
Datum: 20.01.1994
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 138/93
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1994:0120.12U138.93.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 23 O 214/92

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 21. April 1993 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 23 O 214/92 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 21.327,28 DM nebst 14,5 % Zinsen aus einem Betrag von 4.330,-- DM seit dem 1.4.1992 sowie aus einem Betrag von 14.378,14 DM seit dem 3.2.1993 zu zahlen. Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten und die Berufung der Klägerin werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz haben zu 4/5 die Klägerin und zu 1/5 der Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung von 32.000,-- DM abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung von 3.000,-- DM abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistungen können auch durch die

<u>Tatbestand</u>	1
Die Klägerin berät andere Unternehmen in personeller Hinsicht und sucht für zu besetzende Führungspositionen in den von ihr beratenen Unternehmen passende Kandidaten.	2
Am 27.2.1991 schloß die Klägerin mit dem Beklagten einen Beratervertrag. In § 1 des Vertrages wurde vereinbart, daß der Beklagte ab dem 1.3.1991 exklusiv für die Klägerin auf der Basis selbständiger, freiberuflicher Beratungsleistung als Partner tätig sein würde. Nach § 4 des Vertrages sollte der Beklagte für seine Beratungsleistung - je nach Art und Umfang seiner Tätigkeit im Einzelfall einen bestimmten Prozentsatz zwischen 10 und 65 % des zwischen der Klägerin und dem jeweiligen Kunden vereinbarten Honorars erhalten. Nach § 6 konnte der Vertrag von beiden Parteien mit einer Frist von 6 Monaten zum Monatsende gekündigt werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vertragsurkunde GA 6 - 8 Bezug genommen. Zwischen den Parteien ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig geworden, daß die Provisionsregelung in § 4 lit. a) des Beratervertrages vom 27.2.1991 einvernehmlich nicht angewandt wurde.	3
Neben dem Beklagten waren für die Klägerin noch zwei weitere Berater tätig, nämlich die Zeugen A und B. Auch in den Beraterverträgen dieser Zeugen (GA 9 und 12) war eine entsprechende Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Monatsende vereinbart.	4
Im den Jahren 1991/1992 wirkte der Beklagte bei verschiedenen Projekten der Klägerin mit.	5
Die Klägerin hatte zum einen den Auftrag, einen geeigneten Kandidaten für eine bei der Firma C zu besetzende Stelle zu suchen. Der Beklagte wählte hierfür einen Herrn D aus, erstellte über diesen einen sogenannten Confidential Report und schlug ihn der Firma C vor. Die Firma C entschied sich jedoch für einen anderen Kandidaten. Der Geschäftsführer der Klägerin erstellte in der Folge einen weiteren Confidential Report über den Kandidaten D und schlug ihn der Firma E ohne Mitwirkung des Beklagten für eine Vertriebsfunktion vor. Dort wurde der Kandidat auch eingestellt.	6
Des weiteren wirkte der Beklagte bei der Einstellung von Kandidaten durch die Firmen F GmbH und G AG mit. Hierüber erstellte er im Sommer 1991 zwei Rechnungen, welche von der Klägerin auch bezahlt wurden. In der Folge wirkte der Beklagte bei einem weiteren Projekt H mit. Seine darüber erstellte Rechnung vom 29.11.1991 ließ der Geschäftsführer der Klägerin von seiner Sekretärin neu schreiben, wobei er Abzüge in Höhe von insgesamt 4.936,20 DM brutto wegen angeblicher Überzahlungen bei den Projekten F GmbH und G AG vornahm. Die neu geschriebene Rechnung wurde von dem Beklagten nicht unterschrieben.	7
Schließlich wirkte der Beklagte auch bei der Vermittlung eines Kandidaten an die Firma I mit.	8
Mit Schreiben vom 25.11.1991 (GA 186), auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, schlug die Klägerin dem Beklagten und dem Zeugen B eine Änderung der Provisionsregelung vor. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Beklagte den Vorschlag der Klägerin akzeptiert hat.	9

Mit Schreiben vom 13. bzw. 16.3.1992 (GA 15, 18 und 21) schlug die Klägerin dem Beklagten und den Zeugen A und B erneut eine Änderung der Provisionsregelung vor. Hierauf kam es am Morgen und Mittag des 18.3.1992 zu einem - wegen eines Termins des Zeugen A vorübergehend unterbrochenen - Gespräch zwischen den Geschäftsführer der Klägerin einerseits und dem Beklagten und den Zeugen A und B andererseits. In dem ersten Teil des Gesprächs wurde eine Änderung der vereinbarten Provisionsregelung seitens der Berater abgelehnt. Der weitere Verlauf des Gesprächs ist streitig. Unstreitig forderte der Geschäftsführer der Klägerin gegen Ende des zweiten Gesprächsteils den Beklagten und die beiden Zeugen in Gegenwart der von dem Geschäftsführer erst jetzt hinzugerufenen Sekretärinnen J und K auf, die ihnen überlassenen Generalschlüssel zu den Büroräumen der Klägerin herauszugeben. Dies wurde von dem Beklagten und den Zeugen A und B zunächst abgelehnt und von der Aushändigung einer schriftlichen fristlosen Kündigung abhängig gemacht. Der Geschäftsführer der Klägerin lehnte letzteres ab. Auf den Einwand des Beklagten und der Zeugen A und B, durch die Herausgabe der Schlüssel werde ihnen die Möglichkeit genommen, an ihrem Arbeitsplatz weiter tätig zu sein, erwiderte der Geschäftsführer der Klägerin, er werde dem Beklagten und den Zeugen A und B den Zugang zu ihren Arbeitsplätzen zu den üblichen Bürozeiten nicht verwehren. Als der Beklagte und die Zeugen A und B sich weiterhin weigerten, die Schlüssel herauszugeben, drohte der Geschäftsführer der Klägerin damit, die Polizei zu rufen. Der Beklagte und die Zeugen A und B räumten sodann jeweils ihre Büros aus und verließen die Büroräume der Klägerin in Gegenwart des Geschäftsführers der Klägerin. Dieser ließ danach das Schloß an der Eingangstür zu den Büroräumen auswechseln.

Mit Schreiben vom 19.3.1992 (GA 26) schickte der Beklagte der Klägerin unter Bezugnahme auf deren fristlose Kündigung vom 18.3.1992 seinen Büroschlüssel zurück. Gleichfalls mit Schreiben vom 19.3.1992 (GA 28), auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, kündigte die Klägerin den bestehenden Beratervertrag fristgemäß zum 30.9.1992. Zugleich ordnete sie für die Zeit bis zum 30.9.1992 Maßnahmen zur Überwachung des Beklagten an. Gleichlautende Kündigungsschreiben gingen auch an die Zeugen A (GA 29) und B (GA 27). 11

Mit Anwaltsschreiben vom 20.3.1992 (GA 33) bestritt die Klägerin, dem Beklagten und den Zeugen A und B am 18.3.1992 fristlos gekündigt zu haben. Der Beklagte kündigte daraufhin seinerseits mit Anwaltsschreiben vom 23.3.1992 (GA 39) und - nach Zurückweisung dieser Kündigung mit Anwaltsschreiben der Klägerin vom 25.3.1992 (GA 45) - nochmals mit Anwaltsschreiben vom 27.3.1992 (GA 53) den Beratervertrag fristlos. Auf die vorgenannten Schreiben wird Bezug genommen. 12

Die Zeugen A und B haben ebenfalls mit Schreiben vom 18. (GA 25) bzw. 19.3.1992 (GA 24) ihre Büroschlüssel an die Klägerin zurückgesandt und ihre Beraterverträge danach nochmals fristlos gekündigt (GA 41/55 und 43/54). 13

Im April 1992 hat die Klägerin eine einheitliche Klage gegen den Beklagten und die Zeugen A und B erhoben mit dem Ziel, feststellen zu lassen, daß die jeweiligen Beraterverträge nicht vor dem 30.9.1992 endeten. Mit Beschluß vom 17.7.1992 hat das Landgericht die Verfahren gemäß § 145 ZPO getrennt. 14

Die Klägerin hat vorgetragen, die vorgeschlagene Änderung der Provisionsregelung sei wegen eines sich zuspitzenden Mißverhältnisses zwischen Kosten und Ertrag aus der Tätigkeit des Beklagten und der Zeugen A und B erforderlich gewesen. Sie hat behauptet, ihr Geschäftsführer habe in dem unterbrochenen Gespräch am 18.3.1992 keine fristlose Kündigung ausgesprochen. Diese sei von den Beklagten und den Zeugen A und B erfunden 15

worden, weil sich diese unter allen Umständen schnellstmöglich aus den bestehenden Verträgen hätten lösen wollen. In dem ersten Teil des Gesprächs sei es ausschließlich um die Provisionsregelungen gegangen. Es sei allerdings klar gewesen, daß für den Fall der Nichteinigung eine fristgemäße Kündigung durch sie (die Klägerin) folgen würde. Nach der Unterbrechung des Gesprächs habe ihr Geschäftsführer erfahren, daß die drei Berater zusammen im Büro des Zeugen B säßen. Ihr Geschäftsführer habe von dem Beklagten und den Zeugen A und B zum Zweck der besseren Überwachung die Herausgabe der Schlüssel verlangt. Als der Beklagte und die Zeugen A und B dies abgelehnt und verlangt hätten, man solle ihnen doch fristlos kündigen, habe ihr Geschäftsführer die Zeuginnen J und K hinzugerufen. Ein hinreichender Grund, so hat die Klägerin gemeint, habe für die fristlosen Kündigungen des Beklagten und der Zeugen A und B nicht bestanden. Es sei den drei Beratern ohne weiteres zuzumuten gewesen, bis zum 30.9.1992 weiter für sie (die Klägerin) zu arbeiten.

Die Klägerin hat beantragt, 16

festzustellen, daß der Vertrag vom 27.2.1991 nicht vor dem 30.9.1992 endet. 17

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 18

Der Beklagte hat behauptet, nachdem er und die Zeugen A und B eine Änderung der Provisionsregelungen abgelehnt hätten, habe der Geschäftsführer der Klägerin bereits vor der Unterbrechung des Gesprächs angekündigt, er werde die Verträge der drei Berater ohne Rücksicht auf die bestehenden Kündigungsfristen innerhalb von Stunden auflösen. Nach der Unterbrechung habe der Geschäftsführer der Klägerin ihn und die Zeugen A und B der Konspiration bezichtigt und ihnen fristlos gekündigt. Als Kündigungsgrund habe er auf Befragen pauschal Unkorrektheiten genannt. Der Geschäftsführer der Klägerin habe sodann nicht nur die Herausgabe der Schlüssel, sondern auch die sofortige Räumung des Büros verlangt. Der Geschäftsführer der Klägerin habe seine Kollegen und ihn schließlich als Nattern bezeichnet und ihnen betrügerische Absichten unterstellt. 19

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Beratervertrag vom 27.2.1991 sei einvernehmlich dadurch aufgehoben worden, daß er die - als solche unwirksame - fristlose Kündigung der Klägerin angenommen habe. Darüber hinaus habe ihm das Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin das Recht gegeben, den Beratervertrag seinerseits fristlos zu kündigen. 20

Im Wege der Widerklage hat der Beklagte gegen die Klägerin Provisionsansprüche geltend gemacht wegen der Vermittlung des Kandidaten D an die Firma E (25.080,-- DM), wegen der Kürzung seiner Rechnung vom 29.11.1991 (Firma H) um insgesamt 4.936,20 DM sowie wegen der Vermittlung eines Kandidaten an die Firma I (16.391,08 DM). Die genannten Beträge sind der Höhe nach unstreitig. 21

Zur Widerklage hat der Beklagte behauptet, im Rahmen eines Gesprächs am 27.11.1991 habe er die geänderte Provisionsregelung der Klägerin im Schreiben vom 25.11.1991 akzeptiert. Bei der zu besetzenden Stelle bei der Firma C habe es sich um den Leiter der Qualitätssicherung gehandelt. Da der Kandidat D von ihm gefunden und ausgewählt worden sei, da er einen Confidential Report über diesen Kandidaten erstellt habe und da der Kandidat später auch platziert worden sei, seien die Voraussetzungen von lit. e) der geänderten Provisionsregelung vom 25./27.11.1991 gegeben. Daß der Kandidat gerade bei dem Unternehmen platziert werde, für das er ausgewählt worden sei, sei für den Provisionsanspruch nach lit. e) nicht erforderlich. Durch eine derartige Regelung habe 22

verhindert werden sollen, daß jeder Berater seine bislang noch nicht vermittelten Kandidaten für sich behalte. Die von dem Geschäftsführer der Klägerin in der Rechnung vom 29.11.1991 (H) vorgenommenen Abzüge wegen angeblicher Überzahlungen bei den Projekten F GmbH und G AG seien ohne seine Zustimmung erfolgt und sachlich nicht gerechtfertigt.

Der Beklagte hat beantragt,

23

die Klägerin zu verurteilen, an ihn 46.407,28 DM sowie 14,5 % Zinsen aus einem Betrag von 25.080,-- DM seit dem 18.4.1992, aus einem weiteren Betrag von 4.330,-- DM seit dem 29.11.1991 sowie aus einem weiteren Betrag von 14.378,14 DM seit dem 3.7.1992 zu zahlen.

24

Die Klägerin hat beantragt,

25

die Widerklage abzuweisen.

26

Die Klägerin hat behauptet, bei der Besprechung am 27.11.1991 habe der Beklagte der geänderten Provisionsregelung vom 25.11.1991 nicht zugestimmt. Bei der Firma C seien Mitarbeiter für die Projekte Werksleitung und Leiter zentrale Technik gesucht worden. Der Beklagte habe für diese Stellen zwar den Kandidaten D vorgeschlagen. Da der Kandidat von der Firma C nicht akzeptiert worden sei, stehe dem Beklagten nach § 4 des Beratervertrages vom 27.2.1991 jedoch kein Anspruch auf Provision zu. Die Kürzung der Rechnung vom 29.11.1991 (H) um 4.936,20 DM sei mit dem Beklagten am 7.11.1991 so vereinbart worden.

27

Hilfsweise hat die Klägerin die Aufrechnung erklärt mit einer eigenen angeblichen Schadenersatzforderung gegen den Beklagten in Höhe von 66.832,48 DM. Dazu hat die Klägerin behauptet, dadurch, daß der Beklagte in der Zeit vom 19.3.1992 bis zum 30.9.1992 (Beendigung des Vertrages durch die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 19.3.1992) nicht mehr für sie gearbeitet habe, sei ihr ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

28

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschuß vom 14.10.1992 durch Vernehmung der Zeugen A, B, J und K. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 17.3.1993 Bezug genommen.

29

Durch Urteil vom 21.4.1993 hat das Landgericht der Feststellungsklage der Klägerin stattgegeben. Auf die Widerklage des Beklagten hin wurde die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Widerklage verurteilt, 21.327,28 DM nebst Zinsen an den Beklagten zu zahlen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klage sei begründet, weil der Beratervertrag durch die ordentliche Kündigung der Klägerin erst zum 30.9.1992 beendet worden sei. Dabei könne der Inhalt des Gesprächs am 18.3.1992 dahinstehen. Eine etwaige fristlose Kündigung der Klägerin sei als solche mangels eines hinreichenden Kündigungsgrundes unwirksam. Eine einvernehmliche Vertragsaufhebung sei nicht erfolgt, weil der Beklagte das in einer etwaigen fristlosen Kündigung liegende Angebot der Klägerin zur Vertragsaufhebung nicht rechtzeitig angenommen habe. Die fristlosen Kündigungen des Beklagten seien unwirksam, weil es ihm zuzumuten gewesen sei, noch bis zum 30.9.1992 für die Klägerin zu arbeiten. In der Beratungssache D-C/E stehe dem Beklagten kein Provisionsanspruch zu, weil es bei der Firma E um eine ganz andere Stelle gegangen sei als bei der Firma C. Demgegenüber müsse die Klägerin die gekürzten 4.936,20 DM aus der Rechnung H an den Beklagten zahlen, weil sie für die Vereinbarung eines solchen Abzugs keinen Beweis angetreten habe. Hinsichtlich des Projekts I habe die Klägerin keine erheblichen Einwendungen erhoben, so daß sie auch die eingeklagten 16.391,08 DM an den Beklagten zahlen müsse. Die Hilfsaufrechnung der Klägerin gehe ins Leere, da ein ihr

30

zustehender Schadenersatzanspruch nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sei. Die Klägerin habe nach der fristlosen Kündigung des Beklagten sofort eine Ersatzkraft einstellen können und müssen.

Gegen das der Klägerin am 29.4.1993 und dem Beklagten am 28.4.1993 zugestellte Urteil, 31
auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat die Klägerin am
27.5.1993 Berufung eingelegt und diese nach rechtzeitiger Fristverlängerung bis zum
27.9.1993 am 14.9.1993 begründet. Der Beklagte hat am 28.5.1993 Berufung eingelegt und
diese nach rechtzeitiger Fristverlängerung bis zum 16.9.1993 am selben Tag begründet.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen die auf die Widerklage hin erfolgte 32
Verurteilung zur Zahlung von 21.327,28 DM nebst Zinsen. Die Klägerin wiederholt und vertieft
dazu ihr erstinstanzliches Vorbringen und stellt klar, daß es sich bei der bereits in erster
Instanz erklärten Aufrechnung hinsichtlich der Provisionsforderung des Beklagten aus dem
Projekt I um eine Primäraufrechnung handelt. Die Klägerin behauptet nunmehr, durch die
Arbeitsverweigerung des Beklagten sei ihr ein Schaden von 167.615,95 DM entstanden. Es
sei ihr - trotz Bemühungen - nicht gelungen, vor dem 1.10.1992 einen Nachfolger für den
Beklagten zu finden. Selbst wenn die geänderte Provisionsregelung vom 25.11.1991 mit dem
Beklagten vereinbart worden wäre, könne dieser, so meint die Klägerin, daraus keine Rechte
herleiten. Nach lit. e) dieser Regelung stünden dem Berater die dort vorgesehenen 30 % nur
zu, wenn der von ihm gefundene, ausgewählte und im Confidential Report beschriebene
Kandidat von einem anderen Berater oder von ihr (der Klägerin) selbst gerade bei dem
vorgesehenen Unternehmen plazierte worden sei. Das sei bei D unstreitig nicht der Fall
gewesen.

Die Klägerin beantragt, 33

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern 34

und die Widerklage insgesamt abzuweisen; 35

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. 36

Der Beklagte beantragt, 37

unter Abänderung des am 21.4.1993 verkündeten Urteil des Landgerichts Köln die Klage 38
abzuweisen;

die Klägerin zu verurteilen, an ihn weitere 39

25.080,-- DM nebst 14,5 % Zinsen seit dem 1.5.1992 zu zahlen; 40

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 41

Der Beklagte macht mit seiner Berufung unter Ergänzung und Vertiefung seines 42
erstinstanzlichen Vorbringens geltend, der Beratervertrag vom 27.2.1991 sei durch eine
einvernehmliche Vertragsaufhebung, jedenfalls aber durch die von ihm erklärten fristlosen
Kündigungen mit sofortiger Wirkung beendet worden. Des weiteren habe das Landgericht
seine Widerklageforderung in Höhe von 25.080,-- DM (D-C/E) zu Unrecht abgewiesen.

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung zu den 43
Vorfällen am 18.3.1992 und dem Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 19.3.1992
persönlich angehört:

Dabei hat der Geschäftsführer der Klägerin erklärt, am 18.3.1992 sei das Wort "fristlose Kündigung" nicht gefallen. Auf Befragen, was passiere, wenn die geänderten Bedingungen nicht akzeptiert würden, habe er im ersten Teil des Gesprächs erklärt, dann habe die Gesellschaft nur die Möglichkeit, dies zu akzeptieren oder zu kündigen. Der von dem Zeugen A angesprochenen Kündigungsfrist habe er nie widersprochen. Die Änderung der Provisionsregelung sei erforderlich geworden, weil keine Finanzplanung möglich gewesen sei. Die Berater hätten angeben sollen, welche Umsätze sie wann erzielen würden. Nach dem Termin von A habe er erneut das Gespräch gesucht. Er habe dann erklärt, daß er wohl die Verträge beenden müsse. Das Kündigungsschreiben der Klägerin vom 19.3.1992 sei dem Zeugen B noch an diesem Tag zugefaxt worden. Der Beklagte und der Zeuge A hätten das Schreiben erst per Post am 20.3.1992 erhalten. Seines Erachtens habe der Zeuge B seine beiden Kollegen noch am 19.3.1992 informiert. Da sie die straffere Arbeitsform nicht gewollt hätten, hätten die 3 Berater dann die fristlose Kündigung erfunden.	44
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze sowie auf die zu den Akten gereichten Urkunden und sonstigen Unterlagen Bezug genommen.	45
<u>Entscheidungsgründe</u>	46
Die Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten sind zulässig. In der Sache selbst hat nur die Berufung des Beklagten zum Teil Erfolg.	47
I.	48
Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Feststellungsklage der Klägerin nicht begründet.	49
1.	50
Die erhobene Feststellungsklage ist zulässig. Unabhängig davon, ob der Beklagte nach dem Beratervertrag vom 27.2.1991 zu bestimmten Leistungen für die Klägerin verpflichtet war oder nicht, ergibt sich das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse jedenfalls daraus, daß der Beklagte nach den §§ 1 und 2 des Vertrages während dessen Dauer für weitere Unternehmen nicht tätig werden durfte. Nach der Lebenserfahrung ist jedoch anzunehmen, daß der Beklagte nach dem 18.3.1992 auf eigene Rechnung weiter seine frühere Tätigkeit ausgeübt hat, so daß die Klägerin jedenfalls daraus Schadenersatzansprüche herleiten könnte. In dem Parallelverfahren 12 U 136/93 hat der dortige Beklagte A eingeräumt, auf eigene Rechnung weiter tätig geworden zu sein. Dafür, daß dies bei dem Beklagten ebenso der Fall war, spricht nicht zuletzt auch das von der Klägerin vorgelegte Schreiben der Firma L vom 13.4.1992 (GA 63), in welchem die Firma L der Klägerin mitteilte, von dem Beklagten über dessen Ausscheiden informiert worden zu sein, und den der Klägerin erteilten Auftrag stornierte.	51
2.	52
Die Feststellungsklage der Klägerin ist indes unbegründet, weil der Beratervertrag vom 27.2.1991 bereits vor dem 30.9.1992 durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 23.3.1992 beendet wurde, § 626 Abs. 1 BGB.	53
Das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis ist in rechtlicher Hinsicht als selbständiger Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB zu qualifizieren. Das Recht zur	54

fristlosen Kündigung nach § 627 BGB wurde in § 6 des Vertrages wirksam ausgeschlossen. Dem Beklagten stand jedoch ein Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB zur Seite. Das Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin am 18.3.1992 und dessen Erklärungen im Schreiben vom 19.3.1992, welche sich die Klägerin zurechnen lassen muß, erfüllen die Kriterien eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB (vgl. dazu Palandt/Putzo, 52. Aufl., § 626 BGB Rdn. 37 ff. m.w.N.). Auch bei der gebotenen Berücksichtigung der Interessen der Klägerin war dem Beklagten eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum 30.9.1992 nicht mehr zuzumuten. Nach Auffassung des Senats ergibt sich die Unzumutbarkeit aus folgenden Umständen:

Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, daß der Geschäftsführer der Klägerin am 18.3.1992 dem Beklagten und den Zeugen A und B fristlos gekündigt hat. Diese Überzeugung des Senats gründet sich auf die protokollierten Aussagen der Zeugen vom 17.3.1993. Da das Landgericht die Zeugenaussagen in seinem Urteil vom 21.4.1993 nicht gewürdigt, sondern die Kündigungserklärung dahingestellt hat, war der Senat aus Rechtsgründen nicht gehindert, die Protokolle auch ohne eine erneute Vernehmung der Zeugen zu verwerten. Da alle Zeugen den Geschehensablauf am 18.3.1992 - soweit sie ihn bekunden konnten in den wesentlichen Punkten übereinstimmend und detailliert geschildert haben, hielt der Senat eine erneute Vernehmung nach den §§ 398, 523 ZPO auch in tatsächlicher Hinsicht nicht für erforderlich. 55

Für die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen A und B spricht, daß der Geschäftsführer der Klägerin am 18.3.1992 unstreitig auch die Büroschlüssel von den Beratern herausverlangt hat. Die nachfolgende Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin, er habe das nur zum Zwecke der besseren Überwachung der Berater gemacht, hält der Senat nicht für überzeugend. Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit keine konkreten Unregelmäßigkeiten vorgetragen hat, welche zu einer Überwachung aller 3 Berater hätten Anlaß geben können. Unstreitig hatte die Klägerin am 18.3.1992 auch noch keine ordentliche Kündigung ausgesprochen; diese erfolgte erst mit Schreiben vom 19.3.1992. Wenn die Klägerin die Herausgabe der Schlüssel allein zur Überwachung der Beklagten in der Zeit nach Ausspruch der Kündigung gewollt hätte, hätte es jedoch nahegelegen, das Herausgabeverlangen mit der Kündigungserklärung zu verbinden. Da eine ordentliche Kündigung am 18.3.1992 noch nicht ausgesprochen wurde, spricht alles dafür, daß der Geschäftsführer der Klägerin an diesem Tag zunächst eine fristlose Kündigung aussprach - so wie der Beklagte dies behauptet. 56

Den Bekundungen der Zeugen A und B stehen die Aussagen der Zeuginnen J und K nicht entgegen. Wie sich aus den Aussagen aller Zeugen ergibt, wurden die Zeuginnen J und K erst nach dem von den Zeugen A und B bekundeten Ausspruch der fristlosen Kündigung hinzugezogen. Demgemäß hat die Zeugin J bekundet, in ihrer Gegenwart sei keine fristlose Kündigung ausgesprochen worden. Ebenso hat die Zeugin K ausgesagt, sie sei hinzugezogen worden, weil sie bezeugen sollte, daß keine fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Daß der Geschäftsführer der Klägerin seine fristlose Kündigung im Beisein der Zeuginnen J und K wiederholt habe, haben jedoch auch die Zeugen A und B nicht bekundet. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer der Klägerin vorher eine entsprechende Kündigung erklärt hat. 57

Für die Richtigkeit des Vorbringens des Beklagten spricht weiterhin folgender Umstand: Wie sich aus den Aussagen der Zeuginnen J und K mittelbar ergibt, haben der Beklagte und die Zeugen A und B schon damals erklärt, ihnen sei soeben fristlos gekündigt worden. Dies 58

widerlegt die von der Klägerin schriftsätzlich (GA 153) vorgetragene und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat wiederholte Behauptung, die Berater hätten die fristlose Kündigung als Reaktion auf den Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 19.3.1993 erfunden. Wenn überhaupt hätten der Beklagte und die Zeugen A und B die Verabredung einer erfundenen fristlosen Kündigung allenfalls vor oder zwischen den beiden Gesprächsteilen am 18.3.1993 treffen können. In diesem Fall wäre aber zu erwarten gewesen, daß die 3 Berater die "erfundene" fristlose Kündigung sofort "angenommen" hätten, ohne erst noch die - dann in keinem Fall zu erwartende - Aushändigung einer schriftlichen fristlosen Kündigung zu verlangen. Wenn sich die 3 Berater statt dessen sogar noch in Gegenwart der von dem Geschäftsführer der Klägerin hinzugerufenen Sekretärinnen weigerten, ihre Büroschlüssel herauszugeben, legt auch dies nahe, daß der Anlaß des Geschehens tatsächlich von der Klägerin ausging, d.h. daß ihr - von seinem eigenen Prozeßbevollmächtigten in erster Instanz (GA 118) als "temperamentvoller Mann" geschilderter - Geschäftsführer in seiner ersten Erregung über die Weigerung der Berater die fristlose Kündigung erklärt und erst danach versucht hat, seine unbedachte Äußerung ungeschehen zu machen.

Bei der Würdigung der Aussagen der Zeugen A und B hat der Senat schließlich nicht 59
verkannt, daß beide Zeugen in den abgetrennten Verfahren ebenfalls von der Klägerin verklagt werden und daß der Beklagte M in diesen Verfahren ebenfalls als Zeuge zugunsten der hiesigen Zeugen A und B ausgesagt hat. Mittelbar hatten danach die Zeugen A und B ein beträchtliches eigenes Interesse am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits. Dies allein reichte jedoch nicht aus, Zweifel an der Überzeugung des Senats zu begründen.

Für die Frage der Zumutbarkeit einer weiteren Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin bis 60
zum 30.9.1992 ist weiter von Bedeutung, daß die Klägerin keine Gründe vorgetragen hat, welche den Ausspruch der fristlosen Kündigung am 18.3.1992 verständlich oder nachvollziehbar machen könnten. Daß eine Änderung der Provisionsregelung kein Grund zur fristlosen Kündigung war, lag auch für den Geschäftsführer der Klägerin auf der Hand und bedarf keiner näheren Begründung. In dem Ausspruch einer grundlosen Kündigung zur Erzwingung einer rechtlich nicht gerechtfertigten Vertragsänderung liegt jedoch ein besonders schwerwiegender Vertrauensbruch, welcher bereits für sich genommen eine fristlose Kündigung der Gegenseite rechtfertigt. Hier kommen sogar noch weitere Umstände hinzu:

Bedeutung mißt der Senat zunächst dem Umstand zu, daß der Geschäftsführer der Klägerin 61
die Herausgabe der Büroschlüssel unstreitig in Gegenwart von 2 Sekretärinnen verlangt und dabei auch mit der Polizei gedroht hat. Ungeachtet der Tatsache, daß ein Geschäftsführer bestimmen kann, wem er Büroschlüssel aushändigt, beinhaltet sein Verhalten hier jedenfalls in der äußeren Form eine erhebliche Herabsetzung und Kränkung des Beklagten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte nicht ein beliebiger Angestellter der Klägerin war, sondern nach den §§ 1 und 9 des Beratervertrages "als Partner" in vertrauensvoller Zusammenarbeit und laufender Abstimmung mit der Klägerin zusammen arbeiten sollte.

Daß das Vertrauensverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten sowie den Zeugen 62
A und B nachhaltig zerstört war, ergibt sich ebenso aus dem Auswechseln des Schlosses an der Eingangstür zu den Büroräumen sowie aus den von dem Geschäftsführer der Klägerin im Schreiben vom 19.3.1992 angeordneten Maßnahmen. Auch diese Maßnahmen waren ihrem Inhalt nach mit dem Inhalt des Beratervertrages vom 27.2.1991 unvereinbar und in der Form kränkend. Allein durch seine Weigerung, schlechtere Provisionsbedingungen zu akzeptieren, hatte der Beklagte die von der Klägerin angesprochene "Ordnung des Geschäftsablaufs" nicht gestört. Ebenso wenig bestand Anlaß, dem Beklagten ausdrücklich eine Unterbindung

"unkorrektur Handlungen" anzudrohen und wöchentliche Tätigkeitsberichte zu verlangen. Sowohl durch die angeordneten Maßnahmen als auch durch die im ersten Absatz des Schreibens getroffene Feststellung hat die Klägerin deutlich zu erkennen gegeben, daß sie selbst eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Beklagten für nicht mehr möglich hielt.

Für die Frage, ob es dem Beklagten zuzumuten war, trotzdem bis zum 30.9.1992 weiter für die Klägerin zu arbeiten, ist schließlich von Bedeutung, daß der Beklagte innerhalb der von der Klägerin verlangten Kündigungsfrist wirtschaftlich völlig ungesichert gewesen wäre. Nach dem Vertrag vom 27.2.1991 bezog der Beklagte kein festes Gehalt bei der Klägerin, sondern lediglich Erfolgshonorare. Durch die im Schreiben vom 19.3.1992 angeordneten Maßnahmen, insbesondere durch den Entzug der Unterschriftsbefugnis, hätte es die Klägerin in der Hand gehabt, die Tätigkeit des Beklagten so zu "steuern", daß dieser keine oder jedenfalls nur noch Provision in ganz geringfügigem Umfang verdient hätte. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die von den Parteien vereinbarte Kündigungsfrist von 6 Monaten die in den §§ 621, 622 BGB gesetzlich vorgesehenen Fristen bei weitem übersteigt.

63

Hinter dem sich aus den vorgenannten Umständen ergebenden Interesse des Beklagten, nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an dem Vertrag festgehalten zu werden, muß das bestehende Interesse der Klägerin, sich die Arbeitskraft des Beklagten bis zur Verpflichtung eines Nachfolgers zu erhalten und/oder eine Konkurrenztaetigkeit des Beklagten durch dessen förmliche Weiterbeschäftigung zu verhindern, zurücktreten. Da der alleinige Anlaß und Grund für die fristlose Kündigung des Beklagten in dem Verhalten ihres Geschäftsführers liegt, muß die Klägerin die ihr daraus entstehenden Nachteile hinnehmen.

64

Soweit die Klägerin durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt hat, es sei in der deutschen Industrie bei gekündigtem Vertriebspersonal absolut normal, während der Rest-Beschäftigungszeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Leistungsnachweise zu verlangen sowie darauf zu bestehen, sämtliche Geschäftskorrespondenz von der Geschäftsleitung unterschreiben zu lassen, war eine Beweisaufnahme hierüber nicht geboten. Das Vorbringen der Klägerin ist zum einen unsubstantiiert. Darüber hinaus handelte es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Beratervertrag vom 27.2.1991 um ein Vertragsverhältnis eigener Art, welches ganz offensichtlich in wesentlichen Punkten von den in der Industrie üblichen Arbeitsverträgen abweicht.

65

II.

66

Soweit der Beklagte mit der Berufung auch eine Verurteilung der Klägerin zur Zahlung weiterer 25.080,- DM nebst Zinsen begehrt, ist sein Rechtsmittel unbegründet. Insoweit hat das Landgericht die Widerklage zu Recht abgewiesen.

67

Selbst wenn man zugunsten des Beklagten davon ausgeht, daß zwischen den Parteien am 27.11.1991 die geänderte Provisionsregelung vom 25.11.1991 verbindlich vereinbart wurde, hat der Beklagte keine hinreichenden Tatsachen dafür vorgetragen, daß sich aus lit. e) dieser Regelung für ihn im Fall D ein Provisionsanspruch ergibt. Zwischen den Parteien ist streitig, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen ein Provisionsanspruch nach lit. e) anfallen sollte. Da der Kandidat D unstreitig nicht bei der Firma C, für die er von dem Beklagten ausgesucht worden war, platziert wurde, stünde dem Beklagten nur dann ein Provisionsanspruch zu, wenn es - wie er behauptet - für lit. e) ausreichen würde, daß der Kandidat nach Findung, Auswahl und Confidential Report-Erstellung bei irgendeinem anderen Unternehmen platziert wird. Dies steht jedoch nicht zur Überzeugung des Senats fest.

68

Eine reine Wortinterpretation von lit. e) der Bedingungen vom 25.11.1991 führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Dem Beklagten ist zuzugeben, daß die "Findung" eines Kandidaten völlig losgelöst von einem bestimmten Unternehmen erfolgen kann. Die in lit. e) weiter vorausgesetzte "Auswahl" setzt jedoch schon einen bestimmten Unternehmensbezug voraus. Nicht jeder Kandidat ist für jede Stelle geeignet. Der Umstand, daß der Geschäftsführer für die Plazierung des Kandidaten D bei der Firma E einen neuen Confidential Report erstellt hat, legt nahe, daß auch der Confidential Report mit Bezug auf einen bestimmten in Aussicht genommenen Arbeitsplatz erstellt wird. Unter dieser Voraussetzung ist für den Senat jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb der Beklagte für einen letztlich fehlgeschlagenen Plazierungsversuch nach lit. e) 30 % des Honorars der Klägerin bekommen sollte, obwohl außer der Findung des Kandidaten seine Tätigkeit nicht weiter verwertbar ist. Dies gilt umsomehr, als die in allen Beraterverträgen und auch in den Bedingungen vom 25.11.1991 vorgesehene Provision von 10 % für die Nennung eines Kandidaten (lit. a)) unstreitig nicht praktiziert wurde. Der von dem Beklagten behauptete Zweck der Provisionsregelung vom 25.11.1991, eine Zusammenarbeit unter den Beratern zu fördern, hätte jedoch auch und gerade durch eine Anwendung von lit. a) gefördert werden können.	69
Ebensowenig ergibt ein Vergleich von lit. e) mit lit. c) und lit. f) konkrete Anhaltspunkte für den von dem Beklagten behaupteten Inhalt der Vereinbarung. Das Tätigkeitsbild nach lit. f) (Findung, Auswahl, Präsentation und Plazierung) setzt sich erkennbar aus den Tätigkeitsbildern von lit. c) und e) zusammen. Dies gilt auch hinsichtlich der vereinbarten Prozentsätze (15 % + 30 % = 45 %). Diese Systematik legt nahe, daß der nachfolgende Berater, der einen von seinem Vorgänger gefundenen und ausgewählten Kandidaten nur noch bei dem in Aussicht genommenen Unternehmen präsentiert und plaziert, nach lit. c) 15 % Provision und sein Vorgänger nach lit. e) 30 % Provision bekommen soll, wohingegen der nachfolgende Berater, welcher einen anderen Kundenauftrag bearbeitet, nach lit. f) die vollen 45 % erhält und sein Vorgänger - mangels Praktizierung von lit. a) - leer ausgeht.	70
Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Beklagten, da dieser für die tatsächlichen Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Provisionsanspruchs darlegungs- und beweispflichtig ist. Da der Beklagte schon keine hinreichenden Tatsachen dafür vorgetragen hat, daß und warum die Vereinbarung vom 25.11.1991 in lit. e) den von ihm behaupteten Inhalt hat, durfte der von ihm benannte Zeuge B nicht vernommen werden. Bei einer Vernehmung hätte es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehandelt.	71
Eine (geringere) Provision nach § 4 lit. a) des Vertrages vom 27.2.1991 bzw. lit. a) der Bedingungen vom 25.11.1991 steht dem Beklagten nicht zu, weil diese Regelung einvernehmlich nicht praktiziert wurde. Sonstige Provisionstatbestände sind nicht erfüllt und werden von dem Beklagten auch nicht geltend gemacht.	72
Unbegründet ist schließlich auch die Berufung der Klägerin.	73
Dem Beklagten steht der vom Landgericht zuerkannte Zahlungsanspruch in Höhe von 21.327,28 DM nebst Zinsen gegen die Klägerin zu.	74
1.	75
Die Klägerin ist verpflichtet, dem Beklagten den in der Rechnung des Beklagten -vom 29.11.1991 (H) vorgenommenen Abzug von 4.936,20 DM nachzuzahlen. Insoweit ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, daß die Klägerin für ihre Behauptung, die Kürzung sei am 7.11.1991 mündlich vereinbart worden, keinen Beweis angetreten hat. Einen entsprechenden Beweisantritt hat die Klägerin auch im Berufungsverfahren nicht nachgeholt.	76

Bei der behaupteten Vereinbarung waren Zeugen nicht zugegen. Die von der Klägerin vorgelegte Aktennotiz vom 7.11.1991 (GA 332) läßt schon keinen konkreten Bezug zu der vorgenommenen Kürzung von 4.936,20 DM erkennen. Das von dem Beklagten nicht unterschriebene Papier beweist darüber hinaus auch nicht, daß der Beklagte mit der skizzierten Regelung tatsächlich einverstanden war. Dasselbe gilt für die Behauptung der Klägerin, ihr Geschäftsführer habe am 7.11.1991 den Inhalt der getroffenen Vereinbarung der Sekretärin N mitgeteilt und diese habe sodann die gekürzte Rechnung vom 29.11.1991 geschrieben. Die erteilte Anweisung kann ebenso einer eigenmächtigen Vorgehensweise des Geschäftsführers der Klägerin entsprungen sein - so wie der Beklagte dies behauptet. Schließlich reicht der Umstand, daß der Beklagte vom 29.11.1991 bis zu seiner Kündigung im März 1992 nicht gegen die vorgenommene Kürzung vorgegangen ist, nicht aus, um den Senat vom Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung zu überzeugen. Der Beklagte kann die Kürzung auch aus anderen Gründen hingenommen haben, ohne daß ein rechtlicher Grund dafür bestand.

Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Klägerin, da diese für die vorgenommene Kürzung der Rechnung H wegen angeblicher Rückforderungen aus den bereits abgerechneten und bezahlten Projekten F GmbH und G AG darlegungs- und beweispflichtig ist. 77

Daß ihr auch ohne die behauptete, aber nicht bewiesene Vereinbarung vom 7.11.1991 ein materiell-rechtlicher Rückforderungsanspruch in der genannten Höhe gegen den Beklagten zusteht und daß die vorgenommene Kürzung deshalb gerechtfertigt ist, hat die Klägerin nicht schlüssig vorgetragen. 78

In dem bloßen Schweigen des Beklagten in der Zeit vom 29.11.1991 bis zu seiner Kündigung im März 1992 liegt schließlich weder eine stillschweigende Genehmigung der Kürzung, noch hat der Beklagte dadurch seinen Provisionsanspruch in Höhe der Kürzung verwirkt. Da die Klägerin selbst unterlassen hat, klare Verhältnisse dadurch zu schaffen, daß sie sich die geänderte Rechnung von dem Beklagten unterschreiben ließ, durfte sie dem bloßen Schweigen des Beklagten zunächst einmal nichts entnehmen. 79

2. 80

Soweit die Klägerin hinsichtlich der Provisionsforderung I primär und hinsichtlich der Nachforderung H hilfsweise mit einem Schadenersatzanspruch wegen angeblicher Arbeitsverweigerung des Beklagten in der Zeit vom 18.3. bis 30.9.1992 aufrechnet, geht die Aufrechnung schon deshalb ins Leere, weil der Klägerin infolge der wirksamen Kündigung des Beklagten mit Schreiben vom 23.3.1992 kein derartiger Anspruch gegen den Beklagten zusteht. Auf die von den Parteien aufgeworfenen weitergehenden Fragen kommt es insoweit nicht mehr an. 81

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 108 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 82

Unter teilweiser Abänderung der Streitwertfestsetzung in dem angefochtenen Urteil wird der Streitwert für den Rechtsstreit in erster und zweiter Instanz wie folgt festgesetzt: 83

Klage	59.223,85 DM	84
-------	--------------	----

Widerklage	46.407,28 DM	85
------------	--------------	----

Hilfsaufrechnung	<u>4.936,20 DM</u>	86
------------------	--------------------	----

110.567,33 DM.

87

Da die Klägerin lediglich eine Feststellungsklage erhoben hat, war ein Abschlag von 20 % gegenüber dem Wert einer entsprechenden Leistungsklage auf Schadenersatz zu machen (vgl. Zöller/Schneider, 18. Aufl., § 3 ZPO Rdn. 16 Feststellungsklagen). Die erklärte Aufrechnung hinsichtlich der Widerklageforderung von 16.391,08 DM (I) hatte bei der Streitwertfestsetzung nach § 19 Abs. 3 GKG außer Ansatz zu bleiben, weil es sich der Sache nach auch schon in erster Instanz um eine Primäraufrechnung handelte.

Hinsichtlich der Widerklageforderung von 25.080,-- DM (D-C/E) hatte die Hilfsaufrechnung nach § 19 Abs. 3 GKG außer Ansatz zu bleiben, weil insoweit keine rechtskraftfähige Entscheidung erging.

Revisionsbeschwer für die Klägerin: über 60.000,-- DM.

Revisionsbeschwer für den Beklagten: unter 60.000,-- DM.

92