möglichkeit hierzu beruft sich die Beklagte nicht. Gegen die Berechnung des Landgerichts zur Höhe des monatlich geschuldeten Betrages bringt die Berufung der Beklagten nichts vor; Rechtsfehler sind insoweit auch nicht zu erkennen.

54
3. Die diesbezügliche Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Nach Ziff. 3.1 des Dienstvertrages war die monatliche Vergütung am Monatsende auszuzahlen. Dies muss sinngemäß auch für die Annahmeverzugsvergütung gelten. Damit trat Verzug jeweils am Ersten des Folgemonats ein (§ 286 Abs, 2 Nr. 1 BGB).

II.

55
Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Landgericht der Klägerin in der Hauptsache 1.390,58 € als Schadensersatz für die entgangene Nutzung des Dienstwagens zuerkannt hat. Klarzustellen ist, dass es sich entsprechend dem klägerischen Antrag (§ 308 ZPO) um einen Bruttobetrag handelt. Allerdings bedarf die diesbezügliche Zinsentscheidung der geringfügigen Korrektur.

56
1. Gemäß Ziff. 4.1 des Dienstvertrages zwischen den Parteien hatte die Klägerin Anspruch auf einen angemessenen Dienstwagen, den sich auch privat nutzen durfte. Dieser Anspruch bestand auch für die Monate März und April 2020, da das Dienstverhältnis zwischen den Parteien in diesen Monaten ungekündigt fortbestand (vgl. oben I.).

57
2. Nichts anderes folgt aus der Bestimmung in Ziff. 4.1 des Dienstvertrages, wonach der Dienstwagen bei Freistellung oder Abberufung der Klägerin ohne Anspruch auf finanziellen Ausgleich für die Privatnutzung herauszugeben war. Dahin stehen kann, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle standhalten würde, denn jedenfalls liegen ihre Voraussetzungen nicht vor. Die mit Anwaltsschreiben vom 16.8.2019 (Anlage K 10) übermittelte Abberufung / Freistellung der Klägerin erweist sich nämlich ebenfalls an unwirksam.

58
Die als Anlage zu dem genannten Anwaltsschreiben übermittelte Erklärung (der Alleingesellschafterin der Klägerin, die hierfür berufen war, § 46 Abs. 5 GmbHG) ist wiederum vom Geschäftsführer Z. und vom Prokuristen M. der U. Holding GmbH unterschrieben. Diese hatten wie dargestellt zusammen Vertretungsmacht für die Holding. Allerdings hat die Klägerin diese Erklärung ebenfalls nach § 174 BGB zurückgewiesen und damit deren Unwirksamkeit herbeigeführt.

59
Die Vorschrift war weiterhin anwendbar, da der Zeuge M. nach wie vor nicht als Prokurist ins Handelsregister eingetragen war (vgl. oben); seine Eintragung erfolgte erst am 11.10.2019. Eine Vollmachtsurkunde für Herrn M. war der Erklärung nicht beigefügt. Dies war auch nicht entbehrlich nach § 174 S. 2 BGB. Die Prokura für den Zeugen war nämlich nicht, jedenfalls nicht ordnungsgemäß gegenüber der Klägerin vorab kundgetan, weil nicht feststeht, dass am 6.8.2019 auch die zweite Seite des Schreibens gemäß Anlage B 4 an die Klägerin übergeben wurde (vgl. oben).

60
Die Zurückweisung der am 16.8.2019 mit Anwaltsschreiben K 10 übermittelten Erklärung durch Schreiben vom 22.8.2019 (Anlage K 17) erachtet der Senat selbst dann als unverzüglich, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass die Erklärung bereits am Tag zuvor (15.8.2019) der Klägerin vorab in den Briefkasten geworfen wurde und damit bereits am 15.8.2019 zuging. Dann liegen zwischen Zugang der Erklärung und deren Zurückweisung sieben Tage. Diese Frist erachtet der Senat unter den oben dargestellten Umständen des Einzelfalles noch für unverzüglich.

61
3. Damit hatte die Klägerin für die Monate März und April 2020 Anspruch auf private Nutzung des ihr überlassenen Dienstwagens. Weil sie den Wagen auf Veranlassung der Beklagten am 10.3.2020 zurückgab, ist ihr diese Privatnutzung durch ein der Beklagten zurechenbares Verhalten entgangen, die Beklagte hat mit anderen Worten der Klägerin eine Naturalleistung als Lohnbestandteil vorbehalten. Da die Privatnutzung für den fraglichen Zeitraum durch Zeitablauf unmöglich wurde, schuldet die Beklagte Schadensersatz für die entgangene Privatnutzung nach §§ 280, 283 BGB (also anteilig für März und voll für April 2020).

62

Gegen die Berechnung der Höhe des hiernach geschuldeten Betrages auf der Basis des steuerlichen Wertes der entgangenen Privatnutzung (§ 286 ZPO) erhebt die Berufung der Beklagten keine Einwendungen. Insoweit sind Rechtsfehler auch nicht erkennbar.

63
4. Die diesbezügliche Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Eine kalendermäßige Bestimmtheit des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist nicht ersichtlich; insbesondere folgt sie nicht aus der kalendermäßigen Bestimmtheit der monetären Vergütung in Ziff. 3.1 des Dienstvertrages. Damit kam die Beklagte erst am 8.5.2020 aufgrund Mahnung gemäß Anlage K 18 zum 7.5.2020 in Verzug (§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).

64
III. Erfolglos bleiben die Berufungen beider Parteien, soweit das Landgericht der Klägerin in der Hauptsache einen Betrag von 106.870,- € als Schadensersatz für die entgangene variable Vergütung betreffend das Kalenderjahr 2019 zuerkannt hat. Klarzustellen ist, dass es sich entsprechend dem klägerischen Antrag (§ 308 ZPO) um einen Bruttobetrag handelt. Lediglich die Zinsentscheidung bedurfte auf die Berufung der Beklagten einer geringfügigen Korrektur.

65
1. Der Senat teilt im Ergebnis die Einschätzung des Landgerichts, dass die Erstbeklagte der Klägerin dem Grunde nach Schadensersatz nach §§ 280, 283 BGB wegen Unmöglichwerdens einer Zielvereinbarung für das Kalenderjahr 2019 schuldet.

66
a) Der Berufung der Erstbeklagten ist zuzugeben, dass die Klägerin im Laufe des Jahres 2018 für das Jahr 2019 (entgegen der Auffassung des Landgerichts) keine Zielvereinbarung, sondern nur eine einseitig von der Beklagten zu machende Zielvorgabe verlangen konnte. Die Abgrenzung hat durch Auslegung des Dienstvertrages zu erfolgen. Nach dessen Ziff.3.2 S. 2 waren die Ziele von der Gesellschaft in Abstimmung mit dem Geschäftsführer festzulegen.

67
Diese Regelung ist für sich gesehen zunächst nicht eindeutig. Die vorgesehene Festlegung der Ziele durch die Beklagte spricht für einen einseitigen Akt, also eine Zielvorgabe, während das Erfordernis der Abstimmung mit der Klägerin eher einen zweiseitigen Akt, also eine Vereinbarung nahe legen würde.

68
Dass insoweit allerdings eine einseitige Vorgabe gemeint war, ergibt sich eindeutig aus S. 3 der Klausel, wonach eine Änderung der bestimmten Ziele während des laufenden Bonuszeitraums nur mit Zustimmung des Geschäftsführers möglich ist. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn schon die ursprüngliche Zielbestimmung nach S. 2 nur durch Vereinbarung möglich wäre; denn es verstünde sich auch ohne S. 3 von selbst, dass eine einmal getroffene Vereinbarung nur durch erneute Vereinbarung geändert werden könnte. Dem S. 3 kommt ein eigenständiger Bedeutungsgehalt daher nur zu, wenn man S. 2 als Möglichkeit der Beklagten zur einseitigen Zielvorgabe (allerdings nach Abstimmung mit der Klägerin) interpretiert.

69
Da somit die Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt es auf die Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht an.

70
b) Eine den Anforderungen des Dienstvertrages entsprechende Zielvorgabe für das Jahr 2019 hat die Beklagte der Klägerin aber im Jahr 2018 nicht gemacht.

71
Die Zielvorgabe für 2019 gemäß Anlage K 16 erfolgte unstreitig erst im Laufe des Jahres 2019, also nicht wie vertraglich gefordert im Jahr 2018. Dass der Klägerin die schließlich in der Scorecard genannten Unternehmensziele (EBITDA, Conversion ratio) bereits im Jahr 2018 als Unternehmensziele von der Gesellschafterin oder einer anderen Konzerngesellschaft bekannt gemacht worden seien und sie Gelegenheit zur Diskussion dieser Unternehmensziele gehabt haben soll, rechtfertigt nicht die Annahme einer hinreichenden Zielvorgabe.

72

Nach Ziff. 3.2 S. 2 des Dienstvertrages waren die Ziele in Abstimmung mit der Klägerin vorzugeben. Hierfür genügt die Vorstellung allgemeiner Unternehmensziele nicht; vielmehr müssen diese konkret als persönliche Ziele für den Dienstverpflichteten benannt werden. Dies erhellt schon daraus, dass der Dienstvertrag zur Höhe des variablen Gehalts keine Aussage trifft. Zur „Abstimmung“ der Ziele im Sinne der genannten Regelung gehört daher jedenfalls, dass die Unternehmensziele für das Bonusjahr nicht nur abstrakt diskutiert, sondern konkret je nach Zielerreichungsgrad in Bezug zu den daraus folgenden Verdienstmöglichkeiten der Klägerin gesetzt werden (wie dies schließlich auch – verspätet – mit K 16 geschehen ist). Die allgemeine Diskussion der Unternehmensziele ohne Bezug zu der zu erwartenden variablen Vergütung genügt daher zur „Abstimmung“ im Sinne der Vorschrift nicht.

73
c) Nach Ablauf des Jahres 2018 war eine einseitige Zielvorgabe für das Jahr 2019 nach den Regelungen des Dienstvertrages nicht mehr genügend; vielmehr hätten die Bonusziele für die Klägerin für das laufende Jahr 2019 nur noch im Wege einer Zielvereinbarung mit der Klägerin festgelegt werden können.

74
Die Beklagte schuldete die Vorgabe der Ziele für 2019 nach dem eindeutigen Wortlaut von Ziffer 3.2 S. 2 des Dienstvertrages „vor Beginn des Jahres, auf das sich das variable Jahresgehalt bezieht“, mithin im Jahr 2018. Mit dieser Verpflichtung kam die Beklagte somit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit Ablauf des Jahres 2018 in Verzug (vgl. BAG, Urteil vom 12.7.2007 – 10 AZR 97/07, Rz. 17). Die Klägerin ist daher im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte die Beklagte im Jahr 2018 eine Zielvorgabe (gleich welchen Inhalts) gemacht.

75
Das bedeutet, dass ab Beginn des Jahres 2019 für das laufende Jahr Ziffer 3.2 S. 3 des Dienstvertrages eingreift. Die nunmehrige Vorgabe von Zielen stellt sich als Änderung der (aufgrund des Verzuges der Beklagten zu unterstellenden, fiktiven) Vorgabe von Zielen im Jahr 2018 dar. Damit war nach Beginn des Jahres 2019 das Setzen von für die variable Jahresvergütung zu erreichenden Zielen nur mehr im Wege der zweiseitigen Zielvereinbarung möglich, die die Beklagte der Klägerin nunmehr aufgrund Ziffer 3.2 des Dienstvertrages auch schuldete.

76
d) Eine zweiseitige Zielvereinbarung kam im Laufe des Jahres 2019 zwischen den Parteien nicht zustande. Die „ScForecard“ vom 23.7.2019 (Anl. K 16) stellt eine einseitige Erklärung der Beklagten (bzw. der Konzernobergesellschaft; deren Erklärung muss sich die Beklagte aber zurechnen lassen) dar und könnte allenfalls als Angebot auf Abschluss einer Zielvereinbarung gedeutet werden; dass die Klägerin dieses Angebot angenommen hätte, ist nicht ersichtlich.

77
Mit Ablauf des Bonuszeitraums, also des Jahres 2019 wurden die Vereinbarung von Zielen und damit auch deren Erreichung unmöglich, so dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der entgangenen Vergütung aus §§ 280, 283 BGB entstand (vgl. BAG, Urteil vom 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, Rz. 44 ff.; Urteil vom 17.12.2020 – 8 AZR 149/20, Rz. 46).

78
2. Die Bemessung der Höhe dieses Anspruchs auf 106.870,- € durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden.

79
Die Bemessung des der Klägerin hiernach entgangenen Verdienstes erfolgt nach § 252 BGB. Abzustellen ist also auf dasjenige, was der Klägerin bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge zugeflossen wäre. Die von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 12.12.2007 und 17.12.2020), wonach auf die Höhe des zugesagten Bonus abzustellen sei, besagen zu dieser Frage für den vorliegenden Fall unmittelbar nichts, weil in den a.a.O. zugrunde liegenden Sachverhalten die Höhe der variablen Vergütung dienstvertraglich geregelt war, wohingegen vorliegend Ziff. 3.2 des Dienstvertrages keine Aussage zur Höhe trifft und eine wirksame Vereinbarung von Voraussetzungen und Höhe der Vergütung gerade nicht zustande kam.

80

Der Senat geht daher zunächst davon aus, dass bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge sich die Beklagte vertragsgemäß verhalten und rechtzeitig, also im Jahr 2018, der Klägerin erreichbare Ziele gesetzt hätte, die die Klägerin dann voll erreicht, also weder unter- noch übererfüllt hätte.

81
Unbehelflich ist hiernach der Einwand der Beklagten, es sei lebensfremd anzunehmen, dass die Beklagte bei früherer Vorgabe niedrigere Ziele als in der Scorecard vom Juli 2019 gesetzt hätte. Die in der Scorecard gesetzten Ziele wurden vertragswidrig einseitig verspätet gesetzt und sind daher nicht maßgeblich. Bei der fiktiven Betrachtung nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ist vielmehr davon auszugehen, dass erreichbare Ziele gesetzt worden wären. Die tatsächliche Nichterreichung der vertragswidrig gesetzten tatsächlichen Ziele ist hiernach nicht maßgeblich. Damit erledigt sich auch der Einwand der Beklagten gegen die Kausalität ihrer Unterlassung für den geltend gemachten Schaden. Umgekehrt kommt es auch nicht auf die Behauptung der Klägerin an, dass diese tatsächlich gesetzten Ziele nicht erreichbar waren.

82
Die Höhe der entgangenen Vergütung entnimmt der Senat der Scorecard gemäß Anlage K 16. Diese wurde zwar weder wirksam von der Beklagten einseitig festgesetzt noch wirksam zwischen den Parteien vereinbart. Auch kommt nicht unmittelbar § 315 BGB zur Anwendung, weil es nicht um die Festsetzung einer vertraglichen Leistung, sondern um Schadensersatz statt der Leistung geht. Maßstab hierfür ist der gewöhnliche Verlauf der Dinge (§ 252 BGB). Der Senat geht davon aus, dass hiernach bei rechtzeitiger Zielvorgabe oder wirksamer Zielvereinbarung jedenfalls keine niedrigeren Beträge als diejenigen festgelegt worden wären, die die Beklagte (bzw. die Konzernobergesellschaft) – wenn auch verspätet – von sich aus zugesagt hat.

83
Soweit die Beklagte in ihrer Zusage zwischen den Zielerreichungsstufen 95%, 100% und 105% differenziert, geht der Senat davon aus, dass gewöhnlich der Mittelwert dieser Zielerreichungsgrade, also eine Zielerreichung zu 100% zu erwarten war. Für die Darlegung eines höheren („außergewöhnlichen“) Zielerreichungsgrades von über 100% genügt nach Auffassung des Senats die Behauptung der Klägerin nicht, sie habe in der Vergangenheit stets den Höchstbonus erreicht, zumal – wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist – die Jahre 2018 und 2019 sich aufgrund Gesetzesänderungen in Branche der Klägerin als überdurchschnittlich schwierig darstellten. Umgekehrt lassen sich aber auch keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Klägerin pflichtgemäß erreichbar gesetzte Ziele nur unterdurchschnittlich erreicht hätte.

84
Damit teilt der Senat im Ergebnis die Einschätzung des Landgerichts, dass der Klägerin als Schadensersatz der in der Scorecard gemäß Anlage K 16 für eine hundertprozentige Zielerreichung zugesagte Betrag von 106.870,- € zusteht.

85
3. Dieser Anspruch ist nicht wegen eines Mitverschuldens der Klägerin am Unmöglichwerden nach § 254 BGB zu kürzen.

86
Ein diesbezüglicher Mitverschuldenseinwand käme dann in Betracht, wenn auch die Klägerin zurechenbar einen Ursachenbeitrag für die unterbliebene Zielvereinbarung gesetzt hätte. Das wäre dann der Fall, wenn nicht nur der Beklagten, sondern auch der Klägerin die Initiativlast für das Zustandekommen einer Zielvereinbarung oblegen hätte (BAG v. 17.12.2020, a.a.O. Rz. 60 ff.). Hiervon ist jedoch vorliegend nicht auszugehen. Nach den obigen Ausführungen war eine Zielvereinbarung nur deshalb geschuldet, weil die Beklagte es pflichtwidrig unterlassen hatte, rechtzeitig eine einseitige Zielvorgabe zu machen. Es oblag daher nunmehr allein der Beklagten, die Folgen ihres diesbezüglichen Verzugs (vgl. oben) zu beseitigen; es war daher zumindest unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB allein die Sache der Beklagten, auf die Klägerin zum Zwecke der Vereinbarung von Zielen für das laufende Jahr 2019 zuzugehen. Dass die Klägerin diesbezüglich nicht ihrerseits aktiv wurde, kann ihr hiernach nicht zum Mitverschulden gereichen.

87
4. Der Anspruch besteht für das gesamte Kalenderjahr; eine anteilige Kürzung im Hinblick auf die Abberufung der Klägerin am 16.8.2019 kam nicht in Betracht. Der Dienstvertrag zwischen den Parteien

bestand während des gesamten Jahres 2019. Zwar regelt Ziff. 3.2 des Dienstvertrages zwischen den Parteien, dass der Klägerin variable Vergütung nur „während der Dauer der Bestellung“ als Geschäftsführerin zusteht. Diese Einschränkung erachtet der Senat jedoch für unwirksam nach § 307 Abs. 1, 2 BGB.

88
Zwischen den Parteien steht nicht in Streit, dass es sich bei der Regelung der Ziff. 3.2 des Dienstvertrages um eine von der Beklagten zu 1 gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Dies könnte auch nicht ernsthaft bezweifelt werden, weil die identische Klausel auch im Dienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 (Anlage K 13) verwendet wird, die Absicht der mehrfachen Verwendung im Konzern der Beklagten also offenkundig ist.

89
Die Beschränkung der zugesagten variablen Vergütung auf die Dauer der Bestellung zum Geschäftsführer verstößt gegen den in § 38 Abs. 1 GmbH verkörperten Grundgedanken des GmbH-Rechts, wonach ein Geschäftsführer zwar jederzeit abberufen werden kann, die Abberufung als solche aber keinen Einfluss auf seinen Vergütungsanspruch hat. Die der Klägerin zugesagte variable Vergütung ist zweifellos Vergütungsbestandteil in diesem Sinne.

90
Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass mit der Abberufung des Geschäftsführers regelmäßig – wie auch im vorliegenden Fall – seine Freistellung verbunden werden wird. Denn dies kommt in der gegenständlichen Klausel nicht zum Ausdruck. Auf der Basis der Vertragsklausel wäre es möglich, den Geschäftsführer zwar als Organ abzuberufen, ihn aber nicht von seinen dienstvertraglichen Pflichten freizustellen, ihn also unter Verzicht auf die zugesagte variable Vergütung weiterarbeiten zu lassen. Diese Möglichkeit begründet eine unangemessene Benachteiligung des Geschäftsführers.

91
Dass die genannte Konstellation im vorliegenden Fall nicht eintreten konnte, weil die Beklagte die Klägerin (jedenfalls faktisch, wenn auch im Ergebnis unwirksam, vgl. oben) von der Dienstpflicht freigestellt hat, schließt die Benachteiligungswirkung der Klausel nicht aus. Eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nicht möglich (§ 306 Abs. 1, 2 BGB). Es kann daher offen bleiben, ob der formularmäßige Ausschluss des Anspruchs auf variable Vergütung für den Fall der Abberufung und gleichzeitigen Freistellung des Geschäftsführers möglich wäre.

92
5. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Eine kalendermäßige Bestimmtheit des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist nicht ersichtlich. Damit trat Verzug der Beklagten mit diesem Teil der Klageforderung erst am 8.5.2020 aufgrund Mahnung gemäß Anlage K 18 zum 7.5.2020 ein (§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).

C.

93
Für den Streitwert des Berufungsverfahrens waren die Werte der Berufungen gegen die Beklagte zu 1 und gegen die Beklagte zu 2 für die Zeit bis zur teilweisen Berufungsrücknahme zusammenzurechnen (§ 45 Abs. 1 S. 2 BGB). Denn ohne die Rücknahme der Berufung gegen die Beklagte zu 2 wäre über diese (durch Verwerfung als unzulässig; insofern war die Klägerin nicht beschwert, weil das Landgericht über die Forderung gegen die Beklagte zu 2 nicht entschieden hat, statt sie als unzulässig wegen bedingter Klageerhebung abzuweisen; es lag ein Fall der eventualen Klagehäufung vor, vgl. BGH, Urteil vom 5.8.1972 – II ZR 28/69, Rz. 28; BAG, Urteil vom 31.3.1997 – 8 AZR 729/96, Rz. 36) zu entscheiden gewesen. Der Streitwert war folglich gestaffelt festzusetzen. – Bei der Streitwertfestsetzung erster Instanz hatte es zu verbleiben, weil dort jedenfalls keine Entscheidung über den Hilfsantrag erging.

94
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 516 Abs. 3 ZPO. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 1 am Verfahren nur mit einem Wert von 282.084,28 € und die Beklagte zu 2 nur mit einem Wert von 263.377,62 € beteiligt war.

95

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

96
Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu würdigen waren vielmehr die Umstände des Einzelfalles.