

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Gericht</b>      | OLG Hamburg  |
| <b>Aktenzeichen</b> | 11 U 258/05  |
| <b>Datum</b>        | 27.03.2009   |
| <b>Vorinstanzen</b> |  |
| <b>Rechtsgebiet</b> | Gesellschaftsrecht, Handelsrecht   |
| <b>Schlagworte</b>  | Franchisevertrag, wichtiger Ausschlussgrund von Gesellschaftern  |
| <b>Leitsätze</b>    | <p>Die fristlose Kündigung eines Franchisevertrags ist ein wichtiger Grund, um einen Gesellschafter aus einer Gesellschaft auszuschließen. Ein Verhalten, das zu einer fristlosen Kündigung eines Franchisevertrages berechtigt, kann das geschäftliche Ansehen einer Gesellschaft gefährden.</p> <p>(redaktioneller Leitsatz)</p> |

## **Fristlose Kündigung eines Franchisevertrages als wichtiger Ausschlussgrund eines Gesellschafters**

### **1. Zusammenfassung**

Bei einer Personengesellschaft besteht die Möglichkeit, einen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen aus der Gesellschaft auszuschließen (§ 140 HGB). Der Ausschluss ist ein Mittel, um unter Erhaltung des Unternehmens Schaden abzuwenden. Das Gesellschaftsvermögen fällt bei den verbleibenden Gesellschaftern durch die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven an.

Der Ausschluss eines Gesellschafters bzw. die Übernahme einer Gesellschaft ist möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund zur Ausschließung eines Gesellschafters liegt dann vor, wenn ein Verhalten des Gesellschafters den Gesellschaftszweck so nachhaltig beeinträchtigt, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft mit diesem Gesellschafter unzumutbar ist.

In einem vom OLG Hamburg entschiedenen Fall wollte die Klägerin eine seit ca. 9 Jahren bestehende Gesellschaft übernehmen und die Beklagte als weitere Gesellschafterin ausschließen. In der Gesellschaft war die Klägerin Minderheitsgesellschafterin. Die Geschäftsführung oblag der mehrheitsbeteiligten Beklagten. Weitere Gesellschafter gab es nicht.

Die Klägerin war zugleich Franchisegeberin und die Beklagte Franchisenehmerin. Unter Verantwortung der Beklagten war es zu erheblichen Ungereimtheiten und Vermögensdelikten im Zusammenhang mit der Abrechnung von Kassenrezepten und der Erbringung augenoptischer Leistungen gekommen. Dabei waren auch Krankenkassen geschädigt worden. Daraufhin hatte die Klägerin den Franchisevertrag fristlos gekündigt. Diese fristlose Kündigung nahm sie zum Anlass, die Beklagte auch als Gesellschafterin aus der Gesellschaft auszuschließen.

Das OLG Hamburg gab der Klägerin Recht. Die fristlose Kündigung des Franchisevertrags war ein wichtiger Grund, um die Beklagte als Gesellschafterin auszuschließen.

ßen. Das Verhalten der Beklagten gefährdete den Ruf bzw. das geschäftliche Ansehen der Gesellschaft.

Nach dem geschlossenen Partnerschaftsvertrag konnte ein Gesellschafter insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn der Franchisevertrag aus Gründen gekündigt wird, die der Auszuschließende zu vertreten hat. Außerdem galt es nach dem Partnerschaftsvertrag als Verletzung von Gesellschafterpflichten, wenn der Gesellschafter den Ruf und das geschäftliche Ansehen des Fachgeschäfts und/oder der Unternehmensgruppe schädigt oder gefährdet. Aufgrund der Vorkommnisse konnte der Franchisevertrag auch wirksam fristlos gekündigt werden. Einer vorhergehenden Abmahnung hatte es aufgrund des irreparablen zerstörten Vertrauensverhältnisses nicht bedurft.

## **2. Volltext der Entscheidung**

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

Geschäftszeichen: 11 U 258/05

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am: 27. März 2009

417 O 144/04

..., Justizhauptsekretärin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle.

In dem Rechtsstreit

...

Klägerin und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Beklagte und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 11. Zivilsenat, durch die Richterin am Landgericht ... als Einzelrichterin nach der am 18. März 2009 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19. September 2005 - Geschäfts-Nr.: 417 O 144/04 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

Gemäß § 540 Abs. 1 ZPO wird anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Bezug genommen und zu den Gründen der Zurückweisung der Berufung folgendes ausgeführt:

I.

Die Klägerin begehrt die Übernahme der F AG & Co. mit Sitz in I. (nachfolgend die „Gesellschaft“) unter Ausschluss der Beklagten als alleiniger weiterer Gesellschafterin gemäß §§ 140 Abs. 1, 133 HGB. Das Landgericht hat der Klage im Hauptantrag - Übernahme der Gesellschaft mit Aktiven und Passen - stattgegeben. Einer Entscheidung über den Hilfsantrag - Feststellung des Ausschlusses der Beklagten - bedurfte es daher nicht. Zur Begründung hat es ausgeführt, es liege ein wichtiger Grund vor, der es für die Klägerin unzumutbar mache, die Gesellschaft zusammen mit der Beklagten fortzusetzen. Durch Verantwortung der Beklagten sei es zu erheblichen unrichtigen Abrechnungen gegenüber den Krankenkassen gekommen. Dies betreffe zum einen die Weiterleitung einer nennenswerten Anzahl von Rezepten bzw. von der Gesellschaft ausgestellten Berechtigungsscheinen an die Abrechnungsfirma N unter Angabe der Auslieferungen noch im Jahr 2003, obwohl die Auslieferungen erst im Jahr 2004 erfolgt seien. Zum anderen habe die Geschäftsführung der Beklagten in erheblichem Umfang unrichtige Rezeptabrechnungen veranlasst. Aufgrund dieser Vorfälle habe die F AG als Franchisegeberin den Franchisevertrag (Anlage K4) mit der Gesellschaft fristlos gekündigt. Dies stelle gemäß Ziffer 15.2 des Partnerschaftsvertrags (Anlage K2), ebenso wie eine Gefährdung/Schädigung des Rufs bzw. geschäftlichen Ansehens der Unternehmensgruppe „F“ gemäß Ziffer 15.3 des Partnerschaftsvertrags einen Ausschlussgrund dar. Hierdurch habe sich die Beklagte als ungeeignet für die Geschäftsführung herausgestellt. Eine mildere Maßnahme käme nicht in Betracht, zumal die insoweit anbieterpflichtige Beklagte dies ersichtlich ablehne.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Zur Begründung trägt sie - wie bereits in erster Instanz - Folgendes vor: Eine Übernahme sei aus wettbewerbsrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Die F AG als Franchisegeberin habe ihr Kündigungsrecht angesichts der ersten Durchsuchungen bei einzelnen ihrer Franchisenehmer im März 2004 sowie mangels Anhörung der Beklagten verwirkt. Es fehle an der gemäß § 314 BGB erforderlichen Abmahnung. Zudem sei der Kündigung vom 31. August 2004 zunächst ein Sachverhalt zugrunde gelegt worden, der den Geschäftsführer der Beklagten als Alleintäter darstellte, erst im weiteren Verlauf sei die Zeugin R zur Haupttäterin geworden, ein Nachschieben von Gründen sei jedoch nicht zulässig.

Schließen würden Umstände, die einen wichtigen Grund im Sinne der §§ 140, 133 HGB begründen, nicht vorliegen. Unklar sei, wieso das Landgericht von 10% rückdatierter Rezepte bzw. Berechtigungsscheine ausgehe. Es sei zu berücksichtigen, dass die Kunden im Dezember 2003 Schlange gestanden hätten. Die Rezepte seien nicht gehortet worden, dem Geschäftsführer der Beklagten habe daher eine Häufung der Abholdaten nicht auffallen können; er habe vielmehr davon ausgehen müssen, dass die Auslieferungen jeweils erfolgt seien. Im Übrigen sei der Verkauf der Brillen arbeitsteilig durch die jeweiligen Mitarbeiter vorgenommen worden. Bei Weiterleitung habe der Geschäftsführer der Beklagten die Daten mit den Auftrags Scheinen, nicht jedoch mit den Daten im Colibri-System abgleichen müssen. Schließlich habe die Beklagte als selbstständige Unternehmerin Anweisungen der Franchisegeberin nicht Folge leisten müssen, in diesem Zusammenhang seien auch die Entscheidungen der Sozialgerichte Hildesheim und Dortmund zu berücksichtigen.

Darüber hinaus habe die Beklagte bzw. ihr Geschäftsführer keine sonstigen unrichtigen Abrechnungen veranlasst. Der Begriff „add“ habe mehrere Bedeutungen, solche Berechtigungsscheine ohne weitere Leistungsbeschreibung hätten von der Fa. N zurückgewiesen werden müssen. Soweit die Beklagte von Brillenverordnungen eines Arztes abgewichen sei, sei dies zulässigerweise geschehen, so sei beispielsweise bei Verschreibung einer konstanten Tönung die Aushändigung eines phototropen Glases zulässig. Im Übrigen hätte die Fa. N als Rezeptabrechner die Rezepte entsprechend den gesetzlichen Vorgaben überprüfen müssen, dies sei nicht erfolgt.

Letztlich habe das Landgericht die erforderliche Abwägung nicht vorgenommen, insbesondere nicht geprüft, ob eine mildere Maßnahme in Betracht komme. Die Beklagte habe die alleinige Geschäftsführung als selbstständige Unternehmerin inne, während der Klägerin als Minderheitsgesellschafterin und verlängerter Arm der Franchisegeberin lediglich Kontrollfunktionen oblagen, die sie nicht einmal ansatzweise wahrgenommen habe. Unberücksichtigt geblieben sei auch, dass die F AG ohne Beschluss der Gesellschaft Rückstellungen in den Bilanzen von 2003 und 2004 vorgenommen habe. Eine Rufschädigung der F-Gruppe durch die I.er Filiale liege nicht vor, Rückmeldungen von Krankenkassen gäbe es nicht. Ein Strafverfahren gegen den Geschäftsführer der Beklagten sei erst auf Betreiben der F AG eingeleitet worden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19. September 2005, zugestellt am 26. September 2005, wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

In ihrer Berufungserwiderung verteidigt die Klägerin das erstinstanzliche Urteil und führt erneut aus, mehr als 10% der von ihr überprüften Abrechnungspositionen seien als fehlerhaft festgestellt worden, dies habe sie durch die Vorlage einer Teilmenge von 177 Rezeptkopien zusätzlich belegt. Die Beklagte habe ihren Vortrag nicht substantiiert angegriffen, vielmehr halte sie an ihrer Strategie fest, den Sachverhalt nach Kräften zu vernebeln. Indem die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung erstmals ausführt, Anweisungen der F seien unerheblich gewesen, da sie als selbstständige

Unternehmerin nicht an Weisungen gebunden sei, verdeutliche sie zudem eindringlich, dass ihr Verbleiben in der Gesellschaft für die Klägerin unzumutbar sei.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht der Übernahmeklage stattgegeben.

Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass die Ausschließung eines Gesellschafters gemäß § 140 HGB durch Klage geltend zu machen ist. Im Anschluss an die Ausschließung vollzieht sich der Anfall des Gesellschaftsvermögens bei dem verbleibenden Gesellschafter durch die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, § 140, Rn. 3). Hierauf richtet sich der Hauptantrag der Klägerin.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Übernahme der F AG & Co. mit Sitz in I. aus §§ 140, 133 HGB. Der Ausschluss eines Gesellschafters bzw. die Übernahme einer Gesellschaft ist möglich, wenn ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 140, 133 HGB vorliegt. Ein wichtiger Grund zur Ausschließung eines Gesellschafters liegt dann vor, wenn ein Verhalten des Gesellschafters den Gesellschaftszweck so nachhaltig beeinträchtigt, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft mit diesem Gesellschafter unzumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 1997, II ZR 97/96, NJW 1998, 146 f.). Dabei kann der „wichtige Grund“ auf zurückliegende Vorgänge gestützt werden. Die Fortsetzung der Gesellschaft ist aber nur dann unzumutbar, wenn für die Zukunft ein sinnvolles Zusammenwirken der Gesellschafter nicht zu erwarten ist. Diese Feststellung ist aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände zu treffen, die bei Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorliegen (BGH, a. a. O.).

1. Zu Recht hat das Landgericht das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes bejaht. Dieser liegt in der fristlosen Kündigung des Franchisevertrags durch die F AG sowie einer Gefährdung des Rufs bzw. geschäftlichen Ansehens der Gesellschaft und der F-Gruppe; beides ist auf ein Verhalten der Beklagten bzw. ihres Geschäftsführers zurückzuführen. Das Verhalten des Geschäftsführers der Beklagten als ihr gesetzlicher Vertreter ist dieser wie eigenes Verhalten zuzurechnen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 1976, II ZR 98/75, BGHZ 68, 81 ff.). Gemäß Ziffer 15.2 des Partnerschaftsvertrags der Parteien (Anlage K2) kann ein Gesellschafter insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn der Franchisevertrag aus Gründen gekündigt wird, die in der Person des Auszuschließenden begründet oder von ihm zu vertreten sind. Gemäß Ziffer 15.3 des Partnerschaftsvertrags gilt es zudem als Verletzung von Gesellschafterpflichten, wenn der Gesellschafter den Ruf und das geschäftliche Ansehen des Fachgeschäfts und/oder der Unternehmensgruppe „F“ schädigt oder gefährdet.

a) Der zwischen der Gesellschaft als Franchisenehmerin und der F AG als Franchisegeberin bestehende Franchisevertrag (Anlage K4) wurde von der F AG am 31. August 2004 wirksam fristlos gekündigt. Gemäß § 7 2. f) des Franchisevertrags hat die Franchisegeberin bei etwaigem begründeten Verdacht eines Vermögensdeliktes des Franchisenehmers, seiner Gesellschafter oder deren gesetzlicher Vertreter zuzulasten der Franchisegeberin, der Lieferanten oder der Krankenkassen ein Recht zur fristlosen Kündigung. Zu Recht ist das Landgericht zu der Überzeugung gelangt, dass die Beklagte bzw. ihr Geschäftsführer zahlreiche Rückdatierungen und Verede-



lungen von Rezepten bzw. Berechtigungsscheinen und damit fehlerhafte Abrechnungen gegenüber den Krankenkassen im Jahr 2003 zu verantworten hat.

aa) Die Beklagte war gemäß Ziffer 7.1 des Partnerschaftsvertrags zur Geschäftsführung der Gesellschaft berechtigt. Zugleich war der Geschäftsführer der Beklagten als Niederlassungsleiter bei der Gesellschaft beschäftigt, die Geschäftsleitung wurde folglich von ihm ausgeübt. Darüber hinaus hat er sich den Krankenkassen gegenüber verpflichtet, die Versorgung der Versicherten der Krankenkassen zu gewährleisten und die Richtlinien zur Abgabe der augenoptischen Leistungen zu beachten (vgl. Anlage K6 und K7). Ihm selbst oblag unstreitig die Vorlage der abzurechnenden Verordnungen (Rezepte und Berechtigungsscheine) bei der Abrechnungsfirma L. N GmbH. Hierbei war eine Endkontrolle vorzunehmen. Gemäß dem eigenen Vortrag der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung mussten dabei die Verordnungen mit den Auftragscheinen abgeglichen werden.

bb) Das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass der Geschäftsführer der Beklagten der Abrechnungsfirma L. N GmbH für den Monat Dezember 2003 zahlreiche Verordnungen mit rückdatierten bzw. vorzeitig quittierten Empfangsdaten vorgelegt hat. Die Klägerin hat substantiiert vorgetragen, von den im Dezember 2003 insgesamt im Fachgeschäft der Gesellschaft bearbeiteten 2.336 Verordnungen seien durch einen Vergleich der Abrechnungsdaten der L. N GmbH mit den Daten aus dem Colibri-System (dem internen Datenverarbeitungsprogramm der F-Gruppe) 187 Fälle ermittelt worden, in denen die Verordnungen mit einem Abholdatum noch in 2003 versehen und abgerechnet worden waren, während die entsprechenden Glaslieferungen nach den Daten des Colibri-Systems erst im Jahr 2004 erfolgt waren (vgl. Anlagen K14 und K20). Diese 187 Fälle wurden unter Angabe der Schadenshöhe namentlich benannt. Zur Verifizierung hat die Klägerin für einen Teil dieser Fälle die zugrunde liegenden Verordnungen bei den betroffenen Krankenkassen angefordert. Sie hat 68 dieser Fälle unter Vorlage der Verordnungen und der Colibri-Daten erläutert (Anlagen K21 und K23). Diese unter Vorlage der Verordnungen verifizierten Fälle wurden von der Beklagten nicht bestritten, so dass im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO letztlich von den aus den Abrechnungsdaten im Vergleich mit den Colibri-Daten ermittelten 187 Fällen, d. h. 8% aller zur Abrechnung vorgelegten Verordnungen im Dezember 2003, auszugehen ist.

Die Beklagte hat erstinstanzlich behauptet, die Abrechnungsfirma L. N GmbH hätte bereits aus den Daten der Verordnungen größtenteils erkennen können, dass die jeweiligen Auslieferungen nicht mehr in 2003 erfolgt sein konnten und hätte die Verordnungen den Krankenkassen daher nicht weiterleiten dürfen. Genau dieser Vorwurf ist jedoch dem Geschäftsführer der Beklagten als für die Weiterleitung der Verordnungen zur Abrechnung zuständigem Betriebsleiter zu machen. Ihm oblagen die Endkontrolle und die Vorlage bei der Abrechnungsfirma. Es kommt nicht darauf an, ob verschiedene Mitarbeiter mit dem Verkauf beschäftigt waren. Der Geschäftsführer der Beklagten hatte gemäß den von ihm übernommenen Verpflichtungen dafür zu sorgen, dass die Vertragsbestimmungen mit den Krankenkassen eingehalten werden - und zwar durch eine ausreichende Endkontrolle. Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung der Beklagten, der L. N GmbH hätten Überprüfungspflichten obliegen. Die Beklagte verfügte durch ihren Geschäftsführer über die erforderlichen Fachkenntnisse, in ihrem Verantwortungsbereich lag die ordnungsgemäße Bearbeitung der Verordnungen. Anhaltspunkte, dass der Firma L. N GmbH mehr als nur die technische Abwicklung der Abrechnungen oblag, sind nicht ersichtlich.

Soweit die Beklagte darauf verweist, als selbstständige Unternehmerin an Weisungen der F AG - hier die ausdrückliche Anweisung, die Verordnungen nicht vor Abholung der Brille quittieren zu lassen (Anlage K 10) - nicht gebunden zu sein, steht dem die ausdrückliche Regelung in § 5 IV. 3. des Franchisevertrags entgegen, wonach Rundschreiben der F AG von der Gesellschaft strikt zu befolgen sind. Ungeachtet dessen stellt die Datierung des Empfangs im Dezember 2003, während die Auslieferung tatsächlich erst im Januar 2004 erfolgte, angesichts der Ankündigung der Krankenkassen, die ab dem 1. Januar 2004 geltende Gesundheitsreform auf alle ab diesem Zeitpunkt ausgelieferten Brillen anwenden zu wollen, zumindest den Versuch dar, die Krankenkassen zu Leistungen zu veranlassen, zu denen sie - ihrer damaligen Gesetzesauslegung zufolge - nicht verpflichtet waren. Unbeachtlich sind die später hierzu ergangenen Sozialgerichtsurteile, wonach sich die Ersatzfähigkeit nicht nach dem Auslieferungsdatum sondern nach dem Bestelldatum richtet - es verbleibt bei dem Versuch der Vermögensschädigung.

cc) Darüber hinaus sind der Beklagten bzw. ihrem Geschäftsführer fehlerhafte Abrechnungen durch sogenannte Rezeptveredelungen vorzuwerfen. Von den insgesamt 10.658 Verordnungen im Jahr 2003 hat die Revisionsabteilung der F AG aus dem Zeitraum Januar bis November 2003 durch Abgleich der Abrechnungen der L. N GmbH mit den Colibri-Daten 2557 Verordnungen überprüft und davon 306 fehlerhafte Abrechnungen festgestellt (12%), aus dem Zeitraum Dezember 2003 wurden 2090 Verordnungen überprüft und davon 247 fehlerhafte Abrechnungen festgestellt (11,8%; vgl. hierzu Anlagen K14 und K20). Die insgesamt 553 Fälle wurden mit Angaben zur Schadenshöhe namentlich benannt. Auch hier wurden zur Verifizierung ein Teil der zugrundeliegenden Verordnungen von den betroffenen Krankenkassen angefordert. Die Klägerin hat insgesamt 116 dieser Fälle unter Vorlage der Verordnungen und Colibri-Daten erläutert (Anlagen K21 und K23). Die Beklagte bestreitet nicht die konkreten Fälle, behauptet jedoch, dass es sich entweder nicht um fehlerhafte Abrechnungen oder um vergessene Korrekturen handelt (hierzu sogleich). Auch insoweit ist daher von den aus den Abrechnungsdaten im Vergleich mit den Colibri-Daten ermittelten 553 Fällen auszugehen. Auch ohne Hochrechnung von den 4647 überprüften Verordnungen auf die insgesamt 10.658 bearbeiteten Verordnungen, verbleibt ein - als ganz erheblich anzusehender - Anteil von 5,2% für das Jahr 2003.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten handelt es sich insoweit tatsächlich um fehlerhafte Abrechnungen. Unstreitig gilt dies für die 32 Fälle, bei denen die Beklagte mit Schriftsatz vom 1. August 2005 vorgetragen hat, die Veränderungen gegenüber der jeweiligen Verordnung hätten auf dieser vermerkt werden müssen. Bei weiteren 48 Fällen behauptet die Beklagte, die Bezeichnung „add“ werde bei der Refraktion ermittelt, sage aber noch nichts über die Gläser, so dass die L. N GmbH hätte nachfragen müssen. Dem steht jedoch entgegen, dass laut den Angaben des Geschäftsführers der Beklagten im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 31. August 2005 der Zusatz „add“ bedeutet, dass der Kunde eine Sehhilfe für zwei Stärken benötige, die nur durch eine Bifokalbrille hergestellt werden könne. Die Angabe „add“ war daher für die Abrechnungsfirma eindeutig. Ein Wunsch des Kunden, der stattdessen weniger erhalten wollte, hätte also auf der Verordnung vermerkt werden müssen. Hinsichtlich weiterer 33 Fälle gibt die Beklagte an, ein Schaden sei nicht entstanden, da der Kunde eine höher- bzw. gleichwertige Leistung erhalten habe. Hier verkennt die Beklagte jedoch, dass der Vorwurf der Klägerin bzgl. all dieser Fälle auf einen nicht zulässigen Austausch von verordneten bzw. nicht verordneten Colorgläsern



gerichtet ist. Insoweit ist auf das Rundschreiben der F AG aus September 2003 (Anlage K28) zu verweisen, in dem die im Rezepthandbuch der Beklagten dargestellten Möglichkeiten der Abweichung von Colorverordnungen bzw. der Verordnung von farblosen Gläsern nochmals erläutert werden. Hiergegen hat die Beklagte in den benannten Fällen verstoßen. Da in dem Rundschreiben erstmals normiert wurde, dass phototrope Gläser auf Colorverordnungen nicht mehr abgegeben werden dürfen, wurden diesbezügliche Verstöße von der Klägern auch nur für den Zeitraum ab Oktober 2003 festgestellt.

Die Beklagte bzw. ihr Geschäftsführer kann sich bei dem Vorwurf der Rezeptveredelungen nicht darauf berufen, die Rezepte seien auch von den Mitarbeitern bearbeitet worden. Dem Geschäftsführer der Beklagten oblag die Endkontrolle der Rezepte vor Einreichung bei der L. N GmbH (siehe oben). Rezeptveredelungen in dem hier bekannt gewordenen Ausmaß mussten ihm bei einer Kontrolle in Form von Abgleich von Verordnung mit Auftragschein (oder den entsprechenden Colibri-Daten) auffallen, dennoch hat der Geschäftsführer der Beklagten die Verordnungen der Abrechnungsfirma zur Weiterleitung an die Krankenkassen vorgelegt. Sollte der Geschäftsführer der Beklagten eine bloß gelegentliche Stichprobenkontrolle durchgeführt haben, war dies keinesfalls ausreichend.

Hinsichtlich der eingeräumten fehlerhaften Abrechnungen sowie der Verordnungen mit dem Zusatz „add“ wurden die Krankenkassen durch die fehlerhaften Abrechnungen geschädigt. Die von der Klägerin für jeden einzelnen Fall dargelegten Schadenshöhen wurden von der Beklagten nicht konkret bestritten. Soweit die Beklagte bei den Verordnungen im Zusammenhang mit Colorgläsern aufgrund der erbrachten gleich- bzw. höherwertigen Leistung einen Schadenseintritt bestreitet, ist auf die Ausführungen des Landgerichts zu verweisen, wonach die Krankenkassen um die ihr gesetzlich zustehende Möglichkeit gebracht wurden, die Notwendigkeit der Anschaffung zu prüfen.

dd) Einer Abmahnung der Beklagten gemäß § 314 Abs. 2 BGB vor Ausspruch der fristlosen Kündigung durch die F AG bedurfte es nicht. Gemäß § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB findet § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entsprechende Anwendung, so dass eine Abmahnung entbehrlich ist, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn das Vertrauensverhältnis so schwerwiegend gestört ist, dass eine sofortige Beendigung gerechtfertigt erscheint (vgl. OLG München, Urteil vom 25. August 2005, 6 U 4084/04, DB 2006, 554). Das vertragswidrige Verhalten der Beklagten und damit der Gesellschaft durch fehlerhafte Abrechnungen gegenüber den Krankenkassen, das nur durch nähere Überprüfungen der Franchisegeberin festgestellt wurde, rechtfertigt die sofortige fristlose Kündigung des Franchisevertrags. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft durch ihre Befugnisse gegenüber den Krankenkassen diesen gegenüber verpflichtet war. Diesen Verpflichtungen ist die Gesellschaft nicht nachgekommen, hierdurch wurde das im Rahmen des Franchiseverhältnisses zwischen der Gesellschaft und der F AG bestehende Vertrauensverhältnis irreparabel zerstört. Einer Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten bedurfte es aus den gleichen Gründen nicht. Die Beklagte kann der fristlosen Kündigung überdies eine fehlende Kontrolle durch die Franchisegeberin in den Jahren zuvor nicht entgegenhalten. Eine solche Kontrolle oder Überprüfung der Gesellschaft als Franchisenehmerin durch die F AG als Franchisegeberin ist weder in dem Franchisevertrag vorgesehen noch als üblich zu erwarten. Das Franchiseverhältnis

ist von gegenseitigem Zusammenarbeiten und Vertrauen geprägt. Lediglich in § 9 des Franchisevertrags ist geregelt, dass die Franchisegeberin bei begründetem Verdacht auf Vertragsverletzungen das Recht hat, umfassende Kontrollen vorzunehmen. Im Umkehrschluss gab es aber keine entsprechende Verpflichtung der F AG.

ee) Das Kündigungsrecht der F AG war entgegen den Ausführungen der Beklagten im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung am 31. August 2004 nicht verwirkt. Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Ein Recht ist danach verwirkt, wenn es illoyal verspätet geltend gemacht wird. Das ist dann der Fall, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1993, VIII ZR 48/92, NJW-RR 1993, 682 ff.). Im März 2004 waren die ersten von den Krankenkassen veranlassten Durchsuchungen bei Filialen der F-Gruppe durchgeführt worden. Damit bestanden jedoch noch keine konkreten Verdachtsmomente gegen die Gesellschaft. Die F AG als Franchisegeberin hatte zwar stets Zugang zu den Colibri-Daten, möglicherweise auch zu den Daten der Abrechnungsfirma L. N GmbH. Es bedurfte jedoch noch der Einschaltung der Revisionsabteilung, welche die Daten der Abrechnungsfirma im Vergleich mit den Colibri-Daten auszuwerten hatte. Dies erfolgte im August 2004. Angesichts 453 augenoptischer Fachgeschäfte der F -Gruppe sowie fehlender konkreter Verdachtsmomente gegen die Gesellschaft waren das Tätigwerden der Revisionsabteilung und die sich unmittelbar daran anschließende Kündigung durch die F AG nicht verspätet. Die Gesellschaft hatte im Übrigen keinen Anlass zur Annahme, ihr Franchisegeber würde etwaige Vertragsverstöße hinnehmen.

ff) Ein von der Beklagten behauptetes Nachschieben von Kündigungsgründen liegt nicht vor. Die F AG hatte der Beklagten bzw. ihrem Geschäftsführer nicht zunächst vorgeworfen, selbst alle Verordnungen bearbeitet zu haben und später die Mitarbeiterin R zur Haupttäterin gemacht. Eine Bearbeitung aller Verordnungen durch den Geschäftsführer der Beklagten selbst ist offenkundig nicht möglich. Ihm wurde vielmehr von Anfang an vorgeworfen, in seinem Verantwortungsbereich Verordnungen, bei denen eine abweichende Leistung erbracht worden war, ohne Korrektur der L. N GmbH zur Abrechnung vorgelegt zu haben und so fehlerhafte Abrechnungen zulasten der Krankenkassen veranlasst zu haben.

b) Die durch die Beklagte bzw. ihren Geschäftsführer herbeigeführte Vermögensschädigung der Krankenkassen bedeutet zugleich zumindest eine Gefährdung von Ruf und geschäftlichem Ansehen der F-Unternehmensgruppe. Näherer Ausführungen hierzu bedarf es nicht.

2. Die Ausschließung der Beklagten bzw. die Übernahme der Gesellschaft durch die Klägerin ist schließlich auch nach Abwägung der Interessen der Parteien gerechtfertigt. Die Entscheidung hierüber erfordert eine umfassende Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer beiden Seiten gerecht werdenden Gesamtabwägung (BGH, Urteil vom 30. November 1951, II ZR 109/51, BGHZ 4, 108 ff.; Urteil vom 31. März 2003, II ZR 8/01, DB 2003, 1214 f.) Dabei sind vor allem Art und Schwere des Fehlverhaltens des Auszuschließenden sowie auch ein etwaiges Fehlverhalten des den Ausschluss betreibenden Gesellschafters zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 31. März 2003, a. a. O.). Die Ausschließung

kommt nur als „ultima ratio“ in Betracht, nämlich wenn die Unzumutbarkeit nicht durch mildere Mittel - etwa durch vertragliche Änderungen oder Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis - beseitigt werden kann (BGH, Urteil vom 31. März 2003, a. a. O.).

Angesichts der von der Beklagten zu verantwortenden Vermögensdelikte zulasten der Krankenkassen erscheint die Ausschließung das einzig geeignete Mittel, um dem zerstörten Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien Rechnung zu tragen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass eine Ausschließung aus einer Zwei-Personen-Gesellschaft nur bei einer überwiegenden Verursachung des Zerwürfnisses durch den auszuschließenden Gesellschafter in Frage kommt (BGH, Urteil vom 31. März 2003, II ZR 8/01, DB 2003, 1214 f.). Zwar hat auch die Klägerin bzw. die hinter ihr stehende F AG durch ihr Verhalten zu einer Verfestigung der Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses beigetragen, indem sie den Geschäftsführer der Beklagten für den 31. August 2004 ohne Angabe von Gründen zu einer Besprechung nach H. eingeladen, ihm dort die fristlose Kündigung des Franchisevertrags überreicht, in dieser Zeit die Schlösser des Ladengeschäfts ausgetauscht, einen Wachdienst beauftragt, der ein Betreten des Ladengeschäfts durch den Geschäftsführer der Beklagten verhindern soll und schließlich Strafanzeige gegen den Geschäftsführer der Beklagten erstattet hat. Angesichts der von der Revisionsabteilung festgestellten überaus gravierenden Zahlen von hochgerechnet ca. 10% fehlerhafter Abrechnungen ist die Reaktion der Klägerin aber nicht als ein Fehlverhalten anzusehen. Dem Vorgehen der Klägerin steht ein weit überwiegendes Verschulden der Beklagten gegenüber.

Eine fehlende Kontrolle der Beklagten durch die Klägerin in den Jahren zuvor steht dieser Abwägung nicht entgegen. Eine solche gegenseitige Kontrolle der Gesellschafter untereinander ist - jedenfalls ohne Anhaltspunkte für ein etwaiges Fehlverhalten - nicht zu erwarten. Im Übrigen ist die Größe der Gesellschaftsanteile der Parteien für die Interessenabwägung unbeachtlich (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1968, II ZR 42/67, BGHZ 51, 204 ff.).

Dass die Parteien im weiteren Verlauf weiter zusammengearbeitet haben, ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass sich die Parteien in einem vor dem Landgericht Münster anhängigen einstweiligen Verfügungsverfahren darauf verständigt haben, bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung sowohl des Franchise- als auch des Gesellschaftsverhältnisses so zu verfahren. Hierfür wurde von der Klägerin bzw. der F AG ein(e) Mitarbeiter(in) mit der Geschäftsleitung neben dem Geschäftsführer der Beklagten betraut. Dass weitere Verstöße in der darauffolgenden Zeit nicht begangen bzw. bekannt wurden, verwundert nicht, hieraus lassen sich keine Rückschlüsse ziehen. Allerdings unterstreicht der Vortrag der Beklagten, wonach sie entgegen der ausdrücklichen Regelung in § 5 IV. 3. des Franchisevertrags als selbstständige Unternehmerin an Weisungen der F AG nicht gebunden sei, die Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit der Parteien.

Persönliche und wirtschaftliche Konsequenzen stehen der Ausschließung der Beklagten überdies nicht entgegen. Zwar bestand die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Klagerhebung seit fast 9½ Jahren. Künftige Erwerbsmöglichkeiten des Geschäftsführers der Beklagten sind jedoch nicht beeinträchtigt, er ist 52 Jahre alt und hat insbesondere aufgrund des Umstands, dass eine Abfindung zu zahlen sein wird, die Möglichkeit, sich eine neue Existenz aufzubauen.

Die Ausschließung der Beklagten ist letztlich auch verhältnismäßig. Ein milderer Mittel steht nicht zur Verfügung. Insbesondere eine Entziehung oder Beschränkung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführung der Beklagten kommt angesichts der vorgegebenen Struktur, wonach die Klägerin den F-Status einbringt und die Beklagte im Rahmen der Vorgaben der F-Gruppe die alltäglichen Geschäfte führt, nicht in Betracht. Auch die Beklagte selbst hat kein milderer Mittel angeführt. Es ist jedoch Sache der Beklagten, der Klägerin zumutbare, weniger belastende Regelungen als die Ausschließung vorzuschlagen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 1995, II ZR 310/53, BGHZ 18, 350 ff.). Hierauf hatte das erstinstanzliche Gericht bereits hingewiesen.

Der Übernahme stehen keine wettbewerbs- oder kartellrechtlichen Gründe entgegen. Diesbezügliche Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich.

Der Ausspruch über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert - § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.



2010 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin