
Datum: 02.11.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 U 117/04
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:1102.I15U117.04.00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15. Juni 2004 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Krefeld wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe 1

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. 2

Mit Recht hat die Beklagte gegenüber den mit der vorliegenden Klage geltend gemachten wechselrechtlichen Ansprüchen die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 Abs. 2, 821 BGB erhoben, weil der Klägerin gegen die Beklagte über die bereits erhaltene Vergütung von 2.516,80 € hinaus ein weiterer Honoraranspruch nicht zusteht. Im Einzelnen gilt folgendes: 3

Bei der rechtlichen Beurteilung der Frage, ob der Klägerin gegen die Beklagte ein Vergütungsanspruch zusteht, ist davon auszugehen, dass aufgrund des ihr von der Beklagten am 18. Juni 2002 erteilten Auftrages zur Beratung auf den Gebieten der Beurteilung des IST-Zustandes des Unternehmens und der Ermittlung von Schwachstellen, der Unterbreitung von Vorschlägen zu Verbesserungsmaßnahmen auf dem Gebiet der Unternehmensfinanzierung und Hilfe bei der Umsetzung von kaufmännischen und organisatorischen Verbesserungsvorschlägen vertragliche Beziehungen entstanden sind, die dem Dienstvertragsrecht unterliegen. 4

Der vorliegend abgeschlossene Vertrag hat die entgeltliche Erbringung von kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Beratungsleistungen zum Gegenstand. Die Klägerin trägt hierbei 5

ihre Fachkenntnisse als außenstehender Dritter gegen Zahlung des Honorars an die Beklagte heran, ohne jedoch mit der Umsetzung der Ergebnisse ihrer Tätigkeit befasst zu werden. Ob die Beklagte ihre Hilfe annimmt, bleibt allein der Entscheidungsbefugnis der Beklagten überlassen. Allein dadurch, dass der Vertrag auch werkvertragliche Elemente wie das Erstellen eines schriftlichen Beratungsberichts und einer Kosten- und Leistungskontrolle gemäß schriftlicher Vereinbarung zum Beratungsvertrag vom 18. Juni 2002 enthält, wird dieser nicht zum Werkvertrag (ständige Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 22. Mai 1990, Az: IX ZR 208/89, NJW 1990, 2549-2550; Urteil vom 26. Januar 1994, Az: VIII ZR 39/93, NJW 1994, 1069-1071).

Der mithin entstandene dienstvertragliche Vergütungsanspruch kann nicht kraft Gesetzes wegen mangelhafter Dienstleistung gekürzt werden, denn das Dienstvertragsrecht kennt keine Gewährleistung, weil – anders als beim Werkvertrag – kein Erfolg geschuldet wird. (ständige Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 29. April 1963 - III ZR 211/61, NJW 1963, 1301, 1302; vom 15. Januar 1981 - III ZR 19/80, NJW 1981, 1211, 1212; vom 15. Juli 2004, Az: IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817-2818). Zum Ausgleich für die fehlende Gewährleistungspflicht des Dienstverpflichteten hat der Dienstherr das Recht, schon auf die Ausführung der Dienstleistung durch Erteilung von konkreten Weisungen Einfluss zu nehmen und den Dienstvertrag notfalls zu kündigen, wenn der Dienstverpflichtete trotz Abmahnung den Weisungen keine Folge leistet und seine dienstvertraglichen Pflichten nur schlecht erfüllt. Nach Kündigung kann der Dienstverpflichtete gemäß § 628 Abs. 1 S. 1 BGB dann nur noch einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Nun gibt es jedoch auch Dienstverträge, die nicht auf eine längere Dauer angelegt sind, sondern in einem relativ kurzem Zeitraum von – wie hier drei Tagen – durchgeführt werden, ohne dass es dem Dienstherrn vor Beendigung des Vertrages überhaupt möglich wäre, die Ordnungsmäßigkeit der Dienstleistungen der Dienstverpflichteten zu überprüfen. Gerade bei Unternehmensberatungen zeigt sich die Mangelhaftigkeit der Dienstleistung für den im Regelfall sachunkundigen Dienstherrn meist erst an ihren Folgen. In diesen Fällen ist eine Kündigung trotz objektiver Schlechtleistung nicht mehr möglich, weil das Dienstverhältnis bereits durchgeführt wurde. Ob in einer solchen Fallkonstellation, wenn also der Dienstvertrag vom Dienstherrn wegen der Schlechtleistung des Dienstverpflichteten hätte gekündigt werden können aber faktisch nicht gekündigt wurde, der Dienstverpflichtete in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 628 Abs. 1 S. 1 BGB ebenfalls nur einen seinen tatsächlich erbrachten Diensten entsprechenden Teil der Vergütung beanspruchen könnte, so wie dies vom Senat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 21. September 2005 mit den Parteien thematisiert wurde, braucht im Streitfall jedoch nicht entschieden zu werden.

Die Beklagte kann dem Vergütungsanspruch der Klägerin jedenfalls einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen teilweiser Nichterfüllung des Beratungsvertrages nach §§ 281 Abs. 1 und 2, 280 Abs. 1 und 3 BGB entgegenhalten, durch den sie von der Vergütungspflicht, soweit diese den mit der vorliegenden Klage geltend gemachten Teil ihres Vergütungsanspruchs betrifft, freigeworden ist. Der Senat schließt sich insoweit der im Schrifttum (Jauerning/Schlechtriem, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2004, Rdnr 16 zu § 611 BGB; Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2005, Rdnr 844 ff zu § 611; Blomeyer in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 19 zu § 611 BGB; Fuchs in Bamberger/Roth, Stand Januar 2005, Rdnr. 32 zu § 611 BGB; Grüneberg in Bamberger/Roth, Stand April 2004, Rdnr. 16; Zu § 280 BGB; Ullrich, Lohngewähr oder Mängelgewährleistung – Zum Lohnanspruch bei unsorgfältiger Dienstleistung, NJW 1984, S. 585 ff; Richardi: Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004 ff; Voigt,

6

7

Schlechterfüllung bei Unternehmensberatung – über die (Un)möglichkeit richterlicher Qualitätskontrolle, DStR 2004, S. 2214) und Teilen der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Köln, Urteil vom 24. November 1993 - 27 U 44/93, MedR 1994, 198 ff; OLG München, Urteil vom 10.10.1985 - 1 U 1627/85, NJW-RR 1986, 796, 797) vertretenen Rechtsauffassung an, wonach jedenfalls in den Fällen einer der Nichtleistung wegen völliger Unbrauchbarkeit der erbrachten Dienstleistung gleichstehenden Schlechtleistung die zu zahlende Vergütung einen Teil des durch die Schlechterfüllung entstandenen und nach 280 Abs. 1 zu ersetzenden Schadens darstellt (Vergl. hierzu auch BGH, Urteil vom 22. Mai 1990 – IX ZR 208/89, NJW 1990, 2549 zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in einem Fall, in dem die Nichtleistung auf Unmöglichkeit beruht).

Die Klägerin ist ihrer aus dem Beratungsvertrag obliegenden Pflicht zur Beratung der Beklagten in einer Weise nicht nachgekommen, dass die Beratungsleistung in zwei von drei geschuldeten Teilbereichen so unbrauchbar ist, dass diese in diesen Teilbereichen praktisch als völliges Ausbleiben der Leistung anzusehen ist. 8

Nach Ziffer 7 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Beratungsvertrages war die Klägerin verpflichtet, für die Beklagte einen Antrag auf Zuschuss zu den Beratungskosten nach den "Richtlinien über die Förderung von Unternehmensberatungen für kleine und mittlere Unternehmen" vom 11. September 2001 in der geänderten Fassung vom 15. April 2002 (BAnz. S. 8893) zustellen, was indiziert, dass sich ihre Beratung auch an diesen Richtlinien auszurichten hatte. Denn welchen Sinn sollte die gesonderte Begründung einer Verpflichtung zur Antragstellung wohl haben, wenn nicht den, durch eine richtliniengerechte Beratung einen Zuschuss zu den Beratungskosten zu erlangen. Im Übrigen stimmt auch der vertraglich festgelegte Beratungsumfang mit Ziffer 4.3.1. der Richtlinien überein. 9

Nach Ziffer 4.3 der Richtlinien über die Förderung von Unternehmensberatungen für kleine und mittlere Unternehmen vom 11. September 2001 sind Inhalt und zeitlicher Ablauf der Beratung sowie deren wesentliche Ergebnisse in einem schriftlichen Beratungsbericht wiederzugeben, wobei der Beratungsbericht dem Antragsteller auszuhändigen ist. Dabei muss der Beratungsbericht auf der Grundlage des Beratungsauftrags eine Analyse der Situation des beratenden Unternehmens und der im einzelnen ermittelten Schwachstellen, konkrete Verbesserungsvorschläge sowie eine detaillierte Anleitung zur Umsetzung in die betriebliche Praxis enthalten. Diesen Anforderungen genügt der Beratungsbericht in keiner Weise. Er ist – was die Teilbereiche "konkrete Verbesserungsvorschläge" und "deren Umsetzung in die betriebliche Praxis" anbelangt in einem Ausmaß unzulänglich, dass er insoweit einer Nichtleistung gleichsteht. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 10

Demgegenüber kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, dass die im schriftlichen Bericht vermisste Schwachstellenanalyse nebst konkreten Verbesserungsvorschlägen sowie einer detaillierten Anleitung zur Umsetzung in die betriebliche Praxis mündlich durch den Zeugen Dr. X erfolgt sei. Denn nach 4.3.1 der Richtlinien muss der Beratungsbericht bestimmten Mindestanforderungen genügen. Die in den Richtlinien vorgeschriebene, neben die mündliche Beratung tretende schriftliche Beratungspflicht hat nämlich nicht nur den Zweck, der Bewilligungsbehörde die Überprüfung zu ermöglichen, ob eine den Richtlinien entsprechende und damit grundsätzlich förderungswürdige Beratung durchgeführt wurde sondern sie dient dem beratenden Unternehmen sehr wohl auch als "Nachschlagewerk". Erfahrungsgemäß geraten nur mündlich erteilte Ratschläge sehr schnell in Vergessenheit, insbesondere wenn die Geschäftsführer eines zu beratenden Unternehmens innerhalb 11

kürzester Zeit mit einer Vielzahl von Informationen konfrontiert werden, die sie erst einmal verstehen und gedanklich umsetzen müssen. Auch diesem Umstand trägt Ziffer 4.3.1 der Beratungslinien Rechnung, indem dort nämlich festgeschrieben ist, dass der dem Antragsteller auszuhändigende Beratungsbericht eine detaillierte Anleitung zur Umsetzung der konkreten Verbesserungsvorschläge in die betriebliche Praxis enthalten soll. Genau an dieser detaillierten Anleitung zur Umsetzung fehlt es sowohl in den mündlich erteilten Hinweisen als auch im schriftlichen Bericht.

So heißt es beispielsweise zur Beurteilung der Erträge und der Kosten auf Bl. 8 des Berichts (Bl. 58 GA). 12

"Die Kalkulation scheint im Einzelhandel nicht erheblichen Spielraum zu haben. Nur im Export scheint eine Steigerung der Verkaufspreise möglich". Statt des geschuldeten konkreten detaillierten Verbesserungsvorschlages, was genau bei einer Verkaufspreissteigerung im Export bedacht werden muss, folgt im nachfolgenden Nebensatz der lapidare Hinweis, dass dies "genau und sorgfältig überlegt werden müsse". 13

Weiter heißt es auf S. 8 des Berichts: 14

"Die Umsatzaufteilung zeigt, dass ca. 60 % des Jahresumsatzes im 4. Quartal getätigt werden. Dies ist der Hauptgrund für vorhandene Liquiditätsengpässe, aber nicht der einzige." Der Ratschlag "Umsatz zu suchen um jeden Preis ist in diesem Fall sicher nicht zielführend sondern nur bei mindestens gleichbleibenden Rohertrag" und "Die hohen Vertriebs- und Frachtkosten müssen vor allem durch steigende Verkaufspreise erwirtschaftet werden und nicht nur durch steigende Umsätze", stellen – worauf schon das Landgericht in seiner angefochtenen Entscheidung hingewiesen hat – bloße Leerformeln dar. Wenn denn u.a. zur Beseitigung der Liquiditätsengpässe nicht eine Senkung der Vertriebs- und Frachtkosten sondern eine Erwirtschaftung der Vertriebs- und Frachtkosten durch steigende Verkaufspreise die optimalste Lösung ist, hätte es zumindest einer Auseinandersetzung mit der weiteren Frage bedurft, ob für die von der Beklagten vertriebenen Produkte bei steigenden Verkaufspreisen überhaupt noch ein Absatzmarkt besteht. 15

Entsprechendes gilt für die von dem Zeugen Dr. X nach seiner Aussage mündlich erteilten Beratungshinweise (Bl. 229 GA), nämlich 16

"dass man hinsichtlich der Kosten rechtzeitig mit Einsparungen beginnen müsste, falls die Kosten in einem unangemessenen hohen Verhältnis zu den Umsätzen der Beklagten stehen würden", 17

"dass aber auch umgekehrt, insbesondere wenn eine weitere Reduzierung bei den Kosten nur schwer realisierbar ist, über Maßnahmen zur Umsatzsteigerung z.B. Werbemaßnahmen nachgedacht werden müsste" und 18

"dass aber stets darauf geachtet werden müsste, dass ein angemessener Umsatz möglichst nicht über einen niedrigen Preis erzielt werden sollte, damit bei angemessenem Umsatz auch ein angemessener Gewinn bei der Beklagten verbleiben würde." 19

Auch hier handelt es um nichts anderes als um die Aneinanderreihung von Selbstverständlichem, aber nicht um die geschuldete detaillierte Anleitung zur Umsetzung von konkreten Verbesserungsvorschlägen in die betriebliche Praxis. 20

21

Soweit die Klägerin meint, nach dem abgeschlossenen Beratungsvertrag sei in Ermangelung einer separat getroffenen Vergütungsvereinbarung nach Ziffer 8 des Vertrages ein ausführlicher Beratungsbericht nicht geschuldet gewesen, übersieht sie, dass der von ihr nach Ziffer 7 geschuldete Beratungsbericht bestimmte Leistungskomplexe umfassen musste. Die unterlassene Behandlung dieser Leistungskomplexe ist nicht eine Frage der Ausführlichkeit sondern der Leistung überhaupt.

Betrachtet man einmal das Verhältnis von erbrachten und nicht erbrachten Leistungen, so zeigt sich, dass die Klägerin eine Beratung in drei Themenkomplexen schuldet und zwar (1) Feststellung des Ist-Zustandes mit einer Analyse der Schwachstellen, (2) Ausarbeiten von Verbesserungsvorschlägen auf dem Gebiet der Unternehmensfinanzierung nebst (3) einer detaillierte Anleitung zur Umsetzung der Verbesserungsvorschläge in die betriebliche Praxis und von diesen Themenkomplexen nur eine Leistung bei der Feststellung des Ist-Zustandes erbracht hat. Die Leistungen zu den übrigen Leistungskomplexe sind derart unbrauchbar, dass es ausgehend von einer gleichgewichteten Bewertung der Leistungskomplexe gerechtfertigt ist, auch nur ein Drittel der von der Klägerin geleisteten Dienste als Teilerfüllung anzusehen (§ 287 ZPO).

22

Die Beklagte war des Weiteren auch nicht gehalten, die Klägerin vor Geltendmachung des Schadensersatzanspruches unter Fristsetzung zur Nachholung der unbrauchbaren Beratungsleistungen aufzufordern. Eine solche Fristsetzung war nach § 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB entbehrlich, weil hier besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches rechtfertigen.

23

Hierbei übersieht der Senat nicht, dass an die Annahme eines Interessewegfalls grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen sind, um der nahe liegenden Gefahr einer bequemen Umgehung der Regelvoraussetzungen für eine Vertragsliquidierung zu begegnen (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 17.12.96 - X ZR 74/95, NJW-RR 1997, 622,623 zu § 326 Abs. 2 BGB a.F.). Interessewegfall ist deshalb grundsätzlich nur zu bejahen, wenn der Gläubiger infolge der Unbrauchbarkeit der Leistung diese nicht mehr in der vorgesehenen Weise verwenden kann, wenn er mit anderen Worten die Zwecke, für die die Leistung bestimmt war, als Folge der Unbrauchbarkeit überhaupt nicht mehr verwirklichen kann. Hiervon ist im Streitfall auszugehen. Denn die Klägerin hat die Beklagte nicht nur – was den Beratungsgegenstand anbelangt - unbrauchbar beraten sondern sie hat sich mit ihrer unbrauchbaren Beratung darüber hinaus in einem Maße über die Beratungsrichtlinien hinweggesetzt, dass die Beklagte infolge der Beratung der Klägerin jedweden Anspruch auf Bezuschussung des Beratungshonorars verloren hat. Nach Ziffer 4.4 der vorgenannten Richtlinien kann ein Zuschuss zu den Beratungskosten nämlich nur dann gewährt werden, wenn das beratende Unternehmen als Antragsteller die in Rechnung gestellten Beratungskosten (einschließlich Umsatzsteuer) vor Antragstellung in voller Höhe bezahlt hat und dies durch Vorlage eines Kontoauszuges nachgewiesen wird. Bei Barzahlungen wird kein Zuschuss gewährt (Unterstreichung durch den Senat). Dies bedeutet, dass die Klägerin hinsichtlich der Bezahlung ihrer Rechnung vom 24. Juni 2002 darauf zu achten hatte, dass die Beklagte nicht schon durch die vereinbarte Art der Bezahlung der vorgenannten Rechnung ihren Zuschussanspruch verlor. Genau hiergegen hat die Klägerin jedoch verstoßen. Denn in ihrem Bemühen, ihren eigenen Vergütungsanspruch auch bei Unbrauchbarkeit ihrer Beratungsleistung möglichst problemlos gegen die Beklagte durchsetzen zu können, hat sie sich von dieser eine Barzahlung in Höhe von 2.516,80 € und zwei Wechsel über jeweils 2.500,00 € geben lassen. Bei allgemeinen Beratungen beträgt nach Ziffer 5.5 der Richtlinien der Zuschussanspruch 40 % der in Rechnung gestellten

24

Beratungskosten, höchstens jedoch 1.500,00 €. Angesichts der Höhe der in Rechnung gestellten Beratungskosten konnte die Beklagte einen Zuschuss zu dem Beratungshonorar der Klägerin im Rahmen der Höchstförderung, - das Vorhandensein entsprechender Haushaltsmittel vorausgesetzt - erwarten, der ihr schon allein durch die von der Klägerin verlangte und entgegengenommene Barzahlung ihrer Rechnung mit Sicherheit verloren gegangen ist. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf hingewiesen hat, dass es üblicher (Umgehungs-)Praxis entspreche, das gezahlte Honorar vor Antragstellung an das beratende Unternehmen wieder zurückzuzahlen, damit dieses alsdann eine richtliniengerechte Rücküberweisung des Honorars vornehmen könne, vermag dies den Senat nicht zu überzeugen. Die Klägerin hat das Beratungshonorar zur Erfüllung ihres Honoraranspruchs beansprucht. Wäre es ihr nur um eine Sicherheitsleistung gegangen, hätte eine Hinterlegung des Honorars nahegelegen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen es – wie hier - zwischen den Dienstvertragsparteien zum Streit über die angemessene Höhe des Beratungshonorars kommt, der Unternehmensberater kaum bereit sein dürfte, das zur Erfüllung bereits geleistete Honorar wieder an das beratende Unternehmen zwecks nachzuholender richtliniengerechter Überweisung zurückzuzahlen, so dass in diesen Fällen der Zuschussanspruch durch das Barzahlungsverlangen des Unternehmensberaters in Fortfall gebracht wird. Diese besonderen Umstände wiegen derart schwer, dass auch unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin der Beklagten eine Nachholung der unbrauchbaren Beratungsleistung nicht zugemutet werden kann.

Rechtsfolge ist, dass die Beklagte gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen kann. Dieser Schaden besteht darin, dass ihr wegen der teilweisen Unbrauchbarkeit der Leistung die geldwerten Beratungsdienste nicht erbracht worden sind. Die Höhe dieses Schadens richtet sich nach dem vereinbarten Preis, der für das Erbringen dieser Dienste aufgewendet werden muss (BGH, Urteil vom 22. Mai 1990 – IX ZR 208/89, NJW 1990, 2549-2550). Hat der Gläubiger dem Dienstverpflichteten die Vergütung bereits erbracht, kann er dieses Entgelt als Mindestschaden zurückverlangen (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1987 – II ZR 206/87, NJW-RR 1988, 420-421). Hätte die Beklagte die vereinbarte Vergütung bereits vollständig gezahlt, könnte sie mithin als Schadensersatz den Betrag verlangen, der dem nicht erbrachten Teil der Leistung entspricht. Im Ergebnis müsste sie diesen Teil der Vergütung also nicht leisten. Zwar hat im Streitfall die Beklagte der Klägerin nur einen Teilbetrag der vereinbarten Vergütung gezahlt und im Übrigen die weitere Leistung verweigert. Darauf kann es jedoch nicht ankommen. Ausgehend davon, dass bei einer Nichtleistung der Schaden in der Vergütung besteht, der für das Erbringen dieser Dienste aufgewendet werden muss, ist der der Beklagten durch die unbrauchbare Beratung entstandene Schaden in der Weise auszugleichen, dass die Klägerin insoweit keine Vergütung beanspruchen kann. Da die Klägerin – wie vorstehend bereits ausgeführt wurde – 2/3 der Beratungsdienstleistungen nicht erbracht hat und sie bereits mit dem gezahlten Betrag von 2.516,80 € ein Honorar erhalten hat, welches den geschuldeten 1/3-Anteil am Beratungsgesamthonorar von 7.516,80 € übersteigt, steht ihr ein weitergehender Honoraranspruch gegen die Beklagte nicht zu.

Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin ist die Beklagte mit ihren Einwendungen schließlich nicht deswegen ausgeschlossen, weil sie durch die Unterzeichnung der Rechnung vom 24. Juni 2002 mit dem Zusatz "Leistung erhalten und mit dieser Rechnung einverstanden" in Verbindung mit dem Referenzschreiben vom gleichen Tag (Bl. 83 GA) ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgegeben hätte.

Was den auf dem Rechnungsformular der Klägerin vorgedruckten Zusatz "Leistung erhalten und mit dieser Rechnung einverstanden" anbelangt, so ist dieser Zusatz als

Tatsachenbetätigung im Sinne des § 309 Nr. 12 b) BGB ohnehin unwirksam, weil das Verbot von Beweislastklauseln gemäß §§ 307 Abs. 1, 310 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch auf Verträge zwischen Unternehmen anzuwenden ist (Palandt/Heinrichs, BGB-Kommentar, 65. Aufl. Rdnr. 103 zu § 309 BGB m.w.N.).

Im Übrigen stimmt der Senat mit der vom OLG Celle (Urteil vom 23. Oktober 2003, Az: 16 U 199/02, NJW 2003, 3638-3640) in einem ähnlich gelagerten Fall vertretenen Rechtsauffassung darin überein, dass das Verhalten der Klägerin, sich vom Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit der Gutachtenerstellung und ohne sachlichen Grund die Korrektheit ihrer Arbeiten bestätigen zu lassen, zumindest bedenklich ist. Gerade bei den von der Klägerin nach den Richtlinien über die Förderung von Unternehmensberatungen für kleine und mittlere Unternehmen durchzuführenden Beratungen besteht überhaupt kein sachlich begründeter Anlass, um ein Anerkenntnis zu bitten. Denn die erbrachten Leistungen werden durch den der Beklagten von der Klägerin nach Ziffer 4.3 der Richtlinien auszuhändigenden Beratungsbericht dokumentiert, der den Inhalt und zeitlichen Ablauf der Beratung sowie deren wesentliche Ergebnisse wiederzugeben hat. Nur wenn die Beratung gerade nicht richtliniengerecht durchgeführt wurde, besteht ein "Bedürfnis", um ein Anerkenntnis zu bitten, um dadurch den Versuch zu unternehmen, dem Dienstherrn seine begründeten Ansprüche abzuschneiden. Jedenfalls liegt aber kein deklaratorischen Anerkenntnis vor. Denn ein solches setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass zwischen den Parteien Streit oder subjektive Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder rechterheblicher Punkte besteht und sie durch das Anerkenntnis dieses zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnis insgesamt oder in einzelnen Beziehungen dem Streit oder der Ungewissheit entziehen wollen (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960-961 m.w.N.). Ein vergleichbare Situation bestand im vorliegenden Fall jedoch nicht, weil zu dem Zeitpunkt, als sich die Klägerin das Referenzschreiben von der Beklagten geben ließ, zwischen den Parteien Einigkeit über die Ordnungsmäßigkeit der von der Klägerin erbrachten Beratungsleistung bestand.

Die Nebenentscheidungen haben ihre Rechtsgrundlage in den § 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 29

Es besteht kein begründeter Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO) 30

Streitwert: 5.083,36 € 31