

---

**Datum:** 07.05.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 10 U 178/19  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2020:0507.10U178.19.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 5 O 96/16

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 31.10.2019 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (Einzelrichters) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Hilfswiderklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 24.178,60 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.11.2016 zu zahlen. Die Hilfswiderklage im Übrigen sowie die Klage werden abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten sowie die Berufung der Klägerin werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz haben die Klägerin zu 35 % und die Beklagte zu 65 % zu tragen. Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz haben die Klägerin zu 29 % und die Beklagte zu 71 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in der genannten Höhe leistet.

I.	2
Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung ausstehenden Honorars für detektivische Überwachungsmaßnahmen. Die Beklagte verlangt im Wege der Hilfswiderklage die Rückerstattung bereits gezahlten Honorars.	3
Aufgrund unter anderem des Verdachtes des unerlaubten Handels mit städtischem Holz beauftragte die Beklagte durch ihren Oberbürgermeister die Klägerin mit der Observation der von ihr verdächtigten Mitarbeiter. Die Entscheidung über die Einschaltung der Beklagten traf der Oberbürgermeister ohne Beteiligung städtischer Gremien. In der beiderseitig am 01.10.2015 unterzeichneten Vertragsurkunde sind die vertragsgegenständlichen Leistungen bezeichnet als „Dienstleistungen (wie Beratung, Einsatz von Spezialisten und Sachbearbeitern)“. Eine zeitliche Befristung der Observation sieht der Vertrag nicht vor. Der Beklagten ist jedoch ein jederzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt. Unter der Überschrift „Auftragskosten“ sind aufgeführt:	4
1. Informationsbeschaffung je Abfrage / Vorabklärung mit 450,- €;	5
2. Ein Zeithonorar zuzüglich An- und Abfahrt auch bei Ablösungen in Höhe von 100 € je Stunde, mit Zuschlägen für die Zeiten zwischen 18.00 Uhr und 8.00 Uhr sowie an Wochenenden in Höhe von 50 % und an Feiertagen in Höhe von 100 %; dabei wird jede angefangene Stunde voll berechnet;	6
3. Reisekosten wie Auslagen für Verzehr und Unterkunft nach konkretem Aufwand, wobei diese „nicht immer urkundlich belegt werden“ können; je Dokumentation pauschal 5,- €, je Einsatztag und -gerät pauschal 150,- €, Kommunikationspauschale je Einsatztag und Berater pauschal 6,- €; eine „Kraftfahrzeugvergütung“ je bereitgestelltem Fahrzeug pro Stunde in Höhe von 15,- €, bei Sondereinsatz-Kraftfahrzeugen und „KFZ f. Dokumentation“ in Höhe von 30,- € je Stunde; zusätzlich je gefahrenem Kilometer 1,30 €, bei Sondereinsatz-Kraftfahrzeugen und „KFZ f. Dokumentation“ 2,50 €;	7
4. angeblich „individuell vereinbarte besondere Verwaltungs- und Bearbeitungskosten“ in Höhe von zusätzlich 25 % auf den jeweiligen Rechnungsnettobetrag, mindestens in Höhe von 500,- €.	8
Die Maßnahmen der Beklagten begannen mit der mehrstündigen Anreise zweier Detektive am 01.11.2015 bzw. am 02.11.2015 von ihren jeweiligen Wohnorten. Die Observation selbst wurde am 02.11.2015 aufgenommen und erstreckte sich bis zum 18.12.2015 und wurde zunächst von zwei, aufgrund ausdrücklicher Absprache seit dem 04.11.2015 von drei Detektiven durchgeführt. Am 19.11.2015 stellten die Detektive fest, dass ein von ihnen observiertes Fahrzeug eine rote Ampel überfuhr.	9
Am 03.12.2015 stellte die Klägerin dem Oberbürgermeister und weiteren städtischen Bediensteten die bisherigen Ergebnisse der Überwachung dar und riet zur Fortsetzung der Maßnahmen, da noch Nachermittlungen erforderlich seien. Nach Beendigung der Überwachung erstellte die Klägerin Anfang Januar 2016 ihren Einsatzbericht. Für ihre Tätigkeit stellte sie der Beklagten insgesamt netto 275.762,43 € in Rechnung abzüglich bereits geleisteter 100.000,- € netto, zuzüglich Umsatzsteuer in Höhe von 33.394,86 € auf den Restbetrag in Höhe von 175.762,43 €. Von dem in Rechnung gestellten Nettobetrag entfallen 1.800,- € auf die Informationsbeschaffung / Vorabklärungen, 150.712,50 € auf das Zeithonorar einschließlich An- und Abreise, 68.097,44 € auf Sachkosten (darunter 19.968,75 € für Kfz-Stunden und 34.690,50 € Kfz-Kilometerpauschale), sowie 55.152,49 € auf	10

besondere Verwaltungskosten. Über die Abschlagszahlung in Höhe von 119.000,- € (100.000,- € zzgl. Umsatzsteuer) hinaus zahlte die Beklagte weitere 140.004,26 €, insgesamt also 259.004,26 brutto. Wegen des weitergehenden Sachverhaltes und der Anträge der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung des aus Sicht der Klägerin ausstehenden Entgelts in Höhe von 69.153,03 € abgewiesen und die Klägerin auf die Hilfswiderklage der Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Widerklage zur Rückzahlung bereits geleisteter 18.109,60 € verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Vertrag sei nicht von Beginn an nichtig. Die Nichtigkeitsfolge ergebe sich weder aus § 134 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F., noch aus § 138 BGB. Der Beklagten stehe auch kein Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Schadensersatz in Form des Wegfalls des Vergütungsanspruches zu. Ein solcher ergebe sich weder unter dem Aspekt der Schlechterfüllung des Dienstvertrages, noch wegen eines Verstoßes gegen Informations- und Beratungspflichten durch die Klägerin. Jedoch sei der Zahlungsanspruch der Klägerin nicht in der von dieser geltend gemachten Höhe entstanden. Vielmehr ergebe sich eine Überzahlung der Klägerin. Im Einzelnen hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Pauschale für die Informationsbeschaffung nach Ziffer II.1 des Vertrages (abgerechnet mit 1.800,- € netto) wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verneint. Das mit 150.712,50 € netto abgerechnete Zeithonorar hat das Landgericht nur in Höhe von 141.128,- € als berechtigt erachtet. Dabei hat das Landgericht der Klägerin ein Honorar für die An- und Abreise der Detektive nur bezogen auf ihren Firmensitz zugesprochen, nicht aber berechnet von deren jeweiligen Wohnsitzen aus. Ebenfalls verneint hat das Landgericht einen Honoraranspruch für Samstagarbeit am 21.11.2015 und am 28.11.2015, da diese nicht vereinbart gewesen sei. Aus der mit 5.400,- € netto abgerechneten Dokumentationspauschale gemäß Ziffer II.3.b hat das Landgericht 300,- € herausgerechnet, welche die Klägerin für die beiden genannten Samstage in Rechnung gestellt hat. Von der Kommunikationspauschale gemäß Ziffer II.3.b des Vertrages – mit 654,- € in Rechnung gestellt - hat das Landgericht einen Betrag in Höhe von 6,- € in Abzug gebracht, da der unter dem Datum 07.12.2015 damit in Verbindung gebrachte Sachbearbeiter 11 nicht für die Beklagte eingesetzt gewesen sei. Auch die als Kraftfahrzeugvergütung gemäß Ziffer II.3.c des Vertrages und als Kilometervergütung gemäß Ziffer II.3.d des Vertrages geltend gemachten Beträge (19.968,75 € bzw. 34.690,50 €) hat das Landgericht nur teilweise als berechtigt erachtet, nämlich in Höhe von 18.964,80 bzw. 29.243,50 €. Die Abzüge ergäben sich zum einen daraus, dass der Einsatz an den genannten Samstagen nicht vergütungspflichtig sei, zum anderen daraus, dass die An- und Abreisen jeweils nur vom und zum Firmensitz der Klägerin berechnet werden dürften. Einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung besonderer Verwaltungs- und Bearbeitungskosten in Höhe von 55.152,49 € hat das Landgericht wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verneint. Wegen der näheren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren jeweiligen Berufungen. Die Klägerin greift das landgerichtliche Urteil nur insoweit an, als das Landgericht ihr einen Betrag von 1.800,- € netto für die Informationsbeschaffung je Abfrage / Vorabklärung (Ziffer II.1 des Vertrages) sowie die Pauschale für Besondere Verwaltungskosten (Ziffer II.4 des Vertrages) versagt hat, wobei sie letztere nur noch in Höhe von 51.408,12 € geltend macht. Sie ist der Auffassung, die beiden in Rede stehenden Vertragsklauseln unterlägen nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, da sie sich über den Leistungsinhalt verhielten. Zudem würden sie einer Inhaltskontrolle standhalten. Die übrigen vom Landgericht vorgenommenen Abzüge lässt sie gegen sich gelten.

Die Klägerin beantragt,

unter (teilweiser) Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 46.874,06 € nebst 9% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 09.03.2016 zu zahlen und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 14

Die Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen und die Klägerin auf die Hilfswiderklage zu verurteilen, an sie 195.116,13 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.11.2016 zu zahlen sowie die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 15 16

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und vertritt weiterhin die Auffassung, der Vertrag sei wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot von Anfang an unwirksam, da die Parteien eine zeitlich nicht befristete Observation vereinbart hätten. Dies gelte um so mehr, als den Detektiven der Beklagten weiterreichende Befugnisse eingeräumt worden seien, als sie kraft Gesetzes städtischen Ermittlungsorganen zustünden. Jedenfalls verstoße die Vereinbarung gegen die guten Sitten mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB. Ihr stehe zudem ein Gegenanspruch gegen die Klägerin unter dem Aspekt des Schadensersatzes wegen Schlechtleistung zu, da die Detektive der Klägerin mehrfach enttarnt worden seien. Dies führe zur Befreiung von der Zahlungspflicht. Ein Schadensersatzanspruch ergebe sich zudem aus der Verletzung von Beratungspflichten durch die Klägerin. Diese habe sie nämlich nicht über die Unverwertbarkeit der durch eine zeitlich unbefristete Überwachung gewonnenen Beweise aufgeklärt. Auch habe die Klägerin sie nicht darüber aufgeklärt, dass sich keine Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten der observierten Mitarbeiter ergeben hätten. Überdies habe sie insoweit gegen ihre Berichterstattungspflichten verstoßen, als sie keine Mitteilung über die Enttarnung ihrer Detektive gemacht habe. Darüber hinaus habe das Landgericht die Höhe des Vergütungsanspruches der Klägerin unzutreffend ermittelt. Die Zeithonorarklausel sei unwirksam, auch seien die abgerechneten Stunden nicht hinreichend dargetan. Die Quartierkosten seien nicht ausreichend bewiesen, die Klausel betreffend die Dokumentationspauschale sei unwirksam. Der Anfall der Kommunikationspauschale sei nicht hinreichend dargetan, gleiches gelte für die Kraftfahrzeugvergütung. Die Höhe der Kilometervergütung sei rechtsfehlerhaft ermittelt worden. 17

Wegen des weiteren Vortrages der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen. 18

Mit Zustimmung beider Parteien hat der Senat im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO entschieden. 19

**II.** 20

Die beiderseitigen Berufungen sind zulässig. Sie sind jedoch insgesamt bzw. größtenteils unbegründet. 21

**A)** 22

Auch die Berufung der Klägerin ist zulässig. Insbesondere genügt sie den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ZPO. 23

24

Zwar erschließt sich die nunmehr noch geltend gemachte Klageforderung der Höhe nach nicht. Ausweislich der Aufstellung auf Seite 5 ihrer Berufungsbegründung vom 28.01.2020 (Bl. 523 GA) beansprucht die Klägerin 1.800,- € (Vorabklärung), 141.128,- € (Zeithonorar) sowie 60.304,49 € (Sachkosten), wobei 61.304,49 € gemeint sein dürften, welche das Landgericht ihr zugesprochen hat. Die Summe dieser Beträge beläuft sich auf 204.232,49 €, nicht wie von der Klägerin angegeben auf 205.632,49 €. Zudem beansprucht die Klägerin eine Pauschale von 25% auf diesen Betrag für Besondere Verwaltungskosten. Ausgehend von 204.232,49 € Nettorechnungssumme beläuft sich die Pauschale auf 51.058,12 € (nicht – wie von der Klägerin angegeben – auf 51.408,12 €). Dies führt zu einer Zwischensumme von 255.290,61 € - auch insoweit setzt sich der obige Rechenfehler fort. Abzüglich des gezahlten Nettobetrag von 100.000,- € verbleiben 155.290,61 €, zuzüglich 19% Umsatzsteuer darauf ergeben 184.795,83 €. Zieht man davon die geleistete Bruttozahlung in Höhe von 140.004,26 € ab, so ergibt sich ein Betrag von 44.791,57 €. Demnach fordert die Klägerin schon auf Grundlage ihres eigenen Vorbringens 2.082,49 € zu viel ein. Jedoch steht diese rechnerische Ungenauigkeit der Zulässigkeit ihrer Berufung nicht entgegen, da sich das tatsächliche Begehren der Beklagten jedenfalls ihrem Berufungsvorbringen entnehmen lässt.

**B) 25**

In der Sache führt die Berufung der Beklagten dazu, dass die Klägerin auf die Hilfswiderklage zur Zahlung weiterer 6.069,- € nebst Zinsen an die Beklagte verurteilt wird. Die weitergehende Berufung der Beklagten sowie die Berufung der Klägerin insgesamt bleiben ohne Erfolg. Zu korrigieren war das Urteil des Landgerichts lediglich insoweit, als dieses der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 6.069,- € für die vorgenommene Dokumentation (5.100,- € zzgl. 969,- € Umsatzsteuer) zugesprochen hat. Ein solcher Anspruch besteht nicht. Damit waren die Ansprüche der Klägerin ursprünglich in folgender Höhe begründet: 26

Zeithonorar (dazu nachfolgend Ziffer B.1):	141.128,00 €	27
Informationsbeschaffung / Vorabklärung (Ziffer B.2):	0,00 €	28
Sachkosten (Ziffer B.3):		29
Hotelkosten (Ziffer B.3.a):	7.384,19 €	30
Kommunikation (Ziffer B.3.b):	612,00 €	31
Kraftfahrzeugkosten (Ziffer B.3.c):		32
Kfz-Stunden	18.964,80 €	33
Kfz-Kilometer	29.243,50 €	34
Dokumentation (Ziffer B.3.d):	0,00 €	35
Verwaltungskosten 25 % (Ziffer B.4)	0,00 €	36
Summe:	197.332,49 €	37

Abzüglich gezahlter 100.000,00 € verbleiben 97.332,49 €, welche zuzüglich Umsatzsteuer (18.493,17 €) zu einem Betrag in Höhe von 115.825,66 € führen. Davon sind die zudem gezahlten 140.004,26 € abzuziehen, was eine Erstattungsforderung der Beklagten gegenüber der Klägerin in Höhe von 24.178,60 € bedeutet. Im Einzelnen gilt für die geltend gemachten 38

Ansprüche Folgendes:

1. 39
- Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 611 Abs. 1 BGB auf Zahlung des Zeithonorars in Höhe von insgesamt 141.128,00 € zu. 40
- a) Zutreffend hat das Landgericht die Wirksamkeit des Vertrages angenommen. 41
- aa) Der Vertrag ist nicht schon wegen des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen der erbrachten Leistung und der dafür angefallenen Vergütung unwirksam. So stellt die Klägerin für eine sechswöchige Observation netto 275.762,43 € in Rechnung, einen Betrag, für den sich bereits ein Einfamilienhaus errichten lässt, obgleich dafür Fachkräfte wie etwa Architekten benötigt werden, denen im Gegensatz zum Detektiv eine qualifizierte Ausbildung abverlangt wird. Für den Senat ist schlechthin unverständlich, wie sich der Oberbürgermeister einer Stadt auf derartige Vertragsbedingungen hat einlassen können. So ergeben sich auf den ersten Blick völlig überzogene An- und Abreisekosten, die bereits für sich genommen für jeden wirtschaftlich denkenden Menschen ein deutliches Warnsignal hätten sein müssen: So lassen sich die Kosten nur für die einmalige An- und Abreise für einen einzelnen Detektiv bei Zugrundelegung sämtlicher dafür vertraglich vereinbarter Positionen (Honorar plus Zuschlag, Kraftfahrzeugvergütung, Kilometerpauschale, besondere Verwaltungskosten) auf netto ca. 2.700,- € (brutto ca. 3.200,- €) hochrechnen. Auch die Pauschale in Höhe von netto 150,- € je Einsatztag für jedes Gerät ist ersichtlich überzogen, da dies dazu führt, dass der Klägerin schon nach wenigen Einsatztagen etwa für einen Fotoapparat eine Kostenpauschale zu zahlen ist, die weit über die Anschaffungskosten hinausgeht. Jedoch gilt die Vertragsfreiheit auch für Abreden, welche einem besonnenen Betrachter wirtschaftlich gänzlich unvernünftig erscheinen. Aufgabe des Rechts ist es daher nicht, einen der Vertragspartner vor jedweder für ihn ungünstigen Vereinbarung zu bewahren. Eine Grenze ist erst erreicht, wenn das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, wie es bei wucherischen Rechtsgeschäften der Fall ist. Abzustellen ist dabei darauf, ob das Missverhältnis im konkreten Einzelfall bereits so groß ist, dass die Grenze dessen, was sich nach den gesamten Umständen noch rechtfertigen lässt, überschritten ist. Das ist in der Regel der Fall, wenn der objektive Wert von Leistung und Gegenleistung um etwa 100% oder mehr voneinander abweichen. Dazu ist, da sich die beklagte Stadt in dieser Hinsicht nicht auf Sittenwidrigkeit beruft, nichts vorgetragen. 42
- Jedenfalls aber fehlt es an den subjektiven Voraussetzungen des Wuchertatbestandes. So muss in subjektiver Hinsicht der Bewucherte einen der vier in § 138 Abs. 2 BGB abschließend aufgezählten Schwächezustände aufweisen, also entweder unerfahren sein, sich in einer Zwangslage befinden, einen Mangel an Urteilsvermögen zeigen oder eine erhebliche Willensschwäche aufweisen. Auf Seiten des Wucherers muss subjektiv hinzukommen, dass er gerade eine solche Schwäche des anderen Teils bewusst ausbeutet. Einen solchen Vorwurf wird man gegen die Klägerin nicht erheben können, da diese angesichts der Stellung ihres Verhandlungspartners als Oberbürgermeister aus der maßgeblichen damaligen Sicht davon ausgehen durfte, dass dieser über eine gewisse wirtschaftliche Gewandtheit und Kompetenz zur Prüfung der Vertragsbedingungen verfügt. 43
- bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Vertrag ist auch nicht wegen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage unwirksam. Insoweit macht die Beklagte offenbar eine „Anleihe“ im öffentlichen Recht, in dem etwa ein Verwaltungsakt ohne Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig ist. Vorliegend geht es aber ebensowenig um einen Verwaltungsakt wie um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern um einen 44

privatrechtlichen Vertrag, dessen Wirksamkeit sich nach den allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts bemisst. Demnach kann sich die etwaige Nichtigkeit auch nicht aus dem Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage als solchem herleiten, sondern etwa aus § 134 BGB (dazu nachfolgend unter II.B.1.a.cc) oder aus § 138 BGB (dazu nachfolgend unter II.B.1.a.ee).

Dessen ungeachtet war der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der observierten Mitarbeiter durch § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gedeckt. Zum Vorliegen der Voraussetzungen dieser Norm hat das Landgericht das Erforderliche gesagt; auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil wird verwiesen. Diese Vorschrift ist auch nicht durch das saarländische Landesdatenschutzgesetz verdrängt. Es trifft zwar zu, dass § 1 Abs. 2 Nr. 2 BDSG a.F. einen Vorrang der Datenschutzgesetze der Länder statuiert hat und ein entsprechendes Gesetz des Saarlandes in Kraft gewesen ist. Allerdings trifft, wie die Beklagte selbst hervorhebt, § 31 SDSG keine ausdrückliche Regelung zur Datenerhebung bei Verdacht einer Straftat. Dies bedeutet aber nicht, dass in einem solchen Fall keine Datenerhebung erfolgen dürfte. Ein solches Verständnis des § 31 SDSG wäre nicht mit dem Gedanken dieser Norm vereinbar. Diese gestattet das Erheben von Daten von Beschäftigten, wenn dies zur Eingehung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch zu Zwecken der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist. Wenn bereits unter diesen Voraussetzungen die Datenerhebung statthaft ist, muss dies erst recht für den Fall gelten, dass ein Mitarbeiter einer strafbaren Handlung verdächtig ist, wenn also das Aufklärungsinteresse besonders hoch ist. Dass der Verdächtige einer Straftat in weitergehendem Umfang vor einer Datenerhebung geschützt sein sollte als der unbescholtene Mitarbeiter, lässt sich dem SDSG nicht entnehmen. Damit wird man entweder den Spezialfall der Datenerhebung zum Zwecke der Aufklärung einer Straftat unter den Begriff der Maßnahme zur Durchführung oder Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 31 SDSG fassen und zur Konkretisierung des Erlaubnistatbestandes auf die Norm des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. zurückgreifen müssen. Oder man sieht, was zum selben Ergebnis führt, die Datenerhebung bei Straftatverdacht als durch das SDSG nicht geregelt – und auch nicht gesperrt – an, was den Weg unmittelbar zu § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. eröffnet.

cc) Der Vertrag ist auch nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig. Insbesondere begründet der Umstand, dass die vertraglich vereinbarte Überwachungsmaßnahme zeitlich nicht befristet war, keinen anfänglichen Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. Die Voraussetzungen, unter denen die Beklagte eine Überwachung ihrer einer Straftat verdächtigen Mitarbeiter vornehmen konnte, waren gegeben. Insbesondere führt die fehlende zeitliche Befristung nicht zur anfänglichen Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Dem kann die Beklagte auch nicht entgegenhalten, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme so allein der Sphäre der Vertragsparteien unterliege. Denn die aufgrund der vertraglichen Vereinbarung durchgeführte Maßnahme kann durchaus unverhältnismäßig werden, wenn sie über einen entsprechenden Zeitraum fortgeführt wird. Die Beklagte verkennt insoweit die Schutzrichtung der Norm. Diese dient dazu, das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu wahren, welches aber (noch) nicht verletzt ist, wenn der einer Straftat Verdächtige einer kurzzeitigen Überwachungsmaßnahme ausgesetzt ist. In einem solchen Fall tritt das Interesse des Betroffenen an der Wahrung seines Persönlichkeitsrechtes hinter das Aufklärungsinteresse des Verantwortlichen zurück – unabhängig davon, wie der Vertrag mit der Detektei im Einzelnen ausgestaltet ist. Überschreitet die Maßnahme dagegen die Grenzen der Verhältnismäßigkeit, so liegt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenfalls unabhängig davon vor, ob der Vertrag zwischen dem Verantwortlichen und der Detektei wirksam ist. Die Parteien haben es also entgegen der Darstellung der Beklagten keineswegs in der Hand, das

Verhältnismäßigkeitsgebot dadurch zu unterlaufen, dass sie wirksam eine unbefristete Überwachungsmaßnahme vereinbaren, denn die Verhältnismäßigkeit der durchgeführten Maßnahme beurteilt sich unabhängig von der Parteivereinbarung allein nach der Maßnahme selbst.

Darüber hinaus stellt § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar (vgl. OLG Celle, Urt. v. 10.09.2003, Az. 3 U 137/03). Vielmehr lässt die Vorschrift gerade umgekehrt erkennen, dass eine solche Datenerhebung – anders etwa als Schwarzarbeit – nicht per se eine verbotene Handlung darstellt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Demnach stellt § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. einen Erlaubnistatbestand dar und gerade kein Verbotsgesetz. Der Schluss, dass immer dann, wenn die Voraussetzungen einer Erlaubnisnorm überschritten werden, ein Verbotsgesetz verletzt sei, welches die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auslöse, verfängt jedoch nicht. Vielmehr muss jeweils geprüft werden, ob der Zweck des übertretenen Gesetzes dieses als Verbotsgesetz erscheinen lässt (BGH, Urt. v. 27.02.2007, XI ZR 195/05). Dies ist aber nicht der Fall. Der allein bezweckte Schutz des Betroffenen gebietet es nicht, eine Unwirksamkeit des Dienstvertrages zwischen dem Verantwortlichen nach § 46 Nr. 7 BDSG und der ausführenden Detektei anzunehmen, denn § 32 BDSG a.F. dient nicht dazu, ersteren vor Honoraransprüchen zu bewahren. Dem Schutz des Betroffenen ist vielmehr – ausreichend – dadurch gedient, dass der Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche sanktioniert ist (vgl. BGH, Urt. v. 27.02.2007, XI ZR 195/05): Bereits § 7 BDSG a.F. sah einen auf materielle Schäden begrenzten Ersatzanspruch vor, wobei das Bundesarbeitsgericht darüber hinaus einen Anspruch auf eine Entschädigung in Geld aufgrund der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bereits vor Einführung des § 83 Abs. 2 BDSG anerkannt hat (BAG, Urt. v. 19.02.2015, Az. 8 AZR 1007/13). Würde man der Rechtsauffassung der Beklagten folgen, so wäre der durch § 32 BDSG a.F. bezweckte Schutz sogar insoweit geschwächt, als das Vergütungsrisiko für die über das Erlaubte hinausgehende Überwachungsmaßnahme nicht mehr den Verantwortlichen trafe: So könnte es dieser gleichsam „darauf ankommen lassen“ und eine grenzwertige Observation beauftragen. Stellt diese dann einen Verstoß gegen die Rechte der betroffenen Person dar, so wäre der Verantwortliche wenigstens von der Vergütungspflicht frei.

dd) Die Nichtigkeit ergibt sich auch nicht aus § 163f StPO. Selbst wenn man aus dieser Norm die Schlussfolgerung ziehen will, dass eine Observierung, für die keine zeitliche Schranke vereinbart ist, bereits von vornherein unverhältnismäßig und daher nicht durch § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. gedeckt ist, betrifft dies nur das Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person. Dies führt aber nicht dazu, dass § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. als Verbotsnorm zu qualifizieren ist mit der Folge der Unwirksamkeit des Dienstvertrages über die detektivischen Leistungen.

ee) Der Vertrag ist auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nämlich nicht vor. Vielmehr hat der Vertrag ein erlaubtes Verhalten zum Inhalt. Ein Verstoß gegen § 138 BGB scheidet daher aus. Soweit die Maßnahme zeitlich so ausgedehnt wird, dass sie nicht (mehr) von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gedeckt ist, führt dies zwar zu ihrer Rechtswidrigkeit mit der Folge, dass der betroffenen Person die oben genannten Ansprüche zustehen, aber nicht dazu, dass Detektivvertrag unwirksam wird. Denn auch insoweit ist die Schutzrichtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten, die zwar das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen wahren sollen, nicht aber den Verantwortlichen von Honoraransprüchen – ihrem Schutzzweck zuwiderlaufend - freistellen sollen.

- b) Der Beklagten steht entgegen ihrer Rechtsauffassung kein Schadensersatz gegen die Klägerin auf Befreiung von der Vergütungspflicht unter dem Aspekt der Schlechterfüllung der Pflichten aus dem Vertrag zu. 50
- Verträge über die Leistungen einer Detektei sind Dienstverträge im Sinne der § 611 ff. BGB (BGH, Urt. vom 19.1.1989 - III ZR 243/87 - und vom 22.5.1990 - IX ZR 208/89 - mwN.); im Unterschied zum Werkunternehmer (§ 631 Abs. 2 BGB) schuldet der Detektiv als Dienstverpflichteter keinen bestimmten Erfolg. Demgemäß enthalten die Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) - abgesehen von einem nach Lage des Einzelfalles gegebenen Recht des Dienstherrn zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB - keine Bestimmungen über die Rechtsfolgen mangelhafter Leistungen des Dienstverpflichteten. Insbesondere ist der Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten in einem solchen Fall nicht kraft Gesetzes herabgesetzt, da das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt. Diese Lücke ist dadurch zu schließen, dass der Dienstverpflichtete bei Vertretenmüssen Schadensersatz nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) schuldet (BGH, Urt. vom 4.3.1982 - I ZR 107/80, vom 24.3.1982 - IVa ZR 303/80, vom 4.2.2010 - IX ZR 18/09 - Rn. 56, vom 24.9.2015 - IX ZR 206/14 - Rn. 26 und vom 13.9.2018 - Rn. 16; jeweils mwN.; BAG, Urt. vom 17.9.1998 - 8 AZR 175/97). Dies kann zur Folge haben, dass die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Zahlung der Vergütung entfällt, wenn die Belastung mit dieser Verbindlichkeit Bestandteil des aus einer Pflichtverletzung resultierenden Schadens ist (BGH, Urt. vom 7.3.2002 - III ZR 12/01, vom 15.7.2004 - IX ZR 256/03, vom 4.2.2010, vom 24.9.2015 und vom 13.9.2018, Rn. 17); für vom Dienstverpflichteten vertretbar nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete (nicht nachholbare) Dienste braucht der Dienstberechtigte die Vergütung nicht zu zahlen (BGH, Urt. vom 23.2.2006 - III ZR 167/05 - Rn. 18 mwN.). Voraussetzung ist allerdings, dass der Dienstverpflichtete der übernommenen Verpflichtung in einer Weise nicht nachgekommen ist, die praktisch als völliges Ausbleiben dieser Leistung anzusehen ist (BGH, Urt. vom 13.9.2018, Rn. 17 mwN.).
- Hieran fehlt es vorliegend auch dann, wenn die Tätigkeit der Klägerin nach ihrem undatierte Abschlussbericht (Anlage B 1) keine „gerichtsfesten“ Belege strafbarer Handlungen von Mitarbeitern des Bauhofs erbracht hat; die Klägerin schuldet der Beklagten lediglich die Erbringung der „versprochenen Leistungen“ (§ 611 Abs. 1 Alt. 1 BGB), aber keinen Leistungserfolg. Daran ändert es auch nichts, wenn die für die Klägerin tätigen Detektive - wie die Beklagte meint - bei mehreren Gelegenheiten entdeckt oder enttarnt worden sein sollen. Das Risiko einer Enttarnung ist einem Detektivvertrag von vornherein immanent und beiden Parteien bei Vertragsschluss bekannt; eine Schlechterfüllung liegt erst dann vor, wenn sie auf einer fehlerhaften Vorgehensweise des Detektivs beruht. Hierzu fehlt es an jedem Sachvortrag der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten. 52
- c) Ebenso wenig steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Befreiung von der Vergütungspflicht wegen Verletzung von Beratungs-, Hinweis-, Informations- oder Aufklärungspflichten zu. Zwar ist der Schuldner nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle einer Verletzung von Pflichten aus dem Schuldverhältnis dem Gläubiger dem Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verpflichtet. Vorliegend fehlt es jedoch ungeachtet der Vielzahl der der Klägerin angelasteten Versäumnisse überwiegend bereits an einer Pflichtverletzung und im Übrigen jedenfalls am Nachweis eines hierauf beruhenden Schadens. 53
- aa) Die Beklagte hat die ihr der Klägerin gegenüber obliegenden Pflichten nicht dadurch verletzt, dass sie ihre "Entdeckung" oder "Enttarnung" nicht offenbart hat. 54

(1) Im Ausgangspunkt zutreffend geht die Beklagte allerdings davon aus, dass bereits das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die Enttarnung eines Detektivs einen aufklärungspflichtigen Umstand darstellen kann. Nach § 241 Abs. 2 BGB kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Danach kann auch die Enttarnung des Detektivs einen für die weitere Vertragsfortsetzung wesentlichen und deshalb offenbarungspflichtigen Umstand darstellen. Denn nur wenn der Dienstberechtigte vom Dienstverpflichteten über wesentliche Umstände der Observierung in Kenntnis gesetzt wird, kann er entscheiden, ob die Maßnahme fortgeführt werden soll. Eine Enttarnung stellt einen solchen wesentlichen Umstand dar, da diese die Erreichung des Vertragszwecks nachhaltig gefährdet. Dabei bezieht sich die Offenbarungspflicht nicht nur auf Umstände, die einen sicheren Hinweis auf eine Enttarnung zulassen. Damit der Dienstberechtigte eine eigene Entscheidung darüber treffen kann, ob er die Maßnahme fortführen will, muss die Detektei auch Vorkommnisse, die eine unterschiedliche Wertung erlauben, offenlegen. Ansonsten verletzt sie den Dienstberechtigten in seiner Entscheidungsbefugnis über die Fortführung der Maßnahme, wie sie durch das jederzeitige Kündigungsrecht gewährleistet ist. Dieses wiederum läuft leer, wenn der Dienstberechtigte nicht umfassend auch über solche Umstände informiert wird, die lediglich die Möglichkeit einer Enttarnung ergeben. Voraussetzung ist allerdings, dass dem Detektiv Umstände dieser Art überhaupt bekannt sind, weil unbekannte Umstände schon objektiv keine Aufklärungspflichten hervorrufen können.

55

(2) Danach erweisen sich die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe überwiegend schon mangels Pflichtverletzung als unbegründet.

56

Soweit sich die Beklagte auf den vermeintlichen Vorfall vom 18.11.2015 („Zweimaliges Verfolgen im Kreisverkehr“) bezieht, hat das Landgericht dazu bereits das Erforderliche gesagt: Die Klägerin hat diese Behauptung bestritten, die Beklagte hat dazu keinen Beweis angeboten und nicht einmal dargetan, wie sie die Kenntnis von diesem Vorfall erlangt haben will.

57

Soweit sich die Beklagte auf den unstreitigen und im Bericht der Klägerin dokumentierten Rotlichtverstoß vom 19.11.2015 bezieht, ist dem Landgericht ebenfalls darin zuzustimmen, dass ein solches Vorkommnis nicht zwingend auf eine Enttarnung schließen lässt, da Rotlichtverstöße ganz überwiegend von Verkehrsteilnehmern begangen werden, die keiner Observierung ausgesetzt sind. Überdies ist es auch nicht wahrscheinlich, dass sich ein städtischer Bediensteter, der einer Verfolgung gewahr geworden ist, dieser durch einen so schwerwiegenden Verkehrsverstoß wie das Missachten eines Rotlichts zu entziehen versucht. Eine naheliegende Reaktion würde vielmehr darin bestehen, dass dieser Bedienstete von etwaig geplanten strafbaren Handlungen einstweilen Abstand nimmt und sich ordnungsgemäß verhält, um dem Beobachter keine Erkenntnisse zu liefern.

58

Ebenso wenig ergibt sich eine Pflichtverletzung seitens der Klägerin aus den Tatsachen, welche die Beklagte unter Beweis der Zeugen A. und B. gestellt hat. Beide sind zum Beweis der Tatsache benannt, dass ihnen Mitarbeiter des Baubetriebshofs den Eindruck geschildert hätten, von einem nichtstädtischen Fahrzeug verfolgt worden zu sein. Damit behauptet die Beklagte eine Enttarnung der Detektive. Wie oben dargelegt, ergibt sich aber aus der Enttarnung für sich genommen kein Gegenanspruch der Beklagten, solange nicht festgestellt werden kann, dass diese auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen ist. Für einen somit allein in Betracht kommenden Anspruch der Beklagten unter dem Aspekt der Offenbarungspflichtverletzung ist jedoch im Hinblick auf diese Umstände gleichfalls nichts ersichtlich: Denn keiner der benannten Zeugen vom Hörensagen sollte bekunden, dass die

59

jeweiligen Informanten den Detektiven die Enttarnung auch signalisiert hätten. Haben die Detektive aber nicht wahrgenommen, dass die von ihnen beobachteten Personen sie bemerkt haben, so kann die Klägerin der Beklagten die Enttarnung nicht offenlegen.

Dasselbe gilt für die Vorgänge in Zusammenhang mit der von der Beklagten behaupteten Beobachtung eines „Baumschneidetrupps“. Entscheidend ist auch insoweit nicht, was die beiden beobachteten Mitarbeiter der Beklagten innerlich angenommen haben könnten, sondern welche Schlussfolgerungen die Detektive der Klägerin aus ihrem Verhalten hätten ziehen können; hierzu verbleibt allein die „provokative“ Blickrichtung. Unstreitig gehörten zwar das Fahrzeug, nicht aber die Herren C. und D. zu den „Zielobjekten“ der Klägerin; unstreitig hatten die von ihnen vorgenommenen (und im Bericht der Klägerin unter dem Datum 3.11.2015 dokumentierten) Tätigkeiten keinerlei rechtswidrigen Charakter. Irgendwelche „provokativen“ Gesten rechtfertigten daher bestenfalls die Annahme, dass sich jene Herren durch die Beobachtung ihrer (rechtmäßigen) Arbeiten gestört fühlen und die Beobachter vertreiben wollten. Hierbei handelt es sich jedoch um einen alltäglichen Vorgang, der allenfalls eine Verärgerung über neugieriger Blicke Dritter dokumentiert, aber nicht das Wissens um deren Identität als Detektive und erst recht nicht deren „Enttarnung“ zum Ausdruck bringt. 60

Eben deshalb ist auch kein Anhaltspunkt für die Annahme ersichtlich, dass die beiden Herren diesen Vorfall zum Gegenstand irgendwelcher Gespräche mit „Zielpersonen“ machen könnten, weil der Beobachtung aus ihrer Sicht keine über die Neugier unbeteiligter Dritter hinausgehende Bedeutung zukam. Wäre dies anders, müsste jedes drittbeobachtete Zusammentreffen mit Geschäftsführer oder Mitarbeitern der Klägerin wie etwa die Gesprächstermine vom 1.10. oder 3.12.2015 im Rathaus als Grundlage für die Annahme einer „Enttarnung“ ausreichen; hiervon geht ersichtlich auch die Beklagte nicht aus. 61

(3) Überdies scheidet ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin wegen der unterbliebenen Mitteilung über die „Enttarnung“ auch am Fehlen der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden, hier der Nichtausübung des Kündigungsrechts mit der Folge des Entstehens weiterer Vergütungsansprüche. 62

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB trägt der Anspruchsteller die - allenfalls durch § 287 ZPO gemilderte - Darlegungs- und Beweislast sowohl für die Pflichtverletzung des Schuldners wie auch für deren Ursächlichkeit (Kausalität) für den eingetretenen Schaden (Palandt-Grüneberg, § 280 BGB, Rn. 34 ff. mwN.); die von der Beklagten für sich in Anspruch genommene „Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens“ ändert hieran nichts. Sie bewirkt keine Beweislastumkehr, sondern bildet einen Anwendungsfall des Anscheinsbeweises (BGH, Urt. vom 30.9.1993 - IX ZR 73/93 - BGHZ 123, 311, 315 ff., vom 9.6.1994 - IX ZR 125/93 - BGHZ 126, 217, 222, vom 9.11.1995 - IX ZR 161/94, vom 6.12.1018 - IX ZR 176/16 - Rn. 23 und vom 24.1.2019 - IX ZR 233/17 - Rn. 31) und stellt zudem eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz dar, dass es für die individuelle Verhaltensweise von Menschen in bestimmten Lebenslagen keinen Anscheinsbeweis gibt. Aus diesem Grund ist sie nur mit Vorsicht anzuwenden, nämlich nur in klar und eindeutig liegenden Ausnahmefällen (BGH, Urt. vom 5.2.2009 - IX ZR 6/06 - Rn. 13). 63

Sie setzt bereits begrifflich voraus, dass es bei vertragsgemäßer Aufklärung für den Beratungsbedürftigen bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine bestimmte Möglichkeit „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens gab, also im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend informierten Auftraggebers mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre. Die Beweiserleichterung gilt also nicht generell. Sie setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der 64

Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Auftraggebers typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Vertragspartners eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten. Die Regeln des Anscheinsbeweises sind dagegen unanwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht kommen und die Aufklärungs- oder Beratungspflicht des Beraters lediglich darin besteht, dem anderen Teil durch die erforderlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen. Für diese Beurteilung kommt es auf dessen Handlungsalternativen an, deren Rechtsfolgen miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden. Besteht nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, die zu gewichten und den Vorteilen gegenüber abzuwägen sind, ist für einen Anscheinsbeweis kein Raum (BGH, Urt. vom 30.9.1993 - BGHZ 123, 311, 314 und 319, vom 22.2.2001 - IX ZR 293/99, vom 21.7.2005 - IX ZR 293/99, vom 14.11.2013 - IX ZR 215/12, vom 16.7.2015 - IX ZR 197/14 - Rn. 25 ff., vom 6.12.2018 Rn. 23 und 26, vom 13.12.2018 - IX ZR 216/17 - Rn. 27 und vom 24.1.2019, Rn. 31).

Nach diesen Maßstäben kann sich die Beklagte auf eine Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens nicht berufen, weil die Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht die einzige (und nicht einmal eine nahe liegende) verständige EntschlieÙung darstellte. 65

Bei Erteilung eines Hinweises auf den RotlichtverstoÙ hätte sich die Entscheidung zur Aufgabe der Observation nicht als die einzig vernünftige Reaktion dargestellt. Denn ein RotlichtverstoÙ lässt keinesfalls nur den Schluss auf die Enttarnung zu, so dass auch die Entscheidung, die Maßnahme in der Annahme fortzusetzen, dass dieser etwa auf bloÙe Unachtsamkeit zurückzuführen ist, vernünftig erschienen wäre. 66

Gleiches gilt für die behauptete Beobachtung des „Baumschneidetrupps“. Hätte die Klägerin ihr gegenüber den Vorfall im November 2015 zur Sprache gebracht, hätte sie lediglich mitteilen können, dass zwei (unverdächtige) Mitarbeiter ihre Verärgerung über die Beobachtung bei (arbeitsvertragsgemäÙen) Tätigkeiten durch provokative Gesten zum Ausdruck gebracht haben. Hätte die Beklagte daraufhin das Vertragsverhältnis beendet, wären nicht nur alle zuvor erlangten Ermittlungstätigkeiten sowie die hierfür entstandene Honoraransprüche der Klägerin sinnlos gewesen; die Beklagte hätte sich zudem der Möglichkeit begeben, den von ihr gehegten und unverändert fortbestehenden Verdacht strafbarer Handlungen durch weitere Ermittlungen „gerichtsfest“ nachweisen zu können. Schon der Bagatelldarakter des Vorfalls und die fehlende Beteiligung verdächtigter „Zielpersonen“ und das vehement zum Ausdruck gebrachte Interesse des Oberbürgermeisters an einer (auch kostenträchtigen) Überführung der verdächtigen Mitarbeiter lassen es alles andere als naheliegend erscheinen, eine sofortige Beendigung der Observation als ihrer damaligen Sicht als einzige verständige Entschlussmöglichkeit auch nur in Betracht zu ziehen. Dass die Beklagte heute ihre Vertragsentscheidung reut, ist für die ex ante vorzunehmende Beurteilung ohne Bedeutung. 67

bb) Der Beklagte hat gegen die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch, der zum (teilweisen) Entfall der Vergütungspflicht führt, unter dem Aspekt der Verletzung von Beratungspflichten im Hinblick auf die Verwertbarkeit etwaiger durch die Observation gewonnener Erkenntnisse. 68

Zwar ist der Auftragsgegenstand bezeichnet als „Dienstleistungen (wie Beratungen, Einsatz von Spezialisten und Sachbearbeitern)“, doch folgt daraus nicht, dass die Beratung Hauptleistungspflicht der Klägerin war. Diese bestand vielmehr in der Beobachtung städtischer Mitarbeiter zur Gewinnung von Erkenntnissen über mögliche Rechtsverstöße. Hauptleistungspflicht der Klägerin war es hingegen nicht, den Beklagten über die rechtliche Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus Observationen aufzuklären. 69

Eine entsprechende Beratungspflicht ergibt sich vorliegend auch nicht als vertragliche Nebenpflicht der Klägerin aus § 241 Abs. 2 BGB. Grundsätzlich gehört es zwar zu den Nebenpflichten des Schuldners, den anderen Teil unaufgefordert über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren, die diesem verborgen geblieben sind. Diese Nebenpflicht beruht auf dem Gedanken, dass der Schuldner – insbesondere auf Grund seiner überlegenen Fachkunde – zur Aufklärung verpflichtet ist, wenn Gefahren für das Leistungs- oder Integritätsinteresse des Gläubigers bestehen, von denen dieser keine Kenntnis hat. Allerdings ist hier ein solches Informationsgefälle nicht gegeben. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass die Beklagte, die über ein Rechtsamt verfügt, zumindest ebenso gut darüber informiert sein müsste, welche Maßnahmen sie in Bezug auf ihre Mitarbeiter zur Aufklärung von möglichen Rechtsverstößen einleiten kann wie die Klägerin. Dass die Klägerin aufgrund der Tatsache, dass sie die Observation durchführt, besser über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit informiert sein müsste als die Beklagte, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls durfte die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte vor der Auftragsvergabe selbst die Rechtslage geprüft habe; demnach musste sie sich nicht in der Pflicht sehen, entsprechende rechtliche Aufklärung zu betreiben. 70

Auch soweit die Zulässigkeit der weiteren Aufrechterhaltung der Maßnahme vom bislang gewonnenen Erkenntnisstand abhängt, gilt, dass es Sache der Beklagten selbst war, diese fortwährend zu überprüfen. Dazu kann sie sich auch nicht darauf berufen, den Bericht erst im Januar 2016 erhalten zu haben. Vielmehr oblag es ihr selbst, diejenigen Informationen bei der Klägerin einzuholen, die sie benötigte, um die weitere Zulässigkeit der Observierung beurteilen zu können. Dies gilt um so mehr, als es maßgeblich um die Bewertung etwaiger Erkenntnisse, also um eine Beweismwürdigung geht: Wie die Klägerin die beobachteten Tatsachen bewertet, ist ohnehin nicht verbindlich; demnach hätte die Beklagte schon selbst die erforderlichen Informationen einfordern müssen, um eine eigene Bewertung vorzunehmen. Dass die Klägerin ihr Informationen etwa verweigert hätte, ist nicht vorgetragen. Vielmehr hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, im ständigen Kontakt zum Oberbürgermeister gestanden zu haben. 71

cc) Ebenso wenig ist eine Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten durch die Klägerin in Bezug auf den Besprechungstermin am 03.12.2015 dargetan. Auch insoweit folgt der Senat dem Landgericht. Die Beklagte hat nichts dazu dargetan, dass der Geschäftsführer der Klägerin in diesem Termin falsche Tatsachen behauptet habe. Es geht allein, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, um die Bewertung der gewonnenen Informationen. Dass der Geschäftsführer der Klägerin die Beobachtungen der Detektive als Hinweis auf dubiose Vorgänge und die Ermittlungen als Erfolg gewertet hat, ist nicht mehr als seine subjektive Einschätzung der Sachlage. Die Beklagte hätte dies hinterfragen können und das präsentierte Material im gegenteiligen Sinne werten können. Offenbar haben ihre Mitarbeiter dies auch durchaus getan. Aus den von der Beklagten vorgelegten schriftlichen Aussagen der Mitarbeiter E. und F. (Anlagen B6 und B7) geht hervor, dass diese, insbesondere Herr E., Zweifel am Beweiswert des präsentierten Bild- und Videomaterials hatten und Herr E. diese in der Besprechung auch geäußert hat. Wenn die Beklagte aber trotz der bestehenden Zweifel die Maßnahme fortführen ließ, so hat sie dies im Bewusstsein getan, dass die 72

Gewinnung aussagekräftiger Erkenntnisse ungewiss war. Im Übrigen ergibt sich auch aus der von der Beklagten mitgeteilten Aussage des Geschäftsführers der Klägerin im Termin am 03.12.2015, es seien noch Nachermittlungen nötig, dass noch keine hinreichenden Erkenntnisse vorlagen, denn sonst hätte es keiner Nachermittlungen mehr bedurft. Demnach hat der Besprechungstermin am 03.12.2015 der Beklagten eine ausreichende Grundlage für eine Kündigungsentscheidung verschafft. Dass sie dennoch ihr Kündigungsrecht nicht wahrgenommen hat, ist ihre eigenständige Entscheidung und stellt nicht das Ergebnis einer Täuschung seitens der Klägerin dar.

d) 73

Der Klägerin steht das Zeithonorar auch in der ihr vom Landgericht zuerkannten Höhe zu. 74

aa) Auf die Frage der Wirksamkeit der Klausel in Ziffer II.2.a des Vertrages, nach der jede angefangene Stunde voll berechnet wird, kommt es nicht an. Folge der Unwirksamkeit könnte nur sein, dass für vorgenommene Aufrundungen in Rechnung gestellte Honorare nicht beansprucht werden könnten, § 306 Abs. 1 BGB. Jedoch hat die Klägerin die Einsatzzeiten minutengenau abgerechnet und keine Aufrundungen nach dieser Maßgabe vorgenommen. Ausweislich der von ihr vorgelegten Aufstellung entsprechen die Zeiten in der Spalte „Rückkehr aufgerundet“ genau den Zeiten in der Spalte „Rückkehr genau“. 75

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte gegen die in Ansatz gebrachten Stunden. 76

Zwar dürften die erstinstanzlichen Darlegungen der Klägerin den strengen Anforderungen des Bundesgerichtshofs zu den Darlegungslasten des (anwaltlichen) Auftragnehmers bei Stundenhonoraransprüchen zum Anfall des Zeitaufwands nicht entsprochen haben (Urt. vom 4.2.2010 - IX ZR 18/09 - Rn. 77 ff.; ebenso BAG, Urt. vom 23.9.2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 40 und vom 21.12.2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 10; einschränkend OLG Düsseldorf, Beschl. vom 8.1.2019 - I-24 W 84/19). Nachdem aber das Landgericht ungeachtet dessen Beweis erhoben hat, kommt es auf Schlüssigkeitsfragen nicht mehr an. 77

Nach der Zeugenvernehmung hat das Landgericht es als erwiesen angesehen, dass die Dienste zu den angegebenen Stunden erbracht worden sind. Der Senat hat die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Denn es liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinne ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Voraussetzung für die Durchbrechung der Bindungswirkung ist, dass das Ersturteil nicht überzeugt. Dies ist dann der Fall, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse - nicht notwendig überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der weiteren bzw. erneuten Tatsachenfeststellung die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. Die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung nach § 286 ZPO ist dadurch gekennzeichnet, dass der Richter zwar an Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Ergebnisse grundsätzlich ohne Bindung an Beweisregeln nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf, wobei der Vorgang der Überzeugungsbildung auf Erfahrungswissen und Judiz des erkennenden Richters beruht. Umstände, die in diesem Sinne der Bindung des Senats an die vom Landgericht festgestellten Tatsachen entgegenstehen könnten, hat die Beklagte nicht dargetan. 78

Soweit die Beklagte Differenzen zwischen der abgerechneten Einsatzzeit und dem Einsatzbericht aufzeigt, stellt dies weniger einen Angriff auf die Beweiswürdigung dar, die von diesem Umstand nicht berührt wird. Die Einwendung ist jedoch dahin zu verstehen, dass sich die Beklagte darauf beruft, die Detektive hätten während erheblicher Teile der abgerechneten Einsatzzeit nicht die geschuldeten Dienste erbracht, sondern nur die Zeit „abgesehen“. Dieser Einwand verfängt jedoch nicht. Es liegt geradezu in der Natur der Sache, dass sich bei einer Observation erhebliche Leerlaufzeiten in dem Sinne ergeben, dass sich keine nennenswerten Ereignisse feststellen lassen. Die Klägerin kann auch nicht voraussehen, wann die observierten Mitarbeiter feststellungsrelevante Handlungen vornehmen. Ihre Tätigkeit besteht gerade im geduldigen Warten auf entsprechende Ereignisse, was naturgemäß zu einem „Absitzen“ in erheblichem Umfang führt. Dies musste der Beklagten von vornherein klar sein. Es bestand lediglich der Verdacht strafbaren Verhaltens, was die Möglichkeit einschließt, dass sich dieser nicht erhärten werde. Demnach konnte die Möglichkeit, dass die gesamte Maßnahme zu keinerlei relevanten Feststellungen führen werde, nicht ausgeschlossen werden. Somit waren erhebliche Zeiträume ohne nennenswerte Feststellungen von vornherein absehbar. Von einem „Absitzen in nicht hinnehmbarem Umfang“ kann daher nicht gesprochen werden. Keinesfalls kann aus dem Umstand, dass zwischen der letzten relevanten Feststellung und der Beendigung der Tätigkeit auch Stunden gelegen haben, geschlossen werden, dass der Einsatz eher hätte abgebrochen werden müssen. Demgemäß kann auch keine Kürzung des Honorars in dem Maße vorgenommen werden, wie Beobachtungen zu keinen Ergebnissen geführt haben. Dies hieße nämlich, dem Detektiv nur ein erfolgsabhängiges Honorar zu gewähren. Ein solches ist aber nicht vereinbart worden. Das Risiko, dass die Beobachtung zu keinen Ergebnissen führt, trägt vielmehr die Beklagte.

c) Ebenfalls ohne Erfolg beanstandet die Beklagte die Berechnung der An- und Abreise zwischen Stadt 1 und Stadt 2, wie sie das Landgericht fiktiv vorgenommen hat, unter Anwendung der Zeithonorarklausel. 80

Die Vertragsbestimmung in Ziffer II.2.a ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht intransparent nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit auch nicht unwirksam gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB; ebenso wenig bestehen insoweit irgendwelche Zweifel bei der Klauselauslegung, die nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin gingen. 81

Die Beklagte stützt ihre Auffassung darauf, dass der Begriff der „An- und Abfahrt“ nicht hinreichend bestimmt sei, da sich dieser entweder auf die Fahrten zwischen dem Firmensitz und dem Einsatzort beziehen könnte oder aber nur auf die Fahrten zwischen dem bezogenen Hotel in und um Stadt 1 und dem jeweils konkreten Einsatzort auf dem Stadtgebiet. Im letztgenannten Fall seien die Kosten für „An- und Abfahrten“ zwischen Stadt 2 und Stadt 1 unter Position II.3.a als Sachkosten für „Reisen“ abzurechnen. 82

Diesem Ansatz ist jedoch nicht zu folgen. Vielmehr umfasst der Begriff der „An- und Abfahrt“ ohne Einschränkung sämtliche Anreisen zum konkreten Einsatzort, sei es vom Firmensitz der Beklagten aus, sei es vom bezogenen Quartier aus. Dass gerade die wesentlich zeitintensivere Fahrt zwischen Stadt 2 und Stadt 1 ausgenommen sein sollte, lässt sich der Klausel nicht entnehmen. Dies ergibt sich auch nicht etwa aus Ziffer II.3.a des Vertrages. In diesem geht es allein um „Auslagen“ bzw. „Sachkosten“. Unter diesen Begriff ist der Zeitaufwand nicht zu fassen, wie auch die dort beispielhaft aufgezählten Positionen zeigen. Der Vertrag kann nur dahin verstanden werden, dass unter Ziffer II.2.a die Vergütung fällt, welche ohne jedwede Einschränkung für sämtliche „An- und Abfahrten“ vereinbart ist, also einschließlich der An- und Abreise vom und zum Firmensitz, während Ziffer II.3.a nicht die 83

Vergütung betrifft, sondern im Zusammenhang mit der Durchführung des Auftrages entstandene Aufwendungen erfasst, mit Ausnahme derjenigen Aufwendungen, die unter Ziffer II.3b-d gesondert geregelt sind. Eine Intransparenz besteht demnach nicht, auch für die Anwendung der Unklarheitenregel nach § 305c Abs. 2 BGB bleibt kein Raum – vielmehr war für die Beklagte dem Vertrag eindeutig zu entnehmen, dass auch die An- und Abreise nach Stadt 1 vergütungspflichtig sein sollte, wobei das Landgericht dies sachgerecht (und in der Berufung von Seiten der Klägerin unbeanstandet) nur auf den für die Beklagte bekannten Firmensitz der Klägerin zu beziehen ist, nicht auf die Wohnsitze der jeweiligen Detektive, welche für die Beklagte bei Vertragsschluss nicht ansatzweise erkennbar waren.

Soweit die Beklagte zudem rügt, dass das Landgericht nicht vom tatsächlichen Anfall der abgerechneten Reisezeiten hätte ausgehen dürfen, sieht sich der Senat nach dem oben Gesagten nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden. Dass die Detektive nach Stadt 1 angereist sind, ergibt sich zudem zwingend daraus, dass sie vor Ort tätig geworden sind. Auf die Richtigkeit einzelnen Abrechnungen und auf die interne Kommunikation zwischen den Detektiven und der Klägerin kommt es dabei nicht an: Das Landgericht hat zutreffend eine fiktive Anreise aus Stadt 2 angenommen, die tatsächlich nicht stattgefunden hat, da die Detektive von ihren jeweiligen Wohnsitzen angereist sind. Diese fiktive Anreise hat das Landgericht mit objektiven Hilfsmitteln nach Entfernung und Zeitaufwand minuten- und kilometergenau bestimmt. Maßgeblich ist damit allein die Anzahl der An- und Abreisen nach Stadt 1, für die die vom Gericht ermittelten Daten zugrunde zu legen waren, nicht aber, ob die von den Detektiven gemeldeten Fahrzeiten zutreffend in die Abrechnung übernommen worden sind.

84

## 2.

85

Dagegen hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von 1.800,00 € netto für „Informationsbeschaffung je Abfrage / Vorabklärung“, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat.

86

a) Die Klausel in Ziffer II.1 des Vertrages unterfällt dem § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach dieser Vorschrift für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend. Einseitige handschriftliche Ergänzungen im Formulartext oder Auswahloptionen sind hierfür bedeutungslos (BGH, Urt. vom 15.3.2018 - III ZR 126/17 - Rn. 18; Palandt-Grüneberg, § 305 BGB, Rn. 9; jeweils mwN.). Damit besteht der Vertrag in Ziffer II insgesamt aus Klauseln, die allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin darstellen. Für diese Auffassung spricht auch, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung davon spricht, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 02.11.2000 über ein „Vertragswerk mit nahezu identischem Inhalt“ zu befinden hatte. Da die Klägerin diesem Ausgangspunkt des Landgerichts auch in zweiter Instanz nicht entgegengetreten ist, kann insoweit auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen werden.

87

b) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht Ziffer II.1 des Vertrages einer Kontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterzogen. Bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt, ist auf die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (BGH, Urt. vom 10.9.2014 - XII ZR 56/11 - Rn. 26, Beschl. vom 21.8. 2018 - VIII ZR 92/17 - Rn. 7; jeweils mwN.). Die besonderen Verhältnisse des im Einzelfall beteiligten Vertragspartners bleiben ebenso außer Betracht wie die Handhabung der Klausel durch den Verwender. Unerheblich ist deshalb auch, ob der Begünstigte von den ihm durch die Klausel

88

eingräumten Möglichkeiten in vollem Umfang Gebrauch macht (BGH, Urt. vom 23.10.1996 - XII ZR 55/95 - mwN.). Ebenso wenig kommt es darauf an, wie die Klägerin ihr Verständnis von der Klausel in der Berufungsbegründung erläutert hat.

c) Der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB steht auch nicht die Vorschrift des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegen. Diese Vorschrift beschränkt die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB auf Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung unterliegen ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt nicht der Inhaltskontrolle, weil das Gesetz den Vertragsparteien grundsätzlich freistellt, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen (BGH, Urt. vom 8.10.1998 - III ZR 278/97, vom 6.4.2005 - XII ZR 158/01 - und vom 14.11.2018 - VIII ZR 109/18; jeweils mwN.). Auch Vereinbarungen über die Höhe des Entgelts sind daher nach jener Bestimmung der Inhaltskontrolle nicht zugänglich (BGH, Urt. vom 8.10.1998 und vom 4.10.2000 - XII ZR 44/98). Für das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt dies dagegen nicht; dieses findet gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ohne Rücksicht auf die Beschränkungen in Satz 1 Anwendung. Diese Vorschrift ist in Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL, nach dem preisbestimmende und leistungsbestimmende Klauseln lediglich dann von der Inhaltskontrolle befreit sind, wenn sie „klar und verständlich“ abgefasst sind, aufgenommen worden. Somit verfährt die Bezugnahme auf § 8 AGBG, der diese Klarstellung noch nicht enthielt, nicht. Zweck der Vorschrift ist es unter anderem, solche Vertragsgestaltungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen zu unterbinden, die dem Verwender aufgrund ihrer Unbestimmtheit einen unsachgemäßen Ermessensspielraum eröffnen und ihm gleichsam freie Hand bei der Generierung von erstattungsfähigen Kosten geben.

89

d) Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot schließt damit das Bestimmtheitsgebot ein; es verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu einer möglichst klaren und überschaubaren Ausgestaltung seiner Klauseln. Hierzu gehört, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann, um ihn nicht von deren Durchsetzung abzuhalten. Dies schließt es ein, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen möglich und zumutbar ist. Hierbei ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (BGH, Urt. vom 5.11.2003 - VIII ZR 10/03, vom 16.5.2007 - XII ZR 13/05 - Rn. 14, vom 26.9.2007 - VIII ZR 143/06 - Rn. 31, vom 5.3.2008 - VIII ZR 95/07 - Rn. 17, vom 9.12.2009 - XII ZR 109/08 - Rn. 22, vom 21.7.2010 - XII ZR 189/08 - Rn. 29, vom 24.11.2017 - LwZR 5/16 - Rn. 9, vom 14.3.2018 - XII ZR 31/17 - Rn. 11 und vom 14.11.2018 - XII ZR 31/17 - Rn. 11]; jeweils mwN.).

90

Zutreffend ist das Landgericht nach diesen Maßstäben zu dem Ergebnis gelangt, dass Ziffer II.1 des Vertrages nicht klar und verständlich ist und daher eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten nach § 307 Abs. 1 Satz 2 bedeutet, welche zur Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung nach § 307 Abs.1 Satz 1 BGB führt.

91

Denn der Begriff der „Informationsbeschaffung je Abfrage / Vorabklärung“ erschließt sich in seiner Tragweite auch einem im geschäftlichen Verkehr gewandten Vertragspartner nicht. Der Klausel lässt sich mangels Konkretisierung nämlich nicht entnehmen, was alles der

92

Position unterfallen könnte und mit welchem Faktor diese Position berechnet werden wird. Insbesondere ergibt sich aus der Klausel nicht, dass sie nur einmal je Zielperson anfallen wird. Vielmehr lässt der Wortlaut offen, dass sie auch mehrmals pro Zielperson in Rechnung gestellt werden wird: Wenn die Beklagte etwa im Vorfeld telefonische Auskünfte über die Zielpersonen aus irgendwelchen Quellen einholt, dürfte jedes einzelne Telefonat bereits für sich das Entgelt von 450,- € auslösen. Hinzu kommt die Erkundung der Bedingungen am Wohnort der Zielperson. Auch ist der Klausel nicht zu entnehmen, dass sich die „Informationsbeschaffung“ überhaupt auf die Zielpersonen und ihr Wohnumfeld bezieht. Denkbar wäre angesichts der fehlenden Konkretisierung der Position, dass etwa der bloße Anruf bei der Stadt zur Abfrage der üblichen Arbeitszeiten der Bediensteten oder zu den Kennzeichen der städtischen Einsatzfahrzeuge bereits als einzelne „Abfrage“ bzw. „Vorabklärung“ mit 450,- € zu Buche schlägt. In ihrer Berufungsbegründung stellt die Klägerin zudem selbst auf „erste Recherchen über das Internet“ ab. So ließe sich eine bloße Recherche über eine Internetsuchmaschine zu einem beliebigen Suchbegriff als „Abfrage“ oder „Vorabklärung“ verstehen. Da die Position aber „je Abfrage“ anfällt, ließe der weit gefasste Wortlaut es zu, für jeden einzelnen eingegebenen Suchbegriff 450,- € in Rechnung zu stellen. Eine Vertragsbestimmung, die es dem Verwender ermöglicht, gleichsam beliebige Ansprüche zu generieren, deren Höhe für den Vertragspartner nicht einmal ansatzweise abschätzbar ist, und den Vertragspartner gänzlich dem „Wohlwollen“ des Verwenders ausliefert, unterfällt, wie das Landgericht richtig gesehen hat, dem § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; gerade vor einer solchen Vertragsgestaltung, die dem Verwender einen unbillig weiten Ermessensspielraum eröffnen, soll der Vertragspartner bewahrt werden.

**3.** 93

So bezeichnete Sachkosten stehen der Klägerin in Höhe von 7.384,19 € (Hotelkosten), 612,00 € (Kommunikation) und 48.208,30 € (Kraftfahrzeugkosten, Stunden und Kilometer) zu. Eine „Dokumentationspauschale“ kann sie dagegen nicht verlangen. 94

a) Ohne Erfolg beanstandet die Klägerin die Zuerkennung des Anspruches auf Erstattung der Unterkunftskosten in der geltend gemachten Höhe. Auch insoweit sieht sich der Senat an die Feststellungen des Landgerichts nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 gebunden, welches nach Zeugenvernehmung zu der Überzeugung gelangt ist, dass die in Rechnung gestellten Hotelkosten tatsächlich angefallen sind. Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Feststellungen bestehen nicht. Selbst wenn in Einzelfall der Zeuge ein bestimmtes Hotel nicht bestätigen konnte, so sieht der Senat keinen Anlass, die Höhe der in Ansatz gebrachten Kosten in Zweifel zu ziehen, da sich diese, wie das Landgericht ausgeführt hat, im üblichen Rahmen bewegen. 95

b) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Beklagte gegen den Ansatz der Kommunikationspauschale in Höhe von 6,- € pauschal je Einsatztag und Sachbearbeiter. Zu Unrecht rügt sie, die Klägerin habe nicht den Nachweis geführt, dass jeder Sachbearbeiter an jedem Einsatztag überhaupt telefoniert habe, nur dann sei die Kommunikationspauschale aber verdient. Ein solches Verständnis ist mit dem wird bereits dem Wortlaut der Klausel nicht gerecht und ist mit dem Begriff der „Pauschale“ nicht vereinbar, da die Vereinbarung einer Pauschale gerade eine Abrechnung ohne weitere Prüfung ermöglichen soll. Dieser Vereinfachungszweck wäre nicht erreicht, wenn die Detektive gezwungen wären, gleichwohl mindestens ein Telefonat am Tag „gerichtsfest“ zu dokumentieren. 96

Außerdem wird die Auffassung der Beklagten den modernen Verhältnissen im Telekommunikationswesen nicht gerecht. Häufig entstehen für das einzelne Telefonat keine zusätzlichen Kosten („Flatrate“). Diese entstehen oft nur für die Bereithaltung der 97

Telekommunikationseinrichtungen als solche, dann aber unabhängig von jeglicher Nutzung. Demgemäß fällt auch die vereinbarte Kommunikationspauschale nicht zwingend zur Abgeltung der Kosten, die durch einzelne Gespräche verursacht werden, an. Wenn aber das einzelne Gespräch nicht kostenauslösend ist, ist auch kein Raum für die Anforderung, dass zumindest ein Gespräch geführt worden sei. Maßgeblich ist allein die Verfügbarkeit von Mobiltelefonen (oder ähnlichen Telekommunikationsgeräten). Vor diesem Hintergrund reicht es für die Entstehung der Pauschale bereits aus, dass die Detektive Kommunikationsgeräte bei ihren Einsätzen mitgeführt haben. Damit ist es unerheblich, dass die Beklagte bestritten hat, dass die Detektive auch tatsächlich jeweils mindestens ein Gespräch pro Einsatztag geführt haben. Die Auffassung der Beklagten würde zu dem skurrilen Ergebnis führen, dass die Detektive täglich einen Anruf etwa in der Einsatzzentrale tätigen müssten, um die Pauschale entstehen zu lassen.

Auch die von der Beklagten angeführte Parallele zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz verfährt nicht. Es würde dem Sinn und Zweck einer Pauschregelung und dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der mit dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz das Kostenrecht „transparenter und einfacher“ gestalten wollte, wenn man im Falle der Geltendmachung der Pauschale nach Nr. 7002 RVG VV fordern wollte, dass tatsächlich der Nachweis einzelner im konkreten Mandatsverhältnis angefallener Kostenpositionen für Kommunikationsdienstleistungen erbracht werden müsse (OLG Frankfurt, Beschluss vom 03.05.2017 – 18 W 195/16). Gleiches gilt für die Forderung des Nachweises mindestens einer Nutzung von Telekommunikationsmitteln (welche im Verhältnis vom Rechtsanwalt zum Mandanten ohnehin in aller Regel erfolgt). 98

c) Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin einen Anspruch für den Einsatz ihrer Kraftfahrzeuge in Höhe von 18.964,80 € für den zeitlichen Einsatz und in Höhe von 29.243,50 € für gefahrene Kilometer zugesprochen. 99

Dagegen macht die Beklagte zum einen geltend, die Klägerin habe den Anfall der Pauschale (Kostentstehung) nicht nachgewiesen. Insoweit gilt jedoch das oben zur Kommunikationspauschale Gesagte entsprechend. Eine „Bereitstellungspauschale“ erfordert ebenso wie eine „Kommunikationspauschale“ schon begrifflich nicht den Nachweis konkreter Kosten 100

Zum anderen trägt die Beklagte vor, dass die Klägerin die Richtigkeit der Einsatzdaten nicht nachgewiesen habe. Auch insoweit sieht sich der Senat jedoch nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen des Landgerichts gebunden. 101

d) Dagegen rügt die Beklagte zu Recht, dass das Landgericht der Klägerin die geltend gemachte Dokumentationspauschale gemäß Ziffer II.3.b zugesprochen hat. Denn diese Klausel ist nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht klar und verständlich und stellt daher eine zur Unwirksamkeit führende unangemessene Benachteiligung der Beklagten dar, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Maßgeblich ist dabei nicht die in der Tat gänzlich intransparente Pauschale in Höhe von 150,- € je „Dokumentation“, da die Klägerin diese nicht in Rechnung gestellt hat. Wegen Intransparenz unwirksam ist 102

jedoch auch die hier in Rede stehende Pauschale von 150,- € „je Einsatztag und -gerät“. 103

Die Klausel unterliegt nach obigen Ausführungen einer Kontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es handelt sich bei dieser Klausel um eine Vertragsgestaltung durch allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem Verwender aufgrund ihrer Unbestimmtheit einen unsachgemäßen Ermessensspielraum eröffnet und es ihm ermöglicht, nach Belieben 104

erstattungsfähige Kosten zu erzeugen.

Jedes „Einsatzgerät“ soll nämlich nach der Klausel eine Pauschale in Höhe von 150,- € auslösen. Was ein „Einsatzgerät“ im Sinne dieser Vorschrift sein soll, ist aber nicht ansatzweise bestimmt. Der Klausel lässt sich nicht einmal entnehmen, dass es sich dabei um ein Gerät zur Dokumentation handeln soll. Die Klägerin fasst in ihrer Abrechnung zwar nur „Foto“ und „Video“ unter diese Position, wobei sie sie für „Foto“ nichts in Ansatz gebracht hat. Da jedoch die Dokumentation ohnehin der zuvor genannten Pauschale von 5,- € unterfällt, ist der Begriff „Gerät“ nicht auf solche zur Dokumentation beschränkt. Somit ist der Begriff derart weit gefasst, dass selbst ein einfaches Mobiltelefon darunterfallen könnte – abgesehen davon, dass man auch mit einem Mobiltelefon etwas dokumentieren kann. Letztlich ließe es der Wortlaut sogar zu, eine vom Detektiv mitgeführte Schusswaffe als Gerät in diesem Sinne zu verstehen. Auch der Begriff des „Einsatzes“, der, wie Bindestrich und Kleinschreibung zeigen, vor den Begriff „Gerät“ hinzuzusetzen ist, ist unbestimmt, da er offenlässt, ob ein Gerät bereits dann „eingesetzt“ ist, wenn der Detektiv es nur mitführt, oder erst dann, wenn es auch angewendet wird. Nicht maßgeblich ist dabei das subjektive Begriffsverständnis der Klägerin, wie es in der Abrechnung zum Ausdruck kommt. Maßgeblich ist allein, wie oben ausgeführt, welches Verständnis objektiv bei Vertragsschluss anzunehmen war. Ist danach aber sowohl der Begriff des „Geräts“ als auch der des „Einsatzes“ dermaßen weit gefasst, dass der Klägerin als Verwenderin die Möglichkeit eröffnet ist, die Pauschale durch die Mitnahme einer Vielzahl von „Geräten“ gleichsam beliebig in die Höhe zu treiben und die Kosten für die Beklagte als Vertragspartner nicht ansatzweise abschätzbar sind, so bedeutet dies eine fehlende Klarheit im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, denn gerade vor dieser Konstellation soll der Vertragspartner geschützt werden.

4. 106

Zutreffend hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Pauschale in Höhe von 25 % des Nettorechnungsbetrages für „Besondere Verwaltungs- und Bearbeitungskosten“ (55.152,49 €) verneint. 107

Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass auch die Klausel in Ziffer II.4 als allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag einbezogen worden ist. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Auch insoweit hat sie sich auf den Standpunkt gestellt, die Klausel unterliege gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle und würde einer solchen überdies standhalten. 108

a) Auch hinsichtlich dieser Klausel ist die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht durch die Vorschrift des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen; auf die Ausführungen unter Ziffer II.B.2.c wird verwiesen. 109

b) Der Klausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht stand. Zwar ist der Zuschlag der Höhe nach mit 25 % auf die sonstigen Vertragskosten klar umrissen. Doch bleibt intransparent, welche Leistung durch diese Pauschale abgegolten werden soll. So macht die Klägerin vorliegend Positionen geltend, die gerade keine echte (Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen sie allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf die Beklagte abwälzt. Sie beansprucht demnach die Erstattung von Kosten, die allein in ihrem Interesse angefallen sind. Die konkret in Erbringung der vereinbarten Dienste anfallenden Kosten werden durch die Positionen nach Ziffer II.3 abschließend abgegolten. Die Aufzählung der vermeintlichen unter Ziffer II.4 fallenden „Infrastrukturleistungen“ enthält überwiegend Positionen, die bereits von anderen 110

Vertragsklauseln erfasst sind. So führt Ziffer II.4 beispielhaft „Erläuterungsgespräche mit der Auftragspartei“ an, wobei jedoch das Zeithonorar ausweislich Ziffer II.2.a ausdrücklich auch für „Besprechungen“ verlangt werden kann. Auch Positionen wie „Vorabanalyse, Ortsbesichtigung, Klärungen“, soweit diese überhaupt über inhaltsleere Schlagworte hinausgehen, unterfallen bereits Ziffer II.1 – wenngleich diese unwirksam ist. Auch das „Zeitvolumen für div. Telefonate während der üblichen

Bürozeiten“ stellt keine eigenständige Position dar: Telefoniert der Detektiv im Einsatz, so wird dieses „Zeitvolumen“ bereits vom Zeithonorar erfasst. Durch diese wahllose Aneinanderreihung von Schlagwörtern und bereits anderweitig erfassten Positionen verschleiert die Klägerin, dass der Aufschlag in Höhe von 25 % tatsächlich eine bloße Erhöhung ihres Honorars darstellt und keinen Ausgleich für – durch andere Positionen noch nicht abgedeckte – tatsächlich infolge der Ausführung des Auftrags anfallende Kosten. 111

c) Letztlich kann die Frage der Inhaltskontrolle jedoch offenbleiben, denn die Pauschale steht der Klägerin schon aufgrund der Fassung der Vertragsbestimmung nicht zu. Danach hat sie nur einen „Anspruch auf individuell vereinbarte [gemeint: Erstattung von] Verwaltungs- und Bearbeitungskosten“. Da die Klausel selbst aber eine allgemeine Geschäftsbedingung darstellt und somit gerade nicht individuell vereinbart ist, kann sie nur dahin verstanden werden, dass der Erstattungsanspruch bestehen soll, wenn eine entsprechende individuelle Vereinbarung getroffen worden ist. Eine solche Individualvereinbarung bezüglich dieser Position ist aber nicht dargetan. Zwar mag die Klägerin die Worte „individuell vereinbart“ lediglich in der rechtsirrigen Auffassung, auf diese Weise einer Kontrolle nach AGB-Vorschriften zu entgehen, verwendet haben. Durch diesen fehlgeschlagenen „Trick“ hat sie der Klausel aber den objektiven Wortsinn gegeben, dass sie lediglich den (ohnehin bestehenden) Weg zu einer zusätzlichen Individualvereinbarung eröffnet, ohne selbst aber einen solchen Anspruch zu begründen. 112

**C.** 113

Die prozessualen Nebenentscheidungen haben ihre Grundlage in §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 114

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. 115

Streitwert in zweiter Instanz: 241.990,19 € 116

(Berufung der Klägerin: 64.983,66 €; Berufung der Beklagten: 177.006,53 €) 117